Marcin Kałduński

Immunitet państwa. Nowe tendencje i wyzwania

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ H. Fox, *op. cit.*, s. 28.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁸ I. Brownlie, *op. cit.*, s. 330.

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

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

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

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

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

³² Winicjusz N. przeciwko Niemcy, s. 23.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁰ *Winicjusz N. v. Niemcy*, s. 28.

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁵ *Ibidem*, par. 77.

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

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

⁵⁸ *Jurisdictional Immunities of the State...*

⁵⁹ *Ibidem*, par. 21, 94.

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

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

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

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

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

⁶¹ *Ibidem*, par. 77.

⁶² *Ibidem*, par. 80.

⁶³ *Ibidem*, par. 82.

⁶⁴ *Ibidem*, par. 83–91.

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

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

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

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

⁶⁶ *Ibidem*, par. 101.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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