GLOSA DO WYROKU WŁOSKIEGO SĄDU KONSTYTUCYJNEGO
Z 22 PAŹDZIERNIKA 2014 R., NR 238

COMMENTARY TO THE JUDGMENT OF THE ITALIAN
CONSTITUTIONAL COURT OF 22 OCTOBER 2014, NO. 238

The commented judgment makes the essence of the right of access to court an *ius cogens* norm — as such it takes precedence over state immunity that amounts only to a customary rule. At the same time it maintains the necessary balance between interests of entities recognized by international law and individuals, which had not been accomplished by the International Court of Justice, the Italian legislator or the national courts of other countries, including the Polish Supreme Court.

Słowa kluczowe: istota prawa dostępu do sądu, immunitet państwowy, norma zwyczajowa prawa międzynarodowego, skuteczne alternatywne środki uzyskania zadośćuczynienia, ofiary niemieckiego barbarzyństwa

Key words: essence of the right of access to court, state immunity, customary rule of international law, effective alternative means of securing redress, victims of German barbarity

S e n t e n c j a w y r o k u :

„Sąd Konstytucyjny

1) uznaje za niezgodny z konstytucją art. 3 ustawy z dnia 14 stycznia 2013 r., nr 5 (*przystąpienie Republiki Włoskiej do Konwencji Narodów Zjednoczonych o immunitetach jurysdykcyjnych państw i ich majątku sporządzonej w Nowym Jorku dnia 2 grudnia 2004 r., oraz normy dostosowawcze wewnętrznego porządku prawnego*);

2) uznaje za niezgodny z konstytucją art. 1 ustawy z dnia 17 sierpnia 1957 r., nr 848 (*wprowadzenie do Statutu Narodów Zjednoczonych sporządzonego w San Francisco dnia 26 czerwca 1945 r.*) jedynie w zakresie, w jakim art. 94 Karty Narodów Zjednoczonych zobowiązuje sąd włoski do dostosowania się do orzeczenia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (CIG) z dnia 3 lutego 2012 r., które wymaga od niego zaprzeczenia własnej jurysdykcji w odniesieniu do działań obcego państwa, które polegają na zbrodniach wojennych i przeciwko ludzkości naruszających podstawowe praw człowieka;

3) uznaje za bezzasadną, zgodnie z tym, co w uzasadnieniu, kwestię zgodności z konstytucją normy prawnej «ustanowionej w naszym porządku prawnym poprzez dostosowanie się, w rozumieniu art. 10 akapit pierwszy konstytucji», do normy zwyczajowej prawa międzynarodowego o immunitecie państw od jurysdykcji cywilnej innych państw, wniesioną odnośnie do art. 2 i 24 konstytucji przez Sąd we Florencji postanowieniami wskazanymi w nagłówku.

Orzeczenie to wydane zostało w Rzymie, w siedzibie Sądu Konstytucyjnego, Palazzo della Consulta, 22 października 2014 r.”¹.

¹ Sentenza n. 238 anno 2014, Repubblica Italiana in nome del popolo italiano la Corte Costituzionale; <<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2014&numero=238>>, dostęp 20 V 2018.

I. WYJAŚNIENIE SENTENCJI

Włoski Sąd Konstytucyjny [dalej: SK] na wniosek sądu we Florencji (*Tribunale di Firenze*) stwierdził niezgodność z prawami podstawowymi — gwarantowanymi w art. 2 i art. 24 konstytucji włoskiej — dwóch przepisów ustawowych dotyczących immunitetu obcych państw w sprawach o odszkodowanie dla ofiar zbrodni wojennych oraz zbrodni przeciw ludzkości, a mianowicie:

— art. 3 ustawy z dnia 14 stycznia 2013 r., nr 5 o przystąpieniu Włoch do konwencji ONZ o immunitacie jurysdykcyjnym państw;

— art. 1 ustawy z dnia 17 sierpnia 1957 r., nr 848 (przepisy wprowadzające Statut ONZ) w zakresie, w jakim art. 94 Karty Narodów Zjednoczonych zobowiązuje sądy włoskie do podporządkowywania się orzeczeniu wydanemu 3 lutego 2012 r. przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości [dalej: MTS], które zobowiązuje te sądy do stwierdzania braku swojej jurysdykcji w stosunku do obcych państw w sprawach o zbrodnie wojenne oraz przeciwko ludzkości naruszające podstawowe prawa człowieka; chociaż zdaniem MTS zakaz tych czynów stanowi w prawie międzynarodowym normę *iuris cogentis* (o czym szerzej poniżej).

W pozostałym zakresie SK uznał za bezprzedmiotowy zarzut niekonstytucyjności podniesiony w stosunku do normy przyjętej do włoskiego systemu prawnego na mocy art. 10 akapit pierwszy konstytucji, która dokonała recepcji normy zwyczajowej prawa międzynarodowego dotyczącej immunitetu państw wobec jurysdykcji cywilnej innych państw. Sąd w tym zakresie wyszedł z założenia, że recepcja (na podstawie art. 10 akapit pierwszy konstytucji) normy zwyczajowej prawa międzynarodowego o immunitacie państw wobec jurysdykcji cywilnej innych państw nie dokonała się w tej części, w jakiej jest sprzeczna z konstytucyjnymi zasadami prawa do sądu (art. 24 konstytucji), tym bardziej gdy prawo to jest wykonywane na potrzeby ochrony podstawowych praw człowieka (art. 2 konstytucji). Powyższa norma zwyczajowa nie weszła we wskazany zakres do włoskiego systemu prawnego i jako taka nie może wywoływać skutku.

Zgodnie z art. 2 konstytucji, Republika uznaje i gwarantuje nienaruszalne prawa człowieka zarówno jako jednostki, jak i uczestnika grup społecznych, w których rozwija on swoją osobowość i wymaga wypełniania niedających się uchylić obowiązków solidarności politycznej, ekonomicznej i społecznej. W myśl art. 10 akapit pierwszy, włoski porządek prawny dostosowuje się do powszechnie uznanych norm prawa międzynarodowego. Z kolei art. 24 akapit pierwszy stanowi, że wszyscy mogą zwrócić się do sądu dla uzyskania ochrony własnych praw i uzasadnionych interesów². Natomiast źródłem immunitetu państwowego jest powszechnie przyjęty zwyczaj międzynarodowy kreowany w szczególności przez utrwaloną praktykę krajową, w tym orzecznictwo krajowe i piśmiennictwo (judykatura i doktryna jako środek pomocniczy do stwierdzania przepisów prawnych), co akcentuje w swym komentarzu Komisja Pra-

² *Konstytucja Włoch*, tłum. i wstęp Z. Witkowski, Warszawa 2004.

wa Międzynarodowego (organ pomocniczy ONZ)³ i co znajduje bezpośrednie potwierdzenie normatywne w art. 38 statutu MTS⁴.

Przedmiot głosowanej sprawy dotyczy tego, że w latach 2004–2011 włoskie sądy powszechne orzekały, że immunitet obcych państw w stosunku do jurysdykcji cywilnej, wynikający z prawa międzynarodowego, nie ma charakteru absolutnego, lecz jest ograniczony w przypadku zbrodni międzynarodowych (zbrodni wojennych oraz przeciwko ludzkości) i to niezależnie od tego, że państwo działało *iure imperii*. Jednak później — w następstwie orzeczenia wyroku MTS z 3 lutego 2012 r. Niemcy v. Włochy, interwenient Grecja (immunitet jurysdykcyjny państwa)⁵ — ustawodawca włoski przyjął przepisy zakwestionowane w głosowanym orzeczeniu.

³ „Najbardziej przekonujące argumenty na poparcie zasady immunitetu państwowego można znaleźć w prawie międzynarodowym uwidocznionym w praktyce państw oraz wyrażonym w kategoriach suwerenności, niezależności, równości i godności państw. Wszystkie te pojęcia wydają się łączyć, razem tworząc solidną międzynarodową podstawę prawną dla immunitetu państwowego. Immunitet państwowy wywodzi się z suwerenności. Między dwoma równymi sobie nie można sprawować suwerennej woli lub władzy nad drugim: *par in parem imperium non habet*”; „Yearbook of the International Law Commission (YILC)” 1980, t. II (2), s. 156, § 55 komentarza do projektu art. 6; komentarz ten Komisja potwierdziła w 1991 r.: „Yearbook of the International Law Commission (YILC)” 1991, t. II (2), s. 22–23, § 5 komentarza do art. 5.

⁴ Dz.U. z 1947 r. nr 23, poz. 90 ze zm; zgodnie z art. 38 ust. 1 lit. b statutu MTS, Trybunał w sporach, które będą mu przekazane, będzie stosował zwyczaj międzynarodowy, jako dowód istnienia powszechnej praktyki, przyjętej jako prawo; z kolei jak wynika z lit. d ust. 1 art. 38, treść zwyczaju międzynarodowego Trybunał ustala w oparciu o krajowe „wyroki sądowe tudzież zdania najznakomitszych znawców prawa publicznego różnych narodów, jako środek pomocniczy do stwierdzania przepisów prawnych”.

⁵ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenante))*, ICJ General List No. 143 – sentencja (OPERATIVE CLAUSE), pkt 139 wyroku: „TRYBUNAŁ: 1) Stosunkiem dwunastu głosów do trzech stwierdza, że Republika Włoska naruszyła obowiązek przestrzegania immunitetu przysługującego Republice Federalnej Niemiec na mocy prawa międzynarodowego dopuszczając wniesienie przeciwko niej powództw cywilnych, których podstawę stanowiły naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego popełnione przez Rzeszę Niemiecką w latach 1943–1945; za: prezes Owada; wiceprezes Tomka; sędziowie Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Greenwood, Xue, Donoghue; przeciw: sędziowie Cançado Trindade, Yusuf; sędzia *ad hoc* Gaja. 2) Stosunkiem czternastu głosów do jednego stwierdza, że Republika Włoska naruszyła obowiązek przestrzegania immunitetu przysługującego Republice Federalnej Niemiec na mocy prawa międzynarodowego, podejmując w stosunku do Villa Vigoni środki przymusu [środki podjęte względem niemieckiej nieruchomości położonej na terytorium Włoch, zmierzające do przymusowej egzekucji wierzytelności zasądzonych przez sądy greckie i uznanych przez sądy włoskie, stwierdzające wykonalność we Włoszech orzeczeń sądów greckich, których podstawę faktyczną stanowiło pogwałcenie międzynarodowego prawa humanitarnego przez Niemcy w czasie II wojny światowej, o czym mowa w pkt 3 niniejszej sentencji]; za: prezes Owada; wiceprezes Tomka; sędziowie Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; sędzia *ad hoc* Gaja; przeciw: sędzia Cançado Trindade. 3) Stosunkiem czternastu głosów do jednego stwierdza, że Republika Włoska naruszyła obowiązek przestrzegania immunitetu przysługującego Republice Federalnej Niemiec na mocy prawa międzynarodowego, stwierdzając wykonalność we Włoszech orzeczeń greckich sądów, których podstawę stanowiły naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego popełnione przez Rzeszę Niemiecką w Grecji; za: prezes Owada; wiceprezes Tomka; sędziowie Koroma, Simma, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; sędzia *ad hoc* Gaja; przeciw: sędzia Cançado Trindade. 4) Stosunkiem czternastu głosów do jednego stwierdza, że Republika Włoska, poprzez przyjęcie odpowiednich środków legislacyjnych lub wykorzystanie innych wybranych przez siebie metod, musi zapewnić, że orzeczenia jej sądów bądź też innych organów sądowych, które naruszają immunitet przysługujący Republice Federalnej Niemiec na mocy prawa międzynarodowego, zostaną pozbawione skuteczności; za: prezes Owada; wiceprezes Tomka; sędziowie Koroma, Simma, Abra-

II. ZGODNOŚĆ GŁOSOWANEGO ORZECZENIA Z PRAWEM UNII EUROPEJSKIEJ

Kluczowe uzasadnienie głosowanego wyroku zawiera się w następującym wymyku z motywu 3.2 akapit pierwszy: „Nie ulega wątpliwości i zostało wielokrotnie potwierdzone przez ten Trybunał, że podstawowe zasady porządku konstytucyjnego oraz niezbywalne prawa człowieka stanowią «ograniczenie wprowadzenia [...] powszechnie uznawanych norm prawa międzynarodowego, do których dostosowuje się włoski porządek prawny zgodnie z art. 10 akapit pierwszy Konstytucji» (orzeczenie nr 48 z 1979 r. i nr 73 z 2001r.) i działają w charakterze «kontrograniczeń» przy wprowadzaniu przepisów Unii Europejskiej (*ex plurimis*: orzeczenia nr 183 z 1973, nr 170 z 1984, nr 232 z 1989, nr 168 z 1991, nr 284 z 2007), a nie tylko jako ograniczenia przy wprowadzaniu przepisów wykonawczych Traktatów Laterańskich oraz Konkordatu (orzeczenia nr 18 z 1982, nr 32, nr 31 i nr 30 z 1971). Innymi słowy, stanowią one elementy identyfikujące i niezbędne porządku konstytucyjnego i dlatego wyłączone są spod rewizji konstytucyjnej (art. 138 i 139 Konst.: tak stanowi orzeczenie nr 1146 z 1988)”.

„Kontrograniczenie” w ujęciu włoskiego orzecznictwa konstytucyjnego — mówiąc najogólniej — stanowi klauzulę limitującą międzynarodowe prawo publiczne oraz prawo Unii Europejskiej względem prawa konstytucyjnego. Nim wyjaśnię powyższy motyw głosowanego orzeczenia, mogę stwierdzić, że takie podejście włoskiego SK znajduje odpowiednik w pierwotnym prawie unijnym, na co zwrócił uwagę rzecznik generalny Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej [dalej: TSUE] Yves Bot w opinii przedstawionej 18 lipca 2017 r. sprawa C-42/17 (postępowanie karne przeciwko M.A.S., M.B.)⁶. Rzecznik generalny wskazał analizowany tutaj motyw⁷ i objaśnił co kryje się pod zawartymi tam zwrotami: „podstawowe zasady porządku konstytucyjnego”, „niezbywalne prawa człowieka” i „kontrograniczenia”⁸, a także ocenił, że zwroty te odpowiadają przepisowi zawartemu w art. 4 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej stanowiącemu w szczególności: „Unia szanuje [...] tożsamość narodową

ham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov, Yusuf, Greenwood, Xue, Donoghue; sędzia *ad hoc* Gaja; przeciw: sędzia Cançado Trindade. 5) Jednomyslnie odrzuca wszystkie pozostałe argumenty przedstawione przez Republikę Federalną Niemiec”.

⁶ ECLI:EU:C:2017:564.

⁷ *Ibidem*, pkt 184, przyp. nr 75: „Zobacz w tym względzie wyrok Sądu Konstytucyjnego, nr 238/2014, z 22 października 2014 r., pkt 3.2”.

⁸ *Ibidem*, pkt 183: „[...] Sąd Konstytucyjny potwierdził już, że uruchomienie tak zwanej procedury «kontrograniczeń» może być uzasadnione wyłącznie, gdy chodzi o «twardy rdzeń» zasady podstawowej, a nie gdy chodzi o różne instytucje, w ramach których prawo to może znajdować konkretny wyraz i być kształtowane wraz z biegiem historii i jej wymogami” – w tym miejscu jest przyp. nr 74: „Zobacz wyrok Corte costituzionale (Sądu Konstytucyjnego) nr 18/82 z 2 lutego 1982 r., pkt 4 uzasadnienia prawnego: «il diritto alla tutela giurisdizionale si colloca al dichiarato livello di principio supremo solo nel suo nucleo più ristretto ed essenziale» e «tale qualifica non può certo estendersi ai vari istituti in cui esso concretamente si estrinseca e secondo le mutevoli esigenze [in cui] storicamente si atteggia» [wolne tłumaczenie: «prawo do ochrony sądowej ma znaczenie nadrzędnej zasady wyłącznie, jeśli chodzi o jej najściślejszy i najistotniejszy rdzeń» i «taka kwalifikacja z pewnością nie może obejmować różnych instytucji, w ramach których prawo to może znajdować konkretny wyraz i być kształtowane odpowiednio do różnych wymogów historycznych»)]”.

[państw członkowskich], nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi⁹; składnikiem „tożsamości narodowej” jest bez wątpienia tożsamość konstytucyjna¹⁰.

W szczególności rzecznik generalny aprobuje tezę włoskiego orzecznictwa konstytucyjnego, w myśl której prawo do ochrony sądowej składa się na tożsamość konstytucyjną konkretnego państwa członkowskiego UE (mającą pierwszeństwo nawet przed pierwotnym prawem unijnym¹¹), aczkolwiek wyłącznie jeśli chodzi o istotę tego prawa (w rozumieniu art. 31 ust. 3 zd. drugie Konstytucji RP¹² oraz poniżej omawianego orzecznictwa strasburskiego), czyli jeśli chodzi o „najściślejszy i najistotniejszy rdzeń” ochrony sądowej, a „taka kwalifikacja z pewnością nie może obejmować różnych instytucji, w ramach których prawo to może znajdować konkretny wyraz i być kształtowane odpowiednio do różnych wymogów historycznych”¹³.

Analogiczny pogląd, ale zawężony do prawa do sądu w zakresie interesującej nas kwestii ograniczenia immunitetu państwowego, przedstawia orzecznictwo strasburskie. Zgodnie z wyrokiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka [dalej: ETPC] z 18 lutego 1999 r., *Waite i Kennedy v. Niemcy* (Wielka Izba): „Dla Trybunału istotnym czynnikiem przy określaniu, czy udzielenie [...] immunitetu spod jurysdykcji [...] jest dopuszczalne [...], jest to, czy skarżący mieli do dyspozycji rozsądne alternatywne środki w celu skutecznej ochrony ich praw wynikających z Konwencji”¹⁴. Tak samo w wyroku ETPC z 18 lutego 1999 r., *Beer i Regan v. Niemcy* (Wielka Izba)¹⁵.

Z przytaczaną opinią rzecznika generalnego TSUE dobrze koresponduje paragraf z tego ostatniego orzeczenia strasburskiego: „Trybunał przypomina, że prawo do sądu wyrażone w art. 6 ust. 1 Konwencji nie jest bezwzględne, lecz może podlegać ograniczeniom. Ograniczenia te są dozwolone, skoro prawo dostępu do sądu z samej swojej istoty wymaga regulacji ze strony Państwa. W tej mierze Umawiające się Państwa cieszą się pewnym marginesem uznania, chociaż ostateczna decyzja w zakresie zgodności z wymaganiami Konwencji podlega ocenie Trybunału. Trybunałowi musi wystarczyć stwierdzenie, że stosowane ograniczenia nie naruszają lub nie zmniejszają dostępu jednostki do sądu w taki sposób lub do takiego stopnia, że istota tego prawa

⁹ Dz. Urz. UE 2016 C 202.

¹⁰ *Ibidem*; szerzej o tożsamości narodowej i tożsamości konstytucyjnej np. D. Simon, *L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne*, [w:] *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris 2011, s. 27; V. Constantinesco, *La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales, convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?*, [w:] *L'Union européenne: Union de droit, Union des droits — Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris 2010, s. 79; J.D. Mouton, *Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne*, [w:] *L'Union européenne: Union de droit...*, s. 145.

¹¹ Opinia rzecznika generalnego TSUE sprawa C-42/17, pkt 175: „W konsekwencji państwo członkowskie, które uważa, że przepis prawa pierwotnego lub prawa wtórnego zagraża jego tożsamości narodowej, może ów przepis kwestionować na podstawie art. 4 ust. 2 TUE”.

¹² Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483 ze zm.

¹³ Włoskie orzecznictwo konstytucyjne cytowane w wymienionym wcześniej punkcie 183 opinii rzecznika generalnego TSUE, sprawa C-42/17.

¹⁴ Nr skargi 26083/94, § 68, orzeczenie to dotyczy immunitetu organizacji międzynarodowej.

¹⁵ Nr skargi 28934/95, § 58, orzeczenie to też dotyczy immunitetu organizacji międzynarodowej.

jest osłabiona. Ponadto ograniczenia te nie będą zgodne z art. 6 ust. 1 Konwencji, jeżeli nie zmierzają do urzeczywistnienia uzasadnionego prawnie celu oraz jeżeli nie został zachowany racjonalny stosunek proporcjonalności pomiędzy stosowanymi środkami, a celem, do którego stosowanie tych środków zmierza (*vide* wyrok w sprawie Osman z 28 października 1998 r., Osman v. Wielka Brytania, § 147 oraz podsumowanie odpowiednich zasad w wyroku z 21 września 1994 r., Fayed v. Wielka Brytania, seria A, nr 294-B, s. 49–50, § 65)¹⁶.

Słowem, immunitet państwowy ma niższą rangę niż istota prawa do sądu. W świetle prawa do sądu (istoty tego prawa) przy rozstrzyganiu o dopuszczalności przyznania immunitetu konieczne jest ustalenie, czy skarżący mieli możliwość dochodzenia ochrony swoich praw na innej drodze, co MTS określa mianem *The „last resort” argument*, taki podtytuł zawiera wcześniej wymieniony wyrok MTS, o którym mowa w glosowanym orzeczeniu¹⁷. Z powyższego Włosi będący ofiarami Niemiec hitlerowskich nie mogą wyprowadzić prawa do wniesienia skargi do Trybunału w Strasburgu. Próbowali i usłyszeli, że ich skargę w myśl art. 35 ust. 4 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁸ należy uznać za niedopuszczalną, ponieważ deportacja skarżących lub ich przodków do Rzeszy Niemieckiej, jak i świadczenie przez nich pracy przymusowej, zdarzyło się 3 września 1953 r., czyli przed wejściem Konwencji w życie, a to oznacza, że zarzuty skarżących dotyczące deportacji oraz pracy przymusowej jako takie są niezgodne *ratione temporis* z Konwencją — to po pierwsze; po drugie, w zakresie, w jakim skarżący zarzucali, że Niemcy nie uznały nielegalności świadczonej przez nich pracy przymusowej, ich deportacji oraz pozbawienia wolności, należy uznać, że Konwencja nie nakłada na państwa szczególnego zobowiązania w postaci wypłaty odszkodowania za czyny niedozwolone lub szkody wyrządzone przed ratyfikacją Konwencji¹⁹.

Takie ograniczenia nie występują przed MTS, a skarżący się do Strasburga (grupa byłych włoskich jeńców wojennych bądź ich następców) nim złożyli tam skargę, wyczerpali możliwości dochodzenia swych roszczeń przed sądami niemieckimi, co dostrzegł MTS w wyroku Niemcy v. Włochy²⁰. Jak akcentuje doktryna włoska: „MTS uznał, że grupa ofiar niemieckiego barbarzyństwa nie mogła uzyskać odszkodowania w Niemczech”²¹. Należy dodać, według *Bundesverfassungsgericht* prawo międzyna-

¹⁶ Tamże, § 49.

¹⁷ Wyrok MTS Niemcy v. Włochy, pkt 98 i n.

¹⁸ Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 ze zm.

¹⁹ Decyzja ETPC z 4 września 2007 r., Associazione Nazionale Reduci i 275 in., skarga nr 45563/04.

²⁰ *Vide* wyrok MTS Niemcy v. Włochy, pkt 98–99.

²¹ B. Conforti, *The ICJ Judgment in Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening), „The Italian Yearbook of International Law Online” 2011, t. 21, s. 140: „As demonstrated by the judgment under examination, the ICJ recognized that a group of victims of German barbarity was not able to be compensated in Germany [w tym miejscu autor w przypisie nr 21 odsyła do pkt 99 wyroku Niemcy v. Włochy]. On the other hand, it is not hard to imagine that in the case of certain serious human rights violations such as torture or inhuman and degrading treatment committed by State officials, it is difficult to obtain justice in the State of nationality of the perpetrators”.

rodowe nie przewiduje indywidualnego prawa do rekompensaty za pracę przymusową przyznawanego na podstawie prawa krajowego²².

III. KAFKOWSKA CZARNA DZIURA W PRAWIE (NIEPRAWDA MTS I PÓLPRAWDA POLSKIEGO SĄDU NAJWYŻSZEGO)

Brak *The „last resort” argument* strona włoska przed MTS w omawianej sprawie nazwała *Kafkaesque black hole of law*²³. Z brakiem możliwości dochodzenia ochrony swoich praw na innej drodze MTS rozprawia się poprzez podanie oczywistej nieprawdy. Polegało to na tym, że wyrok przeciwko Włochom oparty jest na praktyce sądów krajowych (w rozumieniu art. 38 ust. 1 lit. d statutu MTS), w szczególności na postanowieniu polskiego Sądu Najwyższego z 29 października 2010 r., sygn. akt V CSK 465/09²⁴. Trybunał, wskazując m.in. na to polskie orzeczenie, argumentował, że w praktyce krajowej zakaz zbrodni przeciw ludzkości, nawet rozumiany w prawie międzynarodowym jako *ius cogens*, nie wybiera normy regulującej immunitet państwa²⁵. I dalej MTS: „[...] Trybunał nie może znaleźć podstaw w praktyce państwowej, z której wywodzi się zwyczajowe prawo międzynarodowe, że prawo międzynarodowe uzależnia uprawnienia państwa do immunitetu od istnienia skutecznych alternatywnych środków uzyskania zadośćuczynienia [...]”²⁶. Przeczy temu treść tego postanowienia polskiego SN, gdzie możemy przeczytać: „W każdym razie immunitet jurysdykcyjny państwa nie może

²² Wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego z 28 czerwca 2004 r., 2 BvR 1379/01, pkt 39: „[...] Aus dem fehlenden Ausschlussverhältnis lässt sich aber keine Regel oder Vermutung dahingehend ableiten, dass ein das Völkerrecht verletzender Staat den verletzten Personen auf Grund des eigenen nationalen Rechts Ansprüche zu gewähren hat. [...]”; <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040628_2bvr137901>, dostęp 20 V 2018.

²³ Protokół z publicznego posiedzenia MTS z 13 września 2011 r., CR 2011/18, s. 33, pkt 28 „This is surreal: a *Kafkaesque black hole of law*”. <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20110913-ORA-01-00-BI.pdf>>, dostęp 20 V 2018.

²⁴ OSNC 2011/2/22.

²⁵ Wyrok MTS Niemcy v. Włochy, pkt 96: „In addition, this argument about the effect of *ius cogens* displacing the law of State immunity has been rejected by the national courts of the United Kingdom (*Jones v. Saudi Arabia*, House of Lords, [2007] 1 AC 270; ILR, Vol. 129, p. 629), Canada (*Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, Court of Appeal of Ontario, DLR, 4th Series, Vol. 243, p. 406; ILR, Vol. 128, p. 586), Poland (Natoniewski, Supreme Court, Polish Yearbook of International Law, Vol. XXX, 2010, p. 299), Slovenia (case No. Up-13/99, Constitutional Court of Slovenia), New Zealand (*Fang v. Jiang*, High Court, [2007] NZAR p. 420; ILR, Vol. 141, p. 702), and Greece (*Margellos*, Special Supreme Court, ILR, Vol. 129, p. 525), as well as by the European Court of Human Rights in *Al-Adsani v. United Kingdom* and *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany* (which are discussed in paragraph 90 above), in each case after careful consideration. The Court does not consider the judgment of the French Cour de cassation of 9 March 2011 in *La Réunion aérienne v. Libyan Arab Jamahiriya* (No. 09-14743, 9 March 2011, Bull. civ., March 2011, No. 49, p. 49) as supporting a different conclusion. The Cour de cassation in that case stated only that, even if a *ius cogens* norm could constitute a legitimate restriction on State immunity, such a restriction could not be justified on the facts of that case. It follows, therefore, that the judgments of the Italian courts which are the subject of the present proceedings are the only decisions of national courts to have accepted the reasoning on which this part of Italy's second argument is based. Moreover, none of the national legislation on State immunity considered in paragraphs 70-71 above, has limited immunity in cases where violations of *ius cogens* are alleged”.

²⁶ *Ibidem*, pkt 101.

być uznany za niedopuszczalne ograniczenie prawa dostępu do sądu wówczas, gdy skarżącemu przysługują alternatywne, rozsądne i efektywne środki prawne ochrony jego praw (*vide* wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 18 lutego 1999 r. w sprawie Waite i Kennedy przeciwko Republice Federalnej Niemiec, LexPolonica nr 400092). Środkiem takim jest — co do zasady — możliwość wytoczenia powództwa przed sądami państwa, które dopuściło się naruszenia podstawowych praw człowieka”. Inną kwestię stanowi oparcie się SN na pewnej półprawdzie. Jeśli SN mógł sięgnąć po orzecznictwo strasburskie, to dlaczego nie poszedł dalej i nie skorzystał z orzecznictwa niemieckiego, w tym z wymienionego wcześniej w niniejszym opracowaniu niemieckiego orzecznictwa konstytucyjnego, wskazującego na to, że włoska grupa ofiar Niemiec hitlerowskich nie mogła uzyskać odszkodowania od obecnego państwa niemieckiego.

Analizowany wyrok MTS oparty też został na następującym rozumowaniu, również zawartym w postanowieniu polskiego SN (w sprawie V CSK 465/09): „[...] prawo immunitetu jest zasadniczo proceduralne [...] i w związku z tym jest całkowicie odrębne w stosunku do prawa materialnego, które określa, czy zachowanie jest zgodne z prawem czy niezgodne”²⁷.

Jednak rozumowanie to ma charakter *contra legem*, co można wykazać przy pomocy stosunkowo prostej argumentacji. Zgodnie z prawem międzynarodowym zwyczaj sprzeczny z normami *ius cogens* „nie będzie nigdy posiadał mocy obowiązującej”²⁸ i nawet jeśli chcemy stosować daleko idącą dychotomię prawo materialne—prawo procesowe, wówczas do kategorii *ius cogens* możemy zaliczać nie tylko regulacje prawnomaterialne, lecz również procesowe²⁹, w tym istotę prawa do sądu (do ochrony sądowej), które ma umożliwić zastosowanie prawa materialnego składającego się na *ius cogens*.

Skoro MTS uzależnia ograniczenie immunitetu państwowego od orzecznictwa krajowego, to piśmiennictwo włoskie sformułowało następującą tezę-apel: „[...] rozstrzygnięcie [wyrok MTS Niemcy v. Włochy] było otwarte na krytykę [...] za brak sygnalizowania co najmniej potrzeby ewolucji praktyki w sprawie, w której w przypadku braku odszkodowań ofiary poważnych naruszeń praw człowieka pozostają bez satysfakcji w jakiegokolwiek formie. Sygnał na korzyść ofiar przyszedł później wraz z orzeczeniem włoskiego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2014 r. i możemy jedynie mieć nadzieję, że zostanie ono poparte i potwierdzone przez sądy w innych krajach”³⁰.

Reasumując, „Kafkowska czarna dziura” w prawie międzynarodowym, polegająca na tym, że ofiary niemieckiego barbarzyństwa pozbawione zostały skutecznej dro-

²⁷ *Ibidem*, pkt 58.

²⁸ S.M. Grochalski, *Ius cogens (normy peremptoryjne) we współczesnym prawie międzynarodowym. Istota, rola i znaczenie*, [w:] *Ius cogens — soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, red. B. Kuźniak, M. Ingelevic-Citak, Kraków 2017, s. 64.

²⁹ *Confer* np. J.B. Banach-Gutierrez, *Normy procesowe ius cogens w międzynarodowym postępowaniu karnym*, [w:] *Ius cogens — soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, s. 119 i n.

³⁰ B. Conforti, *A few remarks on the functional immunity of the organs of foreign States*, „Questions of International Laws” 2015, nr 17, s. 72–73.

gi sądowej w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych, wynika z wyroku MTS opartego na nieprawdzie oraz na orzecznictwie krajowym, w szczególności na postanowieniu polskiego Sądu Najwyższego, zawierającym półprawdę i argumentację mającą charakter *contra legem*. Dopiero głosowane orzeczenie znajduje rozwiązanie problemu poprzez uczynienie z istoty prawa dostępu do sądu normy o charakterze *ius cogens*, która jako taka ma pierwszeństwo przed immunitetem państwowym stanowiącym jedynie normę zwyczajową, przy zachowaniu niezbędnej równowagi między interesami podmiotów prawa międzynarodowego i jednostek (wyłącznie istota prawa dostępu do sądu ma pierwszeństwo przed immunitetem państwowym), czego nie potrafił uczynić ani MTS, ani włoski ustawodawca, ani sądy krajowe innych państw. Włoski Trybunał Konstytucyjny zapewnił ochronę prawną ofiarom zbrodni wojennych oraz zbrodni przeciwko ludzkości dokonanych przez III Rzeszę na obywatelach włoskich poprzez rozstrzygnięcie odpowiadające prawu międzynarodowemu.

*Waldemar Gontarski**

*** Prof. nadzw. dr hab. nauk prawnych Waldemar Gontarski**, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie, Zamiejscowy Wydział Prawa w Londynie, wgontarski@ewspa.edu.pl