



# *Folia Iuridica Wratislaviensis*

*Vol. 2, No. 2/2013*

*Aktualne problemy prawa międzynarodowego*



Prace Naukowe  
Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii  
Uniwersytetu Wrocławskiego

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/44196>

# **Folia Iuridica Wratislaviensis**

**pod ogólną redakcją Leonarda Górnickiego**

**Vol. 2, No. 2**

**Aktualne problemy prawa międzynarodowego**

**pod redakcją Dagmary Kornobis-Romanowskiej**

**Wrocław 2013**

### **Kolegium Redakcyjne**

*dr hab. prof. nadzw. UWr Leonard Górnicki – przewodniczący*

*mgr Bożena Górna – członek*

*dr Julian Jezioro – członek*

*mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz*

### **Redaktorzy tematyczni**

Prawo publiczne: *dr Ryszard Balicki, dr Dagmara Gruszecka, dr Rajmund Kokot*

Prawo prywatne: *dr Krzysztof Zagrobelny*

Historia oraz teoria i filozofia prawa: *dr hab. prof. UWr Rafał Wojciechowski, dr Przemysław Kaczmarek*

### **Redaktor statystyczny**

*dr Ewa Mika*

### **Redaktor językowy**

*mgr Aleksandra Dorywała*

### **Rada Naukowa**

*dr. h. c. prof. JUDr. Peter Blaho, CSc.*

Facultas Iuridica, Universitas Tynaviensis

*dr hab. prof. nadzw. UWr Mariusz Jabłoński*

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

*dr hab. prof. UWr Lidia Klat-Wertelecka*

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

*dr hab. prof. nadzw. UWr Artur Kozłowski*

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

*prof. dr hab. Witold Kwaśnicki*

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

*dr hab. prof. nadzw. UWr Elwira Marszałkowska-Krześ*

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

*prof. dr hab. Piotr Machnikowski*

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

*prof. Hendryk Malevski*

Socialinių mokslų fakulteto, Viešojo administravimo katedra, Šiaulių Universiteto

*dr hab. prof. nadzw. UWr Miroslaw Sadowski*

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

*prof. dr hab. Zofia Sienkiewicz*

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski

© Copyright by Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Korekta (język polski): *Aleksandra Dorywała, Ewa Gałyga-Michowska*

Projekt i wykonanie okładki: *Marta Pawlak*

Skład i opracowanie techniczne: *Aleksandra Kumaszka, Tomasz Kalota [eBooki.com.pl](http://eBooki.com.pl)*

Wydawca

E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

ISSN 2299-8322

Wersją pierwotną (referencyjną) czasopisma jest wydanie elektroniczne

# Spis treści

SŁOWO WSTĘPNE.....	9
--------------------	---

**Olga Gerlich**

## RESPONSIBILITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS UNDER INTERNATIONAL LAW

<b>Introduction</b> .....	11
---------------------------	----

<b>Part I. Preliminary issues</b> .....	12
---	----

1. Notion of international responsibility.....	12
2. Legal personality of international organizations under international law as a precondition for bearing international responsibility.....	14
3. Sources of secondary rules of responsibility of international organizations .....	18
3.1. Draft Articles on Responsibility of International Organizations.....	18
3.2. Constituent treaties of international organizations.....	20
3.3. Other international treaties.....	21
4. Assessment.....	22

<b>Part II. Elements of responsibility of international organizations under international law</b> .....	22
---	----

1. The element of breach of an international obligation.....	22
1.1. International treaties.....	22
1.2. Customary international law.....	24
1.3. General principles of law.....	25
1.4. Unilateral acts of international organizations.....	26
2. The element of attribution of conduct to international organization.....	26
2.1. General rule of attribution of conduct to international organization.....	26
2.2. <i>Ultra vires</i> acts of organs and agents of international organization.....	27
2.3. State organs placed at disposal of international organization.....	28
2.4. Implementation of binding acts of international organizations.....	32
2.5. Conduct accepted by international organization as its own.....	34
3. Assessment.....	34

<b>Part III. Responsibility of members states for acts of international organizations</b> .....	35
---	----

1. Question of secondary and concurrent responsibility of member states.....	35
2. Obligations related to sovereign powers of member states transferred to international organizations.....	38

3. Responsibility of member states in connection with conduct of international organization .....	40
3.1. Direction and control.....	40
3.2. Aid or assistance.....	41
3.3. Coercion.....	41
3.4. Accepting responsibility by member state .....	43
3.5. Reliance on responsibility of member state .....	43
4. Assessment .....	44
<b>Part IV. Enforcement of responsibility of international organizations.....</b>	<b>45</b>
1. Enforcement of responsibility of international organizations by domestic courts .....	45
1.1. Domestic courts as forum for adjudicating of responsibility of international organizations .....	45
1.2. Jurisdictional immunity of international organizations.....	48
1.3. Limits to jurisdictional immunity of international organizations.....	49
2. Enforcement of responsibility of international organizations by international courts and tribunals .....	51
3. International arbitration as a method of enforcement of responsibility of international organizations .....	54
4. Assessment .....	54
<b>Conclusions.....</b>	<b>55</b>

## Zuzanna Kotula

### IMMUNITET JURYSYDKCYJNY PAŃSTWA A PRAWA CZŁOWIEKA. PRZEGLĄD DOKTRYNY

Wstęp .....	59
1. Immunitet państwa – pojęcie i charakter prawny .....	60
2. Ewolucja immunitetu państwa.....	63
3. Zakres podmiotowy i przedmiotowy immunitetu państwa .....	66
4. Immunitet państwa a odpowiedzialność za poważne naruszenia praw człowieka – współczesne tendencje rozwojowe.....	70
5. Odmowa uznania immunitetu wynikająca z prawa do sądu.....	76
6. Odmowa uznania immunitetu na podstawie jurysdykcji uniwersalnej .....	83
7. Hierarchiczna wyższość praw człowieka nad zasadą immunitetu państwa .....	89
8. Dorozumiane zrzeczenie się immunitetu (tzw. <i>implied waiver argument</i> ) .....	93
9. Wyłączenie immunitetu jako represalia.....	98
Zakończenie.....	101

**Joanna Siekiera**

**INTERNATIONAL COOPERATION AMONG STATES IN THE SOUTH PACIFIC REGION**

<b>Foreword</b> .....	105
<b>Part I. Forms of Regional Cooperation in International Law</b> .....	105
1. Differentiation between Regional and Global Cooperation .....	105
2. Legal Basis for International Cooperation.....	111
3. Extrajudicial Factors for Establishing and Providing Regional Aid.....	115
<b>Part II. Entities Responsible for Engaging in Cooperative Activity in the South Pacific Region</b> .....	120
1. Legal Personality of Subjects of International Law .....	120
2. History of Cooperation among Pacific Nations.....	125
3. Geopolitical Scope of Pacific Cooperation.....	129
<b>Part III. Arrangements of Cooperation in the South Pacific Region</b> .....	134
1. Cooperation through International Organizations .....	134
2. Cooperation by means of <i>ad hoc</i> Institutions .....	141
<b>Conclusion</b> .....	146

**Jakub Artemiuk**

**RAJE PODATKOWE W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM**

<b>Wstęp</b> .....	149
<b>Część I. Charakter i natura prawna rajów podatkowych</b> .....	150
1. Zagadnienia definicyjne.....	150
2. Raje podatkowe a kwestia suwerenności.....	151
3. Problematyka konkurencji podatkowej i jej szkodliwości .....	158
4. Raje podatkowe a międzynarodowe prawo podatkowe .....	163
<b>Część II. Presja międzynarodowa wywierana na raje podatkowe</b> .....	168
1. Polityka i środki nacisku stosowane przez OECD .....	168
2. Działania pozostałych organizacji międzynarodowych.....	174
3. Inicjatywy przeciwko rajom podatkowym ze strony poszczególnych państw..	177
4. Legalność nacisków na raje podatkowe w świetle prawa międzynarodowego.	179
<b>Zakończenie</b> .....	185

**Ewa Matlochová**

**UPRAWNIENIA POLSKIEJ MNIEJSZOŚCI NARODOWEJ W REPUBLICIE CZESKIEJ**

<b>Część I. Definicja mniejszości .....</b>	<b>189</b>
<b>Część II. Ochrona polskiej mniejszości narodowej w RCz .....</b>	<b>192</b>
1. Ochrona mniejszości na poziomie konstytucyjnym RCz .....	192
2. Prawa ogółu mniejszości narodowych w ustawie o mniejszościach narodowych .....	198
2.1. Zakres ustawy mniejszościowej .....	198
2.2. Prawo wolnego wyboru przynależności do mniejszości narodowych .....	200
2.3. Zakaz dyskryminacji .....	202
2.4. Prawo do zrzeszania się .....	204
2.5. Prawo do uczestnictwa w rozwiązywaniu spraw dotyczących mniejszości narodowych .....	207
2.6. Prawo do używania imienia i nazwiska w języku mniejszości narodowych .....	208
<b>Część III. Polonia w RCz .....</b>	<b>209</b>
1. Rys historyczno-prawny polskiej mniejszości na „Zaolziu” – spory graniczne XX wieku .....	209
2. Prawa mniejszości, tradycyjnie i długookresowo żyjących na terytorium RCz .....	213
2.1. Prawo do nazw wielojęzycznych i oznaczeń .....	213
2.2. Prawo do używania języka mniejszości narodowej w kontaktach urzędowych i przed sądem .....	215
2.3. Prawo do używania języka mniejszości narodowych w sprawach wyborczych .....	217
2.4. Prawo do edukacji w języku mniejszości narodowej .....	218
2.5. Prawo do rozpowszechniania oraz przyjmowania informacji w języku mniejszości narodowych .....	221
2.6. Prawo do rozwoju kultury członków mniejszości narodowych .....	224
3. Polskie organizacje i przedstawicielstwa .....	224
3.1. PZKO 224	
3.2. Kongres Polaków w RCz .....	226
<b>Wnioski .....</b>	<b>226</b>



# Słowo wstępne

Oddajemy do rąk Czytelników pierwsze wydanie tematyczne czasopisma „Folia Iuridica Wratislaviensis”. Numer ten poświęcony jest w całości wybranym, aktualnym problemom z zakresu prawa międzynarodowego. Przedstawione opracowania powstały na podstawie wyróżnionych prac magisterskich, przygotowanych w ramach seminarium magisterskiego prowadzonego w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego w latach 2011/2012 i 2012/2013. Główne kryterium wyboru opracowań do publikacji stanowiła bardzo wysoka ocena pracy dyplomowej, odzwierciedlająca poziom rozważań naukowych, tak pod względem merytorycznym, jak i formalnym.

Teksty przedstawione do publikacji podejmują szczegółowe zagadnienia współczesnego prawa międzynarodowego, do jakich niewątpliwie należą: kwestie odpowiedzialności organizacji międzynarodowych (Olga Gerlich), prawna relacja immunitetu jurysdykcyjnego państwa w odniesieniu do problematyki ochrony praw człowieka w ujęciu doktrynalnym (Zuzanna Kotuła), współpraca państw w regionie Południowego Pacyfiku (Joanna Siekiera), status prawny rajów podatkowych (Jakub Kajetan Artemiuk) czy wreszcie uprawnienia polskiej mniejszości narodowej w Republice Czeskiej (Ewa Matlochova).

Autorzy w sposób pogłębiony odnieśli się do tych problemów, wskazując na ich aktualne podporządkowanie prawu międzynarodowemu, a także na żywotne problemy państw we współczesnym świecie, tak z punktu widzenia prawa krajowego, jak i z uwzględnieniem ich interesów politycznych i ekonomicznych. Takie ujęcie nadaje rozważaniom podejmowanym przez Autorów doniosły walor praktyczny.

Warto ponadto zwrócić uwagę na współczesne zainteresowania studentów prawa. Jest to również bardzo istotny aspekt, który przyświecał idei wydania opracowań na kanwie prac dyplomowych. Można śmiało stwierdzić, że wybór tematów i sposób ich przedstawienia, w tym w języku angielskim, wskazują na wzrost oczekiwań wobec poziomu i efektu badań naukowych także wśród samych Studentów. Istnieje więc duża szansa, że tego typu zaangażowanie znajdzie następnie kontynuację w postaci studiów doktoranckich, stypendiów i staży naukowych, które przyczynią się do rozwoju umiejętności, kompetencji i zdolności do prowadzenia samodzielnych badań naukowych w przyszłości.

*Dagmara Kornobis-Romanowska*

*Redaktor naukowy*

*Promotor prac magisterskich*



# **Responsibility of international organizations under international law**

## **Introduction**

The significant role of international organizations in the modern international community is undeniable. International organizations adopt measures which greatly influence or regulate interstate activities in many fields of international cooperation. Their involvement has become a predominant feature of the areas of international relations such as international trade, human rights protection or so-called international regimes, (*i.e.*, regulation of international fisheries, telecommunications, and flights<sup>1</sup>).

It is crucial to consider that international organizations act as independent actors on the international plane; expanding both their quantity and quality involvement. They have gradually been entrusted with powers that were long considered the domain of sovereign powers. International organizations are capable of exercising these powers by virtue of their international legal personality. On the same basis, they can incur their own international responsibility, similarly to primary subjects of international law. Yet, the international legal personality of international organizations differs from that of states and this has its consequence in their international responsibility. When exercising their expanding competence, international organizations manifest some structural deficiencies; and therefore, they must often resort to resources offered by their member states. The complex relationship between an international organization and its members is exacerbated when the international organization violates international law, particularly with regard to the allocation of international responsibility.

Law of international responsibility of international organizations constitutes an area where many conflicting interests and legal principles emerge. This paper aims to answer whether the current state of international law on responsibility of international organizations protects these principles in an effective way. A not less important question is whether international law provides a balance between the interests of all parties concerned in matters regarding responsibility of international organizations, namely, injured party, wrongdoer international organization and its member states. This paper provides

---

<sup>1</sup> M. Hirsch, *The Responsibility Of International Organizations Toward Third Parties: Some Basic Principles*, Dodrecht, 1995, p. 2.

a detailed analysis of the aspects related to international responsibility of international organizations. Part I provides the definitional framework for the further considerations as well as an overview of the sources of the rules of responsibility of international organizations. Part II deals with the requirements for an international organization to incur responsibility under international law. Part III examines the complex issue of allocation of responsibility between member states and international organizations for acts attributable to international organizations. The matters handled in this paper are not limited to the substantial rules on responsibility of international organizations. In order to present the problem in its entirety, the procedural aspects of the enforcement of international responsibility of international organizations are discussed in the last Part of this paper.

## Part I. Preliminary issues

### 1. Notion of international responsibility

According to a widely accepted definition, the term “international responsibility” denotes legal relations which arise under international law by reason of an internationally wrongful act<sup>2</sup>. This notion refers to the secondary obligations arising from a breach of a treaty or a tortious conduct<sup>3</sup>. Pursuant to the distinction adopted by the International Law Commission, these secondary rules must be opposed to the primary rules flowing from particular norms of international law<sup>4</sup>. Thereby, a breach of a primary rule constitutes the actual source of responsibility. The secondary rules are aimed at determining the legal consequences of a failure to fulfill the obligations specified in the primary rules.

As opposed to many domestic legal systems, international law draws no distinction between responsibility *ex delictu* and *ex contractu*<sup>5</sup>.

H. G. Schermers and N. M. Blokker noted that the notion of “responsibility” is used in relation to acts which involve breaches of international law, whilst the term “liability” has a broader meaning and it refers as well to acts which are not unlawful under international law, but nevertheless have injurious consequences<sup>6</sup>. However, in the legal writings

---

<sup>2</sup> ILC’s Commentaries to the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts in Report of International Law Commission adopted at 53<sup>rd</sup> session, 2001 Yearbook of the International Law Commission, vol. II, Part II, UN Doc.A/56/10 (2001), p. 59, p. 63, para. 1; A. Pellet, *The Definition of Responsibility in International Law*, p. 3, p. 8 in J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, *The Law of International Responsibility*, New York 2010 [hereinafter: Pellet].

<sup>3</sup> M. Hartwig, *Die Haftung der Mitgliedstaaten für Internationale Organisationen*, Heidelberg 1993, p. 9.

<sup>4</sup> ILC’s Commentaries to the ARSIWA, p. 63, para. 1.

<sup>5</sup> J. R. Crawford, *State responsibility*, para. 12 in R. Wolfrum (ed.), “Max Planck Encyclopedia of Public International Law” Online Edition 2013.

<sup>6</sup> H.G. Schemers/ N. M. Blokker, *International Institutional Law*, Zeist 5<sup>th</sup> ed. 2011, p. 1005. A similar distinction was employed by the ILC in the Preliminary report on international liability for injurious

the terms “responsibility” and “liability” are often used interchangeably<sup>7</sup>. In this paper a distinction between “liability” and “responsibility” will be adopted and only responsibility for acts prohibited under international law will be subject to further considerations.

Art. 4 of the Draft Articles on Responsibility of International Organizations<sup>8</sup> and art. 2 of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts<sup>9</sup> provide that an internationally wrongful act entailing responsibility under international law comprises two requisite elements, *i.e.*, the breach of international law, and the attribution of the conduct causing the breach to a subject of international law, a state or an international organization, respectively.

The notion of international responsibility accepted in international law today is a result of the so called “Ago revolution”, which describes the process of re-conceptualization of the traditional understanding of international responsibility in the works of the ILC, most notably these by R. Ago, the ILC’s Special Rapporteur on state responsibility<sup>10</sup>. The most striking feature of this concept of responsibility, as opposed to domestic systems of civil or private law is the exclusion of the element of damage<sup>11</sup>. In the traditional understanding, international responsibility was presented as being of “civil” or “private law” character<sup>12</sup>. Ago decided to exclude the core element of this type of responsibility, namely the injury, from the secondary rules of international responsibility. In consequence, damage is not included as an element of responsibility under international law either in art. 3 ARSIWA or in art. 4 DARIO. As explained in the ILC’s Commentary to art. 4 DARIO, it is dependant upon the content of a primary obligation whether material damage will be required or not in a particular case<sup>13</sup>.

---

consequences arising out of acts not prohibited by international law by Mr. Robert Q. Quentin-Baxter, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/334 and Add.1 & Corr.1 and Add.2 (1980), p. 253.

<sup>7</sup> *E.g.*: *The Legal Consequences for Member States of the Nonfulfilment by International Organizations of their Obligations toward Third Parties*, Institute of International Law – Yearbook, volume 66- I, Paris 1995, p. 251.

<sup>8</sup> Draft Articles on Responsibility of International Organizations in Report of International Law Commission at 63<sup>rd</sup> session, “Yearbook of the International Law Commission” 2011, vol. II, Part II, UN Doc. A/66/10 (2011), p. 52.

<sup>9</sup> ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts in Report of the International Law Commission adopted at 53<sup>rd</sup> Session, “Yearbook of the International Law Commission” 2001, vol. II, Part II. UN Doc.A/56/10 (2001), p. 43.

<sup>10</sup> On the development of the concept of responsibility in international law, *see*: G. Nolte, *From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-state Relations*, “European Journal of International Law” 2002, vol. 13 (5), p. 1083.

<sup>11</sup> *See: infra*, Ch. II. III.

<sup>12</sup> Pellet, p. 12.

<sup>13</sup> ILC’s Commentaries to the DARIO in Report of International Law Commission at 63<sup>rd</sup> session, 2011 Yearbook of the International Law Commission, vol. II, Part II, UN Doc. A/66/10 (2011) p. 67, pp. 78-79, para 3 [hereinfter: Commentaries to the DARIO].

In the sense international responsibility is “objective”, *i.e.* it can arise regardless of injury. The rationale behind this approach is the assumption that one of the functions of international responsibility is the development of the principle solidarity in the international community<sup>14</sup>. Thus, the function of responsibility under international law goes beyond the traditional function of responsibility, which is providing of an effective compensatory mechanism for injured parties<sup>15</sup>. Its principal function is condemnation of breaches of international law and restoration of international legality<sup>16</sup>.

## **2. Legal personality of international organizations under international law as a precondition for bearing international responsibility**

As explained by A. Pellet, the ability to bear responsibility by international organizations is „both an indicator and a consequence of their legal personality under international law”<sup>17</sup>. In different words, international organizations’ responsibility must be considered a necessary corollary of their capacity to act under international law<sup>18</sup>. Thus, as recognized by the ILC in art. 2 (i) DARIO, international organizations’ legal personality is a necessary precondition for them to bear responsibility under international law.

*In limine*, the legal personality under domestic law and the legal personality of international organizations under international law must be distinguished. The first enables international organizations to be subject of rights and duties governed by domestic law<sup>19</sup>. In general, the decision to accord domestic legal personality to an international organization rests within discretion of a state. However, member states are bound to bestow legal personality upon an organization in their legal systems to the extent that is indispensable for an effective fulfillment of that organization’s functions<sup>20</sup>. Still, provisions on personality of international organizations within member states’ domestic legal orders are usually comprised in the organizations’ constituent treaties<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> Pellet, p. 9.

<sup>15</sup> Pellet, p. 15.

<sup>16</sup> A. Pellet, *The ILC’s Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts and Related Texts*, p. 76, p. 81 in J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, *The Law of International Responsibility*, New York 2010.

<sup>17</sup> Pellet, p. 6.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>19</sup> K. Schmalenbach, *International Organizations or Institutions, General Aspects*, para. 27 in R. Wolfrum (ed.), “Max Planck Encyclopedia of Public International Law” Online Edition 2013 [hereinafter: Schmalenbach].

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> *E.g.*, Charter of the United Nations, opened to signature on 24 October 1945, entered into force on 24 September 1973, 1 UNTS 16, art. 104; Articles of Agreement of the International Monetary, opened to signature on 22 July 1944, entered into force 27 December 1945, 2 UNTS 39, art. IX(2); *Constitution of the Food and Agriculture Organization, opened for signature on 16 October 1945*, 12 U.S.T. 980, art. 16.

The issue of the second type of legal personality is more complicated. Initially, only states were recognized as persons under international law. Along with the diversification of subjects of international law this monopoly has disappeared. As permanent international institutions had emerged as a new formalized form of international cooperation in the 19<sup>th</sup> century<sup>22</sup>, it was recognized that international organizations should operate more independently from member states in order to effectively discharge their functions. International legal personality was deemed the most appropriate instrument to achieve this purpose.

Constitutions of some international organizations explicitly declare these organizations to possess legal personality under international law<sup>23</sup>. Other constitutions remain silent on this issue. This called into question the effectiveness of the treaty provisions which attribute legal personality to international organizations *vis á vis* third parties. The doctrine of international law has elaborated on the question of a requirement of recognition by non-members for the effectiveness of the international organization's legal personality in the relations between them and the organization<sup>24</sup>. On this occasion the principle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* reflected in art. 34 of the Vienna Convention on the Law of Treaties<sup>25</sup> is often quoted. Pursuant to this rule, a provision of an international treaty attributing international legal personality to the organization is a *res inter alios acta* in relation to third parties, requiring either their express or tacit recognition in order to produce legal effects opposable to them<sup>26</sup>.

The position of international law on legal status of international organizations whose constitutions do not explicitly provide them with international legal personality is not clear. In the course of a vivid academic debate on the issue three schools of thought have been developed<sup>27</sup>. According to the first view, legal personality of an international organization exists only if it was explicitly granted to that organization in its constitution.

---

<sup>22</sup> The first permanent international institutions were the early river commissions established in the first half of the 19<sup>th</sup> century: the Rhine Commission in 1814, the Elbe commission in 1821 and the Danube Commission in 1835. The organizations more resembling the modern intergovernmental organizations emerged in the second half of the century: the Universal Postal Union in 1874, the International Union of Railway and Freight Transportation in 1890.

<sup>23</sup> E.g.: Agreement Establishing the International Fond for Agricultural Development, opened for signature on 13 June 1976, entered into force on 30 November 1977, 15 ILM 922, art. 10; Treaty on European Union, consolidated version, 2008 O.J. C 115/01, art. 47.

<sup>24</sup> See: Hartwig, pp. 38-43; P. Sands, P. Klein, *Bowett's Law of International Organizations*, London, 6<sup>th</sup> ed. 2009, pp. 479-480.

<sup>25</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, opened to signature on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980, 1155 UNTS 331. The same principle is reflected in art. 34 of the 1986 Vienna Convention; Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations and between International Organizations, opened for signature on 21 March 1986, not yet in force, 25 ILM 543.

<sup>26</sup> Schmalenbach, para. 23.

<sup>27</sup> See: Schemers/Blokker, pp. 988-989.

This view, supported mainly by socialist scholars, is rarely expressed today. The second school, represented by F. Seyersted, assumes an idea of objective legal personality of international organizations. As explained by this scholar, international organizations' legal personality is entirely independent from the provisions of their constituent instruments since "like States, [they] come into being on the basis of general international law when certain criteria exist"<sup>28</sup>. As long as an organization has at least one organ with a will distinct from the will of the member states, in accordance with the objective theory, it is considered *ipso facto* international legal person<sup>29</sup>. The third school, currently constituting the prevailing opinion on the matter, advocates for the concept of derived legal personality of international organizations. International organizations become international legal persons not *ipso facto*, but because this status has been accorded to them either explicitly or, in absence of attribution of this quality in a treaty, implicitly. Legal personality under international law is deemed necessary for international organizations to perform their purposes through, e. g., concluding international treaties, exchanging representatives or mobilizing international forces<sup>30</sup>.

The latter view has been supported by the International Court of Justice in its landmark opinion on the *Reparations* case<sup>31</sup> in which the United Nations' legal personality under international law has been recognized<sup>32</sup>. The ICJ confirmed that international legal personality can be granted to international organizations implicitly. In its assessment the Court asserted that the capacity of the organization to bear rights and duties under international law can be justified on grounds of factual and legal circumstances<sup>33</sup>. The Court did not consider solely or specifically any objective criteria<sup>34</sup>, concentrating on the organization's features reflected in its constituent instrument. In consequence, it arrived at the conclusion that the UN's legal personality must be derived from the founding states' will. This will is hidden behind the organizations' functions and purposes, and can be specified in or inferred from its constituent documents and developed in practice.

<sup>28</sup> F. Seyersted, *International personality of Intergovernmental Organizations. Do their Capacities really depend upon their Constitutions ?*, "Indian Journal of International Law" 1964, vol. 4, p. 5.

<sup>29</sup> F. Seyersted, *Objective International Personality of Intergovernmental Organizations*, "Nordisk Tidsskrift for International Ret" 1964, vol. 34, p.1.

<sup>30</sup> Schemers/ Blokker, p. 988.

<sup>31</sup> *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion, 1949 ICJ Reports, pp.178-179 (11 Apr. 1949).

<sup>32</sup> The international legal personality was only an incidental issue in the advisory proceedings. The case concerned the question of whether the UN may bring an international claim against a state's government for damages caused to either the UN or to the victim when an agent of the organization (in the case, Court Bernadotte, UN Special Negotiator) is injured while performing duties relating to an individual state. It should be noted that Israel which was the state allegedly responsible for the injury was not a member of the UN at the time of the occurrence.

<sup>33</sup> Schmalenbach, para. 19. These circumstances are referred to by the author as the "*indicia of legal personality*".

<sup>34</sup> Amerasinghe, pp. 82-83.



P. Sands and P. Klein point to some logical difficulty in the reasoning of the ICJ (“circular reasoning”)<sup>35</sup>. The Court stressed that some powers not explicitly granted to an international organization in its constituent treaty, such as a power to bring international claims, could be implied from the fact that that organization has international legal personality. The problem is that one could deduce a certain capacity, for instance a general treaty-making capacity, from the very fact of the personality of the organization, even though this personality is itself deduced from a specific treaty-making power<sup>36</sup>.

An international organization’s functions and purposes do not only serve as a basis for its legal personality, but they also determine the extent of that international organization’s personality. As observed by the ILC, “all entities having treaty-making capacity necessarily [have] legal personality. On the other hand it [does] not follow that all international persons have treaty-making capacity”<sup>37</sup>. Sands and Klein underline that the only way to escape the trap of the “circular reasoning” is to take into account that legal personality has no uniform content under international law<sup>38</sup>. Thus, international organizations’ international legal personality and their capacity must be regarded as two separate, yet interdependent, concepts. In case of international organizations a general capacity stemming from legal personality cannot be assumed as it is in case of states<sup>39</sup>. Hence, the scope of rights and duties of an organization must be examined on a case-to-case basis because it is dependent upon its purposes and functions as specified or implied in its constituent documents<sup>40</sup>.

One must bear in mind that the extent of powers of an international organization explicitly attributed to it in constituent instruments can be modified by the doctrine of implied powers<sup>41</sup>. The implied powers, not expressly provided for in constituent instruments, accompany explicit powers to the extent necessary for an organization to discharge its functions<sup>42</sup>. The attribution of implied powers is a result of liberal interpretation of organizations’ constituent instruments<sup>43</sup>. According to Sands and Klein, “the organization must be treated as a dynamic institution, evolving to the changing needs

---

<sup>35</sup> Sands/ Klein, p. 476.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> UN Doc. A/4169, p.10, para. 8(a) as quoted in Sands/Klein, p.477.

<sup>38</sup> Sands/Klein, p.477.

<sup>39</sup> *Cf.*, *Reparation*, p. 179.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 180; *cf. Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 78, para. 25 (3 Sept. 1993).

<sup>41</sup> Sands/Klein, p. 477-478.

<sup>42</sup> N. M. Blokker, *International Organizations or Institutions Implied Powers*, para. 3 in R. Wolfrum (ed.), “Max Planck Encyclopedia of Public International Law” Online Edition, 2013.

<sup>43</sup> Sands/Klein, p. 477.

and circumstances and, as time goes becoming further and further removed from the formal language of its constituent treaty<sup>744</sup>.

Having discussed the rationale and the basis for the international organizations personality under international law, it should be considered whether international organizations' international legal personality can produce legal effects toward non-member states. As mentioned above, the principle of *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* is deemed applicable in relation to organizations which international legal personality was expressly granted to. In case of an organization whose constituent instruments remain silent on the issue, the situation would be more complicated. In both cases, the requirement of recognition of an international organization as person under international law has been proposed.

In the ICJ's *Reparations* opinion, the concept of objective legal personality was introduced. This kind of legal personality does not require recognition by non-member states in order to be effective towards them. However, in this case the Court applied the concept of objective legal personality because the organization in question represented the majority of members of the international community at the time. It found the UN's personality opposable to third parties for the reason that "fifty States, representing the vast majority of the members of the international community, had the power, in conformity with international law, to bring into being an entity possessing objective international personality, and not merely personality recognized by them alone"<sup>45</sup>. In respect to the above, the requirement of recognition of the organization by third parties seems to be obsolete. Many commentators indicate that the concept of objective personality runs counter to the principle of relativity of treaties expressed in art. 34 VCLT<sup>46</sup>. Moreover, no state can be compelled to grant its recognition as, in general, this decision is within state's discretionary powers. The majority of legal scholarship holds recognition prerequisite for acquiring a legal personality opposable towards third parties<sup>47</sup>. The UN would constitute a special case which needed to be handled in a particular manner for the reason of its universal character.

### **3. Sources of secondary rules of responsibility of international organizations**

#### **3.1. Draft Articles on Responsibility of International Organizations**

In the ARSIWA, the ILC explained how the rules comprised therein are to be adapted to responsibility of international organizations. Pursuant to art. 57 thereof, the

---

<sup>44</sup> Sands/Klein, p.478.

<sup>45</sup> *Reparation*, p. 185.

<sup>46</sup> Sands/ Klein, p. 479.

<sup>47</sup> Schmalenbach, para. 27; Hartwig, p. 39.

provisions of the ARSIWA “are without prejudice to any question of the responsibility under international law of an international organization, or of any State for the conduct of an international organization”. Responsibility of international organizations was considered a “necessary counterpart” to the completed work on rules of state responsibility<sup>48</sup>.

To a large extent the DARIO reflect the principles applicable to responsibility of states contained in the ARSIWA and similar as it is in the case of the latter, their legal character is disputed. With regard to the ARSIWA, the legal scholarship has agreed that the ILC’s study does not constitute a source of international law<sup>49</sup>. They represent rather an evidence of a source of law, *i.e.*, “a subsidiary mean for determination of rules of law” in the wording of art. 38 (1) of the Statute of the ICJ<sup>50</sup>. They are similar to the writings of the most qualified publicists in their legal authority<sup>51</sup>. Nonetheless, it has been argued that the ILC has a particularly high standing among the publicist for its members being the “representative array of experts”<sup>52</sup>. An evidence of its particular authority is reflected in the fact that the international judicial bodies have taken recourse to the works of the ILC on international responsibility. For instance, the ICJ referred to the ARSIWA in its decisions on the cases of *Immunity from Legal Process*<sup>53</sup> and *Gabčíkovo-Nagymaros Project*<sup>54</sup>. Likewise, provisions of the DARIO were quoted by both domestic and international courts even prior to their adoption<sup>55</sup>.

It should be emphasized that the ILC has been entrusted with the assignment of both “the progressive development of international law and its [...] codification”<sup>56</sup>. Thus, the instruments drafted by the Commission can differ in their legal authority and represent either an instrument of progressive development of international law or a codification of

---

<sup>48</sup> Syllabuses on Topics Recommended for Inclusion in the Long-Term Programme of Work of the Commission, A. Pellet, Responsibility of International Organizations, Report of International Law Commission at 52<sup>nd</sup> session, in “Yearbook of the International Law Commission” 2000, Vol. II, Part II, UN Doc. UN Doc. A/55/10, p.135.

<sup>49</sup> D. D. Caron, *The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship Between Form and Authority*, “American Journal of International Law” 2002, vol. 96, p. 869.

<sup>50</sup> Statute of the International Court of Justice, adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945, 15 UNCTAD 355.

<sup>51</sup> B. G. Ramcharan, *The International Law Commission: Its Approach to the Codification and Progressive Development of International Law*, the Hague 1977, p. 25 . T. Meron, *Human Rights And Humanitarian Norms As Customary Law*, Oxford/ New York 1989, p. 137.

<sup>52</sup> Caron, p. 867; *cf.* M. E. Villiger, *Customary International Law And Treaties*, Dordrecht 1985, p. 79.

<sup>53</sup> *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, 1999 ICJ Reports, p. 87, para. 62 (29 Apr. 1999).

<sup>54</sup> *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary v Slovakia) Judgment, 1997 ICJ Reports, pp. 40–41, paras. 51–52 (25 Sept. 1997).

<sup>55</sup> *Agim and Bekir Behrami v. France* and *Ruzhdi Saramati v. France, Germany and Norway*, Appl. Nos. 71412/01 and 78166/01, Decision on admissibility of applications of 2 May 2007, paras. 29-; *R (on the application of Al-Jedda) (FC) v. Secretary of State for Defence*, Opinions Of The Lords Of Appeal For Judgment, [2007] UKHL 58, para. 5 (12 Dec. 2007).

<sup>56</sup> General Assembly Resolution 174, UN Doc. A/RES/174(II) (1947).

existing norms of customary international law. Some of the rules on responsibility of states in the ARSIWA reflect the current state of customary international law<sup>57</sup>. However, the ILC points out that while the rules provided in ARSIWA constitute to some extent a codification of existing principles of customary international law, the DARIO are intended to serve rather as an instrument of progressive development of international law<sup>58</sup>. This is conditioned upon the limited availability of pertinent practice relating to responsibility of international organizations<sup>59</sup>, which was one of the main arguments used against putting the works on the responsibility of international organizations on the ILC's agenda. Thus, a paradoxical situation can occur where two corresponding provisions of the ARSIWA and the DARIO which are nearly identical in their wording, do not have the same legal authority<sup>60</sup>.

### 3.2. Constituent treaties of international organizations

In accordance with art. 64 DARIO, which sets forth the principle of *lex specialis* in regard to the rules on responsibility, the Draft Articles “do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of an international organization, or of a State in connection with the conduct of an international organization, are governed by special rules of international law”. As explained, such special rules may be provided in “the rules of the organization applicable to the relations between an international organization and its members”.

Such rules refer to relations that certain categories of international organizations or a specific international organization have with states or other international organizations<sup>61</sup>. It has been argued that a special set of rules on responsibility should be applied to the European Union and its member states<sup>62</sup>. The relevant case law concerning responsibility of the EU and its members has been analyzed in the ILC's Commentary to art. 64 DARIO<sup>63</sup>. However, the question of whether a special regime of responsibility applicable to the EU and its member states exists has not been definitely answered.

---

<sup>57</sup> E.g. art. 4 ARSIWA, *see: Immunity from Legal Process*, para. 62 (the ICJ referred to the rule of attribution of conduct under art. 6 of the ILC's Draft, which is currently embodied in art. 4 ARSIWA); art. 25 ARSIWA, *see: ILC's Commentaries to the ARSIWA*, pp. 190-200, para 11.

<sup>58</sup> ILC's Commentaries to the DARIO, pp. 67-68, para. 5.

<sup>59</sup> ILC's Commentaries to the DARIO, p. 70, para. 5.

<sup>60</sup> ILC's Commentaries to the DARIO, pp. 67-68, para. 5.

<sup>61</sup> ILC's Commentaries to the DARIO, p. 79, para. 1.

<sup>62</sup> *See: P.J. Kuijper/ E. Paasivirta, Further Exploring International Responsibility: The European Community and the ILC's Project on Responsibility of International Organizations*, “International Organizations Law Review” 2004, vol. 1, p. 111; F. Hoffmeister, *Litigating against the European Union and its member States: who responds under the ILC's draft articles on international responsibility of international organizations?*, “European Journal of International Law” 2010, vol. 24, p. 723.

<sup>63</sup> ILC's Commentaries to the DARIO, pp. 67-68, paras. 3-7.

In particular, the constituent instruments may contain rules on allocation of responsibility between international organizations and their member states<sup>64</sup>. Typically, such provisions are included in instruments of organizations whose activities involve high financial risk<sup>65</sup>. M. Hirsch lists three principal patterns of the provisions of organization's constituent instruments on the allocation of responsibility<sup>66</sup>. Firstly, there are constituent instruments that comprise provisions excluding the responsibility of members states, as for instance art. 3 (4) of the Agreement Establishing the International Fond for Agricultural Development<sup>67</sup>. Secondly, some constituent treaties, like the Convention for Establishment of a European Space Agency<sup>68</sup>, provide that in case of a deficit in time of dissolution of an organization the deficit must be met by member states proportionally to their contribution to that organization. Lastly, constitutions of some financial institutions limit the responsibility of member states to unpaid portion of issue price of shares, as it is in the case of the Articles of Agreement of the World Bank<sup>69</sup>.

### 3.3. Other international treaties

Rules on responsibility of international organizations can be also included in other international agreements, which deal with general questions of international responsibility in a particular field of activities. A typical example are the rules comprised in the treaties relating to responsibility for activities conducted in the outer space.

The significant role of international organizations in this field has led to the formulation of rules of their international responsibility in this regard<sup>70</sup>. Art. VI of the Outer Space Treaty<sup>71</sup> provides that in event that space activities are conducted by an international organization "responsibility for compliance with this treaty [the Outer Space Treaty] shall be borne both by the international organization and by the State Parties to the Treaty participating in such organization". A more elaborate model of allocation of responsibility is provided in the Convention on International Liability for Damages Caused

---

<sup>64</sup> ILC's Commentaries to the DARIO, p. 166, para. 1; p. 168, para.8.

<sup>65</sup> Hartwig, p. 147.

<sup>66</sup> Hirsch, pp. 102-103.

<sup>67</sup> Art. 3 (4) of the Agreement Establishing the International Fond for Agricultural Development reads: "no Member shall be liable by reason of membership, for the acts or obligations of the Fund".

<sup>68</sup> Convention for Establishment of a European Space Agency, opened for signature on 30 May 1975, entered into force on 30 October 1980, 14 ILM 864. Art. XXV (3) provides that "in the event of a deficit, this shall be met by the same [member] states in proportion to their contributions as assessed for the financial year current".

<sup>69</sup> Articles of Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development, opened for signature on 22 July, entered into force 27 December 1945, 2 UNTS 134. Art. II (1) (6) provides that the "liability on shares shall be limited to the unpaid portion of the issue price of the shares".

<sup>70</sup> Hirsch, p. 99.

<sup>71</sup> Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, opened for signature 27 January 1967, entered into force on 10 October 1967, 610 UNTS 206.

by Space Objects<sup>72</sup>. The legal regime established in art. XXII (3) of the Convention adopts the doctrine of secondary responsibility<sup>73</sup>. This article provides that in case where an international intergovernmental organization is held liable for damage caused by a space object in accordance with the Convention, both the organization and its member states being parties to the Convention are jointly and severally responsible. However, this occurs when the conditions set forth in art. XXII (3) are met, namely: (1) the claim for compensation must be first presented to the organization, and (2) the claimant may invoke the liability of member states only if the organization has not paid the agreed compensation within a period of six months.

#### **4. Assessment**

International responsibility fundamentally differs from the regimes of responsibility in domestic legal systems. It does not distinguish between tort and breach of contract. It does not require injury, nor is it confined to bilateral relations between direct victim and wrongdoer. All of the above features of responsibility under international law are contingent upon its very unique “communitarian” function. These *sui generis* characteristics are not entirely a result of the development of customary rules international law in this area. In a large part, they were adopted as an instrument of progressive development of international law, accepted and developed in the practice of states and international institutions.

The works of the ILC on responsibility of international organizations were considered a natural consequence of the completion of the rules on state responsibility. Yet, contrary to the latter, there were substantial doubts whether the rules on responsibility of international organizations were ripe to be put on the ILC’s agenda.

## **Part II. Elements of responsibility of international organizations under international law**

### **1. The element of breach of an international obligation**

#### **1.1. International treaties**

International organizations are capable of concluding international treaties with states and between one another by virtue of their legal personality under international

---

<sup>72</sup> Convention on International Liability for Damages Caused by Space Objects, opened for signature on 29 March 1972, entered into force on 1 September 1972, 961 UNTS 187; 10 ILM 965.

<sup>73</sup> Hirsch, p. 101.

law<sup>74</sup>. International treaties are a source of binding obligations for contracting parties since the principle *pacta sunt servanda* applies also to international organizations<sup>75</sup>. Treaties concluded by international organizations were referred to as a source of obligations of the international organizations in the ICJ's Advisory Opinion on the *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951*<sup>76</sup>. International organizations "are bound by any obligations incumbent upon them under general rules of international law, under their constitutions or under international agreements to which they are parties"<sup>77</sup>. International treaties binding international organizations include international treaties which constitute them<sup>78</sup> as they do not differ from other forms of international law in regard to their binding effects<sup>79</sup>.

The issue of allocation of responsibility might be more complicated in case of mixed agreements. Members of an international organization can transfer a part of their competence in a certain area to the organization. In a situation where an international treaty concerns a sphere which belongs partly to competence of an international organization and partly of its member states, neither of them has full competence to conclude the agreement acting on its own<sup>80</sup>. For determining which subject of international law shall bear responsibility for a breach of a mixed agreement, a particularly helpful device can be provided in a competence clause included therein. Some agreements explicitly indicate which party is bound to comply with particular provisions of a treaty<sup>81</sup>. The distribution of powers might also be clarified by instruments relating to an agreement<sup>82</sup>. A particularly elaborate mechanism of allocation of responsibility is contained in Annex IX to the UN Convention on the Law of the Sea<sup>83</sup>. When no competence clause has been included in a treaty, the pointing to the responsible party is more problematic. M. Hirsch has proposed three solutions in this respect: 1) the organization and its members are jointly responsible for compliance with all the agreement's provisions, 2) the apportionment of responsibility should follow the distribution of competence between

---

<sup>74</sup> A legal framework for adoption of international treaties by international organizations has been provided in the 1986 Vienna Convention.

<sup>75</sup> Hirsch, p. 18.

<sup>76</sup> *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, Advisory Opinion, 1980 I.C.J. Reports, p. 73 (20 Dec. 1980).

<sup>77</sup> *Ibidem*, pp. 89-90.

<sup>78</sup> M. Hartwig, *International Organizations or Institutions, Responsibility and Liability*, para. 16 in R. Wolfrum (ed.), "Max Planck Encyclopedia of Public International Law" Online Edition 2013.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> Hirsch, p. 20.

<sup>81</sup> E.g. Lomé II Convention, adopted on 31 October 1979, entered into force on 1 January 1981, 19 ILM 327; for more examples, see: Kuijper/ Paasivirta.

<sup>82</sup> Hirsch, p. 20.

<sup>83</sup> Hirsch, pp.21-23.

the organization and its members<sup>84</sup>, 3) the parties would be required to bring their claims against the organization and the latter will decide together with its members who is responsible for a breach of a particular provision<sup>85</sup>.

It seems that, generally, the responsibility for performance of the mixed agreements should follow the respective competence of either state or the organization<sup>86</sup>.

Mixed agreements are widely employed by the EU<sup>87</sup>. Within the EU the joint participation of both the member states and the EU is required whenever all matters covered by an agreement fall under the scope of exclusive competence of either the member states or the organization<sup>88</sup>. With regard to the EU, a distinction between parallel and shared mixity is often made<sup>89</sup>. Parallel mixity refers to a situation where the EU and its member states are parties to an agreement with full rights and obligations and the organization's participation has no direct effect on the rights and obligations of member states. An example of such mixity would be the European Convention on Human Rights<sup>90</sup> after the EU's succession. The inherent nature of mixed agreements is reflected rather in the case of shared mixity<sup>91</sup> which entails a division of specific rights and obligations under the agreement<sup>92</sup>.

## 1.2. Customary international law

International customary law is *mutatis mutandis* applicable to international organizations<sup>93</sup>. This was clearly stated in the academic debate on the question of responsibility for damage sustained in violations of humanitarian law committed by military forces in course of the UN's peacekeeping operations. The UN has always been unwilling to explicitly admit that its peacekeeping forces were bound by the customary rules of law

<sup>84</sup> In cases where one party has exclusive competence, this party would be held responsible. In other cases, *i.e.* where the obligations are under concurrent competence or the agreement lacks clarity who shall bear responsibility, both the members and the organization would be held responsible. *See:* Hirsch, p. 24.

<sup>85</sup> Hirsch, p. 24.

<sup>86</sup> P. Craig/ G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, New York 5<sup>th</sup> ed. 2011, p. 334.

<sup>87</sup> On the EU's mixed agreements, *see:* P. Koutrakos/ C. Hillion (eds.), *Mixed Agreements Revisited: The EU and Its Member States in the World*, Oxford/ Portland 2010; J. Heliskoski, *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and its Member States*, the Hague 2001; D. O'Keefe/ H.G. Schermers, *Mixed Agreements*, Deventer 1983.

<sup>88</sup> On the division of competences between the EU and its member states, *see:* Treaty on the Functioning of the European Union, consolidated version, 2008 O.J. C 115/47, arts. 2-6.

<sup>89</sup> A. Rosas, *The European Union and Mixed Agreements* in A. Dashwood/ C. Hillion, *The General Law of E.C. External Relations*, London 2000; Craig/ de Búrca, p. 334; M. Möldner, *European Community and Union, Mixed Agreements*, para.7 in R. Wolfrum (ed.), "Max Planck Encyclopedia of Public International Law" Online Edition 2013.

<sup>90</sup> European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, opened for signature on 4 November 1950, entered into force on 3 September 1953, ETS 5; 213 UNTS 221.

<sup>91</sup> Möldner, *European Community...*, para. 8.

<sup>92</sup> Craig/ de Búrca, p. 334.

<sup>93</sup> Hirsch, p. 31; Schermers/ Blokker, p. 1004.



reflected in the provisions of the Geneva Conventions<sup>94</sup>. Instead, the UN issued an instruction in which it guided the troops to “observe the principles and spirit of the general international Conventions applicable to the conduct of military personnel”<sup>95</sup>. This practice of the UN was largely commented by the legal scholarship with the majority opinion stating that the UN forces participating in military operations are bound to comply with the law of war as far it has become customary international law<sup>96</sup>.

The binding customary norms encompass these of a *jus cogens* character. Just as the VCLT, the 1986 Vienna Convention provides that a treaty is void if it is in conflict with a peremptory norm of general international law. In contrast to the general agreement on the binding force of the *jus cogens* norms, there is no concurrence as to the content of these norms. Nonetheless, it is widely recognized that these include the prohibition of aggression, genocide, crimes against humanity, slave trade and racial discrimination<sup>97</sup>.

### 1.3. General principles of law

The general principles of law were listed by the ICJ as a source of international organizations’ obligations in its Advisory Opinion on the *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951* case. According to H. G. Schemers and N. M. Blokker, the general principles are derived from national legal orders of member states and treaties which majority of an international organization’s members are parties to<sup>98</sup>. Following the example of the EU, the EU Court has applied general principles of law such as estoppel,

---

<sup>94</sup> Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950, 75 UNTS 31; Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950, 75 UNTS 85; Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950, 75 UNTS 135; Geneva Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950, 75 UNTS 287; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978, 1125 UNTS 3; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978, 1125 UNTS 609.

<sup>95</sup> See: United Nations Emergency Force Regulations, UN Doc. ST/SGB/UNEF/1, Art. 44 (1957); United Nations Operation in the Congo Regulations, UN Doc. ST/SGB/ONUC/1, Art. 43 (1960).

<sup>96</sup> Y. Sandoz, *The Application of Humanitarian Law by the Armed Forces of the United Nations Organization*, “International Review of the Red Cross” 1978, vol. 18, p. 283; P. Bekker, *UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-Related Damage*, “American Journal of International Law” 2000, vol. 94, p. 406; D. Schindler, *United Nations Forces and International Humanitarian Law*, Geneva/ the Hague 1984, p. 526

<sup>97</sup> I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, New York 7<sup>th</sup> ed. 2008, p. 511.

<sup>98</sup> Schemers/ Blokker, p. 998.

*non bis in idem*<sup>99</sup>, or basic principles of human rights incorporated in the general principles of the EU law<sup>100</sup>.

#### 1.4. Unilateral acts of international organizations

Although, unilateral acts of subjects of international law are not included in the catalogue in art. 38 (1) of the ICJ Statute, they are universally accepted as a source of binding rights and obligations under international law<sup>101</sup>. Once the requirements for a binding unilateral act under international law are fulfilled, an organization can be held responsible for a breach thereof committed against third parties.

### 2. The element of attribution of conduct to international organization

#### 2.1. General rule of attribution of conduct to international organization

As it is in the case of states<sup>102</sup>, the basic principle is the attribution of acts of an entity's organs and agents to that entity. The principle of attribution of acts of organs and agents to legal entity in whose service they act is considered a norm of international customary law<sup>103</sup>. Pursuant to the first paragraph of art. 6 DARIO, a conduct of organs and agents of an international organization carried out in performance of their functions is to be seen as an act of that organization under international law, disregarded of the position that organ or agent holds in the organization. According to the second paragraph, while determining the functions of organs and agents of the organization the rules of the organization apply.

An "organ" is defined as "an element of structure of an international organization through the latter acts, expresses its will and discharges its duties"<sup>104</sup>. The notion of an "agent" has been explained by the ICJ as "any person [...] who has been charged by an organ of the organization with carrying out or helping to carry out one of its functions -

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> E.g. Case 29/69, *Stauder*, Judgment, European Court of Justice, ECR 1969 at 425 (12 Nov. 1969); Case 4/73, *Nold*, Judgment, European Court of Justice, ECR 1974, at 507 (14 May 1974); Case 44/79, *Hauer*, Judgment, European Court of Justice, ECR 1979, at 3727 (13 Dec 1979).

<sup>101</sup> Cf. *Legal Status Of Eastern Greenland* (Denmark v Norway) Judgment, Merits, 1933 P.C.I.J., Ser. A/B N°53, p. 71 (Apr. 5, 1933); *Nuclear Tests Case* (Australia v France) Judgment, Merits, 1974 I.C.J. Reports, p. 457, paras.43-50 (Dec. 20, 1974).

<sup>102</sup> Cf. art. 4 ARSIWA.

<sup>103</sup> See: M. Shaw, *International Law*, New York, 6<sup>th</sup> ed. 2008, p. 785. As held by the ICJ in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Crime of Genocide* judgment, in respect to state responsibility, it is "a well-established rule, one of the cornerstones of the law of state responsibility, that the conduct of a state organ is to be considered an act of a state under international law". *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) Judgment, 2007 I.C.J. Reports, p. 202, para. 385 (Feb. 26, 2007).

<sup>104</sup> J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Brussels 2001, p. 721.

in short any person through whom it acts”<sup>105</sup>. Little significance should be given to the distinction between a conduct of organs and officials, and a conduct of persons entrusted with part of the organization’s functions<sup>106</sup>, as “the essence of the matter lies not in their administrative position but in the nature of their mission”<sup>107</sup>. The functions of the organization are to be determined through application of the “rules of the organization”.

Art. 2 (b) DARIO defines the rules of the organization to include, in particular, “constituent instruments, decisions, resolutions, and other acts of the international organization adopted in accordance with those instruments, and established practice of the organization”. However, the rules of the organization are not the only criterion for assessment whether a person acts within functions of that organization. The wording of paragraph 2 of art. 2 (b) DARIO is intended to leave open the possibility that, in exceptional circumstances, certain functions may be considered granted to an organ or an agent even if not provided so in the rules of the organization<sup>108</sup>. Otherwise, the attribution would depend largely on the use of a particular terminology in internal law of the organization concerned<sup>109</sup>.

## **2.2. *Ultra vires* acts of organs and agents of international organization**

According to art. 8 DARIO, a conduct of an organ or an agent of an international organization is attributed to that organization even if the organ or agent acting in its official capacity and within the overall functions of the organization exceeds its authority or contravenes its instruction. The term of *ultra vires* conduct covers two situations: an *ultra vires* conduct which is within competence of an organization, but exceeds authority of an acting organ or agent; and a conduct which exceeds competence of an organization, which in this also means acting beyond the scope of authority of an organ or of an agent who performed it<sup>110</sup>. With regard to the second case, it must be noted that, unlike states, international organizations do not enjoy a general competence, but are limited in their actions by virtue of the principle of speciality. This principle restricts their functions only to these conferred on them by their member states<sup>111</sup>. In this respect, the issues of

---

<sup>105</sup> *Reparation*, p.177.

<sup>106</sup> Second report on responsibility of international organizations by Giorgio Gaja, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/541(2004) p. 24, para. 24.

<sup>107</sup> *Applicability of article VI, section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989, p. 194, para. 47 (15 Dec. 1989).

<sup>108</sup> ILC’s Commentaries to the DARIO, p.84, para. 9.

<sup>109</sup> Cf. Text of the draft articles on responsibility of international organizations provisionally adopted so far by the Commission with commentaries thereto in Report of the International Law Commission at 56<sup>th</sup> session, UN Doc. A/59/10(2004), p. 104, para. 1.

<sup>110</sup> ILC’s Commentaries to the DARIO, pp. 91-92, para. 1; Gaja, Second report, p. 23, para. 51.

<sup>111</sup> *Jurisdiction of the European Commission of the Danube*, Advisory Opinion, PCIJ, Series B, No. 14, p. 64 (8 Dec. 1927); *Nuclear Weapons in Armed Conflict*, pp. 66, 78–9.

competence of an organization and its legal capacity must be distinguished. The question is what effect does overstepping of an external competence of an organization have for a third party injured by an external *ultra vires* act of that organization. Although, members of the organization may claim invalidity *ipso jure* of acts of the organization taken outside of the scope of the attributed functions and powers, the invalidity an *ultra vires* act contended by the members should not affect third parties if they confide in its validity on *bona fide* grounds<sup>112</sup>.

For the attribution of an *ultra vires* act of an organ, an entity, a person or an official to an organization, a close relation between the *ultra vires* conduct and functions entrusted to them is required<sup>113</sup>. It is unanimously accepted that a conduct of an agent of an international organization within the scope of “private domain” is not attributable to that organization<sup>114</sup>.

The attribution of *ultra vires* acts of organs or agents of an organization to the organization has been recognized by the ICJ in its *Certain Expenses* Advisory Opinion<sup>115</sup>.

The extension of the rules of attribution to *ultra vires* acts finds its justification in protection of third parties for which an act in question may appear to be in a close connection with an official function of an organ or an agent<sup>116</sup>. Unless the action is attributed to an organization, the consequences of the wrongdoing are shifted on the injured party as without attribution to the entity it is deprived of all redress<sup>117</sup>. M. Hirsch argues that the principle of attribution of *ultra vires* acts should not be regarded as absolute and include certain exceptions based on good faith<sup>118</sup>. According to the author, a conduct would not be attributable to an international organization in cases where a conduct of an organ or an agent was carried out in violation of the organization’s internal rule of fundamental importance known to a third party, and this party could have prevented the injury<sup>119</sup>.

### 2.3. State organs placed at disposal of international organization

Art. 7 DARIO deals with attribution of conduct of organs or agents of a state or an international organization placed at disposal of another international organization. Pursuant to this provision, such a conduct is attributable to the latter if it exercises effective control over a conduct in question.

<sup>112</sup> Schmalenbach, para. 52.

<sup>113</sup> Gaja, Second report, p. 26, para. 57.

<sup>114</sup> P. Klein, *The Attribution of Conduct to International Organizations*, p. 297, para. 306 in J. Crawford/ A. Pellet/ S. Olleson, *The Law of International Responsibility*, New York 2010.

<sup>115</sup> *Certain Expenses of the United Nations*, Advisory Opinion, 1962 I.C.J. Reports, p. 151 (20 Jul. 1962).

<sup>116</sup> Klein, p. 305; Gaja, Second report, p. 24, para 53.

<sup>117</sup> Hirsch, p. 94.

<sup>118</sup> Hirsch, pp. 90-95.

<sup>119</sup> Hirsch, p. 94; cf. 1986 Vienna Convention, art. 46.

The case of state organs placed at disposal of an international organization has large practical relevance, particularly in cases of peace-keeping operations authorized by the UN. Under Chapter VII of the UN Charter, the UN Security Council is competent to authorize coercive operations without involving the organization directly. The UN conducts its operations through military forces comprised of national contingents of its member states. Military forces deployed in such an operation are not formally tied to the organization and remain subjected to their national command and control<sup>120</sup>. Members of national contingents are subject to the authority of the UN for the period of their assignment to the force, still remaining in the service of their state<sup>121</sup>. This puts the peacekeeping troops in an odd position. Although they are soldiers in the UN forces, they are still bound by the commitments made to the states of origin<sup>122</sup>.

A vivid debate over the appropriate test for attribution of conduct under art. 7 DARIO arose on the occasion of the joint decision on admissibility of the cases on *Behrami v. France* and *Saramanti v. France, Germany and Norway* by the European Court of Human Rights<sup>123</sup>. This decision is considered to be a landmark decision on this issue. In this case the Court considered its *ratione personae* jurisdiction to decide on the issue of responsibility of the actions and the omissions made under the authority the UN Interim Administration Mission in Kosovo and Kosovo Force<sup>124</sup>. The Strasbourg Court claimed to base its assessment on the criterion of effective control under the provisionally adopted art. 5<sup>125</sup>, but in fact it introduced a new test for attribution of conduct, namely the test of ultimate authority and control<sup>126</sup>. The decisive point for the attribution of the actions and omissions of the military contingents to the UN was the consideration that

---

<sup>120</sup> On the organization of the UN peace-keeping forces, see: K. Schmalenbach, *Die Haftung Internationaler Organisationen im Rahmen von Militäreinsätzen und Territorialverwaltungen*, Frankfurt am Main, 2004, pp.156-509.

<sup>121</sup> Hirsch, p. 66.

<sup>122</sup> T. Danenbaum, *Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers*, "Harvard Journal of International Law" 2010, vol. 51(1), p. 115.

<sup>123</sup> *Supra*: note 93.

<sup>124</sup> In *Behrami* claims were brought against France for the failure of French-contributed KFOR troops to clear mines dropped during the NATO bombardment in 1999. In the case of *Saramanti* a Kosovar man challenged his arrest and detention under UNMIK authority for attempted murder and illegal possession of weapons as well as his re-arrest and detention under KFOR authority for involvement in armed groups. The charges were brought against Germany as it was the lead contributing nation in charge of the sector where he was arrested and against Norway and France because the Commanders of KFOR issued the orders for his arrest and detention were, consecutively, a Norwegian and a French officer.

<sup>125</sup> Report of the International Law Commission adopted at 56<sup>th</sup> session, UN Doc. A/59/10(2004), p. 99. The wording of the draft art. 5 is identical with the wording of art. 7 DARIO. While examining its *in personae* jurisdiction the Court quoted art. 5 *in extenso* and invoked various paragraphs of the related commentary, see: *Behrami and Saramanti*, paras.29-33.

<sup>126</sup> Gaja, seventh report, pp. 11-12, para. 30.

“the UN Security Council retained the ultimate authority and control so that operational command was only delegated”<sup>127</sup>. This conclusion was drawn from the Court’s interpretation of the UN SC resolution 1244 (1999)<sup>128</sup> which was to imply the SC’s intention to retain ultimate authority and control over the KFOR’s security mission and to delegate the operational command to NATO<sup>129</sup>.

The application of the ultimate control test by the ECtHR met with strong criticism of the legal scholarship<sup>130</sup>. It has been argued that a test linked to the operational command over the conduct would be more appropriate as the ultimate control hardly implies a role in an act in question<sup>131</sup>. The effective control over a conduct should be rather assigned to an entity that is competent to issue orders in the action regarded as wrongdoing. In particular, the ILC’s Commentary to draft art. 5 should be considered. It states that the attribution test should be based “on the factual control that is exercised over the specific conduct taken by the organ or agent placed at the receiving organization’s disposal”<sup>132</sup>. The academic debate on the *Behrami and Saramanti* decision concentrated on the issue whether the ECtHR’s construction of the draft art. 5 was contrary to the intention of the ILC.

The commentary to art. 7 DARIO links the attribution to the “factual control over the specific conduct”. The prevailing view represented in the legal scholarship has been that the criterion of the effective control in art. 7 DARIO shall be construed in the same way as the test of effective control implied under art. 8 ARSIWA<sup>133</sup>. Art. 8 states that a conduct of a person or an entity is to be considered an act of a state if that person or that entity is in fact acting on instructions of, or under direction or control of, that state. This

<sup>127</sup> *Behrami and Saramanti*, para. 133.

<sup>128</sup> UN Doc. S/RES/1244 (1999).

<sup>129</sup> *Behrami and Saramanti*, para. 135.

<sup>130</sup> K. M. Larsen *Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‘Ultimate Authority and Control’ Test*, “European Journal of International Law” 2008, vol. 19 (3), p. 509; M. Milanovic/ T. Papic, *As Bad As It Gets: the European Court of Human Rights’s Behrami and Saramati Decision and General International Law*, “International and Comparative Law Quarterly” 2009, vol. 58, p. 267; C. A. Bell, *Reassessing Multiple Attribution: the International Law Commission and the Behrami and Saramati Decision*, “N.Y.U. Journal of International Law and Politics” 2009-2010, vol. 42, p. 501; C. Leck, *International Responsibility in the United Nations Peacekeeping Operations: Command and Control Arrangements and the Attribution of Conduct*, “Melbourne Journal of International Law” 2009, vol. 10, p. 346; A. Sari, *Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Casus*, “Human Rights Law Review” 2008, vol. 8, p. 151; P. Klein, *Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d’opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l’homme: quelques considérations critiques sur l’arrêt Behrami et Saramati*, “Annuaire Français de Droit International” 2007, vol. 53, p. 43.

<sup>131</sup> Danennbaum, pp. 153-154.

<sup>132</sup> ILC’s Draft articles on responsibility of international organizations provisionally adopted so far by the Commission with commentaries thereto in Report of the International Law Commission, adopted at 56<sup>th</sup> session, UN Doc. A/59/10 (2004), p. 111, para. 3.

<sup>133</sup> Larsen, p. 514.

provision implies the effective control test applied by the ICJ in the cases of *Nicaragua*<sup>134</sup> and *Genocide*<sup>135</sup>, and, to a lesser extent, the overall control test applied by the Appeals Chamber in the ICTY in the *Tadić* case<sup>136</sup>. As explained by the ICJ in the *Nicaragua* case, the test of effective control requires an entity to direct or enforce the perpetration of acts contrary to international law<sup>137</sup>. Thus, the test employed by the ICJ in the *Nicaragua* case is linked directly to operational command exercised over the impugned conduct. Thus, in the *Behrami and Saramanti* case, only this test of attribution would be consistent with the ILC's intention manifested in its Commentary. Yet, the ECtHR opted for a different criterion leading to an entirely different result. In the *Behrami and Saramanti*, the UN had neither issued directions concerning specific operations nor enforced those operations<sup>138</sup> as these decisions were left to the national command.

It has been contested whether the attribution test employed by the ECtHR can serve as a basis for the later development of a general principle on the issue. As the ILC's Special Rapporteur Giorgio Gaja commented on the Court's decision "it would be difficult to accept, simply on the strength of the *Behrami and Saramanti* judgment, the criterion there applied as a potentially universal rule"<sup>139</sup>. Despite of the very critical opinions, the Court upheld this formula for attribution of conduct in its later decisions in the cases of *Karasumaj v. Greece*<sup>140</sup>, *Gajić v. Germany*<sup>141</sup> and *Berić and others v. Bosnia and Herzegovina*<sup>142</sup>. These conclusions were also referred to in similar cases before national courts, such as *Al-Jedda* decision by the UK's House of Lords<sup>143</sup> or *H.N. v the Netherlands*<sup>144</sup>.

---

<sup>134</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment, 1986 I.C.J. Reports, p. 14 (27 Jun. 1986).

<sup>135</sup> ILC's Commentaries to the ARSIWA, pp. 104-105, paras.4-5.

<sup>136</sup> *Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgment, ICTY Appeals Chamber, Case No. IT-94-1-A (15 Jul.1999). However, in the ICJ's view manifested in the *Genocide* case did not find the test of *overall control* to appropriate to determine on the issue of state responsibility as it was employed by the ICTY to decide if a conflict may be qualified as international. In opinion of the Appellate Chamber if a state exercises overall control over a group that is involved in the conflict it is to be qualified as of international character. See: *Genocide*, p. 210, para. 404.

<sup>137</sup> *Nicaragua*, p. 64, para. 115 ; cf. *Genocide*, pp. 208-209, paras. 399-401.

<sup>138</sup> Cf. A. Cassesse, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, "European Journal of International Law" 2007, vol. 18(4), p. 653.

<sup>139</sup> Gaja, Seventh report, p. 9, para.23.

<sup>140</sup> *Ilaz Karasumaj v. Greece*, Appl. No. 6974/05, Decision on the admissibility of Application, ECtHR (5 Jul. 2007).

<sup>141</sup> *Slavisa Gajić v. Germany*, Appl. No. 31446/02, Decision on the admissibility of Application, ECtHR (28 Aug. 2007).

<sup>142</sup> *Dušan Berić and al. v. Bosnia and Herzegovina*, Appl. Nos. 36357/04, 36360/04, 38346/04, et al., Decision on the admissibility of Application, ECtHR (16 Oct. 2007).

<sup>143</sup> *Supra*: note 93.

<sup>144</sup> *H. N. v. the Netherlands*, Judgment, District Court of The Hague, case no. 265615/HA ZA 06-1671 (10 Sept. 2008).

## 2.4. Implementation of binding acts of international organizations

In the course of the ILC's work on the rules on responsibility of international organizations, the European Commission has proposed to add a special rule on attribution for cases of implementation of binding acts of the European Community or any "other potentially similar organization"<sup>145</sup>. Under the proposed rule, a conduct of an organ of a member state taken in order to implement a binding act of an international organization would be attributed to that international organization. As pointed out by Special Rapporteur Gaja, this rule would assume that "the state organ would [...] act quasi as an organ of the international organization"<sup>146</sup>. Such an assertion is justified as far as member states implementing these acts have no discretion as to their enforcement. It is worth mentioning that some writers include the situation of organs of member states of the EU entrusted with collection of taxes and other monies owed to the organization as an example of state organs "borrowed" by an international organization handled in the section above<sup>147</sup>. Nonetheless, a provision consistent with the European Commission's proposal was not included in the DARIO. This, however, does not diminish the significance of the problem for the current practice of the international organizations, especially in the context of the EU.

The issue of implementation of the EU's regulations by its member states and the specific question of responsibility for their actions related to the implementation has been already handled by several international judicial bodies<sup>148</sup>. The results of these proceedings were drastically different from the proposed rule of attribution introduced in the beginning of this section. The most significant decision in this regard was the *Bosphorus* before the ECtHR. The case was concerned with Ireland's impounding of an aircraft made in accordance with a respective obligation under an EC regulation which was based on the UN Security Council's resolution. On this occasion the ECtHR stated that "a Contracting Party is responsible under article 1 of the [ECHR] for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations"<sup>149</sup>. The Strasbourg Court concluded that it is not contrary to the Convention for a state to join an international organization and transfer a part of its sovereign powers

---

<sup>145</sup> UN Doc. A/C.56/59/SR.21, para. 18 in Gaja, Seventh report, p. 12, para. 31.

<sup>146</sup> Gaja, Seventh report, p. 12, para 31.

<sup>147</sup> P. Klein, p. 300.

<sup>148</sup> *Matthews v United Kingdom*, Appl. No 24833/94, Judgment, ECtHR (18 Feb. 1999); *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Appl. No. 45036/98, Judgment, ECtHR (30 Jun. 2005); *Kadi, Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission*, Judgment, ECJ, joined cases C-402/05 P and C-415/05 P, (3 Sept. 2008).

<sup>149</sup> *Bosphorus*, para. 153.



on it<sup>150</sup>. However, it is member states' obligation to ensure that a protection of rights guaranteed under the ECHR equivalent to this under the Convention is provided in the framework of the international organization<sup>151</sup>. In consequence, whenever a standard of protection provided by an international organization is not sufficient, any failure to comply with the obligations under the ECHR will entail the responsibility of the member states and not the organization. The ECJ arrived at a similar conclusion when considering the attribution of a regulation adopted by the EC in order to provide a compliance with a binding resolution of the UN Security Council in the *Kadi* case<sup>152</sup>.

Moreover, when considering the issue of responsibility for implementing of binding decisions of international organizations, the provision of art. 17 DARIO must be addressed. Art. 17 DARIO deals with circumvention by an international organization of its international obligations through decisions and authorizations addressed to its members. In its first paragraph, this article provides that if an international organization circumvents one of its international obligations by adopting a decision binding upon its member states to commit an act that would be internationally wrongful if committed by that organization, the responsibility shall be imputed to the organization. According to the second paragraph of the provision, the same rule applies to wrongful actions authorized by the organization. Hence, the situation in which a member state has no discretion as to the implementation of a decision must be distinguished from the one in which a state possesses a dose thereof. Whilst the first paragraph of art. 17 is to applicable in the first case, the second is handled in the second paragraph. The likelihood of circumvention of an organization's obligations is considerably higher when a conduct of a member state would not be in breach of its own international obligation. Therefore, art. 17 (3) DARIO provides that the above principle is deemed applicable disregarded whether an act in question is internationally wrongful for member states to which the decision or authorization is addressed. It must be noted that the notion of "circumvention" implies a specific intent of the international organization to take advantage of the separate legal personality of its members in order to avoid compliance with an international obligation<sup>153</sup>. The application of this requirement might be difficult in practice. It is suggested that the existence of this intention is to be interpreted from the particular circumstances of a case<sup>154</sup>. The circumvention of responsibility by the EU was not in issue in the *Bosphorus* case. In fact, the legal doctrine has manifested some concern about the principle in art. 17 DARIO. Firstly, it is doubted whether it reflects the current state of customary

---

<sup>150</sup> *Bosphorus*, para. 152.

<sup>151</sup> *Bosphorus*, para. 155.

<sup>152</sup> *Kadi*, para. 314.

<sup>153</sup> ILC's Commentaries to the DARIO, p. 106, para 4.

<sup>154</sup> *Ibidem*.

international law, and secondly it is criticized for confusing the primary and secondary rules on international responsibility<sup>155</sup>.

### 2.5. Conduct accepted by international organization as its own

Art. 9 DARIO states that a conduct which is not attributable to an international organization under arts 6 to 8 DARIO is nevertheless to be considered an act of that organization if and to the extent that the organization acknowledges and adopts a conduct in question as its own.

As explained by the ILC in its Commentary to the corresponding provision of the with regard to the attribution of conduct, the terms “acknowledges” and “adopts” must be distinguished from phrases such as “endorses” or “supports”<sup>156</sup>. Such declarations require a cautious interpretation as the latter expressions may denote a mere acknowledgment of the factual existence of conduct or a verbal approval of it<sup>157</sup>. Since these declarations constitute unilateral acts of subjects of international law it seems that the general rules concerning interpretation of international law shall apply<sup>158</sup>.

### 3. Assessment

According to art. 3 DARIO, responsibility of international organizations comprises two elements: a breach of an international obligation of the organization and attribution of the breach to the organization. Although some scholars advocated to the contrary, damage is not considered as an element of organizations’ responsibility.

An observation can be made that the primary as well as the secondary rules of responsibility of states are generally applicable *mutatis mutandis* to international organizations. The provisions of the DARIO are largely based on the customary rules on state responsibility reflected in the ARSIWA. The position of international law on the first element of responsibility is quite clear, with the exception of a more complex issue of allocation of responsibility for breach of mixed agreements. Controversies arise in relation to the second element, namely the attribution of conduct to the international organization. In particular, a situation where the organization does not act through its own organs, but relies on the organs of its member states, involves numerous practical questions. Generally, it could be asserted that in this respect the general principle of international responsibility requiring an effective control to be exercised by the entity to which the conduct is to be attributed, is to be applied. This principle underpins the whole system of

<sup>155</sup> Tzanakopoulos.

<sup>156</sup> ILC’s Commentaries to the ARSIWA, p. 120, para. 6.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> Cf. *Fisheries Jurisdiction Case* (Spain v Canada) Jurisdiction of the Court, 1998 I.C.J. Reports, p. 453, para. 46 (4 Dec. 1998) concerning the interpretation of declarations of states made under art. 36 of the ICJ Statute.

international responsibility as the same remark could be applied to the question of responsibility for breach of a mixed agreement in relation to the first element of responsibility. As concluded above, in general, the competence of an entity, a member state or the organization, for discharging a particular obligation entails the responsibility for breach thereof. However, the principle of effective control was modified, or even reversed, in decisions of judicial bodies while adjudging on the issues relating to responsibility of international organizations. In fact, the test of ultimate control established by the ECtHR results in a separation of the responsibility for wrongful conduct impugned to an international organization from the factual control over the conduct in question. In my opinion, the criticism of this formula in the legal scholarship is fully justified. The problem of the abuse of separate legal personality of either of the entities was frequently invoked in the legal writings as well as practice of international law with regard to the relations between member states and international organizations. As it can be deduced from the provisions of the DARIO, in particular art. 17 dealing with the issue of circumvention of responsibility as well as the ILC's Commentary thereto, that the rules proposed by the Commission were designed to specifically address this problem. This problem could be considered successfully resolved if not for the questionable interpretation of the criterion of effective control by the ECtHR and other judicial bodies following the line of reasoning presented in the *Behrami and Saramanti* decision. Special Rapporteur Gaja has concluded that the ultimate control theory is not likely to give rise to an universal rule on the matter. Given the strong criticism of the discussed principle in the legal scholarship, whose views I share to a great extent, it is justified to expect that Mr. Gaja's predictions will prove correct in the future decisions dealing with the same issue.

### **Part III. Responsibility of members states for acts of international organizations**

#### **1. Question of secondary and concurrent responsibility of member states**

The propositions have been made that member states of international organizations should be held responsible for violations of international law incurred by the organizations by virtue of membership alone.

Both forms of responsibility, secondary and parallel, would be based upon the mere fact of states' membership in international organizations. The rationale behind these rules of responsibility is that member states which benefit from activities of organizations should also bear the burden of accounting to third parties for injuries caused by a wrongful act. In case of secondary liability, a third party with a legal claim against the international organization would be in the first place required to pursue its remedy

against the organization<sup>159</sup>. Concurrent liability would permit an aggrieved third party to pursue a remedy, at its election, against either an international organization or a member state<sup>160</sup>.

The view on member states' responsibility for acts of international organizations has been advanced in two approaches. The first relies on the absence of norms of international law providing for limited liability of international organizations, as opposed to limited liability treatment of corporations by various municipal legal systems<sup>161</sup>. However, this argument can be easily challenged by the absence of these norms being accompanied by the absence of affirmative rules imposing secondary liability. Moreover, this would suggest an untenable assertion of the analogy between the position of corporations under municipal law and the status of international organizations under international law<sup>162</sup>. The second approach presumes that the inclusion of limited responsibility clauses in constitutions of international organizations implies that, in the absence of such a clause, member states would be held responsible for acts of organizations. Under this approach, the clauses are to be construed as rules modifying a principle of general international law<sup>163</sup>. However, according to R. Wilde, these clauses demonstrate rather the organization's uncertainty as to the current state of international law on this subject and serve as a warning to third parties on the issue of responsibility<sup>164</sup>. Furthermore, in construction of any constituent treaty the intention of the framers must be taken into the consideration. In the absence of limited responsibility clauses, it can be conceived that a limited responsibility is to be presumed because the intention of the framers was to create an organization with a separate legal personality, rather than one similar to a partnership, and to give the entity a total juridical independence from the founding members<sup>165</sup>.

As both approaches can be easily questioned, a conclusion must be drawn that they cannot provide a valid ground for concurrent or secondary responsibility of international organizations' member states under international law. Moreover, there is nothing in the DARIO which could support the assertion that member states could be held responsible for acts of international organizations in secondary or concurrent manner. This absence may be understood as an implied assertion that no such principle exists<sup>166</sup>.

---

<sup>159</sup> Sturmer, p. 556.

<sup>160</sup> *Ibidem*.

<sup>161</sup> R. Wilde, *Enhancing Accountability at the International Level: The Tension Between International Organization and Member State Responsibility and the Underlying Issues at Stake*, "ILSA Journal of International and Comparative Law" 2005, vol. 12, p. 402 (2005); C. Ryngaert/ H. Buchanan, *Member State responsibility for acts of international organizations*, "Utrecht Law Review" 2011, vol. 7 (1), p. 137.

<sup>162</sup> Wilde, pp. 402-403.

<sup>163</sup> Wilde, p. 402.

<sup>164</sup> Wilde, p. 403.

<sup>165</sup> Amerasinghe, p. 441.

<sup>166</sup> Sturmer, p. 569.

In reaction to the proposition of member states' responsibility for acts of an international organization by virtue of mere membership numerous concerns were demonstrated in the legal scholarship. Firstly, it was emphasized that this kind of responsibility would obstruct the discharging an organization's functions. Member states would be likely to intervene in an international organizations' decision making process in order to minimize the risk of facing charges of violations of international law entailing their very own responsibility<sup>167</sup>. This would deprive the organization of one the elements considered constitutive for organizations' legal personality under international law which is their ability to make decisions which are distinct from the will of its member states. The second point of criticism is the impact of adopting the principle of secondary and concurrent responsibility on organization's international legal personality. The responsibility of member states for acts of the organizations would challenge the principle of their separate legal personality, which results in their ability to bear responsibility under international law. As famously put by R. Higgins, the former president of the ICJ, "if members were liable for the defaults of the organization, its independent personality would be likely to become increasingly a sham"<sup>168</sup>.

In consequence, the majority view on the issue rejects the claim of concurrent and secondary responsibility of international organization's members for the acts of an organization<sup>169</sup>. The lack of a principle of international law providing this kind of responsibility of international organizations' member states was confirmed in practice. The English Court of Appeal and, subsequently, the House of Lords rejected the possibility of concurrent and secondary responsibility of the members for debts of the International Tin Council after its collapse<sup>170</sup>. Similarly, in the *Westland Helicopters* ruling the Federal Supreme Court held that the "total legal independence" of the Arab Organization for

---

<sup>167</sup> Hirsch, pp. 150-151; Stumer, p. 569; C.F. Amerasinghe, *Liability to Third Parties of Member States of International Organizations: Practice, Principle and Judicial Precedent*, "International and Comparative Law Quarterly" 1991, vol. 85, p. 278.

<sup>168</sup> R. Higgins, *The legal consequences for member states of the non-fulfilment by international organizations of their obligations toward third parties* in Institute of International Law – Yearbook, volume 66 - I, Paris, 1995, p. 445.

<sup>169</sup> See: Amerasinghe, pp. 425-444; C. Ryngaert/ H. Buchanan, p. 137-138. On the contrary views, see: I. Seidl- Hohenveldern, *Piercing the Corporate Veil of International Organizations: The International Tin Council in the English Court of Appeals*, "German Yearbook of International Law" 1989, vol. 32, p. 43.

<sup>170</sup> *ITC Case*, Court of Appeals [1988] 3 All ER, p. 377; *ITC Case*, Judgment, House of Lords, Opinions of Lord Templeton and Lord Oliver [1989] 3 WLR (H.L) p. 983, pp. 1008-15. On the legal issues related to the collapse of the International Tin Council, see: P. Sands, *The Tin Council Litigation in the English Courts*, "Netherlands International Law Review" 1987, vol. 34 (3), p. 367, R. Sadurska/ C. Chinkin, *The Collapse of the International Tin Council: A Case of State responsibility?*, "Virginia Journal of International Law" 1989, vol. 30 (4), p. 845; Hartwig, pp. 307-332.

Industrialization precluded that its acts could be regarded as undertaken on behalf of the member states<sup>171</sup>.

## **2. Obligations related to sovereign powers of member states transferred to international organizations**

States may transfer a part of their sovereign powers to international organizations. The key question arising with regard to the above is whether such a transfer may result in absolving of member states from responsibility for wrongful acts arising from breaches of obligations of the member states which are related to the transferred powers.

The issue of responsibility of member states in connection with a transfer of sovereign powers to an international organization has been explored in the jurisprudence of the ECtHR. On a number of occasions, the ECtHR explicitly stated that a transfer of sovereign powers of a state to an international organization is not *per se* prohibited under international law<sup>172</sup>. However, when transferring their powers the member states have a duty of due diligence under international law in providing that the transfer will not interfere with their international obligations<sup>173</sup>.

In this respect the Strassbourg Court set forth a standard of equivalent protection, according to which member states must provide that a standard of protection of the rights guaranteed under the ECHR by an international organization will be equivalent to the standard of protection required by the Convention<sup>174</sup>. If this standard is not provided, any breach of obligations under the Convention arising from implementation of the obligations regarding the membership in the organization and related to the powers transferred to the organization, is to be impugned to the member states. The requirement of equivalent protection by the ECtHR is considered to be largely influenced by the conclusion reached by the German Verfassungsgericht in its *Solange II* decision concerning the constitutional protection of fundamental rights in respect to the membership in the EU<sup>175</sup>.

A test designed for examination of the compliance of the EU's member states with the obligations under the ECHR was formulated by the Strassbourg Court in the *Bosphorus* case. According to this formula, in cases of implementation of legal obligations flowing from membership in an international organization which leave no discretion to the member states, there will be a presumption that a state has acted in compliance with the

---

<sup>171</sup> *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Org. for Industrialization*, Judgment, Federal Supreme Court (Switzerland), 80 I.L.R., p. 658 (19 Jul. 1988).

<sup>172</sup> *Matthews*, para. 32, *M. & Co. v. Germany*, Appl. No. 13258/87, Decision on the admissibility of Application, EComHR, (9 Feb. 1990); *Bosphorus*, para. 152.

<sup>173</sup> Stumer, p. 563.

<sup>174</sup> *M. & Co.*; *Bosphorus*, para. 155.

<sup>175</sup> *Solange II*, German Constitutional Court, BVerfGE 73, 339, BvR 197/83 (22. Oct. 1986).

Convention<sup>176</sup>. However, the presumption must not be applied if it can be demonstrated that the protection of rights under the ECHR was “manifestly deficient” in the circumstances of a particular case<sup>177</sup>. Hence, the test introduced by the Court is to be applied in two stages. At the first stage, it is examined whether an organization provides an equivalent protection, which will lead to application of the presumption. At the second stage, the Court asks whether that presumption has been rebutted in a particular case because of a manifest deficit in the protection of human rights<sup>178</sup>.

It must be noted that in the *Bosphorus* formula, in order to incur responsibility of a member state, it is required that the state takes a positive action<sup>179</sup>, such as implementation of a binding decision of the international organization in a domestic act<sup>180</sup> or reference to the organization’s institution made by a domestic court<sup>181</sup>. In the absence of such a positive action the Court determines lack of its *ratione personae* jurisdiction<sup>182</sup>. However, the criterion of a positive action of a state was relaxed in the more recent cases before the ECtHR and extended to a mere presence of a structural due process lacuna in the international organization’s procedures in respect of the mechanism where employees of the organization can bring their employment related claims against the organization<sup>183</sup>.

The ECtHR’s jurisprudence corresponds with art. 61 DARIO. This article provides that a member of an international organization incurs international responsibility if, taking advantage of the fact that the organization has competence in relation to the subject-matter of one of the state’s international obligations, it circumvents that obligation by causing the organization to commit an act which if committed by the state, would have constituted a breach of the obligation. However, art. 61 DARIO, similarly to art 17, requires a state to have a specific intent to circumvent its obligations<sup>184</sup>.

---

<sup>176</sup> *Bosphorus*, paras. 155-156.

<sup>177</sup> *Bosphorus*, para. 156.

<sup>178</sup> Lock, p. 530.

<sup>179</sup> *Supra*, Part II, 2 (4).

<sup>180</sup> *Bosphorus*, para 156 ; cf. *Behrami and Saramanti*, para. 106.

<sup>181</sup> *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. v. the Netherlands*, Appl. No. 13645/05, Decision on the admissibility of Application, ECtHR (20 Jan. 2009). While deciding which formula of attribution of conduct should be applied, the *Bosphorus* test or rather the one employed in *Behrami and Saramanti*, the Court stated that „[...] the applicant’s complaint is based on an intervention by the ECJ which had been actively sought by a domestic court in proceedings pending before it. It cannot therefore be said that the respondent Party was in no way involved.”

<sup>182</sup> *Bernard Connolly v. 15 member states of the EU*, Appl. No. 73274/01, Decision on the admissibility of Application, ECtHR (9 Dec. 2008).

<sup>183</sup> *Emilio Gasparini v. Italy and Belgium*, Appl. No. 13645/05, Decision on the admissibility of Application, ECtHR (12 May 2009). However, the Court did not find the obligation in question breached as, applying the *Bosphorus* formula, it did not find the procedure within NATO was to be tainted with “manifest insufficiency” in relation to the equivalent protection standard.

<sup>184</sup> ILC’s Commentaries to the DARIO, p. 159, para. 2

### 3. Responsibility of member states in connection with conduct of international organization

#### 3.1. Direction and control

Art. 59 DARIO provides that in cases where a state directs or controls commission of an act by an international organization, the conduct of the latter is to be attributed to the state. Art. 59 (1) DARIO requires two elements to be satisfied in order to impute a conduct to a state exercising direction and control over an international organization's conduct. Firstly, a state in question must act with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act; and, secondly, the act would be internationally wrongful if committed by that state. This provision corresponds with art. 17 ARSIWA concerning direction and control over a state's conduct exercised by another state as well as art. 15 DARIO regarding direction and control over a state's conduct by an international organization.

The notions of "direction" and "control" were explained by the ILC in its Commentary to art. 17 ARSIWA. The term "directs" denotes "actual direction of an operative kind" and not a mere incitement, and "control" is to be understood as "domination over the wrongful conduct, rather than oversight"<sup>185</sup>. Moreover, the assertion of the ICJ made in its *Nicaragua* judgment where the rule reflected in art 17 ARSIWA was applied can be of assistance in this regard<sup>186</sup>. The Court stated that this form of attribution requires evidence that a state was in a relationship of "effective control" over a third party, to the extent that it directed that party in the performance of the allegedly wrongful act<sup>187</sup>.

Art. 59 DARIO applies to both, member states of an international organization and third party states. However, a significant distinction must be drawn between direction and control in a commission of an act by a member state and by a state not being a member of the organization. According to second paragraph of art. 59, an act of a member state of an international organization done in accordance with the rules of the organization does not engage the international responsibility of that state. Thus, a mere involvement in decision-making process in an international organization will not amount to the "direction and control" in terms of art. 59 if done in accordance with the rules of the organization. Prior to adoption of the DARIO, an argument based on exercising of control over an international organization by a member state through its participation in an organization was made in the *Westland Helicopters* case. The Swiss Federal Tribunal rejected this argument as "the predominant role played by [the founding member] states

<sup>185</sup> ILC's Commentaries to the ARSIWA, 164, para. 7

<sup>186</sup> Stumer, p. 561.

<sup>187</sup> *Nicaragua*, p. 65



and the fact that the supreme authority of the [AOI] is a Higher Committee composed of ministers cannot undermine the independence and personality of the organization<sup>188</sup>.

The practical application of art. 59 is questionable. For the autonomous character of international organizations, the member states can have the ability to assert the requisite direction and control only in exceptional circumstances<sup>189</sup>.

### 3.2. Aid or assistance

Art. 58 DARIO provides that a state can be held internationally responsible if it aids or assists an international organization in commission of an internationally wrongful act, provided that it acts with knowledge of the circumstances of the wrongful act and that the act in question would be internationally wrongful if committed by the state.

Art. 58 DARIO applies to states which are members of an international organization as well as to those who are not. According to second paragraph, similarly as in case of art. 59 (2) DARIO, in order to incur international responsibility the involvement of a member state must exceed beyond the mere participation in an organization's decision making process provided that it is exercised pursuant to the rules of that organization. The same difficulty which relates to the application of art. 59 DARIO occurs in case of determination whether aid or assistance has taken place in borderline cases. The ILC suggest to take into consideration the factual context such as the size of membership and the nature of the involvement of the member state in the conduct in question<sup>190</sup>. It should be noted that the fact that international responsibility for aiding or assisting an international organization of which it is a member state will not be *per se* incurred if done in accordance with the rules of the organization, it does not imply that the state would then be allowed to ignore its own international obligations<sup>191</sup>. These obligations may include conduct of a state in an international organization. When acting in this capacity, responsibility of a state would not be determined under art. 58 DARIO, but rather under the ARSIWA.

### 3.3. Coercion

Art. 60 DARIO imputes responsibility to a state which coerces an international organization to commit a wrongful act which would, but for the coercion, be internationally wrongful for the coerced international organization. It closely corresponds with the provision of art. 16 DARIO addressing the coercion exercised by an international

---

<sup>188</sup> *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Org. for Industrialization*, Judgment, Federal Supreme Court (Switzerland), 80 I.L.R., p. 658 ( 19 Jul. 1988).

<sup>189</sup> Ryngaert/ Buchanan, p. 139.; Stumer, p. 561.

<sup>190</sup> ILC's Commentaries to the DARIO, p. 157, para. 6.

<sup>191</sup> *Ibidem*, para. 5.

organization over conduct of a state, and art. 18 ARSIWA concerning coercing a state commit a wrongful act by another state.

A direct link between a coercion and a commission of a wrongful act is required. Thus, the coercion must refer specifically to the act in question<sup>192</sup>. Moreover, as required by art. 60 DARIO, a coercing state must have knowledge of the circumstances of the wrongful act. This provision is applicable to both member states of an organization and third party states. Hence, a distinction must be made between an coercion and a mere participation in a decision-making process within the organization<sup>193</sup>. Art. 60 DARIO does not comprise a paragraph similar to paragraphs 2 of arts. 58 and 59. It seems highly unlikely that an act of coercion could be taken by a state member of an international organization in accordance with the rules of the organization. However, as the ILC noted in its Commentary to art. 60 DARIO, one cannot assume that the act of coercion will necessarily be unlawful<sup>194</sup>.

As to the plausible scenarios of situation where a member state coerces an international organization to commission of an act, it has been argued that economic pressure could amount to coercion if it is exercised in a manner that the international organization has no other choice but to comply with the coercing state's demands<sup>195</sup>. Such a pressure could, for instance, arise in cases where a member state threatens to withhold its contribution payments to an organization unless the organization commits a wrongful act<sup>196</sup>. It must be noted that in order to constitute a coercion, the pressure imposed by a state on the organization must reach a high threshold. In order to constitute a coercion the pressure must have the same essential character as *force majeure* under art. 23 ARSIWA and 23 DARIO<sup>197</sup>. Thereby, the notion of coercion must be construed restrictively<sup>198</sup>. As explained by the ILC, "nothing less than conduct which forces the will of the coerced State will suffice, giving it no effective choice but to comply with the wishes of the coercing State"<sup>199</sup>. The act in question must involve an irresistible force going beyond the control of the state concerned; making it materially impossible in the circumstances to perform the obligation<sup>200</sup>.

<sup>192</sup> D'Aspremont, p. 100; ILC's Commentaries to the DARIO, p. 158, para. 1

<sup>193</sup> Ryngaert/ Buchanan, p. 141.

<sup>194</sup> ILC's Commentaries to the DARIO, pp. 158-159, para. 3.

<sup>195</sup> D'Aspremont, p. 100.

<sup>196</sup> Ryngaert/ Buchanan, p. 141.

<sup>197</sup> *Ibidem*.

<sup>198</sup> ILC's Commentaries to the ARSIWA, p. 166, para 3.

<sup>199</sup> ILC's Commentaries to the ARSIWA, pp. 183-184, para. 2

<sup>200</sup> *Ibidem*.

### 3.4. Accepting responsibility by member state

Under art. 62 (1) (a) DARIO a state is to be held subsidiarily responsible for an internationally wrongful act of an organization if it has accepted responsibility for that act towards the injured party. This provision corresponds with the absence of a rule of general international law setting forth subsidiary responsibility of member states for acts of international organizations<sup>201</sup>. A member state cannot be held responsible for the organization's acts in a subsidiary of concurrent manner unless it accepts the responsibility. As provided in the Commentary to art. 61 DARIO, there is no qualification for a declaration of acceptance by a state and it may be "expressly stated or implied and may occur either before or after the time when responsibility arises for the organization"<sup>202</sup>. The latter case could be reflected in the provisions on acceptance of the responsibility for an organizations' actions by member states in that organization's constituent instrument or other rules of the organization. It must be emphasized that the acceptance of responsibility by one member state of an international organization does not affect the responsibility of its remaining members<sup>203</sup>.

The acceptance of responsibility as a basis of attribution requires not only acknowledgement of a factual situation, but also demands that a state concerned identifies itself with the conduct in question and accepts it as its own. As example was provided in *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* case before the ICJ, where the Islamic Republic of Iran was held responsible for the occupation by students of the embassy of the United States in Tehran because it had issued a decree in which it endorsed and approved their acts<sup>204</sup>.

### 3.5. Reliance on responsibility of member state

Art. 62 (1) (b) DARIO provides that a member state of an international organization can be held responsible for an internationally wrongful act committed by the organization if it has led the injured party to rely on its responsibility.

This type of responsibility originates from the principle of estoppel or *venire contra factum proprium* which is widely recognized as a general principle of public international law<sup>205</sup>. For instance, this provision would be triggered when a state's conduct would give a third party a reason to believe that if an international organization lacks

---

<sup>201</sup> *Supra*: Ch. III.I.

<sup>202</sup> ILC's Commentaries to the DARIO, p. 163, para. 6.

<sup>203</sup> ILC's Commentaries to the DARIO, p. 164, para. 12.

<sup>204</sup> *United States. Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States of America v Iran) Judgment 1980 I.C.J. Reports, p. 35 (24 May 1980).

<sup>205</sup> T. Cottier/ J. P. Müller, *Estoppel*, para. 9 in R. Wolfrum (ed.), "Max Planck Encyclopedia of Public International Law" Online Edition 2013.

necessary funds for making a reparation to a third party, a member state would step in<sup>206</sup>. However, as it was explained by the ILC, there is no presumption under international law that a third party could rely on the responsibility of member states<sup>207</sup>. The reliance if a basis for reliance by a third party exist will depend from the circumstances of a particular case<sup>208</sup>.

#### 4. Assessment

The mainstream doctrine of international law rejects the view that member states of an international organization could be held responsible for the organization's acts on the sole basis of membership, *i.e.*, under the principle of concurrent or secondary responsibility. However, the principle of separate legal responsibility of international organizations coupled with their jurisdictional immunity creates a risk that member states of the organization are likely to abuse its separate legal personality pursuing their own interest under the organizational veil<sup>209</sup>. In systems with developed law of corporations there is extensive case law regarding shareholders' liability for acts of companies. The propositions have been made to apply the doctrine of "piercing" or "lifting the corporate veil" derived from corporate law of domestic legal orders to responsibility of members of international organizations under international law<sup>210</sup>. Yet, this would jeopardize the principle of autonomy of international organizations and obstruct the effective discharge of their functions. Art. 62 DARIO confirms this conclusion, providing that member states cannot be held responsible for international organizations' actions unless they accept them as their own or otherwise incur their own responsibility by actions committed within or in connection with an international organization. The principles of responsibility enshrined in the DARIO are intended to strike a balance between the principle of international organizations' separate legal responsibility and the prevention of its abuse by member states. The most evident manifestation of this intention is represented in the provision of art 61 DARIO. The logical consequence of this norm would be member states' inability to avoid their obligations by taking advantage of the separate legal personality of an international organization. However, art. 61 DARIO requires an intention of circumvention of legal obligations when transferring member states' obligations to an organizations which can incur practical problems in the application of this rule. In this situation, the standard of "due diligence" or "equivalent protection", adopted in the

<sup>206</sup> Ryngaert/ Buchanan, p.145; C.F. Amerasinghe, *Liability to Third Parties...*

<sup>207</sup> ILC's Commentaries to the DARIO, p. 164, para 10.

<sup>208</sup> Ryngaert/ Buchanan, p.145.

<sup>209</sup> See: D'Aspremont.

<sup>210</sup> I. Seidl- Hohenveldern, *Piercing the Corporate Veil of International Organizations: The International Tin Council in the English Court of Appeals*, "German Yearbook of International Law" 1989, vol. 32, p. 43.

jurisprudence and proposed in the legal writings, serves as the most effective instrument of protection of third parties to whom obligations are owed by member states.

## **Part IV. Enforcement of responsibility of international organizations**

### **1. Enforcement of responsibility of international organizations by domestic courts**

#### **1.1. Domestic courts as forum for adjudicating of responsibility of international organizations**

Domestic courts may adjudicate claims against international organizations applying rules of international law since norms of international law binding on a state become a part of its legal orders. Essentially, domestic courts may determine that an internationally wrongful act has been committed in situations in which an individual has a valid claim against an international organization based on a violation of an individual primary right accorded by international law. In particular, such claims could be based on violations of human rights. However, the domestic courts mostly decide on such claims applying the domestic law on responsibility. Municipal courts are not likely to expressly hold that a breach of a rule of international law has engaged international responsibility of a state or an international organization. This issue touches upon the question of the relationship between municipal and international law or more precisely the problem of the “domestication” of international law<sup>211</sup>. States employ different methods of embedding norms of international law in their domestic legal orders. In some domestic legal systems certain international rules are immediately incorporated, e.g., customary norms or international human rights norms incorporated *en bloc* in some states, norms in ratified international treaties in other states (incorporation). Other states require the norms to be transformed or transposed through a domestic implementing act (transformation)<sup>212</sup>. Once the norms of international law become a part of a national legal order, municipal courts apply the rules of domestic law that incorporates an international obligation. This can be seen as an application of “purely” domestic law. In cases in which national courts determine breaches of primary rules of international law incorporated into norms of the municipal legal system, the courts tend to apply domestic rules on attribution, defenses, reparation, disregarding the relevant rules of international law on this matter<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> A. Nollkaemper, *Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts*, “American Journal of International Law” 2007, vol. 101, p. 787.

<sup>212</sup> A. Tzanakopoulos, *Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts*, “Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review” 2011, vol. 34, p. 163 (2011).

<sup>213</sup> Nollkaemper, p. 761.

The further problem for applying the secondary norms of international responsibility is based on their legal character. The rules comprised in the DARIO do not constitute a primary source of international law. Thus, apart from the rules reflecting customary international law and incorporated into the municipal legal orders by virtue of a norm of constitutional character, which is rather not the case of the DARIO, these principles are not a part of binding obligations of states. The situation can be different when the national legal order incorporates the secondary rules comprised in treaty law described as *lex specialis* to the DARIO as presented in the first part of this paper.

International responsibility substantially differs from domestic regimes of tort law given its “objective” character. Contrary to many domestic legal systems, international responsibility does not distinguish between contractual and tortious responsibility. This regime of international responsibility does not find any precise counterpart in national legal systems<sup>214</sup>. Yet, many secondary rules of international responsibility can be relevant to the cases decided before domestic courts. The secondary obligations may affect rights directed towards individuals, e.g. they can concern procedural remedies, such as the obligation of reparation and the obligation to provide access to court<sup>215</sup>. Especially, the general principle that a breach of an international primary right must entail obligation to provide reparation is of particular relevance<sup>216</sup>. Although international law on responsibility contains many autonomous principles, for the reasons explained above, domestic courts may employ rather domestic rules of responsibility to determine a violation of a primary rule of international law and choose remedies for the international wrong.

Still, there are some convincing arguments for the application of secondary rules of responsibility under international by the national courts. A. Nollkaemper contends that the secondary rules of international responsibility should be considered “a [normative] penumbra in which primary rules operate”<sup>217</sup>. As the primary and the secondary norms are “interdependent and inseparable”, domestic courts deciding on cases involving questions of international law should operate within this framework. This argument is consistent with the case law concerning international responsibility. In *Reparation* case, the ICJ held that “as the claim is based on the breach of an international obligation on the part of the Member held responsible by the Organization, the Member cannot contend that this obligation is governed by municipal law, and the Organization is justified in giving its claim the character of an international claim”<sup>218</sup>. Moreover, this is supported

---

<sup>214</sup> *Ibidem*.

<sup>215</sup> *Ibidem*.

<sup>216</sup> *Factory at Chorzow* (Germany v Poland) Jurisdiction, Judgment, PCIJ, Ser. A No. 9, p. 21 (26 Jul. 1927).

<sup>217</sup> Nollkaemper, pp. 783-786.

<sup>218</sup> *Reparation*, p. 180; see also: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. v. Argentina*, Decision on Annulment, ICSID No. ARB/97/3, 41 ILM 1135, 1154, para. 96 (3 Jul. 2002).

by the practice of domestic courts which apply the principles of international law concerning treaty interpretation when interpreting international law<sup>219</sup>. The reason for this is the observation that rules of international law should be given the meaning that was ascribed to them by the legal system in which they were originated<sup>220</sup>.

The practical relevance of the problem of application of the secondary rules is well illustrated in a case before the German Constitutional Court concerned with the question of availability of defenses based on circumstances precluding wrongfulness under international law of state responsibility in proceedings before domestic courts. The Bundesverfassungsgericht examined the question whether Argentina was entitled to invoke necessity as a circumstance precluding wrongfulness under international law as a defense against claims brought in German courts by private individuals for the country's default on sovereign bonds<sup>221</sup>. The Court answered to the above question in the negative stating that Argentina's obligation of payment to private inventors was governed by German private law. This decision met with strong criticism<sup>222</sup>.

It might be argued that national courts are not an appropriate forum for adjudging international responsibility. In particular, it could be claimed that international responsibility is confined to the international legal order and claims for international legal wrongs are to be asserted in international rather than municipal courts<sup>223</sup>. Domestic courts whose powers find their basis and limits in domestic legal systems, are not obliged or authorized to determine a an international wrong in another legal order<sup>224</sup>. A domestic court's determination will produce effects only in national law. Its findings may or may not be shared by courts of different jurisdictions or international judicial bodies as a consequence of the principle of sovereign equality, and will not produce any automatic legal effects for the alleged wrongdoing<sup>225</sup>. However, it has been suggested that the strict dualist perspective, in which the above arguments find their justification, has lost much of its

---

<sup>219</sup> *E.g.*: *Attorney General v. Zaoui*, Judgment, New Zealand Supreme Court, 1 N.Z.S.C. 289, para. 12, ILDC 81 (NZ 2005) (21 Jun. 2005). *See*: Nollkaemper, p. 784, fn. 130.

<sup>220</sup> Nollkaemper, p. 785.

<sup>221</sup> Decision of the German Constitutional Court, BVerfG, 2 BvM 1/03 (8 May 2007). *See also*: S. W. Schill, *German Constitutional Court Rules on Necessity in Argentine Bondholder Case*, "ASIL Insights" 2007, vol. 11 (20).

<sup>222</sup> For the critical views on the Court's majority decision, see: Dissenting Opinion by Judge Lübke-Wolff, BVerfG, 2 BvM 1/03, paras. 65-95; Nollkaemper, p. 786. Especially, the argument based on the investment law decisions confirming the availability of the defense of necessity to a state against private investors was raised, *cf.*: *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, Award, ICSID No. ARB/01/8, paras. 304-394, 44 ILM 1205, pp. 1248-49 (12 May 2005); *Enron Corp. v. Argentine Republic*, Award, ICSID No. ARB/01/2, paras. 288, 345 (22 May 2007).

<sup>223</sup> *Cf.*: *Council of Canadians v. Canada* (Attorney General), Judgment, Ontario Supreme Court of Justice, *Case 01-CV-208141*, Carswell Ontario Cases 2005, p. 2973, paras 41, 43 (8 Jul. 2005).

<sup>224</sup> Nollkaemper, p. 774.

<sup>225</sup> Nollkaemper, p. 775.

persuasive force<sup>226</sup>. Under this approach it is recognized that determinations made by national courts have a “double effect” as modern international law addresses situations located partly in domestic legal orders and the domestic courts usually are the bodies competent to give effect to such obligations<sup>227</sup>.

Despite of the aforementioned difficulties, an emerging practice of application of the secondary rules of international responsibility of international organizations in domestic courts can be observed. It has been exemplified in the decisions of the national courts of the United Kingdom and the Netherlands which have already taken recourse to the principles of attribution in the DARIO in the cases of *Al- Jedda*<sup>228</sup> and *Mothers of Srebrenica*<sup>229</sup>.

## 1.2. Jurisdictional immunity of international organizations

The possibility of the adjudication on commission of an internationally wrongful act by an international organization in a domestic court is substantially limited by international organizations’ jurisdictional immunity. Contrary to the immunity of states, the principle that international organizations shall not be submitted to jurisdiction of domestic courts evolved from specific treaty provisions, not from customary international law. As to the status of the norms of international law providing for immunity of international organizations, there is no general and consistent practice or *opinio juris* in this area which could give rise to a general customary rule of immunity<sup>230</sup>. Thus, the treaty provisions serve as a primary legal basis for the jurisdictional immunity.

The prevailing doctrine supports the view that the rationale for international organizations’ jurisdictional immunity is the “functional necessity”<sup>231</sup>. According to this approach, and contrary to state immunity which is based on the principles of sovereignty and equality, the immunity of international organizations from jurisdiction of national courts is justified by the necessity to fulfill their purposes and functions without any ungrounded intervention on the part of a forum state<sup>232</sup>. The rationale for the immunity of international organizations based on “function necessity” corresponds with the “functional” justification for providing them with international legal personality.

---

<sup>226</sup> Nollkaemper, p. 774.

<sup>227</sup> *Ibidem*.

<sup>228</sup> *Supra*: note 93

<sup>229</sup> *Supra*: note 194.

<sup>230</sup> A. I. Young, *Deconstructing International Organization Immunity*, “Georgetown Journal of International Law” 2012, vol. 44 (2), p. 355.

<sup>231</sup> M. Möldner, *International Organizations or Institutions, Privileges and Immunities*, para. 12 in R. Wolfrum (ed.), “Max Planck Encyclopedia of Public International Law” Online Edition 2013.

<sup>232</sup> *Ibidem*; Shaw, p. 1319.



The scope of immunity will vary between different organizations. In order to determine the extent of immunity granted to the organization, a case-to-case approach is required. Still, in the majority of cases domestic courts do not carry out a functional necessity analysis and simply apply the provisions of international legal instruments which define the scope of the immunity of the organization in question. Most often these legal acts provide for an absolute immunity<sup>233</sup>.

H. G. Schermers and N. M. Blokker conceive that even in the absence of an express provision on the immunity of an international organization, national courts may use a variety of means to avoid dealing with the substance of cases concerning international organizations<sup>234</sup>. In particular, they may grant immunity based on the fact that international organizations are composed of sovereign states which enjoy immunity from proceedings before national courts under customary international law<sup>235</sup>. Another avoidance technique is represented in the example of the US courts who have applied the act of state doctrine or the doctrine of the “political questions” to international organizations<sup>236</sup>.

### **1.3. Limits to jurisdictional immunity of international organizations**

The doctrine of functional necessity should be considered the first restriction to the immunity of international organizations. According to it, the international organizations would have only the extent of immunity necessary for them to discharge their functions free of unilateral government interference<sup>237</sup>. However, the majority of the legal instruments defining the international organizations’ privileges and immunities provide for an absolute immunity from any legal process, disregarding the field of activities concerned<sup>238</sup>. There seems to be a manifest contradiction between the functional rationale for granting immunity to international organizations and the absolute immunity from legal process which they enjoy in practice. It is well illustrated with the example of the UN. Under the UN General Convention the organization enjoys unlimited immunity, yet, according to the wording of art. 105 (2) UN Charter it shall enjoy the immunity “necessary for the fulfillment of its functions”.

Despite of the difficulties, the practice of domestic courts shows that the functional immunity may serve as a bar to the unlimited immunity of international organizations. In the jurisprudence, the functional immunity of international organizations was considered

---

<sup>233</sup> Amerasinghe, p. 494.

<sup>234</sup> See: Schermers/ Blokker, pp. 1033-1034.

<sup>235</sup> *Ibidem*.

<sup>236</sup> See: A. Reinisch, *International Organizations before National Courts*, New York 2010, pp. 35-127.

<sup>237</sup> E. Gaillard/ I. Pingel-Lenuzza, *International Organizations and Immunity from Jurisdiction: to Restrict or to Bypass*, “International and Comparative Law Quarterly” 2002, vol. 51, p. 6.

<sup>238</sup> Sands/ Klein, p. 494.

a rule of customary international law, yet, applicable only in the disputes over acts immediately connected to the functions of international organizations<sup>239</sup>.

It has been proposed that the restrictive theory of immunity which evolved as a doctrine limiting the immunity of states could be applied to international organizations. Under this theory state immunity covers exclusively sovereign acts of states, *acta iure imperii*, which are to be distinguished from the notion of *acta iure gestionis*, covering the realm of commercial activities of states. Some scholars contend that the same limitation of jurisdictional immunity is to be applied to the international organizations<sup>240</sup>. Still, the prevailing opinion rejects such a possibility<sup>241</sup>. For instance, C. F. Amerasinghe, finds the distinction on *acta iure gestionis* and *acta iure imperii* inapplicable to international organizations as, contrary to states, they lack sovereignty and simply are not capable of performing, what could be described as, sovereign acts<sup>242</sup>. The practice of international law serves does not help to answer the question of applicability of the *iure gestionis* exception as the case law on the issue is not conclusive<sup>243</sup>.

Just as in the case of the immunity of states, international organizations may waive their immunity and submit themselves to jurisdiction of national courts<sup>244</sup>. However, a waiver of jurisdictional immunity does not cover an execution of a judgment given by a domestic court. It was suggested that a voluntary submission of an international organization to arbitration proceedings could constitute an implied waiver of the organization's immunity in respect of the supervisory jurisdiction of the domestic courts of the seat of the arbitration<sup>245</sup>. Yet, it is difficult to assess whether this rule is accepted under

<sup>239</sup> See: *AS v Iran-United States Claims Tribunal*, Final appeal judgment, LJN: AC9158; ILDC 1759 (NL 1985) (20 Dec. 1985); *Greenpeace Nederland v. Euratom*, Judgment on appeal in cassation, Supreme Court (the Netherlands), LJN: BA9173; RvdW (2007) No 992; ILDC 838 (NL 2007) (13 Nov. 2007); *X v. European Patent Organization*, Final appeal judgment, Supreme Court (the Netherlands), Case No 08/00118; LJ BI9632; ILDC 1464 (NL 2009) (23 Oct. 2009).

<sup>240</sup> Sands/ Klein, p. 494;

<sup>241</sup> Schermers/Blokker, p. 1033.

<sup>242</sup> Amerasinghe, pp. 494-495. Similarly, Shaw, p. 1319.

<sup>243</sup> For application of the distinction, see: e.g., *Nacci v. Bari Institute of the International Centre for Advanced Mediterranean Agronomic Studies*, Italian Court of Cassation, 114 ILR 539 (8 Jun. 1994); *AS v Iran-United States Claims Tribunal*, Final appeal judgment, Supreme Court (the Netherlands) LJN: AC9158; ILDC 1759 (NL 1985) (20 Dec. 1985); *Dupree Associates Inc. v. The Organization of American States*, Judgment, US States District Court for the District of Columbia, 63 ILR 92 (31 May 1977). Against the distinction, see: e.g., *F. S. A v. G.*, Swiss Federal Tribunal (22 Jun. 1995), unpublished, partly reproduced in "Revue suisse de droit international et de droit européen" 1996, vol. 4, p.657.

<sup>244</sup> Schermers/ Blokker, p. 1037. For the examples, see: Fourth report on relations between States and international organizations, by Mr. Leonardo Díaz-González, Special Rapporteur in Report of the International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission 1989, vol. II Part I, UN Doc. A/CN.4/424 and Corr.1 (1989) p. 163, para. 77.

<sup>245</sup> Wickremasinghe, para. 11.

international law as the case law on the issue does not provide any definite answer to the question<sup>246</sup>.

Furthermore, an argument could be advanced that human rights standards could serve as a factor restricting the immunity of international organizations. It has been suggested that state immunity must be restricted in situations in which it bars an individual's right to access justice in cases concerning grave human rights violations<sup>247</sup>. This is based on the theory of the normative hierarchy of international law according to which the norms of *jus cogens* status, which encompass, *i.a.*, fundamental human rights, must take precedence over the norms not having the same status under international law<sup>248</sup>. As the jurisdictional immunity does not have a status of a peremptory norm, it ranks lower in the hierarchy of international law and must give way to an *jus cogens* norm when such a conflict arises. This argument was raised with regard to the immunity of states, however this could be applied as well to international organizations given the "objective" binding force of the *jus cogens* norms of international law. However, the *jus cogens* exception was recently rejected by the ICJ in its judgment on the case of the *Jurisdictional Immunities of the State* as not being of a part of customary international law<sup>249</sup>.

## **2. Enforcement of responsibility of international organizations by international courts and tribunals**

The legal basis for instituting proceedings against an international organization in an international forum must be provided in the instrument defining standing before the respective international court or tribunal. Thus, the issue of the availability of these fora to international organizations is closely related to the question of their treaty making capacity. The analysis of these provisions leads to a conclusion that the possibility of giving effect to responsibility of international organizations in international courts is quite limited.

The problem is well presented by the example of the international court of fundamental importance for the issues of international responsibility, the ICJ. According to

---

<sup>246</sup> For the decisions supporting such an implied waiver, *see: Boulois v. UNESCO*, Decision, Paris Court of Appeal, 1999 Revue de l'Arbitrage, p. 343 (19 Jun. 1998). For the decisions rejecting such a proposal, *see: Groupement d'Enterprises Fougerolle v CERN*, Decision, Swiss Federal Tribunal, 102 ILR 20 (21 Dec. 1992).

<sup>247</sup> A. Belsky, M. Merva, N. Roht-Ariaza, *Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law*, "California Law Review" 1989, vol. 77, p. 365; A. Orakhelashvili, *State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong*, "European Journal of International Law" 2007, vol. 5, p. 955; L. McGregor, *Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty*, "European Journal of International Law" 2007, vol. 5, p. 903.

<sup>248</sup> VCLT, art. 53.

<sup>249</sup> *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy, Greece intervening) Judgment, ICJ, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf> (accessed on 10 Jun. 2013).

art. 34 (1) of the ICJ Statute, only states can be parties to the disputes submitted to the jurisdiction of the World Court. The question of *rationae personae* jurisdiction of the ICJ in relation to international organizations arose in *Legality of the Use of Force* cases brought before the Court by Serbia and Montenegro against eight member states of the NATO<sup>250</sup>. The cases concerned the alleged violation of the prohibition of the use of force by the bombing of the Federal Republic of Yugoslavia by the NATO in 1999. As Serbia and Montenegro<sup>251</sup> was not able to institute proceedings against the organization due to the *ratione personae* limitation of the Court's jurisdiction, it decided to bring a suit against its member states. The applicant claimed that the NATO members were "jointly and severally responsible for the actions of the NATO military command structure"<sup>252</sup>. The ICJ never had the opportunity to respond to the question of the responsibility of the NATO member states as the cases were dismissed because of the lack of the *ratione temporis* jurisdiction. Nonetheless, this shows the implications of deficiency of the system of settlement of international disputes concerning the wrongful acts of international organizations. Injured parties might find themselves in a better position to take legal actions against member states instead of an international organization since the mechanism of the enforcement of international responsibility of states is far more efficient.

There are only a few international judicial bodies providing an international forum available to international organizations. The Dispute Settlement System of the World Trade Organization<sup>253</sup> is open to regional economic integration organizations<sup>254</sup>. The only international organization which in fact exercises its *ius standi* in the WTO is the EU. Another international judicial institution providing a dispute settlement mechanism open to the international organizations is the International Tribunal for the Law of the Sea. According to art. 20 of the Statute of the ITLOS<sup>255</sup>, the Tribunal may exercise jurisdiction

<sup>250</sup> *Legality of Use of Force*, Judgment, Preliminary Objections (15 Dec. 2004): (Serbia and Montenegro v. Belgium) 2004 ICJ Report, p. 279; (Serbia and Montenegro v. Canada) 2004 ICJ Report, p. 429; (Serbia and Montenegro v. France) 2004 ICJ Report, p. 579; (Serbia and Montenegro v. Germany) 2004 ICJ Report, p. 720; (Serbia and Montenegro v. Italy) 2004 ICJ Report, p. 865; (Serbia and Montenegro v. Netherlands) Judgment, Preliminary Objections, 2004 ICJ Report, p. 1011; (Serbia and Montenegro v. Portugal), 2004 ICJ Report, p. 1160; (Serbia and Montenegro v. United Kingdom) 2004 ICJ Report, p. 1307.

<sup>251</sup> The Federal Republic of Yugoslavia changed its official name to Serbia and Montenegro on 4 February, 2003.

<sup>252</sup> *Legality of Use of Force* (Serbia and Montenegro v. Canada) Oral Pleadings of Serbia and Montenegro, CR/99/14 (May 10, 1999).

<sup>253</sup> The legal framework for the dispute settlement in the WTO is provided in the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, opened for signature on 15 April 1994, entered into force on 1 January 1994, 1869 UNTS. 401, 33 I.L.M. 1226.

<sup>254</sup> A. del Vecchio, *International Courts and Tribunals, Standing*, para. 21 in R. Wolfrum (ed.), "Max Planck Encyclopedia of Public International Law" Online Edition 2013.

<sup>255</sup> UNCLOS, Annex VI.

over states parties to the UNCLOS. Under art. 305 (1) (f) UNCLOS the term “states parties” is to be construed to cover also intergovernmental organizations which have acceded to the Convention in accordance with Annex IX to the Convention. Art. 7 of Annex IX provides that these organizations can choose one or more of the means of dispute settlement of disputes listed in art. 287 (1) of the Convention which includes recourse to the ITLOS and the ICJ. However, the possibility of resorting to the ICJ is excluded for the reasons explained above. The EU being a party to the UNCLOS has already exercised its *ius standi* before the ITLOS in *Swordfish Stock* dispute<sup>256</sup>. Another legal basis for participation of international organizations as parties in proceedings before the ITLOS is provided in art. 20 (1) of the ITLOS Statute. Pursuant to this article, international organizations which have not acceded to the Convention, can submit a dispute to the ITLOS’ jurisdiction “in any case expressly provided for in Part XI or in any case submitted pursuant to any other agreement conferring jurisdiction on the Tribunal which is accepted by all the parties to that case”.

Moreover, pursuant to art 6 (2) TEU, the EU shall accede to the ECHR under the conditions set forth in Protocol No. 8 to the Convention. Up to now, the EU has not become a party to the Convention. In June, 2010 the Commission has been authorized by the Council of the EU to negotiate the specific terms of the accession with the other parties to the Convention. The issue of the terms of the accession has not been resolved yet. The last draft Accession Agreement was concluded on 19 March, 2013<sup>257</sup>. One of the consequences of the accession will be the possibility of filing complaints against the EU before the ECtHR in both the individual complaint and the inter-state procedure. Some aspects of the accession are disputed in the legal doctrine, in particular, the possibility of filing of an inter-state complaint under art. 33 ECHR against the EU by its member states<sup>258</sup>.

---

<sup>256</sup> *Case concerning the Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks in the South-Eastern Pacific Ocean* (Chile v. EU) Order, ITLOS, Case No. 7 (20 Dec. 2000).

<sup>257</sup> Report of the Fifth Negotiation Meeting Between The CDDH *ad hoc* Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, 47+1(2013)R05, available at:[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting\\_reports/Web\\_47\\_1%282013%29R05\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/Web_47_1%282013%29R05_EN.pdf) (accessed on 10 Jun. 2013).

<sup>258</sup> It been indicated that the inter-state complaint proceedings by the EU member states could interfere with art. 344 TFEU which provides that „Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein”. See: M. Kuijer, *The Accession of the European Union to the ECHR: a Gift for the ECHR’s 60th Anniversary or an Unwelcome Intruder at the Party?*, “Amsterdam Law Forum” 2011, vol. 3, pp. 30- 31.

### **3. International arbitration as a method of enforcement of responsibility of international organizations**

International arbitration can serve as an efficient mechanism of enforcement of international responsibility of international organizations as it provides much more flexibility in comparison to the international courts and tribunals. The jurisdiction of the arbitration tribunals is governed by the principle of consent. As they operate on an *ad hoc* basis, their competence depends on written agreements between disputing parties. Their jurisdiction over person and subject-matter is defined in these agreements. The factor decisive for the attractiveness of international arbitration is the flexibility of the procedure. The parties to disputes may directly or indirectly, influence the tribunal's constitution, the designation of its mandate, the conduct of its proceedings, and the tribunal's development or application of legal principles. Legal determinations made by arbitral tribunals have a binding effect and enjoy similar authority to those of international courts and tribunals.

Still, there is some controversy surrounding the immunity of international organizations in the supervisory proceedings before domestic courts. In such instances, a voluntary submission to arbitration could be interpreted as an implied waiver of immunity. However, this proposal still would not solve the problem of invoking immunity as a defense in the execution of the arbitral awards. As explained above, a waiver of immunity from jurisdiction and a waiver immunity from execution must be distinguished. As the effectiveness of international arbitration relies on the domestic mechanisms of execution, the effectiveness of international arbitration as a method of enforcing responsibility of international organizations could be undermined.

### **4. Assessment**

There is a large deficiency in mechanisms of enforcement of international responsibility of international organizations. The limitations exist on both national and international level. National courts constitute a forum with limited competence to determine whether violation of international law has been committed by an international organization. This limitation is caused by domestic courts' reluctance to apply the rules of responsibility under international law and the jurisdictional immunity of international organizations. As to the second restriction, the immunity of organizations has in fact been isolated from its legal justification which is securing an impartial discharge of organizations' functions. In domestic courts' practice it evolved to an absolute immunity posing a substantive threat to third parties entering into legal relations with international organizations. The attempts to apply the doctrine of restrictive immunity have been rejected because of the different origin of international organizations' immunity and due to

the limited state practice on the issue. However, this reasoning lacks logical consequence. In my opinion, state sovereignty provides a stronger justification for immunity than the “functional necessity”. Yet, courts are more likely to restrict the immunity of the states than that of the organizations.

International courts and tribunals could provide a more appropriate forum for adjudicating claims involving international organizations’ responsibility. However, these judicial bodies generally do not extend their *ratione personae* jurisdiction over international organizations. In fact, only the EU is the only international organization which can appear as defendant before international courts. The option chosen by the EU, in which both the organization and its members have *ius standi*, is the most desirable solution from the perspective of compliance with international law. As proven in the cases of *Legality of use of force*, injured parties are in a better position to take legal actions against member states than the organization as the enforcement of state responsibility is far more accessible than it is in case of international organizations. Such actions, however, are not likely to be successful as the principles on responsibility in the DARIO exclude responsibility for organizations’ actions based on sole membership. The only situations in which member states could be held responsible in connection with an international organization’s actions are these in which they engage responsibility by their own conduct as presented in Part III. Thus, when responsibility is incurred by an organization, an injured party would be simply unable to obtain a remedy. When both member states and an organization have *ius standi* before an international court, the issue of allocation of responsibility would not be likely to give rise to a denial of justice. Other desirable solution is the submission of international organizations to jurisdiction of arbitration tribunals. As these bodies operate on an *ad hoc* basis, this can be easily accomplished by setting up appropriate arrangements.

## Conclusions

The ILC’s works on rules of responsibility of international organizations constitute a prime example of the progressive development of international law. There has been a growing need of the exploration of this area of international law because of the dynamic development of international organizations and their increasing role as actors in the international plane. Throughout this paper many examples of activities which create a risk of engaging responsibility of international organizations were presented. The ICJ’s Advisory Opinion on the *Reparation* case confirmed that international organizations are subjects of international law and as such they are able of incurring own responsibility for their actions under international law.

The development of the rules on responsibility of international organizations, in particular the DARIO, must be seen as an instrument of large practical relevance. There might be controversies surrounding their validity as a source of international law. Nonetheless, they have provided some clarity on many aspects of international responsibility which were not definitely settled in the doctrine and the practice of international law.

The progressive development of these rules is not coupled with the equal development of the procedural aspects of enforcing responsibility of international organizations. Therefore, the development of law of responsibility of international organizations could be described as asymmetrical. While a widely accepted set of rules applicable to the responsibility of international organizations has been developed, there is still a large deficiency in the mechanisms of settlement of disputes involving international organizations. The possibility of adjudicating claims involving their responsibility by national courts is barred by the jurisdictional immunity. International organizations can appear before only a few international judicial bodies. International arbitration is not employed to an extent which could provide for an effective mechanism of enforcement alternative to the international courts and tribunals.

A proper regulation of the issue of international responsibility of international organizations requires balancing between the conflicting interests and principles. The interests of three actors involved in the relations which arise as consequence of an internationally wrongful act, *i.e.*, an international organization, its members and an injured party, must be observed. As to the conflicting principles, a balance must be reached between preserving of an international organization's autonomy, on the one hand, and eliminating of the risk of abuse of that organization's legal personality, on the other; as well as between the securing of the organization's impartial discharge of functions and the providing of a legal remedy to the victim of an international wrong.

In my opinion, the substantive rules of responsibility of international organizations, as presented in Parts II and III, give a satisfactory result with regard to the relations between the organization and its member states. They manage to strike a balance between the principle of separate legal personality and the need to minimize the risk of abuse of the legal personality of organizations by its member states. The rejection of the concepts of concurrent and secondary responsibility of member states eliminated the greatest threat to the principle of separate legal personality of international organizations. The equivalent protection doctrine developed by the ECtHR has been designed to prevent abuse of separate legal personality of international organizations to the effect of evading of member states' international obligations. Striking a similar balance can be difficult in borderline cases in which the issue of allocation of responsibility of an organization and its member states is not clear. My suggestion is to conduct an attribution



of conduct analysis in each of these cases applying principle of effective control understood in its traditional meaning, *i.e.*, the *Nicaragua* formula and not the doctrine of ultimate control as developed in the jurisprudence of the ECtHR.

As to the tension between the interests of the injurer organization and the injured party, international law fails to provide a satisfactory solution. The system fails at the procedural level of enforcement of responsibility. The international law provides for instruments safeguarding the autonomy of international organizations. They have legal personality which allows them exercise competences granted to them by their member states. The natural course of action would be that they could be held responsible for their acts violating international law. However, the deficiencies of the enforcement mechanisms of international law often render this impossible. Immunity of international organizations, lack of standing before international courts and tribunals, and absence of arbitration arrangements allowing for settlement of disputes involving international organizations create a situation in which a victim of a violation of international law is deprived of remedies under international law. This also has its consequence in the application of substantial law on responsibility, as the injured parties will be likely to argue that the actions of the organizations are to be attributed to the member states, hoping to obtain a remedy in the more effective mechanisms of enforcement of state responsibility. At the national level, restricting of the immunity of international organizations should be recommended. In my view, the limitations should be based not on the restrictive doctrine of immunity of state implying the *acta iure imperii* and *acta iure gestionis* division as I share the opinion on the inappropriateness of this distinction to the international organizations. The restrictions should go back to the very justification of their immunity under international law. The “functional necessity” analysis would constitute an useful tool for proving whether the acts in question in fact fall within the scope of activities requiring jurisdictional immunity.

At the international level granting standing before the international courts and tribunals to the international organizations would be required in order to establish an effective enforcement mechanism of international responsibility of the organizations. In the absence of such a reform the enforcement of responsibility through international arbitration can provide a satisfactory alternative.

## Summary

### **Responsibility of International Organizations under International Law**

The rising number of cases involving breaches of international law by international organizations signals their increasingly significant role in the modern international community. Unlike the rules on the international responsibility of states, the law on the responsibility of international organizations remains an uncertain and largely unexplored territory. This article examines the current state of law of international responsibility of international organizations. It also aims to assess whether international law at its current stage of development provides for a balance between the interests of the parties, as well as between the conflicting principles of international law.

# **Immunitet jurysdykcyjny państwa a prawa człowieka. Przegląd doktryny**

## **Wstęp**

Od lat osiemdziesiątych XX wieku systematycznie wzrasta liczba wnoszonych do sądów krajowych pozwów o odszkodowanie z tytułu szkody spowodowanej naruszeniem praw człowieka. Jednocześnie ostatecznie ugruntowało się przekonanie, że ochrona podstawowych praw i wolności jednostki nie jest wewnętrzną sprawą poszczególnych państw, lecz jako jedna z podstawowych wartości, na których opiera się system prawa międzynarodowego, powinna stanowić przedmiot zainteresowania całej społeczności międzynarodowej. W związku z tym w praktyce orzeczniczej (początkowo w Stanach Zjednoczonych, później także w państwach europejskich) pojawiła się koncepcja, zgodnie z którą w celu umożliwienia dochodzenia poszkodowanej jednostce roszczeń w tego rodzaju sprawach należy uchylić przysługujący państwu obcemu immunitet i poddać spór merytorycznej ocenie. Dostrzeżono bowiem, że w niektórych przypadkach powództwo cywilne jest jedynym środkiem ochrony formalnie i faktycznie dostępnym ofierze naruszeń praw człowieka.

Istoty konfliktu powstałego na styku prawa praw człowieka i instytucji immunitetu państwa należy poszukiwać nie w sferze normatywnej, ale w leżącej u jej podstaw płaszczyźnie aksjologicznej. Sprowadza się on bowiem do konfliktu wartości, jakimi są z jednej strony podtrzymywanie pokojowej współpracy między państwami, z drugiej zaś – podmiotowość i godność jednostki. Zważywszy, że obie mają fundamentalne znaczenie dla systemu prawa międzynarodowego, przy rozstrzyganiu niezgodności należy dążyć do równoważenia interesów obu stron. Dotychczas jednak próby wypracowania odpowiadającej tym warunkom koncepcji, która spotkałaby się z powszechnym uznaniem zarówno doktryny, jak i judykatury, kończyły się niepowodzeniem.

Mając na uwadze powyższe, należy już na początku zaznaczyć, że również w niniejszej pracy nie zostanie wskazane najwłaściwsze rozwiązanie. Jej celem jest natomiast analiza aktualnego stanu prawa międzynarodowego w materii immunitetu państwa oraz głównych stanowisk prezentowanych w nauce. W pierwszych częściach pracy zostanie zdefiniowane pojęcie immunitetu państwa i omówione będą kolejne etapy rozwoju instytucji, jej obecny zakres podmiotowy i przedmiotowy. Zarysowana zostanie

również w sposób ogólny problematyka relacji między immunitetem państwa a prawem praw człowieka. Szczegółowym rozważaniem na temat głównych koncepcji wyłączenia immunitetu państwa w sprawach dotyczących naruszeń praw człowieka poświęcone zostaną kolejne rozdziały pracy.

Z uwagi na ograniczone rozmiary niniejszy tekst stanowi jedynie elementarne opracowanie tematu. Złożony i relatywnie nowy problem relacji między immunitetem państwa a ochroną praw człowieka, jako świadectwo dynamicznego rozwoju prawa międzynarodowego, niewątpliwie zasługuje na wnikliwszą analizę. Można się jednak spodziewać, że w związku ze stale rosnącą liczbą spraw związanych z naruszeniem praw człowieka, a także wydanym przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w lutym 2012 r. orzeczeniem bezpośrednio dotyczącym tego zagadnienia, pojawią się wkrótce bardziej pogłębione studia.

## 1. Immunitet państwa – pojęcie i charakter prawny

Prawidłowe funkcjonowanie systemu prawa międzynarodowego warunkowane jest współpracą państw jako członków społeczności międzynarodowej opartą na wzajemnym zaufaniu. W związku z tym konieczne staje się jednoznaczne określenie wzajemnych relacji między tymi podmiotami. W płaszczyźnie prawnej służą temu dwie podstawowe zasady: suwerenności (*sovereignty*) i równości (*equity*). Jak stwierdził Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu wydanym w sprawie *Zjednoczone Królestwo przeciwko Albanii*, przez suwerenność należy rozumieć zespół kompetencji, które przysługują państwu w obrębie jego terytorium, z wyłączeniem innych państw oraz w odniesieniu do innych państw<sup>1</sup>. Do zasady równości odnosi się z kolei D. Anzilotti, stwierdzając, że wynika ona wprost z istoty prawa międzynarodowego, a za jej bezpośrednią konsekwencję należy uznać regułę, zgodnie z którą państwa nie podlegają jurysdykcji innych państw, o ile działają w charakterze podmiotów prawa międzynarodowego<sup>2</sup>. Reguła ta tradycyjnie wyrażana jest za pomocą paremii *par in parem non habet jurisdictionem*, którą przywołuje między innymi Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Al-Adsani przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, tłumacząc jej zasadność

<sup>1</sup> *United Kingdom v. Albania (Corfu Channel Case)*, Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, wyrok z dnia 9 kwietnia 1949 r., ICJ Reports 1949, s. 4 i nast., zdanie odrębne sędziego Alvarez, s. 39; cyt. za: R. Van Alebeek, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford 2008, s. 66.

<sup>2</sup> D. Anzilotti, *L'essenzione degli stati stranieri dalla giurisdizione*, b.m. 1910, s. 477; cyt. za: R. Van Alebeek, *op. cit.*, s. 73.

koniecznością utrzymywania dobrych stosunków między poszczególnymi podmiotami prawa międzynarodowego<sup>3</sup>.

Zasady suwerenności i równości państw wyznaczają granice władzy (jurysdykcji) państw z perspektywy i w płaszczyźnie prawa międzynarodowego. Instrumentem prawnym stanowiącym gwarancję i konkretyzację tych zasad jest instytucja immunitetu państwa, zaliczana do obszernej grupy immunitetów prawnomiędzynarodowych, charakteryzujących się pewnymi wspólnymi cechami. Wszystkie dotyczą podmiotów uczestniczących w obrocie międzynarodowym, mają swój początek w prawie międzynarodowym i podlegają regulacji tej gałęzi prawa. Ponadto, normowane są przez prawo krajowe jedynie o tyle, o ile wymaga tego prawidłowa ich realizacja. Wreszcie, znajdują zastosowanie w sprawach o charakterze transgranicznym i dotyczą kwestii kompetencji organów państwowych związanych z obrotem zagranicznym<sup>4</sup>. Obok immunitetu państwa wśród immunitetów prawnomiędzynarodowych należy wskazać przede wszystkim immunitety dyplomatyczny i konsularny, immunitet głowy państwa, immunitet organizacji międzynarodowych i ich funkcjonariuszy. Na tym tle immunitet państwa wyróżnia się szczególnie. Jego sens nie tkwi jedynie w zapewnieniu swobody wykonywania zadań danego podmiotu, lecz wynika przede wszystkim z samej istoty państwa oraz równości i wzajemnej niezależności państw jako pierwotnych podmiotów prawa międzynarodowego. Ponadto, w przeciwieństwie do immunitetu organizacji międzynarodowej, ma on bezsprzecznie zwyczajowy charakter, różne są również zakresy przedmiotowe obu instytucji<sup>5</sup>.

Uwzględniając powyższe uwagi, immunitet państwa można zdefiniować jako instytucję prawa międzynarodowego służącą ochronie interesów jednego państwa w przypadku konfliktu jego kompetencji ze zwierzchnictwem terytorialnym innego państwa, zapewniającą poszanowanie jego suwerenności i chroniącą kwestionowane za granicą akty prawne oraz mienie znajdujące się na obszarze innego państwa<sup>6</sup>. Innymi słowy, immunitet państwa to „niepodleganie samego państwa, jego organów i własności, jurysdykcji obcego państwa”<sup>7</sup>. Za podstawową funkcję tej instytucji należy zatem uznać rozgraniczanie zasięgu jurysdykcji dwóch państw. Immunitet przysługuje danemu państwu wyłącznie w stosunkach z podmiotami prywatnymi, w żadnym wypadku natomiast nie obowiązuje w sprawach dotyczących stosunków z innymi państwami, rozstrzyganych

---

<sup>3</sup> *Al-Adsani v. the United Kingdom*, Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie z dnia 21 listopada 2001 r., nr 35763/97.

<sup>4</sup> P. Grzegorzcyk, *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010, s. 36.

<sup>5</sup> J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe. Prawo instytucjonalne*, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 240.

<sup>6</sup> W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, wyd. 2, Warszawa 1999, s. 196.

<sup>7</sup> J. Sutor, *Immunitet państwa*, Warszawa 2011, s. 56.

przez międzynarodowe sądy i trybunały. Należy również zaznaczyć, że kategoria immunitetu państwa odnosi się wyłącznie do zwolnienia państwa jako takiego, jego organów oraz majątku spod jurysdykcji w sprawach cywilnych, nie dotyczy natomiast spraw przeciwko osobom fizycznym, będącym piastunami urzędów państwowych, rozpatrywanych w ramach postępowania karnego<sup>8</sup>. Jako gwarancja suwerenności i niezależności państwa immunitet nie podlega ograniczeniom czasowym, nie może być również uchylony w drodze jednostronnego aktu innego podmiotu prawa międzynarodowego<sup>9</sup>.

W obrębie immunitetu państwa wyróżnić można dwie instytucje odpowiadające etapom postępowania cywilnego – immunitet jurysdykcyjny, przysługujący państwu w rozpoznawczym stadium postępowania, oraz immunitet egzekucyjny, aktualizujący się dopiero w momencie wykonania orzeczenia. Mimo że między obiema instytucjami występują silne związki funkcjonalne – dopiero respektowanie immunitetu w obu aspektach gwarantuje urzeczywistnienie zasady suwerennej równości państw – rozróżnienie to wydaje się być celowe. Na autonomiczny charakter immunitetu egzekucyjnego wskazuje wymóg udzielenia przez państwo oddzielnej zgody na stosowanie wobec niego środków przymusu, którego spełnienie warunkuje wszczęcie postępowania egzekucyjnego. Tak restrykcyjny stosunek do tego immunitetu wynika ze szczególnego charakteru egzekucji, która ze swej natury stanowi większą ingerencję w sferę praw i obowiązków danego podmiotu niż postępowanie rozpoznawcze, oznacza bowiem faktyczne zajęcie majątku państwa obcego<sup>10</sup>. Należy również zaznaczyć, że chociaż zakresy podmiotowe obu immunitetów pokrywają się, to ich zakresów przedmiotowych – ze względu na odmiennie kryteria wyznaczania – nie można uznać za tożsame. Z uwagi na ograniczone rozmiary niniejszej pracy analizie zostanie poddany jedynie immunitet jurysdykcyjny państwa<sup>11</sup>.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na szczególny, dwoisty charakter immunitetu państwa. Jako instytucja prawa międzynarodowego publicznego immunitet, stanowiąc jedną z prawnych konsekwencji obowiązywania zasady suwerennej równości państw, wyznacza granice wzajemnych relacji między państwami i to w obrębie tej gałęzi prawa należy poszukiwać uzasadnienia jego funkcjonowania. Jednocześnie immunitet jest instytucją prawa wewnętrznego każdego z państw, bezpośrednio stosowaną wyłącznie przez sądy krajowe, kierujące się przede wszystkim krajowymi przepisami

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 59.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, tłum. J.J. Gojło, A. Kułach, A. Misztal, P. Nowak, wyd. 2 popr., Warszawa 2006, s. 429.

<sup>11</sup> Poglębione studia na temat immunitetu egzekucyjnego państwa można znaleźć m.in. w tekście A. Reini-scha: *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*, „The European Journal of International Law” 2006 vol. 17 no. 4, s. 803–836; problematykę tę porusza również P. Grzegorzczak w cytowanym już dziele.

proceduralnymi i poruszające się we własnej kulturze prawnej. Stąd w praktyce widoczne są znaczne różnice w pojmowaniu i stosowaniu tej instytucji, co z jednej strony sprzyja jej ewolucji, z drugiej jednak znacznie utrudnia ujednoczenie regulacji prawnej w płaszczyźnie prawa międzynarodowego.

W związku z powyższym instytucję tę traktować można dwojako. Na podstawie prawa międzynarodowego immunitet państwa uznawany jest za zasadę, od której przewidziane zostały poszczególne wyjątki. Jednakże w międzynarodowym prawie procesowym cywilnym immunitet państwa stanowi wyjątek od pełnej jurysdykcji przysługującej sądom krajowym na terytorium państwa forum<sup>12</sup>. Różnice w postrzeganiu immunitetu nie pozostają bez wpływu na metody regulacji prawnej tej instytucji, które zostaną omówione w części poświęconej jej zakresowi przedmiotowemu.

## **2. Ewolucja immunitetu państwa**

Od momentu powstania immunitet nieustannie podlegał – i nadal podlega – przemianom wynikającym z ewolucji teorii dotyczącej statusu państwa jako podmiotu stosunków międzynarodowych, z rozciągnięcia funkcji państwa na sferę gospodarczą, a ostatnio również z prób rozszerzenia jego odpowiedzialności za naruszenia bezwzględnie obowiązujących norm prawa międzynarodowego. W przeciwieństwie do większości instytucji prawa międzynarodowego immunitet państwa rozwijał się i rozwija przy zasadniczym udziale sądów krajowych. Konkretnie rozwiązania są zazwyczaj wypracowywane w pierwszej kolejności w orzecznictwie poszczególnych państw i dopiero na tej podstawie podejmowane są działania na płaszczyźnie międzynarodowej, polegające często na bezpośredniej aplikacji gotowych koncepcji<sup>13</sup>.

Początków immunitetu państwa należy poszukiwać w immunitacie przysługującym władcy suwerennemu oraz dyplomatom, na który wskazywał Grocjusz już w XVIII wieku<sup>14</sup>. Na początku XIX stulecia, w momencie rozdzielenia osoby panującego od państwa jako osobnego podmiotu uczestniczącego w obrocie prawnym, immunitet suwerena został rozciągnięty na całe państwo. Za pierwsze orzeczenie wyrażające zasadę immunitetu jurysdykcyjnego państwa w dzisiejszym rozumieniu uważa się rozstrzygnięcie podjęte przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w 1812 r. w sprawie *The Schooner Exchange przeciwko J. M'Faddonowi i innym*. W uzasadnieniu do wyroku stwierdzono,

---

<sup>12</sup> P. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 183.

<sup>13</sup> Praktyka poszczególnych państw uwzględniona została w dużym stopniu między innymi przy pracach nad Konwencją Narodów Zjednoczonych o immunitacie jurysdykcyjnym państw i ich własności, sporządzoną w Nowym Jorku 2 grudnia 2004 r.; dalej: Konwencja nowojorska (A/RES/59/38). Por. Preambuła Konwencji.

<sup>14</sup> R. Van Alebeek, *op. cit.*, s. 13.

że każde państwo powinno w określonych przypadkach rezygnować z części przysługującej mu na własnym terytorium jurysdykcji na rzecz innego państwa jako podmiotu równie niezależnego i posiadającego równe prawa<sup>15</sup>. Koncepcja pozbawienia państwa władzy sądenia przysługującej innym państwom została podjęta przez sądy państw *common law*, a następnie przejęta przez kraje Europy kontynentalnej. W ten sposób już w połowie XIX wieku wykształciła się teoria immunitetu absolutnego głosząca, że państwa nie podlegają wzajemnie swojej jurysdykcji bez względu na charakter i cel podejmowanych działań, chyba że same dobrowolnie zrzekną się immunitetu. Od zasady tej odstępowano niezwykle rzadko, przede wszystkim w sprawach dotyczących nieruchomości położonych na terytorium państwa forum<sup>16</sup>. Teoria ta została wówczas uznana za obowiązującą przez większość państw.

Mogłoby się wydawać, że immunitet absolutny stanowił podstawę, na której poprzez rozbudowanie katalogu okoliczności wyłączających możliwość skorzystania z niego rozwinęła się koncepcja immunitetu ograniczonego (funkcjonalnego). Jednakże, jak zauważa R. van Alebeek, dziewiętnastowieczne orzecznictwo niektórych państw europejskich każe raczej przypuszczać, że obie formy immunitetu rozwijały się równoległe<sup>17</sup>. Należy zwrócić uwagę przede wszystkim na orzecznictwo sądów włoskich i belgijskich, które już w połowie dziewiętnastego stulecia odmówiły przyznania państwu obcemu immunitetu w pełnym zakresie<sup>18</sup>. W kolejnych dziesięcioleciach praktykę taką przyjmowały sądy kolejnych państw. Na płaszczyźnie międzynarodowej tendencje te znalazły wyraz w Rezolucji Instytutu Prawa Międzynarodowego z 1891 r. dotyczącej projektu regulacji właściwości sądów w postępowaniu przeciwko państwom<sup>19</sup>, stanowiącej pierwszą – nieudaną jednak – próbę regulacji zasady immunitetu na płaszczyźnie międzynarodowej. W art. 4 Rezolucji przewidziane zostały przypadki, w których wytoczenie powództwa przeciwko obcemu państwu uznano za skuteczne. W katalogu tym znalazły się sprawy dotyczące praw rzeczowych i posiadania rzeczy; sprawy, w których państwo obce występuje w roli spadkobiercy; sprawy dotyczące przedsiębiorstw handlowych i przemysłowych prowadzonych przez państwo obce, przy czym dodatkową przesłanką w powyższych przypadkach jest związek z terytorium państwa forum; ponadto, sprawy z umów zawartych na obszarze państwa forum, które zostały lub mają zostać wykonane w tym państwie, oraz sprawy z deliktów i *quasi-deliktów*

<sup>15</sup> *The Schooner Exchange v. M'Faddon and others*, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, orzeczenie z dnia 24 lutego 1812 r., 11 US 116 (US, S Ct, 1812); cyt. za: R. Van Alebeek, *op. cit.*, s. 13.

<sup>16</sup> P. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 165.

<sup>17</sup> R. Van Alebeek, *op. cit.*, s. 13.

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 14.

<sup>19</sup> *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers* sporządzony dnia 11 września 1891 r. (dostępny na stronie [http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1891\\_ham\\_01\\_fr.pdf](http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1891_ham_01_fr.pdf) [dostęp dnia 16 maja 2012]).



popelnionych na obszarze państwa forum. Należy ponadto wspomnieć o Konwencji międzynarodowej o ujednoczeniu niektórych zasad dotyczących immunitetów statków państwowych z 10 kwietnia 1926 r., która jest pierwszym międzynarodowym aktem normującym – chociaż w wąskim zakresie – problematykę immunitetu państwa.

W pierwszej połowie XX wieku w oparciu o dotychczasowe orzecznictwo ostatecznie sformułowana została koncepcja ograniczonego immunitetu jurysdykcyjnego, opierająca się na założeniu, że działania państwa mają dwojaki charakter i właśnie natura danego aktu stanowi kryterium decydujące, czy państwu w konkretnej sprawie przysługuje immunitet, czy też nie. Pierwsza grupa działań, określana łacińskim terminem *acta iure imperii*, obejmuje akty o charakterze władczym, podejmowane przez państwo jako podmiot prawa publicznego, na podstawie kompetencji bezpośrednio wynikającej z jego władzy suwerennej. Zatem zgodnie z zasadą suwerennej równości państw w sprawach dotyczących sfery *imperium* należy przyznać państwu prawo do powołania się na immunitet. Do drugiej kategorii działań (*acta iure gestionis*; sfera *dominium*) należą akty o charakterze niewładczym, prywatnoprawnym. Stosunek prawny, w jakim pozostaje państwo w takim przypadku, podlega reżimowi prawa prywatnego w pełnym zakresie, również co do zasady równorzędności stron. Podmiot pozostający z państwem w takim stosunku nie może zostać pozbawiony ochrony prawnej, należy zatem uznać, że w sprawach należących do sfery *gestionis* państwo nie powinno mieć możliwości powołania się na immunitet.

Zasada immunitetu ograniczonego utrwaliła się w orzecznictwie i doktrynie państw zachodnich w XX wieku. Przyczyn takiego stanu rzeczy należy doszukiwać się we wzroście roli państwa jako uczestnika międzynarodowego obrotu gospodarczego. Nie jest to jednak jedyny powód, bowiem – jak stwierdził H. Lauterpacht – w okresie intensywnych działań na rzecz ochrony praw jednostki, podejmowanych od połowy dwudziestego stulecia, nie może być tolerowany stan niesprawiedliwości, który powstaje, gdy państwo „kryje się za tarczą immunitetu w celu udaremnienia prawnie uzasadnionego powództwa”<sup>20</sup>. Dzięki koncepcji immunitetu funkcjonalnego jednostka może zatem, przynajmniej w ograniczonym zakresie, korzystać z należnej jej ochrony prawnej w stosunkach z państwem. Od lat 90. ubiegłego wieku do grupy państw opowiadających się za koncepcją immunitetu ograniczonego dołączają stopniowo kraje byłego bloku państw socjalistycznych, które wcześniej przychyliły się do teorii immunitetu absolutnego.

Od połowy XX wieku podejmowano również próby wydania aktów regulujących w sposób kompleksowy problematykę immunitetu państwa. Do najważniejszych aktów o charakterze międzynarodowym należy zaliczyć europejską Konwencję o immunitecie

---

<sup>20</sup> H. Lauterpacht, *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, „British Yearbook of International Law” 1951, vol. 28, s. 235; cyt. za: R. Van Alebeek, *op. cit.*, s. 47.

państwa przyjętą 16 maja 1972 r. w Bazylei (Konwencja bazylejska)<sup>21</sup> oraz wspomnianą już Konwencję nowojorską<sup>22</sup>, która nie weszła jednak jeszcze w życie. Równolegle w niektórych państwach wydawano ustawy regulujące kwestię jurysdykcji sądów w stosunku do państwa obcego – najczęściej wymienianymi w literaturze są amerykański *Foreign Sovereign Immunities Act* z 1976 r. (FSIA) oraz przyjęty dwa lata później brytyjski *State Immunity Act*. Najnowszym tego rodzaju aktem jest przyjęta w 2009 r. ustawa japońska. Mimo to do dziś największy zasięg i znaczenie dla immunitetu państwa mają normy międzynarodowego prawa zwyczajowego.

Jak wskazuje S. Janczarek, proces kształtowania się koncepcji immunitetu jurysdykcyjnego państwa nie wydaje się jeszcze zakończony<sup>23</sup>. Obecnie można zaobserwować rozwój koncepcji immunitetu państwa w dwóch aspektach. Po pierwsze, niektóre państwa dostrzegają konieczność udzielenia ochrony prawnej jednostce w przypadkach naruszenia przez państwo działające w sferze *imperium* bezwzględnie obowiązujących norm prawa międzynarodowego – przede wszystkim praw człowieka i podstawowych wolności. W tym celu podejmują próby dalszego ograniczenia możliwości powoływania się na immunitet jurysdykcyjny<sup>24</sup>. Za rozwojem koncepcji immunitetu państwa w tym kierunku opowiada się również część doktryny<sup>25</sup>. Po drugie, postuluje się uzgodnienie zakresów przedmiotowych immunitetu jurysdykcyjnego i immunitetu egzekucyjnego w celu stworzenia jednolitej instytucji<sup>26</sup>. Aby umożliwić szczegółową analizę najnowszych tendencji w obu aspektach, należy w pierwszej kolejności przyjrzeć się zakresom podmiotowym i przedmiotowym immunitetu państwa.

### 3. Zakres podmiotowy i przedmiotowy immunitetu państwa

Zgodnie z prawem międzynarodowym immunitet państwa obejmuje swoim zakresem państwa, a także inne podmioty pozostające w określonych relacjach z państwem.

<sup>21</sup> European Convention on State Immunity, Council of Europe Treaty Series nr 074; dalej: Konwencja bazylejska. Obecnie stronami tego aktu jest 8 państw: Austria, Belgia, Cypr, Holandia, Luksemburg, Niemcy, Szwajcaria i Wielka Brytania.

<sup>22</sup> Dotychczas akt podpisało 28 państw, z czego ratyfikowały go Austria, Iran, Japonia, Kazachstan, Liban, Norwegia, Portugalia, Rumunia, Szwajcaria i Szwecja.

<sup>23</sup> S. Janczarek, *Immunitet jurysdykcyjny państwa a bezwzględnie obowiązujące normy prawa międzynarodowego*, „Państwo i Prawo” 12/2009, s. 59.

<sup>24</sup> Jako przykłady można przywołać tutaj orzeczenie greckiego Sądu Najwyższego w sprawie *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, 4 maja 2000 r., „International Law Reports” 2007, t. 129, s. 514 i nast. (sprawa *Distomo*) oraz orzeczenie włoskiego Sądu Kasacyjnego w sprawie *Ferrini v. Federal Republic of Germany*, 6 listopada 2003 r., „International Law Reports” 2006, t. 128, s. 659 i n.

<sup>25</sup> Por.: L.M. Caplan, *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: a Critique of the Normative Hierarchy Theory*, „The American Journal of International Law” vol. 97:741 (2003), s. 741–781; R. Van Alebeek, *op. cit.*; L. McGregor, *Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty*, „The European Journal of International Law” vol. 18 no. 5 (2008), s. 903–919.

<sup>26</sup> A. Reinisch, *op. cit.*, s. 809.

Kryteriów umożliwiających uznanie danego podmiotu za państwo należy poszukiwać w prawie międzynarodowym publicznym. Podstawowa definicja państwa została zawarta w art. 1 Konwencji o prawach i obowiązkach państw przyjętej 26 grudnia 1933 r. w Montevideo<sup>27</sup>, który stanowi, że państwo jako podmiot prawa międzynarodowego powinno posiadać następujące elementy: a) stałą ludność; b) określone terytorium; c) suwerenną władzę; d) zdolność wchodzenia w relacje międzynarodowe. Prawo międzynarodowe nie rozstrzyga natomiast jednoznacznie, czy immunitet przysługuje jedynie państwom uznanym; również doktryna jest w tej kwestii podzielona<sup>28</sup>. Niektórzy twierdzą, że fakt nieuznania państwa obcego przez państwo forum i neutrzymywania z tym państwem stosunków dyplomatycznych nie zwalnia sądu, przed którym toczy się postępowanie, z przyznania mu immunitetu<sup>29</sup>.

W kontekście stosowania immunitetu jako państwo należy traktować również jego organy, władze lub urzędy, a w niektórych przypadkach również osoby fizyczne piastujące urzędy danego państwa<sup>30</sup>. Zgodnie bowiem z art. 2 ust. 1 lit. b (i) Konwencji nowojorskiej przez termin „państwo” należy rozumieć państwo i jego organy rządowe. Na podstawie art. 2 ust. 1 lit. b (iii)-(iv) Konwencji immunitet zostaje przyznany również agencjom i innym podmiotom powiązanym z państwem kapitałowo, o ile ich działania wchodzą w zakres władzy suwerennej, oraz przedstawicielom państwa działającym w granicach swoich kompetencji. Ponadto, w oparciu o art. 2 ust. 1 lit. b (ii) Konwencji z immunitetu mogą korzystać części składowe państw federalnych i polityczne jednostki podziału terytorialnego państwa, jeżeli są one upoważnione do wykonywania władzy suwerennej i działają w ramach tego upoważnienia. Ta ostatnia kwestia została rozstrzygnięta nieco inaczej w Konwencji bazylejskiej, której art. 28 stanowi, że częściom składowym państwa federalnego nie przysługuje immunitet, chyba że państwo zadeklaruje, że jego części składowe mogą powoływać się na postanowienia Konwencji<sup>31</sup>.

Szczegółową regulację zakresu podmiotowego immunitetu państwa zawierają również poszczególne akty wewnętrzne regulujące tę instytucję. Przykładowo, brytyjska ustawa o immunitacie państwa pod pojęciem państwa każe rozumieć władcę (inną głowę państwa) występującego w oficjalnym charakterze, rząd oraz ministerstwa i działy rządowe; desygnatami tego terminu nie są natomiast jednostki odrębne od organów wykonawczych rządu danego państwa i mające zdolność sądową<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Konwencja o prawach i obowiązkach państw, sporządzona dnia 26 grudnia 1933 r. w Montevideo.

<sup>28</sup> P. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 160.

<sup>29</sup> J. Sutor, *op. cit.*, s. 68.

<sup>30</sup> P. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 159.

<sup>31</sup> Deklaracje takie złożyły Austria Belgia i Niemcy, natomiast Szwajcaria w odniesieniu do kantonów nie złożyła takiego oświadczenia.

<sup>32</sup> Cyt. za: J. Sutor, *op. cit.*, s. 67.

W porównaniu z zakresem podmiotowym immunitetu państwa, którego wyznaczenie nie rodzi znacznych problemów, zakres przedmiotowy tej instytucji budzi większe kontrowersje. U podstaw takiego stanu rzeczy leżą dwie przyczyny. Po pierwsze, mimo powszechności koncepcji immunitetu ograniczonego wśród państw zachodnich, istnieją jeszcze państwa, w których kwestia ta nie została kategorycznie rozstrzygnięta, a praktyka orzecznicza wciąż pozostaje niejednolita, chociaż ostatnio w doktrynie podnosi się, że koncepcja immunitetu absolutnego traci na aktualności<sup>33</sup>. Po drugie, z samym immunitetem funkcjonalnym wiąże się kwestia rozdzielenia sfery *imperium* od sfery *dominium* w sposób umożliwiający jednoznaczne określenie przypadków, w których państwo nie może powoływać się na immunitet przed sądem innego państwa. Za P. Grzegorzcykiem można przywołać dwa podstawowe sposoby rozwiązania tego problemu<sup>34</sup>. Przede wszystkim, można ustalić uniwersalne kryterium, za pomocą którego możliwa stanie się kwalifikacja wszelkich działań państwa do jednej z dwóch sfer, przy czym najbardziej funkcjonalne w tym zakresie kryteria to kryterium celu działania państwa oraz kryterium charakteru prawnego takiego działania. Druga metoda polega na skonstruowaniu katalogu (zamkniętego albo otwartego) spraw bądź objętych immunitetem, bądź takich, w których państwo na immunitet powoływać się nie może.

Pierwsze rozwiązanie stosowane jest przede wszystkim w państwach, które nie posiadają wyczerpującej regulacji problematyki immunitetu, przy czym decydujące znaczenie przypisuje się wówczas kryterium charakteru prawnego danego działania państwa, a nie jego celu. Do metody kwalifikacji działań państwa według ogólnych kryteriów odwołano się również w Konwencji nowojorskiej, której art. 2 ust. 2 zawiera dyrektywę nakazującą ocenę umów i transakcji państwa z uwzględnieniem ich charakteru (*the nature of the contract or transaction*), a subsydiarnie – również celu danego przedsięwzięcia. Zdarzają się jednakże sytuacje, w których zastosowanie uniwersalnych kryteriów nie jest wystarczające i pomimo odwołania się do nich kwalifikacja działania państwa w dalszym ciągu pozostaje wątpliwa.

Drugi ze sposobów określania zakresu przedmiotowego immunitetu funkcjonalnego stosowany jest przede wszystkim w aktach krajowych kompleksowo regulujących problematykę immunitetu oraz umowach międzynarodowych. Należy przy tym zauważyć, że w przeważającej części zdecydowano się na konstrukcję katalogu spraw nieobjętych immunitetem. Jak zaznacza P. Grzegorzcyk, takie rozwiązanie sprzyja zawężaniu spektrum spraw, w których państwo nie może powołać się na immunitet, a w przypadku katalogów zawartych w aktach międzynarodowych – również utrwaleniu szerokiego, akceptowalnego dla wszystkich umawiających się stron, immunitetu, co hamuje rozwój

<sup>33</sup> P. Grzegorzcyk, *op. cit.*, s. 171.

<sup>34</sup> *Ibidem*, s. 176–177.

prawa międzynarodowego w zakresie, w jakim obowiązuje dany traktat<sup>35</sup>. Jednakże taki model regulacji znalazł pełny wyraz zarówno w Konwencji bazylejskiej, jak i w Konwencji nowojorskiej, a także w ustawach krajowych m.in. Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii, Argentyny i Japonii.

Analiza międzynarodowych i krajowych aktów dotyczących immunitetu państwa pozwala jednoznacznie oznaczyć kategorie spraw, w których państwo może zostać pociągnięte do odpowiedzialności przed organami wymiaru sprawiedliwości innych państw. Są to przede wszystkim sprawy dotyczące: umów o pracę, o ile praca ma być wykonywana na terenie państwa forum; uczestnictwa państwa w spółkach i innych organizacjach mających siedzibę na terytorium państwa forum; działalności przemysłowej, handlowej i finansowej państwa, jeżeli działa ono przez biura, agencje lub inne jednostki znajdujące się na terytorium państwa forum; praw własności przemysłowej chronionych na terytorium państwa forum; nieruchomości stanowiących własność państwa, a położonych na terytorium państwa forum; praw wynikających ze spadkobrania i darowizn; szkód wyrządzonych na terytorium państwa forum, o ile ich sprawca przebywał w tym państwie w momencie ich wyrządzenia (art. 5–11 Konwencji bazylejskiej). Ponadto, państwo nie podlega ochronie immunitetu w sprawach, w których jest powodem i wytoczono przeciwko niemu powództwo wzajemne; w sytuacji, gdy wyraźnie zrzekło się immunitetu w umowie międzynarodowej lub w kontrakcie zawartym na piśmie albo wyraziło w sposób wyraźny zgodę na prowadzenie przeciw niemu postępowania już po powstaniu sporu; po wdaniu się w spór co do istoty sprawy (art. 1–3 Konwencji bazylejskiej). Zgodnie z art. 15 Konwencji bazylejskiej w pozostałych przypadkach państwu przysługuje immunitet przed sądami innego państwa-strony Konwencji.

Przedstawiony powyżej katalog stanowi w istocie konkretyzację zasadniczo akceptowanej przez społeczność międzynarodową reguły wyłączenia immunitetu w odniesieniu do tych działań państw, które należą do sfery *dominium*. Wyjątek stanowi kategoria spraw o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym (*tort exception*), regulowana przez art. 12 Konwencji nowojorskiej i art. 11 Konwencji bazylejskiej. Uzasadnieniem takiego wyłomu w koncepcji immunitetu ograniczonego była potrzeba udzielenia ochrony prawnej osobom poszkodowanym, a także silne powiązanie tego typu zdarzenia z terytorium danego państwa, zgodnie z zasadą *forum loci delictii commissi*<sup>36</sup>. Mimo iż obie konwencje podobnie regulują kwestię immunitetu w przypadkach

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 183–184.

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 186. Inaczej problem ten traktuje R. Van Alebeek, która uważa, że tzw. *tort exception* wywodzić należy bezpośrednio z pojęcia *imperium*, zgodnie z którym państwo może sprawować władzę suwerenną na terytorium innego państwa tylko za jego zgodą, natomiast działania bezprawne w sposób oczywisty nie są objęte takim zezwoleniem. Stąd przyznanie w takich przypadkach jurysdykcji państwu, w którym doszło do zdarzenia, nie powinno budzić kontrowersji (R. Van Alebeek, *op. cit.*, s. 68–71).

*tort exception*, występuje między nimi zasadnicza różnica. Otóż art. 11 Konwencji bazylijskiej należy analizować z uwzględnieniem jej art. 31 stanowiącego, że żadne postanowienie Konwencji nie wpływa na immunitety i przywileje państwa-strony dotyczące działań i zaniechań państwa, związane z pobytem jego sił zbrojnych na terytorium innego państwa. Przepis ten zamyka w istocie drogę do uzyskania ochrony praw naruszonych podczas konfliktów zbrojnych. W Konwencji nowojorskiej analogiczne ograniczenie nie zostało przewidziane, co sprawia, że treść jej art. 12 uznawana jest obecnie za zasadniczą dla problematyki relacji między immunitetem państwa a ochroną praw człowieka.

#### **4. Immunitet państwa a odpowiedzialność za poważne naruszenia praw człowieka – współczesne tendencje rozwojowe**

Dotychczasowe rozważania miały na celu przedstawienie instytucji immunitetu państwa w kształcie zasadniczo akceptowanym przez społeczność międzynarodową, a także ukazanie dynamiki jej rozwoju. Relacja między immunitetem państwa a ochroną praw człowieka stanowi natomiast zagadnienie, które stało się przedmiotem intensywnych badań dopiero pod koniec XX wieku. U podstaw tego problemu leży swoisty konflikt między interesem państwa strzegącego swojej suwerenności a interesem jednostki, której prawa zostały naruszone przez to państwo.

Dopiero w początkach XX wieku zaczęła rozwijać się koncepcja, zgodnie z którą ochrona praw człowieka nie powinna stanowić wyłącznie domeny poszczególnych państw i w związku z tym konieczne jest wypracowanie określonych standardów na płaszczyźnie międzynarodowej. Ponadto coraz powszechniejszy stawał się pogląd, zgodnie z którym jednostka może być osobą bezpośrednio pokrzywdzoną naruszeniem prawa międzynarodowego i w związku z tym powinna mieć możliwość samodzielnie domagać się naprawienia wynikających stąd szkód<sup>37</sup>. Urzeczywistnieniu tych idei służyły rozpoczęte po zakończeniu II wojny światowej prace nad Powszechną Deklaracją Praw Człowieka, zwieńczone przyjęciem aktu w 1948 r. Przyjęcie następnie europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w ramach Rady Europy (Konwencja europejska) oraz Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych (MPPPOiP) i Międzynarodowego paktu praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych (MPPGSiK) pod auspicjami ONZ przyczyniło się do utrwalenia standardów międzynarodowych i utworzenia zwartego katalogu praw człowieka. Jednakże konieczność przyjmowania rozwiązań kompromisowych, zwłaszcza w zakresie działań o zasięgu światowym, uniemożliwiła stworzenie mechanizmów kontrolnych

<sup>37</sup> H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford 2008, s. 139; cyt. za: P. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 200.

zapewniających efektywną ochronę praw człowieka i pociągnięcie do odpowiedzialności sprawców ich naruszeń. Obecnie jedynym skutecznym – z punktu widzenia obowiązujących procedur – instrumentem kontroli na poziomie międzynarodowym wydaje się być Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC).

Z punktu widzenia jednostki, której prawa i wolności zostały naruszone, najdogodniejszym środkiem służącym dochodzeniu naprawienia szkody lub odszkodowania jest powództwo cywilne wytaczane przed sąd krajowy. O ile jednak możliwość rozstrzygnięcia sporu ze stosunku między jednostką a państwem występującym jako podmiot prawa cywilnego jest w świetle prawa międzynarodowego niewątpliwa, to kwestia pociągnięcia do odpowiedzialności cywilnoprawnej państwa, które dokonało naruszenia praw człowieka w związku z realizacją zadań publicznych (*acta iure imperii*), budzi duże kontrowersje.

Część orzecznictwa i doktryny zaproponowała wyłączenie z zakresu przedmiotowego immunitetu jurysdykcyjnego kategorii spraw, w których państwo dopuściło się poważnego naruszenia praw człowieka. Zwolennicy wyłączenia immunitetu państwa w takich przypadkach powołują się na stanowisko Zgromadzenia Ogólnego ONZ, według którego konieczne jest zapewnienie jednostkom twierdzącym, że są ofiarami naruszeń praw człowieka, równego i skutecznego dostępu do wymiaru sprawiedliwości – niezależnie od tego, kto ostatecznie poniesie odpowiedzialność za to naruszenie<sup>38</sup>. Wzrostowi znaczenia dostępu do ochrony sądowej jako jednego z podstawowych praw człowieka towarzyszą niedogodności, jakie z punktu widzenia jednostki pociągają za sobą klasyczne, oparte na mechanizmie opieki dyplomatycznej, metody rozwiązywania sporów międzynarodowych<sup>39</sup>. Podnosi się ponadto, że koncepcja immunitetu państwa, opierająca się na zasadach suwerenności i równości państw nie uwzględnia ewolucji tych zasad, a w konsekwencji – ich współczesnego kształtu<sup>40</sup>.

Przeciwnicy dalszego ograniczania zakresu przedmiotowego immunitetu państwa zwracają natomiast uwagę na fakt, iż dopuszczalność dochodzenia roszczeń związanych z poważnymi naruszeniami praw człowieka w drodze postępowania sądowego przed sądem krajowym rodzić może w praktyce niepożądane skutki – zwłaszcza wówczas, dochodzi do nich w wyniku akcji zbrojnych. Istnieje bowiem obawa, że proces wychodzenia z konfliktów międzynarodowych zostanie znacznie utrudniony, a sądy skonfliktowanych państw będą dokonywały odmiennych ocen tych samych zdarzeń<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> *Podstawowe zasady i wytyczne w sprawie prawa do zadośćuczynienia i odszkodowania dla ofiar poważnych naruszeń międzynarodowego prawa praw człowieka i poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego*, Zgromadzenie Ogólne ONZ, rezolucja 60/147 z dnia 16 grudnia 2005 r., zasada 3(c). Zasadę tę przywołuje m.in. L. McGregor, *op. cit.*, s. 905.

<sup>39</sup> P. Grzegorzcyk, *op. cit.*, s. 200.

<sup>40</sup> L. McGregor, *op. cit.*, s. 912–913.

<sup>41</sup> P. Grzegorzcyk, *op. cit.*, s. 203.

Co więcej, ponieważ omawiana tendencja obejmuje obecnie wyłącznie immunitet jurysdykcyjny, prawdopodobieństwo wykonania orzeczeń wydanych w takich okolicznościach jest niewielkie. Ochrona przyznana jednostce będzie iluzoryczna, a takie orzeczenia staną się jedynie aktami o symbolicznym charakterze, co zmieni funkcję procesu cywilnego, który będzie stanowił nie instrument ochrony praw podmiotowych, lecz środek politycznego nacisku<sup>42</sup>.

Jednym z pierwszych toczących się przed sądem krajowym postępowań o naruszenie praw człowieka była amerykańska sprawa *Letelier przeciwko Chile*<sup>43</sup> z 1980 r., dotycząca zleconego przez agentów chilijskiego wywiadu zabójstwa byłego ambasadora i ministra spraw zagranicznych w rządzie Allende Orlando Leteliera, który zginął w zamachu bombowym w 1976 r. w Waszyngtonie. Sąd nie przyjął argumentacji strony pozwanej, że nawet jeśli wydano polecenie zabójstwa Leteliera, to nastąpiło to na terytorium Chile, w związku z czym państwu przysługuje immunitet. Na podstawie *tort exception* przewidzianego w art. 1605a ust. 5 uchylono immunitet i wydano w sprawie merytoryczne orzeczenie<sup>44</sup>.

Inaczej zakończyło się inne amerykańskie postępowanie – *von Dardel przeciwko ZSRR* z 1985 r.<sup>45</sup>, często przywoływane w literaturze jako klasyczny przykład omawianego typu spraw. Powód wystąpił z roszczeniem odszkodowawczym, zarzucając Związkowi Radzieckiemu nielegalne uwięzienie i spowodowanie śmierci jego brata, szwedzkiego dyplomaty Raoula Wallenberga. Sąd pierwszej instancji dopuścił powództwo, opierając się na przepisach amerykańskiej ustawy o immunitecie państwa oraz wskazując, że w sytuacji naruszenia norm prawa międzynarodowego o charakterze bezwzględnie obowiązującym rząd radziecki nie może powoływać się na immunitet. Argumentował, że w sprawie zastosować należy reguły dotyczące jurysdykcji uniwersalnej związanej ze ściganiem sprawców najpoważniejszych naruszeń prawa międzynarodowego, które – w opinii sądu – znajdują zastosowanie nie tylko w granicach jurysdykcji karnej, lecz obowiązują również w zakresie procedury cywilnej<sup>46</sup>. Sąd Najwyższy nie podtrzymał jednak orzeczenia sądu pierwszej instancji.

Od tego czasu do sądów, również polskich, wpływa coraz więcej pozwów kierowanych przeciwko państwom obcym i chociaż do tej pory koncepcja ograniczenia immunitetu państwa w sprawach związanych z naruszeniem praw człowieka nie znalazła szerszego uznania w judykaturze, coraz częściej dostrzega się wagę problemu.

<sup>42</sup> *Ibidem*, s. 203–204.

<sup>43</sup> *Letelier v. Chile*, Sąd Dystryktowy USA dla Dystryktu Columbia, orzeczenie z dnia 11 marca 1980 r., „International Law Reports” 1982, t. 63, s. 378 i nast.

<sup>44</sup> Cyt. za: J. Bröhmer, *State Immunity and the Violations of Human Rights*, Haga 1997, s. 59–60.

<sup>45</sup> *Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics*, Sąd Dystryktowy USA dla Dystryktu Columbia, orzeczenie z 1985 r., „International Law Reports” 1988, t. 77, s. 258 i nast.

<sup>46</sup> Cyt. za: J. Bröhmer, *op. cit.*, s. 74–76.



Niewątpliwie duży wpływ na przyszły kierunek rozwoju instytucji immunitetu państwa wywrze orzeczenie wydane 3 lutego 2012 r. przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) w sprawie między Republiką Federalną Niemiec a Republiką Włoską<sup>47</sup>. Niemcy dochodziły stwierdzenia, że Republika Włoska dopuściła się naruszenia przysługującego stronie skarżącej immunitetu jurysdykcyjnego poprzez: 1) wielokrotne umożliwianie skutecznego wytaczania powództw dotyczących rekompensaty za naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego dokonane w czasie drugiej wojny światowej przez Trzecią Rzeszę<sup>48</sup>; 2) dopuszczenie do ustanowienia zabezpieczenia na majątku RFN położonym na terenie Włoch i służącym do realizacji celów niekomercyjnych (*Villa Vigoni*); 3) stwierdzenie wykonalności na terenie Włoch orzeczenia sądu greckiego dotyczącego kwestii podobnych do tych opisanych w punkcie 1. W związku z powyższym RFN wniosła o stwierdzenie, że Włochy ponoszą za swoje działania odpowiedzialność międzynarodową, a także o zobowiązanie państwa do podjęcia kroków w celu zapobieżenia wykonaniu orzeczeń i decyzji naruszających immunitet Niemiec oraz do przedsięwzięcia w przyszłości wszelkich środków celem zapewnienia, aby sądy włoskie nie rozpoznawały powództw wytoczonych przeciwko państwu niemieckiemu w analogicznych sprawach.

W celu wykazania prawidłowości swoich działań Włochy sformułowały dwa zasadnicze argumenty. Po pierwsze podniosły, że – mimo że żadna z konwencji dotyczących immunitetu państwa nie znajduje zastosowania w stosunkach włosko-niemieckich – za uzasadnienie odmowy udzielenia Niemcom ochrony uznać można wyrażony w art. 11 Konwencji bazylejskiej i art. 12 Konwencji nowojorskiej *tort exception*. Republika Włoska zajęła stanowisko, że *tort exception* stanowi element prawa zwyczajowego. Po drugie, Włochy powołały się na szczególne okoliczności spraw, w których wydano kwestionowane orzeczenia. Państwo wskazało na duży ciężar dokonanych naruszeń oraz specyfikę relacji między normami *iuris cogentis* a immunitetem państwa. Podkreślono również, że w rozpatrywanych sprawach powodowie nie mieli innych możliwości dochodzenia roszczeń związanych z naruszeniem ich praw. Na tej podstawie Włochy wniosły o stwierdzenie, że żądania skarżące są bezzasadne.

Trybunał niemal w całości uwzględnił żądania Niemiec, orzekając, że zezwolenie na wytaczanie powództw cywilnych przeciwko temu państwu, ustanowienie zabezpieczenia na *Villa Vigoni* oraz stwierdzenie wykonalności orzeczeń sądów greckich stanowiły ze strony Republiki Włoskiej naruszenie norm dotyczących immunitetu państwa.

---

<sup>47</sup> *Germany v. Italy: Greece intervening*, Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, orzeczenie z dnia 3 lutego 2012 r. Teksty orzeczenia oraz opinii indywidualnych i odrębnych dostępne są na stronie <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?pl=3&p2=3&code=ai&case=143&k=60> [dostęp dnia: 16 maja 2012].

<sup>48</sup> Pierwszym takim orzeczeniem był wyrok w przywoływanej już sprawie *Ferrini*.

Trybunał jednocześnie zobowiązał państwo włoskie do przedsięwzięcia działań uniemożliwiających w przyszłości dokonanie podobnych naruszeń.

W odniesieniu do pierwszego z argumentów podniesionych przez Włochy Trybunał zgodził się, odwołując się do art. 31 Konwencji bazylejskiej, że jej postanowienia – w tym art. 11 – nie dotyczą działań podejmowanych w ramach konfliktu zbrojnego, w związku z czym podstaw wyłączenia immunitetu państwa w tym przypadku należy poszukiwać wśród norm prawa zwyczajowego<sup>49</sup>. Jednakże analiza dotychczasowej praktyki państw oraz orzecznictwa ETPC doprowadziła Trybunał do konkluzji, że w obecnym stanie zwyczajowe prawo międzynarodowe nadal wymaga, aby w sprawach dotyczących deliktów popełnionych w ramach konfliktu zbrojnego państwu przysługiwał immunitet<sup>50</sup>.

Również drugi argument został w całości odrzucony przez Trybunał. Rozumowaniu strony włoskiej zarzucono przede wszystkim brak logiki: nie można uzależniać przyznania immunitetu od ciężaru zarzucanych naruszeń, skoro mają one stanowić dopiero przedmiot postępowania, od którego przeprowadzenia immunitet ma przecież chronić. W przeciwnym wypadku rozpatrzenie wstępnej kwestii, jaką jest przyznanie ochrony, wymagałoby badania sprawy co do istoty. Natomiast wyłączenie immunitetu jedynie na podstawie twierdzeń powoda (zarzutu ciężkiego naruszenia) stanowiłoby negację jego istoty<sup>51</sup>. Trybunał dodał, że z obecnego stanu zwyczajowego prawa międzynarodowego wynika, że państwu podejrzanemu o ciężkie naruszenie praw człowieka lub prawa konfliktów zbrojnych przysługuje immunitet<sup>52</sup>. Nie zgodził się również z twierdzeniem Włoch, że istnieje konflikt między normami prawa konfliktów zbrojnych o charakterze peremptoryjnym a normami dotyczącymi immunitetu państwa, argumentując, że kolizja taka nie może istnieć między normami materialnymi i tymi o proceduralnym charakterze<sup>53</sup>. Za zupełnie nieuzasadnione w świetle okoliczności sprawy Trybunał uznał także stwierdzenie, że osobom wytaczającym powództwa przed sądami włoskimi nie dano innej możliwości dochodzenia roszczeń związanych ze szkodami poniesionymi w czasie II wojny światowej<sup>54</sup>.

Dodatkowych argumentów zarówno przeciwnikom, jak i zwolennikom ograniczenia immunitetu państwa w sprawach dotyczących naruszeń praw człowieka dostarczają sporządzone do orzeczenia trzy opinie indywidualne oraz trzy opinie odrębne. Najmocniejszym głosem przeciwnym werdyktowi Trybunału jest obszerna opinia odrębna sędziego

<sup>49</sup> *Germany v. Italy*, par. 68.

<sup>50</sup> *Ibidem*, par. 78.

<sup>51</sup> *Ibidem*, par. 82.

<sup>52</sup> *Ibidem*, par. 91.

<sup>53</sup> *Ibidem*, par. 93.

<sup>54</sup> *Ibidem*, par. 98.

Cançado Trindade. W tym miejscu warto wskazać jedynie najważniejsze konkluzje<sup>55</sup>. Sędzia Cançado Trindade rozpoczął od konstatacji, że problematyka immunitetu państwa nie może być rozpatrywana w próżni i zawsze powinna uwzględniać okoliczności konkretnej sprawy. Na obecnym etapie rozwoju immunitet państwa należy uznać za przywilej, który nie może stać na przeszkodzie ewolucji prawa międzynarodowego. Autor opinii dostrzegł we współczesnej doktrynie tendencje do rozstrzygnięcia konfliktu między immunitetem państwa a szeroko rozumianym dostępem jednostek (zwłaszcza ofiar zbrodni międzynarodowych) do wymiaru sprawiedliwości na korzyść tego ostatniego. Immunitet nie może stanowić przeszkody w dochodzeniu rekompensaty za poniesione szkody, tym bowiem, co w rzeczywistości destabilizuje międzynarodowy porządek prawny, są zbrodnie międzynarodowe, a nie powództwa wytaczane przez ich ofiary. Jednocześnie sędzia Cançado Trindade w pełnym zakresie uznał podmiotowość prawnomiędzynarodową jednostki, której przysługują prawa i obowiązki wypływające bezpośrednio z prawa międzynarodowego. Z tego względu jest ona uprawniona do zabiegania o ich ochronę. Wskazał przy tym, że działania podejmowane na poziomie międzypaństwowym nie zapewnią takiej ochrony w pełnym zakresie, co sprawia, że niektóre jednostki, posiadające w takiej sytuacji zaledwie status beneficjenta praw, zostaną pozbawione możliwości uzyskania rekompensaty. Zauważył wreszcie, że omawiane zagadnienie nie może być rozpatrywane jedynie w kategoriach relacji norm materialnych i proceduralnych, a w przypadku konfliktu między normą bezwzględnie obowiązującą a immunitetem państwa prymat zawsze powinien zostać przyznany normie *peremptoryjnej*.

Opinia zawiera w zasadzie wszystkie najważniejsze argumenty przywoływane przez zwolenników dopuszczalności prowadzenia postępowań przeciwko państwom obcym o naruszenie praw człowieka. Sędzia Cançado Trindade oparł swoje twierdzenia na podstawowej zasadzie sprawiedliwości, stawiając w centrum systemu prawa międzynarodowego prawa człowieka. Tym samym, poprzez uwzględnienie przesłanek aksjologicznych, odszedł od stanowiących podstawę wyroku MTS rozważań systemowych na rzecz wykładni funkcjonalnej. Ten wyraźny sprzeciw wobec formalistycznego traktowania problematyki immunitetu złagodzi być może skutki kategoriycznego w swej wymowie orzeczenia, dzięki czemu ewolucja instytucji immunitetu państwa w kierunku ograniczania jego zakresu zastosowania nie zostanie całkowicie zahamowana. Wydaje się jednak, że werdykt takiego autorytetu w dziedzinie prawa międzynarodowego, jakim niewątpliwie jest MTS, może mimo wszystko znacznie spowolnić ten proces.

Przeszkodą dla ograniczenia zakresu przedmiotowego immunitetu państwa jest obecnie przede wszystkim sam mechanizm zmiany prawa zwyczajowego. Zważywszy,

---

<sup>55</sup> *Germany v. Italy*, opinia odrębna sędziego Cançado Trindade, par. 300–316.

że prawo zwyczajowe opiera się na utrwalonej praktyce państw połączonej z *opinio iuris*, należy uznać, że jego zmiana wymaga, przynajmniej na etapie początkowym, postępowania sprzecznego z obowiązującą normą<sup>56</sup>. Sytuacja taka rodzi niepewność, czy dana norma zwyczajowa nadal wiąże, czy została zastąpiona normą nową<sup>57</sup>. Społeczność międzynarodowa ma obecnie do czynienia z taką sytuacją właśnie w dziedzinie immunitetu państwa. Stanowisko w tej sprawie zajął między innymi polski Sąd Najwyższy, który stwierdził, że chociaż można „wskazywać na zaczątki kształtowania się reguły wykluczającej immunitet państwa we wszelkich sprawach związanych z poważnymi naruszeniami praw człowieka”, to jednak „nie można przyjąć, że taka reguła się już ukształtowała”<sup>58</sup>. To, czy i w jakim kierunku będą następowały zmiany w zakresie immunitetu państwa, będzie zależało przede wszystkim od odwagi sądów w rozwijaniu nowych tendencji przy jednoczesnym narażeniu się na ryzyko uznania za sprawcę naruszeń prawa międzynarodowego<sup>59</sup>.

## 5. Odmowa uznania immunitetu wynikająca z prawa do sądu

Niektórzy przedstawiciele doktryny postulujący konieczność wyłączenia immunitetu w przypadkach poważnych naruszeń praw człowieka uzasadniają swoje stanowisko, powołując się na niezgodność norm regulujących immunitet jurysdykcyjny z prawem do sądu. Konsekwencją objęcia pozwanego państwa ochroną w postaci immunitetu jurysdykcyjnego jest bowiem brak możliwości podjęcia rozstrzygnięcia co do istoty sporu. Może to rodzić wątpliwości na tle prawa dostępu do sądu, czyli możliwości ubiegania się o merytoryczne rozpoznanie prawidłowo wniesionej sprawy<sup>60</sup>.

Chociaż treść prawa do sądu określają liczne akty dotyczące praw człowieka (art. 10 Powszechnej deklaracji praw człowieka i obywatela, art. 14 Międzynarodowego paktu praw cywilnych i politycznych; również art. 47, 48, 50 Karty praw podstawowych UE), poniższe rozważania oparte zostaną na przepisach europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz orzecznictwie ETPC, które – jak może się wydawać – daje pełny obraz aktualnego stanowiska społeczności międzynarodowej w kwestii relacji między prawem do sądu a immunitetem jurysdykcyjnym.

<sup>56</sup> P. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 197.

<sup>57</sup> *Ibidem*, s. 198.

<sup>58</sup> *Natoniewski przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, Sąd Najwyższy RP, postanowienie z dnia 29 października 2010 r., sygn. akt IV CSK 465/09.

<sup>59</sup> G. Ress, *The Changing Relationship Between State Immunity and Human Rights*, [w:] *The Birth of European Human Rights Law. Studies in honour of Carl Aage Nørgaard*, Baden-Baden 1998, s. 198; cyt. za: P. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 198.

<sup>60</sup> J. Skrzydło, *Immunitet państwa (organizacji międzynarodowej) a prawo do sądu w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2004, nr 3, s. 51.

Według art. 6 Konwencji europejskiej każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym. Przepis ten należy rozumieć jako gwarancję prawidłowego procesu sądowego; ustanawia on warunki, jakie spełniać powinien rzetelny proces sądowy<sup>61</sup>. Prawo do sądu obejmuje również – mimo że nie wynika to wprost z przepisu – prawo do wszczęcia postępowania sądowego, na co wskazał ETPC w sprawie *Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*<sup>62</sup>. Uwzględniając postanowienia preambuły do Konwencji europejskiej oraz jej cel, jakim jest zapewnienie rządów prawa, Trybunał uznał, że zasada praworządności nie mogłaby być zrealizowana w sprawach cywilnych bez zapewnienia możliwości wszczęcia postępowania<sup>63</sup>. Jednocześnie należy zaznaczyć, że prawo do sądu w sprawach cywilnych obejmuje każde postępowanie, którego wynik ma znaczenie dla praw i obowiązków prawa prywatnego<sup>64</sup>, również wówczas gdy stroną pozwaną jest organ państwa działający jako podmiot władzy publicznej<sup>65</sup>. Nie może budzić zatem wątpliwości stwierdzenie, że art. 6 Konwencji europejskiej gwarantuje również prawo do sądu w sprawach o roszczenia przeciwko państwu, powstałe w związku z naruszeniem praw człowieka<sup>66</sup>. Właśnie z uwagi na prawo do zainicjowania postępowania, traktowane jako integralna część gwarancji rzetelnego procesu, możliwość odrzucenia pozwu przeciwko państwu obcemu chronionemu przez immunitet może budzić kontrowersje.

Wypada jednakże zauważyć, że prawo do sądu nie ma charakteru absolutnego. Co prawda przepis art. 6 Konwencji europejskiej nie zawiera klauzuli limitacyjnej, jednakże już w sprawie *Golder* Trybunał orzekł, że nie można go traktować w sposób bezwzględny. W przypadku gdy Konwencja europejska gwarantuje określone prawo bez jego definiowania, możliwe są jego ograniczenia, o ile nie zostanie naruszona jego rzeczywista istota<sup>67</sup>. W orzeczeniu *Waite i Kennedy przeciwko Niemcom* Trybunał uzupełnił uzasadnienie swojego stanowiska o stwierdzenie, że prawo do sądu zawsze podlega pewnym ograniczeniom, skoro – z samej swojej istoty – wymaga regulacji ze strony państwa. Uwzględniając powyższe, za zgodne z Konwencją europejską należy uznać wszystkie

<sup>61</sup> *Ibidem*, s. 52.

<sup>62</sup> *Golder v. the United Kingdom*, Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie z dnia 21 lutego 1975 r., nr 4451/70.

<sup>63</sup> *Ibidem*, par. 34; cyt za: J. Skrzydło, *op. cit.*, s. 52.

<sup>64</sup> *Ringheisen v. Austria*, Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie z dnia 16 lipca 1971 r.; cyt. za: F. De Vittor, *Immunità degli Stati dalla Giurisdizione e Tutela dei Dritti Umani Fondamentali*, "Rivista di diritto internazionale" 2002, no 3, s. 593.

<sup>65</sup> *König v. Germany*, Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie z dnia 28 czerwca 1978 r., nr 6232/73; cyt. za: F. De Vittor, *op. cit.*, s. 593.

<sup>66</sup> F. De Vittor, *op. cit.*, s. 593.

<sup>67</sup> *Golder...*, par. 38; cyt. za: J. Skrzydło, *op. cit.*, s. 53.

ograniczenia spełniające następujące kryteria (tzw. test dopuszczalności ograniczeń<sup>68</sup>): realizują uzasadniony cel, są proporcjonalne i nie naruszają istoty tego prawa (przede wszystkim istnieć muszą alternatywne środki ochrony prawnej)<sup>69</sup>.

Powyższe kryteria posłużyły Trybunałowi do podjęcia rozstrzygnięć w sprawach *Al-Adsani przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*<sup>70</sup>, *McElhinney przeciwko Irlandii*<sup>71</sup> oraz *Fogarty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*<sup>72</sup>, które wyznaczają aktualną linię orzeczniczą Trybunału. Chociaż w żadnej ze spraw Trybunał nie dopatrywał się naruszenia art. 6 Konwencji europejskiej, należy podkreślić, że o ile orzeczenie w sprawie *Fogarty* zapadło niemal jednogłośnie (stosunkiem głosów 16 do 1), o tyle rozstrzygnięcia pozostałych dwóch spraw nie były tak jednoznaczne. Na uwagę zasługuje przede wszystkim sprawa *Al-Adsani*, w której orzeczenie niestwierdzające naruszenia art. 6 Konwencji europejskiej zapadło większością 9 głosów przeciwko 8. Kontrowersyjne jest przede wszystkim to, że Trybunał w uzasadnieniu do orzeczenia w tej sprawie całkowicie pominął wątek zachowania istoty prawa do sądu, stanowiącego trzecie kryterium testu dopuszczalności ograniczeń, nie wskazując skarżącemu alternatywnej drogi dochodzenia

<sup>68</sup> J. Skrzydło, *op. cit.*, s. 54.

<sup>69</sup> *Waite and Kennedy v. Germany*, Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie z dnia 18 lutego 1999 r., nr 26083/94, par. 59; cyt. za: J. Skrzydło, *op. cit.*, s. 53.

<sup>70</sup> *Al-Adsani...* Skarżący, obywatel brytyjski i kuwejcki, walczył w 1991 r. w wojnie w Zatoce Perskiej jako członek Kuwejckich Sił Powietrznych, a następnie kuwejckiego ruchu oporu. W tym czasie wszedł w posiadanie materiałów, których publikacja mogłaby zaszkodzić wizerunkowi rodziny emira. Po tym jak nagrania przedostały się do obiegu publicznego, Al-Adsani został aresztowany i był torturowany przez funkcjonariuszy państwa, co wywołało poważny uszczerbek na jego zdrowiu fizycznym i psychicznym. Po powrocie do Europy Al-Adsani wystąpił do sądu brytyjskiego przeciwko Kuwejtowi o odszkodowanie. Początkowo Sąd Apelacyjny uznał, że Kuwejtowi nie przysługuje immunitet jurysdykcyjny, Wysoki Trybunał uchylił jednak to orzeczenie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. W drugim wyroku Sąd Apelacyjny uznał immunitet państwa. Ostatecznie Al-Adsani wniósł skargę do ETPC, zarzucając Wielkiej Brytanii naruszenie art. 3 i art. 6 Konwencji europejskiej.

<sup>71</sup> *McElhinney v. Ireland*, Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie z dnia 21 listopada 2001 r., nr 31253/96. Przekraczając granicę między Irlandią Północną a Republiką Irlandzką, obywatel irlandzki John McElhinney nie zatrzymał się na posterunku granicznym mimo wezwania funkcjonariusza. Strażnik brytyjski, chcąc zatrzymać samochód, oddał w jego kierunku kilka strzałów – niektóre z nich padły jeszcze na terytorium Wielkiej Brytanii. Następnie, już na terytorium Irlandii, strażnik usiłował strzelić w kierunku McElhinneya (broń się jednak zacięła). McElhinney wytoczył przed sąd irlandzki powództwo o odszkodowanie przeciwko strażnikowi i brytyjskiemu Sekretarzowi Stanu Irlandii Północnej. Sądy irlandzkie przyznały pozwanym immunitet, kwalifikując działania funkcjonariusza jako *acta iure imperii*. Przed ETPC skarżący zarzucił Irlandii naruszenie art. 6 Konwencji europejskiej.

<sup>72</sup> *Fogarty v. the United Kingdom*, Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie z dnia 21 listopada 2001, nr 37112/97. Skarżąca była pracownicą Ambasady Amerykańskiej w Londynie. W lutym 1995 r. została zwolniona z pracy, w związku z czym złożyła do sądu pozew z zarzutem niezgodnego z prawem rozwiązania stosunku pracy. Argumentowała, że zwolnienie było efektem dyskryminacji płci. W tym postępowaniu Stany Zjednoczone nie powołały się na immunitet, powództwo zostało uwzględnione. W międzyczasie Fogarty kilkakrotnie ubiegała się o inne stanowisko w tej samej ambasadzie, za każdym razem jednak jej aplikacja była odrzucana – w opinii skarżącej – bezpodstawnie. Ponownie wytoczyła powództwo przeciwko Stanom Zjednoczonym, jednakże tym razem państwo skutecznie powołało się na immunitet. Skarżąca zarzuciła Zjednoczonemu Królestwu naruszenie art. 6 oraz art. 14 Konwencji europejskiej.

roszczeń. Okoliczności sprawy natomiast wydają się wskazywać, że dochodzenie praw w drodze ochrony dyplomatycznej, a tym bardziej powództwa wytoczonego przez sąd w Kuwejcie mogłoby być trudne, o ile nie niemożliwe. Być może bardziej wnikliwa analiza tego aspektu sprawy doprowadziłaby do odmiennego rozstrzygnięcia.

W uzasadnieniu do omawianego orzeczenia Trybunał powołał się między innymi na proceduralny charakter instytucji immunitetu i wskazał, że przyznanie go obcemu państwu nie oznacza ograniczenia prawa podmiotowego w aspekcie materialnoprawnym, lecz stanowi przeszkodę o charakterze proceduralnym, uniemożliwiającą sądowi krajowemu orzeczenie o istocie prawa podmiotowego jednostki<sup>73</sup>. Wydaje się jednak, że w kontekście niniejszej sprawy przyznanie państwu ochrony niweczy w istocie faktyczną możliwość dochodzenia roszczeń przez skarżącego, a tym samym narusza istotę prawa do sądu, jaką jest ochrona praw podmiotowych. Na konieczność uwzględniania okoliczności konkretnej sprawy przy rozstrzyganiu o immunitecie państwa wskazał w odrębnej opinii do omawianego orzeczenia sędzia Loucaides, który stwierdził, że każdy immunitet „blankietowy”, stosowany w sposób wyłączający z góry możliwość sądowego rozstrzygnięcia sporu bez wzięcia pod uwagę przeciwstawnych interesów wchodzących w grę w okolicznościach danej sprawy, jest nieproporcjonalnym ograniczeniem prawa określonego w art. 6 Konwencji. Rozważenie, czy prymat należy się immunitetowi czy też prawu dostępu do sądu, wymaga z kolei merytorycznego zbadania sprawy<sup>74</sup>. Nie jest to pogląd odosobniony – podobne stanowisko zajął sędzia Bennouna w opinii indywidualnej w omawianej już rozstrzygniętej przez MTS sprawie *Niemcy przeciwko Włochom*: normy dotyczące immunitetu państwa nie pozbawiają sądowi krajowemu możliwości zbadania wszystkich faktów sprawy w celu ustalenia, czy okoliczności sporu pozwalają na uznanie immunitetu państwa<sup>75</sup>. Postulat rozpatrywania immunitetu państwa z uwzględnieniem stanu faktycznego sprawy wydaje się zasługiwać na szczególną uwagę zwłaszcza wówczas, gdy wobec państwa pozwanego kieruje się tak poważny zarzut, jakim jest naruszenie zakazu tortur.

Oceniając z kolei zasadność skargi w sprawie *McElhinney*, Trybunał zaznaczył, że przepisy Konwencji europejskiej, w tym art. 6 tej Konwencji, muszą być interpretowane z uwzględnieniem innych norm prawa międzynarodowego mających zastosowanie w stosunkach między stronami – również norm regulujących immunitet państwa<sup>76</sup>. Trybunał dostrzegł, co prawda, współczesną tendencję do ograniczania immunitetu w przypadku deliktów popełnionych na terytorium obcego państwa, zaznaczył jednak, że nie można jej uznać za uniwersalną. Na Irlandii nie ciążył obowiązek merytorycznego rozpoznania

<sup>73</sup> *Al-Adsani...*, par. 48; cyt. za: J. Skrzydło, *op. cit.*, s. 55.

<sup>74</sup> *Al-Adsani...*, opinia odrębna sędziego Loucaides; cyt. za: J. Skrzydło, *op. cit.*, 55.

<sup>75</sup> *Germany v. Italy*, opinia indywidualna sędziego Bennouny, par. 32.

<sup>76</sup> *McElhinney...*, par. 36; cyt. za: J. Skrzydło, *op. cit.*, s. 57.

sprawy, w konsekwencji nie dopuściła się ona naruszenia norm prawa międzynarodowego. Wobec powyższego Trybunał uznał, że ograniczenie prawa do sądu w tym przypadku stanowiło proporcjonalny środek realizacji uzasadnionego celu, jakim jest niewątpliwie utrzymywanie dobrych stosunków między państwami. Jednocześnie skarżący miał – przynajmniej teoretyczną – możliwość wytoczenia powództwa przed sąd brytyjski, zatem istota prawa do sądu, w opinii Trybunału, nie została naruszona<sup>77</sup>.

W opozycji do przytoczonych tez uzasadnienia ponownie sformułował swoją opinię odrębną sędzia Loucaides. Zauważył on przede wszystkim, że art. 6 Konwencji stanowi *lex specialis* w odniesieniu do ogólnych zasad i norm prawa międzynarodowego – również tych, które regulują immunitet państwa. Ze względu na fakt, że ogólne zasady i normy prawa międzynarodowego nie zostały „inkorporowane” do Konwencji (poza wyraźnie wskazanymi wyjątkami), należy z dużą ostrożnością podchodzić do ograniczeń w korzystaniu z gwarantowanych przez nią praw – szczególnie wtedy, gdy podstawę tych ograniczeń stanowią zasady prawa międzynarodowego, nieposiadające jednakże charakteru norm *iuris cogentis* (jak na przykład instytucja immunitetu państwa)<sup>78</sup>. W konkluzji sędzia Loucaides wyraził zdanie, że „pozbawienie jednostki prawa do rozpoznania jej roszczenia przez sąd, niezależnie od natury sporu i braku błędu skarżącego, musi prowadzić do naruszenia Konwencji”<sup>79</sup>.

Najmniej kontrowersji budzi orzeczenie w sprawie *Fogarty*, potwierdzające analizowane wyżej stanowisko Trybunału. ETPC stwierdził, że przewidziane w brytyjskim *State Immunity Act* ograniczenie prawa do sądu w sporach ze stosunku pracy z placówkami dyplomatycznymi realizowało uzasadniony cel („poszanowanie suwerenności innego państwa”), spełniając jednocześnie wymóg proporcjonalności<sup>80</sup>. Trybunał przyznał jednak, że praktyka państw dotycząca przyznawania immunitetu w przypadkach dotyczących stosunków pracy z placówkami dyplomatycznymi i konsularnymi jest niejednolita, zwłaszcza jeśli chodzi o nawiązanie stosunku pracy. Uzasadnienie orzeczenia pogłębione zostało w opinii zgodnej sędziów Caffischa, Costy i Vajić, którzy za oczywistą uznają kwalifikację rekrutacji personelu misji dyplomatycznej jako akt o charakterze władczym, chroniony przez immunitet państwa. Jednakże spory wynikłe już po nawiązaniu stosunku pracy podlegają rozpoznaniu na zasadach ogólnych. Stanowisko to zgodne jest z późniejszymi przepisami Konwencji nowojorskiej (art. 11). Również i w tej sprawie opinię odrębną przedstawił sędzia Loucaides, w którym co do zasady powtórzył swoje stanowisko w wyżej omówionych sprawach<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> *Fogarty...*, par. 34–37.

<sup>81</sup> Por.: *Fogarty...*, opinia odrębna sędziego Loucaidesa *in fine*.



Przedstawione wyżej orzeczenia, przede wszystkim to wydane w sprawie *Al-Adsani*, wzbudziło w doktrynie wiele zastrzeżeń. Krytykowano zwłaszcza niekonsekwencję w stosowaniu testu dopuszczalności ograniczeń oraz zachowawczy stosunek wobec problemu immunitetu państwa<sup>82</sup>. Jednakże pojawiają się również komentarze, w których podkreśla się, że omawiane wyroki nie muszą koniecznie przesądzać przyszłego kierunku rozwoju prawa międzynarodowego w zakresie immunitetu państwa. Wskazuje się, że orzecznictwo regionalnych sądów międzynarodowych wpływa co prawda na rozwój klasycznego prawa międzynarodowego, jednakże brak jednomyślności sędziów przy podejmowaniu decyzji (a w przypadku sprawy *Al-Adsani* przewaga zaledwie jednego głosu) może wywoływać wątpliwości, czy rozstrzygnięcia te należy traktować jako „drogowskaz co do dalszego rozwoju doktryny immunitetu w kontekście ochrony praw człowieka”<sup>83</sup>. Nie można również wykluczyć, że sam Trybunał w przyszłości zmieni linię orzecniczą na bardziej przychylną jednostce<sup>84</sup>. Obecnie jednak nic na to nie wskazuje, czego dowodem może być wydane w 2009 r. orzeczenie w sprawie *Grosz przeciwko Francji*, dotyczącej – podobnie jak sprawa *Ferrini* – kwestii odszkodowania za pracę przymusową na rzecz III Rzeszy w czasie II wojny światowej. Trybunał odrzucił skargę jako oczywiście bezzasadną, powołując się w uzasadnieniu na „aktualny stan prawa międzynarodowego”<sup>85</sup>.

Omawiając relacje między immunitetem państwa a prawem do sądu, warto przywrócić się koncepcji zaproponowanej przez sędziego Bennounę w jego opinii indywidualnej do orzeczenia MTS w sprawie *Niemcy przeciwko Włochom*<sup>86</sup>, stanowiącej próbę wyważenia konkurencyjnych interesów państwa i jednostki. Sędzia Bennouna rozpoczął od spostrzeżenia, że z wykonywaniem władzy suwerennej nierozzerwalnie wiąże się odpowiedzialność międzynarodowa państwa. Państwo jest przy tym odpowiedzialne nie tylko wobec swoich obywateli, ale również za szkody wyrządzone obywatelom państw obcych w wyniku działań podejmowanych poza własnym terytorium. Takie stanowisko nie powinno budzić wątpliwości. W konsekwencji przyznanie państwu ochrony w postaci immunitetu nie może oznaczać całkowitego uwolnienia go od odpowiedzialności, a tylko tyle, że odpowiedzialność ta będzie rozpatrywana przez organy inne niż sąd krajowy. Na poparcie swojego stanowiska sędzia Bennouna przywołał orzeczenie MTS w sprawie *Dżibuti przeciwko Francji*, w którym stwierdzono, że państwo powołujące się na immunitet bierze na siebie odpowiedzialność za czyny naruszające prawo międzynarodowe,

<sup>82</sup> J. Skrzydło, *op. cit.*, s. 59.

<sup>83</sup> M. Balcerzak, *Immunitet państw i organizacji międzynarodowych a ochrona praw człowieka. Uwagi na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 3/2003, s. 131.

<sup>84</sup> J. Skrzydło, *op. cit.*, s. 59.

<sup>85</sup> *Grosz v. Francja*, Europejski Trybunał Praw Człowieka, decyzja z dnia 16 czerwca 2009 r., nr 14717/06.

<sup>86</sup> *Germany v. Italy*, opinia indywidualna sędziego Bennouny, par. 7–24.

popelnione przez organy, których postępowanie dotyczy<sup>87</sup>. W opinii sędziego pozbawienie państwa ochrony w postaci immunitetu jest zatem możliwe wtedy i tylko wtedy, gdy państwo, któremu przypisuje się popełnienie czynów niezgodnych z prawem międzynarodowym, odmówi poniesienia za nie odpowiedzialności. W rezultacie przyznanie państwu immunitetu rodzi po jego stronie obowiązek realizacji odpowiedzialności w innej formie, w szczególności zaspokojenia uzasadnionych roszczeń powoda w odpowiedni sposób<sup>88</sup>.

Zastosowanie proponowanego rozwiązania na poziomie sądu krajowego mogłoby zapewnić respektowanie zasady immunitetu państwa przy jednoczesnym zagwarantowaniu poszkodowanemu możliwości dochodzenia roszczeń. Uzależnienie przyznania immunitetu od postawy pozwanego państwa pozwoliłoby uniknąć swoistego negatywnego sporu kompetencyjnego, w którym żaden z podmiotów prawa międzynarodowego nie podejmuje się ochrony praw jednostki, a sprawca naruszenia – w braku innych możliwości pociągnięcia go do odpowiedzialności w sposób niezależny od jego dobrej woli – pozostaje bezkarny. Rozwiązanie proponowane przez sędziego Bennounę w istocie sprowadza się zatem do zagwarantowania realizacji kryteriów dopuszczalności ograniczeń prawa do sądu: jeżeli istnieć będą obawy co do zaspokojenia przez państwo pozwane uzasadnionych roszczeń, jednostce będzie przysługiwać prawo do wszczęcia postępowania przed sądem krajowym; jeśli natomiast państwo dobrowolnie przyjmie na siebie odpowiedzialność i spełni kierowane przeciwko niemu żądanie, limitacja prawa do sądu nie będzie oznaczała naruszenia rzeczywistej istoty tego prawa.

Na marginesie niniejszych rozważań wypada zauważyć, że w zakres prawa do sądu wchodzi również gwarancja możliwości wykonania orzeczenia. Brak takiego zastrzeżenia mógłby prowadzić do nadużyć sprzecznych z zasadą rządów prawa, dlatego też wykonanie wyroku należy uznać za integralny element procesu sądowego w rozumieniu art. 6 Konwencji europejskiej<sup>89</sup>. Szczegółowym rozważaniom na temat przebiegu postępowania z udziałem obcego państwa i wykonywania orzeczeń wydanych przeciwko niemu poświęcony został rozdział III.

<sup>87</sup> *Djibouti v. France*, Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, orzeczenie z dnia 4 czerwca 2008 r., ICJ Reports 2008, s. 177 i nast.

<sup>88</sup> Odnosząc się do okoliczności sprawy, sędzia Bennouna stwierdził, że postawa Niemiec nie może mimo wszystko świadczyć o unikaniu odpowiedzialności za działania III Rzeszy w czasie II wojny światowej. Na tej podstawie uznał, że postępowanie Włoch będące przedmiotem skargi nie było zgodne z prawem międzynarodowym.

<sup>89</sup> *Immobiliare Saffi v. Włochy*, Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie z dnia 28 lipca 1999 r., nr 22774/93, par. 63.

## **6. Odmowa uznania immunitetu na podstawie jurysdykcji uniwersalnej**

Argument opierający się na instytucji jurysdykcji uniwersalnej odwołuje się do analogii pomiędzy immunitetem państwa a immunitetem funkcjonalnym piastunów najwyższych urzędów państwowych. Koncepcja ta sprowadza się do twierdzenia, że tak jak w przypadku osób fizycznych sądy krajowe mogą prowadzić postępowanie karne dotyczące popełnienia najpoważniejszych przestępstw, tak mogą one również rozstrzygać powództwa cywilne wytoczone przeciwko państwom odpowiedzialnym za czyny tej samej kategorii. Chociaż w doktrynie nie osiągnięto jak dotąd jednomyślności w kwestii relacji między immunitetem państwa a immunitetem przysługującym najwyższym urzędnikom państwowym, a znaczna część przedstawicieli nauki opowiada się za samoistnością immunitetu państwa, przedstawiony wyżej tok rozumowania jest w rzeczywistości bardziej uzasadniony niż mogłoby się wydawać. W istocie bowiem immunitet obcego państwa należy traktować jako „pochodną immunitetu głowy państwa i jego przedstawicieli dyplomatycznych”<sup>90</sup>. Można zatem domniemywać, że obie instytucje opierają się jeśli nie na tych samych, to przynajmniej na podobnych przesłankach aksjologicznych. W literaturze i orzecznictwie podkreśla się, że immunitet funkcjonariuszy państwa jest niezbędny do uniemożliwienia obejścia immunitetu państwa poprzez pociągnięcie do odpowiedzialności jego przedstawicieli.

Jurysdykcja uniwersalna (zwana również zasadą uniwersalności lub represją wszechświatową<sup>91</sup>) stanowi instytucję rozwijającą się na styku prawa karnego i prawa międzynarodowego, o czym decyduje jej transgraniczny charakter oraz silne związki – przynajmniej od II wojny światowej – z problematyką praw człowieka. Jurysdykcja uniwersalna definiowana jest jako zasada pozwalająca na „wykonywanie jurysdykcji wobec przestępstw popełnionych za granicą przez osobę, która w chwili jego popełnienia była cudzoziemcem, a przestępstwa te nie stanowią bezpośredniego zagrożenia dla interesów państwa forum”<sup>92</sup>. W definicji tej pominięto jedną z podstawowych przesłanek zastosowania zasady uniwersalności, która faktycznie przesądza o jej zakresie zastosowania. Ze względu na wyjątkowo represyjny charakter jurysdykcja uniwersalna wykonywana jest wyłącznie wobec wąskiej kategorii przestępstw, stanowiących naruszenie prawa międzynarodowego (zbrodnie międzynarodowe).

<sup>90</sup> J. Sutor, *op. cit.*, s. 220.

<sup>91</sup> Por.: T. Ostropolski, *Zasada jurysdykcji uniwersalnej w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2008, s. 33–34.

<sup>92</sup> R. O’Keefe, *Universal Jurisdiction. Claryfying the Basic Concept*, “Journal of International Criminal Justice” 2004, nr 2, s. 745; cyt. za: T. Ostropolski, *op. cit.*, s. 34.

Niemniej sformułowanie katalogu zbrodni, wobec których represja wszechświato-  
wa jest dopuszczalna, wiąże się z pewnymi trudnościami, wynikającymi przede wszystkim z niewielkiej praktyki państw<sup>93</sup>. Należy ponadto zauważyć, że fakt objęcia danego przestępstwa umową międzynarodową dotyczącą jego ścigania nie oznacza automatycznie uznania go za zbrodnię międzynarodową. Można jednakże stwierdzić, że ponad wszelką wątpliwość zakresem jurysdykcji uniwersalnej objęte są dwie kategorie przestępstw: piractwo i zbrodnie wojenne<sup>94</sup>. Wyróżnia się również kategorie zbrodni przeciw pokojowi (akty agresji) oraz zbrodni przeciwko ludzkości (ludobójstwo i inne akty o podobnym charakterze) – nie popełnione w czasie konfliktu zbrojnego<sup>95</sup>. Powyższe przestępstwa objęte są jurysdykcją uniwersalną *sensu stricto*. W doktrynie funkcjonuje również pojęcie jurysdykcji uniwersalnej *sensu largo*, obejmujące także przypadki naruszeń tzw. przestępstw konwencyjnych, czyli takich, które podlegają jurysdykcji na mocy umów międzynarodowych<sup>96</sup>. Przykładem takiego aktu może być przyjęta pod auspicjami ONZ Konwencja przeciwko torturom oraz innemu okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu z 1984 r.

Jednym z ograniczeń w wykonywaniu jurysdykcji uniwersalnej jest immunitet przysługujący funkcjonariuszowi państwa, zwłaszcza immunitet funkcjonalny (materiałny) – gwarantujący ochronę w zakresie działań podejmowanych w ramach pełnienia urzędu, skuteczny *erga omnes* i niepodlegający ograniczeniom czasowym<sup>97</sup>. Instytucja ta ściśle wiąże się z doktryną *Act of State*, zgodnie z którą działania podejmowane na własnym terytorium przez państwo korzystające ze swojej suwerenności nie mogą być kwestionowane przez sądy innych państw<sup>98</sup>.

Asumpt do dyskusji na temat relacji między immunitetem funkcjonariuszy państwowych i immunitetem państwa dała sprawa Augusta Pinocheta, zainicjowana przez sądy hiszpańskie, które wydały międzynarodowy nakaz aresztowania byłego dyktatora chilijskiego w związku z zarzutami popełnienia licznych przestępstw związanych z pełnieniem funkcji publicznych. Chociaż generał Pinochet przebywał w tym czasie w Wielkiej Brytanii, Sąd Okręgowy w Londynie odmówił jego wydania<sup>99</sup>, powołując się na

<sup>93</sup> T. Ostropolski, *op. cit.*, s. 67.

<sup>94</sup> M.N. Shaw, *op. cit.*, s. 385.

<sup>95</sup> *Ibidem*, 386.

<sup>96</sup> Co istotne jednak, jurysdykcja oparta na postanowieniach traktatu jest „uniwersalna” o tyle, o ile państwo forum jest stroną takiej umowy międzynarodowej. T. Ostropolski, *op. cit.*, s. 39.

<sup>97</sup> T. Ostropolski, *op. cit.*, s. 206–207.

<sup>98</sup> J. Sutor, *op. cit.*, s. 142.

<sup>99</sup> Za: *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division); Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) (No. 3)*, Izba Lordów (Zjednoczone Królestwo), orzeczenie z dnia 24 marca 1999 r.; cyt. za: A. Bianchi,

immunitet przysługujący mu w postępowaniach cywilnych i karnych jako byłej głowie państwa. W wyniku odwołania sprawa została rozpatrzona przez Izbę Lordów, która wydała w tym przedmiocie trzy orzeczenia. W pierwszym rozstrzygnięciu, podjętym stosunkiem głosów 2 do 3, Izba Lordów uznała, że generał Pinochet nie podlega ochronie w postaci immunitetu. Wśród argumentów przedstawionych przez Izbę Lordów najistotniejsze w kontekście niniejszych rozważań wydaje się stwierdzenie, że zarzucane przestępstwa (zwłaszcza stosowanie tortur i branie zakładników) nie mogą zostać uznane za działania podjęte w ramach pełnienia funkcji publicznych, w związku z czym nie mogą uzasadniać przyznania Pinochetowi immunitetu. Drugie orzeczenie, które zostało wydane wskutek uwzględnienia zarzutów formalnych zgłoszonych przez obrońców Pinocheta, unieważniało poprzednie rozstrzygnięcie, co wywołało konieczność ponownego rozpatrzenia sprawy. Ostatecznie Izba Lordów, tym razem stosunkiem głosów 6 do 1, ponownie uznała, że Pinochetowi immunitet nie przysługuje. Orzeczenie oparto jednak na argumentach o przede wszystkim formalnym charakterze, odwołując się do przepisów Konwencji o torturach obowiązującej w Wielkiej Brytanii od 1988 r.

Na tle omawianej sprawy ujawniona została pewna niekonsekwencja, polegająca na tym, że wyłączeniu immunitetu (byłej) głowy państwa od jurysdykcji karnej nie towarzyszy wyłączenie immunitetu państwa w analogicznej sprawie w postępowaniu cywilnym<sup>100</sup>. Problem ten podjął włoski Sąd Kasacyjny, który na koncepcji jurysdykcji uniwersalnej oparł w dużej mierze argumentację przedstawioną w uzasadnieniu do orzeczenia w sprawie *Ferrini*. Jest to druga – po sprawie *Prefektura Voiotia przeciwko Niemcom* – sprawa, w której przyznano jurysdykcję sądowi krajowemu w postępowaniu przeciwko państwu w związku z jego aktami władczymi, dlatego też warto bliżej przyjrzeć się rozumowaniu, które doprowadziło do takiego rozstrzygnięcia<sup>101</sup>.

Powód oparł skargę kasacyjną na czterech argumentach. Po pierwsze, wbrew opinii Sądu Apelacyjnego we Florencji, w sprawie powinny zostać zastosowane przepisy Konwencji brukselskiej o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych z 27 września 1968 r.<sup>102</sup> (dalej: Konwencja brukselska; na obszarze

---

*Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, „European Journal of International Law” 1999, s. 238.

<sup>100</sup> A. Bianchi, *op. cit.*, s. 264.

<sup>101</sup> *Ferrini*... Latem 1944 r. w prowincji Arezzo (północne Włochy) Luigi Ferrini został schwytyany przez wojska niemieckie i deportowany do III Rzeszy, gdzie do kwietnia 1945 r. przebywał w obozie koncentracyjnym, pracując przymusowo w fabryce pocisków. W 1998 r. Ferrini wytoczył przed trybunał w Arezzo powództwo o odszkodowanie za poniesione w związku z tym szkody. Zarówno sąd I instancji, jak i Sąd Apelacyjny we Florencji odrzuciły pozew, powołując się na normę prawa międzynarodowego gwarantującą państwu obcemu immunitet obejmujący wszystkie działania podejmowane w ramach wykonywania władzy suwerennej. Powód złożył skargę kasacyjną. Sąd Kasacyjny uchylił zaskarżone orzeczenie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania trybunałowi w Arezzo. Po ponownym rozpoznaniu sprawy trybunał oddalił powództwo z powodu przedawnienia roszczenia.

<sup>102</sup> Tekst jednolity: Dz. Urz. WE C 27 z 26.01.1988, s. 1 z późn. zm.

UE zastąpiona 1 marca 2002 r. przez rozporządzenie 44/2001 Rady UE<sup>103</sup>). Po drugie, powód zakwestionował zwyczajowy charakter norm regulujących immunitet państwa. Po trzecie, powołując się na przepisy Protokołu do Konwencji brukselskiej, powód wskazał na niedopełnienie przez sądy I i II instancji obowiązku zwrócenia się z pytaniem prawnym do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w celu wyjaśnienia wątpliwości co do zastosowania Konwencji brukselskiej. Po czwarte wreszcie, w opinii powoda immunitet państwa nie może stanowić negatywnej przesłanki procesowej, jeżeli sprawa dotyczy naruszenia norm peremptoryjnych, w szczególności tych chroniących godność i niezbywalne prawa jednostki<sup>104</sup>.

Sąd w całości odrzucił pierwszy i trzeci argument powoda. W uzasadnieniu wskazał, że nie ma wątpliwości co do tego, że postanowienia Konwencji brukselskiej (rozporządzenia 44/2001) nie obejmują spraw związanych z wykonywaniem przez państwo władzy suwerennej<sup>105</sup>.

Pozostałym argumentom Sąd Kasacyjny poświęcił zdecydowanie więcej uwagi. Rozważania rozpoczął od konstatacji, że – w przeciwieństwie do twierdzeń powoda – można wskazać na zwyczajową normę prawa międzynarodowego przyznającą państwu immunitet, chociaż jej znaczenie podlegało stopniowemu ograniczeniu. Jednocześnie potwierdził tezy wyrażone w swoich wcześniejszych orzeczeniach, że akty podjęte przez państwo w ramach działań wojennych stanowią wyraz władzy suwerennej. Rozstrzygnięcie sprawy zależało zatem w istocie od odpowiedzi na pytanie, czy immunitet jurysdykcyjny może zostać zastosowany również w przypadku zachowań noszących znamiona zbrodni międzynarodowej, „naruszających powszechnie uznane wartości, wykraczające poza interesy poszczególnych państw”<sup>106</sup>. Dla wykazania, że w omawianej sprawie rzeczywiście chodzi o zbrodnię międzynarodową, sąd powołał się między innymi na art. VI lit. b) Statutu Międzynarodowego Trybunału Wojskowego przyjętego w Londynie 8 sierpnia 1945 r. oraz postanowienia Rezolucji 95(I) Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 11 grudnia 1946 r., definiujące deportację i pracę przymusową jako zbrodnie wojenne.

Taka kwalifikacja prawna niemieckich działań w czasie II wojny światowej pozwoliła Sądowi Kasacyjnemu odwołać się do argumentu jurysdykcji uniwersalnej. W istocie sąd uznał za słuszne rozszerzenie zakresu zastosowania norm dotyczących zbrodni międzynarodowych o sprawy cywilne przeciwko państwu obcemu. Podstawą

---

<sup>103</sup> Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/01 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. Urz. WE L 12 z 16.01.2001, s. 1 z późn. zm.).

<sup>104</sup> *Ferrini...*, par. 2–4.

<sup>105</sup> *Ibidem*, par. 2.1.

<sup>106</sup> *Ibidem*, par. 7.

takiego rozumowania było założenie, że immunitet funkcjonalny stanowi szczególny wariant (*specificazione*) immunitetu państwa – w tym sensie, że pośrednio uniemożliwia wykonywanie władzy jurysdykcyjnej nad obcym państwem poprzez wyłączenie spod jurysdykcji sądu krajowego osób, które w imieniu tego państwa działają<sup>107</sup>. Skoro zatem immunitet funkcjonalny nie znajduje zastosowania ze względu na fakt popełnienia zbrodni międzynarodowej, nie ma powodu, aby w takich samych okolicznościach odmówić sądowi krajowemu możliwości rozpatrzenia sprawy przeciwko państwu<sup>108</sup>.

Krytycy rozstrzygnięcia wskazują na kilka słabych punktów tej argumentacji. Sądowi Kasacyjnemu zarzuca się przede wszystkim wykorzystanie ugruntowanego w doktrynie rozumowania do uzasadnienia niekoniecznie uzasadnionych tez. Jak zauważa Pasquale De Sena, akceptowany w piśmiennictwie wyjątek od immunitetu funkcjonalnego związany z zarzutem popełnienia zbrodni międzynarodowej nie jest co do zasady przywoływany jako argument uzasadniający analogiczne postępowanie w stosunku do państwa<sup>109</sup>. Na tym tle rozstrzygnięcie sądu włoskiego jest wyjątkowe. Autor dochodzi do podobnych konkluzji, odnosząc omawiany wyrok do wcześniejszego orzecznictwa: wśród nielicznych orzeczeń przyznających sądowi jurysdykcję nad państwem obcym nie ma żadnego, które zostałyby oparte na rozszerzeniu zakresu zastosowania norm dotyczących zbrodni międzynarodowych popełnionych przez funkcjonariuszy państwowych<sup>110</sup>. Wskazuje się również, że zastosowanie analogii między statusem funkcjonariusza państwa a państwem nie zostało w przekonujący sposób uzasadnione.

Koncepcja wyłączenia immunitetu państwa na zasadzie jurysdykcji uniwersalnej przez niektórych przedstawicieli doktryny poddana została krytyce jeszcze na płaszczyźnie czysto teoretycznej – zanim włoski Sąd Kasacyjny wydał analizowane orzeczenie. Reprezentatywny w tym kontekście jest pogląd przedstawiony przez Franceskę De Vittor, która zwraca uwagę na znaczącą różnicę między naturą i celem postępowania karnego i postępowania cywilnego<sup>111</sup>. Jak podkreśla De Vittor, podjęcie i prowadzenie pierwszego z postępowań ma na celu ukaranie sprawcy, a tym samym – poprzez orzeczenie odpowiedniej kary – realizację pełnionych przez nią funkcji prewencyjnej i represyjnej. W tym sensie postępowanie karne prowadzone przeciwko jednostce – sprawcy naruszenia praw człowieka – stanowi odpowiedź na oczekiwania społeczności międzynarodowej i służy przywróceniu międzynarodowego porządku publicznego. Zgoła odmienne założenia leżą u podstaw procesu cywilnego, którego zasadniczym

---

<sup>107</sup> *Ibidem*, par. 11.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

<sup>109</sup> P. De Sena, F. De Vittor, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, „The European Journal of International Law” 2005, vol. 16 no. 1, s. 105.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> F. De Vittor, *op. cit.*, s. 588.

celem jest kompensacja szkody poniesionej przez podmiot indywidualny. Ta fundamentalna różnica między postępowaniem karnym prowadzonym wobec jednostki a postępowaniem cywilnym mającym na celu ustalenie odpowiedzialności cywilnoprawnej państwa nie pozwala na uznanie za prawidłowe rozszerzenia zakresu zastosowania zasady jurysdykcji uniwersalnej na to ostatnie.

Na uwzględnienie zasługuje ponadto fakt, również podniesiony przez De Vittor, że chociaż rzeczywiście odmawiano uznania immunitetu byłym głowom państwa, to jednak dotychczas nie zdarzyło się, aby sąd wyłączył immunitet w stosunku do osoby wciąż piastującej dany urząd państwowy<sup>112</sup>. Jurysdykcja sądów krajowych wobec takiej jednostki podlega wyłączeniu ze względu na aktualną ścisłą więź między funkcjonariuszem państwowym a państwem, co stanowi wyraz bezpośredniego związku między immunitetem państwa a immunitetem chroniącym jego przywódców. Respektowanie immunitetu przysługującego urzędującym funkcjonariuszom państwowym świadczy również, zdaniem autorki, o tym, że konieczność zapewnienia państwu swobody w zakresie działań o charakterze władczym przeważa nad koniecznością pociągnięcia do odpowiedzialności karnej jednostek te działania w imieniu państwa podejmujących. Na tej podstawie wnioskować należy, że analogicznie w odniesieniu do aktów *de iure imperii* respektowany powinien być immunitet chroniący samo państwo<sup>113</sup>.

Chociaż umotywowanie koncepcji opartej na zasadzie jurysdykcji uniwersalnej rzeczywiście może wydawać się na obecnym etapie rozwoju prawa międzynarodowego nieprzekonujące, to jednak błędem byłoby jej kategoryczne odrzucenie. Po wydaniu orzeczenia w sprawie *Pinochet* można bowiem dostrzec istnienie podwójnego standardu, który nie zostaje zniesiony mimo siły zaprezentowanych wyżej argumentów: w sprawach o naruszenie praw człowieka inaczej jest traktowany funkcjonariusz państwa, inaczej – samo państwo. Ponadto, skoro w większości krajowych porządków prawnych za oczywistą uznaje się możliwość nie tylko ukarania sprawcy czynu zabronionego, lecz także zobowiązania go do zapłaty odszkodowania albo naprawienia szkody spowodowanej takim czynem, to również państwo powinno ponosić odpowiedzialność cywilną za szkody będące wynikiem naruszeń, których dopuściły się jego organy. Najdogodniejszym zaś sposobem rozstrzygnięcia ewentualnego sporu powstałego na tym tle jest przeprowadzenie postępowania cywilnego.

---

<sup>112</sup> *Ibidem*, s. 588–589.

<sup>113</sup> *Ibidem*, s. 589.



## 7. Hierarchiczna wyższość praw człowieka nad zasadą immunitetu państwa

Co do zasady normy prawa międzynarodowego przyjmują charakter *ius dispositivum*. Wynika to z faktu, że są one tworzone, a jednocześnie mogą być zmieniane przez same państwa. Jednakże w XX wieku, a zwłaszcza po II wojnie światowej, coraz szersze uznanie zyskała koncepcja, zgodnie z którą istnieją w systemie prawa międzynarodowego normy o charakterze *ius cogens*, czyli wiążące wszystkie państwa w sposób bezwzględny<sup>114</sup>. Do tej grupy należy zakwalifikować normy o fundamentalnym dla systemu prawa międzynarodowego znaczeniu, zabezpieczające podstawowe wartości i interesy całej społeczności międzynarodowej. Nie mogą one zostać w związku z tym uchylone wolą państw w ich wzajemnych stosunkach<sup>115</sup>.

Pojęcie i skutki prawne istnienia norm peremptoryjnych precyzuje art. 53 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, który stanowi, że traktat jest nieważny, jeżeli w chwili jego zawarcia jest sprzeczny z imperatywną normą powszechnego prawa międzynarodowego. Konwencja wyjaśnia następnie, co należy rozumieć pod pojęciem imperatywnej normy powszechnego prawa międzynarodowego – jest to „norma 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”<sup>116</sup>. Art. 64 Konwencji przewiduje ponadto nieważność i wygaśnięcie traktatu w przypadku, gdy powstanie nowa imperatywna norma powszechnego prawa międzynarodowego, a postanowienia umowy będą z nią sprzeczne. Obecne znaczenie norm peremptoryjnych nie ogranicza się jedynie do oddziaływania na normy traktatowe. Uznaje się bowiem, że norma *ius cogens* powoduje również nieważność sprzecznego z nią zwyczaju, aktu jednostronnego itp.<sup>117</sup> Można się również spotkać z poglądem, że wywiera ona skutki w sferze prawa wewnętrznego poszczególnych państw<sup>118</sup>.

Podstawowym jednakże problemem jest ustalenie, którym normom przypisać należy charakter norm bezwzględnie obowiązujących. Pierwsze próby w tym kierunku poczynił Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, który zaliczył do tej kategorii norm zakaz agresji i ludobójstwa, zakaz niewolnictwa i dyskryminacji rasowej<sup>119</sup>. Za

<sup>114</sup> S. Janczarek, *op. cit.*, s. 59.

<sup>115</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, wyd. 12, Warszawa 2007, s. 27.

<sup>116</sup> Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, 23 maja 1969.

<sup>117</sup> Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 20.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> *Belgium v. Spain (Barcelona Traction Case)*, Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, orzeczenie z dnia 5 lutego 1970 r., *ICJustice Reports* 1970, s. 3 i nast.

M.N. Shaw'em należy uzupełnić ten katalog o zakaz stosowania tortur<sup>120</sup>. Niejednokrotnie proponowano stworzenie jednego, powszechnego katalogu norm o charakterze *ius cogens*<sup>121</sup>, jednakże duża waga konsekwencji, jakie wiążą się z uznaniem jakiejś normy za peremptoryjną, oraz niemożność osiągnięcia w tym przedmiocie porozumienia udaremniły te próby.

Wykorzystanie koncepcji norm peremptoryjnych w celu wykazania konieczności wyłączenia immunitetu państwa w sprawach o naruszenie praw człowieka uchyla problem braku powszechnej praktyki państw i *opinio iuris* w tym zakresie<sup>122</sup>. W konsekwencji argumentem najczęściej przywoływanym na uzasadnienie powyższego postulatu jest stwierdzenie, że prawa człowieka jako normy bezwzględnie obowiązujące stoją w hierarchii norm prawa międzynarodowego wyżej niż normy regulujące immunitet państwa, które należą co prawda do zasad ogólnych prawa międzynarodowego, ale nie mają charakteru *ius cogens*. W związku z tym kolizja immunitetu państwa z normą peremptoryjną powinna być zawsze rozstrzygana na rzecz tej ostatniej. Stanowisko przeciwnie odwołuje się do tradycyjnego sposobu pojmowania instytucji immunitetu jurysdykcyjnego jako środka służącego ochronie suwerenności państwa, także w przypadku naruszenia norm bezwzględnie obowiązujących<sup>123</sup>.

Do omawianego problemu odniósł się między innymi włoski Sąd Kasacyjny w szeroko już omówionej sprawie *Ferrini*. W tym miejscu wypada zatem zwrócić uwagę na jeden tylko wątek uzasadnienia. Zdefiniowanie działań III Rzeszy podejmowanych w czasie II wojny światowej jako zbrodni międzynarodowej umożliwiło sądowi obejście problemu dowodzenia istnienia w międzynarodowym porządku prawnym norm nakazujących (bądź pozwalających) na wyłączenie immunitetu państwa<sup>124</sup>. Sąd zajął bowiem stanowisko, iż „uznanie immunitetu jurysdykcyjnego w odniesieniu do państw, odpowiedzialnych za takie działania [...] stanowi przeszkodę w ochronie wartości o zasadniczym znaczeniu dla społeczności międzynarodowej. [...] Bez wątplenia konflikt ten musi zostać rozstrzygnięty na korzyść norm wyższej rangi”<sup>125</sup>. Z przytoczonego argumentu wynika, że decydująca była dla Sądu Kasacyjnego nie tylko formalna wyższość norm peremptoryjnych, lecz także wartości chronione przez te normy<sup>126</sup>.

Również ETPC wypowiedział się na temat relacji między normami *iuris cogentis* a immunitetem państwa. W omawianej już sprawie *Al-Adsani* skarżący zajął stanowisko,

<sup>120</sup> M.N. Shaw, *op. cit.*, s. 101.

<sup>121</sup> C. Mik, *Ius cogens we współczesnym prawie międzynarodowym*, [w:] *Aksjologia współczesnego prawa międzynarodowego*, red. A. Wnukiewicz-Kozłowska, Wrocław 2011, s. 222.

<sup>122</sup> F. De Vittor, *op. cit.*, s. 586.

<sup>123</sup> S. Janczarek, *op. cit.*, s. 59.

<sup>124</sup> P. De Sena, F. De Vittor, *op. cit.*, s. 100.

<sup>125</sup> *Ferrini...*, par. 9.1.

<sup>126</sup> P. De Sena, F. De Vittor, *op. cit.*, s. 101.

że zakaz tortur – jako norma peremptoryjna – powinna mieć pierwszeństwo przed normami traktatowymi i innymi normami prawa międzynarodowego, także tymi dotyczącymi immunitetu państwa. Trybunał przyznał co prawda, że zakaz wyrażony w art. 3 Konwencji europejskiej ma charakter *ius cogens*, dostrzegł również, że na tej podstawie w postępowaniach karnych uchylano już kilkakrotnie immunitet funkcjonariuszy państwa (np. w sprawie *Pinochet*), stanął jednak na stanowisku, że argumentacji takiej nie można zastosować w postępowaniu cywilnym przeciwko państwu obcemu, któremu zarzuca się naruszenie normy peremptoryjnej na własnym terytorium, ponieważ nie można stwierdzić istnienia w prawie międzynarodowym żadnej mocnej podstawy dla stwierdzenia, że w takich przypadkach państwu nie przysługuje immunitet<sup>127</sup>.

Powyższa argumentacja spotkała się ze zdecydowanym sprzeciwem części sędziów Trybunału. We wspólnej opinii odrębnej sędziów Rozakisa i Caflischa, do której dołączyło pięcioro innych sędziów, krytyce poddano przede wszystkim zróżnicowanie statusu funkcjonariusza oskarżonego w postępowaniu karnym i państwa pozwanego w postępowaniu cywilnym. Zaznaczono między innymi, że takie rozróżnienie nie jest zgodne z istotą norm peremptoryjnych, których hierarchiczna wyższość nie zależy od rodzaju postępowania, lecz wynika z samej jej natury<sup>128</sup>.

W toku sprawy przeciwko teorii hierarchii norm przedstawiono również argument głoszący, że w rzeczywistości konflikt między normami *ius cogens* a immunitetem państwa nie istnieje, ponieważ ten ostatni ma charakter wyłącznie proceduralny, funkcjonuje zatem na innej płaszczyźnie i ma inny zakres normowania. Takie stanowisko podzielane jest również przez część doktryny<sup>129</sup>. Według niektórych jednak materialne normy peremptoryjne sprzężone są z normami proceduralnymi o takim samym charakterze, które zakazują stosowania wszelkich ograniczeń w zakresie realizacji norm materialnych. Tym samym odmowa udzielenia ochrony poszkodowanej jednostce i przyznanie immunitetu państwu, któremu przypisuje się działanie wbrew normie peremptoryjnej, oznacza naruszenie tej normy<sup>130</sup>. Inni podkreślają z kolei, że w prawie międzynarodowym nie można przeprowadzić jednoznacznego podziału na normy materialne i proceduralne. Zwłaszcza immunitet, który na poziomie prawa wewnętrznego przybiera postać instytucji prawa procesowego, w prawie międzynarodowym nie ma takiego charakteru<sup>131</sup>.

Podnosi się również, że immunitet państwa nie wyłącza odpowiedzialności za naruszenie normy *ius cogens*, a przesuwa jedynie problem na inną płaszczyznę. Najczęściej

<sup>127</sup> *Al-Adsani...*, par. 61.

<sup>128</sup> *Al-Adsani...*, opinia odrębna sędziów Rozakisa, Caflischa, Wildhabera, Costy, Cabral Barreto i Vajić, par. 4.

<sup>129</sup> H. Fox, *op. cit.*, s. 525; cyt. za: L.M. Caplan, *op. cit.*, s. 772.

<sup>130</sup> S. Janczarek, *op. cit.*, s. 66 (w przypisie).

<sup>131</sup> A. Orakhelashvili, *State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong*, „European Journal of International Law” 2007, vol. 5; cyt. za: S. Janczarek, *op. cit.*, s. 67 (w przypisie).

jako alternatywną metodę dochodzenia roszczeń wskazuje się ochronę dyplomatyczną<sup>132</sup>. Także i ten sposób jest jednak przez niektórych autorów silnie krytykowany<sup>133</sup>. Jednostka ma ograniczony wpływ na przebieg samej procedury, gdyż jedynie państwo ocenia, czy ochrona zostanie przyznana, a jeśli tak, to w jakich granicach. Ponadto prawo międzynarodowe nie przewiduje żadnych środków na wypadek, gdyby podmiot objęty ochroną dyplomatyczną uznał, że jego prawa nie są chronione w odpowiedni sposób<sup>134</sup>. Niewątpliwie postępowanie cywilne jest pod tym względem dla jednostki zdecydowanie bardziej dogodnie, może ona bowiem sama decydować o wysokości dochodzonego roszczenia i jako strona powodowa kierować przebiegiem procesu.

Obszerną krytykę teorii hierarchii norm przeprowadził również Lee M. Caplan, choć jego dość kontrowersyjny pogląd nie spotkał się z uznaniem większości doktryny. Autor postawił tezę, że – wbrew poglądom powszechnie wyrażanym w literaturze – immunitet państwa nie jest instytucją ściśle związaną z istotą podmiotowości prawnomiędzynarodowej państwa, ale stanowi raczej konsekwencję ograniczenia władzy jurysdykcyjnej państwa forum<sup>135</sup>. W rezultacie należy stwierdzić, że to sąd decyduje, czy w konkretnej sprawie przyznać państwu pozwanemu immunitet, czy też pozbawić je takiej ochrony. Jedyny zatem konflikt w tym przypadku zachodzi między normą peremptoryjną a prawem państwa forum do regulowania zakresu władzy jurysdykcyjnej własnych organów wymiaru sprawiedliwości<sup>136</sup>. L.M. Caplan stawia tezę, że aby można było mówić o kolizji między normą *ius cogens* a immunitetem państwa, należałoby wykazać, że w międzynarodowym porządku prawnym istnieje norma bezwzględnie wiążąca zakazująca przyznawania immunitetu w sprawach o naruszenie praw człowieka przez obce państwo. Teoria hierarchii norm nie dostarcza natomiast żadnych dowodów na jej istnienie<sup>137</sup>.

Autor wskazuje również na dużą niepewność co do zakresu zastosowania omawianej koncepcji, która wiąże się z faktem, że katalog norm peremptoryjnych jest w wysokim stopniu niedookreślony. Gdyby teoria hierarchii norm znalazła powszechne zastosowanie, niepewność ta mogłaby stanowić dla sądów krajowych znaczący problem, te musiałyby bowiem każdorazowo określać, czy naruszona norma ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co nawet przedstawicielom doktryny prawa międzynarodowego sprawia wiele kłopotów<sup>138</sup>. Ponadto nie można byłoby ograniczać zastosowania

<sup>132</sup> Por.: F. De Vittor, *op. cit.*, s. 602–609.

<sup>133</sup> Por.: L. McGregor, *op. cit.*, s. 908.

<sup>134</sup> *Barcelona Traction...*; cyt. za: L. McGregor, *op. cit.*, s. 908.

<sup>135</sup> L.M. Caplan, *op. cit.*, s. 765.

<sup>136</sup> *Ibidem*, s. 771.

<sup>137</sup> *Ibidem*, s. 772.

<sup>138</sup> *Ibidem*, s. 773.

analizowanej teorii wyłącznie do praw człowieka<sup>139</sup>. Tym samym zakres władzy jurysdykcyjnej sądów krajowych zwiększyłby się w stopniu naruszającym istotę i cele immunitetu państwa oraz stanowiącym nieproporcjonalnie duże zagrożenie dla stosunków międzypaństwowych.

O kontrowersyjnym charakterze teorii hierarchii norm świadczy wielość argumentów przedstawianych zarówno przez jej zwolenników, jak i przeciwników. Ta pozornie prosta koncepcja wywodzona na drodze wykładni systemowej norm prawa międzynarodowego budzi w rzeczywistości wiele wątpliwości, wymaga bowiem dookreślenia licznych jej elementów – począwszy od katalogu norm bezwzględnie obowiązujących, a skończywszy na rozstrzygnięciu, czy immunitet państwa ma charakter proceduralny, czy też nie. Stąd jej praktyczne zastosowanie, jak wskazuje L.M. Caplan, nie tylko byłoby dla sądów krajowych przyczyną licznych problemów, lecz także pozostawiałoby im znaczny zakres swobody. Łatwo wyobrazić sobie w związku z tym sytuację, w której każdy sąd inaczej rozstrzygałby sprawy oparte na podobnych stanach faktycznych, co należy ocenić jako zjawisko zdecydowanie niepożądane z perspektywy ustalonych na poziomie międzynarodowym standardów ochrony praw człowieka.

## **8. Dorozumiane zrzeczenie się immunitetu (tzw. *implied waiver argument*)**

Zarówno akty prawa krajowego dotyczące immunitetu państwa, jak i Konwencje: bazylejska i nowojorska przewidują możliwość zrzeczenia się immunitetu przez samo zainteresowane państwo, przy czym może ono tego dokonać w sposób wyraźny bądź dorozumiany. Dorozumiane zrzeczenie się immunitetu następuje zasadniczo w sytuacjach, w których państwo samo wszczyna postępowanie, wytacza powództwo wzajemne bądź wdaje się w spór co do istoty sprawy (art. 1 ust. 1 i 3, art. 3 Konwencji bazylejskiej; art. 8 ust. 1, art. 9 ust. 3 Konwencji nowojorskiej). W odniesieniu do spraw dotyczących naruszeń praw człowieka od pewnego czasu pojawiła się tendencja do rozszerzania w kategorii spraw, w których stosuje się konstrukcję dorozumianego zrzeczenia się immunitetu. *Implied waiver argument* występuje przy tym w dwóch podstawowych wariantach. Po pierwsze, można mówić o koncepcji dorozumianego zrzeczenia się immunitetu w razie naruszenia normy *ius cogens*. Po drugie, w niektórych przypadkach zrzeczenia się immunitetu przez państwo domniemywa się, gdy przystąpi ono do traktatu dotyczącego ochrony praw człowieka.

Jak wskazuje F. De Vittor, analizowany argument rozwijany jest przede wszystkim przez orzecznictwo amerykańskie, opierające się niemal wyłącznie na postanowieniach

---

<sup>139</sup> *Ibidem*.

obowiązującej w Stanach Zjednoczonych ustawy o immunitacie państwa obcego z 1976 r. (FSIA)<sup>140</sup>. Ze względu jednak na fakt, że akt ten w dużej mierze uwzględnia normy zwyczajowego prawa międzynarodowego, rozważania sądów amerykańskich można uznać za miarodajne również na tle regulacji międzynarodowej<sup>141</sup>.

Pierwszy wariant argumentu dorozumianego zrzeczenia się immunitetu uzasadniany jest następująco. W niektórych sprawach sądy amerykańskie motywowały możliwość podjęcia merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie dotyczącej ciężkiego naruszenia prawa międzynarodowego przez państwo obce tym, że działanie sprzeczne z normą peremptoryjną prawa międzynarodowego nie może zostać uznane za suwerenny akt państwa. W takiej sytuacji należy zatem domniemywać, że państwo świadomie działające niezgodnie z normą *ius cogens* zrzeka się tym samym immunitetu, co umożliwia skuteczne przeprowadzenie postępowania przeciwko niemu. Argument ten jest ściśle związany z doktryną aktu państwa (*Act of State*), która znajduje oparcie w koncepcji poszanowania suwerennej równości państw<sup>142</sup> i zakłada, że sądy krajowe nie mogą kwestionować ważności i legalności aktów (działań) państwa podejmowanych na własnym terytorium, o ile dane państwo lub rząd zostały uznane przez państwo forum<sup>143</sup>. *A contrario* – działania nieklasyfikowane jako akty państwa mogą podlegać ocenie sądów krajowych innych państw.

Amerykańska doktryna dowodzi zasadności analizowanej argumentacji, rozpoczynając od stwierdzenia, że jednym z wyjątków od immunitetu państwa przewidzianych w FSIA jest wyraźne zrzeczenie się immunitetu przez zainteresowane państwo. Akt ten zależy zatem od woli państwa, które może jednakże cieszyć się taką swobodą tylko w odniesieniu do norm, którymi jest związane dobrowolnie, czyli przede wszystkim norm traktatowych. Inaczej rzecz ma się ze sprawami dotyczącymi naruszenia norm peremptoryjnych. Mając bowiem charakter bezwzględnie obowiązujący, rodzą one po stronie państwa określone obowiązki niezależnie od jego woli. Należy zatem uznać, że

---

<sup>140</sup> F. De Vittor, *op. cit.*, s. 575.

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> J. Sutor, *op. cit.*, s. 141.

<sup>143</sup> *Ibidem*. W przypadkach naruszeń praw człowieka jednak sądy krajowe, nawet jeśli w pełni uznają immunitet państwa, pozwalają sobie niekiedy na wyrażenie opinii na temat zgodności działań państw obcych z prawem międzynarodowym – por.: *Abbasi and another v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs & Secretary of State for the Home Department*, Sąd Apelacyjny dla Anglii i Walii, orzeczenie z dnia 6 listopada 2002 r., nr C/2002/0617A; 0617B, EWCA Civ. 1598, par. 57, 66. Sprawa dotyczyła nieprawidłowości działań brytyjskiego sekretarza stanu w zakresie ochrony obywateli brytyjskich przebywających w więzieniu Guantanamo. Sąd wyraził wątpliwości co do zarzucanego Stanom Zjednoczonym przetrzymywania powodów w więzieniu bez zapewnienia im dostępu do sędziogo. Pozew został jednak odrzucony ze względu na brak jurysdykcji.

również w przypadku ich naruszenia nie jest wymagana zgoda na uchylenie immunitetu jurysdykcyjnego<sup>144</sup>.

Jako klasyczne przykłady zastosowania takiej argumentacji podawane są w literaturze orzeczenia w sprawach *Letelier* oraz *Liu przeciwko Republice Chińskiej*<sup>145</sup>. Podobnie jak w omawianym już postępowaniu *Letelier* w sprawie *Liu* powołano się na przepisy FSIA i stwierdzono, że naruszenie zarówno norm prawa krajowego, jak i norm prawnomiędzynarodowych dyskwalifikuje działania władz Republiki Chińskiej jako akty państwa, w związku z czym nie podlega ona ochronie immunitetu jurysdykcyjnego<sup>146</sup>.

Argument ten wykorzystał również sąd pierwszej instancji w sprawie *Prefektura Voiotia przeciwko Niemcom* (sprawa *Distomo*), a następnie jego prawidłowość potwierdził grecki Sąd Najwyższy<sup>147</sup>. Tym samym orzeczenie w tej sprawie stało się pierwszym europejskim prawomocnym wyrokiem zasądającym ofiarom naruszeń praw człowieka odszkodowanie od państwa obcego. Jednakże już we włoskim orzeczeniu *Ferrini* Sąd Kasacyjny krytycznie odniósł się do toku rozumowania sądów greckich, podkreślając, że państwo nie może zrzec się immunitetu *in abstracto*, co oznacza, że musi dojść do naruszenia normy peremptoryjnej, aby można było mówić o dorozumianym zrzeczeniu się immunitetu<sup>148</sup>. Konsekwencją takiego założenia byłaby ponadto konieczność badania okoliczności sprawy będącej przedmiotem postępowania jeszcze na etapie rozstrzygnięcia o przesłankach procesowych, czemu część doktryny i orzecznictwa zdecydowanie się sprzeciwia. Warto również podkreślić, że domniemanie zrzeczenia się immunitetu może zostać łatwo wzruszone, gdy państwo wyraźnie powoła się w postępowaniu na immunitet<sup>149</sup>.

W samej Grecji zresztą trafność rozstrzygnięcia w sprawie *Distomo* została pośrednio zakwestionowana. W sprawie *Margellos przeciwko Niemcom*<sup>150</sup>, opartej na podobnym stanie faktycznym, grecki Najwyższy Sąd Specjalny, mający kompetencję do podejmowania ostatecznych decyzji w sprawie interpretacji prawa międzynarodowego, wypowiedział się na temat art. 11 Konwencji bazylejskiej. Sąd stwierdził, że przepis ten

<sup>144</sup> A. Belsky, M. Merva, N. Roht-Arriaza, *Implied Waiver under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law*, „California Law Review” 1989, vol. 77, s. 398; cyt. za: F. De Vittor, *op. cit.*, s. 577.

<sup>145</sup> *Liu v. Republic of China*, Sąd Apelacyjny USA dla Dziewiątego Okręgu, orzeczenie z 29 grudnia 1989 r., „International Law Reports”, t. 101, s. 519 i nast.

<sup>146</sup> Cyt. za: F. De Vittor, *op. cit.*, s. 577.

<sup>147</sup> *Prefecture of Voiotia...* Sprawa dotyczyła masakry dokonanej przez żołnierzy Trzeciej Rzeszy 10 czerwca 1944 r. w greckiej wiosce Distomo, podczas której zabito 218 osób oraz spalono domy mieszkańców miejscowości.

<sup>148</sup> *Ferrini...*, par. 8.2.

<sup>149</sup> S. Knuchel, *State Immunity and the Promise of Jus Cogens*, „Northwestern Journal of International Human Rights” 2011, vol. 9:2, s. 167.

<sup>150</sup> *Federal Republic of Germany v. Margellos*, Najwyższy Sąd Specjalny Grecji, decyzja z dnia 17 września 2002 r., nr 6/17-9-2002.

nie znajduje zastosowania w sprawach dotyczących działań obcych sił zbrojnych, a państwu przysługuje immunitet, nawet jeśli doszło do naruszenia normy peremptoryjnej<sup>151</sup>.

Ten wariant *implied waiver argument* został poddany krytyce również przez F. De Vittor. W odniesieniu do spraw *Letelier* i *Liu* włoska autorka dostrzega, po pierwsze, że konsekwentne stosowanie argumentacji przedstawionej w tych orzeczeniach doprowadziłoby do sytuacji, w której za niepodlegające ochronie immunitetu musiałyby zostać uznane wszystkie akty państw obcych sprzeczne z prawem wewnętrznym (w tym przypadku amerykańskim) i międzynarodowym, co samo przez się nie oznacza jeszcze przecież naruszenia normy *ius cogens*<sup>152</sup>. Takie rozumowanie przeczy zatem nie tylko istocie immunitetu państwa, lecz wykracza także poza ramy wyznaczane przez argument *implied waiver*. Odnosząc się natomiast do samego argumentu, De Vittor odwołała się do sprawy *Princz przeciwko Niemcom*<sup>153</sup>. Powód oparł swoje roszczenie na argumentacji *implied waiver*, którą podzielił sąd pierwszej instancji. Co ciekawe, sąd dystryktowy nie zastosował w tym przypadku FSIA, uznając, że naruszenie normy peremptoryjnej skutkuje wyjęciem państwa spod prawa, nie może się więc na nie powoływać, poszukując ochrony w postaci immunitetu. W tym przypadku zatem mowa jest raczej o utracie, a nie o zrzeczeniu się immunitetu<sup>154</sup>. Wyrok został zmieniony w postępowaniu przed sądem drugiej instancji<sup>155</sup> – w orzeczeniu wskazano, że zrzeczenie się immunitetu należy postrzegać w kategoriach manifestacji woli państwa, która może zostać wyrażona w pewnych przypadkach *per facta concludentia*, na przykład poprzez wdanie się w spór co do istoty sprawy, ale od której w żadnym razie nie można abstrahować<sup>156</sup>. Mówiąc inaczej, o ile zrzeczenie się immunitetu oznacza zgodę na przeprowadzenie postępowania, o tyle nie można dostrzegać jej tam, gdzie jej nie ma<sup>157</sup>.

W drugim wariantcie argumentu *implied waiver* przyjmuje się, że poprzez podpisanie i ratyfikację traktatu dotyczącego praw człowieka i zawierającego postanowienia o obowiązku zapewnienia skutecznych środków odwoławczych w przypadku ich naruszenia państwo w sposób dorozumiany zrzeka się immunitetu w sprawach dotyczących materii regulowanej w tym akcie<sup>158</sup>. Niektórzy zwolennicy tej koncepcji zajmują jeszcze

<sup>151</sup> Cyt. za: S. Janczarek, *op. cit.*, s. 65–66.

<sup>152</sup> F. De Vittor, *op. cit.*, s. 578.

<sup>153</sup> *Princz v. Federal Republic of Germany*, Sąd Dystryktowy dla Dystryktu Columbia, orzeczenie z dnia 23 grudnia 1992 r., „International Law Reports”, t. 103, s. 598 i nast.

<sup>154</sup> *Ibidem*, s. 578–579.

<sup>155</sup> *Federal Republic of Germany v. Princz*, Sąd Apelacyjny USA dla Okręgu Dystryktu Columbii, orzeczenie z 1 lipca 1994, „International Law Reports”, t. 103, s. 604 i nast.; cyt. za: F. De Vittor, *op. cit.*, s. 579–580.

<sup>156</sup> *Ibidem*, s. 579.

<sup>157</sup> F. De Vittor, *op. cit.*, s. 580.

<sup>158</sup> S. Knuchel, *op. cit.*, s. 167–168.



bardziej kategoryczne stanowisko, z godnie z którym utrata immunitetu jest niezależna od tego, czy traktat przewiduje środki odwoławcze dla poszkodowanych jednostek<sup>159</sup>.

Także i ten wariant jest powszechnie krytykowany. Zwraca się uwagę, że tak szerokiego traktowania zakresu obowiązków wynikających z umów międzynarodowych nie da się uzasadnić na tle prawa traktatów<sup>160</sup>. Stwierdzenie to pozostaje aktualne nawet w przypadku umów przyznających jednostkom prawo do środka odwoławczego – zazwyczaj bowiem możliwość taka ogranicza się jedynie do krajowego wymiaru sprawiedliwości, nie przewidując możliwości rozstrzygnięcia sporu przez sąd innego państwa<sup>161</sup>. Ponadto konsekwentne zastosowanie tej koncepcji *implied waiver* doprowadziłoby do sytuacji, w której ratyfikacja traktatu dotyczącego nie tylko praw człowieka, lecz także każdej innej materii oznaczałaby zrzeczenie się immunitetu w zakresie jego regulacji<sup>162</sup>.

Niemniej również argument dorozumianego zrzeczenia się immunitetu państwa poprzez przystąpienie do umowy międzynarodowej znalazł zastosowanie w praktyce sądownictwa amerykańskiego. Stanowisko takie wyrażone zostało w uzasadnieniu orzeczenia sądu pierwszej instancji w omawianej już sprawie *Von Dardel*. Wskazano, że przystępując do Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych z 1961 r. oraz do Konwencji nowojorskiej o zapobieganiu i karaniu przestępstw przeciwko osobom korzystającym z ochrony międzynarodowej z 1973 r., „Związek Radziecki w sposób dorozumiany zrzekł się immunitetu w zakresie naruszeń norm zawartych w tych konwencjach”<sup>163</sup>. Stwierdzono ponadto, że jakikolwiek inny skutek przystąpienia do konwencji pozbawiłby każdego z tych aktów rzeczywistej mocy i sprawiłby, że fakt ich podpisania przez Związek Radziecki pozostałby bez znaczenia<sup>164</sup>.

Z orzeczeniem nie można się jednak zgodzić, zwłaszcza jeśli uwzględni się fakt, że Związek Radziecki nie wdał się w spór co do istoty sprawy, za to przekazał do ambasady Stanów Zjednoczonych w Moskwie oświadczenie, że korzysta w postępowaniu z immunitetu<sup>165</sup>. Trudno jest w takich okolicznościach wyjaśnić, na czym sąd oparł swoje wnioski dotyczące dorozumianego zrzeczenia się immunitetu, skoro państwo w tak oczywisty sposób wyraziło wolę skorzystania z niego.

<sup>159</sup> Por.: F. De Vittor, *op. cit.*, s. 580.

<sup>160</sup> J.J. Paust, *Draft Brief Concerning Claims to Foreign Sovereign Immunity and Human Rights: Nonimmunity for Violations of International Law Under the FSIA*, „Houston Journal of International Law” 1985, s. 65 i nast.; cyt. za: F. De Vittor, *op. cit.*, s. 580.

<sup>161</sup> S. Knuchel, *op. cit.*, s. 168.

<sup>162</sup> F. De Vittor, *op. cit.*, s. 580.

<sup>163</sup> *Von Dardel...*, s. 268; cyt. za: F. De Vittor, *op. cit.*, s. 581.

<sup>164</sup> *Von Dardel...*, s. 256; cyt. za: B. Telles, *Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics: Overcoming the Defense of Foreign Sovereign Immunity in Cases Under the Alien Tort Claims Act*, „Boston College International and Comparative Law Review” 1987, t. 10, nr 2, s. 359.

<sup>165</sup> F. De Vittor, *op. cit.*, s. 581.

Niewielką siłą argumentu potwierdzają również późniejsze orzeczenia sądów amerykańskich w sprawach dotyczących naruszeń praw człowieka. Warto tutaj odwołać się do spraw *Siderman de Blake i inni przeciwko Argentynie*<sup>166</sup> oraz *Frolova przeciwko ZSRR*<sup>167</sup>, w których pojawił się co prawda wątek dorozumianego zrzeczenia się immunitetu w związku z przystąpieniem do traktatu, sąd jednak w obu sprawach uznał tę argumentację za mało przekonującą. W obu sprawach przedmiotowym aktem była Karta Narodów Zjednoczonych, zwłaszcza jej art. 55–56, nakładające na państwa-strony obowiązek popierania powszechnego poszanowania i zachowywania ludzkich praw i wolności podstawowych oraz zobowiązujące je do współpracy w tym zakresie. W orzeczeniach wskazano, że z powyższych przepisów nie można wywodzić prawa jednostki do wytoczenia powództwa przeciwko państwu obcemu, które nie wywiązuje się z przewidzianych w nich obowiązków.

Argument *implied waiver* wydaje się być jedną z najsłabiej umotywowanych koncepcji dotyczących wyłączenia immunitetu państwa w sprawach o naruszenie praw człowieka. Stwierdzenie, czy w danym przypadku intencja państwa rzeczywiście było zrzeczenie się immunitetu, musi bowiem każdorazowo zostać poprzedzone analizą wszystkich okoliczności związanych z działaniami danego państwa<sup>168</sup>. Wobec tego nadużyciem jest założenie, że sam fakt naruszenia przez danego państwo normy bezwzględnie obowiązującej bądź postanowień umowy międzynarodowej wystarczy do sformułowania wniosku o dorozumianym zrzeczeniu się immunitetu.

## 9. Wyłączenie immunitetu jako represalia

Chociaż koncepcja ta nie została szerzej zaaprobowana przez judykaturę i doktrynę, to jednak warta jest uwagi. Zgodnie z nią wyłączenie immunitetu państwa stanowi rodzaj przeciwwśrodka (*countermeasure*) stosowanego w odpowiedzi na poważne naruszenie norm prawa międzynarodowego<sup>169</sup>, w tym praw człowieka. Powstała ona w wyniku analiz praktyki orzeczniczej sądów amerykańskich, zwłaszcza w cytowanych sprawach *Letelier i Von Dardel* oraz w sprawie *Amerada Hess*<sup>170</sup>.

<sup>166</sup> *Siderman de Blake and others v. Republic of Argentina*, Sąd Apelacyjny USA dla Dziewiątego Okręgu, orzeczenie z dnia 22 maja 1992 r., „International Law Reports”, t. 103, s. 454 i nast.

<sup>167</sup> *Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*, Sąd Apelacyjny USA dla Siódmego Okręgu, orzeczenie z dnia 1 maja 1985 r., „International Law Reports”, t. 85, s. 236 i nast.

<sup>168</sup> P. Grzegorzcyk, *op. cit.*, s. 196.

<sup>169</sup> C. Focarelli, *Le contromisure nel diritto internazionale*, Mediolan 1994, s. 123 i nast.; cyt. za: F. De Vitor, *op. cit.*, s. 596.

<sup>170</sup> *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping*, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, orzeczenie z dnia 23 stycznia 1989 r., „International Law Reports”, t. 81, s. 658 i nast.

W odróżnieniu od wszystkich wcześniej omówionych w niniejszej pracy ta koncepcja nie ma na celu wykazania, że działanie sądu jest zgodne z obowiązującym prawem międzynarodowym. Przeciwnie – wyłączenie immunitetu uznawane jest w tym przypadku za działanie nielegalne, możliwe do przypisania państwu forum, zastosowane jednakże w odpowiedzi na zachowanie innego państwa stojące w sprzeczności z prawem<sup>171</sup>. Taka charakterystyka na gruncie omawianej koncepcji uprawnia kwalifikację wyłączenia immunitetu jako represaliów (kroki odwetowe)<sup>172</sup>. W konsekwencji pozbawienie państwa ochrony w postępowaniu przed sądem krajowym powinno podlegać ocenie zgodnie z kryteriami ustalonymi dla represaliów. Poszukiwać ich należy przede wszystkim w orzeczeniu trybunału arbitrażowego rozstrzygającym portugalsko-niemiecki spór z 1928 r.<sup>173</sup> Trybunał uznał, że kroki odwetowe mogą zostać podjęte po spełnieniu następujących warunków: musi zaistnieć wcześniejszy akt sprzeczny z prawem międzynarodowym; podjęcie kroków odwetowych musi zostać poprzedzone bezskutecznym wezwaniem do rekompensaty poniesionych szkód; przedsięwzięte kroki muszą być proporcjonalne do czynu bezprawnego<sup>174</sup>. Obecnie stawia się dodatkowo wymóg zgodności z art. 2 ust. 4 karty Narodów Zjednoczonych, ustanawiającym zakaz użycia siły<sup>175</sup>.

Krytykując tę koncepcję, F. De Vittor wskazuje przede wszystkim na błąd formalny leżący u jej podstaw. Skoro przeprowadzenie postępowania ma stanowić reakcję na zachowanie stojące w sprzeczności z prawami człowieka, to jeszcze przed jego rozpoczęciem musi zostać stwierdzone, że do naruszenia rzeczywiście doszło. Oznaczałoby to, że celem postępowania cywilnego jest wyłącznie ustalenie wysokości odszkodowania, co przeczy istocie procesu cywilnego i zasadzie demokratycznego państwa prawa<sup>176</sup>. Można byłoby również założyć – bez wstępnej oceny zarzucanych państwu czynów – że jeżeli sprawa zostanie rozstrzygnięta na korzyść pozwanego, to wyłączenie immunitetu zostanie potraktowane jako działanie nielegalne, niekwalifikujące się jako represalia. To rozwiązanie jednak wymagałoby redefinicji kategorii kroków odwetowych i jej poszerzenia o przypadki działań podejmowanych w wyniku podejrzenia, że czyn zabroniony został dokonany<sup>177</sup>.

---

<sup>171</sup> *Ibidem*.

<sup>172</sup> Tj. działania nielegalne, podejmowane przez jedno państwo w odwecie za wcześniejsze akty o tym samym charakterze innego państwa (M.N. Shaw, *op. cit.*, s. 646).

<sup>173</sup> *Portugal v. Germany (Naulilla Case)*, *Reports of International Arbitral Awards* 1928, t. 2, s. 1011; „*International Law Reports*”, t. 4, s. 526; cyt. za: M.N. Shaw, *op. cit.*, s. 646.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

<sup>175</sup> M.N. Shaw, *op. cit.*, s. 646–647.

<sup>176</sup> F. De Vittor, *op. cit.*, s. 597.

<sup>177</sup> *Ibidem*.

Autorka stwierdza również, że argumentu wykorzystującego kategorie przeciwsrodków nie można w rzeczywistości wywieść z orzeczeń, na których został on oparty. Fakt, że przywołuje się w tym kontekście tylko trzy wyroki, wydane w dodatku przez sądy jednego państwa, sprawia, że nie można ich uznać za reprezentatywną praktykę. Ponadto z samej treści orzeczeń nie można wywnioskować, że sądy działały z zamiarem zastosowania represaliów. Z uzasadnień do wyroków wynika raczej, że w ich przekonaniu pozbawienie państwa ochrony jest zgodne z prawem międzynarodowym<sup>178</sup>. Jak wskazuje F. De Vittor, jedyną sprawą, w której można byłoby dopatrywać się podstaw omawianej koncepcji, jest sprawa *Letelier*, w której wyłączono immunitet mimo uznania, że działania chilijskich funkcjonariuszy stanowiły akt władzy suwerennej<sup>179</sup>. Jednakże to, co wydarzyło się po podjęciu rozstrzygnięcia przez sąd krajowy, świadczy, że oba państwa uznały za właściwe przeniesienie sporu na płaszczyznę międzypaństwową<sup>180</sup>. Dziesięć lat bowiem po wydaniu orzeczenia Stany Zjednoczone i Chile zawarły ugodę, w której ustalono, że państwo chilijskie przekaze rządowi amerykańskiemu określoną w późniejszym postępowaniu arbitrażowym sumę z przeznaczeniem na wypłatę odszkodowania rodzinom ofiar zamachu<sup>181</sup>.

Argumentację F. De Vittor należy uznać za przekonującą. Dodatkowo wypada wyrazić wątpliwość, czy działania podejmowane przez sądy krajowe mogą zostać uznane za represalia, skoro te, co do zasady, stanowią element polityki zagranicznej państwa, której prowadzenie pozostaje w kompetencjach władzy wykonawczej. Ponadto, skoro przeprowadzenie postępowania o odszkodowanie zależy wyłącznie od inicjatywy poszkodowanego, wyłączenie immunitetu mogłoby zostać uznane za wykorzystanie okazji do odwetu, a nie świadome i celowe działanie państwa.

Mimo to koncepcja odmowy uznania immunitetu państwa jako przeciwsrodka pojawiła się stosunkowo niedawno w wypowiedzi przewodniczącego Komitetu Przeciwko Torturom dotyczącej kanadyjskiej regulacji immunitetu państwa: „w ramach przeciwsrodka dopuszczalnego na podstawie prawa międzynarodowego państwo mogło wyłączyć immunitet innemu państwu w odpowiedzi na tortury stosowane przez to państwo. W prawie międzynarodowym nie było normy peremptoryjnej, która zakazywałaby państwom uchylania immunitetu państw obcych w celu ustalenia odpowiedzialności za tortury”<sup>182</sup>. Być może jest to sygnał, że mimo wszelkich wad tej koncepcji w przyszłości

---

<sup>178</sup> *Ibidem*.

<sup>179</sup> *Ibidem*, s. 598.

<sup>180</sup> *Ibidem*.

<sup>181</sup> *Agreement between the United States and Chile with regard to the dispute concerning responsibility for the deaths of Letelier and Moffit*, 11 czerwca 1990, „International Legal Materials” 1992, s. 3 i nast.

<sup>182</sup> Committee Against Torture, *Summary Record of the Second Part (Public) of the 646<sup>th</sup> Meeting*, 6 maja 2005, CAT/C/SR.646/Add. 1, par. 67; cyt. za: L. McGregor, *op. cit.*, s. 919.

represalia w postaci wyłączenia immunitetu spotkają się z szerszą aprobatą społeczności międzynarodowej.

## **Zakończenie**

Celem przeprowadzonej analizy było przedstawienie możliwych do sformułowania na tle aktualnego stanu prawa międzynarodowego koncepcji dotyczących wyłączenia immunitetu państwa w sprawach z powództwa o odszkodowanie z tytułu odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka. Mimo że praktyka orzecznicza dotycząca problemu jest stosunkowo niewielka, pojawiające się w niej tezy pozwalają na sformułowanie pewnych ogólnych wniosków.

Na podstawie pierwszej części rozważań należy stwierdzić, że immunitet państwa jest instytucją dynamiczną, podlegającą ciągłym zmianom. Wynika to z głębokich przemian, jakie na przestrzeni XIX i XX wieku dokonały się w zakresie relacji między poszczególnymi podmiotami prawa międzynarodowego oraz w pojmowaniu suwerenności państwa. Wskazać można również ogólny kierunek tego rozwoju – niektóre państwa zmierzają bowiem stopniowo do ograniczenia zakresu zastosowania immunitetu w celu zwiększenia poziomu ochrony praw jednostek. Jednakże do tej pory ograniczenia te dotyczyły wyłącznie działań państwa jako podmiotu prawa prywatnego. Obecny etap ewolucji tym różni się od poprzednich, że sądy krajowe próbują wkroczyć w sferę władzy publicznej państwa obcego, co z oczywistych względów wywołuje zdecydowany opór niektórych podmiotów prawa międzynarodowego. Sytuację dodatkowo komplikuje brak regulacji traktatowej dotyczącej immunitetu obejmującej szeroki krąg państw, wszelkie zatem normy regulujące tę instytucję wywodzić należy ze zwyczajowego prawa międzynarodowego.

W konsekwencji aktualny stan prawny nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o możliwość wyłączenia immunitetu państwa w związku z ochroną praw człowieka. Z jednej strony bowiem trudno jest wskazać normę kategorycznie zakazującą pozbawienia państwa obcego ochrony, z drugiej zaś nie wykształciła się jeszcze norma nakazująca w takich przypadkach uchylenie immunitetu państwa. Chociaż w większości orzeczeń wydanych w sprawach dotyczących naruszeń praw człowieka oraz w opinii znacznej części przedstawicieli doktryny wyrażane jest głębokie przekonanie o słuszności udzielenia ochrony prawnej ofierze naruszenia, to często wskazuje się, że na obecnym etapie rozwoju prawa międzynarodowego brakuje instrumentów, które umożliwiłyby jej praktyczną realizację.

Mimo to zarówno w nauce, jak i w judykaturze formułuje się koncepcje mające za cel uzasadnienie konieczności ograniczenia immunitetu państwa. Wszystkie opierają się

na zasadniczym założeniu wyjątkowego statusu praw człowieka w systemie prawa międzynarodowego i wynikającej z niego szczególnej potrzebie ochrony. Nie są one jednak w równym stopniu przekonujące. Wydaje się, że obecnie najlepiej umotywowana jest teoria uchylenia immunitetu wynikająca z prawa do sądu. Jak wykazano, konsekwentne stosowanie reguł rządzących tą instytucją powinno w pewnych okolicznościach (tj. w braku alternatywnych środków ochrony prawnej) prowadzić do jednoznacznego stwierdzenia konieczności odmowy uznania immunitetu państwa obcego. Najmniej przekonująca jest natomiast koncepcja traktująca odmowę przyznania państwu obcemu ochrony jako rodzaj represaliów, której zastosowanie skutkowałoby – jak się zdaje – naruszeniem równowagi między interesem tego państwa a interesem jednostki, a w dłuższej perspektywie mogłoby doprowadzić, na zasadzie błędnego koła, do znacznego pogorszenia stosunków między państwami zaangażowanymi w sprawę.

Należy zaznaczyć, że najpoważniejsze problemy wiążą się z wykonaniem wyroku zasądzonego od państwa obcego odszkodowanie, co z punktu widzenia skuteczności ochrony prawnej ma fundamentalne znaczenie. Współczesne, restrykcyjne regulacje międzynarodowe i krajowe uzależniają możliwość wykonania orzeczenia w dużej mierze od woli samego dłużnika. Powolnemu ograniczaniu immunitetu jurysdykcyjnego nie towarzyszą analogiczne tendencje w odniesieniu do immunitetu egzekucyjnego. W rezultacie niejednokrotnie długotrwałe wysiłki podejmowane w ramach postępowania rozpoznawczego, zmierzające do uzyskania orzeczenia uwzględniającego powództwo, mogą zostać zniweczone na etapie postępowania egzekucyjnego, co sprawia, że ostatecznie powód w najlepszym wypadku ma wyłącznie szansę na uzyskanie satysfakcji moralnej.

W obliczu wskazanych powyżej okoliczności należy uznać, że proces ograniczania immunitetu państwa w sprawach o naruszenie praw człowieka jeszcze długo nie zostanie sfinalizowany, a o jego ostatecznym kształcie zdecyduje dopiero praktyka państw oraz (choć może w mniejszym stopniu) poglądy doktryny. Mimo ostatnich wydarzeń dotyczących tej materii, zwłaszcza orzeczenia przez MTS o nieprawidłowości uchylenia immunitetu w postępowaniu związanym z ochroną praw człowieka, można się jednak spodziewać, że proces ten nie zostanie całkowicie zahamowany, a co najwyżej spowolniony, co sprawia, że rozwój problematyki wart jest dalszej obserwacji.

## **Summary**

### **State Immunity and Human Rights – the Overview of the Doctrine**

Since the 1980s the number of actions for compensating damages caused by human rights violations brought before domestic courts has been increasing systematically. Therefore, some of the American and European courts formulated the postulate of non-recognition of jurisdictional immunity enjoyed by foreign States and, in consequence, of evaluation of the merits of the case in order to allow victims to pursue their claims against the alleged perpetrator in such cases. It has been noticed that, in some cases, a civil action is the only means of protection actually available to the victims of human rights abuses.

This paper aims to present the contemporary trends in the development of the relationship between the State immunity and human rights law and to analyse critically the conceptions justifying the restriction of the State immunity restriction in the event of human rights abuse proposed so far by courts and doctrine, and to assess the opportunities and threats associated with the development of the institution of immunity in this direction. The realisation of the main objective of the paper is preceded by a detailed analysis of the sources of law of the State immunity and the determination of legal nature of this institution. Additionally, the ruling delivered in 2012 by the International Court of Justice in case *Germany v. Italy* is discussed, especially in view of its probable impact on further development of the State immunity in the analysed direction.





# **International Cooperation among States in the South Pacific Region**

## **Foreword**

Idea as well as form of international cooperation among states, illustrated on the example of the South Pacific region seems to be a new and not yet fully developed subject matter. The world leaders cross their influences there, what gives this area primacy in geopolitical domination, slowly downgrading the Atlantic Community. The main purpose of this article was, therefore, to research into possibilities and methods of states' cooperation in the small circles of close neighbours. Secondly, the 21st century is indeed often called as the century of Pacific. The world's attention is focused mainly on the South East Asia, neglecting in the same time the more numerous United Nations' members on the Pacific. Accordingly, this paper is an attempt to fill this loophole in science.

The article is a modest attempt to answer on the following questions: what is the purpose of the cooperation among independent subjects of international law? For what reasons those actors decide to integrate within the region and in which areas they prefer to act globally? How the South Pacific region differs from others? And finally, how does this regional cooperation look like in the examined geopolitical area?

The Pacific region is indeed becoming one of the world's dominating areas in economic, political, and scientific terms. Therefore, it is largely important to study the emergence of this globally relevant and decidedly dynamic research area, with the aim of participating in its development. This knowledge will definitely help with establishing and maintaining close relations between states on the international level.

## **Part I. Forms of Regional Cooperation in International Law**

### **1. Differentiation between Regional and Global Cooperation**

International organizations seem to be the most typical and well-known vehicles for cooperation on the international arena. Supranational, global, as well as close, regional subjects of international law provide a wide range of forms, rates and degrees of intensity of the process of integration. The European Union with no doubt tend to reach, slowly but surely, such level of cooperation that previously independent states have

started to form a new international entity which they are not able to undo straightaway. *A contrario*, other organizations leave a wide margin to determine any actions taken by their members. Such non-committal provision can be found in the North Atlantic Treaty<sup>1</sup>. Though, there appears some questions; why and how the international actors cooperate with each other? Do states, as the main subjects of international law, truly need such mutual aid? For which purpose they cooperate globally and in which areas they decide to integrate locally? Finally, how does regional cooperation look like, in what sense does it differ from the international, global collaboration?

Before those questions would be given the answers, there is a strong need to consider the definitions. Terms *collaboration*, *cooperation* and *coordination* differ from each other in the extend of integration. By an integration, there can be understood the process of increased intensification of interactions between its participants<sup>2</sup>. The main aim of this process is to establish international community of states, possessing full sovereignty. There has to be a state's consent, without which, according to international law, there would be a breach of general rules and such forced cooperation would mean nothing but an imperial aspiration. Also, what is very important from the normative point of view, the level of decision-making changes from international to supranational<sup>3</sup>. As the cooperation is the first step is a continuum, involving process of sharing expertise and information still having an autonomous position from each other, the coordination introduces a degree of integration by making mutual adjustment for a better outcome. The next step is the collaboration with its greater degree of integration, some recognition to the entity. In Australia and New Zealand, this concept is referred to its synonym; a *partnership*. It assumes the quasi-formal organizational arrangement for interactions between state, society and business. Nevertheless, collaboration might have the pejorative sense referring to the term "collaborationism" used for collaboration with an occupying army.

To sum up, for the purpose of this article, a cooperation, as the essential element of international relations and interstate policy, means the actions for the common benefit, in the name of common interest through multilateral exchanges, forming stable organizations and coalitions able to make enforceable decisions on joint affairs under shared

<sup>1</sup> Under article 5 of the North Atlantic Treaty, agreement establishing the North Atlantic Treaty Organization (NATO), member states are under an obligation to do whatever they "deem necessary" in the case of attack on one of them, document available at NATO Publications and Official Documents, <http://www.nato.int/cps/en/natolive/63591.htm>, 11.03.2013; J. Klabbers, *An Introduction to International law*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, p. 25-26.

<sup>2</sup> Definition by P. J. Borkowski, *Polityczne teorie integracji międzynarodowej* [Political Theories of International Integration], Difin, Warsaw 2007, p. 15.

<sup>3</sup> E. Halizak, *Współpraca międzynarodowa* [International Cooperation] in: E. Halizak, R. Kuźniar (ed.), *Stosunki międzynarodowe : geneza, struktura, dynamika* [International Relations: Origin, Structure, Dynamics], Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warsaw 2006, p. 250.

norms. The area of cooperation might be every aspect appearing as a problem in global as well as regional politics, such as peaceful coexistence between states or different communities, democracy with its main pillar – human rights, preservation of environment, or running business, *etc.*<sup>4</sup>

For understanding why states and other subjects of international law decide on local or global integration, one has to define what a regional cooperation is. The world, organized into an estimated 200<sup>5</sup> sovereign states, has numerous international institutions, mainly established on a regional level. What is more, over 50% of international economy is conducted within preferential regional trade agreements (so-called RTAs<sup>6</sup>). The widespread membership in regional institutions brought a new phenomenon of regionalism – political and economic values, ideas and objectives contribute for establishing and providing a creation of a particular region. Very often such formal policy leads to institution building<sup>7</sup>.

There are three reasons why states may be motivated to pursue regionalism. Firstly, after the end of the Cold War, the bipolar division has restored regional sovereignty which in turn allowed local powers to develop. Also, the United States of America (USA) hegemony strongly influenced bilateral relations all over the globe, which in turn caused the turning of states into regional organizations to overcome common problem. Other reason was to introduce the post-hegemonic international system. Thirdly, there were difficulties in reaching agreements through multilateral trade negotiations. Since the mid-1980s, there was a development of local programs on a global scale. The most obvious example tend to be the European Union (EU), but the phenomenon of regionalisation (“the process of region formation by which regions come into existence and are consolidated<sup>8</sup>”) is evident in expansion of other regional projects. The examples of the forms of state-led, regional frameworks are the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), the African Union (AU), the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the Southern Common Market (MERCOSUR<sup>9</sup>). At the beginning of the 21<sup>st</sup> century, there was the revival of importance and knowledge of characteristics of regional tradition in various civilisations and cultures. The crucial development with the process of deep integration take place in the South East Asia through ASEAN. This

---

<sup>4</sup> B. Badie, D. Berg-Schlosser, L. Morlino (ed.), *International Encyclopedia of Political Science*, vol. 2, SAGE, Los Angeles 2011, p. 297-298, 447.

<sup>5</sup> The United Nations has 193 members with 2 observers states, but the number of sovereign states depends on the states' recognition.

<sup>6</sup> Z. Hafez, *The Dimensions of Regional Trade Integration in Southeast Asia*, Transnational Publishers, Ardsley 2004, p. 5

<sup>7</sup> B. Badie, D. Berg-Schlosser, L. Morlino (ed.), *op. cit.*, vol. 7, p. 2238-2248.

<sup>8</sup> *Ibidem.*

<sup>9</sup> Spanish: *Mercado Común del Sur*.

organization is supposed to be the 3<sup>rd</sup> place of making world economy, next to NAFTA and EU<sup>10</sup>. The two latter ones are also an example for the viability of membership in a regional organizations. However, the European Union system is far more complex and more integrated than, still very argued, nature of integration in Asia and South America. The costs of leaving an organization, or even not being a member state, can be economically tough and unprofitable<sup>11</sup>.

A term “region” derives from a Latin word *region*, which means a direction, a location, an area. In addition, other sources point on a term *rego, regere* – to reign, to order, and *regius* – royal<sup>12</sup>. Consequently, indication of a region is an area separated from surroundings (in geographical, social, political and cultural sense) under a legal power<sup>13</sup>. Two American researchers, Louis J. Cantori and Steven L. Spiegel, invented the other definition for a region: an area, on which states, geographically closer to each other, form an interconnected entity in the sphere of international relations<sup>14</sup>. The concept of a region might be understood in two senses. The region is a space between the local and the national level, within a given state. In this meaning, the adequate synonym would be sub-national region, or *microregion*. The second definition relates to, so-called, international or world regions- *macroregions*. Those ones in turn, being larger territorial units, exist between the state and the global level<sup>15</sup>. For the purpose of this study, the focus will be brought into the macroregions, as they are objects of international relations and the actions taken by the states within particular regions, as well they are subjected to international law. The local system with its characteristic legal order has to be in accordance with the principles of international law, such as *ius cogens*, *pacta sunt servanda*, peaceful settlement of disputes between states, *etc.* For this reason, regional cooperation is also international one. What is more, regionalism is one of the features of international law. Therefore, the differentiation appears only between the levels of regional, local and global mutual aid, not regional-international.

<sup>10</sup> *Ibidem*, J. Rowiński, J. Pawłowski, *Specyfika i tradycje państwa w Azji Wschodniej na przykładzie Chin* [Specificity and Traditions of the State in the East Asia on the example of China], in: M. Sulek, J. Symonides (ed.), *Państwo w teoriach i praktyce stosunków międzynarodowych* [The State in the Theories and Practice of International Relations], Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warsaw 2009, p. 297.

<sup>11</sup> P. J. Borkowski, *op. cit.*, p. 190; J. Klabbers, *op. cit.*, p. 29.

<sup>12</sup> P. Wahl, *Europejska polityka regionalna* [The European Regional Policy], Wyższa Szkoła Integracji Europejskiej, Szczecin 2003, p. 9, 53.

<sup>13</sup> E. Stadtmüller, *Regionalizm i regionalizacja jako przedmiot badań naukowych w stosunkach międzynarodowych* [Regionalism and Regionalization as a Subject of Research in International Relations], in: K. Jędrzejczyk- Kuliniak, L. Kwieciński, B. Michalski, E. Stadtmüller (ed.), *Regionalizacja w stosunkach międzynarodowych; Aspekty polityczno-gospodarcze* [Regionalization in International Relations; Political and Economic Aspects], Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2008, p.21.

<sup>14</sup> L. Cantori, S. Spiegel, *The International Politics of Regions*, Palgrave Macmillan Journals, New Jersey 1973, p. 2.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

The participation of almost all governments in regionalism, do not exclude involvement of a wide range of non-state actors. The informal character of many *ad hoc* types of regional networks, the characteristic pluralism and multidimensionality give rise to a variety of new entities. However, cooperation among states only, as the sovereign, autonomous from other international entities, legal personalities on the international arena, will be considered in the following study. As it was mentioned earlier, the symptoms of legal culture, common tradition, and first of all, joint historical and geopolitical background persuade states to cooperate with their neighbouring countries having similar problems, aims and needs. These features, creating regionalism, do decide about the homogeneity, uniform character of such organizations, frameworks, forums *etc.*<sup>16</sup> Within the major interests of every state there is an endeavour for mutual work in the region in order to maximize trade, to ensure safety and welfare. One of the main feature of the contemporary international relations is the fact that, due to a state's need or an aim, the relations are reduced in the operating range and possibility of affecting others. The scope of manifesting the local interest determine the degree of development of regional communities. Sometimes, there can be even a process of, so-called, redefinition of the interests, from national to joint regional ones<sup>17</sup>. Therefore, one can divide the groups of subjects, that is states, having interests as a) a sovereign entity, b) a group of states belonging to a particular region or an international organization, or c) the global system. Next to the key interests for a given group, there are many different, often opposing aims. The preference which one to choose is habitually made upon the geographical factor.

Due to the multitude of states having various interests, the problem of correlation of contradiction is given rise. On one hand, there can be noted an obvious endeavour to share universal, global values, such as respect for human rights. However, the specific nature of international relations gives the privilege to states' interests, at the level of one nation and its region indeed. The described particularism of relations among states constitutes a proof of the lack of realism in preferring global than regional cooperation. What is more, the existing disproportions and inequality in the world do not allow to cooperate between diversified states<sup>18</sup>.

Forming the region politics very often is made by the local organizations. The states, which are the members and founders of such governmental institutions, have

---

<sup>16</sup> J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe; Prawo instytucjonalne* [International Organizations, Institutional Law], Oficyna Wolters Kluwer Polska, Warsaw 2010, p. 76.

<sup>17</sup> P. J. Borkowski, *op. cit.*, p. 21-22.

<sup>18</sup> T. Łoś-Nowak, *Interesy narodowe i międzynarodowe* [National and International Interests], in: T. Łoś-Nowak (ed.), *Współczesne stosunki międzynarodowe* [Modern International Relations], Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1995, p. 67-73.

precise knowledge about the circumstances, legal nature and hypothetical obstacles which might appear on a given continent, or smaller territory. The example of creating new, independent foreign policy after a period of colonisation was the Organization of African Unity (OAU). It was one of the most important and the most numerous international organization, established in 1963. It was renamed on the AU in 2002<sup>19</sup>. The phenomenon of forming regional policy seems to be the final step in the process of the regionalization. Creating an institutionalised arrangement of cooperation, reminiscent to the federation, finishes the dynamic process of region formation. It is preceded by regional space (set on a territory, including social identity), regional complex (with trans-local relations), regional society (formally organized) and regional community (variety of contacts with shared aims and values)<sup>20</sup>.

It has to be signalled here, that some areas of cooperation bring better effects if they are located on the lowest level of a region. There are many particular organizations, as well as other *ad hoc* institutions created by states, which are divided on continents. What is more, most intergovernmental organizations are not global in membership, but indeed regional. There is a commonality of interest, which motivates states to cooperate on subjects directly affecting them<sup>21</sup>. The most well-known example would be the international protection of human rights. Every particular legal system, with all its characteristic features deriving from different groups of states, is valid upon the signatures of its own treaty<sup>22</sup>. Next to the universal human rights conventions<sup>23</sup>, represented by the Universal Declaration of Human Right, adopted by the United Nations (UN) in 1948, there is a regional system of protecting those fundamental freedoms. The following legal acts are; the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR)<sup>24</sup>, the American Convention on Human Rights<sup>25</sup>, the African Charter on Human and Peoples' Rights<sup>26</sup> and the Arab Charter on Human Rights<sup>27</sup>. The regional regimes,

<sup>19</sup> J. Menkes, A. Wasilkowski, *op. cit.*, p. 76.

<sup>20</sup> E. Stadtmüller, *op. cit.*, p. 25-26.

<sup>21</sup> M. P. Karnsand, K. A. Mingst, *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*, Lynne Rienner Publishers, Boulder 2004, p. 6.

<sup>22</sup> A. Aust, *Handbook of International law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, p. 219.

<sup>23</sup> Treaty, according to the Vienna Convention on the Law of Treaties, has the binding force, what in turn declarations, conventions do not possess.

<sup>24</sup> From 1950, adopted by the Council of Europe (CE), available at The Treaty Office: <http://conventions.coe.int>, 11.03.2013.

<sup>25</sup> From 1969, created by the Organization of American States (OAS), known as *the Pact of San José*, available at Multilateral treaties: <https://www.oas.org/dil/treaties.htm>, 11.03.2013.

<sup>26</sup> Also known as *the Banjul Charter*, adopted by OAU in 1981, available at Multilateral Treaties/Agreements of the United Nations Refugee Agency: <http://www.unhcr.org/refworld/type,MULTILATERALTR/EATY,OAU,,3ae6b3630,0.html>, 11.03.2013.

<sup>27</sup> Very controversial document, due to its openly presented finding violations of human rights by Israel through the Zionism movement in the occupied Palestinian territory. The League of Arab States (LAS)

through legally binding treaties or other soft-law instruments<sup>28</sup>, have established local enforcement mechanisms<sup>29</sup>. These systems can be seen as relatively independent and verifiable.

Other discipline of cooperation taken in smaller, particular regions rather than globally, appears to be international security. In the area of defence, military cooperation is being transferred from the universal organizations (UN, NATO). Regional peacekeeping missions are held as the major means of solving conflicts. Under the chapter VI of Charter of the UN, the Security Council is not able to impose legally binding measures of such actions<sup>30</sup>. What is more, according to article 53, the Council may utilise regional arrangements or agencies<sup>31</sup>. The maintenance of international peace and security is appropriate for regional actions, as they supplement the UN missions<sup>32</sup>. Such legal nature of those activities will be deeper discussed in the next part of the study.

## 2. Legal Basis for International Cooperation

States, through many legal and extrajudicial mechanism, develop uniform standards and rules. In line with the system of international law, they create a legal order compounded by norms of universal validity, being regional or local. Therefore, states do bear responsibility for implementing new rules<sup>33</sup>. Being a heart of global issues, international organizations shape and are shaped by politics, at the global and local level<sup>34</sup>. As one can read in a book of professor of international organizations law, Jan Klabbbers; “they take on a role and dynamics of their own. Organizations may become actors on their own stage”<sup>35</sup>. The belief that similar considerations hold with respect to regional intergovernmental organizations, might bring the capacity of organizations to enhanced cooperation<sup>36</sup>.

---

created the act in 2004, the UN Refugee Agency: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b38540.html>, 11.03.2013.

<sup>28</sup> The definitions with the examples of soft-law in the regional cooperation will be presented further.

<sup>29</sup> A. Aust, *op. cit.*, p. 215-220.

<sup>30</sup> Article 36 says: “The Security Council may [...] recommend appropriate procedures or methods of adjustment”. Such wording means rather a right, not an obligation.

<sup>31</sup> Some member states, such as China and Russia, stress the need for such regional actions to be strictly conducted in the framework of the Charter; A. Aust, *op. cit.*, p. 195.

<sup>32</sup> Ch. Gray, *The Use of Force and the International Legal Order*, in: M. D. Evans (ed.), *International law*, Oxford University Press, Oxford 2010, p 642-645.

<sup>33</sup> Ch. Dominicé, *Co-ordination between universal and Regional IOs*, in: N. M. Blokker, H. G. Schermers, *Proliferation of International Organizations; Legal Issues*, Kluwer Law International, The Hague 2001, p. 83-84.

<sup>34</sup> I. Hurd, *International Organizations: Politics, Law, Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, p. 1.

<sup>35</sup> J. Klabbbers, *op. cit.*, p. 30.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

Still states are those which decide on signing treaties being the legal basis for the process of regionalization<sup>37</sup>. Treaty, as an international agreement, means here a legal act, which has a binding effect on the states<sup>38</sup>. The most important source of the law of treaties, that is the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. The document does not separate statutes of international organizations as the different category of agreements. One has to have on mind the final character of any treaty. After the fulfilment of contractual term (legal conditions, specified in the content), an international agreement becomes legally binding. The rights and duties might be derived from the document. In accordance with the article 5, the Convention is applicable to every treaty which is a constitutive act of an international organization (establishing treaty). The invoked restriction means that despite the provisions from the Convention, the rules adopted by the international organization are applied as well<sup>39</sup>. In other words, the treaty<sup>40</sup> constituting such international entity, or a treaty adopted within its structure, has to be governed by the rules coming from the Convention in any procedure (amendments, reservations, *etc.*)<sup>41</sup>.

The Charter of the UN, signed in 1945, permits the development of the regional organizations only if such organization is in accordance with the Charter<sup>42</sup>. From this reason, the number and the variety of such institutions have been increasing since the creation of the UN indeed. The United Nations, regional IGOs and NGOs<sup>43</sup>, as well as states, after the Second World War have been challenged to deal with intrastate conflicts, mainly genocide and ethnic cleansing, as never before. Those subjects could, on the legal basis, cooperate to gain the common endeavour<sup>44</sup>. But it has to be pointed clearly, there is no subordination between universal and regional organizations. Both normative actions and operational activities whenever desirable, can be achieved through agreements<sup>45</sup>. On the European continent, the evolution of regional cooperation through organizations had an enormous impact on the shape of contemporary Europe. The special influence over the process of regionalization had indeed the Council of Europe (CE)<sup>46</sup>.

<sup>37</sup> E. Stadtmüller, *op. cit.*, p. 24.

<sup>38</sup> There are two group of states, on which a given agreement (often called as a decision of an international organization) may legally influence: members and non-members. Therefore, the types of decisions adopted by the international organizations differs. The International law doctrine distinguishes decisions *pro foro interno* –referring to the inside structure of an organizations, to its member states, and *pro foro externo* – outside the structure having the influence as well on non-members.

<sup>39</sup> J. Menkes, A. Wasilkowski, *op. cit.*, 146-149.

<sup>40</sup> Despite of its name, which might be a constitution, a statute, *etc.*

<sup>41</sup> A. Aust, *Modern Treaty Law and Practise*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, p. 8-9.

<sup>42</sup> The article 52, passage 1 of the Charter.

<sup>43</sup> Despite of the existence of international governmental organizations (IGOs), there are also non- governmental organizations (so-called NGOs), which are not compounded by the states nor established on the basis of the treaty. Therefore, the NGOs are not being studied in the following paper.

<sup>44</sup> M. P. Karnsand, K. A. Mingst, *op. cit.*, p. 23.

<sup>45</sup> Ch. Dominicé, *op. cit.*, p. 84.

<sup>46</sup> J. Menkes, A. Wasilkowski, *op. cit.*, p. 76-77.



Founded in 1949, CE was the oldest European international organization founded after World War II. From the beginning, it has been making the attempts to create a pan-European legal area, with the three fundamental principles of democracy, human rights and the rule of law.

It appears impossible so far to comprehensively define an international organization. However, there are some indications without which, an entity cannot be named *international organization*. Such an actor at the global arena, has to be created by the states, who signed an already noted treaty, which brings into existence at least one organ. Another, often mentioned feature, holds that the international organization must possess its own aims<sup>47</sup>. Due to the criterion of subjectivity, that is the range of the membership. One can divide the international organizations functioning globally, with their aspiration to universal membership<sup>48</sup>. The 2<sup>nd</sup> kind of organizations are regional ones. The latter ones are not oriented on spreading their range on every state<sup>49</sup>. On the other hand, there are some organizations, like the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE), which membership is not exclusively within a given region<sup>50</sup>. In other publications, there can be found other terminology than *regional*; the more generic wording often used is *particular*, or *closed*<sup>51</sup>. Further distinction, having high importance for the purpose of the following study, is differentiation on the scope of domains. From this approach, there can be derived organizations of general nature and functional, non-general ones. The first ones gather to discuss every aspect of relations among the member states, which proves to be potentially vital for them. The distinction on functional organizations might be indeed misleading. Cooperation is indeed limited to certain tasks, definite functions, and politics of such regional organization. In fact, there are a few general organizations on the regional level<sup>52</sup>. Scholars use such labels only for the purpose of the classifying organizations. The aims and functions of an organization are always written in the establishing treaty<sup>53</sup>.

The regional organizations of functional character deal with economic or military cooperation, development of states, assurance of peace, stability and welfare, or protection of environment and rights of individuals. Here has to be noted, the significant activities of organizations from the Third World regions have meaningfully decreased. Such situation is caused by many conflicting interests among states and, what is more

---

<sup>47</sup> For more detailed characteristics of the international organization, see: J. Klabbers, *op. cit.*, p. 6-12.

<sup>48</sup> Therefore, they are called *open* organizations. See more in: J. Klabbers, *op. cit.*, p. 22.

<sup>49</sup> B. Kuźniar, M. Marcinko, *Organizacje międzynarodowe* [International Organizations], Wydawnictwo C. H. Beck, Warsaw 2008, p. 6.

<sup>50</sup> Ch. Dominicé, *op. cit.*, p. 69.

<sup>51</sup> J. Klabbers, *op. cit.*, p. 22-24.

<sup>52</sup> Like those mentioned in the 1<sup>st</sup> chapter of this study. See more in: Ch. Dominicé, *op. cit.*, p. 69.

<sup>53</sup> J. Klabbers, *op. cit.*, p. 6-11.

important, by strong diversification of pace and level of social and economic development. It makes it impossible to properly function. The integration processes among the Third World states did not yield many noteworthy effects<sup>54</sup>.

Since the end of the Cold War, there has been a meaningful increase of activity of regional organizations, which in turn resulted in deeper cooperation between them and the UN in the military area. Finally, they could play a bigger role through consultations, regional enforcement actions and joint operations. Already mentioned regional arrangements or agencies, legalised on the basis of the Charter of UN, were not defined. However, the main regional organizations, and other sub-regional institutions, due to taking on peacekeeping powers, have drafted new constitutional instruments. On this basis, the Economic Community of West African States (ECOWAS), OSCE<sup>55</sup>, the Southern African Development Community (SADC)<sup>56</sup>, and the Intergovernmental Authority on Development (IGAD) were established. The complementary roles of regional and universal organizations have given logical support, financial assistance and, last but not the least, incentive to mutual work on a particular territory<sup>57</sup>. Non-military actions taken by the regional organizations are on the further place. The enforcement actions cannot be unilateral action, without the prior authorisation of the Security Council. However, there are two exceptions, which are serious violating of rules of *ius cogens* or obligations *erga omnes*. Only in such cases, state can act through its regional organization. Secondly, common local entities in cooperation with universal organizations, like the UN, may deal with the crisis. This kind of mutual aid is to be fostered in the future<sup>58</sup>.

The two already named legal acts of human rights, the UN Charter and the Universal Declaration of Human Rights, have established an elementary framework of such specified law at the global level. States in different geopolitical regions, sharing common values and history, found it useful to develop regional norms with legal institutions assuring freedoms. Internationally-guaranteed human rights states' duties, both with permanent organs constitute the definition of regional human rights system. Such order has experienced fragile changes in membership, which in response allowed adopting new procedures and normative instruments<sup>59</sup>.

The international organizations, mainly governmental, have become a cooperation forum for colliding various ideas and interests. On the other hand, they are also a place for

---

<sup>54</sup> T. Łoś-Nowak, *op. cit.*, 121-129.

<sup>55</sup> Formerly, the Commission on Security and Cooperation in Europe (CSCE).

<sup>56</sup> Formerly, the Southern African Development Coordination Conference (SADCC).

<sup>57</sup> Ch. Gray, *op. cit.*, p. 642-645.

<sup>58</sup> Ch. Dominicé, *op. cit.*, p. 83.

<sup>59</sup> For more information about the region system of HR, see: D. I. Shelton, *Regional Protection of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2010.

mitigating any conflicts, which makes them the unique means of providing the foreign policy. They are considered to be the best developed form of international cooperation<sup>60</sup>.

### 3. Extrajudicial Factors for Establishing and Providing Regional Aid

International cooperation takes place not only within formal governmental institutions, but perhaps more importantly, in informal mechanisms, through occasional meetings of politicians, diplomats, judges and regular gatherings of civil servants. Dominant states, instead of attempting to exercise their powers, help to establish the organizations ensuring bigger influence than they could get alone. Reaching relative power positions in their own region is not free from informal rules and procedures<sup>61</sup>.

There is a well-known, spread all over the world, concept of establishing formalized institutions which had their beginning in a single idea. As it was mentioned already in this study, regional community might arise on the basis of having their own shared values. The Commonwealth of Independent States (CIS) is one of the integration mechanism in the territory of post-Soviet states. The loose framework, as the CIS can be called quasi-organization<sup>62</sup>, was established with the intention of proliferation of political and economic standard of the Russian Federation. The idea of cementing Eurasian neighbours comes from the president Vladimir Putin. It is his leading project in the foreign politics. Since the collapse of the Union of Soviet Socialist Republics (USSR), there were many drafts of reintegration, including the hypothetical union state with Belarus, the Eurasian Union (EAU) or the latest idea - the Eurasian Economic Community of Russia, Belarus and Kazakhstan<sup>63</sup>. However, within the CIS territory there are some other frameworks, created on the purpose of regionalization, such as the EurAsEC Customs Union (the abbreviation of the Eurasian Economic Community), the Common Economic Space<sup>64</sup>, GUAM<sup>65</sup>, and the Tashkent Cooperation Treaty<sup>66</sup>. This Eastern European and Western Asian initiative for regional integration has also other

---

<sup>60</sup> T. Łoś-Nowak, *op. cit.*, p. 101.

<sup>61</sup> J. Klabbers, *op. cit.*, p. 28-30.

<sup>62</sup> To know the structure and measures of performance of CIS, see: K. Baslar, *The Commonwealth of Independent States: Decayed within a Decade*, in: *The Turkish Yearbook*, Ankara 2005; K. Malfliet, L. Verpoest, E. Vinokurov, *The CIS, the EU and Russia: The Challenges of Integration*, Palgrave Macmillan, London 2007.

<sup>63</sup> A. Wierzbowska-Miazga, *Przyjaźń mimo woli* [The Involuntarily Friendship], in: *Nowa Europa Wschodnia* [New Eastern Europe], 6 (XXVI) 2012, p. 81-83.

<sup>64</sup> The other, more popular, name is the Single Economic Space (SES).

<sup>65</sup> The GUAM Organization for Democracy and Economic Development compounded by four post-Soviet states; Georgia, Ukraine, Azerbaijan, and Moldova, from which comes the name of the regional organization.

<sup>66</sup> K. Malfliet, L. Verpoest, E. Vinokurov, *op. cit.*, p. 2.

aspect of controlling the foreign policy of its members through the organization, which becomes a representative of the common, unique interests of the regional community<sup>67</sup>.

The second example of creating a regional organization on the basis on an idea is the history of AU. Formation of, what is sometimes called, United States of Africa has its beginnings in the philosophy of Pan-Africanism. The aspirations of people having African descent have been shown through many congresses attended by scholars. Such ideology was, and still is, aimed at combating the political, economic, social and cultural marginalization of the African states. Both African people and the African Diaspora work to advance cooperation in the major areas, as well as to demonstrate the true ownership of their own resources, contesting external patronizing. Kwame Nkrumah, the first Prime Minister of Ghana, was the ambassador of the believed philosophy. His huge contribution to many actions taken under the regionalisation of the African nations was noteworthy. The Pan-Africanism movement brought some achievements, such as raising a sense of togetherness, and campaigning against the Caribbean and African colonialism with its famous slogan: "People of Africa, Unite; you have nothing to lose but your chains<sup>68</sup>". Rapid realization of sovereignty by many African states are undoubtedly the greatest effort of the philosophy of Pan-Africanism. What seems more important, it has accomplished indeed much more than what the idea was designed to achieve<sup>69</sup>. Therefore, one can observe the great value of extrajudicial concept, having even the most difficult and complex objectives, which might be at the end completed successfully and gain formal character. Such actions will lead the African region to finally becoming politically and economically significant in the 21<sup>st</sup> century.

Those ideas coming from single nations are the perfect examples of contemporary politics seeking for the state's positions on the global arena. Becoming a true subject of international relations, realizing its own interests, intends to the strategy of suggesting new forms of cooperation to the neighbours, without waiting on others' signal. The very wanted measures of reaching such object are the *soft-law* legal tools. Contrary to *hard-law* measures, the first ones do not possess a legal character, which makes them more flexible, easier and desirable for states. Very often, the governments do not have an intention to keep formalized, definitive relations. Signing an agreement, regarding to closer economic contacts or attending to the international organizations, establishing diplomatic or consular relations, impose the rights and duties, which would be enforced in the future. Exactly the facilitation of regional cooperation is one of the soft-law measures in

<sup>67</sup> A. Wierzbowska-Miazga, *op. cit.*

<sup>68</sup> E. I. Udogu, *The Problems of African Unity and the Awakening of Regional Cooperation*, Cambridge Scholars Publishing, Southern Illinois 1977, p. 35.

<sup>69</sup> E. I. Udogu, *Confronting the challenges and prospects in the creation of a Union of African States in the 21st century*, Cambridge Scholars Publishing Newcastle upon Tyne, 2010, p. 59-70.

the area of international relations. Scholars mention also advancement of development of civil society and social contacts of belligerents and employment of the local ruling elites into multilateral projects of neutral character, like journalist and academic ones. The above-mentioned measures of cooperation could easily be used to, even the most difficult, talks among the states in a given region<sup>70</sup>.

For that purpose, there can be seen an increase of signing non-legally binding agreements, called *memorandum of undertakings* (MOU)<sup>71</sup>. They are in fact soft-law sources of regional integration, as they do not possess a valid character. On the other hand, they might become legal acts, of the binding importance, but only if the signatories of MOU would consider them in such way. Oral agreements are not embraced by the Vienna Convention on the Law of Treaties. Nevertheless, it does not affect the legal force of such acts, or the application of any rules from the Convention, just like customary international law<sup>72</sup>. Soft law concepts, not having legally binding character, do not mean they have no legal effect. At its simplest and informality, soft law solutions had facilitated the evolution of customary international law. Being the alternative to law-making treaties, they often complement those legal agreements. Indeed, the soft law instruments cannot become law *per se*, but they shall be evidence of binding law, or even going deeper, a formative of *opinion juris* generating a new customary law<sup>73</sup>.

International custom is probably one of the well-known and most often used measure in international relations. This remark relates to diplomatic relations, as well as to the other informal associations. In addition to rules established by all international legal subjects, there are some customs binding only on states of a particular geographical area. There can be observed also a regional custom engaging only two states<sup>74</sup>. This in line proves the general international observance of the local legal orders<sup>75</sup>. The International Court of Justice (ICJ) has admitted such rules might exist in the famous Asylum case from 1950, where the criteria for the application of regional custom were established too. In the case, Colombia relied on a local custom of granting diplomatic asylum in the Latin American States. The Court handed down a judgement where Colombia, as a state granting asylum, was not competent to unilaterally and definitively qualification the custom binding on Peru<sup>76</sup>. From this judgement, the doctrine of international law derived

---

<sup>70</sup> D. P. Jankowski, P. Świeżak, *Bezczynność kosztuje* [The idleness costs], in: *Nowa Europa Wschodnia* [New Eastern Europe], 6 (XXVI) 2012, p. 45-47.

<sup>71</sup> A. Aust, *Handbook...*, p. 53.

<sup>72</sup> However, states can enter into oral agreements with other states. They can be just as binding only if states express their will; Aust, *Modern...*, p. 9.

<sup>73</sup> A. Boyle, Soft Law in international law-making, in: M. D. Evans, *op. cit.*, p.122- 138.

<sup>74</sup> Judgment of the International Court of Justice in the case concerning the Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras: Nicaragua intervening) from 11 September 1992.

<sup>75</sup> M. N. Shaw, *Prawo międzynarodowe* [International law], Książka i Wiedza, Warsaw 2011, p.85-86.

<sup>76</sup> *Ibidem*; Judgment of the ICJ in the Asylum case *Colombia v. Peru* from 20 November 1950.

two premises of objective and subjective character. The customary rule must be tacitly accepted by the concerned parties, and its existence has to be proven by the state which invokes the regional custom. Here is important to mention the fact, if the state fails to burden the proof, the claim will be rejected<sup>77</sup>.

The example of the regional integration are the Euroregions, created by the European Union. Here is worth mentioning, the EU has a very complex regional policy, where the main aim is to stimulate sector- and structural-oriented adjustment in regions. The major regional product within this regional organization are indeed Euroregions. In the western Europe, over 90% municipalities declare their participation to existing there Euroregions. The character of those *sui generis* platforms of cooperation has consultative and advisory character. The mutual, mostly bilateral, cross-border aid is held within the framework of the gentleman's agreement. It is clearly written in both the agreement establishing particular Euroregion<sup>78</sup> as well as in its statute<sup>79</sup>. The lack of written treaty constitute the reciprocal confidence in other party of the gentleman's agreement. Inso-much as it does not result in legal sanctions, there cannot be a possibility of enforcement of laws<sup>80</sup>. What is more, the mutual cooperation is limited by many principles, like general ones for whole organizations, but as well the principles of organizing, financing and assessment of project realization. Therefore, any action taken by the locals, on the regional level of the EU, would be evaluated and carefully controlled by the European Commission. Such hybrids are created by similar but, at the same time, independent from each other, associations. After all, they contain public and private regulations<sup>81</sup>. Additionally, the process of decentralization appears as premise of developing the internal regional policy.

Among the huge amount of border regions, the Euroregion Cieszyn Silesia (*Śląsk Cieszyński*), seems to be very complex. This Euroregion engages in the process of

<sup>77</sup> A. Cassese, *International law*, Oxford University Press, Oxford 2005, p. 164-165.

<sup>78</sup> On the example of the Cieszyn Silesia "*Śląsk Cieszyński – Těšínské Slezsko*", see: The Agreement of The Regional Cooperation under the name of "*Euroregion Śląsk Cieszyński - Těšínské Slezsko*" signed in 22 April 1998 in Cieszyn between the Polish party represented by the Association of Regional Development and Cooperation "Olza" and the Czech party represented by the Regional Association of Czech-Polish Cooperation "Teschinensis Silesia".

<sup>79</sup> See the Statute of the Euroregion Cieszyn Silesia signed in 22 April 1998 in Cieszyn.

<sup>80</sup> J. Penc, *Leksykon biznesu: słownik angielsko-polski* [Encyclopedia of Business: English-Polish], Placet, Warsaw 1997, p. 468.

<sup>81</sup> P. J. Borkowski, *op. cit.*, p. 190-194; T. Palmowski, *Rola regionów transgranicznych w procesie integracji Europy Bałtyckiej* [The Role of Cross-border Regions in the Integration of the Baltic Europe], Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2000, 5-6; I. Pietrzyk, *Polityka regionalna Unii Europejskiej i regiony w państwach członkowskich* [Regional Policy of the European Union and the Regions in the Member States], Wydawnictwo Naukowe PWN, Warsaw 2000, p. 11-24, 153-155; A. Mync, R. Szul (ed.), *Rola granicy i współpracy transgranicznej w rozwoju regionalnym i lokalnym* [The Role of the Border and Cross-border Cooperation in the Regional and Local Development], Wydawnictwo Rolewski, Warsaw 1999, p. 37.

equalizing economic and social differences. Obviously, the bilateral cooperation needs many efforts, hard work of self-territorial government clerks, regional associations and individuals. The net of political, economic, cultural connections facilitate integration, both formal and informal cooperation structures. Pure international law with implementation of its legal acts would not bring much profit itself without local efforts for integration processes<sup>82</sup>.

Considering the extrajudicial factor on establishing regional cooperation, there has to be mentioned the contemporary process called *Global Governance*. In 1995, an independent group of international figures gathered to consider the reforms in modes of international cooperation. The Commission on Global Governance, composed of ambassadors of the world of business, politics, and IGOs' high representatives, defined governance as: "the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and cooperative action may be taken. It includes formal [...] as well as informal arrangements that people and institutions have agreed to"<sup>83</sup>. The governance problem is specific to a given region of the world or certain group of countries, with the need to manage a major river system that flows through several countries, a regional sea such as the Mediterranean<sup>84</sup>, or basins of the particular oceans, like Pacific Ocean indeed.

As it was already presented, in establishing of regional cooperation between states, there is a significant role of private persons. The achievements of the head of states, diplomats and businessmen facilitate and accelerate maintaining of mutual aid on a given geographical area. Their attitude presented by diverse actions is known by the communities, which in turn enables them to obtain common approval. The politicians very often use the measures of, so-called *paradiplomacy*, or quasi-diplomacy. Such new phenomenon of foreign policy capacity implies international participation of sub-state entities, independent of their state, in pursuit of own global, or regional interests. This unconventional measure does not attach importance to normative or protocol rules, is characterized by flexibility of measures selection. Taking advantage of less formal

---

<sup>82</sup> More about the Euroregion, especially on the example of the Euroregion Cieszyn Silesia, see: the Bachelor of Arts, written by Michał Moździara on the University of Wrocław in 2011, *Aspekty prawne współpracy transgranicznej na przykładzie euroregionu „Śląsk Cieszyński- Těšínské Slezsko”* [Legal aspects of cross-border cooperation, on the example of the Euroregion Cieszyn Silesia].

<sup>83</sup> The report of the Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood*, 1995: 2; read more in: M. P. Karnsand, K. A. Mingst, *op. cit.*, p. 2-3.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

meetings, conferences and various summits appears to be the main characteristic of this extrajudicial kind of maintaining international relations<sup>85</sup>.

## Part II. Entities Responsible for Engaging in Cooperative Activity in the South Pacific Region

### 1. Legal Personality of Subjects of International Law

The regional cooperation in the Pacific area is being taken in the first place by the states. However, those “national entities”, which are components of this region, are indeed the representatives of particular states acting through their political decisions accordingly to their interests on the Pacific Ocean. Such process was demanded many social formations to achieve the expected gain, including political, economic and administrative purposes. Colonial interests<sup>86</sup> split Samoa into Independent State of Samoa, formerly known as Western Samoa, and Territory of American Samoa<sup>87</sup>. Series of people were combined in political entities which were administered by one or more colonial powers (example of British and French forms of government in Vanuatu<sup>88</sup>) producing multiple national cultures. Therefore, one can use the metaphor “countries as western fiction” speaking about the Pacific emergence of distinct nation states. Also, discourse of nation states encompasses progressively more and more Pacific population<sup>89</sup>.

A proper analysis of the topic of this paper cannot be made without signaling regional characteristics. The Pacific Ocean is the biggest of the Earth’s oceanic divisions, subdivided by the equator into the North Pacific Ocean and the South Pacific Ocean. There are 42 sovereign bordering countries<sup>90</sup> and 23 dependent territories. Those states are considered to be the Pacific Rim. In this socioeconomic region, informal means of international cooperation are being created. The concept of the Pacific Rim will be presented in the next part of the work. Pacific islands are divided into three groups, having own cultures and course of history, including attitude to colonization.

<sup>85</sup> More about quasi-diplomacy and its various kinds, see: J. Sutor, *Leksykon dyplomatyczny* [Encyclopedia of diplomacy], Dom Wydawniczy Elipsa, Warsaw 2010, p. 99-124; .S. Wolf, *Paradiplomacy: Scope, Opportunities and Challenges*, The Bologna Center Journal of International Affairs, vol. 10, 2007.

<sup>86</sup> Colonization both with decolonization and their strong effects on the shape of cooperation among Pacific states will be presented further.

<sup>87</sup> More about the Samoa division, read: S. R. Fischer, *A History of the Pacific Islands*, Palgrave Macmillan, Hampshire 2002, p. 142-146.

<sup>88</sup> The history of Vanuatu recorded in *Vanuatu* made by Institute of Pacific Studies, The University of the South Pacific and The South Pacific Social Sciences Associations, Christchurch 1980.

<sup>89</sup> C. Macpherson, *Some Concluding Thoughts on Social Change*, in: *Social Change in the Pacific Islands*, ed. A. B. Robillard, Kegan Paul International, London 1992, p. 431.

<sup>90</sup> The legal status of Taiwan is disputed.



Micronesia, Melanesia, and Polynesia<sup>91</sup> are indeed ethnologically divided subregions of the South Pacific<sup>92</sup>. Their differences are linguistic, ethnic “encompassing Pacific islanders’ three most salient human features”<sup>93</sup>.

Melanesian islands extend from the western end of the Pacific Ocean, and eastward to Fiji. The subregion is characterised by its social and cultural diversity, where some generalizations are not valid for the whole region. In comparison to other Pacific Islanders, the local habitants were not sailors. Therefore, they did not travel much, what in turn caused the series of near neighbour partnerships. Unlike the rest of Pacific Islands, Melanesia is not the open island territory. This subregion possesses autochthonous<sup>94</sup> Austronesians, Papuans and Papuan- Austronesian mixtures, which elaborated distinct Melanesian societies. Papua New Guinea, the Republic of Fiji, the Solomon Islands, the Republic of Vanuatu are those states, which gain independence in this subregion. Secondly, Micronesia is composed of the Republic of Palau, the Federated States of Micronesia, the Republic of Kiribati, the Republic of the Marshall Islands, the Republic of Nauru<sup>95</sup>. It is distinct from Polynesia to the east, and Melanesia to the south. There are over 3 100 km<sup>2</sup> of water for each km<sup>2</sup> of land. The majority of islands are low coral atolls, uninhabited and uninhabitable. Micronesians might closely resemble Polynesians in society and ethnicity. Central, eastern and western Melanesia differ from each other, though their culture is considerably less diversified than the Melanesians’, and much more diversifies than the Polynesians’. Lack of the resources of Polynesian’s and Melanesian’s larger islands forced autochthons to create strategies to survive and resist severe climate conditions.

Polynesia is the largest subregion in the Pacific Ocean. Since an archaic Polynesian society emerged, it distinguished from any other on Earth. Polynesian most closely resemble Southeast Asian Islands ancestors. Composed of the Cook Islands<sup>96</sup>, Niue, the Independent State of Samoa, the Kingdom of Tonga and Tuvalu, Polynesia has the Hawaii Islands at the North and New Zealand at the South<sup>97</sup>.

---

<sup>91</sup> The distinction of those groups of islands was first made by a French explorer, Jules Dumont d’Urville. The purpose was to denote geographical and an ethnic grouping of islands.

<sup>92</sup> I. C. Campbell, *A History of the Pacific Islands*, University of Canterbury Press, Christchurch 1989, p. 40-135; S. R. Fischer, *op. cit.*, p. 23-42.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> An autochthon is an indigenous person from ethnic minority.

<sup>95</sup> The US territories, as well as those belonging to Australia, New Zealand, Great Britain, France, Chile and Pacific islands themselves, were not taken into consideration due to their dependence.

<sup>96</sup> The Cook Island is self-governing state in free association with New Zealand. This status in international law will be presented further relative to this states as well as to other particular Pacific countries.

<sup>97</sup> More in: D. L. Oliver, *The Pacific Islands; Third Edition*, University of Hawaii Press, Honolulu 1989, p. 87-246; S. Margolis, *Adventuring in the Pacific: The Sierra Club Travel Guide to the Islands of Polynesia, Melanesia and Micronesia*, Sierra Club Books, San Francisco 1983, p. 77-374.

For the record, the definitions of *Oceania* and *Australasia* have to be separated from the term *Pacific region*. Oceania has no legal definition, therefore does not exist in any legal document. This appears to be a collective name for the islands, both dependent and subordinated states, on the Central and South-West Pacific Ocean<sup>98</sup>. Those islands, along with the state of Australia<sup>99</sup>, constitute the Australian continent. Australasia in turn, is a part of Oceania comprising Australia, New Zealand, and neighbouring islands in the Pacific Ocean, up to the New Guinea on the North. In accordance with the title of this paper, the main focus will be put on the sovereign South Pacific states, that is those listed above. However, they are very often engaged in cooperation with the states possessing dependences. From this reason, analysing the regional cooperation among Pacific states should not be made without a consideration of the relations with neighbour, depending, islands<sup>100</sup>. Here, one cannot forget the recently established informal cooperation within the Pacific Rim, which will be described deeper in the further part.

Another crucial fact appears to be the regional, oceanic system. As already mentioned, Pacific islanders depended on the resources of their islands, self-sufficient in food, sharing the similar ceremonials and Creole languages, what in turn, in spite of some differences in cultures, facilitated the process of cooperation in their region. Achieving independence, giving nations the possibility to independently decide on foreign relations, was the long course of actions after decolonization in Pacific. Therefore, there has to be introduced an example showing this historical impact on contemporary cooperation among South Pacific states.

For better understanding the legal personality of subjects of international law in this region, there will be made a comparison of two South Pacific nations, French Polynesia and New Zealand. Possessing whatever different legal status, those countries are engaged in the process of cooperation in their region. But their contribution and extend of initiating and tightening mutual relations naturally differ. In 1842, after former religious and military missions to Tahiti, the largest island of contemporary French Polynesia, France declared protectorate. Entities possessing the status of “colonial protectorates” were subordinated to the protecting power (protected diplomatically and/or militarily). In effect, they lost their independent statehood. In 1880, protectorate status was changed into colony. French Establishments of Oceania (*Les Établissement Français d’Océanie*, EFO) turned to be the main element of French colonies. The islands, still independent,

---

<sup>98</sup> J. Siekiera, Diplomatic Relations with the Pacific Countries maintained by the Republic of Poland, *Antypody. A Quarterly Magazine of Australia, New Zealand and Oceania Research Association*, No. 4/2010.

<sup>99</sup> The official name of Australia, according to the Constitution from 1 June 2003, is the Commonwealth of Australia.

<sup>100</sup> The interview with the former Chargé d’Affaires of New Zealand, Julian Ludbrook, Warsaw 14.12.2012.

were integrated to EFO. After World War II, Tahitians was granted the French citizenship due to the fact of affiliation colony to overseas territory of France (*Territoire d'Outre Mer*) and renaming EFO on French Polynesia. That was because of the amendment of the Constitution of the IV Republic, where the term *colony*, possessing negative, and very often traumatic sense, was removed. However, diplomatic measures caused granting an internal autonomy in 1984. That was an effect of already visible clear class distinctions between ethnicities. The military and external features were still in French government hands. Also, socio-political and economic status of native Tahitians was established lower than those of metropolis origin or Chinese dealing with the trade. Granting the overseas collectivity status (*collectivité d'outre-mer*, COM) was the last but one step in contemporary history of French Polynesia. This legal position meant first-order administrative divisions of metropolitan country. Finally, in 2004 the name of French Polynesia was change into overseas country inside the Republic (*pays d'outre-mer au sein de la République*, POM). Possessing the second symbolic manifestations, which is the title of the President of French Polynesia, country has a huge degree of autonomy<sup>101</sup>.

The biggest islands in the region of the South Pacific Ocean belong to New Zealand. The status of Maori land, originally called *Aotearoa*<sup>102</sup>, was change from a colony to British dominion in 1907. This international position gave some more sovereignty from the British Empire. Nevertheless, after 40 years, New Zealand was able to establish its own Ministry of Foreign Affairs which could carry distinct external policy. It is worth mentioning, the national anthem is the British anthem until now<sup>103</sup>. What appears important, a term dominion (Latin: *dominatio* – lordship, *dominus* – lord) referred to British dependencies, which were granted a right to have their own parliament and government, but were still belonging to the Great Britain. Currently, the following definition has changed due to the reform of the political system; from a true political dependence to ceremonial- and formal- influences. The dominion status is possessed nowadays by sovereign states, which are part of the Commonwealth of Nations. Canada, Australia and New Zealand have at their disposal the total degree of independence in internal and external policy, however regarding the British monarch as the head of their states. Furthermore, New Zealand is a constitutional monarchy belonging to the Commonwealth

---

<sup>101</sup> See *Key Historical Events Related to Tahiti's Status under France* in: Y. Beus, *Colonialism, Democracy, and the Politics of Representation in Alain Corneau's Le prince du Pacifique* (2000), in: *New Zealand, France and the Pacific, Studies in New Zealand Culture* No. 14, ed. by I. Conrich, D. Alessio, Kakapo Books, Nottingham 2011, p. 95-100; O. Temaru, Maohinui (French Polynesia); the need for independence, in: *French Polynesia: A Book of Selected Readings*, ed. N. J. Pollock, R. Crocombe, Institute of Pacific Studies of the University of the South Pacific, Suva 1988, p. 275-283.

<sup>102</sup> *Aotearoa* in Maori language means land of the long white cloud.

<sup>103</sup> The government of New Zealand recognised the song *God defend New Zealand* as the second official anthem in 1976.

Realm, the organizations of former British colonies and dependencies, sharing the common line of succession with the monarch of the Great Britain<sup>104</sup>.

On the Pacific Ocean, there is also a third example of states possessing other status according to international law. Those are the associated states. Such formal association is the free relationship between a country possessing some degree of statehood with the other, sovereign one. Therefore, from the legal point of view, they are not sovereign entities of international law. However, there is no status of protectorate or other form of subordination. The self-governing states in free association with New Zealand, are the Cook Islands and Niue. The Marshall Islands, the Federated States of Micronesia and Palau are in turn the associated states of the US. The General Assembly of the UN approved resolution 1541, where one can find a clause: “A non-self-governing territory can be said to have reached a full measure of self-government by: a) emergence as a sovereign independent state; b) free association with an independent state; or c) integration with an independent state”<sup>105</sup>. Further, there is a legal definition, according to which, free association is a result of a free and voluntarily choice through democratic and informed processes. Next circumstance to establish this form of cooperation is the respect for individuality and culture of the concerned territory and its people. Additionally, the associated state should have the right to freely change its status through constitutional means and by the will of the nation<sup>106</sup>. The free relation can be also regulated by the bilateral treaties, signed between the associated state and its assisting sovereign state. As far as the Marshall Islands, the Federated States of Micronesia and the Republic of Palau are concerned, the US established the Compact of Free Association<sup>107</sup>, in which contracts to provide economic assistance and defence. New Zealand did not sign an equivalent for

---

<sup>104</sup> More about the history of achieving independence of new Zealand, read: S. Bożyk, *System konstytucyjny Nowej Zelandii* [The Constitutional System of New Zealand], Wydawnictwo Sejmowe, Warsaw 2009, p.5-11; A. Dańda, *Dominium jako forma ustrojowa państw anglosaskich* [Dominion as the System of Government in the Anglo-saxon States], Wyższa Szkoła Europejska im. ks. Józefa Tischnera, Cracow 2009, p. 6,7,50; S. R. Fischer, *op. cit.*, p. 123-130, J. Siekiera, *Nawiązywanie i utrzymywanie stosunków dyplomatycznych między państwami na przykładzie Rzeczypospolitej Polskiej i Nowej Zelandii* [Establishing and Maintaining of the Diplomatic Relations between the States, on the example of the Republic of Poland and New Zealand], University of Wrocław, 2011.

<sup>105</sup> Principle VI of Resolution 1541 (XV) Principles which should guide Members in determining whether or not an obligation exists to transmit the information called for under Article 73e of the Charter, adopted on the reports of the Fourth Committee from 15 December 1960, available at the UN Documentation: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/1514\(XV\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1514(XV)&Lang=E&Area=RESOLUTION), 11.03.2013.

<sup>106</sup> Principle VII of the above mentioned resolution.

<sup>107</sup> On the basis of The Compact of Free Association between the Federated States of Micronesia and the United States, (included in U.S. Pub. Law 99-239, Compact of Free Assoc. Act of 1985, 48 USC 1681 note. 59 Stat. 1031 and amended Dec. 17, 2003 by House Jt. Res. 63; U.S. Pub. Law 108-188), available at Legal Information System of the Federated States of Micronesia, <http://www.fsmlaw.org/compact/index.htm>, 11.03.2013.

this international agreement, however, in the constitutional status of both those states<sup>108</sup> are clauses of being recognized as sovereign states, and not- dependencies of New Zealand<sup>109</sup>. Niueans as well as the Cook Islanders have New Zealand citizenship. Also, it is Wellington government which can act on their behalf in foreign affairs and defence issues<sup>110</sup>.

## 2. History of Cooperation among Pacific Nations

After the end of the Cold War, multilateral relations among the Pacific states were motivated by the two main factors: stabilising of the peace and security, as well as development through the economic integration. Obviously, those endeavours were alternated with each other, however, that of bigger chance of achievement has been chosen. Up from the Kuwait War (1990-1991), there have been an increase of the anti-American attitude with its famous ideology of *the New World Order*. Contrary to this slogan, there was invented the other ideology, created by countries connected with ASEAN; *the New Regional Order*, which became a path for the developing states of the West Pacific. The Pacific states started to open their market on China, USSR and next Russian Federation, aiming at decreasing the economic domination of USA, Japan and the European Economic Community (EEC)<sup>111</sup>.

The intensification of international relations in the region of the Pacific Ocean was the consequence of the process of decolonisation. The new entities on the global arena were slowly but consequently establishing the political and economic cooperation with the recent empires and states in their neighbourhood. The second, but not least, factor of the strengthening of multilateral aid in this region was the Japanese *politics of extensive peace* throughout the Pacific area. An alliance, signed between governments in Tokyo and Washington, has indeed stressed the American factor in the region. It was also the approval of the US defence strategy on Pacific. However, the other power, the Soviet Union, was not willing to let that alliance to economically penetrate the zone<sup>112</sup>. One has to remember the defence and military cooperation is one of the main areas of

---

<sup>108</sup> On the example of the Cook Islands: Constitutional Status and International Personality from 4 August 1965, available on the ministry of Foreign Affairs and Immigration of the Cook Islands: [http://www.mfai.gov.ck/attachments/068\\_WELLINGTON-1129712-v1-CookIslands%20%20Constitutional%20Status%20and%20International%20Personality%20%20informationpaper.pdf](http://www.mfai.gov.ck/attachments/068_WELLINGTON-1129712-v1-CookIslands%20%20Constitutional%20Status%20and%20International%20Personality%20%20informationpaper.pdf), 11.03.2013.

<sup>109</sup> The Cook Islands and Niue are classified as “non-member state” by the United Nations.

<sup>110</sup> R. G. Crocombe, Land Policies in the Dependencies, *New Zealand's Record in the Pacific Islands in the Twentieth Century*, ed. A. Ross, Longman Paul Limited, New York 1969, p. 12-23.

<sup>111</sup> J. Kukułka, *Historia współczesnych stosunków międzynarodowych; 1945-2000 z kalendarium 2001-2006* [The History of the Contemporary International Relationships; 1945-2000 with the calendar of 2001-2006], Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warsaw 2007, p. 591-XX.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 309-310; United States Note to Japan November 26, 1941, Dept. of State Bulletin, Vol. V, No. 129, Dec. 13, 1941.

collaboration among Pacific states so far. This material scope of South Pacific regional cooperation will be deeper analysed in the further part of the paper.

Some post colonial countries understood trade to be a very meaningful connection to their post metropolis, which could constitute a pillar of their relations. Also, trade policies were considered as to gain an insight into bilateral relations. Such diplomatic measures, which are trade patterns can indeed grow warm or cool down relationships. Those political means could be used as well for imperial preferences, constant connections to the mother country. These issues were naturally linked to the sense of national identity. So-called *imperial economy* had influenced the New Zealand trade policies addressed at the government in London. All the diplomatic measures from Wellington were gently aimed at the sale of agriculture exports. The strength of regional forces in the area of economy in conjunction with the dominions' divergence from the imperial economy posed an obstacle in last attempts of influences over post colonies<sup>113</sup>.

The Australia-New Zealand Agreement, also called the Canberra Pact reflected fears of growing imperial ambitions of the US in the Pacific region. Document was signed in 1944 by the closest American allies in the time of war. Before the Canberra meeting, none of the countries in the South Pacific region were consulted. In the post war period, New Zealand had experienced the Washington threat to its Pacific dependencies. However, Prime Minister of New Zealand, Peter Fraser, intensely abandoned any claims from the USA regarding the reverse lend-lease to Samoa. This territory was partly under the American supervision back then. Thus, this case gave Washington no basis to raise any claims of land or military bases built on the islands. Furthermore, government in Wellington decided to purchase the US military equipment from those bases. On this example, one can see the attempt of safeguarding a state's interest and wider strategic from the larger *imperial states'* encroachment in the South Pacific<sup>114</sup>.

After the possession of overseas territories, which were indeed the trumps-cards in international relations, the new global actors started to seek their power in economic dominance. In 1967, on the Japanese initiative, the Pacific Economic Community (PEC) was established. The forum is comprised of the most developed states in the region, that is of Japan, USA, Canada, Australia and New Zealand. China with other developing countries joined the group a year after<sup>115</sup>. The second form of cooperation, to which the

<sup>113</sup> F. McKenzie, *The Rhetoric of Trade and the Pragmatism of Policy: Canadian and New Zealand Commercial Relations with Britain, 1920-1950*, in: *Small Nations...*, p. 45-52.

<sup>114</sup> J. A. Bennett, *The American Imperial Threat to New Zealand's Pacific Dependencies in World War Two*, in: *New Zealand, France...*, p. 45-53; more about the Canberra Pact read in: *Speeches and documents on New Zealand history*, ed. by W. D. McIntyre and W. J. Gardner, Clarendon Press, Oxford 1971.

<sup>115</sup> J. Kukulka, *op. cit.*, p. 310-311; S. Terry, *Where the wave of the future will crest?* in: *The Christian Science Monitor*, September 28, 1982.

prototype was EEC, was on the Pacific Economic Cooperation Council<sup>116</sup>. The still functioning organization has opened their membership on the representatives of ASEAN, China, Taiwan, South Korea, Russia, South-West American states and other island countries from the Pacific Ocean<sup>117</sup>. One cannot forget the first attempts of formalization the Pacific zone were made by Japan, which was trying to create the common market. Nevertheless, the newly sovereign states were unwilling to go into the close, formal community, like EEC were. Japan itself pursued to use a term more neutral, related to *the balance of power*; that is *cooperation*.

However, such cooperation, was constituting, next to export, a possibility of economic expansion into Pacific states. More than 70 % of the development assistance carried by Japan turned to the South Pacific states along with the export and investments. Therefore, the small island countries started to become dependent on political decisions in Tokyo. Also, the Soviet Union and the United States wanted to get involved in the leadership of the Pacific cooperation. The Pacific countries were afraid of the new hegemony of Japan, which in turn might evolve into military hegemony. USSR proposed the multilateral work for the research of seabed, fishery, commercial agreements *etc.* Such idea, which was also aimed against American influences, was accepted by the governments of Kiribati, while Fiji and other islands were considering joining the project.

In the course of time, there were strong antinuclear tendencies in the Pacific region. Australia was the first state in this area, which was openly against French nuclear testing on the Pacific Ocean. Canberra proposed creating the denuclearized zone. New Zealand was Even more strict in this matter. *New Zealand's Nuclear Free Legislation* was introduced by the Prime Minister, David Lange. There was a general prohibition on flowing nuclear-armed ships into New Zealand waters or its ports<sup>118</sup>. Nevertheless, such statement was understood as the breach of alliance under the name of ANZUS (The Australia, New Zealand, United States Security Treaty). Additionally, two other members decided to adjourn *sine die* next meeting in 1985. This international defence organisation was established in 1951. Due to the membership of the two largest states in the South Pacific region, ANZUS will be described in the following part of the paper.

Treaty of Rarotonga, signed in the capital of the Cook Islands in 6 August 1985, finally formalized a nuclear weapon free zone in the South Pacific. The parties of the South Pacific Nuclear Free Zone Treaty declared the general ban on using, testing and possession of any kind of nuclear weapons within the territories of the signatories. The

---

<sup>116</sup> Formerly under the name of the Pacific Economic Cooperation Conference, due to informal form of cooperation.

<sup>117</sup> Additionally, France is an associate member due to its Pacific territories.

<sup>118</sup> M. Green, *The Changing Face of New Zealand Diplomacy*, New Zealand International Review 2008, Volume 33 No 6; J. Kukulka, *op. cit.*, p. 311.

draft of this regional document was directed against French nuclear testing as well as the storing of the dangerous materials at the seabed. The main global actors to whom the drafts were sent were not unanimous. The US and France issued the negative response, while Russia and China agreed with the demands. Unfortunately, the forgotten issue remains until today. The weak and barely audible voice of small Pacific countries was not able to stop the defence interests of the bigger powers at the international arena. The habitants of islands are still having a severe health problems, which are very often hereditary<sup>119</sup>.

The change of regional order in the South Pacific was the final stage in the Wellington-Paris diplomatic conflict. Here is important mentioning the consequences of the sinking of a ship, purchased by Greenpeace, international environmental NGO. The ship, previously belonging to the United Kingdom (UK), was called the Rainbow Warrior. The bombing of the vehicle in port of Auckland in 1985 was made by the French intelligence services. The attack was the attempt of preventing the Greenpeace actions against French nuclear testing in Moruroa, atoll in French Polynesia. The secretary general of the UN, Javier Pérez de Cuéllar, was a mediator in 3-years-lasting conflict. The states of the Melanesian bloc, that is Papua New Guinea, Solomon Islands and Vanuatu, decided as well on exerting pressure on France through the UN<sup>120</sup>.

As it was already presented, the regional relations among the South Pacific states were made on the example of the EEC. The promotion of regional cooperation would be patterned after the free trade zone in Europe. However, such Pan-Pacific organization, being broader in scope than ASEAN, would have its own, unique style of consensus decision-making, how described the point dr. Somsakdi Xuto, on the fifth Pacific Rim conference in Los Angeles<sup>121</sup>. Also, the human rights integration or rather creating the legal platform common for all the Pacific islands became the second step, after the positively implemented economic assimilation. The issue of the regional economy was indeed more difficult due to some features within the South Pacific area. Firstly, the level of national economies were varied, some countries were still much linked to former metropolis or other bigger sovereign states, and finally, some of them wanted to depend more on the big international actors, like Japan, the Soviet Union or Australia rather than on new incipient regional cooperation. On the conference of the ministers of the foreign affairs in Canberra in 1989, there was established the first institutionalised form of consultation and initiatives of the common economic cooperation, under the name of APEC (Asia-Pacific Economic Cooperation). Four years later, in 1993 there was taken

---

<sup>119</sup> More about this clue problem: D. Zdziech, *Poland na Pacyfiku* [Poland- a village on the Pacific Ocean], a lecture on the conference *Polacy na Pacyfiku* [The Poles on the Pacific Ocean], 7.12.2012, Cracow.

<sup>120</sup> J. Kukulka, *op. cit.*, p. 403-404.

<sup>121</sup> Dr. Somsakdi Xuto was the dean of Thailand's National Institute for Development and Administration.



another step in the economic integration. AFTA (ASEAN Free Trade Area) was at its aim, encourage the foreign investors to deposit funds in the region as well as to increase bartering.

Here is worth mentioning the American influence into the Pacific area. President Bill Clinton's administration was using diplomatic measures on other parties during the meeting of the Pacific states summit in 1993 in Seattle. The participants finally agreed on the transformation of ACEP into the free trade zone, just like already were NAFTA and EEC. Nevertheless, there was a dispute on the bounds of economic cooperation. One group of countries, represented by the US and Australia, voted on the total departure from tariff walls. *A contrario*, Asian states, including China and Japan, were afraid of the different level of national economies, which in turn could harm the common market. Eventually, it was determined in 2020 there will be the largest free economic zone in the whole world, comprised of 2,2 billion of inhabitants and 45% of the world's business transactions<sup>122</sup>.

### 3. Geopolitical Scope of Pacific Cooperation

The South Pacific region is generally regarded as backwater isolated from the international relations. Due to the western, dominions interest, the area of twenty island-territories required further attention. After the two bursts of decolonization, 1962-1970 and 1974-1980, political situation of the Pacific states has changed. By this moment, there are nine sovereign island countries (excluding the biggest states, Australia and New Zealand), plus five associated states. At last, they are in a position to form their own foreign policy. However, one must remember development of the *South Pacific Regionalism* on one hand is initiated by those several new independent states, on the other- is strongly supported by western powers from the Pacific rim. This created an unique, international and regional system of relations between states, involving various interests. Therefore, the three dimensions of South Pacific regional relations can be distinguished. Those are relations among island states themselves, between Pacific states and metropolitan powers, and finally between, so-called the *new North Pacific* (The United States, Japan, and Canada)<sup>123</sup> interests and island states<sup>124</sup>.

The European Economic Community signed with the African, Caribbean and Pacific Group of States (ACP) the Lomé I Convention in 1975, in the capital of Togo. Under

---

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 591-596; R. W. Baker, Pacific Summit in Seattle: Testing Clinton's Asia-Pacific Policy, Asia Pacific Issues, Analysis from the East-West Center No. 9, November 1993.

<sup>123</sup> More about the new North Pacific read: M. Fry, J. Kirton, M. Kurosawa (ed.), *The North Pacific Triangle: The United States, Japan, and Canada at Century's End*, University of Toronto Press, Toronto 1998.

<sup>124</sup> G.E. Fry, *Regionalism and International Politics of the South Pacific*, in: Pacific Affairs, Vol. 54, No. 3 (Autumn, 1981), p. 455.

this cooperative agreement in the field of trade, 10 million EUA<sup>125</sup> was approved for Tonga, Fiji, Papua New Guinea and Western Samoa. All the seven Pacific signatories and institutions, like the University of the South Pacific in Suva, were able to develop their regional projects. The huge success of the European development programme was recurred three times more, through the Lomé II, III and IV. The Cotonou Agreement is the successor to those conventions. It was signed in Cotonou, the seat of government of Benin, in 2000<sup>126</sup>. Former European Trade Commissioner, Peter Mandelson, said that global economic change might be a force for development in the Pacific region. Such force can provide new markets for exports, innovative possibilities for investment and trade. The EU needs to build a new partnership with the states from the Pacific Ocean, what in turn will lead to strengthening the region economically and as well will equip those countries for a fast changing world economy<sup>127</sup>.

The Cotonou Agreement is an example of the European Union Partnership Agreement (EPA). It was signed by the EU and the seven ACP regions, including the Pacific group. It has to be noted all members of the Pacific Islands Forum (PIF), an inter-governmental organization, negotiate own vision of the EPA with the EU. The main objectives of those regional trade agreements are indeed to promote the economic growth, as well as gradual integration of the states from one particular geopolitical area. Such fostering of regional integration is being made through creation of special, very often unique for a region, conditions for attracting essential interests. But the EU-Pacific EPA is not just about trade in goods or services. Other dimensions include sustainable development, stable business environment, competitiveness, better market access and better deal for households within the Pacific island states' economies<sup>128</sup>.

The Association of Southeast Asian Nations is not compounded by any of the countries from the Pacific Ocean. However, from the beginnings of its functioning, it has shown concern into this particular region. Labels such as *Pacific Asia*, *Asian Pacific* have been used by the scholars and experts, who seem to noticed the huge potential of, until recently, neglected area. The rapid growth of South East Asian economies attracted deal of attention. Forming the dynamic core of new subdivision of the world economy, a Pacific Asian core region requires strong integration and cooperation itself. It appears

<sup>125</sup> The European Unit of Account (EUA) was the European Communities currency for years 1975-1979.

<sup>126</sup> U. F. Neemia, *Cooperation and Conflict: Costs, Benefits and National Interests in Pacific Regional Cooperation*, South Pacific Books Ltd, Suva 1986, p. 80-104; M. N. Ogbonna, *An Analysis of ACP-EEC Trade after Lome I Convention*, in: *Acta Oeconomica*, Vol. 29, No. 3/4 (1982), p. 341.

<sup>127</sup> Statement from EU Trade Commissioner P. Mandelson, April 2007.

<sup>128</sup> M. Busse and S. Lühje, *Should the Caribbean Countries Sign an Economic Partnership Agreement with the EU?: Challenges and Strategic Options*, *Journal of Economic Integration* Vol. 22, No. 3 (September 2007), p. 599; *Trading for Development: An European Union-Pacific economic Partnership Agreement*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 2007, p. 3-15.

obvious, increase of some region's financial power implicates intensifying of competition among others. Therefore, some international scholars cast doubt upon the existence of the *Pacific Asian Region*. The interests of well developed ASEAN member states are unlikely similar to those of recently independent, developing Pacific island states<sup>129</sup>. What is more important, the centre of the gravity of the global relations and economy itself has been shifting from the Atlantic Ocean, that is international affairs between the US and the EU, to the Pacific Ocean. There are also some voices naming the 21st century the *Pacific century*<sup>130</sup>.

Through many problems concerning ASEAN, the economic cooperation with the Pacific states was the good solution. The advantage from the close relations between these two groups of countries developed in 1990s. The increasing net of economic linkages among the members of ASEAN resulted from their progressively oriented industrialization strategy to the Pacific region. A noteworthy tendency in the cooperation between this international organization and the Pacific states is utilization of foreign direct investments (FDI). Those prompt investments are aimed into production or business in a particular country by a certain company in another state. Such economic activities are understood as the vital stimulus to comprehensive investments<sup>131</sup>. Here is worth mentioning some precise data concerning the Pacific states' economy. Intra-regional trade share statistics, presented by the United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP, or rarely used UNESCAP), refers to trade focusing on economic exchange between countries of the region and/or economic zone. The annual rate in 2012 of change in intraregional trade share, increased from 12,4% in 1989 to 19,7% in 2011<sup>132</sup>.

From the inspiration of ASEAN, there has been shaping the idea of currency cooperation among Pacific states. In 1997, there was a first meeting of the highest representatives responsible for monetary policy. The group compounded of Australia, the United States, Japan, China, Hong Kong and Singapore called themselves G-6. The annual rapport of the Asian Development Bank (ADB), the international financial organization with the aim of supporting the economic development and improving the live conditions in the developing countries of the Asian and Pacific states, presented the optimistic data.

---

<sup>129</sup> Ch. Dixon and D. Drakakis-Smith, *The Pacific Asian Region: Myth or Reality?*, in: *Geografiska Annaler. Series B, Human Geography*, Vol. 77, No. 2, p. 75.

<sup>130</sup> Interview with D. Zdziech, president of the Polish Association ANZORA (Australia, New Zealand and Oceania Research Association), Cracow 15.03.2013.

<sup>131</sup> T. K. Yam, T. M. Heng and L. Low, *ASEAN and Pacific Economic Co-operation*, and F.A. Albuero, C.C. Bautista and M.S.H. Gochoco, *Pacific Direct Investment Flows into ASEAN*, in: *ASEAN Economic Bulletin*, Vol. 8, No. 3, ASEAN and The Pacific (March 1992), p. 284, 309.

<sup>132</sup> Data exported from Statistical Yearbook for Asia and the Pacific 2012, UNESCAP website: <http://www.unescap.org/stat/data/syb2012>, 21.03.2013.

The level of Asia and Pacific share in the world's income would increase from 40% up to 57% in 2020. However, the good forecast did not come true due to the financial crisis at the half of the year 1997<sup>133</sup>. Nevertheless, after the introduction of the Euro currency in the EU, Pacific Islands along with New Zealand and Australia were even more interested into the currency union. The core currency in the region is still the Australian dollar. The degree of convergence among economies of those states shows a tendency toward divergence. From this reason, the common currency seems to be a premature trend in the South Pacific region<sup>134</sup>.

The ASEAN Regional Forum (ARF) was established in 1993 “to foster constructive dialogue [...] on political and security issues [...] and to make significant contributions to efforts towards confidence-building and preventive diplomacy in the Asia-Pacific”<sup>135</sup>. Australia, New Zealand and Papua New Guinea are the only Pacific state members. Others, like East Timor<sup>136</sup>, are situated in the Asia-Pacific economic zone, therefore are more likely to cooperate with the South Pacific islands. The relevance of ARF for regional security in the Pacific basin is fairly disputable. It stems from the fact, ASEAN itself insists on its primacy in promoting security. Therefore, Regional Forum may act just in the field of preventive diplomacy. The diplomatic measures are being used by the scholars and the policymakers of the Pacific governments, mostly to deal with the slight security problems. Other role of ARF is problem-solving and negotiations for the economic development and stability within the region of Pacific<sup>137</sup>.

The idea of cooperation within the *Pacific Rim* was born in 1989 during the Canberra meeting, through the APEC regional organization, what was already signalised earlier in this paper. This unique cooperation among the independent Pacific islands states, ASEAN and Japan, as well as dependent territories is being achieved through various intergovernmental organizations and NGOs. The creation of the Pacific Rim regionalism is being form *inter alia* by the East-West Center. This education and research

<sup>133</sup> J. Kukulka, *op. cit.*, p. 596.

<sup>134</sup> More about the perspectives of the Pacific currency read: K. Bunyaratavej and T. K. Jayaraman, *Are the Pacific Island Countries Ready for a Single Currency?*, in: *The Journal of Developing Areas*, Vol. 40, No. 2 (Spring, 2007), p. 141.

<sup>135</sup> The First ARF Chairman's Statement, Robert Tomei in 1994.

<sup>136</sup> Officially the Democratic Republic of Timor-Leste. About the international personality of Timor and its war of independence, read: Ł. Bonczół, *Timor Wschodni: Od reliktu kolonializmu do problemu międzynarodowego* [From the relict of Colonialism to the International Problem], Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2008.

<sup>137</sup> M. Antolik, *The ASEAN Regional Forum: The Spirit of Constructive Engagement*, in: *Contemporary Southeast Asia*, Vol. 16, No. 2 (September 1994), p. 117; D. Heller, *The Relevance of the ASEAN Regional Forum (ARF) for Regional Security in the Asia-Pacific*, in: *Contemporary Southeast Asia*, Vol. 27, No. 1 (April 2005), p. 123; R. Lim, *The ASEAN Regional Forum: Building on Sand*, in: *Contemporary Southeast Asia*, Vol. 20, No. 2 (August 1998), p. 115; T. Yuzawa, *The Evolution of Preventive Diplomacy in the ASEAN Regional Forum: Problems and Prospects*, in: *Asian Survey*, Vol. 46, No. 5 (September/October 2006), p. 785.

organization, found in Honolulu, Hawaii aimed at promotion of better relations and understanding among nations of the United States, Pacific and Asia<sup>138</sup>. Sustainable Pacific Rim Cities is another forum of discussion, in the field of sustainability and innovation by using the method of ecological applied research, between and within the Pacific cities and villages<sup>139</sup>. Another research institute founded on the University of British Columbia, Canada is the Institute of Asian Research. In addition, the Rim of the Pacific Exercise (RIMPAC) was set up in 1971 by the United States Pacific Command, armed forces responsible for the Pacific Ocean area. It involved naval forces from Australia, Canada, New Zealand, UK, and US to coordinate naval exercises on the Pacific basin. RIMPAC 2012 is the 23rd exercise in this series, associated 22 different nations<sup>140</sup>. From those example, the huge variety of branches of cooperation is noticeable in the Pacific Rim. The precise forms and scope of such coordination in the South Pacific area will be presented in the last chapter of the following paper.

The question of leadership is still open. Accordingly, international secretariats, hegemonic powers or even a single government of small state is able to manage the regional cooperation<sup>141</sup>. As commonly known in international law, it all depends on the states' consent. As for the Pacific region, Australia is been mentioned as the leader in its South Pacific area<sup>142</sup>. Historically, there has always been a strong linkage between Canberra and the governments on other South Pacific countries. Due to the positive image of Australia in its region, the state was regarded as a supportive and relatively developed country, regional partner which was able to provide aid in the best interests of Pacific entities. The well known example of humanitarian aid was sent to Papua New Guinea amounting to \$436 million. That was indeed the largest Australian humanitarian program directed to any of the Pacific island. Total aid to the South Pacific region doubled from \$175.8 million in years 2003-2004 to \$383.1 million in 2004-2005.

*Good governance – Pacific style* is the new programme introduced by the Australian government in the field of cooperation among South Pacific states. Such relationships have been built by the Australian sector of NGO with the Pacific civil society

---

<sup>138</sup> The rapport to the US Congress of. Comptroller General, E. B. Staats, *East–West Center: progress and problems. Report to Congress*, 1978, p.9; *The East-West Center and the Pacific*, East-West Center, Los Angeles 1985, p. 3-27.

<sup>139</sup> The website of the Sustainable Pacific Rim Cities: <http://www.sustainablepacific.org>, 24.03.2013.

<sup>140</sup> P. J. Katzenstein, T. Shiraiishi, *Network Power: Japan in Asia*, Cornell University Press, New York 1997, p. 26-28; Ch. A. Meconis, M. D. Wallace, *East Asian Naval Weapons Acquisitions in the 1990s: Causes, Consequences, and Responses*, Greenwood Publishing Group, London 2000, p. 194-196.

<sup>141</sup> U. F. Neemia, *op. cit.*, p. 16, 44; J. Ravenhill, *APEC and the Construction of Pacific Rim Regionalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, p. 6-19.

<sup>142</sup> Lecture *Australia – emergence of a modern nation built on diversity and 'fair go'* of dr. Sev Ozdowski from University of Western Sydney, Australian Human Rights Commissioner, on the conference *Polacy na Pacyfiku* [The Poles on the Pacific Ocean], 7.12.2012, Cracow.

partners, through programs of legal, economic, and public sector reform. They incorporate some activities which strengthen civil society and human rights as well. Some dimensions of Australian good governance for Pacific are effective consultations, appropriate aid delivery mechanisms, land tenure as an integral part of Pacific island cultures<sup>143</sup>.

## Part III. Arrangements of Cooperation in the South Pacific Region

### 1. Cooperation through International Organizations

The achieving consensus concerning cooperation in the South Pacific is very hard due to variety of this region. Contrary to the European continent, the Pacific states neither shared the same religion for which to go to war nor created the common security system after the Second World War and the Cold War. Nevertheless, both those geographical regions are compounded of many different cultures having the diverse history, in addition, which have been cooperating initially on the economic level. Even though the economic changes in the South Pacific area are indeed immense, the politicians there try to follow the methods of the western liberal leaders<sup>144</sup>.

There are many intergovernmental organizations in the region of South Pacific. Some are well-known globally due to their huge contribution to development and promotion of this area. Others, however, are not that much proven by non-Australasian scientists or politicians because of their specific field of interest, such as fishery, geosciences, higher education, *etc.* Using the subjective method, the Pacific organizations can be divided into two groups; one, dealing with the political and economic matters, aims at widely understood development of the region as well as the cooperation through closer integration. The examples are PIF, the Secretariat of the Pacific Community (SPC) and The Melanesian Spearhead Group (MSG). In the second group of regional intergovernmental organizations are those having one particular object of their interests, like the South Pacific Tourism Organisation and the Pacific Aviation Safety Office.

SPC is now the largest regional organization in the Pacific<sup>145</sup>. It was founded in 1947, by six governments administering territories in the Ocean: Australia, France, New Zealand, the Netherlands, UK and USA. Formerly called *The South Pacific Commission*,

<sup>143</sup> N. Wendt, *Australia's Role in the Region - Preventing Failed States*, from the Conference Human Rights: A Pacific Agenda - Partnership and Perspectives; Inaugural Amnesty International Australia Human Rights, 4-5 September 2004 Brisbane.

<sup>144</sup> G. Hawthorn, *Azja i rejon Pacyfiku* [Asia and the Pacific Region], Prószyński i S-ka, Warszawa 2000, p. 20.

<sup>145</sup> According to the United Nations. See: *Report of the Secretary-General on Regional and sub-regional inputs*. E/CN.18/2011/3 from year 2011.

this international institution was to restore stability to the region which had experienced the effects of the Second World War<sup>146</sup>. Since then, the process of regionalism has continued to grow in this area<sup>147</sup>. Nowadays, SPC is composed of 22 Pacific Island countries and territories (PICT). They all aim at the sustainable development in many disciplines, from public health, agriculture and forestry, water resources, disaster management to education, energy, and youth. All those areas are indeed vital to the 8 million inhabitants of the Pacific region. Due to their remote locations, scarced natural resources, decreasing food security and growing population, the need of the effective existence of SPC is being crucial. In 2012 the organization celebrated 65 years of “service”, as the organization proudly emphasizes, to PICT. Noteworthy is the Pacific Plan, the exceptional programme of Secretariat of the Pacific Community. It assumes the strategy for strengthening regional cooperation as well as integration in the Pacific Ocean. It also provides a high-level framework for cooperation of national governments, local agencies and development partners<sup>148</sup>.

The first meeting of the South Pacific Forum, as the organization was renamed on the Pacific Islands Forum in 2000, was held in Wellington in 1971. The discussion was concentrated, in particular, on political issues; nuclear testing and decolonization. Nevertheless, the initial practical impact came in the area of economics. From this reason, the question how to develop connections within the region, especially economically, was the major one. In spite of national benefits overriding regional interest, lack of capacity and the ability of single country to exercise a veto, the Forum has still strong difficulties to achieve “Pacific Way” consensus. There have to be, however, mentioned some international actions taken by this organization. Thanks to its effort, the Forum Fisheries Agency (FFA) was founded in 1979 with the aim of providing information sharing also in tough negotiations on the large and tuna-rich Exclusive Economic Zones. Secondly, the South Pacific Nuclear Free Zone Treaty was signed in 1985 because of the statements calling for action within the region. The most famous and well-known achievement was to make global leaders aware of sea level rise, being the most serious environmental threat to the Pacific region<sup>149</sup>. 19 self-governing island states are the members. Along with other dependencies, they meet annually to work on collective response on regional issues. This makes PIF the region’s main political and economic organization<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> *Secretariat of the Pacific Community, First Regional Conference of Heads of Agriculture & Forestry Services*, by Secretariat of the Pacific Community. Heads of Agriculture and Forestry Services. Regional Conference, Secretariat of the Pacific Community, Suva 2005.

<sup>147</sup> U. F. Neemia, *op. cit.*, p. IX.

<sup>148</sup> More about the activities of SPC find on the website: <http://www.spc.int/en/about-spc.html>, 16.05.2013.

<sup>149</sup> E. Shibuya, *The Problems and Potential of The Pacific Islands Forum*, in: *The Asia-Pacific: A Region in Transition*, ed. by J. Rolfe, Asia-Pacific Center for Security Studies, Honolulu 2004, p. 102-115.

<sup>150</sup> See the PIF website: <http://www.forumsec.org.fj/pages.cfm/about-us>, 16.05.2013.

The Pacific Islands Development Program (PIDP) provides data base and statistics of the Pacific island states as well as publications appropriate to the needs of those nations. The activity of huge importance is locating and matching scholars from this region having various interests, who deal with common areas. Such a broad range of activities is to enhance the quality of life in the region of the South Pacific. PIDP, established in 1980, began as a forum through which island leaders had an unique chance to discuss issues of development. The mission of the East-West Center (American organization, the founder of the programme) was the assistance to heads of Pacific states in their collective efforts to achieve as well as sustain equitable both social and economic development coherent with the goals of the islanders. The organizational structure, adopted in 1990, is made up of the 20 heads of government from the Pacific area. The Pacific Islands Conference of Leaders is compounded not only by presidents and prime ministers of the sovereign states but also by governors of the dependent territories, like Guam, the Northern Mariana Islands, Hawaii and American Samoa<sup>151</sup>.

The Melanesian Spearhead Group is one of the smallest regional organization on the South Pacific Ocean. Founded as a political gathering in 1983, is composed of Papua New Guinea, Fiji, Solomon Islands and Vanuatu. The controversial member is the FLNKS of New Caledonia. The Kanak and Socialist National Liberation Front (French: *Front de Libération Nationale Kanak et Socialiste*) aims at independence of this special collectivity from France. Member states have formalized their group under international law in 2008 in Vanuatu. The MSG Secretariat comprises of four divisions, dealing with corporate services, economic and social development, trade and investment, and political affairs. There is however currently gradual shift to economical issues from its initial political focus. Due to the similarities in both geography and economics, as well as because of historical and cultural ties, MSG is seen as an emerging power in the South Pacific region<sup>152</sup>.

Nowadays, it is not anymore the security, in its classical sense, but the international economy, which does matter for the national interests<sup>153</sup>. The South Pacific governments have been becoming more open to economic cooperation up from approximately twenty years. Different levels of national income of states in the Pacific region are reflected in

<sup>151</sup> The full list of member states, find on the website of the East West Center: <http://www.eastwestcenter.org/pacific-islands-development-program/regional-secretariat/pacific-islands-conference-of-leaders>, 16.05.2013; E. K. Bailey, *Oceania: A Pacific Odyssey in Management Research*, in: *International Studies of Management & Organization*, Vol. 24, No. ½, 1994, p. 66.

<sup>152</sup> M. L. Ahmadu, R.A. Hughes, *Commercial Law and Practice in the South Pacific*, Routledge, London 2006, p. 394-399; *Vanuatu Economic & Development Strategy Handbook* by USA International Business Publications, Washington 2007, p. 31, 160; official website of MSG: <http://www.msgsec.info/index.php/about-us>, 17.05.2013.

<sup>153</sup> G. Hawthorn, *op. cit.*, p. 55.



the structure of gross domestic product (GDP). Generally in poorest, less developed island countries, agriculture plays the most important role. The examples of such national economies are Tonga, Samoa, the Salmon Islands and the Cook Islands. On the other side, there are New Zealand, Australia and French Polynesia. Those territories are characterised by the largest service sector in GDP<sup>154</sup>. There has to be noted the South Pacific region is no longer an isolated area of the global economy. Through the instruments of the World Trade Organization (WTO), improvements in transport and communication were possible. The development imperatives created for island states in this region were indeed proactive steps in making efficient system of trade management. The legal attempts to put the South Pacific into international market have begun with the Pacific Agreement on Closer Economic Cooperation (PACER)<sup>155</sup>. Along with the Pacific Island Countries Trade Agreement (PICTA), signed in 2001, the agreement tends towards phase in free trade amongst the small islands and secondly, within the region (that means the biggest neighbours, Australia and New Zealand). The main reason is to follow the global market, while not being removed<sup>156</sup>.

The contemporary development of the Pacific trade cooperation was at first elaborated by two regional trade agreements (RTAs): the South Pacific Regional Trade and Economic Cooperation Agreement (SPARTECA), established in 1981, and by Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement (ANZCERTA), signed in 1983. The main goal was to develop the trade exchange among member states through the abolition of custom duties<sup>157</sup>. As the article 2, letter c and f of SPARTECA implies: the objectives of RTA are: “to promote and facilitate this expansion and diversification through the elimination of trade barriers” as well as “to promote and facilitate economic cooperation, including commercial, industrial, agricultural and technical cooperation”<sup>158</sup>. On this example, one can see the huge and enlarging importance of RTAs all over the world, starting from the small regions, like the South Pacific is. The provision of regional public goods, so-called RPG, in a variety of areas, needs formal frameworks for such regional cooperation, through formal regional cooperation agreements (RCAs).

---

<sup>154</sup> W. Malik, *Ogólny zarys Australii i Oceanii; Poziom rozwoju i struktura gospodarki* [The general outline of Australia and Oceania: The Level of Development and the Structure of Economy], in: *ABC Świat; Australia, Oceania, Antarktyda* [ABC World; Australia, Oceania, Antarctica], KDC Klub dla Ciebie, Poznań 2003, p. 29.

<sup>155</sup> M. L. Ahmadu, R.A. Hughes, *op. cit.*, p. 400-402.

<sup>156</sup> E. Shibuya, *op. cit.*, p. 116.

<sup>157</sup> J. Groch, *Regionalne grupowania gospodarcze* [Regional economic groups], in: *Popularna Encyklopedia Powszechna: Kontynenty i państwa: Australazja, Antarktyka* [The Universal Encyclopedia: Continents and Countries: Australasia, Antarctica] ed. by R. Mydel, J. Groch, Fogra, Kraków 2000, 215-216.

<sup>158</sup> South Pacific Regional Trade And Economic Cooperation Agreement, signed in 1980, entered into force a year after. The full text of the document available on the website of the United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific: <http://www.unescap.org/tid/aptiad/viewagreement.aspx?id=SPARTECA>, 17.05.2013.

Naturally, the good adoption of the technology of RTA and RCA among nations is a consequence of *new regionalism*, illustrated at the beginning of this paper<sup>159</sup>.

The island states of the Pacific Ocean are members of many economic organizations, among which, there has to be brought a notice on two of them. The Pacific Basin Economic Council (PBEC), founded in 1967 by the American economist Weldon B. Gibson, is the oldest independent business association in the region. Its independence character comes from the apolitical vision of cooperation among states. The mission of PBEC is to position the private sector as a necessary partner in development and economic integration of the region of Asia Pacific. Thanks to the meetings, forums, symposiums organized many times per year, the close cooperation among the governments of the Pacific states and external stakeholders is efficient<sup>160</sup>. Secondly, PBEC is also the institutional member of the Pacific Economic Cooperation Council (PECC). This tripartite partnership, established in 1980, gathers the specialists from business and public sector, along with academic, intellectual circles. The program aims for better cooperation, policy coordination in areas of trade, investment, and finance, as well as for promotion of economic development in the Asia Pacific region through mutual aid, joint ventures and other forms of linkage. Regional community of members of PECC initiated the official process of APEC in 1989<sup>161</sup>.

The Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP) is the United Nations regional agency. The geographical scope stretches from Turkey to Kiribati, and from Russia to New Zealand. The 62 member states are inhabited by 4.1 billion people, or in other words, by two thirds of the world's population. Those indexes make ESCAP the most comprehensive regional commission among five UN agencies, as well as the biggest United Nations body serving this region. Together with regional partners, ESCAP promotes and provides a forum for its members of regional cooperation and collective actions. It also assists countries in creating and sustaining social equity and shared economic growth. In addition, the Commission gives stronger participation to the least developed, smaller island states and landlocked countries in the region of Asia. The

---

<sup>159</sup> R. Devlin, A. Estevadeordal, *Trade and Cooperation: A Regional Public Good Approach*, publication of the Pacific Economic Cooperation Council from the summit in 11-12 November 2002 Vancouver.

<sup>160</sup> For more information about PBEC, please read: *Pacific Basin Economic Council*, ed. by J. Russell, R. Cohn, Tbilisi State University, Tbilisi 2012; see also the website of PBEC: [http://www.pbec.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2&Itemid=4](http://www.pbec.org/index.php?option=com_content&task=view&id=2&Itemid=4), 18.05.2013.

<sup>161</sup> A. Elek and H. Soesastro, APEC: origins, evolution, achievements and potential, in: *International Institutions and Economic Development in Asia*, ed. by S. Armstrong and T.T. Vo, Taylor & Francis, New York 2010, p. 182; the full list of participants available at the website of PECC: <http://www.pecc.org/about-us/about-us>, 18.05.2013.

various lessons learned from the experienced states include the huge importance of sharing such experience with the internationally forgotten states<sup>162</sup>.

One of the most important sectors in national economies of the South Pacific states is fishery. The process of transformation from colonies and/or dependencies into self-governed international entities, having free market, is a long way for all these island states. As it was previously pointed, the economy of the developing islands is based on agriculture. Obviously, the natural and geographical circumstances enable to get more from fishery than from agriculture in European sense. All of the Pacific island states benefit from use of tuna, which is worth over \$3 billion every year. This occupation is also very important for the islanders' livelihood. There are three most influenceable fishery organisation in the Pacific region: the Pacific Islands Forum Fisheries Agency (FFA) established in 1979, the Western and Central Pacific Fisheries Commission (WCPFC) from year 2004 and the South Pacific Regional Fisheries Management Organisation (SPRFMO) established in 2010. The member states of those regional organizations committed themselves to the long-term conservation and also sustainable use of the resources of the South Pacific Ocean as well as to safeguard the marine ecosystems in which the fishery resources occur. The main focus is put on sustainable fishing, especially of tuna, but the most practical aspect of the functioning of FFA is to control and register fishing vessel. Last but not least, the forum makes lot of efforts to strengthen regional solidarity so 17 members could be able to manage and develop the fisheries now and in the future<sup>163</sup>.

Among regional organizations dealing with cooperation of states in the South Pacific, there are many of economic-social character. The island leaders are familiar with the urgent necessity of assurance of living conditions to their citizens. The fake paradise view of states such as Kiribati, Vanuatu, East Timor or Papua New Guinea makes global politicians and businessmen difficult to see the true and indeed tragic situation of the Pacific inhabitants. Many islands are like villages with no access to the medical care or secondary education<sup>164</sup>. Asian Development Bank (1966) gathers all PICT countries in aim of enable the poorest residents the access to essential goods, services and

---

<sup>162</sup> *ESCAP Towards 2020: Issued on the Occasion of the Commemorative Sixtieth Session of the Commission* by United Nations Publications, New York 2004, 7-8; *Facilitating the Accession of ESCAP Developing Countries to WTO Through Regional Cooperation: Papers Presented at the Regional Seminar on Facilitating the Accession of ESCAP Developing Countries to WTO : Bangkok, 18-21 February 2002* by United Nations Publications, New York 2002, p. 13-14 ; *Report of the Secretary-General...*

<sup>163</sup> More detailed information about the organization of these three institutions, find in: the websites of accordingly FFA, WCPFC and SPRFMO: <http://www.ffa.int>, <http://www.wcpfc.int>, <http://www.south-pacificrfmo.org>, 18.05.2013.

<sup>164</sup> The interview with Dariusz Zdziech, Warsaw 18.04.2013.

opportunities<sup>165</sup>. The South Pacific Board for Educational Assessment (SPBEA) is the regional organization established in 1980 to create assessment procedures for national and regional certificates. As Anaseini Kubuabola Raivoce, director of SPBEA, wrote in the strategic plan for years 2010-2012 “Each Pacific Island country is rising to the challenges of educational reform within the globalised society and are at various stages of reviewing their primary and secondary curricula”<sup>166</sup>.

Here is worth mentioning two extraordinary institutions. Even though they are not international organizations, one has to admit their immense influence on the Pacific regionalism. The University of South Pacific and Fiji School of Medicine (FSM) are both located in Suva, the capital of Fiji. These higher education schools provide the well-educated professionals in the region of the South Pacific. Previously, the only existing colleges were situated in New Zealand or Australia. FSM is the first medical institute in this area, set up in 19<sup>th</sup> century. The school provides education in a number of disciplines. In 2010, it merged into the Fiji National University<sup>167</sup>. The University of South Pacific in turn, is the only university in the world owned by the Cook Islands, Fiji, Kiribati, the Marshall Islands, Nauru, Niue, the Solomon Islands, Samoa, Tokelau<sup>168</sup>, Tonga, Tuvalu and Vanuatu. The school has fifteen campuses in different PICT which enable students to get the higher education on the international level<sup>169</sup>.

As the national security can be understood in two senses, military and energy one, in the region of the South Pacific there are two appropriate organizations: ANZUS and Pacific Power Association (PPA). The mission of the defence organisation is to cooperate in military matters in the Pacific Ocean. As described in the second chapter of this paper, there was a dispute between United States and New Zealand. It ended in 2010 by signing the Wellington Declaration. The bilateral document focuses on two main issues: practical cooperation in the Pacific region and enhancing political dialogue<sup>170</sup>. PPA in turn deals with direct cooperation among the Pacific island power utilities, private sector as well as regional aid donors. This intergovernmental agency, set up in 1992 is compounded not

<sup>165</sup> B. Leonard, *Asian Development Bank: Questions and Answers*, DIANE Publishing, Darby 1992; the official website of Asian Development Bank: <http://www.adb.org/about/main>, 18.05.2013.

<sup>166</sup> Strategic Plan 2010-2012 “Looking after learners of today and tomorrow” of South Pacific Board for Educational Assessment; the website of the organization: <http://www.spbea.org.fj>, 18.05.2013.

<sup>167</sup> *The Pacific Islands: an encyclopedia* ed. by B. V. Lal, K. Fortune, University of Hawaii Press, Honolulu 2000, p. 426; the official website of the Fiji National University: <http://www.fsm.ac.fj>, 18.05.2013.

<sup>168</sup> Tokelau is a territory of New Zealand. According to the UN the atolls are non-self-governing territory.

<sup>169</sup> H. E. Williams, *Library Education in the South Pacific*, Journal of Education for Library and Information Science, Vol. 31, No. 4 (Spring, 1991), pp. 371-373; the website of the University of the South Pacific: [http://www.usp.ac.fj/index.php?id=usp\\_introduction](http://www.usp.ac.fj/index.php?id=usp_introduction), 18.05.2013.

<sup>170</sup> The history and objectives of ANZUS in: M. Pugh, *The ANZUS Crisis, Nuclear Visiting and Deterrence*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; *The Wellington Declaration*, The New Zealand Tribune, Nov 4, 2010.

only by PICT states but also those countries worldwide, which are interested in development of the whole power industry in the Pacific region<sup>171</sup>.

There are also many specialised regional organizations, which gather all of the Pacific islands and territories. It is worth mentioning such international intergovernmental entities as: the Secretariat of the Pacific Regional Environmental Programme, South-Pacific.travel (formerly the South Pacific Tourism Organization), the Pacific Islands Applied Geoscience Commission, the Pacific Aviation Safety Office and the Oceania Customs Organization. On the examples of those briefly described regional organizations, one can observe their way to become leading subjects of international law, established as a gathering or a small, private institution. However, unwilling to confer their competences, states of the South Pacific region had decided to constitute some new forms of political cooperation. The last part of this paper will focus on *ad hoc* institutions, which might become the regional intergovernmental organizations. The condition *sine qua non* is, however, the expression of will of the Pacific states.

## 2. Cooperation by means of *ad hoc* Institutions

The idea of *the Pacific Community* was invented by USA. It was aimed at integration of the societies within the region, regardless of the fact that they were different in many senses; from the civilization level to material development<sup>172</sup>. Therefore, from the geopolitical reason, connecting the regions of East Asia with Pacific has no practical sense. Such dichotomy was already presented in this paper regarding to that part of the globe. But how did this differentiation begin to be recognized in the world of international relations? It was due to US interference in Japan's regional affairs. Washington has managed to convince Tokyo to perceive their neighbourhood as "Asia and Pacific" instead of "East Asia". Thanks to this diplomatic move, United States could broaden its influences over the countries of South East Asia, while Japan was still able to call itself the region leader<sup>173</sup>. In the Wellington Declaration from 2010, there is a statement saying United States is a Pacific nations.

The Pacific Community is the Pan-Pacific conception. It had a long struggle, supported by private persons, associations and foundations, to be finally officially accepted and admitted by the states of this region. During the interwar period, the crucial role in the process of cooperation among this region was taken by the Institute of Pacific Relations. Up from 1919, from the initiative of Young Men's Christian Association from

---

<sup>171</sup> The objectives of PPA find on the website of the association: <http://www.ppa.org.fj/what-is-ppa>, 18.05.2013.

<sup>172</sup> E. Halizak, *Wspólnota Pacyfiku a Wspólnota Wschodnioazjatycka* [The Pacific Community and the East Asian Community], Wydawnictwo Naukowe „Scholar”, Warszawa 2006, p. 8.

<sup>173</sup> G. Hawthorn, *op. cit.*, p.16.

Hawaii, the meetings of the representatives of the island states have been organized. The wide spectrum of the raised topics (the effects of industrialization, migrations, education; the problem with China; the economic, the political and cultural cooperation in the region) along with the apolitical character of the Institute served as the Pacific forum of international cooperation up to the establishment of APEC<sup>174</sup>.

At the end of the Cold War, it appeared that the anticommunism strategies or military alliances are no longer enough to create the regional community under the leadership of Washington. From this reason, US started to influence the Pacific cooperation via new elements. Those were the support in democratic transformations and economic ties, mainly through the financial aid. Many interrogation concerning the possibility of the economic development of this region were taken place by the US congress, represented by senator John Glenn<sup>175</sup>. APEC, the regional forum for economic cooperation among Asian and Pacific states, was the ideal solution in searching for the multilateral cooperation in the field of economy. However, it was Australia, not Japan or US, who initiated this forum. Since the establishment of the organization, 21 states from the Pacific rim became a member. That was a clear signal for the whole international community that the cooperation with small island states possesses the equal matter as the contacts with the Asian economic leaders<sup>176</sup>. Nonetheless, APEC is not an international organizations, acting on the base of the ratified agreement. Its members are also not treated as the heads of states, but as *economic leaders*. On the website of the forum, the full list of the participants is therefore called *Member Economies*, from the fact that: “the APEC cooperative process is predominantly concerned with trade and economic issues, with members engaging with one another as economic entities”<sup>177</sup>.

The activities of APEC can be judged in two terms. The first conclusion says about the huge international success of the forum. After many positive opinions, the member states of ASEAN pushed on the internal changes in their organization too. They recreated their informal meetings into regional forum for the security matters in 1993. Therefore, they have invited other states as the “dialogue partners”, like USA, New Zealand, Australia, Japan, China, Russia, Papua New Guinea along with the European Union<sup>178</sup>. On the other hand, the severe effects of the financial crisis 1997-1998 cannot be left unsaid. The poor combating with the consequences of the crisis was understood as the

<sup>174</sup> E. Halizak, *op. cit.*, p. 38-39,45; P. F. Hooper, The Institute of Pacific Relations and the Origins of Asian and Pacific Studies, in: *Pacific Affairs* 61, No. 1 (Spring, 1988 ), p. 98-121.

<sup>175</sup> J. Glenn was the chairman of the US Senate Foreign Relations Committee’s Subcommittee on Asia and the Pacific in 1978.

<sup>176</sup> E. Halizak, *op. cit.*, p. 52-55; G. Hawthorn, *op. cit.*, p. 17.

<sup>177</sup> The official website of APEC: <http://www.apec.org/About-Us/About-APEC/Member-Economies.aspx>, 20.05.2013.

<sup>178</sup> G. Hawthorn, *op. cit.*, p. 18.

weakness of the Pacific Community idea. As the single states had to struggle with the financial effects in 1998, they also decided to follow the recommendation of the International Monetary Fund (IMF), so not APEC- their closer, regional partner. The leaders of the Asia-Pacific Economic Cooperation themselves recognized IMF as more competent institution for dealing with the problem of the financial crisis. There also should not be forgotten the need of cooperation on the regional level, with the neighbours<sup>179</sup>. Very often, the solutions taken by the global entities are far from the true needs and interests of the local societies.

There are three main practical reasons for establishing economic cooperation among the South Pacific states. Too small territories of the countries, natural resources and the population potential make the very limited possibility of individual development of a certain PICT<sup>180</sup>. The proposal of the Organization for Pacific Trade and Development was also introduced by the US congressman John Glenn<sup>181</sup>. According to Edward Halizak, Polish scientist interested in the region of Asia and Pacific; “The Pacific Community is not the only idea of cooperation and integration in this area, which does not have an alternative. That might be though a wish of USA”<sup>182</sup>. As the confirmation of those words, there is the functioning of CROP, the Council of Regional Organisations in the Pacific. It was established in 1988 by PIF leaders to improve cooperation among the intergovernmental regional organisations aiming at sustainable development in the region. Previously, CROP was functioning under the name of the South Pacific Organisations Coordinating Committee, SPOCC. The Council, at the spearhead of the Secretary General, acts as the coordination mechanism between the chairmen of the regional organisations in the Pacific, as well as the advisory body, to supply high-level advice at national, regional or international level. CROP provides a forum for contributions on the Pacific Plan of SPC.

CROP is a family of agencies. The members are the following Pacific region organizations: the Pacific Islands Forum Fisheries Agency, the Pacific Islands Development Programme, the Secretariat for the Pacific Community, the Secretariat of the Pacific Regional Environment Programme, south-pacific.travel, the Pacific Power Association, the Pacific Aviation Safety Office, the University of the South Pacific and the Fiji National University. Additionally, both the South Pacific Board for Educational Assessment and the South Pacific Applied Geoscience Commission were members too, until they were incorporated to SPC. The Pacific Islands Forum is one of the members, but the

---

<sup>179</sup> E. Halizak. *op. cit.*, p. 85-89, 111.

<sup>180</sup> J. Groch, *op. cit.*

<sup>181</sup> P. Drysdale, *The Proposal for an Organization for Pacific Trade and Development Revisited*, Asian Survey, Vol. 23, No. 12 1983, p. 1293-1304.

<sup>182</sup> E. Halizak. *op. cit.*, p. 142.

secretariat of CROP is also the base of PIF. All agencies are occupied by progressing and facilitating human development of the Pacific islands. CROP puts efforts to ensure this through coordinated and cooperative actions, in the interests of the people of the region. According to the Council mission, achieving its aim using mutual support and cooperation would be more effectively by working together<sup>183</sup>.

In the region of the South Pacific, there are many independent organizations, created by private persons and/or within a private sector operating independently from any form of public government. Despite of their financial profit-oriented business, they also act on behalf of their nations, very often in the name of the state, to tie certain countries, mainly within their region. From 1974, Japan International Cooperation Agency (JICA) occupies the assistance of economic and social growth in developing countries in the Asia Pacific region mainly, along with the promotion of cooperation among states. JICA's cooperation for the Pacific region is focused on shifting gradually from conventional power supply to renewable energy. The projects such as the Hydroelectric Power Development in Vanuatu, Upgrading of Electric Power Supply in Palau or Introduction of Clean Energy by Solar Electricity in Tonga and others, in total 11 PICT, are at the vital importance for the inhabitants<sup>184</sup>.

For the purpose of this paper, the presentation of every non-organization institution with its brief description would not be desired or even possible. As it was already mentioned, the process of regionalism in the South Pacific region is upgrading and touches almost every discipline of public and private life. Some international entities engaging in cooperation merge, some rename to become an IGO and finally some give way to more developed, modern and influenceable institutions. Nonetheless, there are some noteworthy Pacific undertakings. In the branch of private international law, there have been organized four Asia Pacific Regional Conferences, under the auspice of the World Organization for Cross-border Cooperation in Civil and Commercial Matters<sup>185</sup>. The most significant effect of the *Hague Conferences* so far, is the regional proposition of establishing an Asia Pacific Regional Office on private international law<sup>186</sup>. In the field

<sup>183</sup> See the details on the websites of FFA: [http://www.ffa.int/regional\\_organisations](http://www.ffa.int/regional_organisations); PIF: <http://www.forumsec.org/pages.cfm/about-us/crop>; SPC: <http://www.sopac.org/index.php/crop>, 20.05.2013.

<sup>184</sup> The presentation of S. Hiroshi, director of Energy and Mining Development in JICA, *JICA's Cooperation for Pacific Region*.

<sup>185</sup> Conclusions and recommendations of the 4th Asia Pacific Regional Conference of the Hague Conference on Private International Law: *The Work of The Hague Conference on Private International Law*, Manila, Philippines, 26-28 October 2011.

<sup>186</sup> See: *Proposition En Vue D'établir Un Bureau Régional Asie Pacifique Pour La Conférence De La Haye De Droit International Privé Dans La Région Administrative Spéciale De Hong Kong De La République Populaire De Chine* (Proposal to Establish an Asia Pacific Regional Office for The Hague Conference on Private International Law in The Hong Kong Special Administrative Region of The People's Republic of China), Information Document No 2 of April 2012.



of science there has been established a biregional forum between the European Union and the Pacific region. *PACE-Net Pacific Network for Science and Technology* is an unique dialogue platform for public entities, such as universities, ministries and academic institutions to begin an organised and long-lasting framework of bilateral support through increasing the opportunities for technical cooperation by sharing new actors as well as new partnerships from the Pacific region<sup>187</sup>. Afterward, the Asia Pacific Regional Space Agency Forum is the biggest space-related conference in Pacific. It shares information about the contemporary and future activities of each country and region itself in areas of earth observation, satellite applications, space education and awareness, and space environment utilization<sup>188</sup>.

International cooperation in the South Pacific region is also reached by non-institutionalised gathering and meeting of head of states, politicians and diplomats. Here one has to underline the importance of cultural diplomacy. Very often the regional forums, seminars, conferences or simply the joint lunches of politicians, aimed at maintaining already existing relations. Such kind of diplomacy might be understood as the means of reinforcement of international relations, including improvement in awareness of other nations and their traditions. Other advantage of this form of foreign policy is indeed reducing the distance between states, international organizations or social groups, where diplomacy *sensu stricto* might not be efficient. Being a some kind of platform of exchanging the ideas, information and other cultural aspects among nations and their citizens, cultural diplomacy aims at development of mutual understanding<sup>189</sup>. From this point, the reciprocal understanding of values and interests of certain states is the first step to find the common goals in mutual cooperation.

The celebration of ANZAC Day has two dimensions. First, historic one is giving an honour to Australian and New Zealand Army Corps, which served and died in all conflicts. Secondly, this unique event creates an opportunity to tie closely two nations of Australasia. The politics of Wellington can be the example illustrating the huge possibilities of using the wide range of methods of cultural diplomacy. The exchanges to and from New Zealand is one among many ways of presenting New Zealand abroad. The most famous programme is called *Working Holiday Scheme* (WHS), which is a bilateral agreement signed between government in Wellington and 37 other states so far. This programme allows young people to work and travel in the partner state up to one year. It

---

<sup>187</sup> PACE-Net – Pacific Network for Science and Technology, *PACE-NET: A new tool for more cooperation with the Pacific Region*, European Union, 2011.

<sup>188</sup> The 19th Session of the Asia-Pacific Regional Space Agency Forum (APRSAF-19), Kuala Lumpur: 11-14 December 2012.

<sup>189</sup> J. Siekiera, *Dyplomacja kulturalna w relacjach polsko-nowozelandzkich* [Cultural diplomacy in the relations between the Republic of Poland and New Zealand], in: *Folia Iuridica Wratislaviensis*, Vol. 1, No. 2, Wrocław 2012.

is a great opportunity to experience the other nation's culture, as the financial reason of attending WHS is minor<sup>190</sup>. New Zealand House in London, officially called the High Commission of New Zealand, is the next example of a diplomatic move to present the state's position and attitude to others. "It sought to convey to Londoners a sense of New Zealand as a modern state, rather than as a very large farm in the South Pacific"<sup>191</sup>. The Cultural Diplomacy International Programme (CDIP) was approved by the Cabinet of Helen Clark on 31 May 2004. It aims to establish and maintain a cultural presence of New Zealand in overseas regions to improve the state's profile and interest in the fields of economy, trade, tourism, diplomacy and culture. The programme is focused on the management of cultural diplomacy undertakings in the Asia Pacific region<sup>192</sup>.

Following the idea of *Building Cultural Identity* by Helen Clark, a former Prime Minister of New Zealand, cooperation among states has to be multidimensional. Otherwise, it appears fairly difficult to maintain good economic or security relations within a region when other elements of cooperation do not work efficiently. A close neighbour of New Zealand- Australia, found other way to introduce its perception of a regional cooperation. As it was already pointed, Canberra looks for its position in the region, being the biggest and the most developed state in the South Pacific area. *Australian Aid* is an official programme under the auspices of Australian Agency for International Development. Together with the governments of developing countries and their citizens, Australian Aid works to bring the most needed and effective support. Being internationally recognised for the leading role in its region, the agency helps mainly the countries from the Pacific Ocean. The most famous and widely-known action was directed to Papua New Guinea against serious diseases by vaccination over 1.5 million children. Other activities taken in the region by Australian Aid are; improvements in courts in the Cook Islands, advancement in basic education of Kiribati or restoration of peace and security after a period of civil conflicts in the Solomon Islands<sup>193</sup>.

## Conclusion

In this article, forms and reasons of international cooperation among sovereign states in the South Pacific region have been investigated. The paper shows that neglecting areas of Micronesian, Polynesian and Melanesian states do possess many examples

<sup>190</sup> To observe the Polish- New Zealand example of WHS see: J. Siekiera, *Nawiązywanie i utrzymywanie...*

<sup>191</sup> The doctoral dissertation of S. Mark, *A Comparative Study of the Cultural Diplomacy of Canada, New Zealand and India*, The University of Auckland, 2008.

<sup>192</sup> More about the programme on the website of New Zealand Ministry of Culture and Heritage: <http://www.mch.govt.nz/what-we-do/cultural-diplomacy-international-programme>, 20.05.2013.

<sup>193</sup> N. Wendt, *Australia's Role...*; the governmental website of Australian Aid: <http://www.ausaid.gov.au/makediff/Pages/default.aspx>, 20.05.2013.

of joint actions in the name of better and faster development of the poor and newly-independent international entities. What is more, in some branches of cooperation, island states decide on local mutual help, knowing, understanding and respecting each other values and interests rather than on global “interference” into their regional affairs.

The analysis of the international cooperation along with its legal or extrajudicial basis, allowed to differentiate global and regional cooperation. The statement of an alleged differentiation between *international* and *regional* collaboration is consequently false. Region exists between the state and the global level. Furthermore, the process of regionalization is one of the main features of international law. As it was presented, there is an emergence of a new international phenomenon, *regionalism*, where political and economic values, ideas and objectives contribute to a creation of a particular region. Also, it is of the huge importance to be aware of the definition of *cooperation*, which might be described as the essential element of international relations, all the actions for the common benefits, in the name of common interest through forming organizations and coalitions able to make enforceable decisions on joint affairs under shared norms.

Both legal and extrajudicial basis for establishing and providing regional cooperation are effective and supplementary measures to achieve the same goal. Basic difference and uniqueness of every regional community in the world are the reason why states prefer to act locally and not globally. Sharing the same, or at least very similar, history and level of development enable governments to find potential solutions in their neighbourhood.

The characteristic of entities engaged in regional cooperation in the South Pacific Ocean allowed to observed the idea of *Pan-Pacific*. It is aimed at combating the political, economic, social and cultural marginalization of the states, whose nations work to advance cooperation in the major branches. Second factor is to demonstrate the ownership of their resources, as well as to contest external patronizing of former colonial dominions. After the period of decolonization, in 1970s the newly sovereign states have seen the only solution in establishing cooperation with the former dominions or the world’s empires, such as Japan, Soviet Union, United Kingdom or United States, rather than between themselves. However, there were enumerated by the author some factors bringing closer the Pacific states instead of the close collaboration with the world’s leaders. Island countries finally started to consider the huge advantages coming from the regional cooperation.

The whole multitude of international organizations, both governmental and non-governmental are indeed the proof of strong institutionalisation of the idea of the *Pacific Rim*. This philosophy is some kind of response to the American proposal of the *Pacific Community*. Island countries on the South Pacific have decided on many, official and less

formal, forms of creating closer ties in almost every area; from politics, economics and social fields, to relations focused mainly on one particular issue, like tuna fisheries, human help in the least developed states or a platform of scientific discussions. Keeping together in one region and showing their joint voice, tiny in size, previously unheard nations can finally become an equal partner on the international arena. The South Pacific region is not anymore an isolated area. With 16 states, including 5 associated states and over 35 million inhabitants<sup>194</sup>, the Pacific region possesses a huge potential to cooperate and integrate within its region. But in the same time, this geopolitical area might become a significant and respected global actor in the near future.

## Summary

### **International Cooperation among States in the South Pacific Region**

The article aims to illustrate international cooperation among the South Pacific states. The region is getting primacy in geopolitical domination, therefore the 21st century is indeed called the Century of the Pacific. Micronesian, Polynesian and Melanesian island states prefer local mutual help, understanding common values and interests rather than global “interference” into their regional affairs. The least developed and newly-independent international entities benefit from a wide scope of legal and extrajudicial basis in both global and regional cooperation. Furthermore, the process of regionalization in the South Pacific area has its specific features. Uniqueness of this insufficiently explored regional community is the reason why the states decide to act locally and to find potential solutions in their vicinity. Sharing the same history and level of development let the governments combine the common interests into regional organizations or other ad hoc institutions.

The South Pacific, with its 16 states, including 5 associated states and over 35 million inhabitants, possesses a huge potential to cooperate and integrate within its region. The whole multitude of international organizations, both governmental and non-governmental, are indeed the proof of strong institutionalisation of the idea of the Pacific Rim. Keeping together in one region and speaking in one voice, the small-sized, unheard nations can finally become an equal partner on the international arena. The South Pacific region is no longer an isolated area. This knowledge might help establish and maintain close relations globally.

---

<sup>194</sup> Exactly 8,821,286 inhabitants, together with the largely inhabited Australia and New Zealand: 35,448,900. The amount was summed up by the author on the basis of data presented by the Central Intelligence Agency for July 2013: [https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/wfbExt/region\\_aus.html](https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/wfbExt/region_aus.html), 2.06.2013.

# Raje podatkowe w prawie międzynarodowym

## Wstęp

Raje podatkowe budzą zainteresowanie wielu osób – naukowców, biznesmenów, polityków, a także zwykłych ludzi. Współcześnie, w związku z zanikiem większości barier w przepływie informacji, osób, kapitału i usług oraz stopniowego przekształcania się świata w „globalną wioskę”, raje podatkowe zyskują na znaczeniu, a korzystanie z nich się upowszechnia. Kryzys finansowy z 2008 r. oraz różnorakie kontrowersje związane z transferem ogromnych środków do miejsc pozwalających na uniknięcie podatków i kłopotliwych pytań o pochodzenie majątku sprawiają, że tematyka rajów podatkowych zyskuje na aktualności i doniosłości społecznej. Problematyka ta ma charakter kompleksowy i interdyscyplinarny. Raje podatkowe mogą być przedmiotem badań zarówno nauk ekonomicznych, społecznych, jak i prawnych. Niniejsza praca skupia się na przedstawieniu rajów podatkowych w perspektywie prawa międzynarodowego.

Pewne usystematyzowanie i podsumowanie dotychczasowej wiedzy o rajach podatkowych, a następnie odniesienie jej do najważniejszych koncepcji i aparatu pojęciowego nauki prawa międzynarodowego publicznego może mieć walor zarówno naukowy, jak i praktyczny. Ważnym powodem dla podjęcia tematu rajów podatkowych w prawie międzynarodowym jest również pojawienie się w ostatnich latach wielu inicjatyw na płaszczyźnie międzynarodowej, skierowanych w stronę rajów podatkowych. Część organizacji międzynarodowych, z Organizacją Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) na czele, również zajęła się zagadnieniem rajów podatkowych. Ich działania nie ograniczają się do opracowań badawczych, a niektóre mają sporą doniosłość w sferze prawnej.

Istotną sprawą jest wzajemne oddziaływanie na siebie rajów podatkowych, pozostałych państw oraz organizacji międzynarodowych. Czy postępowanie tych podmiotów w pewnych okolicznościach może powodować konsekwencje natury prawnomiędzynarodowej? Jeśli tak, to kiedy i w jakich granicach? Pytanie to dotyczy w szczególności rozmaitych nacisków na raje podatkowe i podejmowanych w związku z ich funkcjonowaniem przedsięwzięć, zarówno przez poszczególne państwa, jak i gremia międzynarodowe.

Należy przyjąć, iż w środowisku rosnącej współzależności gospodarek i systemów prawnych w skali globalnej, raje podatkowe z jednej strony, a organizacje międzynarodowe

zajmujące się ich fenomenem i związanymi z nimi procesami oraz poszczególne państwa z drugiej strony, oddziałują na siebie wzajemnie na poziomie międzynarodowym, poprzez jednostronne, jak i wielostronne działania o charakterze ekonomicznym, prawnym czy dyplomatycznym. Można postawić hipotezę, iż rodzi to pewne implikacje w sferze prawa międzynarodowego. Jeśli tak jest, to czy te wzajemne zależności i podejmowane wobec rajów podatkowych inicjatywy mogą skutkować negatywnymi konsekwencjami w obszarze suwerenności lub w niektórych przypadkach stanowić naruszenie norm prawa międzynarodowego? W niniejszym opracowaniu podjęta zostanie próba odpowiedzi na powyższe kwestie.

Zakres artykułu obejmie państwa i terytoria uznawane za raje podatkowe bądź centra finansowe *offshore*, zagadnienie ich miejsca i podmiotowości w prawie międzynarodowym publicznym, odnoszące się do rajów podatkowych procesy i zjawiska zachodzące na poziomie międzynarodowym oraz podejmowane w związku z nimi działania organizacji międzynarodowych i państw, mające znaczenie prawne.

W części pierwszej zostaną przedstawione pokrótce kwestie definicyjne dotyczące rajów podatkowych, a następnie ich natura prawna i charakter. Tej tematyce poświęcone będą rozważania na temat suwerenności w kontekście rajów podatkowych, najważniejszych zjawisk na płaszczyźnie międzynarodowej związanych z ich powstawaniem i aktywnością oraz omówienie gałęzi prawa międzynarodowego, jak również poszczególnych instytucji prawnych, najistotniejszych dla funkcjonowania rajów podatkowych.

W drugiej części przybliżeniu ulegną inicjatywy podejmowane na forum międzynarodowym przez różne podmioty, a skierowane przeciwko rajom podatkowym. Szczególna uwaga zostanie poświęcona działaniom Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju, jako instytucji międzynarodowej o największym dorobku dotyczącym rajów podatkowych. Na sam koniec przedsięwzięcia „antyrajowe” zostaną poddane próbie oceny ich legalności w świetle aktualnych koncepcji prawa międzynarodowego publicznego.

## **Część I. Charakter i natura prawna rajów podatkowych**

### **1. Zagadnienia definicyjne**

Dla rozpoczęcia rozważań o rajach podatkowych w prawie międzynarodowym konieczne jest zdefiniowanie pojęcia raju podatkowego (zwanego też niekiedy w literaturze oazą podatkową). Na potrzeby niniejszego opracowania posłużyć się można jedną z prostszych i bardziej klarownych definicji, zgodnie z którą raj podatkowy to kraj lub

terytorium, dające osobom fizycznym i prawnym możliwość uniknięcia opodatkowania w kraju ich pochodzenia lub posłużenia się korzystniejszym systemem podatkowym<sup>1</sup>.

Pojęcia raj podatkowy, oaza podatkowa<sup>2</sup> i ich angielski odpowiednik *tax haven* można uznać za tożsame, natomiast *offshore financial centre* i pokrewne mają szerszy zakres znaczeniowy, wykraczający poza tradycyjną definicję raju podatkowego. Centrum finansowe *offshore* jest wyodrębnianie jako terytorium, które umożliwia prowadzenie działalności gospodarczej, dokonywanie i obsługę transakcji finansowych na zasadach lepszych niż oferowane w krajach sąsiednich<sup>3</sup>. Jak podaje J. Karwowski, centrum finansowe *offshore* to państwo lub terytorium, gdzie „sektor finansowy ma bardzo duży udział w gospodarce i znacząco przewyższa jej potrzeby (odbiorcami usług są głównie nierezydenci), podatki są niskie, a nadzór nad instytucjami finansowymi jest łagodny”<sup>4</sup>.

Z punktu widzenia prawa międzynarodowego publicznego rozróżnienie pomiędzy rajem podatkowym a centrum finansowym *offshore* nie ma kluczowego znaczenia, fenomen występowania podmiotów tego typu na arenie międzynarodowej i związane z tym kontrowersje tyczą się oaz podatkowych zarówno w wąskim, jak i szerokim ujęciu. Raje podatkowe występują w różnych formach prawnych, jednak za wspólną cechę większości z nich należy uznać małą powierzchnię i brak własnych zasobów, umożliwiających rozwój tradycyjnych gałęzi gospodarki.

## 2. Raje podatkowe a kwestia suwerenności

Kwestia suwerenności wymaga bliższego omówienia w kontekście rajów podatkowych, ponieważ ma ona kluczowe znaczenie dla określenia ich statusu prawnomiędzynarodowego, a także ukazania wzajemnych oddziaływań pomiędzy oazami podatkowymi a innymi podmiotami prawa międzynarodowego.

Suwerenność, jako jedno z podstawowych pojęć dla nauki o państwie, jak i dla prawa międzynarodowego publicznego, od lat jest przedmiotem analizy, a wraz ze zmianami politycznymi na świecie teorie suwerenności i pojmowanie tego terminu ewoluują. Jak słusznie stwierdzono: „Suwerenność należy do najbardziej kontrowersyjnych i spornych pojęć w prawie międzynarodowym. Wynika to z różnego znaczenia tego terminu w poszczególnych epokach historycznych, w naukach prawnych i politycznych, w tym

<sup>1</sup> F.W. Bassinger, M.W.E. Blautier, *A Reference Guide to International Taxation: Profiting from Your International Operations*, Lexington Books 1987.

<sup>2</sup> Terminy „raj podatkowy” i „oaza podatkowa” będą używane w niniejszej pracy zamiennie.

<sup>3</sup> J. Karwowski, *Centra offshore na globalnych rynkach finansowych*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2010, s. 17.

<sup>4</sup> M. Levin, *The Prospects for Offshore Financial Centres in Europe*, Bruksela 2002, s. 2, [cyt. za:] J. Karwowski, *op. cit.*, s. 17.

z odmiennego rozumienia suwerenności w prawie konstytucyjnym i prawie międzynarodowym<sup>75</sup>.

L. Ehrlich definiuje suwerenność jako: „samowładność, czyli prawną niezależność od jakichkolwiek czynników zewnętrznych, i całowładność, czyli kompetencję normowania wszystkich stosunków wewnątrz państwa”<sup>76</sup>. Suwerenność to jeden z podstawowych czynników koniecznych do zaistnienia państwowości. Wyrazem suwerenności na płaszczyźnie prawnomiędzynarodowej jest „zdolność do samodzielnego, niezależnego od jakiegokolwiek innego podmiotu, występowania w stosunkach międzynarodowych”<sup>77</sup>. Posiadanie suwerenności jest przesłanką formalną dla zaistnienia podmiotowości prawnomiędzynarodowej<sup>78</sup>.

Z kolei L. Antonowicz za najważniejszy przejaw suwerenności państwa uznaje zdolność do utrzymywania stosunków z innymi państwami<sup>9</sup>, a istoty suwerenności upatruje w samodzielności państw<sup>10</sup>. Wymienia on następujące atrybuty suwerenności państwowej, widoczne na forum międzynarodowym: zawieranie umów międzynarodowych, utrzymywanie relacji dyplomatycznych i konsularnych, członkostwo w organizacjach międzynarodowych, odwoływanie się do pokojowych środków rozwiązywania sporów międzynarodowych, korzystanie w razie konieczności z prawa do samoobrony, a także odpowiedzialność międzynarodową (zwłaszcza za zobowiązania wynikające z traktatów i umów międzynarodowych)<sup>11</sup>.

K. Czubochoa również utożsamia suwerenność z samodzielnością na arenie międzynarodowej, natomiast prościej ujmuje jej elementy składowe. Według niego przejawami suwerenności na gruncie prawa międzynarodowego są: zdolność traktatowa, prawo legacji oraz możliwość uczestnictwa w organizacjach międzynarodowych<sup>12</sup>.

W doktrynie wskazuje się również na dwuaspektowość pojęcia suwerenności w prawie międzynarodowym<sup>13</sup>. W aspekcie zewnętrznym suwerenność przejawia się w tym, iż w stosunkach międzynarodowych państwa podlegają wyłącznie uzgodnionemu

<sup>5</sup> J. Kranz, *Państwo i jego suwerenność*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 7, s. 3.

<sup>6</sup> L. Ehrlich, *Prawo międzynarodowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1958, s. 123.

<sup>7</sup> J. Symonides, *Podmioty prawa międzynarodowego*, [w:] r. Bierzanek, B. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2001, s. 125.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> L. Antonowicz, *Rzecz o państwach i prawie międzynarodowym*, Monografie Wydziału Administracji Wyższej Szkoły Ekonomii i Innowacji w Lublinie, Lublin 2012, s. 22.

<sup>10</sup> *Ibidem*, s. 25.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> K. Czubochoa, *Pojęcie państwa i procesy państwowotwórcze we współczesnym prawie międzynarodowym*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2012, s. 49.

<sup>13</sup> J. Helios, W. Jedlecka, *Suwerenność w dobie procesów integracyjnych i globalizacyjnych*, Acta Universitatis Wratislaviensis No 2626, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2004, s. 16.



wcześniej prawa międzynarodowemu<sup>14</sup>. Aspekt wewnętrzny zaś to „wykonywanie przez państwo wyłącznej, pełnej i samodzielnej kompetencji na własnym terytorium”<sup>15</sup>.

J. Helios i W. Jedlecka proponują trójelementową definicję suwerenności. Według nich, na pojęcie suwerenności składają się: zdolność do działania w prawie międzynarodowym (w jej skład wchodzi: zdolność traktatowa, prawo legacji, a także zdolność do ponoszenia odpowiedzialności międzynarodowej, wysuwania roszczeń na obszarze prawa międzynarodowego oraz zdolność występowania przed sądami międzynarodowymi), zdolność normowania całości stosunków wewnętrznych przez państwo (całowładność) oraz podleganie wyłącznie prawu międzynarodowemu (brak podległości prawu wewnętrznemu innego państwa)<sup>16</sup>.

Zwraca uwagę fakt, iż w prawie międzynarodowym suwerenność rozumiana jest w ujęciu formalnym, czyli za suwerenne uznane zostanie każde państwo, które posiada organy, umożliwiające udział w obrocie międzynarodowym<sup>17</sup>. Według I. Brownlie’ego państwo, pomimo posiadania formalnej suwerenności, może podlegać kontroli z zewnątrz, pozostaje to jednak bez wpływu na jego status międzynarodowy<sup>18</sup>. Jak zauważa K. Czubocho: „Suwerenność to potencjalna możliwość działania. Faktyczne ograniczenia możliwości działania są trudne do uchwycenia i nie mogą być podstawą dla oceny stopnia suwerenności państwa”<sup>19</sup>.

Jak słusznie konstatają J. Helios i W. Jedlecka, suwerenność to stan faktyczny chroniony przez prawo międzynarodowe, co w relacjach międzynarodowych oznacza formalną równość państw oraz podleganie prawu międzynarodowemu<sup>20</sup>. Należy również zauważyć, iż suwerenność nie jest normą prawną, nie określa ścisłego zakresu kompetencji państwowych, pozwalającego orzec, czy dane państwo jest suwerenne, czy też nie<sup>21</sup>.

Współcześnie w doktrynie prawa międzynarodowego przyjmuje się, iż suwerenność państwa nie ma charakteru absolutnego<sup>22</sup>, a w konsekwencji może podlegać ograniczeniu<sup>23</sup>. Suwerenność nie jest równoznaczna z dowolnością działań w relacjach międzynarodowych<sup>24</sup>. Jak zauważa I. Wierchowicka: „Granicą wykonywania władzy

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 17.

<sup>16</sup> *Ibidem*, s. 20-21.

<sup>17</sup> K. Czubocho, *op. cit.*, s. 48.

<sup>18</sup> I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 1979, [za:] K. Czubocho, *op. cit.*, s. 54.

<sup>19</sup> *Ibidem*, s. 54.

<sup>20</sup> J. Helios, W. Jedlecka, *op. cit.*, s. 18.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> L. Antonowicz, *Państwa i terytoria. Studium prawnomiędzynarodowe*, PWN, Warszawa 1988, s. 32-33.

<sup>23</sup> L. Ehrlich, *op. cit.*, s. 124.

<sup>24</sup> I. Wierchowicka, *Suwerenność państwowa w prawie międzynarodowym*, [w:] I. Gawłowicz, I. Wierchowicka (red.), *Koncepcje suwerenności. Zbiór studiów*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2005, s. 154.

suwerennej jest poszanowanie suwerenności innych państw, jak również przyjęte zobowiązania międzynarodowe<sup>25</sup>. Według R.A. Nawrota: „We współczesnym ujęciu suwerenności państwo podlega pewnym faktycznym i prawnym ograniczeniom na arenie międzynarodowej, nie tracąc przy tym swej niezależności”<sup>26</sup>. Zdaniem D. Orłowa duże zróżnicowanie typów małych państw jest dowodem na to, że pojęcie suwerenności nie jest absolutne, lecz raczej odzwierciedla zakres uprawnień, zakreślających granice władzy, jaką państwo sprawuje samo nad sobą<sup>27</sup>.

Zgodnie z definicją L. Ehrlicha: „Ograniczeniem suwerenności państwa z punktu widzenia prawa międzynarodowego jest częściowe pozbawienie go możliwości występowania w stosunkach międzynarodowych w charakterze podmiotu prawa międzynarodowego”<sup>28</sup>. Ograniczenie suwerenności państwa jest zgodne z prawem międzynarodowym<sup>29</sup>. Według L. Antonowicza zakres koniecznych ograniczeń suwerenności wyznacza powszechne prawo międzynarodowe<sup>30</sup>. Są one takie same dla wszystkich państw<sup>31</sup>, a tytułem przykładu można podać zrzeczenie się prawa do wszczęcia wojny na mocy paktu Brianda–Kelloga z 1928 r. czy też wykluczenie z katalogu uprawnień państw suwerennych użycia siły lub groźby użycia siły zawarte w art. 2 pkt 4 Karty Narodów Zjednoczonych<sup>32</sup>. Wydaje się jednak, iż w świetle przytoczonej wcześniej definicji L. Ehrlicha, wymienione przykłady należałoby raczej zakwalifikować do ograniczeń wykonywania suwerenności, które zresztą mają często charakter fikcyjny.

Ograniczenie wykonywania suwerenności – jest to ograniczenie, któremu państwo poddaje się w obrębie stosunków wewnętrznych (ograniczenie całościowości)<sup>33</sup>. Każda umowa międzynarodowa zobowiązująca państwo do określonego zachowania powoduje ograniczenie wykonywania suwerenności, może ono również wpływać z norm prawa zwyczajowego, jednakże ograniczenia takie nie naruszają istoty suwerenności<sup>34</sup>. Jak zauważył L. Ehrlich: „Z każdej umowy międzynarodowej wynika ograniczenie, jeżeli nie suwerenności, to przynajmniej wykonywania suwerenności jednej ze stron”<sup>35</sup>. Zawieranie umów międzynarodowych stanowi oznakę suwerenności państwowej, będąc

---

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa konkurencja podatkowa*, Difin, Warszawa 2011, s. 38.

<sup>27</sup> D. Orłow, *Comment: of Nations Small: The Small State in International Law*, „Temple International and Comparative Law Journal”, Spring 1995, nr 9, s. 119.

<sup>28</sup> L. Ehrlich, *op. cit.* s. 124.

<sup>29</sup> L. Antonowicz, *Państwa i terytoria...*, s. 33.

<sup>30</sup> L. Antonowicz, *Rzecz o państwach...*, s. 27.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> G. Rysiak, *Suwerenność*, [w:] A. Klafkowski (red.), *Encyklopedia prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych*, Wiedza Powszechna, Warszawa 1976, s. 379.

<sup>33</sup> L. Ehrlich, *op. cit.*, s. 125.

<sup>34</sup> G. Rysiak, *Suwerenność*, [w:] A. Klafkowski (red.), *Encyklopedia...*, s. 379.

<sup>35</sup> L. Ehrlich, *op. cit.*, s. 125.

jednocześnie jej samoograniczeniem<sup>36</sup>. W zamian za pewne ograniczenie wykonywania swej suwerenności na mocy umowy międzynarodowej, państwo-strona umowy otrzymuje określone korzyści<sup>37</sup>, których otrzymanie w inny sposób byłoby niemożliwe (przykładem może być ustanowienie strefy wolnego handlu lub podpisanie umowy o unii celnej).

Z takim ujęciem nie zgadza się r. Kwiecień, który uważa, iż zaciąganie zobowiązań międzynarodowych nie powoduje ograniczenia suwerenności<sup>38</sup>. Zobowiązania międzynarodowe niekoniecznie muszą powodować samoograniczenie samodzielności działania państw, a w pewnych wypadkach skutkują poszerzeniem kompetencji państwowych na nowe, niedostępne wcześniej sfery aktywności<sup>39</sup>. Ponadto, według tego autora, zdolność do zaciągania zobowiązań międzynarodowych, będąca niewątpliwie przejawem suwerenności, nie może być jednocześnie czynnikiem ją ograniczającym<sup>40</sup>. Stojąc na gruncie koncepcji suwerenności pełnej (niestopniowalnej), dopuszcza on jednak występowanie ograniczeń suwerenności oraz fakt istnienia państw o suwerenności ograniczonej<sup>41</sup>.

Od ograniczenia suwerenności odróżnić należy jej naruszenie. Każde naruszenie suwerenności państwa w świetle prawa międzynarodowego jest zabronione i powoduje powstanie odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej podmiotu winnego naruszenia<sup>42</sup>. Działania takie mogą doprowadzić do zmniejszenia lub nawet likwidacji suwerenności danego państwa w sensie faktycznym, ale nie prawnomiędzynarodowym<sup>43</sup>.

W naukach politycznych funkcjonuje pojęcie suwerenności faktycznej, oznaczającej rzeczywistą niezależność państwa<sup>44</sup>. Jak zauważają J. Helios i W. Jedlecka: „Suwerenność polityczna sprowadza się do faktycznej wydolności państwa korzystania z suwerenności w rozumieniu prawa międzynarodowego”<sup>45</sup>. Jest ona zależna od aktualnego układu sił w polityce międzynarodowej, a jej zakres jest zmienny<sup>46</sup>. Realne ograniczenia samodzielności w działaniu trudno wychwycić, a w konsekwencji nie można na tej podstawie oceniać suwerenności państwa w sensie prawnym<sup>47</sup>.

<sup>36</sup> L. Antonowicz, *Państwa i terytoria...*, s. 33.

<sup>37</sup> G. Rysiak, *Suwerenność*, [w:] A. Kłafkowski (red.), *Encyklopedia...*, s. 379.

<sup>38</sup> R. Kwiecień, *Suwerenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 127.

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 128.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> *Ibidem*, s. 127-128. Zob. szerzej s. 129-137.

<sup>42</sup> G. Rysiak, *Suwerenność*, [w:] A. Kłafkowski (red.), *Encyklopedia...*, s. 379.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> K. Czubocho, *op. cit.*, s. 53.

<sup>45</sup> J. Helios, W. Jedlecka, *op. cit.*, s. 20.

<sup>46</sup> K. Czubocho, *op. cit.*, s. 54.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

Współcześnie coraz większego znaczenia nabiera pojęcie suwerenności gospodarczej (ekonomicznej), rozumianej z reguły jako kontrolowanie przez państwo gospodarki krajowej<sup>48</sup>. Wynika to przede wszystkim z globalizacji i postępującego umiędzynarodowienia gospodarki, które powodują faktyczne zmniejszenie kontroli państw nad sferą ekonomiczną, będącą tradycyjnie domeną ich wyłącznych uprawnień. Suwerenność gospodarczą można zdefiniować jako kompetencję do podejmowania decyzji ekonomicznych<sup>49</sup>, będącą szczególnym elementem suwerenności państwowej<sup>50</sup>.

Niektórzy autorzy są zdania, iż państwa biorące aktywny udział w procesie globalizacji gospodarczej, jednocześnie tracą część swojej suwerenności ekonomicznej na rzecz: pozostałych państw, z którymi zawierają umowy gospodarcze, międzynarodowych organizacji gospodarczych i finansowych, do których należą, przedsięwzięć integracyjnych o zasięgu makroregionalnym czy operujących w skali globalnej korporacji transnarodowych<sup>51</sup>. Należy w tym miejscu zauważyć, że ograniczenie suwerenności gospodarczej lub znaczne uzależnienie ekonomiczne jednego państwa od drugiego skutkuje również ograniczeniem suwerenności politycznej<sup>52</sup>. Procesy charakterystyczne dla globalizacji (polityka liberalizacji, deregulacji i prywatyzacji) spowodowały znaczące ograniczenie tradycyjnie rozumianej suwerenności państwowej, która w umiędzynarodowionej gospodarce wypierana jest przez sieć wzajemnych zależności<sup>53</sup>.

Chęć ochrony suwerenności ekonomicznej i ograniczenia wpływów państw trzecich przyświecała zwłaszcza państwom rozwijającym się<sup>54</sup>, powstałym w wyniku procesu dekolonizacji (raje podatkowe to często właśnie dawne kolonie, terytoria zamorskie oraz kraje rozwijające się, liczące na napływ kapitału<sup>55</sup>). Dążność ta uzyskała swój wyraz w Karcie ekonomicznych praw i obowiązków państw<sup>56</sup> z 1974 r. Art. 2 ust. 1 Karty stanowi, iż: „Każde państwo ma i może swobodnie wykonywać pełną, stałą suwerenność, łącznie z władaniem, użytkowaniem i dysponowaniem, nad całymi swymi bogactwami, zasobami naturalnymi i działalnością gospodarczą”<sup>57</sup>.

<sup>48</sup> I. Wierchowicka, *op. cit.*, s. 158.

<sup>49</sup> I. Rutkowska, *Problem suwerenności gospodarczej w warunkach globalizacji współczesnego świata*, [w:] I. Gawłowicz, I. Wierchowicka (red.), *Koncepcje suwerenności...*, s. 65.

<sup>50</sup> I. Wierchowicka, *op. cit.*, s. 158.

<sup>51</sup> I. Rutkowska, *op. cit.*, s. 66.

<sup>52</sup> K. Nizioł, *Suwerenność polityki gospodarczej państwa w erze globalizacji*, [w:] I. Gawłowicz, I. Wierchowicka (red.), *Koncepcje suwerenności...*, s. 126.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> I. Wierchowicka, *op. cit.*, s. 158.

<sup>55</sup> T. Lipowski, *Ogólna charakterystyka pojęcia „raju podatkowego”*, „Radca Prawny” 2000, nr 6, s. 74.

<sup>56</sup> Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 3281 (XXIX) z dnia 12 grudnia 1974 r.

<sup>57</sup> K. Kocot, K. Wolfke, *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, PWN, Wrocław – Warszawa 1978, s. 637.

Kwestia ta ma niebagatelne znaczenie dla rajów podatkowych, które często były krajami o znikomym potencjale<sup>58</sup>, a przekształcenie się w oazę podatkową stanowiło jedną z niewielu możliwych do obrania ścieżek rozwoju ekonomicznego, pozwalającą na skuteczne konkurowanie z gospodarkami państw wysokorozwiniętych.

Wyodrębnianie suwerenności gospodarczej bywa także przedmiotem krytyki w literaturze przedmiotu. J. Kranz stoi na stanowisku jedności suwerenności na gruncie prawa międzynarodowego i sprzeciwia się wyróżnianiu suwerenności w różnych dziedzinach, bądź też tworzenia katalogu „praw suwerennych”, co prowadzi jedynie do niejasności<sup>59</sup>. Uważa on, iż suwerenność jest pojęciem funkcjonalnym, które wyraża zdolność do bycia podmiotem praw i obowiązków prawnomiędzynarodowych i wykonywania funkcji państwowych, a definiowanie suwerenności poprzez treść kompetencji jest błędem<sup>60</sup>. Podobny pogląd wyraża r. Kwiecień, krytykując traktowanie suwerenności jako zbioru uprawnień państwowych<sup>61</sup>. Sprzeciwia się on również teorii „podzielonej suwerenności”, która uznaje suwerenność za wiązkę kompetencji<sup>62</sup>. R. Kwiecień wskazuje, iż niepodzielność jest immanentną cechą suwerenności<sup>63</sup>.

W świetle powyższych rozważań rację należy przyznać J. Tyranowskiemu, który zauważa, iż suwerenność ekonomiczna nie jest samodzielną kategorią prawa międzynarodowego – stanowi jedynie jeden z aspektów suwerenności<sup>64</sup>. Termin ten przydatny jest jedynie dla lepszego wskazania pewnych problemów szczegółowych<sup>65</sup>.

Nasuwa się pytanie, czy suwerenność niewielkich obszarów, jakimi są raje podatkowe, może być zagrożona poprzez działania państw i organizacji międzynarodowych, chroniących swoje interesy. Z drugiej strony, warto zastanowić się, czy istnienie i działalność oaz podatkowych, przez które przepływa znacząca część światowego kapitału, może mieć wpływ na suwerenność innych państw. Obydwie przedstawione powyżej hipotezy wydają się być nietrafione w świetle omówionej, współczesnej teorii suwerenności formalnej.

Uleganie presji międzynarodowej czy pogodzenie się z niekorzystną sytuacją przez jedną ze stron konfliktu interesów na forum międzynarodowym może być bowiem poddyktowane rachunkiem potencjalnych zysków i strat, a w konsekwencji akceptacja niekorzystnych warunków czy też realiów stanowi wyraz suwerenności danego podmiotu,

<sup>58</sup> Zob. J. Głuchowski, *Oazy podatkowe*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1996, s. 32.

<sup>59</sup> J. Kranz, *op. cit.*, s. 15-16.

<sup>60</sup> *Ibidem*, s. 16.

<sup>61</sup> R. Kwiecień, *op. cit.*, s. 100-106.

<sup>62</sup> *Ibidem*, s. 122-126.

<sup>63</sup> *Ibidem*, s. 119.

<sup>64</sup> J. Tyranowski, *Ekonomiczne aspekty suwerenności i samostanowienia we współczesnym prawie międzynarodowym (zagadnienia podstawowe)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1992, nr 1, s. 27.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

który musi się liczyć z określonymi przejawami suwerenności innych państw<sup>66</sup>. Na pograniczu działań suwerennych podmiotów prawa międzynarodowego tworzą się granice ich suwerenności<sup>67</sup>, które, jak wspomniano już wcześniej, określane są przez normy powszechnego prawa międzynarodowego publicznego oraz poprzez suwerenność innych podmiotów. Konflikt interesów jest na stałe wpisany w specyfikę relacji międzynarodowych.

Fakt uznania za oazę podatkową może być jednak powodem poddania presji ze strony innych państw i organizacji międzynarodowych. Zjawiska te zostaną opisane i poddane bliższej analizie w drugiej części niniejszej pracy, będzie tam również miejsce na ocenę, czy działania podejmowane wobec rajów podatkowych są legalne i czy w pewnych wypadkach nie stanowią naruszeń ich suwerenności.

Pojawiające się w literaturze kontrowersje odnośnie do stopnia suwerenności rajów podatkowych oraz tezy, jakoby istnienie oaz podatkowych negatywnie oddziaływało na suwerenność fiskalną pozostałych państw, wynikać mogą z odmiennego pojmowania pojęcia suwerenności niż aktualnie obowiązujące w prawie międzynarodowym publicznym definicje formalne. Poglądy takie, będąc w dużym stopniu uzasadnione z ekonomicznego oraz politycznego punktu widzenia, wykraczają jednak poza podejście nauki prawa międzynarodowego.

### 3. Problematyka konkurencji podatkowej i jej szkodliwości

Raje podatkowe uznawane są za zjawisko międzynarodowe, a uzasadnieniem dla ich istnienia jest nie tylko posiadanie suwerenności fiskalnej, lecz również różnice pomiędzy wewnętrznymi systemami podatkowymi, czyli międzynarodowa konkurencja podatkowa<sup>68</sup>. Bez omówienia tego zachodzącego na poziomie globalnym fenomenu nie da się dokonać pełnej charakterystyki rajów podatkowych<sup>69</sup>.

Międzynarodowa konkurencja podatkowa stanowi szczególny rodzaj konkurencji między porządkami prawnymi poszczególnych państw<sup>70</sup>. Konkurencja podatkowa jest niewątpliwie zjawiskiem prawnym, chociaż konsekwencje jej występowania wykraczają daleko poza ujęcie czysto prawne, niosąc ze sobą poważne skutki gospodarcze, handlowe, polityczne oraz społeczne<sup>71</sup>. Należy zgodzić się z poglądem, iż konkurencja podatkowa

<sup>66</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa...*, s. 31.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> T. Lipowski, *Raje podatkowe a unikanie opodatkowania*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2004, s. 98.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa...*, s. 45.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

stanowi naturalny stan rzeczy w gospodarce globalnej, będąc również immanentnie związaną ze współczesną, umiędzynarodowioną koncepcją suwerenności<sup>72</sup>.

Nie ulega wątpliwości, iż obecnie systemy fiskalne poszczególnych państw wpływają na siebie nawzajem i to w sposób bezpośredni<sup>73</sup>. Postępująca globalizacja w dziedzinie handlu i inwestycji radykalnie zmieniła relacje pomiędzy krajowymi systemami podatkowymi<sup>74</sup>. Zniesienie barier pozapodatkowych w międzynarodowym handlu i inwestycjach, skutkujące zwiększającą się integracją gospodarek narodowych, znacząco zwiększyło wpływ, jaki może mieć system podatkowy jednego państwa na gospodarkę pozostałych krajów<sup>75</sup>. Globalizacja oraz intensyfikacja mobilności kapitału przyczyniły się do rozwoju międzynarodowych rynków finansowych, co z kolei spowodowało konieczność dostosowania krajowych regulacji podatkowych do zaistniałych warunków oraz stworzenia odpowiedniego „klimatu fiskalnego”, aby sprostać oczekiwaniom inwestorów i dostosować się do nowych realiów światowej konkurencji ekonomicznej<sup>76</sup>. Wszystkie te procesy doprowadziły do zaostrzenia się konkurencji podatkowej między państwami i dużego wzrostu jej znaczenia zarówno w polityce, jak i gospodarce.

Konkurencja podatkowa może być ujęta po prostu jako różnice pomiędzy stosowanymi stawkami podatkowymi w poszczególnych jurysdykcjach podatkowych<sup>77</sup>. T. Lipowski twierdzi, iż fenomen międzynarodowej konkurencji podatkowej opiera się na tym, że dane państwo, chcąc przyciągnąć zagraniczny kapitał (lub zapobiec jego odpływowi), wprowadza do swojego ustawodawstwa normy prawne, mające na celu zmniejszenie obciążeń podatkowych wobec zagranicznych inwestorów<sup>78</sup>. Jego zdaniem pojęcie konkurencji podatkowej powinno odnosić się zarówno do zamierzonych, jak i niezamierzonych działań ustanawiających korzyści podatkowe, mające na celu ściągnięcie inwestorów zagranicznych na dany obszar<sup>79</sup>.

Z kolei R.A. Nawrot definiuje konkurencję podatkową jako „taki stan ustawodawstwa danego państwa, który może mieć negatywny wpływ na realizację określonych celów podatkowych w innym państwie, z perspektywy którego dokonywana jest ta ocena”<sup>80</sup>. Autor ten wskazuje, iż korzystne pod względem podatkowym regulacje prawne

---

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> H. Hamaekers, *Międzynarodowe prawo podatkowe – zagadnienia ogólne*, [w:] H. Hamaekers [et al.], *Wprowadzenie do międzynarodowego prawa podatkowego*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2006, s. 65.

<sup>74</sup> OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, Paryż 1998, <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>, [dostęp: 09.06.2013], s. 13.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> *Ibidem*, s. 13-14.

<sup>77</sup> T. Lipowski, *Raje podatkowe...*, s. 109.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa...*, s. 45.

w danym państwie same w sobie nie są ani konkurencyjne, ani szkodliwe, lecz nabierają takiego charakteru dopiero wtedy, gdy skorzysta z nich podatnik z innego państwa<sup>81</sup>.

Istnienie międzynarodowej konkurencji w zakresie uregulowań podatkowych, jeśli mieści się ona w określonych, ogólnie przyjętych przez poszczególne państwa granicach, posiada pozytywne cechy<sup>82</sup>. Jednakże wykorzystanie konkurencyjnych norm systemu podatkowego danego kraju przez zagraniczne podmioty prowadzi w efekcie do zmniejszenia wpływów z tytułu podatków w państwach macierzystej rezydencji tychże podmiotów<sup>83</sup>, co oczywiście jest wysoce niepożądane z punktu widzenia państw tracących wpływy budżetowe.

Do pozytywnych cech konkurencji podatkowej zalicza się: możliwość podziału wpływów podatkowych między poszczególne państwa (co w pewien sposób może kompensować mechanizm redystrybucji dóbr na poziomie międzynarodowym), redukcję ciężarów podatkowych przez władze poszczególnych jurysdykcji w celu zachowania atrakcyjności, co w konsekwencji prowadzi do obniżenia cen i wzrostu gospodarczego, zwiększoną koncentrację kapitału stymulującą wzrost produktywności i postęp technologiczny oraz lepszą alokację zasobów<sup>84</sup>. Istotny może być również fakt, iż przyjęcie korzystnych rozwiązań podatkowych następuje w wyniku procesów demokratycznych, konkurencja podatkowa stanowi zatem w takim ujęciu przejaw wolności podatników, wpływających na system prawnopodatkowy oraz klimat inwestycyjny swojego kraju<sup>85</sup>.

Natomiast do negatywnych efektów konkurencji podatkowej, odczuwalnych w państwach, z których kapitał i podatnicy uciekają przed opodatkowaniem, należą: obniżenie wpływów podatkowych państw, a w konsekwencji zmniejszenie wydatków publicznych i sektora publicznego, zmniejszenie efektywności systemu fiskalnego, co zmusza państwo do ograniczenia wydatków lub szukania nowych źródeł dochodów, podwyższenie stawek podatkowych, jak również przerzucenie ciężaru opodatkowania na czynniki mało mobilne, a w efekcie regresywność opodatkowania, zwiększenie kosztów zatrudnienia i poziomu bezrobocia oraz trudności z utrzymaniem świadczeń socjalnych na dotychczasowym poziomie<sup>86</sup>.

Konkurencja podatkowa pomiędzy państwami poważnie przyczynia się do występowania zjawisk unikania opodatkowania oraz uchylania się od podatków, które skutkują tzw. degradacją fiskalną (erozją podstawy opodatkowania prowadzącą do poważnych strat we wpływach podatkowych)<sup>87</sup>.

---

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> T. Lipowski, *Raje podatkowe...*, s. 122-123.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> *Ibidem*, s. 123-124.

<sup>87</sup> *Ibidem*, s. 124.



Międzypaństwowa konkurencja podatkowa, a zwłaszcza taka, która jest uznawana za szkodliwą, stanowi problem przede wszystkim dla państw wysokorozwiniętych<sup>88</sup>, gdyż to przede wszystkim one potrzebują dużych wpływów budżetowych, koniecznych dla utrzymania wysokiego poziomu dobrobytu i sfinansowania rozbudowanego sektora publicznego<sup>89</sup>. To właśnie państwa z tej grupy są najbardziej zainteresowane ograniczeniem międzynarodowej konkurencji podatkowej w celu powstrzymania odpływu z nich zasobów, mogących być podstawą opodatkowania<sup>90</sup>.

Z kolei państwa rozwijające się, z powodu złej sytuacji gospodarczej i trudności w zaspokojeniu swych potrzeb fiskalnych są mocno zainteresowane uczestnictwem w procesie konkurencji podatkowej, w celu łatwego pozyskania kapitału zagranicznego oraz przyspieszenia wzrostu gospodarczego<sup>91</sup>. Skrajnym przykładem takiego postępowania jest decyzja o przekształceniu się w raj podatkowy. W przypadku małych państw powstałych w wyniku dekolonizacji oraz minipaństw, ze względu na ich niewielkie terytorium i populację, ograniczone zasoby naturalne i finansowe bądź ich brak, taki wybór jest szczególnie atrakcyjny, stanowiąc najprostszą drogę rozwoju ekonomicznego<sup>92</sup>.

R.A. Nawrot uważa, iż szkodliwa konkurencja podatkowa, prowadząca do redukcji dochodów podatkowych budżetu państwa, a w konsekwencji do utraty części środków potrzebnych do wykonywania funkcji państwowych, stanowi najgroźniejszą odmianę międzynarodowej konkurencji gospodarczej w ogóle<sup>93</sup>. Należy pamiętać, iż uznanie aktywności danego państwa w sferze podatków za szkodliwą konkurencją podatkową opiera się na subiektywnej ocenie dokonywanej z perspektywy państwa kwalifikującego, na podstawie istotnych dla niego kryteriów, takich jak: konstrukcja ustawodawstwa fiskalnego, poziom efektywnych ciężarów podatkowych, stopień rozwoju gospodarki oraz wszelkie czynniki gospodarcze<sup>94</sup>. Natomiast samo zjawisko szkodliwej konkurencji podatkowej, zwłaszcza w świetle dorobku OECD, kwalifikowane jest jako niewątpliwie negatywne<sup>95</sup>.

Warto w tym miejscu przytoczyć szeroką definicję pojęcia szkodliwej konkurencji podatkowej, zaproponowaną przez R.A. Nawrota. Stwierdza on, iż: „szkodliwa konkurencja podatkowa polega na istnieniu w jednym państwie rozwiązań prawnych, które mogą być wykorzystane przez rezydentów innego państwa w celu obejścia prawa

<sup>88</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa...*, s. 47.

<sup>89</sup> T. Lipowski, *Raje podatkowe...*, s. 116.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> T. Lipowski, *Ogólna charakterystyka...*, s. 74.

<sup>93</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa...*, s. 47.

<sup>94</sup> *Ibidem*, s. 48.

<sup>95</sup> R.A. Nawrot, *Problematyka prawna oraz metody przeciwdziałania szkodliwej konkurencji podatkowej w kwalifikowanej postaci*, „Kwartalnik Prawa Podatkowego” 2010, nr 1, s. 63.

podatkowego państwa ich macierzystej rezydencji podatkowej i zmniejszenia swych zobowiązań podatkowych w tym państwie, lub wykorzystaniu regulacji prawa podatkowego tego pierwszego państwa w sposób sprzeczny z ich formalnym przeznaczeniem, co wywołuje określone, negatywne skutki w państwie macierzystej rezydencji podatkowej tych podmiotów z perspektywy przestrzegania postanowień i realizacji celów prawa tego państwa”<sup>96</sup>.

T. Lipowski uważa zaś, że szkodliwa konkurencja podatkowa polega na oferowaniu partykularnych zwolnień lub ulg w opodatkowaniu wyłącznie inwestorom zagranicznym, natomiast korzystna konkurencja podatkowa ma miejsce wtedy, gdy redukcje podatkowe w danej jurysdykcji mają charakter ogólny i stosowane są zarówno wobec podmiotów krajowych, jak i zagranicznych<sup>97</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że szkodliwa konkurencja podatkowa jest przede wszystkim domeną rajów podatkowych<sup>98</sup>. W świetle powyższych rozważań w pełni uzasadnione jest stwierdzenie, iż raje podatkowe to państwa lub terytoria, które w celu przyciągnięcia kapitału stosują konkurencję podatkową w jej najbardziej szkodliwej postaci – oferując zerowe lub rażąco niższe niż w innych krajach stawki opodatkowania oraz pozwalając, a wręcz stymulując zjawiska unikania opodatkowania i uchylania się od podatków<sup>99</sup>. R.A. Nawrot uważa, iż na podstawie dotychczasowych ustaleń OECD, można uznać raje podatkowe za kwalifikowaną formę zjawiska szkodliwej konkurencji podatkowej<sup>100</sup>.

Na podstawie powyższych wywodów należy stwierdzić, że międzynarodowa konkurencja podatkowa to zjawisko dynamiczne o charakterze globalnym, mające jednakże swój istotny wyraz statyczny, którym jest powstawanie i funkcjonowanie oaz podatkowych<sup>101</sup>. T. Lipowski wskazuje na fakt, iż konkurencja podatkowa nie poddaje się jednoznacznej ocenie<sup>102</sup>. Pomimo to wydaje się, że konkurencja podatkowa, a w szczególności ta kwalifikowana jako szkodliwa, niesie przede wszystkim negatywne konsekwencje, takie jak: nieefektywna alokacja kapitału, ograniczenie funkcji redystrybucyjnej systemu fiskalnego oraz wprowadzanie metod opodatkowania, które w istocie są regresywne<sup>103</sup>. Otwarte pozostaje pytanie, na ile te niekorzystne skutki międzynarodowej konkurencji podatkowej niwelowane są poprzez stymulację wzrostu gospodarczego i reform fiskalnych. Nie ulega jednak wątpliwości fakt, iż z powodu swojej doniosłości

<sup>96</sup> *Ibidem*, s. 59.

<sup>97</sup> T. Lipowski, *Raje podatkowe...*, s. 111.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> *Ibidem*, s. 126.

<sup>100</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa...*, s. 65.

<sup>101</sup> T. Lipowski, *Raje podatkowe...*, s. 124.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> *Ibidem*, s. 109.

dla globalnej gospodarki problem szkodliwej konkurencji podatkowej jest istotnym zagadnieniem na poziomie międzynarodowym.

#### 4. Raje podatkowe a międzynarodowe prawo podatkowe

Rozwój międzynarodowych stosunków gospodarczych spowodował wykształcenie się międzynarodowego prawa finansowego, które obecnie uznawane jest za samodzielny i kompleksowy gałąź prawa, zawierającą w sobie elementy prawa międzynarodowego i finansowego<sup>104</sup>. Dla klarowności dalszych wywodów konieczne jest rozróżnienie międzynarodowego prawa finansowego i międzynarodowego prawa podatkowego. Zgodnie z kontynentalną teorią prawa podatkowego międzynarodowe prawo finansowe oraz międzynarodowe prawo podatkowe to pojęcia tożsame<sup>105</sup>. Doktryna kręgu *common law* utrzymuje zaś, iż na międzynarodowe prawo finansowe składa się prawo podatkowe oraz prawo rozliczeń międzynarodowych, natomiast pozostałe normy międzynarodowe – odnoszące się do stosunków finansowych i reguł funkcjonowania gospodarki organizacji międzynarodowych – stanowią część prawa międzynarodowego publicznego<sup>106</sup>.

Z kolei J. Głuchowski uważa, iż zakres międzynarodowego prawa finansowego nie jest stały, a jego zmiany są uzależnione głównie od zakresu międzynarodowych relacji finansowych i gospodarczych, aktualnej sytuacji politycznej oraz postępów globalnej integracji<sup>107</sup>. Jako dziedziny najważniejsze dla międzynarodowego prawa finansowego wymienia on: prawnomiędzynarodowe stosunki kredytowe, prawnomiędzynarodowe stosunki pożyczkowe i prawnomiędzynarodowe stosunki podatkowe<sup>108</sup>.

W świetle powyższych rozważań wydaje się, iż międzynarodowe prawo finansowe jest terminem szerszym zakresowo niż międzynarodowe prawo podatkowe, które stanowi jeden z jego elementów<sup>109</sup>.

Fakt istnienia uregulowań prawnopodatkowych na poziomie międzynarodowym może wywoływać zdziwienie, gdyż podatki powszechnie kojarzone są z władztwem publicznoprawnym na poziomie państwa lub jego części składowych<sup>110</sup>. Jednakże współcześnie, również lokalna jurysdykcja podatkowa może wywoływać pewne skutki poza

---

<sup>104</sup> J. Głuchowski, *Międzynarodowe prawo i stosunki finansowe*, Wydawnictwa Agencji „ER”, Białystok 1993, s. 8-9.

<sup>105</sup> J. Głuchowski, *Międzynarodowe stosunki finansowe*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1997, s. 182.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> J. Głuchowski, *Międzynarodowe prawo...*, s. 9-10.

<sup>108</sup> *Ibidem*, s. 10.

<sup>109</sup> A. Kokoszkiwicz, *Wprowadzenie do międzynarodowych stosunków prawnopodatkowych*, Wydawnictwo Europejskiej Fundacji Przedsiębiorczości, Kraków 2010, s. 14-15.

<sup>110</sup> *Ibidem*, s. 10.

swoim terytorium, co powoduje konieczność nawiązywania międzynarodowych relacji podatkowych<sup>111</sup>.

H. Hamaekers stwierdza, iż międzynarodowe prawo podatkowe w najszerszym znaczeniu obejmuje wszelkie uregulowania prawne, których skutkiem jest opodatkowanie podatników i które określają ich sytuację prawnopodatkową odmiennie niż unormowania, które zostałyby zastosowane, gdyby podatnik wykonywał działalność gospodarczą tylko w jednym kraju<sup>112</sup>. Istnienie norm międzynarodowego prawa podatkowego jest konieczne, ponieważ, jak zasygnalizowano wcześniej, przepisy podatkowe obowiązujące na poziomie federalnym, państwowym bądź samorządowym rodzą skutki wykraczające poza obszar właściwości terytorialnej władz, które je ustanowiły<sup>113</sup>. W świetle powyższego można zatem uznać międzynarodowe prawo podatkowe za zespół norm kolizyjnych, które w bezpośredni lub pośredni sposób rozgraniczają jurysdykcję podatkową poszczególnych państw i terytoriów<sup>114</sup>.

Można także dokonać wyróżnienia międzynarodowego prawa podatkowego *sensu stricto* i *sensu largo*<sup>115</sup>. Jako międzynarodowe prawo podatkowe w wąskim znaczeniu P. Selera rozumie „zespół norm należących do międzynarodowego prawa publicznego, których przedmiotem są międzynarodowe podatkowe stany faktyczne”<sup>116</sup>. Zalicza on do tej kategorii także zwyczaj i orzecznictwo międzynarodowe<sup>117</sup>. Natomiast w skład międzynarodowego prawa podatkowego *sensu largo*, oprócz norm prawa międzynarodowego, wchodzi również uregulowania prawa wewnętrznego, pozwalające rozstrzygać spory dotyczące jurysdykcji podatkowej<sup>118</sup>.

J. Głuchowski wyodrębnia następujące grupy instytucji prawnych i źródeł prawa, charakterystycznych dla międzynarodowego prawa podatkowego: umowy dotyczące unikania podwójnego opodatkowania, porozumienia i regulacje prawne, mające na celu zwolnienie od zapłaty podatków przez organizacje międzynarodowe i pracowników z innego kraju, regulacje ulg podatkowych, przysługujących przedstawicielom dyplomatycznym i konsularnym, umowy o świadczeniu pomocy prawnej w zakresie prawa podatkowego oraz porozumienia o przeciwdziałaniu unikania opodatkowania<sup>119</sup>.

<sup>111</sup> *Ibidem*.

<sup>112</sup> H. Hamaekers, *Międzynarodowe prawo...*, [w:] H. Hamaekers [et al.], *Wprowadzenie...*, s. 14.

<sup>113</sup> A. Kokoszkiewicz, *op. cit.*, s. 15.

<sup>114</sup> F. Haase, *Internationales und Europäisches Steuerrecht*, Hamburg – Monachium – Landsberg – Berlin 2007, s. 5, [za:] P. Selera, *Międzynarodowe a unijne prawo podatkowe w kontekście opodatkowania zysków przedsiębiorstw*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010, s. 65.

<sup>115</sup> P. Selera, *op. cit.*, s. 86.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

<sup>118</sup> J. Tkaczyk, M. Zdyb, *Międzynarodowe prawo podatkowe. Opodatkowanie i ubezpieczenie społeczne osób pracujących w Unii Europejskiej*, Warszawa 2006, s. 16, [za:] P. Selera, *op. cit.*, s. 86.

<sup>119</sup> J. Głuchowski, *Międzynarodowe stosunki...*, s. 183.

Znaczenie międzynarodowego prawa podatkowego jest obecnie bardzo duże i ciągle wzrasta, wraz z intensyfikacją międzynarodowego obrotu gospodarczego, znaczącym ograniczeniem barier dla przepływu kapitału, postępem technologicznym i innymi przejawami globalizacji<sup>120</sup>. Pojawienie się i intensyfikacja międzypaństwowej konkurencji podatkowej również znacząco wpłynęły na rozwój międzynarodowego prawa podatkowego. W dynamicznym rozwoju międzynarodowego prawa podatkowego niebagatelną rolę odgrywają organizacje międzynarodowe, a w szczególności OECD i Unia Europejska<sup>121</sup>.

Wpływ Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju na omawianą gałąź prawa przejawia się przede wszystkim w stworzeniu Modelowej konwencji o podatku od dochodu i majątku<sup>122</sup>, która jest podstawowym wzorcem dla zawieranych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania<sup>123</sup>, opublikowaniu wytycznych w sprawie cen transferowych i przedsiębiorstw wielonarodowych<sup>124</sup> oraz tworzeniu raportów, poświęconych różnym istotnym problemom podatkowym<sup>125</sup>. Przykładem takich działań jest raport OECD *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*.

Z kolei oddziaływanie Unii Europejskiej na międzynarodowe prawo podatkowe jest niewątpliwe ze względu na stanowione przez organy UE prawo (a zwłaszcza dyrektywy dotyczące kwestii podatkowych w państwach członkowskich) oraz wykładnię tego prawa dokonywaną przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>126</sup>.

Aktywność obu organizacji w obszarze międzynarodowego prawa podatkowego w dużym stopniu zmierza do ograniczenia zjawiska szkodliwej konkurencji podatkowej<sup>127</sup>, które jest wysoce niepożądane z punktu widzenia ich państw członkowskich. Wiąże się to ściśle z problematyką istnienia rajów podatkowych, których cechy charakterystyczne przesądzają o tym, iż każdy z nich w jakimś stopniu stosuje szkodliwą konkurencję podatkową<sup>128</sup>. Jak wspomniano przy okazji omawiania zjawiska konkurencji podatkowej, w literaturze panuje pogląd, iż w świetle dotychczasowych ustaleń OECD,

<sup>120</sup> H. Hamaekers [et al.], *Wprowadzenie...*, s. 11 i 14.

<sup>121</sup> H. Hamaekers, *Międzynarodowe prawo...*, [w:] H. Hamaekers [et al.], *Wprowadzenie...*, s. 14-15.

<sup>122</sup> Zob. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Full Version (updated 22 July 2010)*, Paryż 2012, <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2310111e.pdf?expires=1370782838&id=id&acname=ocid49018669&checksum=EDD285021F03AE64F049EAD36B672554>, [dostęp: 09.06.2013].

<sup>123</sup> T. Lipowski, *Raje podatkowe...*, s. 202.

<sup>124</sup> Zob. OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Paryż 2010, <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2310091e.pdf?expires=1371049606&id=id&acname=ocid49018669&checksum=F5B54BA87B2ADF8ED42AD121FE69B041>, [dostęp: 09.06.2013].

<sup>125</sup> H. Hamaekers, *Międzynarodowe prawo...*, [w:] H. Hamaekers [et al.], *Wprowadzenie...*, s. 14.

<sup>126</sup> *Ibidem*, s. 15.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa...*, s. 67-68.

każda oaza podatkowa jest w istocie kwalifikowaną formą szkodliwej konkurencji podatkowej<sup>129</sup>.

O ogromnym znaczeniu kwestii prawnopodatkowych w obrocie międzynarodowym świadczy fakt, iż znaczna część umów międzynarodowych zarejestrowanych przez ONZ dotyczy właśnie podatków<sup>130</sup>. Międzynarodowe prawo podatkowe, w znacznej mierze oparte na dwustronnych umowach podatkowych między państwami, jest więc prawem partykularnym w swej naturze, tworzonym głównie przez państwa<sup>131</sup>, będące suwerennymi i formalnie równymi podmiotami prawa międzynarodowego. Odróżnia to omawianą gałąź prawa od klasycznego prawa podatkowego, którego najbardziej charakterystycznymi cechami są stosunek podporządkowania i władztwo publiczne państwa nad podatnikiem.

Kraje wysoko rozwinięte, o rozbudowanym systemie fiskalnym, dla których wpływ z podatków mają ogromne znaczenie, próbują zmniejszać szkodliwą konkurencję podatkową oraz wpływać na raje podatkowe lub wręcz narzucać im określone rozwiązania podatkowe<sup>132</sup>, często właśnie poprzez instrumenty właściwe dla międzynarodowego prawa podatkowego.

Jednymi z najważniejszych środków, oprócz nacisków wywieranych poprzez organizacje międzynarodowe, są umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania – brak takich porozumień pomiędzy rajem podatkowym i innymi państwami utrudnia realizację zysków w oazie podatkowej<sup>133</sup>, jak również obniża jej atrakcyjność. T. Lipowski zauważa, iż zawieranie umów o unikaniu podwójnego opodatkowania z rajami podatkowymi jest zjawiskiem korzystnym, gdyż ogranicza występowanie zjawiska międzynarodowego unikania opodatkowania<sup>134</sup>. Umowy takie nie są zawierane z tradycyjnymi rajami podatkowymi, które stosują zerową stawkę opodatkowania, co może prowadzić do wniosku, iż zakres stosowania umów o unikaniu podwójnego opodatkowania wyznacza granice tolerancji państw rozwiniętych w stosunku do oaz podatkowych<sup>135</sup>. J. Banach do najważniejszych cech charakteryzujących umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zalicza fakt, iż stanowią one instrument zarówno prawa międzynarodowego publicznego, jak i prawa krajowego, a postanowienia tych umów mają pierwszeństwo przed uregulowaniami prawa wewnętrznego<sup>136</sup>.

---

<sup>129</sup> *Ibidem*.

<sup>130</sup> J. Głuchowski, *Międzynarodowe stosunki...*, s. 182.

<sup>131</sup> P. Selera, *op. cit.*, s. 86.

<sup>132</sup> J. Karwowski, *op. cit.*, s. 221.

<sup>133</sup> *Ibidem*, s. 264.

<sup>134</sup> T. Lipowski, *Raje podatkowe...*, s. 217.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

<sup>136</sup> J. Banach, *Unikanie międzynarodowego podwójnego opodatkowania*, „Monitor Podatkowy” 1999, nr 5, s. 31.

Umowy o unikaniu opodatkowania są jednak wykorzystywane nie tylko jako środek nacisku na oazy podatkowe, w celu nakłonienia ich do zmiany niepożądanego przez inne państwa polityki. Z wykorzystywaniem rajów podatkowych związane jest także zjawisko *treaty shopping*. Praktyka *treaty shopping* polega na wykorzystywaniu postanowień obowiązujących umów o unikaniu podwójnego opodatkowania w celu zmniejszenia lub uniknięcia podatku, przez osoby, których zakres podmiotowy tychże umów co do zasady nie obejmuje<sup>137</sup>. Cel ten osiąga się poprzez dokonywanie operacji finansowych lub zakładanie spółek w jednym z państw-stron umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania przez podmiot nie będący rezydentem ani obywatelem żadnego z tych państw, co prowadzi do objęcia takiego podmiotu korzyściami podatkowymi wynikającymi z dwustronnej umowy podatkowej<sup>138</sup>. Podstawowym środkiem przeciwdziałania *treaty shopping* jest niezawieranie umów o zapobieganiu podwójnemu opodatkowaniu z oazami podatkowymi<sup>139</sup>, co uniemożliwia uniknięcie lub znaczące obniżenie zobowiązań podatkowych w państwie rezydencji podatnika. Jednakże zwalczanie zjawiska *treaty shopping* utrudnia fakt, iż wiele państw zawarło umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania z rajami podatkowymi, z powodu silnych związków gospodarczych, politycznych, a czasem także historycznych z tymi enklawami<sup>140</sup>.

Kolejnym bardzo istotnym instrumentem ochrony interesów fiskalnych przez państwa rozwinięte są umowy o wymianie informacji podatkowych (*Tax Information Exchange Agreements*)<sup>141</sup>, do których podpisania nakłania się państwa i terytoria uznane za raje podatkowe bądź centra *offshore*<sup>142</sup>. Zarówno umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania, jak i umowy o wymianie informacji podatkowych przyjmują z reguły postać dwustronnych umów międzynarodowych. Stanowią one jedno z podstawowych źródeł i zarazem metodę regulacji charakterystyczną dla międzynarodowego prawa podatkowego.

W świetle powyższego widać wyraźnie, iż międzynarodowe prawo podatkowe jest gałęzią prawa o fundamentalnym znaczeniu dla kwestii istnienia i funkcjonowania rajów podatkowych w obrocie prawnomiędzynarodowym. Zarówno działania organizacji międzynarodowych, jak i umowy międzypaństwowe, w dużym stopniu dotyczą kwestii ściśle związanych z rajami podatkowymi bądź ich samych bezpośrednio. Poczynania te z reguły mieszczą się w obrębie międzynarodowego prawa podatkowego.

<sup>137</sup> T. Lipowski, *Treaty shopping*, „Radca Prawny” 2001, nr 3, s. 90.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> *Ibidem*, s. 95.

<sup>140</sup> J. Głuchowski, *Oazy...*, s. 110.

<sup>141</sup> J. Karwowski, *op. cit.*, s. 264.

<sup>142</sup> *Ibidem*, s. 265-268.

Raje podatkowe natomiast często starają się chronić swoje interesy i zwiększać atrakcyjność za pomocą instrumentów właściwych dla tej gałęzi prawa.

Tytułem podsumowania uznać należy, iż prawnomiędzynarodowa suwerenność państw będących oazami podatkowymi nie ulega wątpliwości, z kolei na gruncie suwerenności faktycznej lub przy wyróżnieniu suwerenności ekonomicznej mogą pojawić się kontrowersje. Rozwój rajów podatkowych związany jest z procesami dekolonizacyjnymi, chęcią szybkiego wzbogacenia się przez nowo powstałe, małe organizmy państwowe, umiędzynarodowieniem gospodarki na ogromną skalę i procesami globalizacyjnymi. Oazy podatkowe z powodzeniem uczestniczą we współczesnej rywalizacji międzypaństwowej, której istotnym przejawem jest konkurencja porządków prawnych. Rola rajów podatkowych jest szczególnie widoczna w kontekście zjawiska szkodliwej konkurencji podatkowej, której oazy podatkowe są najjaskrawszym przykładem. Specyficzne cechy rajów podatkowych powodują, iż często są one poddawane presji ze strony innych krajów i organizacji międzynarodowych. Oazy podatkowe są również jednym z czynników istotnie wpływających na rozwój międzynarodowego prawa podatkowego, które jest wykorzystywane zarówno do monitorowania i ograniczania szkodliwego oddziaływania rajów podatkowych na światową gospodarkę, jak i wykorzystywane przez oazy w celu zwiększenia swojej atrakcyjności.

## **Część II. Presja międzynarodowa wywierana na raje podatkowe**

### **1. Polityka i środki nacisku stosowane przez OECD**

Początki międzynarodowej współpracy w sprawach związanych ze szkodliwą konkurencją podatkową są ściśle związane z Organizacją Współpracy Gospodarczej i Rozwoju, do której należy zdecydowana większość państw rozwiniętych z Europy i Ameryki Północnej, będących na podobnym poziomie rozwoju gospodarczego<sup>143</sup>. OECD została utworzona w 1960 r. na mocy Konwencji Paryskiej<sup>144</sup>. Zgodnie z art. 1 niniejszej konwencji, do podstawowych celów OECD należy „osiąganie jak najwyższego, trwałego wzrostu gospodarczego i zatrudnienia oraz rosnącego poziomu życia w państwach członkowskich, przy utrzymaniu stabilizacji finansowej, a przez to przyczynianie się do rozwoju gospodarki światowej”. OECD realizuje swoje zadania poprzez stwarzanie optymalnych warunków międzynarodowych dla rozwoju gospodarczego<sup>145</sup>. OECD pełni

<sup>143</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa...*, s. 266.

<sup>144</sup> Konwencja o Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju, wraz z Protokołami dodatkowymi nr 1 i 2 do tej konwencji, stanowiącymi jej integralną część, sporządzone w Paryżu dnia 14 grudnia 1960 r. (Dz. U. z 1998 r., nr 76, poz. 490).

<sup>145</sup> A. Nowak, *Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju*, [w:] T. Łoś-Nowak (red.), *Organizacje w stosunkach międzynarodowych: istota – mechanizmy działania – zasięg*, Wydawnictwo Uniwersytetu



ważną rolę w globalnej gospodarce, będąc forum, poprzez które państwa członkowskie uzgadniają swoją politykę zagraniczną oraz określają obszary współdziałania<sup>146</sup>.

OECD posiada niewątpliwie największe osiągnięcia w zakresie międzynarodowego prawa podatkowego oraz działań podejmowanych w stosunku do rajów podatkowych. Inicjatywy OECD w tych kwestiach są najważniejszymi i najbardziej liczącymi się na poziomie międzynarodowym, ze względu na ich zaawansowanie, rangę oraz wpływ, jaki wywierają na regulacje prawne poszczególnych państw<sup>147</sup>. OECD działa w sposób długofalowy, a znaczenie podejmowanych przez tę organizację przedsięwzięć podkreśla ich wielostronny charakter, co stanowi istotne *novum* i postęp w dziedzinie współpracy prawnopodatkowej<sup>148</sup>. OECD aktywnie zaangażowała się w zwalczanie, ściśle związane go z oazami podatkowymi, zjawiska konkurencji podatkowej. Aktywność OECD na tym polu przyjmuje najczęściej postać nacisków dyplomatycznych o dużej skuteczności, zorientowanych na stworzenie jak najszerszego zakresu międzynarodowej współpracy podatkowej<sup>149</sup>.

Szczególnie ważny jest dorobek prawny OECD w zakresie aktów nienormatywnych (raporty i zalecenia)<sup>150</sup>. Raporty tworzone przez specjalistów OECD dotyczą sytuacji ekonomicznej państw członkowskich oraz istotnych zjawisk i procesów występujących w gospodarce globalnej, z reguły też znajdują się w nich rekomendacje dla rządów tych państw<sup>151</sup>. Zalecenia formułowane przez OECD często wywołują zmiany w polityce gospodarczej, a nawet w ustawodawstwie krajów zrzeszonych w tej organizacji<sup>152</sup>.

Większość aktów wydawanych przez OECD nie ma charakteru prawnie wiążącego ani nie wchodzi w skład katalogu powszechnie obowiązujących źródeł prawa (jedynie decyzje podejmowane przez Radę OECD są wiążące wobec członków tej organizacji<sup>153</sup>). Akty te są jednak skutecznym instrumentem wypracowywania międzynarodowych rozwiązań dotyczących kwestii prawnopodatkowych oraz środkiem wywierania wpływu na jurysdykcje stosujące praktyki uznane za szkodliwą konkurencję podatkową ze strony państw członkowskich<sup>154</sup>.

Podstawowym dokumentem dotyczącym problematyki rajów podatkowych, a zarazem szkodliwej konkurencji podatkowej, jest Raport OECD z 1998 r. *Harmful Tax*

---

Wrocławskiego, Wrocław 1999, s. 217.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> T. Lipowski, *Raje podatkowe...*, s. 253.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa...*, s. 268.

<sup>150</sup> *Ibidem*, s. 171.

<sup>151</sup> A. Nowak, *op. cit.*, s. 218.

<sup>152</sup> *Ibidem*.

<sup>153</sup> Zob. art. 5 oraz art. 7 Konwencji o Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju z 14 grudnia 1960 r.

<sup>154</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa...*, s. 174-175.

*Competition: An Emerging Global Issue*. Raport podzielony jest na trzy części: pierwsza odnosi się do konkurencji podatkowej jako zjawiska o charakterze globalnym, w drugiej opisano czynniki pozwalające na identyfikację rajów podatkowych oraz jurysdykcji stosujących szkodliwe, preferencyjne reżimy podatkowe, natomiast trzecia część poświęcona jest przeciwdziałaniu szkodliwej konkurencji podatkowej. Raport zawiera 19 szczegółowych zaleceń dotyczących: zmian w wewnętrznym ustawodawstwie i praktykach państw, umów i traktatów podatkowych oraz intensyfikacji współpracy międzynarodowej w odpowiedzi na zaostrzającą się szkodliwą konkurencją podatkową.

Prace OECD nad problemami związanymi z globalną konkurencją gospodarczo-podatkową oraz sposobami przeciwdziałania jej szkodliwym skutkom były kontynuowane i pogłębiane w kolejnych latach<sup>155</sup>, po wydaniu Raportu z 1998 r. Owocem tych prac są kolejne publikacje: raport z 2000 r. o postępie w identyfikacji i eliminacji szkodliwych praktyk podatkowych<sup>156</sup>, raporty o postępie projektu OECD w sprawie szkodliwych praktyk podatkowych z 2004<sup>157</sup> i 2006 r.<sup>158</sup>, raport z 2007 r. o postępie w poprawie dostępu do informacji bankowych dla celów podatkowych<sup>159</sup> oraz raporty o postępie we wprowadzaniu międzynarodowo uzgodnionego standardu podatkowego z 2009<sup>160</sup> i 2012 r.<sup>161</sup>

Po opublikowaniu Raportu *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* eksperci OECD rozpoczęli prace nad faktyczną oceną poszczególnych jurysdykcji podatkowych na podstawie kryteriów do uznania za oazę podatkową zawartych w Raporcie z 1998 r.<sup>162</sup> Wstępnie 47 jurysdykcji zostało zakwalifikowanych jako raje podatkowe<sup>163</sup>. OECD, poprzez dwustronne kontakty z tymi państwami i terytoriami oraz wielostronne konsultacje, do których zaproszono wszystkie jurysdykcje początkowo uznane za oazy podatkowe, sprawdziło posiadane informacje, biorąc również pod uwagę

<sup>155</sup> *Ibidem*, s. 267-269.

<sup>156</sup> Zob. OECD, *Towards Global Tax Co-operation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*, Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs, Paryż 2000, <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430257.pdf>, [dostęp: 09.06.2013].

<sup>157</sup> Zob. OECD, *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report*, Paryż 2004, <http://www.oecd.org/ctp/harmful/30901115.pdf>, [dostęp: 09.06.2013].

<sup>158</sup> Zob. OECD, *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: 2006 Update on Progress in Member States*, Paryż 2006, <http://www.oecd.org/ctp/harmful/37446434.pdf>, [dostęp: 09.06.2013].

<sup>159</sup> Zob. OECD, *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes: The 2007 Progress Report*, Paryż 2007, <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/39327984.pdf>, [dostęp: 09.06.2013].

<sup>160</sup> Zob. OECD, *A Progress Report on the Jurisdictions Surveyed by the OECD Global Forum in Implementing The Internationally Agreed Tax Standard*, 2 April 2009, <http://www.oecd.org/ctp/42497950.pdf>, [dostęp: 09.06.2013].

<sup>161</sup> Zob. OECD, *A Progress Report on the Jurisdictions Surveyed by the OECD Global Forum in Implementing The Internationally Agreed Tax Standard*, 5 December 2012, <http://www.oecd.org/tax/transparency/progress%20report%205%20december%202012.pdf>, [dostęp: 09.06.2013].

<sup>162</sup> OECD, *Towards Global Tax Co-operation...*, s. 10.

<sup>163</sup> *Ibidem*.

różne okoliczności faktyczne i zweryfikowało tę wstępną listę rajów podatkowych<sup>164</sup>. Raport z 2000 r. *Towards Global Tax Co-operation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices* przewidywał stworzenie listy niewspółpracujących rajów podatkowych, na której umieszczono oazy podatkowe, które odmawiają współpracy z OECD i podjęcia zobowiązania do eliminacji szkodliwych praktyk podatkowych<sup>165</sup>. Lista niewspółpracujących rajów podatkowych jest cyklicznie aktualizowana, np. poprzez raporty o postępie we wprowadzaniu międzynarodowo uzgodnionego standardu podatkowego z 2009 i 2012 r. Figurowanie na liście niewspółpracujących rajów podatkowych wiąże się z zastosowaniem przez państwa członkowskie OECD, zalecanych przez Komitet ds. Finansowych, środków zaradczych przeciwko takiej jurysdykcji<sup>166</sup>. Środki te mają zarówno charakter podatkowy, jak i prawny<sup>167</sup>.

Za jedno z największych osiągnięć OECD w dziedzinie międzynarodowego prawa podatkowego, a zarazem wkład w rozwój prawa międzynarodowego publicznego, należy uznać opracowanie Modelowej konwencji w sprawie podatku od dochodu i majątku<sup>168</sup> oraz Umowy modelowej o wymianie informacji w sprawach podatkowych<sup>169</sup>.

Umowa modelowa o wymianie informacji w sprawach podatkowych stanowi obecnie powszechnie akceptowany wzorzec dla międzynarodowej współpracy podatkowej, na jej podstawie zawierane są bilateralne umowy (tzw. TIEAs – *Tax Information Exchange Agreements*) z rajami podatkowymi<sup>170</sup>. R.A. Nawrot uważa, iż zakres współpracy międzynarodowej, wynikający z uregulowań Umowy Modelowej oraz zawartych w oparciu o nią umów dwustronnych o wymianie informacji w sprawach podatkowych, jest na dostatecznym poziomie, umożliwiającym eliminację szkodliwych zjawisk występujących w rajach podatkowych (uchylanie się od płacenia podatków, pranie brudnych pieniędzy)<sup>171</sup>.

Z kolei Modelowa konwencja w sprawie podatku od dochodu i majątku jest uniwersalnym standardem, na którym bazują poszczególne państwa zawierając między sobą umowy międzynarodowe o zapobieganiu podwójnemu opodatkowaniu<sup>172</sup>. Art. 26 tej Konwencji zobowiązuje umawiające się państwa-strony do wzajemnego udzielania sobie informacji na tematy podatkowe<sup>173</sup>.

<sup>164</sup> *Ibidem*, s. 10-11.

<sup>165</sup> *Ibidem*, s. 18.

<sup>166</sup> T. Lipowski, *Raje podatkowe...*, s. 264-265.

<sup>167</sup> Zob. T. Lipowski, *Raje podatkowe...*, s. 264.

<sup>168</sup> Zob. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital...*

<sup>169</sup> Zob. OECD, *Agreement on Exchange of Information on Tax Matters*, 2002, <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2082215.pdf>, [dostęp: 09.06.2013].

<sup>170</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa...*, s. 267.

<sup>171</sup> *Ibidem*, s. 277-278.

<sup>172</sup> *Ibidem*, s. 270-271.

<sup>173</sup> *Ibidem*, s. 271.

O ile opracowywanie przez OECD umów modelowych i standardów współpracy międzynarodowej w gospodarce globalnej nie budzi kontrowersji, to już inicjatywy skierowane przeciwko rajom podatkowym i konkurencji podatkowej są przedmiotem krytyki zarówno ze strony państw kwalifikowanych jako oazy podatkowe<sup>174</sup>, jak i przedstawicieli doktryny. Zwłaszcza Raport *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* był szeroko komentowany w literaturze przedmiotu.

G.M. Melo zauważa, iż Raport z 1998 r., posługując się pojęciem szkodliwych praktyk podatkowych, w żadnym miejscu precyzyjnie nie definiuje, co należy uznać za szkodliwe, nie tworzy również jasnego rozgraniczenia między akceptowalną a szkodliwą konkurencją podatkową<sup>175</sup>. Autor ten twierdzi, iż celem Raportu jest ochrona przed szkodliwą konkurencją podatkową wyłącznie państw o wysokich stawkach podatkowych<sup>176</sup>. Decyzja o wyborze systemu podatkowego oraz sposób ściągania opodatkowania to, w krajowych granicach, jedno z uprawnień, które zawsze podlegały dyskrecjonalnemu uznaniu każdego suwerena<sup>177</sup>. Poprzez poszukiwanie uniwersalnych „międzynarodowo akceptowanych standardów” opodatkowania oraz przyjęcie za jedno z kryteriów kwalifikacji jako raj podatkowy subiektywnego czynnika metody opodatkowania w danym kraju, Raport wpływa na suwerenność terytorialną państw, co jest aktem naruszającym prawo międzynarodowe<sup>178</sup>.

Z kolei A. Townsend uważa wręcz, że raporty OECD z 1998 i 2000 r. dotyczące konkurencji podatkowej cechują przymusowe i nachalne rozwiązania, odbiegające od tradycyjnych środków używanych do normowania międzynarodowych kwestii fiskalnych<sup>179</sup>. Uznaje on istotne postanowienia tych dokumentów za niejasne i odzwierciedlające wyłącznie interesy członków OECD oraz wskazuje, iż sukces działań podjętych przez tę organizację może w rezultacie zahamować wzrost gospodarczy w przyszłości<sup>180</sup>. Inicjatywy podejmowane przez OECD w celu ograniczenia konkurencji podatkowej stanowią zasadnicze odstępstwo od ustanowionej do rozwiązywania międzynarodowych problemów podatkowych sieci traktatów, a także uzurpują sobie podstawową zasadę ustawodawstwa podatkowego, jaką jest suwerenność<sup>181</sup>. Raport z 1998 r. wymaga, aby

<sup>174</sup> Zob. T. Lipowski, *Raje podatkowe...*, s. 262-263.

<sup>175</sup> G.M. Melo, *Comment: Taxation in the Global Arena: Preventing the Erosion of National Tax Bases or Impringing on Territorial Sovereignty (A Critique of the OECD's Report: Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue)*, „Pace International Law Review”, Spring 2000, nr 12, s. 197-198.

<sup>176</sup> *Ibidem*, s. 198.

<sup>177</sup> *Ibidem*, s. 200.

<sup>178</sup> *Ibidem*, s. 200-201.

<sup>179</sup> A. Townsend Jr., *The Global Schoolyard Bully: The Organisation for Economic Co-operation and Development's Coercive Efforts to Control Tax Competition*, „Fordham International Law Journal” 2001, nr 25, s. 251.

<sup>180</sup> *Ibidem*.

<sup>181</sup> *Ibidem*, s. 252.

raje podatkowe i jurysdykcje uznane za stosujące szkodliwą konkurencję podatkową dokonały reform swoich systemów prawnopodatkowych i zaprzestały szkodliwych praktyk<sup>182</sup>. Chociaż OECD twierdzi, iż przyjęcie jej zaleceń co do reform fiskalnych jest dobrowolne, to jednak groźba objęcia środkami zaradczymi przewidzianymi w raporcie z 2000 r. skutecznie zmusza te państwa i terytoria do mimowolnej zgody na narzucane im rozwiązania<sup>183</sup>.

Przedstawiciele Jersey, Guernsey i Sark (Wyspy Kanałowe) oraz wyspy Man wspólnie stwierdzili, iż opublikowane przez OECD Raporty z 1998 i 2000 r. świadczą o braku uczciwości i moralności członków tej organizacji, na co w sposób szczególny wskazuje fakt nieumieszczenia na liście rajów podatkowych Luksemburga i Szwajcarii, pomimo że państwa te spełniały kryteria Raportu z 1998 r. co do uznania za oazy podatkowe<sup>184</sup>. Ogromny sprzeciw i oburzenie powodowała wśród rajów podatkowych chęć wymuszenia przez OECD zmian w systemach prawnych państw niebędących członkami tej organizacji, w dodatku grożąc sankcjami<sup>185</sup>.

Podkreślenia wymaga fakt, iż dwa spośród państw członkowskich OECD – Luksemburg i Szwajcaria – nie zgodziły się z Raportem z 1998 r., wstrzymały się od głosu i złożyły oficjalne zastrzeżenia do tego dokumentu, uwzględnione w jego treści<sup>186</sup>. Główne zarzuty, jakie padły pod adresem Raportu, to: ograniczenie się do zjawisk związanych z sektorem finansowym, brak wyważonego podejścia do zagadnienia szkodliwej konkurencji podatkowej, przyjęcie pozbawionego jakiegokolwiek obiektywnej podstawy kryterium reputacji przy kwalifikowaniu rajów podatkowych, ignorowanie rzeczywistości i strukturalnych różnic w istniejących reżimach podatkowych oraz przyjęcie selektywnego i represyjnego podejścia do problemu, które w żaden sposób nie motywuje oaz podatkowych i centrów finansowych *offshore* do zmiany prowadzonej polityki<sup>187</sup>.

T. Lipowski stwierdza, iż międzynarodowe środki prawne stosowane wobec rajów podatkowych tak naprawdę nie dotyczą określonych rozwiązań prawnych, lecz przede wszystkim odnoszą się do budowy systemu podatkowego i polityki fiskalnej poszczególnych państw i terytoriów suwerennych podatkowo<sup>188</sup>. Podstawowym celem środków zaradczych jest bowiem fundamentalna zmiana zasad funkcjonowania reżimów podatkowych w oazach podatkowych, co zdaniem tego autora jest uzasadnione, gdyż jedynie

<sup>182</sup> *Ibidem*.

<sup>183</sup> *Ibidem*.

<sup>184</sup> R. Krasnodębski, *Raje podatkowe w XXI wieku*, „Prawo i Podatki” 2006, nr 1, s. 33.

<sup>185</sup> *Ibidem*.

<sup>186</sup> Zob. OECD, *Harmful Tax Competition...*, s. 73-78.

<sup>187</sup> *Ibidem*.

<sup>188</sup> T. Lipowski, *Raje podatkowe...*, s. 268.

kompleksowa, dotycząca pryncypiów reforma może być skuteczna w walce ze szkodliwymi skutkami funkcjonowania rajów podatkowych<sup>189</sup>.

Pomimo to również T. Lipowski ocenia negatywnie stanowisko przyjęte przez OECD wobec rajów podatkowych oraz proponowane przez tę organizację rozwiązania problemów związanych ze szkodliwą konkurencją podatkową<sup>190</sup>. Należy pamiętać, iż państwa członkowskie OECD, mimo swojego dużego potencjału gospodarczego, stanowią jedynie mniejszą część globalnej społeczności, argumenty tej organizacji o dużej szkodliwości konkurencji podatkowej dla rozwoju gospodarczego nie są przekonywujące, a arbitralne i kategoryczne podejście OECD do rajów podatkowych nie wydaje się dostatecznie uzasadnione<sup>191</sup>.

Jak zatem można było zauważyć w toku powyższych wywodów, spora część inicjatyw podejmowanych przez OECD w stosunku do państw i terytoriów uznawanych za oazy podatkowe budzi duże wątpliwości, zwłaszcza w aspekcie faktycznego ograniczenia suwerenności podatkowej.

## 2. Działania pozostałych organizacji międzynarodowych

Wydaje się, iż obecnie OECD zajmuje pozycję niekwestionowanego lidera wśród organizacji międzynarodowych w obszarze międzynarodowej współpracy podatkowej i problematyki rajów podatkowych, ze względu na swoje dotychczasowe doświadczenie w tej materii, zasięg i kompleksowość podjętych prac. Jednakże nie oznacza to wcale, iż OECD jest jedynym gremium międzynarodowym zajmującym się tematyką oaz podatkowych. Wiele działań innych organizacji międzynarodowych dotyczy rajów podatkowych i centrów finansowych *offshore*, choćby w sposób pośredni.

Największy dorobek prawny poza OECD, w kwestiach wiążących się z oazami podatkowymi, wydaje się mieć Unia Europejska. Regulacje unijne odgrywają istotną rolę w zakresie zapobiegania szkodliwym praktykom podatkowym<sup>192</sup>. Dnia 1 grudnia 1997 r. Rada Unii Europejskiej przyjęła w formie rezolucji Kodeks postępowania w zakresie opodatkowania przedsiębiorstw<sup>193</sup> (*Code of conduct for business taxation*). Kodeks nie ma charakteru aktu prawnie wiążącego, jest porozumieniem politycznym państw członkowskich, zobowiązującym je do przestrzegania reguł uczciwej konkurencji oraz

---

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> *Ibidem*.

<sup>191</sup> *Ibidem*, s. 268-269.

<sup>192</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa...*, s. 281.

<sup>193</sup> Rezolucja Rady i przedstawicieli rządów Państw Członkowskich z dnia 1 grudnia 1997 r. w sprawie kodeksu postępowania w zakresie opodatkowania przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE C 2 z 06.01.1998, s. 3).

niewdrażania środków uznawanych za szkodliwą konkurencję podatkową<sup>194</sup>. Postanowienia Kodeksu odnoszą się do tych rozwiązań podatkowych (regulacji prawnych i praktyki administracyjnej) dotyczących opodatkowania działalności gospodarczej, które mają lub mogą mieć znaczący wpływ na lokalizację prowadzenia działalności gospodarczej w UE<sup>195</sup>. Szkodliwe środki podatkowe zostały zdefiniowane w Kodeksie w sposób generalny, jako takie rozwiązania państw członkowskich, które cechuje dużo niższy poziom efektywnego opodatkowania w porównaniu z ogólnym pułapem opodatkowania występującym w danym państwie członkowskim<sup>196</sup>. W 1999 r. przedstawiono dokument (tzw. raport Primarolo) identyfikujący 66 praktyk podatkowych uznanych za szkodliwe w zakresie opodatkowania przedsiębiorstw, a do roku 2005 uregulowania te zostały zniesione, z wyjątkami uwzględniającymi zasadę poszanowania praw nabytych<sup>197</sup>.

Unia Europejska podjęła zdecydowane działania w celu przeciwdziałania uchylaniu się od zobowiązań podatkowych i unikaniu opodatkowania w skali międzynarodowej. Wyrazem tych działań jest uchwalenie szeregu dyrektyw ułatwiających współpracę pomiędzy państwami członkowskimi w sprawach podatkowych. Do najważniejszych z nich należą: Dyrektywa Rady 77/799/EWG z dnia 19 grudnia 1977 r. dotycząca wzajemnej pomocy właściwych władz Państw Członkowskich w dziedzinie podatków bezpośrednich<sup>198</sup> oraz Dyrektywa Rady 2003/48/WE z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie opodatkowania dochodów z oszczędności w formie wypłacanych odsetek<sup>199</sup>.

Dyrektywa Rady z dnia 19 grudnia 1977 r. dotycząca wzajemnej pomocy właściwych władz Państw Członkowskich w dziedzinie podatków bezpośrednich (77/799/EWG) ma na celu ustanowienie wymiany informacji dotyczących podatków bezpośrednich między organami podatkowymi państw członkowskich<sup>200</sup>. Zgodnie z jej postanowieniami, właściwe władze (administracje podatkowe) państw członkowskich UE przekazują sobie wzajemnie wszelkie informacje, mające istotne znaczenie dla poprawnego naliczenia podatków od dochodu i kapitału<sup>201</sup>. Jest to ważne szczególnie wtedy, gdy zachodzi obawa co do fikcyjnego charakteru transferu zysków pomiędzy przedsiębiorstwami w dwóch państwach członkowskich, w sytuacji kontaktów gospodarczych i handlowych między przedsiębiorstwami z różnych państw członkowskich poprzez kraj

<sup>194</sup> J. Wyciśłok, *Ceny transferowe. Przedsiębiorstwa powiązane, przerzucanie dochodów*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 481.

<sup>195</sup> *Ibidem*.

<sup>196</sup> *Ibidem*.

<sup>197</sup> J. Karwowski, *op. cit.*, s. 272.

<sup>198</sup> Dz. Urz. UE L 336 z 27.12.1977, s. 15, polska wersja językowa – Dz. Urz. UE Wydanie Specjalne – Rozdział 3, Tom 1, s. 63.

<sup>199</sup> Dz. Urz. UE L 157 z 26.06.2003, s. 38, polska wersja językowa – Dz. Urz. UE Wydanie Specjalne – Rozdział 9, Tom 1, s. 369.

<sup>200</sup> J. Wyciśłok, *op. cit.*, s. 478.

<sup>201</sup> *Ibidem*.

trzeci, celem osiągnięcia korzyści podatkowych, lub też wtedy, gdy z jakichkolwiek przyczyn dochodzi lub może dojść do uniknięcia lub uchylecia się od uiszczenia podatku<sup>202</sup>.

Natomiast Dyrektywa Rady z dnia 3 czerwca 2003 r. w sprawie opodatkowania dochodów z oszczędności w formie wypłacanych odsetek (2003/48/WE), popularnie nazywana *Savings Tax Directive*, wprowadza system wymiany informacji pomiędzy właściwymi władzami podatkowymi w zakresie dochodów kapitałowych<sup>203</sup>. Dyrektywa ta umożliwi automatyczną wymianę danych, jednakże jej zakres zastosowania ograniczony jest do dochodów osiąganych przez osoby prywatne z odsetek uzyskiwanych ze zgromadzonych oszczędności<sup>204</sup>. Celem Dyrektywy jest zagwarantowanie opodatkowania płatności otrzymywanych w państwie członkowskim UE (oraz w innych krajach, również tych uznawanych za oazy podatkowe, takich jak np. Szwajcaria, wyspy Jersey, Guernsey, Man, Turks i Caicos, Brytyjskie Wyspy Dziewicze czy Kajmany) w państwie zamieszkania danej osoby, poprzez informowanie odpowiednich władz fiskalnych krajów członkowskich UE o uzyskiwanych dochodach<sup>205</sup>.

Z kolei Parlament Europejski prowadzi prace nad wspieraniem dobrych rządów w dziedzinie opodatkowania<sup>206</sup>. PE zdecydowanie potępił raje podatkowe oraz stosowane przez nie praktyki, prowadzące do unikania i uchylania się od opodatkowania i odpływu kapitału, oraz wezwał państwa członkowskie do przeciwdziałania tym niekorzystnym zjawiskom poprzez podjęcie konkretnych działań wobec oaz podatkowych (włącznie z sankcjami) i uznanie walki z rajami podatkowymi za priorytet<sup>207</sup>.

Również działania innych organizacji i gremiów międzynarodowych dotyczą w różnym stopniu rajów podatkowych i powiązanych z nimi zjawisk. Można tu wymienić np. prowadzone przez Międzynarodowy Fundusz Walutowy badania w obszarze funkcjonowania światowych centrów finansowych oraz dokumenty publikowane przez tę organizację, poświęcone centrom *offshore*, praniu brudnych pieniędzy czy światowej stabilności gospodarczej<sup>208</sup>. Financial Action Task Force (FATF) skupia się na wyznaczaniu międzynarodowych standardów przeciwdziałania praniu brudnych pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, a także opublikowała 49 wskazówek mających na celu ograniczenie tych zjawisk<sup>209</sup>, które często mają bezpośredni związek z istnieniem rajów podatkowych i podejmowaną w nich aktywnością.

---

<sup>202</sup> *Ibidem*, s. 479.

<sup>203</sup> J. Karwowski, *op. cit.*, s. 272.

<sup>204</sup> J. Wyciśłok, *op. cit.*, s. 480.

<sup>205</sup> J. Karwowski, *op. cit.*, s. 272.

<sup>206</sup> J. Wyciśłok, *op. cit.*, s. 491.

<sup>207</sup> *Ibidem*.

<sup>208</sup> J. Karwowski, *op. cit.*, s. 272.

<sup>209</sup> *Ibidem*, s. 274-275.



Światowy kryzys finansowy z 2008 r. spowodował, iż tematyka rajów podatkowych bardzo mocno zyskała na znaczeniu i aktualności. Wyrazem tego mogą być ustalenia podjęte w kwietniu 2009 r. na szczycie grupy G20 w Londynie, gdzie stwierdzono, iż walka z rajami podatkowymi jest jednym z priorytetowych działań w ramach zwalczania kryzysu gospodarczego<sup>210</sup>. W sposób szczególny zaakcentowano potrzebę nawiązania ścisłego współdziałania w sprawach podatkowych z państwami i terytoriami, które do tej pory odmawiały takiej współpracy<sup>211</sup>. Rozmowy prowadzone w ramach szczytu grupy G20 nie zaowocowały żadnymi działaniami o charakterze normatywnym, jednakże silne naciski dyplomatyczne na jurysdykcje niewspółpracujące w kwestiach podatkowych spowodowały bardzo szybki wzrost liczby dwustronnych umów międzynarodowych (ponad 410 nowych umów zawartych w okresie od stycznia 2009 r. do czerwca 2011 r.<sup>212</sup>), zapewniających ustanowiony przez OECD międzynarodowy standard współpracy podatkowej pomiędzy umawiającymi się państwami<sup>213</sup>. R.A. Nawrot uznaje to za przełom w podejściu do państw i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową i spodziewa się dalszego zacieśniania współpracy międzynarodowej w tej dziedzinie, która w konsekwencji może doprowadzić do definitywnego rozwiązania problemu rajów podatkowych, co motywowane jest w dużym stopniu przedłużającym się kryzysem gospodarczym oraz zmniejszaniem się wpływów budżetowych z tytułu opodatkowania w państwach rozwiniętych<sup>214</sup>.

### 3. Inicjatywy przeciwko rajom podatkowym ze strony poszczególnych państw

Oprócz szeroko zakrojonych działań koordynowanych na poziomie międzypaństwowym i na forum organizacji międzynarodowych, wiele państw podejmuje samodzielnie rozmaite przedsięwzięcia w stosunku do rajów podatkowych. Funkcjonowanie oaz podatkowych i korzystanie z oferowanych przez nie korzyści przynosi ogromne straty krajom zachodnim, które dążą do ograniczenia i ścisłej kontroli tego zjawiska<sup>215</sup>. Wyraża się to przede wszystkim poprzez: uchwalanie ustawodawstw „antyrajowych”, zabiegi dyplomatyczne, podpisywanie umów międzynarodowych w kwestiach podatkowych z rajami podatkowymi czy też tworzenie list państw i terytoriów uznanych za stosujące szkodliwe praktyki podatkowe.

Regulacje „antyrajowe” są obecne w porządkach prawnych wielu państw rozwiniętych, w tym w Polsce. Jak przykładowo wylicza J. Głuchowski, przepisy zapobiegające

<sup>210</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa...*, s. 273.

<sup>211</sup> *Ibidem*.

<sup>212</sup> *Ibidem*, s. 287.

<sup>213</sup> *Ibidem*.

<sup>214</sup> *Ibidem*, s. 289-290.

<sup>215</sup> J. Głuchowski, *Oaza podatkowa – pojęcie międzynarodowego prawa podatkowego*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 2, s. 78.

niepożądanemu wykorzystywaniu rajów podatkowych występują w: Niemczech (*Aus-sensteuergesetz* z 1972 r.), Francji (w ustawie finansowej z 1970 r.), Belgii (w kodeksie podatkowym), USA (*Revenue Act* z 1962 r. oraz *Tax Equity and Fiscal Responsibility Act* z 1982 r.), Kanadzie (*Income Tax Act*), Australii (*Tax Act* z 1980 r.) i Wielkiej Brytanii<sup>216</sup>. W prawie polskim unormowania mające na celu przeciwdziałanie wykorzystywaniu rajów podatkowych dla osiągnięcia korzyści fiskalnych znajdują się przede wszystkim w ustawie z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych<sup>217</sup> i ustawie z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych<sup>218</sup> oraz wydanych na ich podstawie bliźniaczych rozporządzeniach Ministra Finansów<sup>219</sup>, zawierających listę 37 państw i terytoriów uznanych za stosujące szkodliwą konkurencję podatkową odpowiednio w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych i podatku dochodowego od osób prawnych<sup>220</sup>.

Naciski dyplomatyczne i prawne na jurysdykcje uznawane za prowadzące szkodliwą konkurencję podatkową stosowane są nie tylko przez organizacje międzynarodowe, ale także przez poszczególne państwa. Do najważniejszych instrumentów prawnomiędzynarodowych w tej materii zalicza się umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania oraz umowy o wymianie informacji w sprawach podatkowych (*Tax Information Exchange Agreements*). Umowy te były już omawiane w niniejszym artykule, należy więc jedynie przypomnieć, iż wzorce dla obydwu typów umów opracowała OECD, a społeczność międzynarodowa coraz skuteczniej wymusza na rajach podatkowych nawiązanie współpracy podatkowej poprzez podpisywanie umów TIEA. Również przepisy umów o unikaniu podwójnego opodatkowania odnoszą się w pewnym zakresie do wymiany informacji i pomocy w sprawach podatkowych<sup>221</sup>. Natomiast niepodpisywanie tego typu umów z rajami podatkowymi ogranicza możliwości uzyskiwania korzyści podatkowych w tych jurysdykcjach. Umowy o wymianie informacji w sprawach podatkowych i umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania stanowią doskonały przykład działania dwutorowego i kooperacji organizacji międzynarodowej z państwami – OECD tworzy standardy i wzorce regulacji dla międzynarodowego prawa podatkowego, które następnie są wykorzystywane w praktyce i wchodzą w życie jako postanowienia konkretnych umów międzynarodowych.

<sup>216</sup> *Ibidem*, s. 78-79.

<sup>217</sup> Dz. U. z 1991 r., nr 80, poz. 350 ze zm.

<sup>218</sup> Dz. U. z 1992 r., nr 21, poz. 86 ze zm.

<sup>219</sup> Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 9 kwietnia 2013 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych (Dz. U. poz. 493) oraz rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 9 kwietnia 2013 r. w sprawie określenia krajów i terytoriów stosujących szkodliwą konkurencję podatkową w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych (Dz. U. poz. 494).

<sup>220</sup> R.A. Nawrot, *Szkodliwa...*, s. 196-198.

<sup>221</sup> *Ibidem*, s. 230.

Kolejnym środkiem prawnomiędzynarodowym stosowanym wobec rajów podatkowych są umowy o opodatkowaniu dochodów z oszczędności. Jest to szczególnie rodzaj międzynarodowych umów podatkowych, podpisywanych z terytoriami zależnymi Wielkiej Brytanii i Holandii, uznawanymi za stosujące szkodliwą konkurencję podatkową<sup>222</sup>. Zawieranie tych umów wynika z realizacji postanowień wzmiankowanej wcześniej Dyrektywy 2003/48/WE, a odbywa się to w specjalnej procedurze traktatowej, poprzez wymianę listów i ma na celu objęcie zakresem Dyrektywy obszarów nienależących do terytorium podatkowego UE<sup>223</sup>.

W wielu krajach tworzy się listy rajów podatkowych, które mogą mieć różny charakter i zastosowanie. Istnieją zarówno listy, które obowiązują na mocy ustawy (np. w Australii, Kanadzie, Niemczech czy Wielkiej Brytanii) lub aktów niższego rzędu (np. w Polsce) jak i listy sporządzane przez odpowiednie organy podatkowe na potrzeby własne (tak jest np. w USA)<sup>224</sup>. Co do zasady listy rajów podatkowych dzielą się na „czarne” (obejmujące państwa i terytoria traktowane jako raje podatkowe) i „białe” (wymieniające kraje, które nie są oazami podatkowymi)<sup>225</sup>. Umieszczenie na „czarnej” liście może skutkować negatywnymi implikacjami politycznymi oraz zastosowaniem w stosunku do transakcji dokonywanych przez państwa i terytoria figurujące na liście restrykcyjnych przepisów „antyrajowych”<sup>226</sup>.

#### **4. Legalność nacisków na raje podatkowe w świetle prawa międzynarodowego**

Jak wynika z dotychczasowych wywodów, rosnąca chęć obrony swoich interesów fiskalnych i walki ze szkodliwą konkurencją podatkową przez państwa rozwinięte powoduje podejmowanie szeregu przedsięwzięć przeciwko rajom podatkowym. Naciski ze strony organizacji międzynarodowych i poszczególnych państw mogą przyjmować postać działań prawnych, dyplomatycznych bądź też ekonomicznych. Jak widać, wiele spośród inicjatyw skierowanych przeciwko zjawisku szkodliwej konkurencji podatkowej i rajom podatkowym spotyka się ze sprzeciwem zarówno zainteresowanych państw, jak również jest przedmiotem krytyki ze strony przedstawicieli doktryny. Po przedstawieniu najważniejszych działań podejmowanych w stosunku do rajów podatkowych na arenie międzynarodowej konieczna jest analiza ich legalności z punktu widzenia prawa międzynarodowego.

<sup>222</sup> *Ibidem*, s. 235.

<sup>223</sup> *Ibidem*, s. 237-240.

<sup>224</sup> T. Lipowski, *Ogólna charakterystyka...*, s. 69.

<sup>225</sup> M. Obszyńska-Krasnodębska, R. Krasnodębski, *Raje podatkowe*, „Przeгляд Podatkowy” 1995, nr 1, s. 15.

<sup>226</sup> T. Lipowski, *Ogólna charakterystyka...*, s. 69.

Problematyka suwerenności w kontekście rajów podatkowych została już omówiona, jednakże na koniec kontrowersje związane z presją na raje podatkowe należy odnieść do zagadnienia przymusu ekonomicznego. Pojęcie przymusu ekonomicznego wydaje się mieć kluczowe znaczenie przy analizowaniu legalności rozmaitych aktów podejmowanych w stosunku do oaz podatkowych, ze względu na dysproporcje gospodarcze pomiędzy państwami sprzeciwiającymi się szkodliwej konkurencji podatkowej a rajami podatkowymi.

J. Tyranowski zauważa, iż suwerenność gospodarcza danego państwa może zostać zagrożona lub ulec naruszeniu nie tylko na skutek posłużenia się siłą zbrojną, lecz również poprzez użycie środków przymusu ekonomicznego<sup>227</sup>. Jest to szeroka i nabierająca współcześnie coraz większego znaczenia kwestia, niepoddająca się jednak łatwo analizie prawniczej<sup>228</sup>. Przymus ekonomiczny można ująć jako wywieranie wpływu na dane państwo poprzez odmawianie lub ograniczanie dostępu do zasobów, surowców, produktów, kapitału, technologii, usług lub konsumentów<sup>229</sup>.

W polskiej doktrynie prawa międzynarodowego publicznego obecny jest pogląd, iż zakaz użycia siły ekonomicznej przez państwa nie został w żaden sposób zdefiniowany, jednakże należy przyjąć, iż w pewnych sytuacjach zakaz taki obowiązuje (np. w przypadku prób narzucenia ustroju gospodarczego lub przymuszania do zawarcia nierównoprawnych umów międzynarodowych)<sup>230</sup>. Natomiast J. Tyranowski uznaje, iż zakaz użycia siły ekonomicznej nie znajduje należytego oparcia ani w aktach prawa międzynarodowego, ani w zasadach czy normach zwyczajowych tegoż prawa, a w konsekwencji wszelkie postanowienia zabraniające użycia środków przymusu ekonomicznego mają charakter jedynie postulatów *de lege ferenda*<sup>231</sup>.

W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż punktem wyjściowym do rozważań nad kwestią przymusu ekonomicznego w prawie międzynarodowym jest treść art. 2 pkt 4 Karty Narodów Zjednoczonych, który stanowi: „Wszyscy członkowie powinni w swych stosunkach międzynarodowych powstrzymać się od stosowania groźby lub użycia siły przeciwko nietykalności terytorium albo niepodległości politycznej któregośkolwiek państwa, lub wszelkiego innego sposobu, niezgodnego z zasadami Narodów Zjednoczonych”<sup>232</sup>.

Niezwykle istotny dla niniejszej problematyki jest fakt, iż najbardziej rozwinięte państwa świata zdecydowanie sprzeciwiają się, aby zakaz użycia siły (lub groźby jej

<sup>227</sup> J. Tyranowski, *op. cit.*, s. 35.

<sup>228</sup> *Ibidem*, s. 35-36.

<sup>229</sup> T.J. Farer, *Political and Economic Coercion in Contemporary International Law*, „The American Journal of International Law” 1985, t. 79, s. 408.

<sup>230</sup> J. Gilas, *Międzynarodowe prawo gospodarcze*, Oficyna Wydawnicza „Branta”, Bydgoszcz 1998, s. 249.

<sup>231</sup> J. Tyranowski, *op. cit.*, s. 36-37.

<sup>232</sup> Karta Narodów Zjednoczonych (Dz. U. z 1947 r., nr 23, poz. 90).

użycia), sformułowany w art. 2 pkt 4 Karty Narodów Zjednoczonych, swym zakresem obejmował również środki przymusu ekonomicznego<sup>233</sup>. Również T.J. Farer jest zdania, iż celem państw-sygnatariuszy Karty Narodów Zjednoczonych było wyłącznie zapobieżenie użyciu siły zbrojnej i wykreślenie wojny z katalogu środków polityki międzynarodowej, na co dowodem jest kategoryczne odrzucenie prób wprowadzenia przez małe państwa do Karty pojęcia przymusu ekonomicznego już na samym początku prac nad Kartą<sup>234</sup>.

D.W. Bowett jest zdania, iż zakaz użycia przymusu ekonomicznego wypływa nie z art. 2 pkt 4 Karty Narodów Zjednoczonych, lecz znajduje swoje uzasadnienie w zasadzie nieinterwencji<sup>235</sup>. Zasada nieinterwencji ma swoje korzenie w praktyce państw Ameryki Łacińskiej z XIX i pierwszej połowy XX w.<sup>236</sup> Stopniowa ewolucja tej zasady zaowocowała uregulowaniem jej w Rozdziale IV Karty Organizacji Państw Amerykańskich z 1948 r.<sup>237</sup> Art. 19 tego dokumentu brzmi: „Żadne Państwo ani grupa Państw nie ma prawa mieszać się, bezpośrednio lub pośrednio, z jakiegokolwiek powodu, w wewnętrzne bądź zewnętrzne sprawy innego Państwa. Powyższa zasada zabrania nie tylko stosowania siły zbrojnej, ale także wszelkich innych form wtrącania się bądź grożenia osobowości państwa i jego politycznym, ekonomicznym czy kulturalnym sferom życia”<sup>238</sup>. Natomiast art. 20 precyzuje: „Żadne Państwo nie może stosować ani zachęcać do stosowania środków przymusu o charakterze gospodarczym lub politycznym w celu naruszenia suwerennej woli innego Państwa i uzyskania od niego jakichkolwiek korzyści”<sup>239</sup>.

Można uznać, iż zmiany, które zaszły w tradycyjnym pojmowaniu zasady nieinterwencji w prawie międzynarodowym odzwierciedlają fakt, iż zasada ta obejmuje aktualnie również przymus ekonomiczny<sup>240</sup>. Dowodem na to jest praktycznie jednogłośnie przyjęcie Deklaracji o niedopuszczalności interwencji w sprawy wewnętrzne państw<sup>241</sup> z 1965 r. oraz Deklaracji zasad prawa międzynarodowego dotyczących przyjaznych stosunków i współdziałania państw zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych<sup>242</sup>

<sup>233</sup> J. Tyranowski, *op. cit.*, s. 36.

<sup>234</sup> T.J. Farer, *op. cit.*, s. 410.

<sup>235</sup> D.W. Bowett, *International Law and Economic Coercion*, „Virginia Journal of International Law” 1976, nr 16, s. 245-246.

<sup>236</sup> W. Gilmore, *The OECD, Harmful Tax Competition and Tax Havens: Towards an Understanding of the International Legal Context*, „Commonwealth Law Bulletin” 2001, t. 27, nr 1, s. 564.

<sup>237</sup> *Ibidem*.

<sup>238</sup> S. Bieleń (oprac.), *Prawo w stosunkach międzynarodowych. Wybór dokumentów*, Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR: Fundacja Studiów Międzynarodowych, Warszawa 2004, s. 458.

<sup>239</sup> *Ibidem*.

<sup>240</sup> R.B. Lillich, *Economic Coercion and the “New International Economic Order”: A Second Look at Some First Impressions*, „Virginia Journal of International Law” 1976, nr 16, s. 236.

<sup>241</sup> Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 2131 (XX) z dnia 21 grudnia 1965 r.

<sup>242</sup> Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 2625 (XXV) z dnia 24 października 1970 r.

z 1970 r.<sup>243</sup> Deklaracja Zasad ONZ z 1970 r. stanowi: „Żadne państwo czy grupa państw nie ma prawa ingerować, bezpośrednio lub pośrednio, z żadnych powodów, w wewnętrzne lub zewnętrzne sprawy któregośkolwiek innego państwa. W konsekwencji interwencja zbrojna i wszelkie inne formy ingerencji lub próby zagrożenia podmiotowości państwa bądź jego politycznych, gospodarczych i kulturalnych elementów, stanowią pogwałcenie prawa międzynarodowego. Żadne państwo nie może stosować ani zachęcać do stosowania ekonomicznych, politycznych lub jakichkolwiek innych środków przymusu wobec innego państwa, aby podporządkować go sobie w wykonywaniu jego suwerennych praw i uzyskać od niego jakiegokolwiek korzyści”<sup>244</sup>. Porównanie treści przytoczonych artykułów Karty Organizacji Państw Amerykańskich i Deklaracji Zasad ONZ z 1970 r. pozwala na wysnucie wniosku, iż Zgromadzenie Ogólne ONZ w dużym stopniu wzorowało się na rozwiązaniach i koncepcji zasady nieinterwencji przyjętej wcześniej przez państwa amerykańskie.

Rezolucje Zgromadzenia Ogólnego ONZ nie posiadają co prawda wiążącej mocy prawnej traktatów, wskazują jednakże na stopniową akceptację społeczności międzynarodowej dla koncepcji przymusu ekonomicznego, co nie może zostać zignorowane<sup>245</sup>. D.W. Bowett uważa, iż powinny istnieć uzasadnione wyjątki od zakazu użycia środków przymusu ekonomicznego, do których zalicza: środki ekonomiczne przedsięwzięte w samoobronie, ekonomiczne środki odwetowe (represalia) oraz sankcje gospodarcze zatwierdzone przez właściwe organy społeczności międzynarodowej<sup>246</sup>.

Niestety, kryteria dla określenia przymusu ekonomicznego zawarte w rezolucjach Zgromadzenia Ogólnego ONZ są bardzo nieostre i nie spełniają potrzeb precyzyjnej definicji<sup>247</sup>. Na dodatek wydaje się, iż obecnie nie ma na poziomie międzynarodowym instytucji zdolnej do obiektywnej oceny legalności użycia środków przymusu ekonomicznego<sup>248</sup>.

T.J. Farer konkluduje, iż w szczególnych, możliwych do wyobrażenia okolicznościach, zastosowanie przymusu ekonomicznego może stanowić pogwałcenie prawa międzynarodowego, nawet gdy użyte środki same w sobie nie łamią postanowień żadnego traktatu<sup>249</sup>. Jednakże, w świetle praktyki międzynarodowej państw, prawdopodobieństwo wystąpienia tych wymaganych okoliczności jest tak niewielkie, iż użycie przez

<sup>243</sup> R.B. Lillich, *op. cit.*, s. 236-237.

<sup>244</sup> S. Bieleń (oprac.), *op. cit.*, s. 61.

<sup>245</sup> D.W. Bowett, *op. cit.*, s. 246.

<sup>246</sup> *Ibidem*, s. 249-252.

<sup>247</sup> *Ibidem*, s. 248-249.

<sup>248</sup> *Ibidem*, s. 255.

<sup>249</sup> T.J. Farer, *op. cit.*, s. 411.

jedno państwo swej siły ekonomicznej, aby wpłynąć na inne, należy uznać za *prima facie* dozwolone<sup>250</sup>.

Powyższe rozważania należy teraz odnieść do omawianych wcześniej w niniejszej pracy działań skierowanych przeciwko rajom podatkowym i praktykowanej przez nie szkodliwej konkurencji podatkowej. W przytoczonych przy okazji przedstawiania problematyki nacisków na oazy podatkowe głosach krytycznych, zwłaszcza w stosunku do inicjatyw podejmowanych przez OECD, pojawiają się zarzuty naruszania suwerenności i łamania prawa międzynarodowego.

Mimo iż same inicjatywy OECD skierowane przeciwko szkodliwej konkurencji podatkowej nie odwołują się do pojęć prawnych, część członków społeczności międzynarodowej, których interesy zostały zagrożone przez te działania, podniosła w odpowiedzi właśnie argumenty prawne<sup>251</sup>. Co prawda raporty OECD przewidują skoordynowane środki zaradcze przeciwko państwom i terytoriom stosującym szkodliwą konkurencję podatkową, jednakże to państwa członkowskie tej organizacji, a nie sama OECD, mają możliwość ich zastosowania<sup>252</sup>. OECD zapewnia jedynie ramy dla współpracy międzynarodowej w tej kwestii<sup>253</sup>.

O ile w pewnych sformułowaniach raportów OECD z 1998 i 2000 r. da się zauważyć nawiązania do prawnomiędzynarodowej doktryny represaliów, o tyle brakuje przekonujących dowodów, aby uznać, iż OECD lub jej kraje członkowskie znajdują prawne uzasadnienie dla groźby skoordynowanego użycia środków zaradczych wobec niewspółpracujących rajów podatkowych we wcześniejszych, bezprawnych aktach popełnionych przez te jurysdykcje<sup>254</sup>. Środki nacisku stosowane wobec oaz podatkowych pasują bardziej do kategorii retorsji, czyli nieprzyjaznych, lecz legalnych w świetle prawa międzynarodowego działań, przedsięwziętych w odpowiedzi na nieprzyjazne bądź kontestowane postępowanie innego państwa<sup>255</sup>.

Kwestią sporną pozostaje, czy stosowanie środków politycznego i gospodarczego przymusu (nacisku) w relacjach międzynarodowych jest w jakikolwiek sposób ograniczone prawnie i czy prawo międzynarodowe rozróżnia dozwolone i niedozwolone akty retorsji<sup>256</sup>. Nawet jeśli przyjmemy, iż obecnie prawo międzynarodowe zabrania stosowania pewnych rodzajów przymusu ekonomicznego, to pojawia się problem wytyczenia granicy pomiędzy dopuszczalnym naciskiem ekonomicznym a bezprawnym przymusem<sup>257</sup>. Dla

<sup>250</sup> *Ibidem*.

<sup>251</sup> W. Gilmore, *op. cit.*, s. 548.

<sup>252</sup> *Ibidem*, s. 562.

<sup>253</sup> *Ibidem*.

<sup>254</sup> *Ibidem*, s. 563.

<sup>255</sup> *Ibidem*.

<sup>256</sup> *Ibidem*.

<sup>257</sup> R.B. Lillich, *op. cit.*, s. 238-239.

niektórych sięganie po środki nacisku gospodarczego w celu skłonienia pewnych państw i terytoriów do przestrzegania standardów, w których formułowaniu same nie brały udziału, budzi zastrzeżenia co do zasady<sup>258</sup>. W. Gilmore jest zdania, iż strategia działania OECD wobec rajów podatkowych jest kontrowersyjna z punktu widzenia prawa międzynarodowego publicznego, dlatego też postuluje on zwrócenie się do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości o wydanie opinii doradczej, celem wyjaśnienia tej kwestii<sup>259</sup>.

Tytułem konkluzji należy stwierdzić, iż szereg czynników natury zarówno ekonomicznej, fiskalnej, jak i politycznej spowodowało znaczny wzrost uwagi poświęcanej rajom podatkowym i centrom finansowym *offshore* przez społeczność międzynarodową. W ostatnich latach podjęto wiele inicjatyw skierowanych przeciwko oazom podatkowym i zjawisku szkodliwej konkurencji podatkowej. Działania te mają zróżnicowany charakter – przyjmują postać nacisków dyplomatycznych, jedno- lub wielostronnych konsultacji, działań prawnych, a nawet presji gospodarczej, w celu wymuszenia na rajach podatkowych przestrzegania międzynarodowych standardów w kwestiach takich, jak: udzielanie informacji na tematy podatkowe, niestosowanie określonych rozwiązań fiskalnych czy przeciwdziałanie praniu brudnych pieniędzy.

Największy dorobek w kwestiach związanych z oazami podatkowymi ma OECD, jednakże kroki mające na celu ograniczenie szkodliwego wpływu rajów podatkowych na inne państwa podejmowane są także przez Unię Europejską, inne organizacje międzynarodowe oraz poszczególne kraje. Duża część tych działań jest akceptowana, a nawet uznawana za znaczące osiągnięcie – tak jak opracowanie przez OECD powszechnie używanych w obrocie prawnomiędzynarodowym wzorców umów o unikaniu podwójnego opodatkowania i umów o wymianie informacji na tematy podatkowe. Jednakże stworzone przez OECD raporty, a zwłaszcza zawarte w nich propozycje użycia skoordynowanych środków zaradczych przeciwko rajom podatkowym, wzbudziły liczne kontrowersje. Stawiany przez krytyków OECD zarzut, iż ingeruje ona w fiskalny aspekt suwerenności krajów niebędących członkami tej organizacji, wydaje się jednak nieuzasadniony. Dokumenty OECD wskazują jedynie pewne problemy i sugestie ich zwalczania, nie mają jednak mocy wiążącej. Kwestia, czy OECD bądź państwa zrzeszone w tej organizacji stosują wobec rajów podatkowych przymus ekonomiczny, naciskając na zmianę ich polityki podatkowej, wymyka się jednoznacznej ocenie.

Pojęcie przymusu ekonomicznego nie jest jeszcze dostatecznie ugruntowane w prawie międzynarodowym i budzi liczne spory w doktrynie. Również teoretyczne próby rozgraniczenia legalnych nacisków ekonomicznych i dyplomatycznych od bezprawnego przymusu nie wydają się obecnie możliwe. Wydaje się, iż stojąc na gruncie formalnej

<sup>258</sup> W. Gilmore, *op. cit.*, s. 566.

<sup>259</sup> *Ibidem*.



koncepcji suwerenności i powszechnie akceptowanych zasad prawa międzynarodowego, a także dzisiejszych realiów rządzących polityką, ekonomią i stosunkami międzynarodowymi, nie da się uznać działań skierowanych przeciwko rajom podatkowym za niezgodne z prawem międzynarodowym. Uzasadnieniem dla tego twierdzenia jest fakt, iż działania takie są podejmowane wyłącznie w celu ochrony własnych interesów i wdrożenia pewnych standardów postępowania, uznawanych przez dużą grupę państw. Niewątpliwie jednak najbardziej radykalne spośród środków przeciwdziałania szkodliwym aspektom konkurencji podatkowej i funkcjonowania rajów podatkowych będą jeszcze długo budzić liczne zastrzeżenia, również natury prawnomiędzynarodowej.

## Zakończenie

Zawarte w niniejszym artykule rozważania pozwoliły na pewne przybliżenie tematyki rajów podatkowych w prawie międzynarodowym. Już na samym początku dało się zauważyć złożoność podjętego problemu.

Na płaszczyźnie międzynarodowej najważniejszym zjawiskiem wiążącym się z istnieniem rajów podatkowych okazała się konkurencja podatkowa, definiowana często, po spełnieniu dodatkowych kryteriów, jako szkodliwa. Systemy prawnopodatkowe i polityka oaz podatkowych stanowią chyba najbardziej jaskrawy przykład między państwowej konkurencji podatkowej pomiędzy jurysdykcjami i budzą szeroki sprzeciw społeczności międzynarodowej, a w szczególności państw wysoko rozwiniętych, których celem jest ochrona własnych gospodarek i wpływów fiskalnych.

W toku rozważań poświęconych rajom podatkowym udało się wykazać, iż w swoich działaniach oazy podatkowe, jak i ich adwersarze, korzystają często z instrumentów właściwych dla prawa międzynarodowego publicznego. Sieć umów o unikaniu podwójnego opodatkowania ułatwia inwestorom wykorzystanie preferencyjnych rozwiązań oferowanych w rajach podatkowych i centrach *offshore*. Z kolei brak tego typu umów może skutecznie utrudnić, a nawet uniemożliwić działalność oazy podatkowej. Wiele państw przeciwdziało szkodliwym praktykom podatkowym i stara się wpływać na jurysdykcje uznawane za raje podatkowe za pomocą rozwiązań traktatowych. Poprzez presję dyplomatyczną i gospodarczą nakłania się oazy podatkowe do podpisywania umów o wymianie informacji w sprawach podatkowych, mających za zadanie zapobieganie unikaniu opodatkowania i odpływowi kapitału z państw o wyższych stawkach podatku. Bardzo duży wkład w te zabiegi posiada OECD, która opracowała wzorce dla międzynarodowych umów o unikaniu opodatkowania oraz umów o wymianie informacji w sprawach podatkowych. W tych kwestiach obecnie na całym świecie zawiera się umowy międzynarodowe właśnie według modelu zaproponowanego przez OECD.

Zaostrzanie się fenomenu konkurencji podatkowej oraz jej rosnący wpływ na globalną gospodarkę powodują skupienie uwagi na rajach podatkowych i wzmożoną chęć przeciwdziałania szkodliwym praktykom podatkowym ze strony organizacji międzynarodowych o charakterze gospodarczym, jak również ze strony wielu państw. Część inicjatyw skierowanych przeciwko rajom podatkowym budzi jednak kontrowersje z punktu widzenia prawa międzynarodowego. Koronnym przykładem są omawiane w niniejszym artykule raporty OECD, a zwłaszcza zaproponowane w nich środki zaradcze. Nie mieszczą się one w tradycyjnej metodzie regulacji międzynarodowych kwestii prawopodatkowych, jaką są traktaty.

Formułowanie przez organizację międzynarodową zrzeczającą najbardziej rozwinięte gospodarki świata zaleceń pod adresem państw nie będących jej członkami oraz groźba zastosowania skoordynowanych środków zaradczych o charakterze prawnym i podatkowym w razie niepodporządkowania się wytycznym OECD może budzić zastrzeżenia natury prawnomiędzynarodowej. Jednakże zarzuty naruszania suwerenności oaz podatkowych przez polityczne i gospodarcze działania innych państw nie zasługują na uwzględnienie na gruncie formalnej, umiędzynarodowionej koncepcji suwerenności. Obecnie suwerenność nie może mieć charakteru absolutnego, a rywalizacja międzypaństwowa i wykorzystywanie przez silniejsze państwa swej przewagi w relacjach ze słabszymi partnerami są odwiecznym elementem stosunków międzynarodowych.

Natomiast rozważenie kwestii nacisków na raje podatkowe, zwłaszcza tych praktykowanych przez OECD, pod kątem użycia środków przymusu ekonomicznego nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie o ich legalność w świetle prawa międzynarodowego. Spowodowane jest to przede wszystkim faktem, iż koncepcja przymusu ekonomicznego nie została jeszcze w pełni rozwinięta w doktrynie prawa międzynarodowego, nie ma ona też swego normatywnego wyrazu w postaci powszechnie obowiązującej definicji traktatowej. Zakaz stosowania przymusu ekonomicznego znajduje się jedynie w rezolucjach Zgromadzenia Ogólnego ONZ, które aczkolwiek są istotne i pokazują pewną akceptację dla tej idei w społeczności międzynarodowej, to jednak pozbawione są mocy wiążącej. Powoduje to liczne spory co do tego, czy zakaz użycia środków przymusu ekonomicznego w ogóle istnieje, a jeśli tak, to jak nakreślić jego granice.

Kontrowersje wzbudzają zwłaszcza środki zaproponowane przez OECD, a nawet sama ich forma. Sformułowanie przez organizację międzynarodową katalogu środków zaradczych, które mają być wdrażane przez państwa członkowskie, ale skoordynowane na poziomie tej organizacji międzynarodowej, a nie poszczególnych państw, a w dodatku skierowanie tych środków wobec państw trzecich, wydaje się być nową konstrukcją w prawie międzynarodowym. Wymaga ona dalszego, szczegółowego badania z punktu widzenia teorii prawa międzynarodowego. Pogłębione rozważania na temat

rajów podatkowych z pewnością ułatwiłoby również doprecyzowanie pojęcia przymusu ekonomicznego i ujęcia go w ramy prawne. Można wyrazić przekonanie, iż badania nad funkcjonowaniem rajów podatkowych w płaszczyźnie prawa międzynarodowego będą podążać w kierunku określenia granic szkodliwości praktyk podatkowych dla innych podmiotów prawa międzynarodowego, legalności i słuszności zachowania państw w kontekście przeciwdziałania konkurencji podatkowej oraz tworzenia odpowiedniej płaszczyzny współpracy międzynarodowej w tych kwestiach, akceptowanej przez wszystkie strony. Trudno jednak spodziewać się łatwego konsensusu i jednoznacznych rozstrzygnięć w obszarze rajów podatkowych, gdyż jest to sfera, gdzie interesy gospodarcze i wpływy polityczne, z natury nieostre, stykają się z dążącym do maksymalnej określoności aparatem pojęciowym prawa.

## **Summary**

### **Tax havens in international law**

Tax havens have been exciting the public opinion for many years and now, due to the globalization processes and continuous facilitation of capital flows all over the world their role has significantly increased. This fact naturally provoked certain reactions of the most developed countries and international organizations.

This article focuses on the existence and functioning of tax havens in the context of international law. The scope of this work includes countries and territories considered tax havens or offshore financial centres, processes and phenomena related to them and occurring at the international level. The question of tax haven's place, sovereignty and legal subjectivity in public international law is also taken into consideration.

The most important issues concerning tax havens in the legal and international context are tax competition and measures used by international organizations to prevent it. This paper presents the controversies concerning that subject, especially taking into account the contemporary concepts of economic coercion in international law.



# Uprawnienia polskiej mniejszości narodowej w Republice Czeskiej

## Część I. Definicja mniejszości

Podczas kreowania międzynarodowych standardów ochrony mniejszości narodowych nie udało się w jednolity sposób zdefiniować mniejszości narodowych. W praktyce, głównie w dokumentach prawa międzynarodowego o znaczeniu podstawowym, ucieka się od jednoznacznego określenia tego terminu i wyznaczania jego przesłanek, powołując się na ustawodawstwa krajowe. Prawo międzynarodowe ogranicza się do określenia pewnego systemu ochrony praw mniejszościowych<sup>1</sup>. Spowodowane jest to zarówno przeczuleniem państw na punkcie swojej integralności i suwerenności, jak też różnorodnością sytuacji mniejszości (stopień rozproszenia, losy historyczne) w poszczególnych państwach<sup>2</sup>. W prawie czeskim definicja mniejszości narodowej znajduje się w ustawie o prawach mniejszości narodowych, określanej jako ustawa mniejszościowa<sup>3</sup>. Część druga tej ustawy, nazwana „definicje podstawowych pojęć”, zawiera następujące definicje: „Mniejszości narodowe to społeczność czeskich obywateli mieszkających we współczesnej Republice Czeskiej, która różni się od innych obywateli wspólnym pochodzeniem etnicznym, językiem, kulturą i tradycją, tworzy ilościową mniejszość obywateli i jednocześnie wyraża wolę bycia uznaną za mniejszość narodową w celu wspólnych działań wspierających rozwój własnej tożsamości, języka i kultury, a także w celu ochrony historycznie uformowanych interesów danej społeczności” oraz w punkcie drugim: „Członkiem mniejszości narodowej jest obywatel Republiki Czeskiej, który zgłasza się do innej narodowości niż czeska i wyraża chęć bycia uznawanym za członka mniejszości narodowej wraz z innymi, którzy zgłaszają się do tej samej narodowości”.

Ustawodawca podkreślił znaczenie definiowania tych pojęć, adekwatnie dostosowując się do wariacji w liczbie i składzie etnicznym imigrantów. Wyraźnie odróżnił pojęcie mniejszości narodowej od pojęcia cudzoziemca, stosując kryterium obywatelstwa.

<sup>1</sup> M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Europejska konwencja praw człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, wyd. Katedra Praw Człowieka UMK, Toruń 2011, s. 252 i 253.

<sup>2</sup> L. Koba, W. Waclawczyk, *Prawa człowieka – wybrane zagadnienia i problemy*, Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska – OFICYNA, Warszawa 2009, s. 289.

<sup>3</sup> Zákon č. 273/2001 o právech příslušníků národnostních menšin (menšinový zákon), uchwalony 10 lipca 2001. Ustawa ta weszła w życie 2 sierpnia 2001 r.

Prawa tych ostatnich są regulowane w odrębnych przepisach, np. w ustawie o pobycie cudzoziemców w Republice Czeskiej (dalej: RCz; ustawa o cudzoziemcach)<sup>4</sup>, ustawie o azylu<sup>5</sup> oraz rozporządzeniu rządu RCz z dnia 29 lutego 2012 r., nr 121, o nowych zasadach wjazdu i pobytu cudzoziemców w RCz, swobodzie przemieszczania się obywateli Unii Europejskiej, członków ich rodzin, oraz ochronie granic państwowych<sup>6</sup>. Ustawa o cudzoziemcach definiuje w art. 1 ust. 2 cudzoziemca jako: „osobę fizyczną, która nie posiada obywatelstwa Republiki Czeskiej, w tym obywatela Unii Europejskiej”. Prawa cudzoziemców chronią natomiast tych cudzoziemców, którzy posiadają pozwolenie na pobyt długoterminowy lub trwały w RCz<sup>7</sup>.

Definicja mniejszości narodowej znajdująca się w ustawie mniejszościowej uznawana jest za definicję źródłową w prawie RCz. Za podstawy wyróżniające mniejszości narodowe od reszty społeczeństwa przyjęła połączenie kryteriów subiektywnych i obiektywnych. Do kryteriów obiektywnych zaliczymy kryterium ilościowe (czyli mniejszość nie może być większa od większości) i przynależność do grupy osób mających różniące się od reszty obywateli pochodzenie etniczne, inny język i kulturę. Nie jest natomiast uregulowana kwestia pozycji, niedominacji w państwie. Do kryteriów subiektywnych zaliczymy wolę bycia uznawanym za członka danej mniejszości i wyraz wspólnych wysiłków i działań wspierających własną tożsamość. Nie wystarczy więc samo uznanie się przez daną osobę za należącą do mniejszości narodowej. Wyłączona jest też możliwość narzucenia osobie statusu jednostki przynależącej do mniejszości narodowej bez jej zgody.

Chociaż nie można zanegować przydatności wyżej opisanej definicji w czeskim prawie, nie jest ona definicją doskonałą. Znajduje się w niej sprzeczność systemowa z aktem wyższej rangi. Czeska Karta Praw Podstawowych (*Listina základních práv a svobod*) z dnia 16 grudnia 1992 r.<sup>8</sup> jest aktem uchwalonym w ramach porządku konstytucyjnego RCz. Chociaż nie posiada własnej definicji mniejszości, jej art. 3 pkt 2 wyraźnie stwierdza, że każdy ma prawo decydowania o swojej narodowości. Nie do pogodzenia jest to z definicją mniejszości zawartą w ustawie mniejszościowej, wyróżniającą mniejszość ze względu na kryteria obiektywne<sup>9</sup>. Biorąc pod uwagę doniosłość

<sup>4</sup> Předpis č. 326/1999 Sb., Zákon o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů z dnia 30 listopadu 1999 r.

<sup>5</sup> Předpis č. 325/1999 Sb., Zákon o azylu a o změně zákona č. 283/1991Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů (zákon o azylu), z dnia 23 grudnia 1999 r.

<sup>6</sup> Věčný záměr nové právní úpravy a pobytu cizinců na území České republiky, volného pohybu občanů EU a jejich rodinných příslušníků a ochrany státních hranic – schválený vládou dne 29 února 2012.

<sup>7</sup> Poradna pro občanství, občanská a lidská práva, cizinecká práva, <http://cizinci.poradna-prava.cz/cizinecke-pravo.html>.

<sup>8</sup> Ústavní zákon č. 2/1993Sb. Ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb.

<sup>9</sup> M. Štěchová, P. Kotulan, J. Rozum, *Právní ochrana etnických menšin v ČR*, Institut pro kriminologii a sociální prevenci, Praha 2002, s. 7.

i znaczenie Karty Praw Podstawowych jako aktu o charakterze konstytucyjnym, przyjmujemy jej nadrzędność. *Lex superior derogat legi inferiori* i należy uznać, że nie tylko osoby odróżniające się obiektywnie mogą korzystać z praw mniejszości.

W następnych artykułach ustawy mniejszościowej pojawia się ciekawe rozwiązanie legislacyjne kreujące nową podkategorię mniejszości. Zasadniczo więcej praw mniejszościowych otrzymują osoby należące do mniejszości narodowych tradycyjnie i długookresowo żyjących w RCz. W ustawie jednak brak ich definicji i jasnych kryteriów wskazujących, które mniejszości można zaliczyć do tej podkategorii. Problemem tym na posiedzeniu w dniu 24 czerwca 2005 r. zajął się komitet doradczy Ministra Spraw Wewnętrznych. Ustalił on, że z powodu braku legalnej definicji mniejszości narodowych tradycyjnie i długookresowo żyjących w RCz organ administracyjny ocenia, czy dany członek mniejszości (spełniający warunki art. 2 ustawy mniejszościowej) włączony będzie do tej podkategorii czy nie.

W uzasadnieniu komitet podkreśla wagę danej decyzji, powołując się na art. 16 ust. 4 kodeksu postępowania administracyjnego<sup>10</sup>. Artykuł 16 ustala prawa<sup>11</sup> dla obywateli zaliczonych do członków mniejszości tradycyjnie i długookresowo zamieszkującej w RCz. Brak legalnej definicji powoduje konieczność interpretacji danej ustawy przez same organy administracyjne. Mogą one dojść do wniosku, że w konkretnym przypadku nie zaliczamy danego obywatela do podkategorii i nie przyznajemy mu praw z art. 16 ustawy. Rozwiązanie takie zdaniem autorki pracy może doprowadzić do niejasności i nierównego traktowania przy stosowaniu prawa.

Komitet dalej przedstawił kolejne możliwe przypadki zastosowania podkategorii mniejszości. Na przykład ustawa o działalności gospodarczej (Trade Act<sup>12</sup>, art. 71 ust. 3) przyznaje mniejszościom narodowym i etnicznym prawo do posługiwania się przed tymi organami własnym językiem. Wybór i koszty tłumacza regulowane są tak samo jak w ustawie o postępowaniu administracyjnym. Komitet ustalił, że w tych wypadkach nie tylko dane organy przy podejmowaniu decyzji o stosowaniu tych praw mają brać pod uwagę kryteria mniejszości znajdujące się w ustawie mniejszościowej, ale także zastosowanie mają regulacje ustawy o postępowaniu administracyjnym, chociaż mowa w nich tylko o mniejszościach narodowych i etnicznych, a nie o mniejszościach tradycyjnie i długookresowo żyjących w RCz. Komitet określa też inne źródła, które można wykorzystać przy decyzji. Uchwalony przez rząd w dniu 25 stycznia 2012 r. Statut Rady

---

<sup>10</sup> Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, z dnia 24 czerwca 2004 r.

<sup>11</sup> Mogą oni występować i przedstawiać stanowiska przed organami administracyjnymi w języku swojej mniejszości. Jeżeli organ administracyjny nie może posługiwać się danym językiem, obywatel wybiera tłumacza zarejestrowanego na liście tłumaczy. Koszty związane z tłumaczeniem ponosi organ administracyjny.

<sup>12</sup> Zákon č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), z dnia 2 października 1991 r.

ds. Mniejszości Narodowych (Rada)<sup>13</sup> zawiera zamknięty katalog narodowości – a więc tych o szczególnym znaczeniu – które posiadają swoich przedstawicieli w Radzie. Katalog uwzględnia 12 narodowości wypisanych alfabetycznie<sup>14</sup>. Liczba przedstawicieli narodowości waha się od jednego do dwóch, polska mniejszość posiada dwóch przedstawicieli. Znaczenie Rady jest istotne, ponieważ jak mówi art. 1 Statutu: „Rada jest stałym organem doradczym i projektodawczym rządu w kwestiach dotyczących mniejszości narodowych i ich członków oraz ochrony języków mniejszości”.

Ostatnim, ale na pewno nie najmniej ważnym czynnikiem mogącym wpłynąć na decyzje o wyznaczeniu podkategorii mniejszości jest uzasadnienie do ustawy o prawach mniejszości narodowych i o zmianie niektórych ustaw<sup>15</sup>. Znajdujący się w niej katalog zamknięty mniejszości narodowych, które tradycyjnie i długotrwale mieszkają w RCz, przypomina katalog Statutu Rady. Nie uznaje jednak za tę mniejszość mniejszości serbskiej, a dodaje do katalogu mniejszość austriacką.

W wyniku powszechnego spisu ludności, domów i mieszkań w RCz z roku 2011 pojawił się nowy katalog mniejszości, w którym zostały uznane za mniejszość narodową również te niezwiązane z istniejącym państwem: śląska i morawska. Katalog ten nie jest jednak znaczący prawnie w określaniu praw mniejszości narodowych.

## Część II. Ochrona polskiej mniejszości narodowej w RCz

### 1. Ochrona mniejszości na poziomie konstytucyjnym RCz

„Republika Czeska jest suwerennym, jednolitym i demokratycznym państwem prawa, opartym na poszanowaniu praw i wolności człowieka oraz obywatela”<sup>16</sup>. Konkretnie unormowania ochrony praw człowieka (oraz praw mniejszości, które są ich częścią<sup>17</sup>) nie pojawiają się bezpośrednio w Konstytucji<sup>18</sup>, lecz ogólne zasady mające

<sup>13</sup> Statut rady vlády pro národnostní menšiny, příloha k usnesení vlády ze dne 25. ledna 2012 č. 60.

<sup>14</sup> Bułgarską, chorwacką, węgierską (*mad'arská*), niemiecką, polską, romską, rusińską, ruską, grecką (*řecká*), słowacką, serbską, ukraińską.

<sup>15</sup> Zákon č. 273/2001 Sb., o právech příslušníků národnostních menšin a o změně některých zákonů.

<sup>16</sup> Art. 1 ust. 1 Konstytucji RCz.

<sup>17</sup> „Ochrona mniejszości narodowych oraz praw i wolności osób należących do tych mniejszości stanowi integralną część międzynarodowej ochrony praw człowieka i, jako taka, wchodzi w zakres współpracy międzynarodowej” art. 1 Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych.

<sup>18</sup> Ústava České republiky, ústavní zákon č. 1/1993. Sb., uchwalona przez Czeską Radę Narodową dnia 16 grudnia 1992 r., składa się z Preambuły i 113 artykułów podzielonych na 8 części, a weszła w życie na podstawie art. 113 – dnia 1 stycznia 1993 r. (w tym samym dniu, po podziale Czechosłowacji, powstała suwerenna i jednolita Republika Czeska). „Kształtuje ona bardzo klasyczny i konsekwentny system parlamentarny, głęboko osadzony we własnej i europejskiej tradycji, bez licznych nowości ustrojowych i daleko idącej racjonalizacji, a zwłaszcza bez strachu, że tradycyjne reguły parlamentaryzmu nie wystarczą do niezakłóconego przeprowadzenia reform politycznych i ekonomicznych”, M. Kruk, *Wstęp*, [w:] *Konstytucja Republiki Czeskiej z 16 grudnia 1992 r.*, Biblioteka Sejmowa, Warszawa 2000, s. 25.



dla nich znaczenie znajdziemy zwłaszcza w części pierwszej Konstytucji (art. 1–14), nazwanej *Przepisy podstawowe*. Zasadniczy jest art. 6, w którym ustalono zasadę, że: „decyzje polityczne opierają się na woli większości wyrażonej w wolnym głosowaniu, która jednak ochrania i respektuje mniejszość”. Znaczące są również dla praw mniejszości artykuły gwarantujące: „poddanie praw i wolności człowieka ochronie władzy sądowniczej (art. 4), wolność robienia wszystkiego, co nie jest ustawowo zabronione (art. 2 ust. 4), zasada państwa demokratycznego (art. 5)<sup>19</sup> i inne<sup>20</sup>. Prawa mniejszości chroni na podstawie Konstytucji (art. 1 ust. 2 oraz art. 10) również prawo międzynarodowe, głównie Konwencja ramowa RE o ochronie mniejszości narodowych<sup>21</sup>, ale także Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP) z 1966 r., Europejska Konwencja Praw Człowieka (EKPCz) z 1950 r. oraz inne umowy międzynarodowe, których stroną jest RCz, chroniące mniejszości zwłaszcza przed dyskryminacją<sup>22</sup>.

Podstawowym źródłem ochrony prawnej mniejszości narodowej na terytorium RCz jest natomiast Karta Podstawowych Praw i Wolności (Karta)<sup>23</sup>. Karta należy do tzw. porządku konstytucyjnego, jego podsumowanie zaś oraz definicyjne określenie jego zakresu znajdują się w art. 3<sup>24</sup> oraz w art. 112<sup>25</sup> Konstytucji<sup>26</sup>. Konstytucja RCz w wąskim tego słowa znaczeniu obejmuje wyłącznie Konstytucję č. 1/1993 Sb., w ujęciu szerokim<sup>27</sup>

<sup>19</sup> „Zakres tego pojęcia jest zmienny i ustalany innymi normami konstytucyjnymi. Art. 1 Konstytucji łączy go z poszanowaniem praw człowieka. Zakresem zasady państwa demokratycznego zajmował się też Trybunał Konstytucyjny RCz w stwierdzeniach ÚS č. 14/1994Sb. (suwerenność ludzi oraz ustrój polityczny, który uniemożliwia monopol na władzę) oraz ÚS č. 14/1994 Sb. (zasada pewności prawa, zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa -nie retroaktywność prawa)”, V. Pavlíček [et al.], *Ústavní právo a státověda*, II. díl, *Ústavní právo České republiky*, Leges, 2011, s. 146.

<sup>20</sup> Trójpodział władzy (art. 2 ust. 1), możliwość referendum (ust. 2), ustawowy zakres władzy państwowej (ust. 3), wolności związane z partiami politycznymi (art. 5), samorządność jednostek samorządu terytorialnego (art. 8), niemożność pozbawienia obywatelstwa wbrew woli obywatela (art. 12 ust. 2).

<sup>21</sup> Ogłoszona w RCz pod nr 96/1998Sb., ratyfikowana na podstawie art. 10 (pierwszeństwo w stosowaniu przed ustawami), zaczęła obowiązywać w RCz 1 kwietnia 1998 r.

<sup>22</sup> Najważniejsza: Międzynarodowa Konwencja w Sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Rasowej z 1965 r., R. Petráš, H. Petrův H. Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, Auditorium s.r.o., Praha 2009, s. 229.

<sup>23</sup> Listina základních práv a svobod, přijata jeshce v czasie istnienia Czechosłowacji 9 stycznia 1991r., na mocy ustawy č.23/1991 Sb., wprowadzona jako ustawa konstytucyjna Czeskiej i Słowackiej Republiki Federacyjnej. Republika Czeska przyjęła ją č.2/1993Sb. dnia 16 grudnia 1992 r., ze zmianami č. 162/1998Sb.

<sup>24</sup> „Częścią porządku konstytucyjnego RCz jest Karta Podstawowych Praw i Wolności”.

<sup>25</sup> „Porządek konstytucyjny Republiki Czeskiej tworzy niniejsza Konstytucja, Karta Podstawowych Praw i Wolności, [...]”.

<sup>26</sup> *Ústavní soud České republiky, Ústavní pořádek České republiky, právní úprava*, <http://www.usoud.cz/pravni-uprava/>.

<sup>27</sup> W czeskiej doktrynie rozróżnienie przejawia się w pierwszej literze nazwy „ústava” (Konstytucja): w szerokim zakresie – ústava, w wąskim – Ústava, V. Pavlíček [et al.], *Ústavní právo a státověda*, II. díl, *Ústavní...*, s. 113.

natomiast jest katalogiem otwartym<sup>28</sup>, zawierającym również inne dokumenty<sup>29</sup> (*polyle-gální ústava*<sup>30</sup>), a zwłaszcza Kartę. Z punktu widzenia formalno-prawnego Karta jest ustawą konstytucyjną, posiada najwyższą moc prawną, a zatem ma dominującą pozycję w hierarchii legislacyjnej RCz<sup>31</sup>. W stosunku do zwykłych ustaw stosujemy zasadę *lex superior derogat legi inferiori*, a wobec innych ustaw konstytucyjnych zasadę *lex posterior derogat priori*<sup>32</sup>.

Karta pośrednio określa stosunek państwa do jednostki<sup>33</sup>. Oparta jest na współczesnej koncepcji demokratycznego państwa prawa (art. 2). Jej zakres podmiotowy praw i wolności<sup>34</sup> zagwarantowanych w części drugiej Karty obejmuje nie tylko obywateli RCz, ale również, po spełnieniu pewnych warunków, osoby prawne oraz cudzoziemców<sup>35</sup>, „jeśli nie jest wyraźnie stwierdzone, że przysługują one obywatelom” (art. 42 ust. 2)<sup>36</sup>. Status jednostki regulowany jest trzema podstawowymi fundamentalnymi prawami: ludzką godnością, wolnością oraz równością<sup>37</sup>. Zakaz dyskryminacji w odniesieniu do podstawowych praw i wolności pojawia się w art. 3 ust. 3, w którym uchwalono, że: „nikomu nie wolno pomniejszyć prawa do korzystania z jego podstawowych praw i wolności”. „Dochodzenie swych praw w określonym prawnie postępowaniu przed niezawisłym i bezstronnym sądem, a w określonych przypadkach przed innym organem”, gwarantuje wszystkim art. 36 i nast. Karty, sądowa ochrona określona jest również w art. 4 Konstytucji. Dodatkowo

<sup>28</sup> „Należą do niego w sensie formalnym ustawy oznaczone jako konstytucyjne oraz ogłoszone, uchwalone obiema izbami parlamentu kwalifikowaną większością 3/5 wszystkich posłów oraz senatorów (art. 39 ust. 4 Konstytucji)”. *Ústavní soud České republiky, Ústavní pořádek České republiky*.

<sup>29</sup> Np. ustawa konstytucyjna: č. 347/1997 Sb. o tworzeniu wyższych jednostek terytorialnych, č. 110/1998 Sb. o bezpieczeństwie RCz, ustawy wytyczające granicę państwową.

<sup>30</sup> „Stała się tradycją w historii Czechosłowacji, ponieważ żadna jej konstytucja nie zawierała się w jednym dokumencie”, K. Schelle, [et al.], *System konstytucyjny Republiki Czeskiej*, Proksenia, Kraków 2011 r., s. 21.

<sup>31</sup> V. Pavlíček [et al.], *Ústavní právo a státověda*, II. díl, *Ústavní...*, s. 113, 118.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> „Żeby RCz została -państwem praw podstawowych – Karta określa ogólny stosunek państwa i jednostki – równość i niedyskryminacja, nieingerencje w pewne obszary życia jednostki – państwo liberalne, umożliwienie jednostce uczestniczenia w życiu publicznym – państwo demokratyczne oraz gwarancję przy wystąpieniu podstawowego ryzyka życiowego – państwo socjalne”, J. Filip, *Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva*, Masarykova universita, Brno 1997, s. 42.

<sup>34</sup> „Rozróżnienie w Kartce na „prawa” i „wolności” nie pociąga za sobą żadnych konsekwencji prawnych. Przepisy zapewniające „prawa” są połączone z powództwami i roszczeniami przeciwko władzy sądowej (*status activus a status positivus*). „Wolności” są to natomiast przepisy gwarantujące jednostce coś nie naruszalnego i godnego ochrony, w co władza publiczna nie będzie ingerować (*status negativus*). Karta jednak czasami nie przestrzega tego rozróżnienia”, *ibidem*, s. 43.

<sup>35</sup> „Każdemu przysługuje zdolność do posiadania praw”. Art. 5 Karty, art. 6 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, art. 16 MPPOiP. Zdolność do posiadania praw (nie tylko podstawowych) nie może być niczym ograniczona i należy również do *nasciturusa*. „Człowiek zostaje członkiem organizowanego prawnie społeczeństwa, jako podmiot prawa, a nie jego przedmiot (niewolnik)”, *ibidem*, s. 81.

<sup>36</sup> V. Mikule, *Národnostní menšiny v ČR, Pohledem českého práva*, [w:] I. Gabal [et al.], *Etnické menšiny ve střední Evropě. Konflikt nebo integrace*, G plus G, Praha 1999, s. 59.

<sup>37</sup> *Ibidem*, J. Filip, *Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva*, s. 65.

„Sąd Konstytucyjny orzeka o skargach konstytucyjnych na prawomocne rozstrzygnięcie lub naruszenie przez organy władzy publicznej konstytucyjnie zagwarantowanych podstawowych praw i wolności” (art. 87 ust. 1 pkt d Konstytucji). Gwarancją ochrony praw i wolności na podstawie art. 3 ust. 3 jest również kodeks karny RCz z dnia 8 stycznia 2009 r.<sup>38</sup>. Wyliczenie (w postaci katalogu otwartym) podstaw możliwej dyskryminacji znajduje się w ust. 1 tego artykułu, który jest gwarantem podstawowych praw i wolności „bez względu na płeć, rasę, kolor skóry, język, wiarę i religię, poglądy polityczne i inne, pochodzenie narodowe i społeczne, przynależność do mniejszości narodowej lub etnicznej, majątek, urodzenie lub pozycje”. Artykuł ten jest stosowany jako reguła interpretacyjna porządku konstytucyjnego. Prawa i wolności ze względu na ten paradygmat można charakteryzować jako „niewiększościowe”, czyli należące również do wszystkich mniejszości i jej członków, a nie tylko istniejące jako prawo większości<sup>39</sup>.

Artykuł 3 stosowany jest wobec wszystkich praw i wolności Karty, podobnie jest z art. 1 ust. 1, ustalającym „zasadę równości w godności i prawach”. Z zasady tej, biorąc pod uwagę art. 2 ust. 3 i 4 Konstytucji RCz, korzystamy również przy nakładaniu obowiązków<sup>40</sup>. Zasady niedyskryminacji oraz równości wobec prawa należą do podstawowych zasad demokratycznych RCz i ich zmiana jest niedopuszczalna (art. 9 ust. 2 Konstytucji)<sup>41</sup>. Karta w preambule zalicza podstawowe prawa i wolności do prawa naturalnego, czego potwierdzeniem jest art. 1 Karty<sup>42</sup>. „Ograniczenie tych praw jest często spowodowane ochroną zdrowia, życia, praw i wolności innych osób, porządku publicznego, zdrowia publicznego, moralności, bezpieczeństwa państwa itp.” (art. 12 ust. 3, art. 14 ust. 3, art. 16 ust. 4, art. 17 ust. 4 Karty itd.). Ustawodawca daje pewną swobodę wykładni sądowej, korzystając w tych wypadkach z klauzul generalnych, takich jak: „jeżeli jest to niezbędne w społeczeństwie demokratycznym”<sup>43</sup>. Warto zauważyć, że Rada Europy w art. 18 EKPCz wprowadziła „zakaz stosowania ograniczeń praw i wolności w innych celach niż te, dla których je wprowadzono”.

<sup>38</sup> Trestní zákoník, Zákon č. 40/2009 Sb., obowiązuje od 1 stycznia 2010 r., znaczenie dla mniejszości ma zwłaszcza część 5 kodeksu, nazwana *Zbrodnie przeciwko ludzkiemu współżyciu*. W art. 352 ust. 2 uchwalono, że: „Kto używa przemocy wobec pojedynczej osoby lub grupy osób albo grozi im śmiercią [...] ze względu na rzeczywistą albo domniemaną rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, przekonania polityczne [...], podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do trzech lat”. Zagadnienia zniesławienia narodu, jego języka, osób zaliczanych (faktycznie lub domniemanie) do narodowości (art. 255) oraz kwestie nawoływania do nienawiści wobec narodu (jego członków) albo ograniczania ich praw i wolności (art. 356) również reguluje kodeks karny RCz., R. Petráš, H. Petrův, H. Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 231.

<sup>39</sup> V. Pavlíček [et al.], *Ústava a ústavní řád České Republiky*, Praha 1995, s. 46.

<sup>40</sup> „Obowiązki mogą być nakładane tylko na podstawie ustawy i w jej granicach i tylko przy zachowaniu podstawowych praw i wolności”, art. 4 ust. 1 Karty.

<sup>41</sup> R. Petráš, H. Petrův, H. Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 230

<sup>42</sup> J. Filip, *Výbrané kapitoly ke studiu ústavního práva*, s. 47.

<sup>43</sup> *Ibidem*, s. 67.

Zasadnicze znaczenie dla mniejszości narodowych ma ust. 2 art. 3 Karty, z którego wynika, że dla określania zakresu podmiotowego mniejszości korzystamy tylko z kryteriów subiektywnych: „Każdy ma prawo swobodnie decydować o swojej narodowości. Zabrania się jakiegokolwiek wpływania na tę decyzję, jak również wszelkich form nacisku zmierzającego do wynarodowienia”. Kryteria obiektywne, takie jak kolor skóry, język ojczysty, wykorzystujemy jednak przy ustalaniu mniejszości etnicznych<sup>44</sup>. Jedy- nym sposobem, w jaki oficjalnie można wyrazić przynależność do mniejszości narodowej (narodowością jest jakakolwiek narodowość: czeska, polska, ale również morawska, śląska...), są powszechne spisy ludności, domów i mieszkań<sup>45</sup>. Kwestie ochrony danych o mniejszościach narodowych uzyskanych w wyniku spisu ludności regulowane są w art. 4 ust. 2<sup>46</sup> ustawy z dnia 10 lipca 2001 r. o prawach członków mniejszości narodowych oraz o zmianie niektórych ustaw (ustawa mniejszościowa)<sup>47</sup>. Ochrona danych określona w tej ustawie zbudowana jest na podstawie konstytucyjnej – art. 10 (artykuł regulujący ochronę godności ludzkiej, czci osobistej, dobrej reputacji i ochrony istnienia) oraz art. 10 ust. 3 Karty, która zapewnia gwarancję ochrony „przed nieuprawnionym gromadzeniem, upowszechnianiem lub innym wykorzystywaniem informacji o swojej osobie”. Wskazanie w spisie innej narodowości niż czeska nie wystarczy do uznania mniejszości narodowej. Jednak dane o mniejszościach (które uważane są za dane wrażliwe)<sup>48</sup> uzyskane ze spisów ludności mogą być wykorzystywane przy realizacji niektórych praw mniejszości określonych w Karcie lub ustawie mniejszościowej, których realizacja uzależniona jest od procentu obywateli przyznających się do danej mniejszości w danej gminie (np. art. 8 ustawy mniejszościowej)<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> V. Pavlíček, [et al], *Ústava a ústavní řád České Republiky*, s. 49.

<sup>45</sup> Ostatnio spis ludności został przeprowadzony w RCz w marcu 2011 r. (wcześniej w 2001 r.), „przygotowanie, organizacja, przebieg spisu oraz przetwarzanie i zapewnienie dostępu do wyników spisu zapewnił czeski Urząd Statystyczny za pomocą państwowego przedsiębiorstwa Czeska Poczta. Spis był przeprowadzony na podstawie ustawy č. 296/2009 Sb. o powszechnych spisach ludności, domów i mieszkań. Wypełnienie formularza spisu było możliwe również w formie elektronicznej”, *Zpráva vlády České republiky o situaci národních menšin v České republice za rok 2011*, s. 10.

<sup>46</sup> „Organy administracji publicznej nie prowadzą ewidencji członków mniejszości narodowej. Pozyskiwanie, opracowywanie i stosowanie danych osobistych dotyczących mniejszości narodowych jest regulowane szczególnymi przepisami prawnymi (Zákon č. 101/2000 Sb. o ochronie danych osobistych oraz o zmianie niektórych ustaw w brzmieniu późniejszych przepisów). Dane o przynależności do narodowości uzyskane przez powyższe organy podczas liczenia obywateli lub według innej szczególnej ustawy, która umożliwia określenie przynależności do mniejszości narodowej nie mogą być wykorzystane do innych celów niż ten, w jakim były zgromadzone i po obróbce statystycznej muszą być zniszczone”.

<sup>47</sup> Zákon č. 273/2001 Sb., o právech příslušníků národnostních menšin a o změně některých zákonů, obo- wiązuje od 2 sierpnia 2001 r.

<sup>48</sup> Art. 4 pkt b ustawy o ochronie danych osobistych oraz o zmianie niektórych ustaw w brzmieniu późniejszych przepisów: „wrażliwe dane osobowe to dane ujawniające pochodzenie etniczne lub narodo- wość [...]”.

<sup>49</sup> R. Petráš, H. Petrův, H.Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 232.

Ważne z punktu widzenia mniejszości są również: dział drugi Karty regulujący prawa polityczne oraz art. 32 ust. 4 ustalający prawo rodziców do „wychowania oraz opieki ich dzieci”. Prawo do pokojowego gromadzenia się (art. 19 Karty) oraz prawo wolności zrzeszania się (art. 20) opisane zostaną w dalszej części publikacji.

Największe znaczenie dla mniejszości mają jednak art. 24 i 25 Karty. Proces regulacji praw mniejszości zazwyczaj związany jest z konfliktami, przykładem jest wyjście manifestacyjne posłów węgierskich w czasie głosowania nad przyjęciem Karty<sup>50</sup>. Udało się jednak ustalić „prawa mniejszości narodowych i etnicznych” w rozdziale trzecim Karty. Prawa te określone są z reguły nie jako prawa kolektywne, ale jako prawa jednostek. Przepisy części trzeciej Karty można podzielić na prawa wszystkich (art. 2) oraz prawa wyłącznie należące do obywateli RCz (art. 25)<sup>51</sup>. Artykuł 24 jest zasadniczo przepisem *lex specialis* dla art. 3 ust. 3. Karty i określa, że: „Nikom nie może szkodzić przynależność do jakiegokolwiek mniejszości narodowej i etnicznej”. Katalog otwarty, pokazujący przykładowo specjalne prawa dla mniejszości posiadających obywatelstwo RCz, określony został w art. 25 ust. 2 Karty. Katalog wymienia: „prawo do pobierania nauki w ich języku<sup>52</sup>, prawo używania własnego języka w stosunkach urzędowych<sup>53</sup> oraz prawo do uczestnictwa w podejmowaniu decyzji dotyczących mniejszości narodowych i etnicznych”<sup>54</sup>. Przykładowe wyliczenie praw ma pomóc w zapewnieniu „gwarancji wszechstronnego rozwoju mniejszości” określonej w art. 25 ust. 1, do której zalicza się również „prawo wspólnego z innymi członkami mniejszości rozwijania własnej kultury, do rozpowszechniania i otrzymywania informacji w języku macierzystym i zrzeszania się w zrzeszeniach narodowościowych”<sup>55</sup>. Wejście w życie Karty derogowało ustawę konstytucyjną o statusie narodowości<sup>56</sup>, której przepisy i tak nie doczekały się konkretyzacji w ustawach. „Były również sprzeczne z zasadą równości, ponieważ uznawały tylko 4 narodowości” oraz określały specjalne zasady korzystania z prawa wyborczego dla członków mniejszości narodowych<sup>57</sup>. Dzisiaj obowiązują te same zasady wyborcze dla wszystkich obywateli.

<sup>50</sup> Wyjście manifestacyjne – dnia 9 stycznia 1991 r. – w czasach Czeskiej i Słowackiej Republiki Federacyjnej (1990 – 1993). Karta została przyjęta przez samodzielną RCz ( po rozbiciu Federacji) bez zmian.

<sup>51</sup> J. Filip, *Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva*, s. 102.

<sup>52</sup> Skonkretyzowane w art. 11 ustawy mniejszościowej, w ustawie o szkolnictwie (č. 29/1984Sb.) i in.

<sup>53</sup> Regulowane również w art. 37 ust. 4 Karty oraz w art. 9 ustawy mniejszościowej.

<sup>54</sup> Więcej w art. 6 ustawy mniejszościowej.

<sup>55</sup> J. Filip, *Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva*, s. 104 oraz R. Petráš, H. Petřův, H.Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 233 i nast.

<sup>56</sup> Ústavní zákon o postavení národnosti v Československé socialistické republice, č. 144/1968 Sb., obowiązująca od 1 stycznia 1969 r. do 8 lutego 1991 r.

<sup>57</sup> V.Mikule, *Národnostní menšiny v ČR pohledem českého práva*, s. 60.

## 2. Prawa ogółu mniejszości narodowych w ustawie o mniejszościach narodowych

### 2.1. Zakres ustawy mniejszościowej

Wraz z ratyfikacją w 1997 r. Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowej<sup>58</sup> ujawniły się braki w sferze legislacji problematyki mniejszości na terenie RCz. To spowodowało dodanie w 1998 r. do ustawodawczego planu zadań rządu projektu<sup>59</sup> ustawy regulującej wyłącznie kwestie mniejszości<sup>60</sup>. Wzmocnienie gwarancji prawnych zasad związanych z mniejszościami narodowymi określonych w porządku konstytucyjnym RCz podkreślił w swoim raporcie również Komitet Doradczy Rady Europy Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowej<sup>61</sup>, przez co zwiększyła się możliwość realizacji praw wynikających z Konwencji<sup>62</sup>. Równocześnie z pracą nad ustawą mniejszościową rozpoczęto nowelizację innych aktów prawnych ściśle związanych z zagadnieniem mniejszości, zwłaszcza ustawę o edukacji<sup>63</sup> oraz kodeks postępowania administracyjnego<sup>64</sup>, ale także innych<sup>65</sup>.

Kompleksowa (do pewnego stopnia) ustawa mniejszościowa<sup>66</sup> nie określa tylko prawa mniejszości narodowych, ale również kompetencje organów samorządu terytorialnego, innych urzędów administracyjnych oraz ministerstw w stosunku do nich<sup>67</sup>. Ustawa mniejszościowa nie została przyjęta przez przedstawicieli mniejszości narodowych bez zastrzeżeń, ponieważ nie zawiera w sobie pożądaných przez część mniejszości odrębnych postępowań w wyborach samorządowych oraz samodzielności

<sup>58</sup> W związku z Konwencją parlament RCz przyjął rezolucję (Usnesení Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR ze dne 6.11.1997, č. 561), która zobowiązała rząd do przeprowadzenia analizy sytuacji prawnej mniejszości narodowych, w zakresie korzystania z języków mniejszości, edukacji oraz postępowania administracyjnego. Analiza ta pokazała deficyt regulacji praw mniejszości.

<sup>59</sup> W czasie dyskusji nad projektem rozpatrywano głównie kwestie zakresu regulacji ustawy (czy będzie zbiorem wszystkich praw mniejszości – ich kodeksem – lub ograniczy się na kwestii nieregulowanych w innych aktach prawnych), definicję mniejszości oraz sposoby ustalania dotacji na ich działalność.

<sup>60</sup> R. Petráš, H. Petrův, H.Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 153 i nast.

<sup>61</sup> RE ACFC/OP/I (2001)4 – poradní výbor k Ramcové úmluvě o ochraně národnostních menšin, opinia o implementaci zásad Konwencji na terytorium RCz, komentarz do raportu z dnia 27 sierpnia 2001r.

<sup>62</sup> Úřad vlády České republiky, Rada vlády pro národnostní menšiny, *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2001*, s. 7.

<sup>63</sup> Školský zákon č.561/2004 Sb., o předškolím, základním, středním, vyš. odb. aj. vzdělání, z dnia 24 września 2004 r.

<sup>64</sup> Zákon č. 500/2004 Sb., Správní řád z dnia 24 czerwca 2004 r.

<sup>65</sup> Ustawa o gminach (Zákon o obcích, obecní zřízení), zákon č. 128/2000 Sb., ustawa o województwach (Zákon o krajích, krajské zřízení), zákon č.129/2000 Sb., ustawa o stolicy państwa Pradze (Zákon o hlavním městě Praze), zákon č. 131/2000 Sb., R. Petráš, H. Petrův, H. Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 154.

<sup>66</sup> Ustawa o prawach członków mniejszości narodowych oraz o zmianie niektórych ustaw przygotowywana była przy aktywnym udziale członków mniejszości, byłej Rady mniejszościowej oraz opinii publicznej w latach 1999 i 2000.

<sup>67</sup> Art. 1 ust. 1 ustawy mniejszościowej.

prawnej. Krytykowane było również rozproszenie regulacji dotyczących mniejszości narodowych w całym porządku prawnym. Jednak uchwalenie jednolitego aktu prawnego regulującego te kwestie nie było możliwe z powodów legislacyjno-technicznych<sup>68</sup>. Dlatego ustawa niejednokrotnie odsyła do innych przepisów oraz wyraźnie ustala, że: „określenie szczególnych przepisów prawnych, które regulują prawa członków mniejszości narodowych, nie jest tą ustawą dotknięte”<sup>69</sup>. Karta Praw Podstawowych oraz Konwencja ramowa ustalają ramy prawne poszczególnych dziedzin określających prawa mniejszości narodowych oraz zmian przepisów wykonawczych do tych praw<sup>70</sup>. Ustawa mniejszościowa podzielona została na preambułę oraz 8 części, z których prawami mniejszości zajmuje się tylko część pierwsza *O prawach członków mniejszości narodowych*. Pozostałe części regulują zmiany różnych ustaw<sup>71</sup> pośrednio ustalających ich prawa. Część pierwsza ustawy podzielona została na 2 rozdziały: postanowienia wstępne (przedmiot regulacji, określenie podstawowych pojęć) oraz rozdział drugi zawierający katalog praw mniejszości narodowych i zapewnienie korzystania z tych praw<sup>72</sup>.

Ustawodawca, tworząc katalog praw mniejszości, ograniczył stosowanie niektórych z nich<sup>73</sup> wyłącznie do członków nowej podkategorii mniejszości narodowych, którzy „tradycyjnie i długookresowo żyją na terytorium Republiki Czeskiej”. Prawa ogółu mniejszości ograniczone są więc do art. 4–7 oraz pierwszych ustępów art. 12 i 13 ustawy mniejszościowej. Przepisy te są podstawą prawną istnienia każdej z mniejszości narodowych i umożliwiają zachowanie ich tożsamości. Mają więc ogromne znaczenie wobec mniejszości polskiej w RCz, która korzysta w różnych formach ze wszystkich tych praw.

<sup>68</sup> Úřad vlády České republiky [...] za rok 2001, s. 10.

<sup>69</sup> Art. 1 ust. 2 ustawy mniejszościowej.

<sup>70</sup> Úřad vlády České republiky [...] za rok 2001, s. 11.

<sup>71</sup> Ustawa o wykroczeniach (przewinieniach) – č. 200/1990 Sb., ustawa o gminach, ustawa o województwach, ustawa o stolicy państwa Pradze, ustawa o wyborach do przedstawicielstw w gminach – č. 152/1994 Sb., ustawa o wyborach do przedstawicielstw województwa – č. 130/2000 Sb., część ósma ustala termin wejścia w życie ustawy.

<sup>72</sup> „Członkom mniejszości narodowych gwarantuje się pojedynczo lub zbiorowo wspólnie z innymi członkami mniejszości narodowej korzystanie ze swoich praw określonych niniejszą ustawą, szczególnymi przepisami prawnymi lub umowami międzynarodowymi o prawach człowieka oraz podstawowych swobód, którymi Republika Czeska jest związana. Korzystanie z praw członków mniejszości narodowych nie może być ograniczane lub uniemożliwiane”, art. 3 ust. 1 i 2 ustawy mniejszościowej, R. Petráš, H. Petrův, H.Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 234.

<sup>73</sup> Art. 8 – o prawach do nazw wielojęzycznych i oznaczeń, art. 9 – prawo do używania języka mniejszości narodowej w kontaktach urzędowych i przed sądem, art. 10 – prawo do używania języka mniejszości narodowych w sprawach wyborczych, art. 11 – prawo do edukacji w języku mniejszości narodowej, art. 12 ust. 2 – prawo do rozwoju kultury członków mniejszości narodowych, art. 13 ust. 2 – prawo do rozpowszechniania informacji w języku mniejszości narodowych ustawy mniejszościowej.

## 2.2. Prawo wolnego wyboru przynależności do mniejszości narodowych

Art. 4 ustawy mniejszościowej ustala prawo do „wolnego wyboru przynależności do mniejszości narodowych”. Dla członków mniejszości polskiej oznacza to możliwość określenia siebie jako osób o polskiej narodowości w powszechnych spisach ludności. Ten artykuł nakłada na wszystkich<sup>74</sup> obowiązek dostarczenia informacji określonych w ustawie č. 296/2009 Sb. o powszechnych spisach ludności, domów i mieszkań<sup>75</sup>. Wypełnienie danych o narodowości (oraz religii) nie było obowiązkowe, ale było decyzją każdej osoby, możliwy więc był również wybór większej liczby narodowości<sup>76</sup>. W statystykach ostatniego spisu ludności z 2011 r. polska mniejszość narodowa znalazła się ilościowo na drugim miejscu po mniejszości słowackiej, nie licząc mniejszości morawskiej i śląskiej, które powszechnie nie są uznawane jako odrębna narodowość ze względu na brak istnienia państwa rodzimego. Dodanie możliwości wyboru „narodowości śląskiej” mogło mieć jednak wpływ na liczbę przyznających się do mniejszości polskiej osób polskojęzycznych, które czasami wybierały zamiast narodowości polskiej narodowość śląską<sup>77</sup>. Narodowość polską w spisie wybrało w przybliżeniu tylko 0,4% osób spośród ogólnej liczby obywateli RCz (39,096 z 10 436 560)<sup>78</sup>. Najmocniej reprezentowana jest w województwie morawsko-śląskim, w którym przekroczyła 2%, znacząco (blisko o 1%) zmniejszyła się w tym województwie w porównaniu z poprzednim spisem ludności (2001 r.)<sup>79</sup>. Z punktu widzenia geograficznego stało się już tradycją, że polska mniejszość narodowa w RCz (a także wcześniej w Czechosłowacji) kojarzona jest z czeską częścią<sup>80</sup> terenu cieszyńskiego<sup>81</sup>, historycznie znanego jako Śląsk Cieszyński<sup>82</sup>. Polska mniejszość nie zajmuje całego tego terenu, ale jego część, Zaolzie<sup>83</sup>, obejmujące byłe

<sup>74</sup> Wszystkie osoby fizyczne, które w czasie spisu (w ostatnim spisie – północ z 25 na 26 marca 2011r.) posiadały pozwolenie na trwałe lub okresowe zamieszkanie na terenie RCz albo znajdowały się w danej chwili na jej terytorium (oprócz osób posiadających immunitet dyplomatyczny).

<sup>75</sup> Úvod, SLDB 2011, <http://www.czso.cz/sldb2011/redakce.nsf/i/home>.

<sup>76</sup> Metodické vysvětlivky, SLDB 2011, Obyvatelstvo, Česká republika. [http://www.czso.cz/csu/2012edicniplan.nsf/t/A10032781A/\\$File/36820214.pdf](http://www.czso.cz/csu/2012edicniplan.nsf/t/A10032781A/$File/36820214.pdf).

<sup>77</sup> Narodowość śląską w 2011 r. wybrało 12 231 osób, znaczna większość (93%) z nich pochodzi z województwa morawsko-śląskiego.

<sup>78</sup> Tab. 604 Obyvatelstvo podle náboženské víry, podle národnosti podle pohlaví Českého statistického úřadu.

<sup>79</sup> Tabulka obyvatelstvo podle národnosti podle krajů Českého statistického úřadu.

<sup>80</sup> Czeska część Śląska Cieszyńskiego całkowicie mieści się w województwie morawsko-śląskim. Zaliczamy do niej: wschodnią część powiatu i miasta Ostrawy, wschodnią część powiatu Frydek–Místek oraz cały powiat Karwina.

<sup>81</sup> Nazwa terenu cieszyńskiego pochodzi od miasta Cieszyn (łac. *Tessinum*), który tak jak to terytorium jest obecnie podzielony wzdłuż rzeki Olzy na część czeską oraz polską.

<sup>82</sup> J. Szymeczek, *Polacy na Zaolziu 1920–2000, Poláci na Těšinsku*, Kongres Polaków w RCz, Czeski Cieszyn 2002, s. 9.

<sup>83</sup> Termin „Zaolzie” używany jest głównie przez Polaków i stał się terminem *quasi*-technicznym. Z tego terminu korzysta często historiografia czeska, chociaż z punktu widzenia czeskiego teren cieszyński znajduje się przed rzeką Olzą. „Zaolzie” łączone jest z Polakami i uznawane raczej za jednostkę kulturową



powiaty Fryštát oraz Czeski Cieszyn. Tereny te kiedyś należały do byłego Księstwa Cieszyńskiego i zostały na podstawie decyzji Rady Ambasadorów w 1920 r.<sup>84</sup> przyłączone do Czechosłowacji<sup>85</sup>, a do Polski w 1938 r. Zaolzie jest jedynym regionem RCz częściowo utrzymującym tradycyjną multikulturowość, w którym nieprzerwanie zamieszkiwała historyczna mniejszość narodowa<sup>86</sup>. W około 30 zaolziańskich gminach znajduje się ponad 10% osób zaliczanych do narodowości polskiej i tworzących jedyną terytorialnie określoną społeczność mniejszości narodowej w RCz<sup>87</sup>. Można ją zaliczyć do uchwalonej w ustawie mniejszościowej kategorii mniejszości, które „tradycyjnie i długookresowo żyją na terytorium Republiki Czeskiej”. Z tego wynika, że wszystkie prawa określone w ustawie mniejszościowej będą wobec niej stosowane.

Nie można jednak pominąć polskiej mniejszości narodowej znajdującej się poza tymi terenami<sup>88</sup>. Według ostatniego spisu ludności poza województwem morawośląskim zamieszkuje około 11 tys. obywateli czeskich o polskiej narodowości, co może się wydawać małą procentowo liczbą obywateli RCz (0,1%), ale dla mniejszości polskiej w RCz jest to liczba znacząca (więcej niż ¼, 27% mniejszości polskiej). Pomiędzy mniejszościami polskimi, które z powodów rodzinnych, pracowniczych czy innych nie zamieszkują terenów o wysokiej koncentracji mniejszości polskiej (mniejszości cieszyńskie), a mniejszościami te tereny zamieszkującymi istnieją niemałe różnice w przysługujących im prawach, zwłaszcza w zakresie praw językowych i kulturowych<sup>89</sup>. Zaliczane są zazwyczaj do „zwykłych mniejszości” i pozbawione możliwości korzystania z licznych praw.

---

niż geograficzną. Pojęcie „kultury zaolziańskiej” ma taki sam zakres jak kultury polskiej mniejszości na terenie cieszyńskim., R. Kaszper, B. Małysz (red.), *Poláci na Těšinsku*, Kongres Polaków w RCz, Czeski Cieszyn, 2009, s. 6 i nast.

<sup>84</sup> Decyzja z dnia 28 lipca 1920 r. Rady Ambasadorów mocarstw zwycięskich, na podstawie której 4/5 Śląska Cieszyńskiego (bez Bielska i Skoczowa) przekazano Czechosłowacji. A. Jezierski, C. Leszczyńska, *Historia Gospodarcza Polski*, Key Text, Warszawa 2003, s. 233.

<sup>85</sup> Czechosłowacja zyskała powiat frydecki (69% mniejszości polskiej), część cieszyńskiego, kolej koszyko-bohumińską, karwińską kopalnię węgla i huty (zwłaszcza hutę trzyniecką). Na całym tym obszarze zamieszkiwało według austriackiego spisu ludności z 1910r. 48,6% osób uznających język polski jako swój język ojczysty (ok. 140 tys.), *ibidem*, s. 28.

<sup>86</sup> R. Kaszper, B. Małysz (red.), *Poláci na Těšinsku*, s. 6 i nast.

<sup>87</sup> *Informační a metodický průvodce, Výbory pro národnostní menšiny v kontextu aktuálních potřeb*, Praha 2009, s. 12.

<sup>88</sup> Spis ludności z 2011 r. nie określa liczebności polskiej mniejszości narodowej na terenie Zaolzia. Jednak według spisu ludności z 1991 r. można ustalić, że na terenie Śląska zamieszkiwało 45 097 osób narodowości polskiej, z których – jak podaje S. Zahradnik – 43 479 znajdowało się na terenie Zaolzia. W tym roku około 15 tys Polaków mieszkało na innych terenach obecnej RCz. Warte zauważenia jest znaczne i ciągle obniżanie się liczby Polaków na Zaolziu. W spisie ludności w 1981 r. znajdowało się na Zaolziu 51,6 tys. osób należących do mniejszości polskiej, a w tym roku po raz pierwszy w żadnej gminie nie byli większością., R. Kaszper, B. Małysz (ed.), *Poláci na Těšinsku*, s. 71 oraz J. Szymeczek, *Polacy na Zaolziu 1920-2000*, *Poláci na Těšinsku*, s. 10.

<sup>89</sup> J. Szymeczek, *Polacy na Zaolziu 1920-2000*, *Poláci na Těšinsku*, Kongres Polaków w RCz, Czeski Cieszyn 2002, s. 10.

### 2.3. Zakaz dyskryminacji

Prawo do wolnego wyboru przynależności do mniejszości narodowej ściśle łączy się z gwarancjami prawnymi chroniącymi przed negatywnymi konsekwencjami takiego wyboru<sup>90</sup>. Gwarancja ta zawiera się w zakazie dyskryminacji<sup>91</sup> oraz opiera się na zasadzie równości w prawie, która ma wobec niego charakter akcesoryjny. Istnieje rozróżnienie na dyskryminację negatywną, która nie jest prawnie tolerowana, oraz dyskryminację pozytywną (*affirmative action*), która jest czasami w prawie wykorzystywana<sup>92</sup>. Artykuł 14 ustawy mniejszościowej<sup>93</sup> zmienia w ustawie o wykroczeniach<sup>94</sup> art. 49 ust. 1 dodając do katalogu przewinień „ograniczenie lub uniemożliwienie członkowi mniejszości narodowej korzystania z prawa członków mniejszości narodowych” (pkt d) oraz w punkcie e spowodowanie uszczerbku ze względu na jego przynależność do mniejszości narodowej”. Za wykroczenia te można nałożyć karę w wysokości do 20 tys. koron czeskich<sup>95</sup>. Kompleksowe rozwiązanie legislacyjne w celu ochrony przed dyskryminacją znalazło się w ustawie w sprawie równego traktowania i zabezpieczeń prawnych przeciwko dyskryminacji i zmianie niektórych ustaw (ustawa antydyskryminacyjna)<sup>96</sup>. Ustawa antydyskryminacyjna „zawiera w sobie istotne regulacje Unii Europejskiej i w odniesieniu do Karty Praw Podstawowych i Wolności i umów międzynarodowych bliżej określa prawa do równego traktowania i niedyskryminacji w katalogu<sup>97</sup> różnych stosunków prawnych”<sup>98</sup>. Jest oparta na międzynarodowych i krajowych dokumentach prawnych i stanowi implementację do ustawodawstwa krajowego dyrektywy Rady 2000/43/WE, która zapewnia ochronę przed dyskryminacją ze względów rasowych

<sup>90</sup> „Z powodu przynależności do mniejszości narodowej nikomu nie może stać się żadna krzywda” art. 34 ust. 1 ustawy mniejszościowej.

<sup>91</sup> Konstytucja RCz (art. 96 ust.1), Karta Praw Podstawowych i Wolności (art. 3, 24, 37 i nast.), kodeks cywilny (č. 40/1964 Sb., np. art. 16), kodeks karny, kodeks postępowania karnego (č. 141/1961 Sb.), kodeks postępowania cywilnego (č. 99/1963 Sb., art. 133a).

<sup>92</sup> Np. w art. 4 Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r., J.Filip, *Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva*, s. 66.

<sup>93</sup> Ze względu na stopniową implementację dyrektywy 2000/43/ES do czeskiego prawa wewnętrznego.

<sup>94</sup> Zákon o přestupcích, č. 200/1990Sb., wszedł w życie 1 lipca 1990 r.

<sup>95</sup> Według przelicznika walut Money.pl z 7 kwietnia 2013 r. 20 tys. Kč jest równe 3244 zł., Úřad vlády České republiky, rada vlády pro národnostní menšiny, červen 2002, *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2001*.

<sup>96</sup> Zákon o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon) z dnia 23 kwietnia 2008 r., č. 198/2009 Sb., obowiązuje od 1 września 2009 r., z wyjątkiem drugiej części, która obowiązuje od 1 stycznia 2010 r.

<sup>97</sup> „Prawo do pracy i dostępu do zatrudnienia; dostęp do zawodów, przedsiębiorstw itp.; warunki zatrudnienia (też wykonywanie czynności na innej podstawie niż umowa o pracę) włącznie z wynagrodzeniem; członkostwo i działalność w związkach zawodowych, organizacji pracodawców, publicznych korporacjach; ubezpieczenia społeczne; świadczeniach socjalne, opieka zdrowotna; edukacja; dostęp do towarów i usług”.

<sup>98</sup> Art. 1 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy antydyskryminacyjnej.

i etnicznych. Wymieniając przyczyny dyskryminacji, ustawa za wzór obrała Kartę, chroni więc przed dyskryminacją ze względu na „rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, płeć, orientację seksualną, wiek, niepełnosprawność, religię, wyznanie czy światopogląd”<sup>99</sup>. Chociaż Karta ogólnie gwarantuje ochronę przed dyskryminacją i prawo do równego traktowania, nie definiuje pojęć ważnych z punktu widzenia tej ochrony. Nie stanowi, w jakich warunkach i jakim sposobem ofiary dyskryminacji dochodzą swoich praw<sup>100</sup>. Te ostatnie zostały skonkretyzowane w art. 10 ustawy antydyskryminacyjnej, w którym jest mowa o prawie do sądu z roszczeniem o „zaniechanie, eliminację skutków dyskryminacji, odpowiednie zadośćuczynienie oraz odszkodowanie za szkody niemajątkowe”. Pojęcie dyskryminacji wywodzi się z łacińskiego słowa *discriminare* (różnicowanie). Dyskryminacja może być bezpośrednia<sup>101</sup> albo pośrednia<sup>102</sup> i należy uznać za nią każdą sytuacją, w której dana osoba jest traktowana inaczej od reszty z powodu jej przynależności do grupy społecznej lub kategorii osób, może też przejawiać się w formie „molestowania, molestowania seksualnego, prześladowania, podlegania czy polecenia do dyskryminacji”<sup>103</sup>. Równe traktowanie<sup>104</sup> wszystkich osób wspiera również ombudsman, który dostarcza informacje do wiadomości publicznej, wydaje zalecenia i opinie oraz prowadzi niezależne badania<sup>105</sup>. Dla osób należących do mniejszości narodowych mają również znaczenie orzecznictwa sądowe, a zwłaszcza orzecznictwo sądu konstytucyjnego, który zajmuje się głównie zgodnością ustaw z porządkiem konstytucyjnym w kwestiach dyskryminacji i zasady równości<sup>106</sup>. Przykładem jest stwierdzenie sądu konstytucyjnego č. 419/2006 Sb. dotyczące kwestii ciężaru dowodu dyskryminacji. Sąd konstytucyjny rozpatrywał, czy art. 133a<sup>107</sup> kodeksu

<sup>99</sup> Art. 2 ust. 3 ustawy antydyskryminacyjnej.

<sup>100</sup> J. Jakubka, *Nový antidiskriminační zákon a jeho aplikace v pracovněprávních vztazích*, Wolters Kluwer 2009, s. 10.

<sup>101</sup> Bezpośrednia dyskryminacja zdefiniowana jest w art. 2 ust. 3 ustawy antydyskryminacyjnej. Jest nią: „takie zachowanie (też zaniechanie), kiedy jedna osoba traktowana jest mniej przychylnie niż traktuje się lub traktowano by lub byłaby traktowana inna osoba znajdująca się w podobnej sytuacji ze względu na rasę, pochodzenie etniczne, narodowość[...]”.

<sup>102</sup> Definicja pośredniej dyskryminacji została określona w art. 3 ust. 1 ustawy antydyskryminacyjnej: „takie zachowanie lub zaniechanie, kiedy na podstawie pozornie neutralnego postanowienia lub praktyki osoba jest ze względu na powody określone w definicji bezpośredniej dyskryminacji w mniej korzystnej sytuacji od innych. Dyskryminacją pośrednią nie jest sytuacja, jeżeli to postanowienie lub praktyki posiadają uzasadniony prawnie cel, a środki służące jego osiągnięciu są rozsądne i konieczne”.

<sup>103</sup> Art. 2 ust. 2 ustawy antydyskryminacyjnej.

<sup>104</sup> Dla celów ustawy antydyskryminacyjnej prawo do równego traktowania oznacza: „prawo do niebycia dyskryminowanym ze względu na powody określone w tej ustawie”. Wyjątki są ustalone w art. 6 ustawy antydyskryminacyjnej oraz w innych przepisach (np. kodeks pracy).

<sup>105</sup> J. Jakubka., *op. cit.*

<sup>106</sup> R. Petráš, H. Petrův, H. Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 239.

<sup>107</sup> Art. 133a określa, że okoliczności stwierdzające dyskryminację ze względu na rasę czy pochodzenie etniczne w obszarze pracowniczym, edukacji [...] sąd przyjmuje za prawdziwe, chyba że zostanie

postępowania cywilnego<sup>108</sup> nie narusza konstytucyjnej zasady równości procesowej stron postępowania. W artykule tym pozwany został zobligowany w sytuacjach bezpośredniej czy pośredniej dyskryminacji do przedstawienia dowodu, że nie doszło do naruszenia zasad równego traktowania. W swoim stwierdzeniu sąd, odwołując się do wcześniejszego stwierdzenia sądu konstytucyjnego<sup>109</sup>, uznał, że art. 133a nie jest sprzeczny z porządkiem konstytucyjnym. Skarżący, chociaż nie ma obowiązku wykazać motywu pozwanego, musi jednak udowodnić, że zachowanie pozwanego nie było normalnym, niedyskryminującym zachowaniem<sup>110</sup>.

Publiczne i dające się udowodnić przejawy nietolerancji i dyskryminacji, wobec polskiej mniejszości narodowej, pojawiają się raczej rzadko i są to z zasady działania jednostek<sup>111</sup>. Częściej przypadki nietolerancji nie są zgłaszane i nie są rozpatrywane przed sądem, zwłaszcza kiedy są ukrywane lub trudne do udowodnienia<sup>112</sup>.

#### 2.4. Prawo do zrzeszania się

Prawo do zrzeszania się<sup>113</sup> członków mniejszości narodowej<sup>114</sup> (art. 5 ustawy mniejszościowej)<sup>115</sup> jest kolejnym z praw, z których mogą korzystać wszystkie mniejszości narodowe. Ustawa mniejszościowa nawiązuje do art. 20 Karty, określającego różne typy zrzeszeń. Wszyscy mają prawo do tworzenia zrzeszeń, które nie posiadają osobowości prawnej i nie podlegają obowiązkowi rejestracji oraz do „zrzeszania się wraz z innymi

---

udowodniony brak dyskryminacji., Úřad vlády České republiky, rada vlády pro národnostní menšiny, *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2001*, s. 5.

<sup>108</sup> Občanský soudní řád, č. 99/1963 Sb. z dnia 4 grudnia 1963 r., obowiązuje od 1 kwietnia 1964 r.

<sup>109</sup> ÚS č. 107/1996 Sb., s. 107: „państwo decyduje o stworzeniu warunków, w których uprzywilejowuje pewną grupę osób, ale pod warunkiem, że robi to w interesie publicznym, którym niewątpliwie jest promowanie zasad demokracji i praw człowieka”.

<sup>110</sup> R. Petráš, H. Petrův, H. Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 242.

<sup>111</sup> W 2001 r. pojawiły się zaciekle anonimowe pamflety skierowane przeciwko polskiej mniejszości narodowej, ale ich autora nie złapano. W gminie Těrlicko było znów rozpatrywane wykroczenie obywatela RCz posiadającego obywatelstwo czeskie, który na publicznym spotkaniu rady miejskiej atakował jednego z radnych na podstawie jego polskiej narodowości. Pojawiają się również próby ograniczenia dwujęzycznej (polsko-czeskiej) praktyki w niektórych instytucjach (np. przy nabożeństwach).

<sup>112</sup> Úřad vlády České republiky, rada vlády pro národnostní menšiny, červen 2002, *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2001* (s. 44) i za rok 2002 (s. 29).

<sup>113</sup> W odróżnieniu od prawa do pokojowego gromadzenia się ustalonego w art. 19 Karty prawo do zrzeszania się jest stałym sposobem stowarzyszenia obywateli, który nie zanika po rozejściu się obywateli. J. Filip, *Výbrané kapitoly ke studiu ústavního práva*, s. 97.

<sup>114</sup> Regulacje krajowe RCz oraz praktyka realizacji praw do zrzeszania są zgodne nie tylko z porządkiem konstytucyjnym RCz, ale również z prawem międzynarodowym (MPPOiP, art. 11 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a zwłaszcza Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych). Úřad vlády České republiky, *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2011*, s. 12.

<sup>115</sup> „Członkowie mniejszości narodowej mogą się zrzeszać w zrzeszeniach narodowościowych i partiach politycznych oraz w ruchach politycznych na warunkach i sposobem określonym w szczególnych przepisach prawnych”.

w związkach, stowarzyszeniach i innych zrzeszeniach”, na które jednak jest nałożony obowiązek rejestracji. Prawo do „zakładania partii politycznych oraz ruchów politycznych oraz prawo do zrzeszania się w nich” przyznane jest wyłącznie obywatelom RCz, spowodowane jest to funkcją tego prawa zapewniającą obywatelom „udział w życiu politycznym państwa”<sup>116</sup>. Ograniczenie prawa do zrzeszania się powstaje wyłącznie w formie ustawy na podstawie klauzuli<sup>117</sup> chroniącej społeczeństwo demokratyczne<sup>118</sup>. Centralnym organem ds. wewnętrznych, obejmującym prawa do zrzeszania i zgromadzeń, jest Ministerstwo Spraw Wewnętrznych<sup>119</sup>, które również rozpatruje wnioski dotyczące rejestracji zrzeszeń<sup>120</sup> oraz partii i ruchów politycznych<sup>121</sup>. Określenie w art. 5 ustawy mniejszościowej „członkowie mniejszości narodowej” nie ogranicza zrzeszenia się do wyłącznie jednej mniejszości, możliwe jest powstanie zrzeszeń, partii i ruchów politycznych łączących różne mniejszości narodowe. Ustawa o zrzeszeniach obywateli nie ustala żadnych specjalnych warunków dla powstania i istnienia zrzeszeń narodowych, czyli takich, które zostały utworzone przez członków mniejszości narodowych w celu promowania i ochrony ich praw. Zrzeszenia te powstają i zanikają na zasadach ogólnych, określonych w tej ustawie<sup>122</sup>. Członkowie mniejszości narodowych zrzeszają się zwłaszcza w organizacjach non-profit (stowarzyszeniach obywatelskich<sup>123</sup>), których powstanie, obok ustawy o zrzeszaniu, normuje ustawa č. 248/1995 Sb.<sup>124</sup> oraz 227/1997 Sb.<sup>125</sup>. Ze względu na różnorodność organizacji, które często deklarują programy w pewnym stopniu narodowościowe, ale praktycznie ich nie realizują, trudna jest do określenia dokładna

<sup>116</sup> Art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 2 października 1991 r., č. 424/1991 Sb. o zrzeszaniu się w partiach politycznych oraz ruchach politycznych w brzmieniu późniejszych przepisów.

<sup>117</sup> Z powodu bezpieczeństwa narodowego, bezpieczeństwa i porządku publicznego, zapobiegania przestępstwom albo w celu ochrony praw i wolności innych osób. Według art. 4 pkt a: „nie są dozwolone zrzeszenia, których celem jest uniemożliwianie lub ograniczanie osobistych, politycznych czy innych praw obywateli ze względu na ich narodowość, płeć [...] podniecające nienawiść i nietolerancję z tych powodów, promujące przemoc, lub w inny sposób naruszające konstytucję i ustawy”.

<sup>118</sup> J. Filip, *Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva*, s. 98.

<sup>119</sup> Art. 12 ust. 1c ustawy z dnia 8 stycznia 1969 r., č. 2/1969 Sb. o utworzeniu ministerstw i innych centralnych organów administracji państwowej.

<sup>120</sup> Art. 7 i nast. ustawy z dnia 27 marca 1990 r. č. 83/1990 Sb. o zrzeszaniu się obywateli w brzmieniu późniejszych ustaw, pojęcie obywatel w tej ustawie nie znaczy obywatel RCz, ale każdy człowiek (tak jest w przypadku, kiedy pojęcie „obywatel” pojawi się w kontekście praw i wolności, które Karta ustala ze względu na obywatelstwo) art. 42 ust. 3 Karty oraz ustawa konstytucyjna č. 23/1991 Sb.

<sup>121</sup> Art. 7 ustawy o zrzeszaniu się w partiach politycznych oraz ruchach politycznych.

<sup>122</sup> R. Petráš, H. Petrův, H.Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 262, 263.

<sup>123</sup> Stowarzyszenia obywatelskie organizują indywidualne i zbiorowe członkostwo nie tylko mniejszości narodowych, ale również obywateli czeskiej narodowości. Istnieją również stowarzyszenia oraz związki grupujące członków różnych mniejszości narodowych np. Asociace národnostních sdružení.

<sup>124</sup> Ustawa z dnia 28 września 1995 r., o organizacjach charytatywnych oraz o zmianie i uzupełnieniu niektórych ustaw, obowiązuje od 1 stycznia 1996 r.

<sup>125</sup> Ustawa z dnia 24 września 1997 r. o funduszach i fundacjach oraz o zmianie i uzupełnieniu niektórych ustaw, obowiązuje od 1 stycznia 1998 r.

liczba organizacji mniejszościowych<sup>126</sup>. Jednak Ministerstwo Spraw Wewnętrznych do roku 2011 zarejestrowało 28 polskich<sup>127</sup> stowarzyszeń obywatelskich, a łączna liczba stowarzyszeń obywatelskich wszystkich mniejszości w tym roku wynosiła 709 organizacji<sup>128</sup>. Wszystkie polskie organizacje (włącznie z 3 nowymi<sup>129</sup> zarejestrowanymi w roku 2011), oprócz Stowarzyszenia Elektrotechników Polskich, są zgrupowane w ramach Kongresu Polaków w RCz. W ramach Polskiego Związku Kulturalno-Oświatowego (dalej: PZKO) działa nieformalna Sekcja Akademicka Jedność, a w ramach Kongresu Polaków nieformalna grupa – Klub Stypendystów Fundacji Semper Polonia, zrzeszający studentów studiujących w Polsce i RCz. Polskie organizacje charakteryzują się bogatą działalnością, znajdującą odzwierciedlenie w dziesiątkach wydarzeń kulturowych o różnym zasięgu. Ze względu na reprezentację ich interesów polskie stowarzyszenia są bardzo dobrze zorganizowane. Reprezentantem interesów wszystkich polskich organizacji jest Kongres Polaków, rozwijają one jednak własną działalność i są od niego oddzielone. Największą ilościowo polską organizacją w RCz jest PZKO liczący około 13 tys. członków (w ramach 84 lokalnych grup)<sup>130</sup>.

Polska mniejszość narodowa nie ogranicza swojej działalności tylko do stowarzyszeń obywatelskich, na poziomie polityki lokalnej mniejszość ma niemałe znaczenie. Zwłaszcza w powiecie Karwina i Frydek-Mistek przedstawiciele polscy posiadają znaczną liczbę mandatów w ruchu politycznym Coexistentia – Soužití<sup>131</sup> (Wspólnota)<sup>132</sup>. W jej ramach działają 3 niezależne sekcje narodowościowe: MNS (sekcja węgierska), UNS (sekcja ukraińska) oraz PNS (sekcja polska<sup>133</sup>). Obecnie przewodniczącym wspólnoty jest Aleksander Pálffy<sup>134</sup>. W wyborach do rady gmin województwa morawsko-śląskiego

<sup>126</sup> Úřad vlády České republiky, *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2001*, s. 12.

<sup>127</sup> Np. Harcerstwo Polskie w RCz, Klub Polski w Pradze, Koło Polskich Kombatantów, Macierz Szkolna w RCz, MK PZKO Karwina – Nowe Miasto, Polski Związek Byłych Więźniów Politycznych, Polski Związek Kulturalno-Oświatowy (PZKO), Polskie Towarzystwo Medyczne, Polskie Towarzystwo Artystyczne „Ars Musica”, Polskie Towarzystwo Śpiewacze Collegium Canticorum, Polskie Towarzystwo Turystyczno-Sportowe „Beskid Śląski”.

<sup>128</sup> Lista aktualnych stowarzyszeń obywatelskich znajduje się na stronie Ministerstwa Spraw Wewnętrznych: <http://aplikace.mvcr.cz/seznam-obcanskych-sdruzeni/>.

<sup>129</sup> Cieszyńskie Towarzystwo Fotograficzne, Klub Kultury, Zaolziańskie Stowarzyszenie Lotnicze im. Franciszka Żwirki i Stanisława Wigury.

<sup>130</sup> Úřad vlády České republiky, *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2011*, s. 4.

<sup>131</sup> Podstawowymi celami Wspólnoty jest ochrona praw mniejszości a zwłaszcza prawa do nauki w języku ojczystym, prawa do rozpowszechniania informacji w tym języku, do rozwoju kultury, prawa do używania języka ojczystego i inne., Priorityety programowe Ruchu Politycznego COEXISTENTIA na kadencję 06/2011 – 05/2013.

<sup>132</sup> Úřad vlády České republiky, *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2001*, s. 13.

<sup>133</sup> Od 23 kwietnia 2009 r. przewodniczącym polskiej sekcji jest Stanisław Gawlik.

<sup>134</sup> Więcej na oficjalnej stronie Coexistentia: <http://www.coexistentia.cz/>.

w 2010 r. zyskała 33 mandaty (0,21%)<sup>135</sup>. Przedstawiciele Wspólnoty często działają w radach miejskich, ich wpływ jest ograniczony w zasadzie do kwestii lokalnych. Pełnią rolę strażnika interesów mniejszości narodowych<sup>136</sup>. Przedstawiciele organizacji mniejszości narodowych przedstawiają się często jako oficjalni przedstawiciele całej mniejszości na różnych forach organizowanych również przez władze publiczne, na których podkreślają swoją apolityczność<sup>137</sup>.

## 2.5. Prawo do uczestnictwa w rozwiązywaniu spraw dotyczących mniejszości narodowych

Artykuł 6 ustawy mniejszościowej mówi o „prawie do uczestnictwa w rozwiązywaniu spraw dotyczących mniejszości narodowych”<sup>138</sup>. Oprócz aktywnego uczestnictwa w życiu gospodarczym, kulturalnym oraz społecznym gwarantuje on dostęp ds. publicznych (zwłaszcza dotyczących mniejszości narodowych) na szczeblach gminy, województwa oraz ogólnokrajowym<sup>139</sup>. Chociaż nie wspomina o nich ustawa mniejszościowa, najważniejsze dla mniejszości są prawa polityczne wynikające z art. 21 ust. 1 oraz 4<sup>140</sup> Karty określające prawo wszystkich obywateli (osób posiadających obywatelstwo RCz), spełniających warunki wynikające z ustaw<sup>141</sup>, do udziału w zarządzaniu sprawami publicznymi bezpośrednio (referendum) lub poprzez wolne wybory swoich przedstawicieli. Dla członków mniejszości narodowej w porównaniu z osobami czeskiej narodowości ustawy nie określają żadnych odmiennych zasad wyborczych<sup>142</sup>. W korzystaniu z prawa do uczestnictwa członków mniejszości narodowych w wyborach w dużej mierze pośredniczą komisje do spraw mniejszości narodowych<sup>143</sup>, tworzone według

<sup>135</sup> [www.volby.cz](http://www.volby.cz).

<sup>136</sup> L. Kopeček, *Coexistencia – Soužití a politická reprezentace polské menšiny na Těšinsku*, Středoevropské politické studie, w ramach projektu badawczego: „Grupy etniczne, mniejszości i grupy marginalizowane w Czechach” (MSM 142300001), <http://www.cepsr.com/clanek.php?ID=169>.

<sup>137</sup> Przedstawiciele mniejszości jednak często wykazują się chęcią wstąpienia na scenę polityczną pojedynczo, albo w połączeniu z nie-parlamentarnymi czy parlamentarnymi partiami politycznymi, R. Petráš, H. Petrův, H. Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 177

<sup>138</sup> Art. 6 jest rozwinięciem art. 25 ust. 2c Karty.

<sup>139</sup> Art. 6 ust. 1 ustawy mniejszościowej.

<sup>140</sup> „Obywatele mają na równych prawach dostęp do stanowisk wybieralnych i do innych funkcji publicznych”.

<sup>141</sup> Ustawa z dnia 27 września 1995 r. č. 247/1995 Sb. o wyborach do Parlamentu RCz oraz o zmianie innych ustaw, ustawa z dnia 18 lipca 2012 r. č. 275/2012 Sb., o wyborze Prezydenta i o zmianie niektórych ustaw, ustawa z dnia 12 kwietnia 2000 r. č. 130/2000 Sb. o wyborach do przedstawicielstw województw i o zmianie niektórych ustaw, ustawa z dnia 6 grudnia 2001 r. č. 491/2001 Sb. o wyborach do przedstawicielstw gmin i o zmianie niektórych ustaw. Według art. 12 ust. 11 Ministerstwo Spraw Wewnętrznych jest organem centralnym administracji rządowej w wyborach do władz lokalnych, parlamentu, Parlamentu Europejskiego, wyborach prezydenta.

<sup>142</sup> R. Petráš, H. Petrův, H.Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 258, 259.

<sup>143</sup> Komisje są organami doradczymi oraz kontrolnymi przedstawicielstwami gmin (przedstawiają swoje opinie oraz sugestie), które je powołują. Nie mają kompetencji do podejmowania decyzji w sprawach należących do kompetencji gmin. Fakt, że nie znajdują się na liście (art. 5 ustawy o gminach) organów

szczególnych przepisów prawnych oraz Rada<sup>144</sup> w rządzie do spraw mniejszości narodowych<sup>145</sup>.

Powołanie komisji jest w zasadzie zależne od uznania gminy, jednak w niektórych wypadkach ustawa nakłada obowiązek powołania komisji. Jest on określony w art. 117 ust. 2 (obowiązek powołania komisji finansowych oraz kontrolnych) oraz ust. 3 określającym powinność powołania komisji do spraw mniejszości narodowych w gminach, w których według ostatniego spisu ludności żyje co najmniej 10% ludności o narodowości innej niż czeska. Większą część<sup>146</sup> tej komisji muszą stanowić osoby należące do mniejszości narodowej<sup>147</sup>.

Najbardziej znacząca liczba komisji RCz wiąże się z obecnością polskiej mniejszości na terenach Śląska Cieszyńskiego (32 gminne komisje w powiatach Frýdek-Místek i Karviná). Istnieje też Komisja wojewódzka<sup>148</sup> do spraw mniejszości narodowych działająca w województwie morawsko-śląskim, której przewodniczącym jest obecnie Pavel Kawulok. Sens istnienia tej komisji najbardziej przejawia się w sferze wspierania dwujęzycznych nazw publicznych<sup>149</sup>, które pojawiają się teraz w większości gmin spełniających kryteria ustawowe. Ponadto Komisja pomaga w rozwoju edukacji w polskich szkołach oraz nauczaniu języka polskiego w szkołach czeskich. Komisje pełnią zwykle rolę konsultantów wobec organów samorządu lokalnego i społeczeństwa polskiego<sup>150</sup>.

## 2.6. Prawo do używania imienia i nazwiska w języku mniejszości narodowych

Ostatnim prawem wymienionym w ustawie mniejszościowej, w całości stosowanym wobec wszystkich mniejszości narodowych RCz, jest prawo do „używania imienia i nazwiska w języku mniejszości narodowej” (art. 7). Kwestie używania języka są regulowane w szczególnym przepisie prawnym, którym jest ustawa o urządach stanu cywilnego, imieniu i nazwisku oraz o zmianie niektórych z tym związanych ustaw

---

gminy, potwierdza ich charakter wewnętrzny. Ustawa ta nie umożliwia również gminom podejmowania przez komisje decyzji należących do kompetencji gminy, *ibidem*.

<sup>144</sup> Radę powołuje rząd jako swój organ doradczy i inicjujący do spraw mniejszości narodowych oraz jej członków. Jej członkami są przynajmniej w połowie przedstawiciele mniejszości, reszta członków rady to przedstawiciele organów władzy publicznej. Statut Rady, określający szczegóły składu Rady, jej działalność oraz sposoby mianowania jej członków zatwierdza rząd. Art. 6 ust 3, 4 i 6 ustawy mniejszościowej, *ibidem*.

<sup>145</sup> Art. 6 ust. 2. ustawy mniejszościowej.

<sup>146</sup> Art. 117 ustawy o gminach ustala, że członkami musi być przynajmniej połowa osób mniejszości narodowej, ale art. 18 określa, że liczba członków Komisji jest zawsze nieparzysta.

<sup>147</sup> *Ibidem*.

<sup>148</sup> Działalność związana z dotacjami dla mniejszości narodowych, opiniodawcza, kontrolna...

<sup>149</sup> Często pojawiający się wandalizm polskich nazw został obecnie ograniczony.

<sup>150</sup> Úřad vlády České republiky, *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2011*, s. 17.



(ustawa o urządach)<sup>151</sup>. Centralnym organem ds. wewnętrznych, zajmującym się imionami i nazwiskami, rejestrami, obywatelstwem czy dowodami jest Ministerstwo Spraw Wewnętrznych<sup>152</sup>, ale kwestiami z tym związanymi zajmują się również urzędy gminy oraz urzędy wojewódzkie<sup>153</sup>. Obywatele RCz mają obowiązek oraz prawo do używania (w kontaktach urzędowych) nazwiska określonego w dokumencie wydanym na podstawie rejestru urzędu stanu cywilnego (art. 68 ustawy o urządach)<sup>154</sup>. Jednak w art. 69 unormowane są wyjątki, które umożliwiają kobietom (a także dzieciom na wniosek rodziców) o narodowości innej niż czeska przyjęcie w pewnych sytuacjach<sup>155</sup> nazwiska w formie męskiej. Ustawa z 2004 r. zmieniająca tę ustawę<sup>156</sup> w art. 2 (pkt 2–7) dodatkowo określiła prawo obywateli do jednokrotnej zmiany swojego nazwiska na formę męską w jakimkolwiek urzędzie stanu cywilnego. Kobiety (dzieci na wniosek rodziców, dzieci mające powyżej 15 lat na wniosek rodziców za ich zgodą) o narodowości polskiej mogą więc korzystać ze swego nazwiska w formie męskiej, czyli bez końcówki *-ová*<sup>157</sup>.

### Część III. Polonia w RCz

#### 1. Rys historyczno-prawny polskiej mniejszości na „Zaolziu” – spory graniczne XX wieku

Obecność Polaków na Śląsku Cieszyńskim sięga najdawniejszych czasów. Od chwili pojawienia się Słowian na tym terytorium dochodziło do częstych zmian przynależności obszaru do różnych jednostek politycznych<sup>158</sup>. Niemniej na przestrzeni tego tysiąclecia nie zachodziły wielkie zmiany w kwestii przynależności etnicznej. Pierwotnie

<sup>151</sup> Zákon o matrikách, jménu a příjmení a o změně některých souvisejících zákonů, z dnia 2 sierpnia 2000 r., č. 301/2000 Sb.

<sup>152</sup> Art. 12 ust. 1b ustawy z dnia 8 stycznia 1969 r., č. 2/1969 Sb o utworzeniu ministerstw i innych centralnych organów administracji państwowej.

<sup>153</sup> Art. 2 ust. 1 ustawy o urządach.

<sup>154</sup> R. Petráš, H. Petrův, H.Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 254.

<sup>155</sup> Przy czynnościach rejestracyjnych związku małżeńskiego, nowo narodzonego dziecka.

<sup>156</sup> Zákon, kterým se mění zákon č. 301/2000 Sb., o matrikách, jménu a příjmení a o změně některých souvisejících zákonů, č. 165/2004 Sb., z dnia 18 marca 2004 r.

<sup>157</sup> Úřad vlády České republiky, *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2011*, s. 22.

<sup>158</sup> Śląsk Cieszyński został utworzony pod koniec XIII w., jego położenie geograficzne (na południowo-zachodniej granicy Polski) wystawiło go na wpływy niemieckie i czeskie. Fakt ten skomplikował znacznie jego losy (w X stuleciu terytorium cieszyńskie należało do czeskich Przemysłidów, całe XI stulecie do Polski, a przez następne pięć stuleci władza nad tym terytorium należała przede wszystkim do cieszyńskich Piastów – do śmierci Alžběty Lukrécie w 1653 r., w latach 1653–1918 teren cieszyński znajdował się pod bezpośrednią władzą Habsburgów – Korony Czeskiej). Dochodziło do częstych zmian zwierzchności, przynależności państwowej, języka urzędowego, jednak język ludu pozostał ten sam, (S. Zahradnik, *Polacy na Zaolziu 1920–2000, Poláci na Těšinsku*, Czeski Cieszyn 2002 r., s. 21).

zamieszkiwały ten teren osoby mówiące dialektem (nazywanym obecnie – „po naszymu”)<sup>159</sup> podobnym do języka polskiego. Na przestrzeni XIX wieku ukształtowała się polska świadomość narodowa dominująca wśród miejscowej ludności do czasu I wojny światowej<sup>160</sup>. W tym okresie dochodziło do zasadniczych przemian politycznych, społecznych, gospodarczych i narodowościowych oraz powoli wyłaniał się czeski i polski ruch narodowy<sup>161</sup>.

Upadek Austro-Węgier umożliwił zastąpienie na Zaolziu dotychczasowych władz przez organizacje reprezentujące Czechów (Zemský Národní Výbor pro Slezko) oraz Polaków (Rada Narodowa Księstwa Cieszyńskiego<sup>162</sup>), które 5 listopada 1918 r. zawarły porozumienie o tymczasowym<sup>163</sup> rozgraniczeniu Księstwa Cieszyńskiego na zasadach etnicznych<sup>164</sup>. Korzystne dla Polaków porozumienie nie zapewniało jednak stabilnej sytuacji granicznej, zwłaszcza biorąc pod uwagę umowę z dnia 28 września 1918 r.<sup>165</sup>, w której Francja zobowiązała się do wsparcia utworzenia państwa czechosłowackiego w jego historycznych granicach<sup>166</sup>. Kolejną przyczyną sporu o teren cieszyński było jego znaczenie gospodarcze (Kolej Koszycko-Bugumińska, huta żelaza w Trzyńcu, kopalnia węgla w Zagłębiu Kawińskim). 23 stycznia 1919 r. wojska Czechosłowacji zaatakowały<sup>167</sup> tereny zarządzane przez Radę i rozpoczęły „7-dniową wojnę”. 3 lutego 1919 r. obie strony<sup>168</sup> ustaliły, że decyzję graniczną podejmą uczestnicy konferencji pokojowej<sup>169</sup>. Choć państwa zachodnie nie popierały ataku wojsk Czechosłowacji, pozostawiły tymczasowo w jej rękach zarządzanie znaczną częścią Zaolzia. Brak rezultatów w dalszych

<sup>159</sup> „Po naszymu” używane jest na Zaolziu oraz w polskiej części Cieszyna. Dialekt ten ma cechy polsko-śląskie pomieszczone ze słowami czeskimi i niemieckimi.

<sup>160</sup> R. Kaszper, B. Małysz, *Poláci na Těšinsku – studijní materiál*, s. 7.

<sup>161</sup> S. Zahradnik, *Polacy na Zaolziu 1920–2000, Poláci na Těšinsku*, s. 21.

<sup>162</sup> Założona 19 października 1918 r. Polscy oficerowie wojska austriackiego, którzy znajdowali się w Cieszynie dokonali przewrotu wojskowego w mieście w nocy z 31 października na 1 listopada 1918 r. Przewrót ten zapewnił Radzie faktyczną władzę na tym terenie. R. Kaszper, B. Małysz, *Poláci na Těšinsku – studijní materiál*, s. 22.

<sup>163</sup> „Umowa ma charakter przejściowy i w niczym nie przesądza ostatecznego rozgraniczenia terytorialnego, które pozostawia się w całości rostrzygnięciu przez czynniki powołane, tj. przez rząd polski i rząd czeski”. Preambuła porozumienia, czyli dohody o prozatímním upravení poměrů v knížectví Těšinském z 5 listopada 1918 r., w ramach polskiego zarządu znalazły się okres (powiat) bielski, cieszyński oraz wielka część frysztackiego.

<sup>164</sup> Historia Apelacji Sądowej, Sąd Apelacyjny w Katowicach, biuletyn informacji publicznej <http://www.katowice.sa.gov.pl/index.php?p=m&idg=mg,12,62>.

<sup>165</sup> Podpisana przez Edvarda Beneša i ministra spraw zagranicznych Francji Etiennea Pichona.

<sup>166</sup> R. Kaszper, B. Małysz, *Poláci na Těšinsku – studijní materiál*, s. 23.

<sup>167</sup> Uzasadnieniem (pretekstem) była np. historyczna przynależność do Korony Czeskiej, anarchia w zarządzaniu, uznanie wyników spisu ludności za nieprawdziwe, planowanie wyborów do polskiego sejmu na terenie cieszyńskim.

<sup>168</sup> Reprezentowane przez Ignacego Padarewskiego oraz Edvarda Beneša.

<sup>169</sup> Nad przestrzeganiem postanowień czuwała Międzynarodowa Komisja Plebiscytowa. Zob. Historia Apelacji Sądowej.

negocjacjach<sup>170</sup> spowodował podjęcie decyzji o przygotowaniu plebiscytu<sup>171</sup> na Zaolziu. Zrezygnowano jednak z referendum, uznając je za niewykonalne. Ustalono również<sup>172</sup>, że kwestie granicy zostaną rozwiązane na podstawie arbitrażu mocarstw zwycięskich. Decyzją Rady Ambasadorów mocarstw zwycięskich z dnia 28 lipca 1920 r. ustanowiono granicę polsko-czeską na rzece Olzie. Decyzja ta wywołała dużo protestów, zwłaszcza po stronie polskiej<sup>173</sup>, jednak została ona uznana przez przedstawicieli polskich. Z punktu widzenia ekonomicznego dla Czechosłowacji uzyskanie terytorium o wysokiej koncentracji ludności polskiej było sukcesem, lecz stanęła ona przed trudnym zadaniem integracji niezadowolonej mniejszości polskiej. Decyzja Rady Ambasadorów nie rozwiązała problemu międzynarodowego Zaolzia, a stworzyła sytuację wybuchową, przyciągającą znaczną uwagę w kolejnych dziesięcioleciach<sup>174</sup>. Po podziale terenu cieszyńskiego poprawiły się w pewnym stopniu stosunki polsko-czeskie<sup>175</sup>. System polityczno-prawny obowiązujący w Czechosłowacji gwarantował szerokie uprawnienia<sup>176</sup> mniejszościom narodowym, napotykał on jednak poważne trudności w praktycznym ich zastosowaniu. Kwestie polskiej mniejszości normowane były na podstawie Konstytucji Republiki Czechosłowackiej, rozporządzenia oraz ustaw zwyczajnych, jak również umowy polsko-czechosłowackiej z dnia 23 kwietnia 1925 r.<sup>177</sup> Nowe konflikty rozpoczęły się w roku 1935, po podpisaniu 26 stycznia 1934 r. przez Polskę i Niemcy deklaracji o niestosowaniu przemocy. W pierwszych miesiącach 1938 r. mniejszość polska zaczęła domagać się szerokiej autonomii terytorialnej. W związku z konferencją w Monachium<sup>178</sup> rząd polski ustalił 30 września ultimatum, które zostało przyjęte

<sup>170</sup> Obie strony rościły sobie prawa do całego terenu cieszyńskiego. Polska strona argumentowała to zwłaszcza prawem do samostanowienia narodów. Strona czeska jako argument podała historyczne prawo do tego terytorium, znaczenie dla Czechosłowacji Kolei Koszycko-Bogumińskiej, fakt, że część osób posługujących się polskim dialektem, zalicza się do Ślązaków, a nie Polaków.

<sup>171</sup> Okres walk, ataków, znęcania się oraz narodowej propagandy.

<sup>172</sup> 10 lipca 1920 r. w belgijskim mieście Spa strona czeska zgodziła się na arbitraż, ponieważ nie była pewna wyników plebiscytu, za polską stronę wyraził zgodę premier W. Grabski.

<sup>173</sup> „Chociaż rząd polski chce w pełni i lojalnie wykonać zobowiązanie, nie zdoła jednak przekonać narodu polskiego, że sprawidliwości stało się zadość. Świadomość narodowa jest mocniejsza i trwalsza od władzy”. oświadczenie delegata rządu polskiego I. Paderewskiego w Paryżu w 1920 r.

<sup>174</sup> R. Kaszper, B. Małyż, *Poláci na Těšinsku – studijní materiál*, s. 24 i nast.

<sup>175</sup> Nastąpiły jednak znaczne zmiany w strukturze narodowościowej, liczba Polaków na podstawie spisów ludności w 1910 r. i 1920 r. zmniejszyła się o połowę.

<sup>176</sup> Własne szkolnictwo, bogate życie kulturalne itp.

<sup>177</sup> Ochronę mniejszości gwarantowała część III Umowy. S. Zahradnik, *Polacy na Zaolziu 1920–2000, Poláci na Těšinsku*, s. 23.

<sup>178</sup> W nocy z 29 na 30 września, w wyniku spotkania przedstawicieli 4 mocarstw w Monachium (nie zaproszono przedstawiciela Czechosłowacji – „o nas bez nas”): Chamberlaina (Wielka Brytania), Daladiera (Francja), Mussoliniego (Włochy), Hitlera (Niemcy). Czechosłowacja została zmuszona do rezygnacji na rzecz Niemiec, Węgier oraz Polski z około jednej trzeciej jej terytorium oraz znacznej części produkcji przemysłowej. Żeby nie ryzykować konfliktu zbrojnego, rząd Czechosłowacji (oraz prezydent Beneš) zaakceptował umowę.

1 października, dotyczące wycofania się wojsk i policji czeskiej z terenów Zaolzia. Od następnego dnia całe Zaolzie znalazło się pod władzą Polski<sup>179</sup>.

Dnia 1 września 1939 r. tereny cieszyńskie zostały bezpośrednio przyjęte do Rzeszy Niemieckiej. Celem polityki okupacyjnej nie była fizyczna likwidacja ani przemieszczenie miejscowej ludności, ale jej germanizacja zwłaszcza za pomocą tzw. niemieckiej Volkslisty<sup>180</sup>, motywowane zapotrzebowaniem na wykwalifikowaną siłę roboczą (zmaksymalizowanie potencjału ekonomicznego na cele wojenne). Pomimo częściowo lepszej sytuacji Czechów na Zaolziu Czesi oraz Polacy przynależeli do grup „protegowanych”. Po wojnie osoby „niezgermanizowane” zostałyby przesiedlone lub zlikwidowane<sup>181</sup>. Na szczęście żadne z tych rozwiązań nie zostało zastosowane<sup>182</sup>. Z początkiem maja 1945 r. nastąpiło wyzwolenie Zaolzia spod okupacji hitlerowskiej. Zaraz rozpoczął się kolejny spór polsko-czeski o Zaolzie, który zakończył<sup>183</sup> się przywróceniem granicy sprzed Konferencji w Monachium (na Olzie). Sytuacja polskiej mniejszości na Zaolziu była w pierwszych latach trudna, władze Czechosłowacji sprzeciwiały się próbom przywrócenia przedwojennego aktywnego życia politycznego. Do pewnej poprawy doszło po podpisaniu protokołu dodatkowego<sup>184</sup> Umowy o przyjaźni i wzajemnej pomocy pomiędzy Polską i Czechosłowacją z dnia 10 marca 1947 r. Pozwolono na utworzenie dwóch nowych związków PZKO i Stowarzyszenia Młodzieży Polskiej (SMP), ten ostatni zakończył jednak działalność w 1952 r. Jediną szansą utrzymania tożsamości polskiej na Zaolziu pozostała kultura oraz szkolnictwo z polskim językiem nauczania<sup>185</sup>. Polska mniejszość reprezentowana przez PZKO aktywnie uczestniczyła w demokratyzacji życia w czasie praskiej wiosny w 1968 r. Jednak po rozpoczęciu ery normalizacji<sup>186</sup> polska mniejszość stała się celem

<sup>179</sup> Zaraz po zajęciu Zaolzia Polska podjęła dużo bardziej drastyczne środki wobec ludności czeskiej aniżeli wcześniej Czechosłowacja. Rozpoczął się masowy, niedobrowolny i dobrowolny, *exodus* obywateli narodowości czeskiej i niemieckiej (około 30 tys. osób), rozwiązano wszystkie organizacje czeskie oraz skonfiskowano ich majątek. Całkowicie zlikwidowano szkolnictwo czeskie, a język polski stał się jedynym oficjalnym językiem., R. Kaszper, B. Małysz (red.), *Poláci na Těšinsku...*, s. 39–41.

<sup>180</sup> Lista obywateli niemieckiej narodowości zamieszkujących nowe wschodnie terytoria Rzeszy. Aby zostać zapisanym na listę, trzeba było spełnić kryteria niemieckiego pochodzenia, przynależności rasowej i postawy politycznej. Odmowa wpisu groziła deportacją do obozu koncentracyjnego. Według nazistowskiego systemu prawnego w czasie okupacji na terenie Zaolzia nie mieszkali już Polacy, Czesi, Niemcy ani obywatele innych narodowości, ale mieszkańcy podzieleni według statusu wobec Rzeszy. Na terenie cieszyńskim w całym okresie okupacji obowiązywał stan wyjątkowy.

<sup>181</sup> W grudniu 1921 r. wprowadzono dyskryminacyjne prawo karne dla Polaków i Żydów, które umożliwiło orzekanie kary śmierci w wypadkach „nienawiści lub działalności wskazujących antyniemieckie stanowisko”, R. Kaszper, B. Małysz (red.), *Poláci na Těšinsku*, s. 44–52.

<sup>182</sup> Jednak czas okupacji to ponad 6 tys. ofiar (ok. 3% ludności Zaolzia).

<sup>183</sup> Na polecenie Stalina zawarto w roku 1947 umowę polsko-czechosłowacką.

<sup>184</sup> Regulujący prawa narodowe Polaków w Czechosłowacji oraz Czechów i Słowaków w Polsce.

<sup>185</sup> S. Zahradnik, *Polacy na Zaolziu 1920–2000*, *Poláci na Těšinsku*, s. 24, 25.

<sup>186</sup> Po gwałtownym stłumieniu praskiej wiosny w 1968 r. wojskiem Układu Warszawskiego.

stanowczej antypolskiej propagandy<sup>187</sup>. Ogromne znaczenie w następnych latach w utrzymaniu polskości miał PZKO<sup>188</sup>. Ostatecznie upadek totalitaryzmu komunistycznego w Czechosłowacji dnia 17 listopada 1989 r. oznaczał dla mniejszości polskiej nowe możliwości<sup>189</sup>.

Dobra organizacja polityczna polskiej mniejszości narodowej na Zaolziu pozwoliła na jej przetrwanie mimo wielu historycznych przeciwności (w XX w. siedmiokrotnie Zaolzie zmieniało swoją przynależność państwową). Mniejszość polska na Zaolziu była i pozostaje nadal ważnym bodźcem kształtującym stosunki gospodarcze i polityczne między Polską a Czechami<sup>190</sup>.

## 2. Prawa mniejszości, tradycyjnie i długookresowo żyjących na terytorium RCz

Z powyższego krótkiego opisu historii Zaolzia wyraźnie wynika, że polską mniejszość narodową na terenie cieszyńskim zaliczyć można do „mniejszości, która tradycyjnie i długookresowo żyje na terytorium RCZ”. Zgodnie z ustawą mniejszościową ze statusem tym związane są kolejne prawa dla tej mniejszości.

### 2.1. Prawo do nazw wielojęzycznych i oznaczeń

Pierwszym z powyższych praw jest „prawo do nazw wielojęzycznych i oznaczeń”, które nadaje mniejszościom prawo do tego, by „nazwy gmin, w których żyją, nazwy ich części, ulice, inne powierzchnie publiczne, oznaczenie budynków organów administracji publicznej oraz pomieszczenia publiczne były podane również w języku mniejszości narodowej”. Sposób podawania oraz warunki korzystania z tego prawa określają szczególne przepisy prawne<sup>191</sup> (art. 8 ust. 1 i 2 ustawy mniejszościowej). Przepisy te będą stosowane w gminach, w których według ostatniego spisu ludności zadeklarowało przynależność do danej<sup>192</sup> mniejszości przynajmniej 10% mieszkańców tej gminy, w której złożyli w tej sprawie wniosek<sup>193</sup> za pośrednictwem Komisji do spraw

<sup>187</sup> Zwłaszcza w czechosłowackich sklepach oraz na granicy celnej.

<sup>188</sup> Pod koniec lat 80. PZKO liczył już 24 tys. członków w 94 kołach miejscowych.

<sup>189</sup> S. Zahradnik, *Polacy na Zaolziu 1920–2000, Poláci na Těšinsku*, s. 25, 26.

<sup>190</sup> *Ibidem*, s. 21.

<sup>191</sup> Zwłaszcza ustawa o gminach, č.128/2000 Sb., według art. 29 ust. 1: „Nazwy gmin, jego części, ulic i innych miejsc publicznych są określane zawsze w języku czeskim”. Dla mniejszości ważny jest ust. 2 tego artykułu.

<sup>192</sup> W przeciwieństwie do samego powołania Komisji ds. mniejszości narodowych nie chodzi tutaj o sumę wszystkich mniejszości, ale o liczbę przedstawicieli danej mniejszości. Ustawa nie konkretyzuje, o których mniejszościach jest mowa. Jej zakres jest zatem szerszy od zobowiązań wynikających z Karty RE, w której RCz zobowiązała się tylko do nazw polskich. Úřad vlády ČR, Sekretariát vlády pro národnostní menšiny, *Charta – Co bychom měli vědět?*, Praha 2006, s. 5.

<sup>193</sup> Według art. 84 ust. 2q ustawy o gminach: „W sprawie ustanowienia i nazw części gmin, ulic, i innych miejsc publicznych decyduje przedstawicielstwo gminy”. Jednak biorąc pod uwagę cel art. 29 ust. 2 ustawy, przedstawicielstwo gminy nie może po spełnieniu przez daną mniejszość określonych warunków

mniejszości narodowych (Komisje), a ta zgodzi się na ten wniosek<sup>194</sup> (art. 29 ust. 2 ustawy o gminach). Sposób wykonania tablic, innych oznakowań oraz innych przestrzeni publicznych reguluje ogłoszenie Ministra Spraw Wewnętrznych č. 326/2000 Sb.<sup>195</sup>

RCz zobowiązała się przy ratyfikacji<sup>196</sup> Europejskiej karty języków regionalnych lub mniejszościowych do realizacji 41 punktów części III Karty wobec języka polskiego w województwie morawsko-śląskim (jedyne województwo wykorzystujące w praktyce Kartę, w powiecie Frýdek-Místek i Karviná). Jeden z tych punktów (art. 10 ust. 2g) zobowiązuje RCz do wydania zezwolenia na wsparcie, korzystanie albo przyjęcie tradycyjnych i poprawnych nazw miejscowych w języku polskim, w razie konieczności obok nazwy czeskiej. Decyzje o tym, które nazwy znajdować się będą w definicji, pozostawione zostały przedstawicielstwom władz miejscowych (oraz komisjom). Koszty związane z implementacją Karty pokryte mają być z budżetu państwa<sup>197</sup>, a nie z budżetów poszczególnych gmin<sup>198</sup>. Na podstawie przepisów warunki wprowadzenia dwujęzycznych nazw czesko-polskich spełnia łącznie 31 gmin w województwie morawsko-śląskim. Jednak władze lokalne niechętnie są (przykładem był Třinec<sup>199</sup> i Hnojník) wprowadzaniu standardów europejskich. Stopień dwujęzyczności ustala każda gmina indywidualnie na podstawie polecenia Komisji, poczynając od napisów na budynkach publicznych, w innych miejscach publicznych (np. przystanki autobusowe) lub ulice, do znaków drogowych wskazujących wjazd

---

odmówić transkrypcji nazw na język mniejszości (decyzja sprzeczna z prawem - art. 124 tej ustawy), R. Petráš, H. Petrův, H. Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 256.

<sup>194</sup> Według art. 118 ust 3. ustawy o gminach: „Rezolucje Komisji są ważne, jeżeli zgodziła się bezwzględna większość wszystkich członków”, rezolucje te na podstawie art. 117 ust.1 tej ustawy „są składane przedstawicielom gminy”, *ibidem*, s. 257.

<sup>195</sup> Według art. 3 ogłoszenia č. 326/2000 Sb. z dnia 11 września 2000 r., o oznakowaniu ulic i innych publicznych nazw obszarów, o sposobie korzystania i lokowania numerów określających budynki, o procedurze powiadamiania i przydziału numerów i o dokumentach niezbędnych do otrzymania numeru: „Jeżeli nazwy ulic i obszarów publicznych są również w języku mniejszości narodowej, to nazwy w języku mniejszości narodowej znajdują się na tej samej tabliczce, pod nazwą w języku czeskim”.

<sup>196</sup> Usnesení Poslanecké sněmovny parlamentu ČR k vládnímu návrhu ratifikace Charty z dnia 19 kwietnia 2006 r.

<sup>197</sup> Uchwała rządu RCz z dnia 7 grudnia 2005 r., č. 1574 ustala środki na dotacjedla jednostek samorządu terytorialnego z tytułu wydatków związanych z implementacją Karty w łącznej kwocie 5000 tys. koron czeskich (Kč.). Kwota ta została przekazana do budżetu województwa morawsko-śląskiego, który zarządza płatnościami gmin. Przedstawicielstwo tego województwa 20 grudnia 2007 r. zdecydowało o dotacji inwestycyjnej na pokrycie kosztów dwujęzycznych nazw w 13 gminach w łącznej kwocie 680 227 Kč. Proces wdrażania tych nazw jeszcze się jednak nie zakończył. *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2007*, s. 7 i nast.

<sup>198</sup> Tablice z polskimi nazwami finansowane są zatem z budżetu państwa. Inaczej jest dla nazw w języku czeskim, których koszty na podstawie art. 30 ustawy o gminach ponosi gmina., Úřad vlády ČR, Sekretariát vlády pro národnostní menšiny, *Charta-Co bychom měli vědět?*, Praha 2006, s. 3 i nast.

<sup>199</sup> Najgorsza sytuacja była w Trzyńcu, gdzie w 2008 r. mniejszość polska kilkokrotnie próbowała wprowadzić dwujęzyczne nazwy. W proteście zrezygnował z funkcji członka rady miasta Trzyńca senator I. Petrov. Tablice w języku polskim pojawiły się w Trzyńcu dopiero w 2012 r. Wkrótce zostały jednak zniszczone przez wandalów., *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2007*, s. 97.

i wyjazd z gminy<sup>200</sup>. Ze względu na obowiązki wynikające z Karty ustalono również możliwość dwujęzycznego oznaczenia dworców kolejowych w tych miejscowościach<sup>201</sup> województwa morawsko-śląskiego, gdzie ostatnio dochodziło do modernizacji stacji (dla gmin spełniających kryteria mniejszościowe)<sup>202</sup>. Właściwie, uwzględniając historię Zaolzia, nazwy dwujęzyczne mogą przyczynić się do turystycznego uatrakcyjnienia tego terenu. W tym aspekcie należy wziąć pod uwagę turystów z Polski, ale również turystów czeskich szukających urozmaicenia w zasadniczo narodowościowo jednolitej RCz<sup>203</sup>.

## 2.2. Prawo do używania języka mniejszości narodowej w kontaktach urzędowych i przed sądem

Kolejnym prawem należącym do tej podkategorii praw mniejszości narodowych, które uregulowane zostało w ramach krajowej legislacji<sup>204</sup> oraz w konwencjach RE (Konwencji ramowej o ochronie mniejszości narodowych<sup>205</sup>, jak również Europejskiej karty języków regionalnych lub mniejszościowych<sup>206</sup>), jest prawo do: „używania języka mniejszości narodowej w kontaktach urzędowych i przed sądem”.

<sup>200</sup> Wzór znaków drogowych określony został w art. 1 pkt 19 vyhlášky č. 91/2009 z dnia 31 marca 2009 r.

<sup>201</sup> Umożliwiło to spotkanie z przedstawicielem spółki akcyjnej Kolei Czeskich (České dráhy). Obecnie polsko-czeskie tablice dworcowe znajdziemy np. w Wędryni (Vendryně), Trzyńcu (Třinec) czy Bystrzycy (Bystřice).

<sup>202</sup> *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2007*, s. 4 i nast. oraz *za rok 2008* s. 9 i nast.

<sup>203</sup> Úřad vlády ČR, Sekretariát vlády pro národnostní menšiny, *Charta-Co bychom měli vědět?*, s. 6.

<sup>204</sup> W szczególności kwestie te reguluje Karta Praw Podstawowych i Wolności RCz w art. 25 ust. 2b, który zapewnia: „obywatelom należącym do mniejszości narodowych i etnicznych na zasadach określonych w ustawie prawo do używania własnego języka w kontaktach urzędowych”. Wspomnianą ustawą jest ustawa mniejszościowa, a konkretnie jej art. 9: „Członkowie mniejszości narodowej, którzy tradycyjnie i długookresowo żyją na terytorium Republiki Czeskiej, mają prawo do używania języka mniejszości narodowej w kontaktach urzędowych oraz w sądach. Warunki do korzystania z tego prawa regulują szczególne przepisy prawne”.

<sup>205</sup> W szczególności zakres tego prawa precyzuje art. 10 Konwencji ramowej. Ust. 1 tego artykułu zobowiązuje państwa–strony do uznania, że „każda osoba należąca do mniejszości narodowej ma prawo do swobodnego używania, bez jakiegokolwiek ingerencji, jego/jej języka mniejszości, zarówno prywatnie, jak i publicznie, ustnie oraz pisemnie”. Ust. 2 tego artykułu wspomina mniejszości tradycyjnie zamieszkałe na danym obszarze: „Na obszarach zamieszkałych tradycyjnie lub w znaczącej liczbie przez osoby należące do mniejszości narodowej, o ile osoby te tego sobie zażyczą, i tam, gdzie takie życzenie odpowiada rzeczywistym potrzebom, Strony będą starać się zapewnić, na tyle, na ile to możliwe, warunki, które umożliwią używanie języka mniejszości w stosunkach pomiędzy tymi osobami a organami administracyjnymi”. Prawa językowe przed sądem ustala ust. 3 tego art.: „Strony zobowiązują się zagwarantować prawo każdej osoby należącej do mniejszości narodowej do niezwłocznego poinformowania, w języku dla niego/niej zrozumiałym, o przyczynach jego/jej zatrzymania i o wszystkich oskarżeniach wysuniętych przeciwko niemu/niej oraz do obrony przez niego samego/nią samą w tym języku, także, jeśli to konieczne, przy bezpłatnej pomocy tłumacza”.

<sup>206</sup> RCz w zakresie ochrony praw językowych przed sądami w odniesieniu do okresów województwa morawsko-śląskiego ze znaczną liczbą przedstawicieli polskiej mniejszości narodowej zobowiązała się do realizacji paru punktów art. 9 (Władze sądowe) Karty, a konkretnie: ust. 1a)ii, a)iii, a)iv; b)ii, b)iii; c)ii, c)iii; d); ust. 2a); (łącznie 9 punktów).

Posługiwanie się językiem mniejszości (również polskim) przed sądami określone jest odrębnymi regulacjami, z których najważniejsze są art. 18<sup>207</sup> Kodeksu postępowania cywilnego<sup>208</sup>, art. 2<sup>209</sup> Kodeksu postępowania karnego<sup>210</sup> oraz art. 33<sup>211</sup> ustawy o Trybunale Konstytucyjnym<sup>212</sup>. W ustawach tych jest mowa nie tylko o językach mniejszości narodowych, ale również o umożliwieniu korzystania<sup>213</sup> z języka macierzystego w tych postępowaniach. Koszty związane z tłumaczeniem określone według art. 17 i nast. zarządzenia ministerstwa sprawiedliwości č. 37/1967 Sb.<sup>214</sup> ponosi organ państwowy.

Odmienne unormowana jest kwestia używania języka polskiego w kontaktach urzędowych, czyli z organami władzy publicznej, które w rzeczywistości realizują resztę praw mniejszości narodowych. Podstawową ustawową<sup>215</sup> regulacją zasady wykonywania władzy publicznej, do której należy również kwestia języka stosowanego w prowadzeniu postępowania administracyjnego jest kodeks postępowania administracyjnego (k.p.a.)<sup>216</sup>. Na podstawie art. 16 ust. 4 ustawy prawo do składania wniosków i działania<sup>217</sup> w języku mniejszości przed organami administracyjnymi ma wyłącznie obywatel

---

W zakresie ochrony praw językowych mniejszości w kontaktach urzędowych RCz zobowiązała się do zapewnienia realizacji 7 punktów wobec polskiej mniejszości w powiecie Frýdek–Místek i Karviná – art. 10 (władze administracyjne i służby publiczne) Karty: ust. 1a) iv; ust. 2b); e); f); g); ust. 4a); ust. 5.

<sup>207</sup> Zapewniający równość w postępowaniu cywilnym oraz możliwość korzystania przed sądem z języka macierzystego (dla osób mających inny niż czeski język macierzysty sąd wyznacza tłumacza, jeżeli jest potrzebny w postępowaniu).

<sup>208</sup> Občanský soudní řád, č. 99/1963 Sb. z dnia 4 grudnia 1963 r.

<sup>209</sup> Punkt 14 mówi, że „organy działające w postępowaniu karnym sporządzają swoje decyzje w języku czeskim, ale osoby, które twierdzą, że nie znają języka czeskiego, mogą posługiwać się przed tymi organami językiem macierzystym”.

<sup>210</sup> Zákon č. 141/1961 Sb. o trestním řízení soudním (trestní řád) z dnia 9 grudnia 1961 r.

<sup>211</sup> Ust. 1: „W postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym używa się języka czeskiego. Osoby fizyczne mogą na rozprawie albo innym osobistym spotkaniu używać swojego języka macierzystego”.

<sup>212</sup> Zákon č. 182/1993 Sb. o Ústavním soudu, z dnia 26 czerwca 1993 r.

<sup>213</sup> Przez tłumacza tłumaczone są treści dokumentów, zeznania, inne czynności procesowe oraz decyzje – art. 28. Kodeksu postępowania karnego.

<sup>214</sup> Vyhlaška k provedení zákona o znalcích a tlumočnicích, ve znění pozdějších předpisů, z dnia 17 kwietnia 1967 r.

<sup>215</sup> Tę kwestię regulują również np. art. 46a ustawy č. 202/1990 Sb. o loteriach i innych podobnych grach z 17 maja 1990 r. albo art. 135 ust. 2 ustawy č. 127/2005 Sb. o komunikacji elektronicznej z 22 lutego 2005 r. i inne.

<sup>216</sup> Zákon č. 500/2004 Sb. správní řád, z dnia 24 czerwca 2004 r.

<sup>217</sup> Prawa językowe mniejszości obowiązują nie tylko przy występowaniu, przedstawianiu stanowisk i działalności *ex officio*, ale również przy działaniach organów o mniejszym zakresie zobowiązania (czyli takich które nie zmieniają, nie nadają ani nie zabierają żadnych praw) – art. 154 kpa. Następnie art. 16 stosowany jest w umowach w sprawie zamówień publicznych (art. 164 ust. 4) „W przypadku, gdy organowi publicznemu potrzebne jest tłumaczenie umowy (z języka mniejszości narodowej) w sprawie zamówień publicznych odnoszącej się do spraw tej mniejszości, koszty tłumaczenia ponosi organ administracyjny, jeżeli mniejszość spełnia warunki art. 16 ust. 4 (jest mniejszością, która tradycyjnie i długookresowo żyje na terytorium RCz)”. Z art. 16 ust. 4 wykorzystywany jest również *mutatis mutandis* w części 6 k.p.a.



RCz należący do mniejszości<sup>218</sup>, która „tradycyjnie i długookresowo żyje na terytorium RCz”. Biorąc pod uwagę zobowiązania RCz wynikające z ratyfikacji Karty RE, należy uznać, że za te mniejszości uznajemy przynajmniej mniejszość słowacką oraz mniejszość polską na terenie województwa morawsko-śląskiego. Artykuł 16 dalej określa, że „jeżeli organ administracyjny nie może posługiwać się danym językiem, obywatel<sup>219</sup> wybiera tłumacza zarejestrowanego na liście tłumaczy. Koszty związane z tłumaczeniem ponosi organ administracyjny”<sup>220</sup>.

W odróżnieniu od praw określonych w art. 16 (które są indywidualne i subiektywne), art. 25 ust. 4 ustawy odnosi się do praw polskiej mniejszości związanych bezpośrednio z aktami administracyjnymi. Prawo to wiąże się z obowiązkiem organu administracyjnego publicznego (jeżeli na terenie jego działalności istnieje Komisja do spraw mniejszości narodowych lub inne podobne organy<sup>221</sup>) do publikacji w języku polskim ogłoszeń publicznych w sprawach związanych z mniejszością. Obowiązek tłumaczeń ogłoszeń na język polski determinuje istnienie na danym obszarze Komisji (dla polskiej mniejszości), a nie tradycyjne i długookresowe zamieszkiwanie<sup>222</sup>.

### 2.3. Prawo do używania języka mniejszości narodowych w sprawach wyborczych

Kolejnym prawem mniejszości narodowej, która „tradycyjnie i długookresowo żyje na terytorium RCz”, „przy spełnieniu warunków określonych w szczególnych przepisach prawnych<sup>223</sup>, jest prawo do opublikowania ogłoszenia o terminie i miejscu odbywania się wyborów<sup>224</sup> oraz innych informacji dotyczących wyborów w języku mniejszości

<sup>218</sup> Biorąc pod uwagę art. 3 ust. 2 Karty Praw Podstawowych i Wolności (prawo decydowania o narodowości), brak jest instrumentów prawnych, które umożliwiłyby organowi publicznemu weryfikację, czy dana osoba jest członkiem danej mniejszości narodowej.

<sup>219</sup> Inaczej jest w postępowaniu przeciwko obywatelowi – według art. 37 ust. 4 Karty Praw Podstawowych i Wolności – w tej sytuacji na swój koszt musi powołać tłumacza organ administracyjny.

<sup>220</sup> R. Petráš, H. Petrův, H. Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 243–251.

<sup>221</sup> Czyli również w miejscach działalności koordynatora ds. Romów – art. 67 ust. 1f ustawy o województwach.

<sup>222</sup> R. Petráš, H. Petrův, H.Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 249–251.

<sup>223</sup> Art. 15 ust. 4 ustawy z dnia 27 września 1995 r. č. 247/1995 Sb. o wyborach do Parlamentu RCz oraz o zmianie innych ustaw, art. 34 ust. 3 ustawy z dnia 18 lipca 2012 r. č. 275/2012 Sb., o wyborze Prezydenta i o zmianie niektórych ustaw, art. 27 ust. 3 ustawy z dnia 12 kwietnia 2000 r. č. 130/2000 Sb. o wyborach do przedstawicielstw województw i o zmianie niektórych ustaw, art. 29 ust. 3 ustawy z dnia 6 grudnia 2001 r. č. 491/2001 Sb. o wyborach do przedstawicielstw gmin i o zmianie niektórych ustaw, art. 31 ust. 3 ustawy z dnia 11 grudnia 2003 r. č. 22/2004 Sb. o miejscowym referendum i o zmianie niektórych ustaw.

<sup>224</sup> Pomimo braku takiego obowiązku w prawie wyborczym, minister spraw wewnętrznych wysyła przed każdymi wyborami informacje o sposobach głosowania w języku mniejszości narodowych wszystkim gminom, w których występuje przynajmniej 10% obywateli o narodowości innej niż czeska. *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2011*, s. 23.

narodowej”<sup>225</sup>. Wszystkie te przepisy prawne regulują zasady informowania wyborców w podobny sposób<sup>226</sup>, jednak kryteria publikowania informacji wyborczych w języku mniejszości narodowych różnią się w poszczególnych ustawach wyborczych. Kryteriami tymi są: przynajmniej 10% społeczności terenu wyborczego przynajmniej się według ostatniego spisu ludności do danego obywatelstwa innego niż czeskie (wybory prezydenta RCz), istnienie komisji do spraw danej mniejszości (wybory do przedstawicielstw gmin, wybory do parlamentu RCz, do przedstawicielstw województwa<sup>227</sup>) albo połączenie tych dwóch kryteriów (referendum miejscowe). Przepisy te idą dalej niż art. 10 ustawy mniejszościowej, ponieważ mowa jest w nich ogólnie o mniejszościach narodowych<sup>228</sup>.

#### 2.4. Prawo do edukacji w języku mniejszości narodowej

Prawo zapewniające zachowanie tożsamości polskiej mniejszości na Zaolziu określone jest w art. 11 ustawy mniejszościowej. Artykuł ten przewiduje prawo do „wychowywania i kształcenia się w swoim (polskim) języku ojczystym w szkołach, przedszkolach oraz placówkach szkolnych”. Centralnym organem zajmującym się szkolnictwem na różnych poziomach (od przedszkolnego do szkół wyższych) jest Ministerstwo ds. Edukacji, Młodzieży i Sportu<sup>229</sup>. Podstawowym aktem prawnym regulującym kwestie szkolnictwa, warunków realizacji nauki, właściwych organów instytucji rządowych i samorządowych związanych ze szkolnictwem oraz praw i obowiązków poszczególnych osób fizycznych i prawnych jest ustawa o edukacji<sup>230</sup>. Chociaż ustawa ta w art. 13 wyraźnie określa, że językiem nauczania jest język czeski, ustala jednak pewne wyjątki korzystne dla mniejszości narodowych (zwłaszcza prawo dostępu do edukacji w języku mniejszości). Uszczegółowione zostały one w następnym artykule ustawy: „Dla członków mniejszości narodowej w gminach, w których działa Komisja d/s mniejszości, edukację (przedszkolną, podstawową, średnią – liceum) w języku mniejszości zapewnia gmina<sup>231</sup>,

<sup>225</sup> Art. 10 ustawy mniejszościowej.

<sup>226</sup> „Organ samorządu terytorialnego ogłasza w zwykły sposób, najpóźniej 15 dni przed dniem wyborów informację o terminie i miejscu wyborów na danym terytorium [...], również powiadamia o obowiązku udowodnienia podczas wyborów tożsamości i obywatelstwa czeskiego wyborców”, np. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy o wyborach do przedstawicielstw gmin.

<sup>227</sup> Komisja ds. mniejszości w województwach powstaje, jeżeli zamieszkuje ją (według ostatniego spisu ludności) przynajmniej 5% obywateli o narodowości innej niż czeska, art. 78 ust. 2 ustawy o województwach.

<sup>228</sup> R. Petráš, H. Petrův, H. Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 251–254.

<sup>229</sup> Art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 stycznia 1969 r., č. 2/1969 Sb o utworzeniu ministerstw i innych centralnych organów administracji państwowej.

<sup>230</sup> Zákon č. 561/2004 o předškolním, základním, středním, vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon) z dnia 24 września 2004 r.

<sup>231</sup> Jednostkami samorządu terytorialnego właściwymi w sprawach edukacji są według art. 177 ust. 1 ustawy o edukacji gmina i powiat. Obowiązki gmin w zakresie zapewnienia warunków obowiązkowej edukacji określają art. 178 – 180 tej ustawy. W art. 179 ust 1b obowiązek tworzenia i znoszenia przedszkoli oraz szkół podstawowych z językiem nauczania mniejszości ma gmina lub związek gmin. Zwłaszcza w małych

powiat<sup>232</sup> albo ministerstwo<sup>233</sup>. Aby możliwa<sup>234</sup> była jednak edukacja w języku mniejszości narodowej w tych gminach, muszą zostać spełnione specjalne warunki. Są nimi: minimalna liczba dzieci/uczniów należących do danej mniejszości narodowej zgłoszonych do edukacji w języku mniejszości. Liczby te różnią się w zależności od szczebla edukacji oraz od tego, czy w danej szkole tworzona jest klasa mniejszościowa czy cała placówka edukacyjna<sup>235</sup>. Pewną wolność w decydowaniu o organizacji edukacji w języku mniejszości nadaje gminom, powiatom oraz ministerstwu ust. 4 art. 14<sup>236</sup>. Istnieje również możliwość edukacji dwujęzycznej<sup>237</sup>. Zawsze dwujęzyczne są świadectwa, zaświadczenia i dyplomy dotyczące zakończenia edukacji dwujęzycznej<sup>238</sup> w placówkach edukacyjnych o języku nauczania mniejszości narodowej (art. 14 ust. 6)<sup>239</sup>.

Obecny stan prawny uznać należy za zgodny ze zobowiązaniami RCz wobec polskiej mniejszości narodowej na Zaolziu wynikającymi z Karty Praw Podstawowych i Wolności<sup>240</sup> oraz z Europejskiej karty języków regionalnych lub mniejszościowych<sup>241</sup>.

---

gminach może jednak pojawić się problem finansowania konkretnych placówek edukacyjnych, w takich sytuacjach ustawa daje powiatowi możliwość przejęcia tego obowiązku (art. 181 ust. 2a).

<sup>232</sup> Działalność powiatu w zakresie edukacji określona jest w art. 181–182 ustawy o edukacji. Według art. 181 ust. 1g „Powiat ma obowiązek zapewnienia warunków dostępu do średniego i wyższego szkolnictwa zawodowego, edukacji dzieci, uczniów i studentów niepełnosprawnych [...]. W tym celu powiat tworzy i znosi np. szkoły średnie z językiem nauczania mniejszości narodowej”.

<sup>233</sup> Z powodu braku prawnej możliwości obrony przed bezprawnym brakiem działania (kiedy prawo nakazuje ustanowienie danej placówki edukacyjnej) – ze strony jednostki samorządu terytorialnego w art. 169 ust. 3a ustawy nadane zostało ministerstwu prawo do tworzenia i likwidacji (jeżeli nie zostały stworzone przez gminy czy powiaty) „przedszkoli, szkół podstawowych oraz średnich z językiem nauczania mniejszości narodowej”, Art. 14 ust. 1 ustawy o edukacji.

<sup>234</sup> Chociaż w art. 14 ust. 2 i 3 mowa jest o „możliwości” powstania klas i szkół, na podstawie jednak ust. 1 tego artykułu oraz tekstu dodanego do projektu ustawy o edukacji, „możliwość” ta ma być rozumiana jako obowiązek.

<sup>235</sup> Klasa, w której prowadzona jest edukacja w języku danej mniejszości, powinna liczyć przynajmniej: w przedszkolu – 8 dzieci, w szkole podstawowej – 10 uczniów, w szkole średniej – 12 uczniów. Dla powstania całej placówki edukacyjnej z językiem nauczania mniejszości narodowej jest potrzebna przynajmniej liczba: średnio 12 dzieci/uczniów danej mniejszości w klasach przedszkola oraz szkoły podstawowej oraz średnio 15 uczniów danej mniejszości narodowej w szkole średniej – art. 14 ust. 2 i 3 ustawy o edukacji.

<sup>236</sup> Kryterium w tym wypadku jest dostępność edukacji. Możliwa jest jednak umowa związku gmin, poszczególnych gmin albo gminy z powiatem o zabezpieczeniu edukacji w języku mniejszości (zwłaszcza w kwestiach finansowych).

<sup>237</sup> Jeżeli nie zostały spełnione warunki liczbowe, może je powołać tylko dyrektor szkoły za zgodą założyciela, Art. 14 ust. 5 ustawy o edukacji

<sup>238</sup> Uczniowie kończący naukę w szkole średniej z polskim językiem nauczania, mają możliwość w nowym modelu matur od roku szkolnego 2010/2011 (w poprzednim modelu matur również istniała taka możliwość) przystąpienia do matury w języku polskim (wyjątkiem jest matura z języka czeskiego i literatury). *Zpráva o situaci národnostních menšin v České republice za rok 2011*, s. 24.

<sup>239</sup> R. Petráš, H. Petrův, H. Ch. Scheu, *Menšiny a právo v České republice*, s. 263–266.

<sup>240</sup> Art. 25 ust.2a: „Obywatelom należącym do mniejszości narodowych i etnicznych zapewnia się także, na zasadach określonych w ustawie, prawo do pobierania nauki w ich języku”.

<sup>241</sup> RCz zobowiązała się do spełnienia 10 punktów art. 8 ( Oświata) części III Karty: ust. 1a) i/ii; b) i/ii; c) i/ii; d) ii; e) iii; f) iii; g); h); i); ust. 2.

Polska mniejszość narodowa na Zaolziu jest obecnie jedyną mniejszością, która w pełnym zakresie korzysta z prawa do edukacji w jej języku<sup>242</sup>. Wszystkie polskie przedszkola, szkoły podstawowe oraz średnie znajdujące się na terenie powiatów Frýdek-Místek i Karviná są wpisane do rejestru szkół. Ich zadaniem jest edukacja czeskich obywateli o polskiej narodowości zgodnie z programami edukacyjnymi w języku polskim i z dodaniem niektórych przedmiotów (według zalecenia ministerstwa – Ramowego programu nauczania dla szkół z polskim językiem nauczania)<sup>243</sup>. Centrum Pedagogiczne dla Polskiego Szkolnictwa Narodowościowego (PC ČT)<sup>244</sup> w Czeskim Cieszynie zajmuje się zaspokojeniem potrzeb tych szkół w zakresie edukacji. PC ČT, ze względu na jego bogate doświadczenie w transgranicznej edukacji, zostało zaproszone do zespołu tworzącego pierwszy Euroinstytut w środkowo-wschodniej Europie – Euroinstytut PL-CZ-SK<sup>245</sup> oraz realizowało w latach 2009-2012 projekt Central European Universities for the Modern European Dimension of History Teaching<sup>246</sup>.

Według danych Instytutu Informacji Edukacji<sup>247</sup> w województwie morawsko-śląskim zapewniana jest edukacja w czterech dwujęzycznych (polsko-czeskich) przedszkolach oraz w dwóch dwujęzycznych szkołach średnich (razem 100 uczniów). Znacznie więcej jest placówek edukacyjnych z polskim językiem nauczania, których jest łącznie 42 (20 przedszkoli, 21 szkół podstawowych i 1 średnia szkoła – Gimnazjum z Polskim Językiem nauczania w Czeskim Cieszynie). W szkołach tych pobiera naukę blisko 3 tys.

<sup>242</sup> Dla innych mniejszości istnieją placówki edukacyjne dwujęzyczne (czesko-niemieckie, hiszpańskie, francuskie, włoskie, angielskie).

<sup>243</sup> *Druhá periodická zpráva o plnění závazků vyplývajících z Evropské Charty regionálních či menšinových jazyků v České republice*, z dnia 25 lutego 2008 r., usnesení č. 172, s. 22.

<sup>244</sup> CP ČT jest instytucją doskonalenia zawodowego, aktywnej współpracy europejskiej oraz kształcenia ustawicznego. Została powołana dnia 1 stycznia 1995 r. i bezpośrednio podlega Ministerstwu ds. Edukacji, Młodzieży i Sportu. Głównymi zadaniami tej instytucji są: „doskonalenie zawodowe pracowników pedagogicznych (z aktywną współpracą z instytucjami z Polski i RCz – orientacja nauczycieli w nauczaniu najnowszych trendów, pokaz przykładowych zajęć, międzynarodowe spotkania metodyczne), pomoc metodyczna i dydaktyczna placówkom oświatowym z polskim językiem nauczania (np. zaspokojanie potrzeb szkół, tworzenie oraz tłumaczenie materiałów dydaktycznych...), wydawanie pomocy metodycznych (magazyn „Jutrzenka” – istniejący już 100 lat, „Ogniwo” – 67 lat, drukowanie polskich świątecznych...), konkursy i olimpiady dla dzieci i młodzieży (Klokán, Pikomat, Mistrz Ortografii, Wielkie Dyktando, Fox, konkursy wokalne itp., w 2011 r. w konkursach tych wzięło udział 1527 uczniów), kształcenie ustawiczne (również kursy dla nauczycieli pracujących na podstawie umowy na zastępstwo, którzy osiągnęli już wiek emerytalny), czesko-polska współpraca transgraniczna, współpraca europejska (w tym obszarze najważniejsze są projekty Barevné stezky Euroregionu – edukacja regionalna, An Interactive Triangle – NAEP, subprogram GRUNDTVIG i kolejne), biblioteka pedagogiczna”, *ibidem*, s. 21–28, strona internetowa CP ČT, Práva o situaci [...] za rok 2011, s. 26–30.

<sup>245</sup> Wzorowany na granicy niemiecko-francuskiej. Instytut zajmuje się działalnością w granicach edukacji, konsultowaniem, publikacją i działaniami badawczymi.

<sup>246</sup> Projekt ten był realizowany w ramach „Programu wspierającego edukację w językach mniejszości narodowych i multikulturowości” za rok 2011, *Zpráva o situaci [...] za rok 2011*, s. 29 i 30.

<sup>247</sup> Ústav pro informace ve vzdělávání, informace na dzień 30 września 2011 r. <http://sberdat.uiv.cz/rozcestnik/>.

uczniów. Zmiany liczby uczniów odzwierciedlają obecną tendencję demograficzną, zgodnie z którą zmniejsza się liczba uczniów w szkołach podstawowych i średnich oraz wzrasta liczba dzieci w przedszkolach<sup>248</sup>.

Zgodnie z art. 6 ust. 1c, d ustawy o szkołach wyższych<sup>249</sup> uczelnia posiada autonomię w tworzeniu i wdrażaniu programów nauczania oraz w organizacji studiów, gdy zadania te nie znajdują się w zakresie kompetencji ministerstwa w kwestiach uczelni wyższych określonych art. 87 tej ustawy. Uczelnie realizują jednak niektóre programy<sup>250</sup> w językach mniejszości narodowych (czasami w zamian za dodatkowe opłaty związane ze wzrostem kosztów)<sup>251</sup>. Kwestie uznawania dokumentów bez poprzedniej weryfikacji, tytułów akademickich itp., wydawanych w RCz oraz w Polsce, reguluje podpisana 16 stycznia 2006 r. umowa o wzajemnym uznawaniu okresów studiów oraz równoważności dokumentów o wykształceniu i nadaniu stopni i tytułów<sup>252</sup> uzyskanych w Rzeczypospolitej Polskiej i RCz<sup>253</sup>.

## 2.5. Prawo do rozpowszechniania oraz przyjmowania informacji w języku mniejszości narodowych

Art. 13 ust. 1 ustawy mniejszościowej gwarantuje wszystkim członkom mniejszości prawo „do rozpowszechniania oraz przyjmowania informacji w języku mniejszości narodowych”. Z prawa tego członkowie mniejszości korzystają bez dodatkowych ograniczeń<sup>254</sup>, jak wynika z ustaw regulujących publikacje prasy periodycznej<sup>255</sup> oraz nieperiodycznej<sup>256</sup>. Dziesiątki tych wydawnictw jest publikowanych przez organizacje mniejszości narodowych w językach mniejszości. Zwłaszcza wydawnictwo periodyczne jest

<sup>248</sup> *Polské národní školství, Národnostní menšiny v Moravskoslezském kraji*, Krajský úřad <http://verejna-sprava.kr-moravskoslezsky.cz/cz/polske-narodnostni-skolstvi-9665/>.

<sup>249</sup> Zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách) z dnia 22 kwietnia 1998 r.

<sup>250</sup> Istnieje 6 programów z polskim językiem nauczania na uniwersytetach w Brnie, Ostrawie, Ołomuńcu i Pradze.

<sup>251</sup> *Druhá periodická zpráva*, s. 25 i 26.

<sup>252</sup> Np. art. 4 umowy: *bakalář, bakalář umění = licencjat, inženýr*, art. 5: *magister = magister* art. 7: *doktor věd, docent = doktor habilitowany, doktor habilitowany sztuki* itp.

<sup>253</sup> *Zpráva o situaci [...] za rok 2011*, s. 30.

<sup>254</sup> „Korzystanie ze swobód prasowych, ze względu na to, że wiąże się to z dodatkowymi obowiązkami i odpowiedzialnością, może być poddane takim wymogom prawnym oraz ograniczeniom lub karom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w demokratycznym społeczeństwie w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego lub w interesie zapobiegania przestępstwom lub naruszeniom porządku publicznego, ochrony zdrowia lub moralności, ochrony dobrego imienia lub praw innych osób, zapobieżenia ujawnieniu informacji poufnych lub dla zagwarantowania powagi i bezstronności władzy sądowej”. Art. 11 ust. 2 Karty.

<sup>255</sup> Zákon č. 46/2000 Sb. o právech a povinnostech při vydávání periodického tisku a o změně některých dalších zákonů (tiskový zákon) z dnia 22 lutego 2000 r. Ustawa ta reguluje według jej art. 1, niezależnie od języka publikacji i narodowości wydawcy „prawa i obowiązki wydawców i innych osób fizycznych i prawnych w związku z wydawaniem prasy periodycznej”.

<sup>256</sup> Zákon č. 37/1995 Sb. o neperiodických publikacích z dnia 13 marca 1995 r.

jednym z priorytetów działalności wszystkich mniejszości<sup>257</sup>. Jednak prawo do wsparcia finansowego wydawnictw (oraz audycji radiowych i telewizyjnych<sup>258</sup> w ich języku), w formie dotacji z budżetu państwa mają tylko mniejszości, które tradycyjnie i długookresowo żyją na terytorium RCz (art. 13 ust. 2 ustawy mniejszościowej). W praktyce realizowane są dotacje dla emisji radiowych i telewizyjnych w ich językach oraz dla prasy periodycznej (w 2011 r. Ministerstwo Kultury wsparło 29 projektów<sup>259</sup>), jeżeli ich celem nie jest osiągnięcie zysku. Media są ważnym czynnikiem wzmacniającym tożsamość narodową oraz zmniejszają przekonanie o asymilacji mniejszości i ograniczeniu korzystania z ich języka<sup>260</sup>.

RCz przy ratyfikacji Europejskiej karty języków regionalnych lub mniejszościowych (Karty) zobowiązała się do realizacji wobec polskiej mniejszości na Zaolziu 6 punktów<sup>261</sup> art. 11 (Media). Punkty te zobowiązują m.in. do zagwarantowania nadawania w radiu i telewizji programów w języku polskim, wsparcia wydawnictw, odbioru audycji radiowych i telewizyjnych programów z Polski<sup>262</sup>.

Artykuł 31 ust. 4 ustawy o radiofonii i telewizji nakłada na nadawcę obowiązek „przygotowania struktury programu w ten sposób, aby w programie znajdowała się zrównoważona oferta dla wszystkich obywateli ze względu na ich wiek, płeć [...],

<sup>257</sup> *Zpráva o situaci [...] za rok 2001*, s. 16

<sup>258</sup> Te zagadnienia regulowane są w ustawie o radiofonii i telewizji i o zmianie innych ustaw (Zákon o provozování rozhlasového a televizního vysílání a o změně dalších zákonů) č. 231/2001 Sb. z dnia 17 maja 2001 r., oraz w ustawie o Czeskiej Telewizji (Zákon o České televizi) č. 483/1991 Sb. z dnia 29 listopada 1991 r. oraz ustawie o Radiu Czeskim (Zákon o Českém rozhlasu) č. 484/1991 Sb. z dnia 29 listopada 1991 r.

<sup>259</sup> Na podstawie rozporządzenia regulującego kwestie dotacji na działalność mniejszości narodowych č. 38/2007 Sb. (Nařízení vlády, kterým se mění nařízení vlády č. 98/2002 Sb., kterým se stanoví podmínky a způsob poskytování dotací ze státního rozpočtu na aktivity příslušníků národnostních menšin a na podporu integrace příslušníků romské komunity) z dnia 21 lutego 2007 r., art. 16 tego rozporządzenia określa, że Ministerstwo Kultury przyznaje dotacje w zakresie stworzenia warunków rozszerzania i odbierania informacji w języku mniejszości narodowych, w tym zakresie jest reprezentowane przez wydział mediów i sektor audiowizualny. W ostatnich latach wysokość łącznej kwoty dotacji na te programy zmniejsza się pomimo wzrastającej liczby ich projektów. W roku 2012 kwota łącznej dotacji na zgłoszonych 36 projektów wynosiła 21 929 tys. Kč.

<sup>260</sup> *Zpráva o situaci [...] za rok 2011*, s. 42,43 oraz Druhá periodická zpráva, s. 36–38.

<sup>261</sup> Ust. 1: „Władze publiczne w zakresie jej właściwości oraz z poszanowaniem zasady niezależności i autonomii mediów zobowiązują się do: a) iii – wydania odpowiednich przepisów zobowiązujących stacje nadawcze do oferowania programów w językach regionalnych lub mniejszościowych; b) ii – zachęcania lub ułatwienia regularnego nadawania programów radiowych w językach regionalnych lub mniejszościowych; c) ii – zachęcania lub ułatwienia regularnego nadawania programów telewizyjnych w językach regionalnych lub mniejszościowych; d) – zachęcania lub ułatwienia produkcji i dystrybucji materiałów audiowizualnych w językach regionalnych lub mniejszościowych; e) i – zachęcania lub ułatwienia utworzenia i utrzymania przynajmniej jednej gazety w językach regionalnych lub mniejszościowych; oraz ust. 2, w którym mowa o swobodzie odbioru programów z sąsiednich krajów, retransmisji programów oraz o swobodzie wypowiedzi i swobodzie przepływu informacji”.

<sup>262</sup> W RCz system radiofonii i telewizji działa zgodnie ze standardami RE oraz według wymogów UE. *Druhá periodická zpráva...*, s. 39.

narodowość, pochodzenie etniczne czy społeczne, przynależność do mniejszości narodowej”. Wkład programu do rozwoju kultury mniejszości narodowych ważny jest też w procesie uzyskania licencji<sup>263</sup>. Podobnie te kwestie regulują ustawy č. 484/1991Sb oraz č. 484/1991Sb. Dodatkowo Ministerstwo Kultury wspiera, na podstawie przedstawionych projektów, programy radiowe i telewizyjne w języku polskim<sup>264</sup>. Czeska telewizja od 2010 r. nadaje program „Wiadomości” w języku polskim, w którym informuje o najważniejszych wydarzeniach z mieszanego narodowościowo polsko-czeskiego obszaru przygranicznego<sup>265</sup>. Studio telewizyjne Ostrawy we współpracy z TVP Wrocław zrealizowały wspólny czesko-polski projekt telewizji czeskiej (program *Hranice dokořán – Rozmówki polsko-czeskie*<sup>266</sup>), który został sfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego<sup>267</sup>. Radiofonią w polskim języku zajmuje się Český rozhlas w Ostrawie<sup>268</sup>.

Dzięki dotacjom państwowym na ogólnokrajową prasę publikowane są obecnie 3 wydawnictwa<sup>269</sup> w języku polskim. Są nimi: gazeta wydawana przez Kongres Polaków w RCz „Głos Ludu”<sup>270</sup>, wydawana przez stowarzyszenie obywatelskie Silesia „Nasza Gazetka”<sup>271</sup>, wydawany przez PZKO miesięcznik kulturalny „Zwrot”<sup>272</sup>. Wydawane są również dwa miesięczniki dla młodzieży polskiej „Jutrzenka” oraz „Ogniwo”<sup>273</sup>.

<sup>263</sup> Art. 17 ust. 1g i ust. 2d ustawy o radiofonii i telewizji, obowiązek zapobiegania aktom podżegania do nienawiści wobec mniejszości w programach określony jest w art. 32 ust. 1c tej ustawy.

<sup>264</sup> *Druhá periodická zpráva...*, s. 36, 37.

<sup>265</sup> Program finansowo wspierany przez Ministerstwo Kultury. Wiadomości te nadawane są w języku polskim z czeskimi napisami. Premierowa audycja została nadana jako część piątkowego programu ČT1 o godz. 18.00 „Wiadomości z regionów”. Program ten ma zasięg regionalny, obejmuje powiaty morawsko-śląski i ołomuński. Strona int. ČT1: <http://www.ceskatelevize.cz/porady/10000000043-wiadomosci-w-jezyku-polskim/>.

<sup>266</sup> Cykl 78 części – zajmował się współpracą kulturalną i gospodarczą transgraniczną oraz codziennym życiem mieszkańców na tym terenie. Nadawany w niedziele do marca 2013 r. w stacji ČT 24 oraz TVP Wrocław (w Polsce również w studiach w Opolu i Krakowie).

<sup>267</sup> W ramach dotacji Programu operacyjnego współpracy transgranicznej RCz– Polska 2007– 2013 r., *Zpráva o situaci [...] za rok 2011*, s. 42.

<sup>268</sup> 15-minutowe aktualności i wiadomości w języku polskim nadawane są od poniedziałku do piątku po wiadomościach o godz. 19.00. W soboty pojawia się o godz. 17.30 „polska półgodzinka”. Strona internetowa stacji Ostrava: [http://www.rozhlas.cz/ostrava/neprehlednete/\\_zprava/kwadrans-polskich-aktualnoci--814784](http://www.rozhlas.cz/ostrava/neprehlednete/_zprava/kwadrans-polskich-aktualnoci--814784).

<sup>269</sup> Do 2005 r. również istniał miesięcznik „Kurier Praski”, skierowany do społeczności polskiej w Pradze, podejmujący problematykę polskiej mniejszości w RCz. *Zpráva o situaci [...] za rok 2002*, s. 29, 30.

<sup>270</sup> Gazeta ta pomaga propagować znajomość języka polskiego na Zaolziu. Wydawana jest 3 razy w tygodniu, wysokość dotacji za rok 2011 wynosiła 6 511 tys. Kč. Portal internetowi gazety: <http://www.glosludu.cz/>.

<sup>271</sup> Dwumiesięcznik dla dzieci i młodzieży, wydawany od 1952 r. Jego celem jest rozpowszechnianie informacji o szkołach polskich w RCz, ogólnie o działalności polskich dzieci, młodzieży oraz harcerstwa, wykorzystywany jest również jako pomoc dydaktyczna. Strona internetowa: <http://www.nasza-gazetka.com/>.

<sup>272</sup> Treść miesięcznika odzwierciedla historię terenu cieszyńskiego. Pojawiają się w nim regularnie informacje o imprezach kulturalnych. Strona internetowa: <http://www.zwrot.cz/pl/novosci.aspx>.

<sup>273</sup> R. Kaszper, B. Małysz, *Poláci na Těšinsku*, s. 88, 89.

Każdego roku dzięki dotacjom ministerstwa, lokalnych sponsorów i dotacjom rządu polskiego ukazuje się kilka publikacji nieperiodycznych (np. Kalendarz Śląski) jak również wydawane są pozycje autorów pochodzących z Zaolzia<sup>274</sup>.

## 2.6. Prawo do rozwoju kultury członków mniejszości narodowych

Ostatnie prawo mniejszości narodowych określone w ustawie mniejszościowej (art. 12 ust. 1 i 2) gwarantuje ich członkom prawo do „zachowania i rozwijania swojego języka, kultury oraz tradycji i do jego respektowania”. Prawo to należy do wszystkich mniejszości, nie tylko tych, które „tradycyjnie i długookresowo żyją na terytorium RCz”. Jednak tylko dla tych ostatnich Państwo ma obowiązek „stwarzania warunków realizacji tego prawa, przez popieranie programów (dotacje z budżetu państwa<sup>275</sup>) ukierunkowanych na teatry<sup>276</sup>, muzea, galerie, biblioteki<sup>277</sup>, działalność dokumentacyjną oraz inne aktywności członków mniejszości narodowych”. Prawa te RCz zobowiązała się również zapewnić polskiej mniejszości zaolziańskiej w związku z ratyfikacją Europejskiej karty języków regionalnych lub mniejszościowych<sup>278</sup>. Znaczna część jej działalności kulturalnej rozwija się pod kierownictwem dwóch najważniejszych organizacji polskich w RCz PZKO i Kongresu Polaków.

## 3. Polskie organizacje i przedstawicielstwa

### 3.1. PZKO<sup>279</sup>

PZKO jest istniejącym od ponad 60 lat stowarzyszeniem społecznym, pomagającym w utrzymaniu tożsamości polskiej na ziemi cieszyńskiej, wspierającym oświatę

<sup>274</sup> *Zpráva o situaci [...] za rok 2001*, s. 66 i nast., *Druhá periodická zpráva*, s. 37 i nast., *Zpráva o situaci [...] za rok 2011*, s. 3 załącznika nr 7.

<sup>275</sup> Ministerstwo Kultury (wydział kultury regionalnej i narodowej) w każdym roku ogłasza na podstawie rozporządzenia č. 122 z dnia 21 lutego 2007 r., procedurę przyznawania dotacji na projekty w Programie wspierania działalności członków mniejszości narodowych. Dotacje te wspierają zwłaszcza stowarzyszenia obywatelskie mniejszości w działalnościach takich jak: chóry, tradycyjne zespoły ludowe, spotkania grup sztuki i kultury ludowej, *Druhá periodická zpráva...*, s. 39, lista dotacji w kraju morawsko-śląskim za rok 2012: <http://verejna-sprava.kr-moravskoslezsky.cz/-20966>.

<sup>276</sup> Najważniejsze znaczenie ma obecnie profesjonalny teatr polski – Scena Polska Teatru Cieszyńskiego, działająca od roku 1951 jako zespół tego teatru, Scena Polska w ciągu 57 sezonów odegrała 1034 przedstawień (400 premier) oferując bezpośredni kontakt z kulturą polską polskim językiem, zob. [http://www.tdivadlo.cz/index\\_pl.php?set=pl](http://www.tdivadlo.cz/index_pl.php?set=pl). Od kwietnia 2007 r. istnieje również Teatr Lalek Bajka, który powstał jako teatr objazdowy. Zob. <http://www.teatrlalekbajka.pl/>.

<sup>277</sup> Osobny dział literatury i bibliotek Ministerstwa Edukacji, Młodzieży i Sportu nadaje dotacje bibliotekom (w aktach według ustawy č. 257/2001 Sb.) na dostęp do literatury w językach mniejszości narodowych (Knihovna 21. století – dotacja na zakup tej literatury)., *Ibidem*, wyniki programu na rok 2013: [http://knihovnam.nkp.cz/sekce.php3?page=02\\_Knihovna21.htm](http://knihovnam.nkp.cz/sekce.php3?page=02_Knihovna21.htm).

<sup>278</sup> Punkty art.12: ust. 1 a); f); g); ust. 2; ust. 3 (razem 5 punktów).

<sup>279</sup> Polski Związek Kulturalno-Oświatowy powstał w roku 1947. Obecnie jest stowarzyszeniem (na podstawie ustawy o stowarzyszeniach č. 83/1990 Sb. Zákon o sdružování občanů z dnia 27 marca 1990 r.),



w języku polskim, jak również rozwój polskiej kultury i kultywowanie polskiej tradycji. W zakresie jego działalności znajduje się organizacja życia społecznego („śpiew, muzyka i tańce<sup>280</sup>, teatr amatorski, sport<sup>281</sup>, regionalne inicjatywy samokształcenia w zakresie historii regionu, ludoznawstwa, stosunków międzyludzkich, spraw społecznych itp.”), udzielanie wsparcia finansowego i udostępnianie lokali polskiej mniejszości w RCz oraz zapewniania kontaktów ze współczesną kulturą polską (współpraca transgraniczna<sup>282</sup>). Działalność organizacji prezentowana jest na „impresach<sup>283</sup> miejscowych, obwodowych, regionalnych i międzynarodowych”<sup>284</sup>. Sposoby jej działalności, cele<sup>285</sup> oraz strukturę organizacyjną określa jej statut, zatwierdzony przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych RCz. PZKO jest finansowane z dwóch źródeł. Jednym z nich są środki własne uzyskane ze składek członkowskich oraz z zysków pochodzących z organizacji imprez kulturalnych, drugim zaś dotacje Ministerstwa Kultury, Ministerstwa Edukacji, Młodzieży i Sportu, od rządu RCz, z województwa morawośląskiego, z Polski<sup>286</sup>.

---

które posiada osobowość prawną, działającym zgodnie z czeskim prawem. Siedzibą PZKO jest Czeski Cieszyn. Składki członkowskie PZKO obecnie płaci 12 tys. członków (członkiem może być osoba jakiegokolwiek narodowości, która ma przynajmniej 15 lat i wyraziła zgodę na członkostwo). Fakt ten czyni z niej największą polską organizację w RCZ. Członkowie zrzeszeni są w 84 miejscowych kołach PZKO (w większości gmin Zaolzia – w których utworzyli 45 „Domów PZKO”) – chórach, klubach, zespołach itp. Mogą również działać w „innych jednostkach organizacyjnych i w władzach PZKO”. Statut PZKO na rok 2013, s. 1, O PZKO, strona internetowa PZKO: <http://pzko.cz/>.

<sup>280</sup> Obecnie działa 18 chórów oraz 19 zespołów tanecznych i kapeli (które uzyskały liczne nagrody i wyróżnienia również za granicą np. zespół Oldrzychowice na 43. Festiwalu Folkloru Górali Polskich w Żywcu).

<sup>281</sup> Coroczny wyścig rowerowy do źródeł rzeki Olzy, wyścigi w sportach zimowych itp.

<sup>282</sup> Plan współpracy z Polonią i Polakami za granicą w 2013 r., Warszawa 2012 : <http://pzko.cz/files/Plan%20wsp%20z%20Poloni%C4%85%20i%20Polakami%20za%20granic%C4%85%202013.pdf>.

<sup>283</sup> Największym wydarzeniem cyklicznym jest tradycyjnie organizowane w sierpniu Górolski Święto, które jest trzydniowym międzynarodowym festiwalem (corocznie gromadzącym około 10 tys. osób). Organizowany jest również już od kilku lat Międzygeneracyjny Uniwersytet Regionalny (comiesięczny cykl wykładów na poziomie uniwersyteckim). Kolejne znaczące imprezy kulturalne organizowane przez PZKO wraz z lokalnymi grupami to np. Koncert Świąteczny, Maj nad Olzou, Miyszani łowiec, Festiwal Piosenki Dziecięcej, Wystawa Polskiej Książki, Trzynieckie Lato Filmowe (4-dniowy festiwal polskich, czeskich, słowackich, węgierskich filmów), Dni Kultury Studenckiej i inne.

<sup>284</sup> O PZKO – na stronie internetowej: <http://pzko.cz/pzko/o-pzko.html>.

<sup>285</sup> W szczególności: „a) zrzeszanie Polaków żyjących w RCz, b) wspieranie kultury i oświaty poprzez nawiązywanie do tradycji kultury polskiej, tradycji kultury Śląska Cieszyńskiego oraz uczestniczenie w wielokulturowym rozwoju RCz i Europy, c) utrzymywanie powszechnego używania języka polskiego i promocji kultury polskiej w RCz, d) wspieranie polskich inicjatyw społecznych, kulturalnych i gospodarczych”. Art. 4 statutu PZKO za rok 2013.

<sup>286</sup> *Zráva o situaci [...] za rok 2008*, s. 97 i nast., *Zpráva o situaci [...] za rok 2009*, s. 108 i nast., *Zpráva i situaci [...] za rok 2010*, s. 136 i nast., *Zpráva o situaci [...] za rok 2011*, s. 34 i nast., *Druhá periodická zpráva*, s. 39 i nast., status PZKO oraz jego strona internetowa Więcej informacji o PZKO na jej stronie oficjalnej: <http://pzko.cz/>.

### 3.2. Kongres Polaków w RCz<sup>287</sup>

Kongres Polaków jest stowarzyszeniem obywatelskim zrzeszającym 28 organizacji polskich (ich przedstawiciele tworzą Radę Przedstawicieli), mającym na celu realizację interesów polskiej mniejszości narodowej w RCz. Głównym jego zadaniem jest reprezentacja polskiej mniejszości wobec większości obywateli, państwa, samorządów oraz mediów w wielu sferach życia (społecznego, branżowego, kulturalnego). Znaczący jest również projekt Ośrodka Dokumentacyjnego ukierunkowanego na działalność dokumentacyjną i prezentacyjną<sup>288</sup>. Corocznie Kongres organizuje imprezy kulturalne (np. konkurs „Tacy Jesteśmy” podsumowujący osiągnięcia kulturalne na Zaolziu<sup>289</sup>) oraz warsztaty młodzieżowe<sup>290</sup>.

## Wnioski

Celem niniejszej publikacji było przedstawienie uprawnień polskiej mniejszości narodowej w RCz. Opis praw przyjętych z katalogu ustawy mniejszościowej nie wyczerpuje w całości problematyki statusu prawnego polskiej mniejszości, pokazuje jednak najistotniejsze zagadnienia z tym związane. Podział polskiej mniejszości na „tradycyjnie i długookresowo żyjącą w RCz” – czyli zamieszkującą okolice Cieszyna (Zaolzie) i pozostałą, – zwykłą mniejszość, która najczęściej ze względów zarobkowych rozproszona jest na terytorium RCz, demonstrowa różnice w prawach tych mniejszości. Szerzy zakres kulturowych, językowych, edukacyjnych praw polskiej mniejszości na „Zaolziu” wynika z historii oraz dobrej organizacji Polaków na tym terenie. Zauważyć można stopniowy rozwój uprawnień tej mniejszości narodowej – od początkowej dyskryminacji i intensywnego nakłaniania mniejszości do asymilacji z większością czeskich obywateli, do sytuacji, którą można określić jako dyskryminację odwróconą (dotacje RCz, RE...). Potwierdzeniem przyznanych uprawnień są liczne organizacje polskie, wydawnictwa, teatry itp. Możliwość edukacji w polskich lub dwujęzycznych szkołach

<sup>287</sup> Kongres Polaków powstał w marcu 1990 r. Jego siedzibą jest Czeski Cieszyn. Posiada osobowość prawną na podstawie ustawy o zrzeszeniu obywateli. Reprezentuje polską mniejszość narodową w RCz wobec samorządów terytorialnych, parlamentów oraz organów terenowej i centralnej administracji państwowej. W jego ramach współpracują państwa i narody RCz i RP (wspiera również współpracę transgraniczną). Źródłem majątku Kongresu są darowizny, dotacje, składki, działalność gospodarcza itp. Strukturę Kongresu określa Statut Kongresu Polaków w RCz przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne w dniu 28 kwietnia 2012 r.

<sup>288</sup> Ośrodek gromadzi, przetwarza i zapewnia dostęp do informacji o przeszłości i obecnej sytuacji terenu cieszyńskiego, więcej na: <http://www.polonica.cz/osrodek/index.php?h=132680739817215457&m=132680739817215457>.

<sup>289</sup> <http://www.polonica.cz/index.php?b=1352296752&h=132367512118135326&m=132367512118135326>

<sup>290</sup> *Zpráva o situaci [...] za rok 2011*, .s. 34, Statut Kongresu Polaków, oraz jego strona internetowa: <http://www.polonica.cz/index.php>.

jest również znaczącym czynnikiem umożliwiającym zachowanie polskiej tożsamości narodowej. Przejawy nietolerancji ograniczają się do incydentalnych działań jednostek.

Choć zapewnione zostały ramy prawne rozwoju mniejszości, alarmujące jest widoczne zmniejszanie się liczby jej członków. Odzwierciedleniem tego zjawiska są wyniki dwóch ostatnich powszechnych spisów ludności RCz. Tendencja ta nie jest jednak następstwem asymilacji przymusowej, ale wynikiem naturalnego, niewymuszonego przystosowania polskiej mniejszości do czeskich warunków społecznych i kulturalnych oraz efektem licznych małżeństw polsko-czeskich. Nieznaczny wzrost liczby dzieci w polskich przedszkolach może oznaczać odwrócenie tej tendencji oraz uświadomienie sobie przez osoby żyjące na tym terenie zalet bycia osobą dwujęzyczną (np. możliwość studiów po nauce w szkołach z polskim językiem nauczania w RCz lub Polsce). Korzystna w tym względzie jest również rozwinięta transgraniczna współpraca polsko-czeska, której najlepszym przykładem jest Euroregion<sup>291</sup> Śląsk Cieszyński<sup>292</sup>.

<sup>291</sup> „Euroregion to obszar współpracy transgranicznej, który powstał na podstawie umowy regionów przygranicznych dwóch lub więcej państw. Euroregiony odegrały ważną rolę w przygotowaniu i realizacji programu transgranicznego CBC Phare”. Euroregiony mają zasadnicze znaczenie we współpracy regionalnej UE, która zacierza różnice w rozwoju społeczno-ekonomicznym oraz harmonizuje rozwój całej społeczności. Euroregiony, jako najwyższy stopień instytucjonalizacji współpracy transgranicznej (sekretariaty, rady, komitety itp.) tworzą tzw. „mosty” między krajami sąsiadującymi, które zapewniają rozwój zintegrowanej Europy. Zanikanie granic umożliwia rozwiązywanie problemów związanych z terenami granicznymi, takich jak: rozwój lokalnej infrastruktury, zmniejszanie barier handlowych i kulturalnych, ochrona środowiska, ruch graniczny. Podstawy organizacyjne euroregionalnej polityki polskiej określone zostały w umowach wielostronnych: np. Europejska konwencja ramowa o współpracy transgranicznej między wspólnotami i władzami terytorialnymi sporządzona w Madrycie 21 maja 1980 r., Europejska Karta Regionów Granicznych i Transgranicznych z dnia 20 listopada 1981 r., Europejska Karta Samorządu Terytorialnego sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1985 r. i inne. Szczegółowy zakres polsko-czeskiej współpracy transgranicznej określony jest jednak w polsko-czeskich umowach bilateralnych, takich jak: Układ między Rzeczypospolitą Polską a Czeską i Słowacką Republiką Federacyjną o dobrym sąsiedztwie, solidarności i przyjacielskiej współpracy, podpisany w Krakowie dnia 6 października 1991 r. (Dz.U. 1992/59/296), Umowa między RP a Republiką Czeską o małym ruchu granicznym – Praga 17 stycznia 1995 r., (Dz.U. 1996/46/27), Umowa między Rządem RP a Rządem Republiki Czeskiej o przejściach granicznych, przejściach na szlakach turystycznych, przecinających granicę państwową oraz zasadach przekraczania granicy poza przejściami granicznymi – Warszawa 22 listopada 1996 r., Umowa między Rządem RP a Rządem Republiki Czeskiej o współpracy w dziedzinie ochrony środowiska- Praga 15 stycznia 1998 r., Umowa między RP a Republiką Czeską o współpracy w odprawie granicznej – Praga 25 maja 1999 r., Umowa między Rzeczypospolitą Polską oraz Republiką Czeską o współpracy i wzajemnej pomocy w przypadku katastrof, klęsk żywiołowych i innych nadzwyczajnych zdarzeń – Warszawa 8 czerwca 2000 r. (Dz.U. 04/36/325).

R. Kaszper, B. Małysz, *Poláci na Těšínku – studijní materiál.*, s. 94, 95 oraz strona internetowa Euroregion Śląsk Cieszyński <http://www.euregio-teschinensis.eu/euroregion-slask-cieszynski/>.

<sup>292</sup> Umowa o współpracy regionalnej pod nazwą: Euroregion Śląsk cieszyński – Těšínké Slezsko zawarta pomiędzy stroną czeską (reprezentowaną przez Stowarzyszenie Rozwoju i Współpracy Regionalnej „Olza” z siedzibą w Cieszynie) a stroną polską (reprezentowaną przez Regionalne Stowarzyszenie Współpracy Czesko-Polskiej Śląska Cieszyńskiego z siedzibą w Czeskim Cieszynie) w dniu 22 kwietnia 1998 r. w Cieszynie. Zadania i cele tego Euroregionu, jego struktura i inne ważne informacje na: <http://www.euregio-teschinensis.eu/pl/>.

## Summary

### **Rights of the Polish minority in the Czech Republic**

The rights of the Polish minority in Czech Republic are a particular aspect of the problem of national minorities, exerting a significant influence on contemporary international relations. The aim of the publication is the analysis of the practical implementation of international standards of minority policy in the Czech Republic as exemplified by the Polish minority. The publication is based on a broad section of Czech legislation. The Czech definition of minorities is presented due to absence of international uniformity in this matter. Legal standards of the protection of minorities are located mostly in the minority law, but some basic rules can also be found in the highest legal acts of the Czech Republic (Constitutional order). The status of the Polish minority is presented as a catalog of minority rights laws – which are harmonized with international standards. The range of privileges depends on the history and traditions which a particular minority has enjoyed in the territory of the Czech Republic. Some privileges belong to all minorities regardless of their history but the Polish minority living in the area of Zaolzie (around the city of Cieszyn) enjoys additional benefits. The last part of the publication deals with Polish organizations and agencies as an important factor for maintaining Polish national identity in Czech Republic.



