

Pojęcie suwerenności
we współczesnym
prawie międzynarodowym

Jerzy Kranz

**Pojęcie suwerenności
we współczesnym
prawie międzynarodowym**



Warszawa 2015

„Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2011/03/B/HS5/00681”

Recenzent: prof. dr hab. Jan Barcz

Korekta: Hanna Januszewska

Projekt okładki: Agnieszka Miłaszewicz

© Copyright by Jerzy Kranz and Dom Wydawniczy ELIPSA,
Warszawa 2015

ISBN 978-83-8017-061-2



Opracowanie komputerowe, druk i oprawa:
Dom Wydawniczy ELIPSA,
ul. Inflancka 15/198, 00-189 Warszawa
tel./fax 22 635 03 01, 22 635 17 85
e-mail: elipsa@elipsa.pl, www.elipsa.pl

*Mojej Mamie
z wdzięcznością*

Spis treści

Wstęp	9
Część I	11
1. Państwo i jego kompetencje	12
1.1. Państwo i jego uznanie	12
1.2. Zasada samostanowienia ludów	19
1.3. Kompetencja i jurysdykcja	28
1.4. Państwo we współczesnym świecie	38
2. Suwerenność w perspektywie wewnętrznej (krajowej) i zewnętrznej (międzynarodowej)	48
2.1. Uwagi wstępne	48
2.2. Suwerenność wewnętrzna	54
2.3. Suwerenność jako władza	64
2.3.1. Suwerenność narodowa	64
2.3.2. Deficyt demokracji?	68
2.3.3. Spory terytorialne i zarząd terytorium	74
2.4. Suwerenność zewnętrzna – status międzynarodowoprawy państwa	79
3. Prawo międzynarodowe i suwerenność	87
4. Ograniczenia kompetencji czy ograniczenia suwerenności?	109
4.1. Możliwość i możliwość	109
4.2. Rodzaje ograniczeń	111
4.2.1. Ograniczenia przymusowe	112
4.2.2. Ograniczenia dobrowolne	115
4.2.3. Ograniczenia faktyczne	115
4.2.4. Strefy wpływów	118

4.2.5. Ograniczenia kompetencji a ograniczenia suwerenności	119
4.3. Sytuacja prawna Niemiec po klęsce 1945 r.	123
Część II	135
5. Interwencja w sprawy wewnętrzne	136
5.1. Sfera wyłączna	136
5.2. Pojęcie interwencji	139
5.3. Interwencja a pomoc finansowa	145
6. Użycie siły zbrojnej	155
6.1. Uwagi wstępne	155
6.2. System bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych	158
6.3. Użycie siły a niektóre orzeczenia MTS	161
6.4. Samoobrona uprzedzająca i zbrojna operacja prewencyjna ..	174
6.5. Użycie siły w celach humanitarnych	181
6.5.1. Uwagi wstępne	181
6.5.2. Interwencja humanitarna i operacja humanitarna	182
6.5.3. Odpowiedzialność za ochronę	187
6.5.4. Kwestia legalności	191
6.6. Działania grup nieregularnych	197
7. Suwerenność a Unia Europejska	204
7.1. Prawo Unii Europejskiej a prawo krajowe państw członkowskich	204
7.2. Powierzenie kompetencji	213
7.3. Powierzenie kompetencji w praktyce Niemiec i Francji	220
8. Uwagi końcowe	226

Wstęp

Suwerenność jest pojęciem, które od wieków towarzyszy rozwojowi teorii państwa i prawa. Terminem tym posługują się prawnicy, ekonomiści i politycy, ale też politycy i dziennikarze. Okazuje się jednak, że treść suwerenności bywa inna dla każdej z tych grup. Powstaje momentami zamieszanie pojęciowe, które prowadzi do nieporozumień, tym bardziej, że operujemy terminem z obszaru naznaczonych ideowo i emocjonalnie superlatywów. Czym zatem jest suwerenność współcześnie, czy jest dalej przydatna, czy też raczej jest pojęciem przestarzałym i niepotrzebnym?

Suwerenność bywa postrzegana jako wyraz arbitralności i przeszkoda w rozwoju regulacji międzynarodoprawnej albo też, w innej perspektywie, prawo i polityka stanowią zamach na suwerenność traktowaną jako dobro najwyższe. Celem niniejszych rozważań jest próba zdefiniowania pojęcia suwerenności we współczesnym prawie międzynarodowym i analiza jej znaczenia w kontekście wybranych przykładów z praktyki.

Pojęcie suwerenności ewoluuje wraz ze zmianami prawa międzynarodowego i międzynarodowej rzeczywistości. Wiadomo, że kompetencje i możliwości państwa ulegają licznym, prawnym i faktycznym ograniczeniom, zwłaszcza w obszarach, gdzie bez międzynarodowej współpracy rozwiązywanie wielu globalnych problemów byłoby niemożliwe. W konsekwencji powstaje nowy układ kompetencji w sprawowaniu władzy publicznej, pojawiają się nowe formy współpracy międzynarodowej. Konieczność otwarcia się państw na tę współpracę, rozwój prawa międzynarodowego i uwikłanie procesów decyzyjnych w sieć międzynarodowego zarządzania stanowią wyzwanie dla tradycyjnie rozumianej roli państwa, suwerenności oraz demokracji.

Zdefiniowanie współczesnego pojęcia suwerenności wymaga swoistego odczarowania jej absolutystyczno-woluntarystycznej konstrukcji oraz postrzegania jej jako jakościowej, a nie ilościowej cechy państwa. Nie należy utożsamiać legalnych ograniczeń kompetencji lub możliwości działania z podważaniem suwerenności, a równej zdolności międzynarodoprawnej państw z identycznymi możliwościami. Chodzi również o to, by przewy-

ciężyc pozorną sprzeczność między suwerennością a podległością prawu międzynarodowemu.

Wbrew opiniom, że globalizacja stosunków międzynarodowych, ewolucja prawa międzynarodowego oraz pojawienie się nowych aktorów niepaństwowych prowadzi do osłabienia państwa, jest ono nadal głównym aktorem na scenie międzynarodowej. Suwerenność państwa nie zanika wraz z intensyfikacją stosunków międzynarodowych i rozwojem prawa. Stanowi ona dziś główną zasadę organizacyjną społeczności międzynarodowej. Chroni ona państwo oraz sprzyja koegzystencji państw i ich współpracy w oparciu o wspólne wartości oraz ma nadal istotne znaczenie dla utrzymania ładu międzynarodowego. Pogłoski o „śmierci” państwa i suwerenności są w tym kontekście nieco przesadzone.

Praca została podzielona na dwie części. Pierwsza poświęcona jest w większym stopniu kwestiom teoretycznym, takim jak państwo i jego kompetencje, definicja suwerenności, relacja między prawem międzynarodowym i suwerennością oraz ograniczenia kompetencji państwa. W części drugiej przedstawione są zagadnienia, które w praktyce ściśle łączą się z ochroną państwa i suwerenności, w tym problematyka interwencji w sprawy wewnętrzne, użycia siły oraz powierzenia organizacji międzynarodowej niektórych kompetencji władczych.

Niniejsza praca została przygotowana w ramach projektu badawczego realizowanego w Akademii Leona Koźmińskiego i sfinansowana ze środków Narodowego Centrum Nauki.

Warszawa, wrzesień 2015 r.

CZĘŚĆ I

Współczesne pojęcie suwerenności łączy się ściśle z państwem¹ i prawem. Nie ma państwa bez suwerenności, nie ma też suwerenności bez państwa, przy czym termin „suwerenne państwo” należy traktować jako tautologię². Koncepcja suwerenności znajduje się w polu stałych interakcji i napięć między państwem, prawem oraz polityką jako pojęciami do pewnego stopnia nierozłącznymi i komplementarnymi³.

Wobec powyższego należy na wstępie postawić pytanie, czym jest państwo, w jaki sposób powstaje i uzyskuje międzynarodowoprawny status, jakie są jego cele i funkcje oraz jaki wpływ na państwo ma zmieniające się dynamicznie otoczenie międzynarodowe.

¹ L. Antonowicz, *Rzecz o państwach i prawie międzynarodowym*, Lublin 2012; M. Muszyński, *Państwo w prawie międzynarodowym: istota, rodzaje i atrybuty*, Bielsko-Biała 2011; J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford 2006; G. Arangio-Ruiz, *L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international*, „Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht“, vol. 26 (1975), s. 3-63, 265-406; K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Genève 1968.

² J. Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law. General Course on Public International Law* (2013), Recueil des cours de l'Académie de droit international (dalej: RCADI), vol. 365 (2014), § 87.

³ J. Donnelly, *State Sovereignty and Human Rights*, Graduate School of International Studies Working paper no. 21, 2004, s. 1: “Confusion over the term sovereignty is a common lament”.

1. Państwo i jego kompetencje

1.1. Państwo i jego uznanie

Nie istnieje w prawie międzynarodowym przyjęta powszechnie definicja prawna państwa. Nie wydaje się zresztą, by taka definicja była potrzebna, pomijając fakt, że trudno byłoby ją uzgodnić. Panuje jednak w doktrynie zgoda, że pod pojęciem tym rozumie się strukturę władzy politycznej, która sprawuje samodzielne rządy na określonym terytorium i wobec grupy stałej ludności⁴. Najistotniejszym elementem i cechą jakościową, pozwalającą wyróżnić państwo wśród innych podmiotów, jest jego suwerenność, bez której nie istnieje państwo w znaczeniu międzynarodoprawnym. Nie ma suwerenności państwa (jego prawnego statusu) bez prawa międzynarodowego. Jako podmiot suwerenny tylko państwo korzysta w pełni ze zdolności prawnej i zdolności do działań prawnych w sferze prawa międzynarodowego.

Państwo możemy postrzegać jako byt polityczno-społeczny oraz jako byt prawny (osobę prawną). Państwo posiada podmiotowość międzynarodoprawną, natomiast nie wszystkie podmioty tego prawa są suwerenne (np. organizacje międzynarodowe).

Państwo jako byt polityczno-społeczny to zbiorowość ludzka na określonym terytorium poddana jednej władzy stanowiącej i egzekwującej prawo (monopol przymus) w odniesieniu do podlegających jej terytorium, podmiotów i zdarzeń. Dla powstania tak rozumianego państwa istotne znaczenie mają przesłanki faktyczne (terytorium, ludność i władza). Jest to wynik politycznej woli ludności (samostanowienie) uznanej przez inne państwa, na co mogą niekiedy wpływać postanowienia konferencji lub organizacji mię-

⁴ Convention on Rights and Duties of States (Montevideo 1933): "Article 1. The state as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with the other states. Article 2. The federal state shall constitute a sole person in the eyes of international law". Termin "government" oznacza w tym przypadku całość władzy. Co do zdolności wchodzenia w relacje z innymi podmiotami prawa międzynarodowego jest to raczej konsekwencja państwowości lub podmiotowości niż element definicji państwa jako osoby prawnej.

dzynarodowych albo walka narodowo-wyzwoleńcza. Państwo jako struktura polityczno-społeczna jest bytem pierwotnym, który nie zostaje stworzony przez prawo międzynarodowe.

W perspektywie międzynarodowej państwo nie jest sumą trzech wspomnianych elementów, lecz są one niezbędnymi przesłankami, które skutkują prawnie zaistnieniem państwa jako podmiotu (osoby) prawa międzynarodowego. Państwo czerpie swoją podmiotowość z prawa międzynarodowego, a wynika z niej pełna (w przeciwieństwie do innych podmiotów prawa międzynarodowego) zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych, czyli zdolność bezpośredniego posiadania praw i obowiązków płynących z prawa międzynarodowego⁵.

Cel polityczny państwa polega na realizacji określonych funkcji, które najogólniej dotyczą dobra wspólnego, czyli bezpieczeństwa, praworządności, stabilności i dobrobytu państwa jako całości, w tym jego ludności. Istotne znaczenie posiada współcześnie demokratyczna legitymizacja i akceptacja społeczna oraz realizacja pewnych wartości wspólnych, co jednak nie znaczy, że każde państwo spełnia te wymogi.

Zasadnicze pytanie dotyczy momentu, od którego terytorialna struktura władzy (twór polityczno-społeczny) uzyskuje międzynarodowoprawny status państwa. Kwestia ta ma o tyle znaczenie, o ile pojęcie suwerenności łączy się tylko z państwem, a nie z innymi podmiotami.

Mimo że przygniatająca liczba państw nie ma obecnie problemów z uznaniem, to jednak w praktyce pojawia się w niewielkiej skali szara strefa. Funkcjonują w niej podmioty efektywnej władzy, mające kłopoty z uznaniem albo całkowicie pozbawione uznania. Nie ulega wątpliwości, że zwiększenie się liczby państw jest problemem dla prawa i praktyki międzynarodowej, ponieważ różnice między nimi w rozwoju politycznym i gospodarczo-społecznym są niebagatelne.

Uznanie, jako akt jednostronny i adresowany do konkretnego państwa, stwarza przede wszystkim relację dwustronną. Akt ten ma charakter poli-

⁵ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Paris 2010 (10^e édition): «L'Etat entretien avec le droit international des relations contradictoires: comme réalité historique il lui est antérieur, mais comme phénomène juridique il le constitue autant qu'il en procède. Il le constitue puisque le droit international est le produit des concessions des Etats; il en procède en ce que c'est le droit international lui-même qui permet de discerner dans une collectivité naturelle concrète les traits caractéristiques de ce qu'il appelle abstraitement 'Etat' et, en la qualifiant ainsi, de la doter d'un statut préexistant et de la faire entrer en cette qualité dans la société internationale» (s. 266).

tyczny i dyskrejonalny, a polega na akceptacji faktów, co wywołuje pewne skutki prawne. Nie ma jednak w prawie międzynarodowym obowiązku uznania państwa, ani obowiązku nieuznawania⁶.

W kwestii uznania państwa ścierają się w doktrynie różne koncepcje – deklaratywna (najczęściej preferowana w doktrynie) oraz konstytutywna, przy czym żadna z nich nie jest bez wad⁷. Zgodnie z koncepcją deklaratywną państwo jest pierwotnym bytem polityczno-społecznym, którego nie tworzy prawo międzynarodowe. Uznanie przez inne państwa jest tylko potwierdzeniem tego stanu rzeczy. W świetle teorii deklaratywnej, dany twór jest państwem nie z powodu międzynarodoprawnego uznania, lecz – odwrotnie – zostaje uznany, ponieważ jest państwem (w znaczeniu polityczno-społecznym). Zgodnie z koncepcją konstytutywną dla zaistnienia państwa jako pomiotu prawa międzynarodowego rozstrzygające jest uznanie przez inne państwa. Główny problem dotyczy jednak kontrowersji związanych z jednostronną i polityczną oceną przesłanek uznania. Całkowity brak uznania znaczy, że dana struktura władzy nie ma międzynarodoprawnego statusu państwa, co nie wyklucza, iż może korzystać z pewnych elementów podmiotowości międzynarodoprawnej.

⁶ W rzadkich przypadkach Rada Bezpieczeństwa ONZ wzywała do nieuznawania nowych podmiotów i nieutrzymywania z nimi stosunków dyplomatycznych, np. rezolucje RB 216 i 217 (1965) dot. Rodezji Południowej, rezolucja RB 541 (1983) dotycząca Tureckiej Republiki Cypru Północnego. Zob. też rezolucja RB 269 (1969) dotycząca Namibii oraz rezolucja ZO ONZ z 24 marca 2014 (A/68/L.39) dotycząca nieuznawania aneksji Krymu przez Rosję.

⁷ W.T. Worster, *Law, Politics, and the Conception of the State in State Recognition Theory*, "Boston University International Law Journal", vol. 27 (2009), s. 116: "The competing theories of state recognition and their failings actively demonstrate that recognition of a state does not have any normative content per se, but rather, that the rules of state recognition, although legal rules, are legal vehicles for political choices. (...) In the area of state recognition, no theory of recognition has extinguished competition because no political choice has gained universal acceptance. The predominant political choice is most frequently deliberate indeterminacy, a co-existence of mutually opposing arguments. This indeterminacy is most likely deliberate because it permits the underlying rationale for the legal actor's policies to change and evolve to suit the situation".

Zob. też M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge 2005: "For facts to have significance an anterior legal system must be assumed to exist which invest facts with normative sense" (s. 274); "But if recognition is constitutive and political, then the system fails to protect the initial liberty and equality of the new entity, its right of self-determination" (s. 278).

Praktyka międzynarodowa świadczy o prawnej i politycznej złożoności uznania. Otóż wobec dyskrecjonalnego charakteru uznania oraz jego przesłanek, wymagających każdorazowo oceny *in concreto* i z niewątpliwym udziałem elementów pozaprawnych, pojawiają się niekiedy wątpliwości. Zdarza się, że ze względów politycznych twór spełniający przesłanki państwowości nie zostanie uznany przez kilka lub kilkadziesiąt państw, w innych natomiast przypadkach twór słabo spełniający te przesłanki zostaje uznany niejako awansem. Kryterium efektywności władzy jest wprawdzie istotne, jednak w praktyce międzynarodowej nie zawsze wystarczające dla uznania. W praktyce mamy niekiedy do czynienia z uznaniem przedwczesnym, w innych zaś przypadkach z uznaniem spóźnionym. Innymi słowy, uznanie za państwo nie jest automatyczne. W niektórych przypadkach ma charakter konsolidujący, z umiarkowanym odcieniem konstytutywności w odniesieniu nie tyle do politycznego istnienia państwa, ile jego międzynarodowoprawnego statusu⁸.

Co do państw, w których władza jest bardzo mało skuteczna albo rozpadła się (tzw. *failing* albo *failed states*⁹), współczesne prawo międzynarodowe skłania się ku uznawaniu fikcji prawnej istnienia państwa¹⁰. Utrzymywanie tej fikcji ma sporo zalet¹¹. Dotyczy to również terytoriów pod okupacją albo międzynarodowym zarządem. Są to często sytuacje przejściowe.

⁸ Convention on Rights and Duties of States (Montevideo 1933): “Article 3. The political existence of the state is independent of recognition by the other states”. Wynika z tego, że czym innym jest „polityczne istnienie państwa”, a czym innym jego międzynarodowoprawne uznanie.

⁹ D. Thürer, *Failing States*, Max-Planck Encyclopedia of Public International Law (dalej: EPIL), February 2009; A. Szpak, *Fenomen „państw upadłych” w świetle prawa międzynarodowego*, Toruń 2014.

¹⁰ Państwo Polskie istniało w czasie drugiej wojny światowej mimo aneksji lub okupacji jego terytorium przez Trzecią Rzeszę i Związek Sowiecki.

¹¹ R.J. Delahunty, J. Yoo, *Statehood and the Third Geneva Convention*, “Virginia Journal of International Law”, vol. 46 (2005): “First, the logic of state derecognition may seem to carry terrifying consequences: it could threaten to disestablish too many existing states – or what commonly pass for states – and thus undermine the international order that depends on statehood as its organizing principle. (...) In effect, the international community may fear that the derecognition of a particular failed state – i.e., the withdrawal of the recognition of its international legal sovereignty – risks ‘domino’ effects. (...) Second, as a practical matter, derecognition would force the issue of what was to be done with a now-stateless territory and population. (...) Preserving the legal fiction of statehood can serve to justify a policy of non-intervention that was arrived at for other, less readily avowable, reasons.

Podmiotowość międzynarodowoprawna nie przesądza o istnieniu państwa, znamy bowiem niepaństwowe podmioty o ograniczonej zdolności prawnej lub zdolności do działań prawnych¹², np. organizacje lub organy międzynarodowe, Stolica Apostolska, *de facto regimes*, strona wojująca, powstańcy, organizacje narodowo-wyzwoleńcze lub Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża¹³.

Uznanie za państwo powoduje, że dany podmiot nabywa międzynarodowoprawny status państwa (pełnia międzynarodowoprawnych praw i obowiązków). Całkowity brak uznania danej struktury władzy oznacza, iż nie mamy do czynienia z państwem w rozumieniu statusu międzynarodowoprawnego, a jedynie z podmiotem (provincją), który lokalnie sprawuje trwałą i skuteczną kontrolę na danym terytorium z wyłączeniem innych podmiotów, z reguły władz centralnych państwa (np. Naddniestrze, Górski Karabach, Somaliland, Ludowa Republika Doniecka, Ludowa Republika Ługańska). Można wówczas sądzić, że brak uznania jest konstytutywny. W takich, rzadkich wprawdzie przypadkach trudno twierdzić, iż międzynarodowoprawny status państwa to wyłącznie sprawa faktów. Sytuacja komplikuje się, jeżeli wspomniana struktura władzy uzyskała uznanie jednego (Republika Północnego Cypru) lub tylko kilku państw (Osetia Południowa, Abchazja).

Third, international derecognition of States may make internal conditions in those territories even worse. So long as a pretense of statehood can reasonably be kept up, there might be hope that functioning government could be restored. Moreover, if a state has disappeared, it is arguable that the obligations it has incurred under human rights treaties will have lapsed. That, in turn, may worsen conditions for the local population. (...) Fourth, the legal concept of statehood, and the canonical tests for applying it, are by no means clear-cut or hard-edged. There may be substantial and legitimate reasons to disagree whether statehood in a given territory has in fact disappeared. (...) Fifth, if a state is deemed to exist no longer, treaty relationships with that state are disrupted, perhaps without possibility of repair. It might seem the wiser part to espouse the conservative legal policy of maintaining stable treaty relationships – even if they are purely fictitious – in the hope that they may be resumed at a later time” (s. 149-151).

¹² CIJ. Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif du 11 avril 1949: «Les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits; et leur nature dépend des besoins de la communauté. Le développement du droit international, au cours de son histoire, a été influencé par les exigences de la vie internationale, et l'accroissement progressif des activités collectives des États a déjà fait surgir des exemples d'action exercée sur le plan international par certaines entités qui ne sont pas des États» (s. 178).

¹³ O zdolności traktatowej A. Peters, *Treaty-Making Power*, EPIL, March 2009.

Trwałe struktury władzy, które mają uznanie tylko nielicznych państw, określa się niekiedy mianem *de facto regimes*. Autorem tego pojęcia jest niemiecki autor¹⁴, którego pierwotnym celem było określenie statusu prawnego Niemieckiej Republiki Demokratycznej w kontekście polityki i pozycji prawnych Republiki Federalnej Niemiec. Kwalifikacja *de facto regimes* dotyczy przede wszystkim podmiotów, które lokalnie, trwale i efektywnie kontrolują pewne terytorium¹⁵. Posiadają one niektóre międzynarodowopravne prawa i obowiązki wiążące się na przykład z zakazem użycia siły, przestrzeganiem międzynarodowego prawa humanitarnego lub międzynarodowych praw człowieka¹⁶. Mogą też niekiedy nawiązywać stosunki dyplomatyczne i konsularne z państwami, które je uznały. Względy obrotu międzynarodowego, lecz również troska o prawa ludności tych terytoriów powodują, że niektóre działania i akty prawne *de facto regimes* będą uznane przez inne państwa (np. akty stanu cywilnego). Praktyka dowodzi jednak, że *de facto regimes* dysponują z reguły ograniczoną podmiotowością międzynarodowopravną i są one tylko w niewielkim zakresie zdolne uczestniczyć w obrocie międzynarodowopravnym i korzystać z międzynarodowopravnej ochrony¹⁷.

De facto regimes istnieją zazwyczaj dlatego, że władze centralne nie są w stanie lub nie chcą ich zlikwidować, co wynika głównie ze względów

¹⁴ J.A. Frowein, *De Facto Regime*, EPIL, March 2013; J van Essen, *De Facto Regimes in International Law*, "Merkourios – Utrecht Journal of International and European Law", vol. 28, Issue 74 (2012), s. 31-49, przy czym ten ostatni autor rozróżnia między *de facto regime*, *de facto state* oraz *de facto government*.

¹⁵ J. van Essen (przyp. 14), s. 32.

¹⁶ A. Cullen, S. Wheatley, *The human rights of individuals in de facto regimes under the European Convention on Human Rights*, "Human Rights Law Review", vol. 13 (2013), s. 691-728.

¹⁷ J. Combacau, S. Sur (przyp. 5), s. 291: «[C]es droits dont jouit l'Etat hors de toute reconnaissance, il ne peut les faire valoir par les moyens que lui attribue le droit international qu'une fois reconnu par un nombre suffisant d'Etats. (...) L'Etat ne mène une existence internationale normale et ne peut réellement exercer certains des droits dont il jouit qu'à partir du moment où, par reconnaissance, il entre en relations officielles avec d'autres»; J. van Essen (przyp. 14), s. 49: "Governments seem to find it necessary to express their disapproval of these regimes by not (fully) including them in international decision-making. Such policies will continue to prevent DFRs from being fully operational international actors, blocking meaningful cooperation with them and making it impossible to expect their full adherence to international norms. Only if DFRs are given a meaningful place in the international legal order, i.e. by according them full ILP, can they be held fully responsible for international standards deemed obligatory for other international actors".

politycznych¹⁸. Rzuca się w oczy, że powstają one najczęściej w wyniku naruszenia zasady samostanowienia ludów oraz nielegalnego zajęcia części terytorium państwa przy użyciu siły. W doktrynie przeważa pogląd o nieuznawaniu związanych z tym skutków prawnych, nie jest to jednak norma powszechnego prawa międzynarodowego¹⁹. Tendencja ta jest o tyle słuszna, o ile bezkrytyczna akceptacja faktów prowadziłyby w prostej linii do uznawania kolejnych bantustanów (ostatnio głównie rosyjskich).

Grupa kwalifikowana w doktrynie jako *de facto regimes* wymaga wszakże pewnego zróżnicowania. Jeśli odmowa uznania za państwo wynika głównie ze względów prawnych, to traktowanie takich podmiotów jako państwa (korzystającego w pełni z międzynarodowoprawnej ochrony i praw) wydaje się wątpliwe. Ich międzynarodowoprawna ochrona winna być raczej zredukowana.

Przykładowo, gdyby anektowany przez Rosję w 2014 r. Krym utrzymał swoją odrębność (do czego jednak nie doszło, ponieważ zaraz po proklamowaniu niepodległości wyraził wolę włączenia do Rosji, co stało się faktem), to pojawia się pytanie, czy wobec podjętej w niedługim czasie hipotetycznej próby likwidacji takiej secesji przez Ukrainę, uznany przez Rosję za państwo Krym mógłby skorzystać z istniejącego w prawie międzynarodowym prawa do samoobrony, a zwłaszcza zbiorowej samoobrony (z udziałem Rosji)? Wydaje się, że odpowiedź winna być negatywna (nie ma samoobrony przeciwko legalnemu działaniu w samoobronie).

¹⁸ Przykładowo, władze Mołdowy mogłyby siłą zlikwidować rebelię nieuznaną przez nikogo prowincji Naddniestrza, nie czynią jednak tego, ponieważ są za słabe, by wchodzić w konflikt z Rosją.

¹⁹ Convention on Rights and Duties of States (Montevideo 1933): "Article 11. The contracting states definitely establish as the rule of their conduct the precise obligation not to recognize territorial acquisitions or special advantages which have been obtained by force"; The Arbitration Commission of the Conference on Yugoslavia (the 'Badinter Arbitration Commission'). Opinion No. 3: "Fourth – According to a well-established principle of international law the alteration of existing frontiers or boundaries by force is not capable of producing any legal effect. This principle is to be found, for instance, in the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations (General Assembly Resolution 2625 (XXV)) and in the Helsinki Final Act". W rzadkich przypadkach Rada Bezpieczeństwa ONZ wzywała do nieuznawania nowych państw i nieutrzymywania z nimi stosunków dyplomatycznych, np. rezolucje RB 216 i 217 (1965) dot. Rodezji Południowej, rezolucja 541 (1983) dotycząca Tureckiej Republiki Cypru Północnego.

Inna jest natomiast sytuacja podmiotów, którym odmawia się uznania przede wszystkim, jeśli nie wyłącznie, ze względów pozaprawnych. Przykładem tej ostatniej kategorii były albo są kłopoty z uznaniem dawnej NRD lub Republiki Chin (Tajwan), które spełniają lub spełniały przesłanki państwowości. Liczba uznań NRD rosła z czasem, a w momencie przyjęcia NRD i RFN do ONZ w 1973 r. stosowanie terminu *de facto regime* (podobnie jak wcześniejszej tzw. doktryny Hallsteina) okazało się przeżytkiem. Co do Tajwanu, był on członkiem ONZ do roku 1971, kiedy to fotel Chin w ONZ zajęty został przez Chińską Republikę Ludową. Zarówno Pekin, jak i Tajpej pretendują do tytułu jedyne go reprezentanta Chin. Siła i znaczenie Pekinu powodują, że od lat 1970 większość państw zrezygnowała z utrzymywania stosunków dyplomatycznych z Tajwanem (utrzymując je jednak w innej formie), ponieważ nie mogłyby utrzymywać ich z Pekinem.

Konkludując, kontrowersje wokół deklaratywnej i konstytutywnej koncepcji uznania państwa wydają się do pewnego stopnia jałowe. W kwestii państwowości zarówno fakty, jak i ich prawne uznanie mają łącznie znaczenie²⁰. Uznanie państwa nie jest zawsze tak proste jak się wydaje. Praktyka bywa tu bogatsza niż teoria i zdarzają się przypadki sytuacji niejasnych, wynikające często z nadzwyczajnych i przejściowych okoliczności²¹. Odnotujemy zwłaszcza fakt, że opinie komisji Badintera (stojącej na gruncie teorii deklaratywnej) uzależniały uznanie nowych państw na terytorium b. Jugosławii od spełnienia dodatkowych i specyficznych przesłanek dotyczących demokratycznego ustroju lub ochrony mniejszości narodowych. Można to kolokwialnie określić jako „wyższe piętro” koncepcji deklaratywnej, jednak przesłanki te nie mają powszechnej mocy prawnie wiążącej.

1.2. Zasada samostanowienia ludów

1.2.1. Zasada samostanowienia dotyczy, jak wskazuje jej nazwa, ludów, a nie państw. Wspominamy o niej, ponieważ w pewnych okolicznościach stanowi ona impuls prawny dla powstania nowego państwa, względnie odłą-

²⁰ M. Koskeniemi (przyp. 7), s. 280: “Statehood seems dependent on both facts and an external cognition of facts. But neither alternative seems fully acceptable”.

²¹ Przykładowo C. Ryngaert, S. Sobried, *Recognition of States: International Law or Realpolitik? The Practice of Recognition in the Wake of Kosovo, South Ossetia, and Abkhazia*, “Leiden Journal of International Law”, vol. 24/2 (2011), s. 467-490; D. Türk, *Recognition of States: A Comment*, “European Journal of International Law” (dalej: EJIL), vol. 4/1 (1993), s. 66-91 (tamże teksty opinii Komisji Badintera).

czenia się części terytorium państwa, a także dla ochrony praw człowieka w państwie. Jest to więc zagadnienie powiązane z pojęciem suwerenności.

Doktryna samostanowienia ludów²² sięga swymi początkami okresu rewolucyjnych zmian w USA i we Francji w końcu XVIII wieku. Na początku XX wieku miała ona charakter dyrektywy politycznej (np. deklaracja prezydenta Wilsona z 1918 r.) dotyczącej swobody ludu w utworzeniu lub kształtowaniu własnego państwa. Dopiero w Karcie Narodów Zjednoczonych uzyskała ona status zasady prawnej, której treści Karta nie precyzuje. Zgodnie z art. 1 ust. 2 Karty, celem ONZ jest „rozwijać między narodami przyjazne stosunki oparte na poszanowaniu zasady równouprawnienia i samostanowienia ludów oraz stosować inne odpowiednie środki dla umocnienia powszechnego pokoju”.

W trakcie dekolonizacji samostanowienie ludów zakwalifikowano jako prawo dotyczące swobodnego określenia ich statusu politycznego, zwłaszcza zaś wyzwolenia się spod obcej dominacji i utworzenia własnego państwa. W rezolucji 1514 (XV) Zgromadzenia Ogólnego ONZ²³, w Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych (1966)²⁴ oraz w Akcie końcowym KBWE z Helsinek (1975)²⁵ podjęto próbę skonkretyzowania pojęcia samostanowienia.

²² Szerzej na ten temat S. Oeter, *Self-Determination*, (w:) *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol. I, Oxford 2012 (B. Simma and al. ed.), s. 313 i nast.; G. Zyberi, *Self-Determination Through the Lens of the International Court of Justice*, “Netherlands International Law Review”, vol. LVI (2009), s. 429-453; D. Thürer, Th. Burri, *Self-Determination*, EPIL 2008; J.R. Crawford (przyp. 1); M.G. Kohen (ed.), *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge 2006; K. Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law*, Cambridge 2002; D. Raič, *Statehood & the Law of Self-Determination*, Leiden, Boston, 2002; A. Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge 1995.

²³ UN General Assembly Resolution 1514 (XV) of 14 December 1960. Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples: “2. All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development”.

²⁴ „Artykuł 1. 1. Wszystkie ludy mają prawo do samostanowienia. Z mocy tego prawa swobodnie określają one swój status polityczny i swobodnie zapewniają swój rozwój gospodarczy, społeczny i kulturalny. (...) 3. Państwa-Strony niniejszego Paktu, włącznie z Państwami odpowiedzialnymi za administrację terytoriów niesamodzielnych i terytoriów powierniczych, będą popierały realizację prawa do samostanowienia i będą szanowały to prawo zgodnie z postanowieniami Karty Narodów Zjednoczonych”.

²⁵ Akt końcowy Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (1975): „VIII. Równouprawnienie i prawo ludów do samostanowienia. Państwa uczestniczące będą szanować równe prawa ludów i ich prawo do samostanowienia, działając zawsze

Wraz z zakończeniem procesu dekolonizacji samostanowienie postrzegane jest w dwóch wariantach. Aspekt wewnętrzny (konstytucyjnoprawny) odnosi się do państwa, które w demokratycznych ramach zapewnić ma żyjącym w nim ludom swobodny wybór statusu politycznego oraz tożsamość. Ten aspekt może dotyczyć całej ludności państwa albo jej części (np. autonomia i przywileje mniejszości narodowej).

Aspekt zewnętrzny (międzynarodowoprawny) samostanowienia wynika z nieprzestrzegania samostanowienia w rozumieniu wewnętrznym i łączy się zagadnieniem secesji²⁶. Ta ostatnia polega na odłączeniu się części terytorium państwa macierzystego (które istnieje nadal) w celu utworzenia własnego państwa albo przyłączenia się do innego państwa. Secesja nie wpływa bezpośrednio na status międzynarodowoprawny państwa oraz charakter jego władzy, skutkuje jednak zmianą jego granic, czyli terytorialnego zakresu władzy.

W epoce postkolonialnej jesteśmy świadkami zmiany akcentów²⁷. Samostanowienie definiuje się wprawdzie nadal jako swobodę ludów w określaniu ich statusu politycznego, jednak w połączeniu z określonym terytorium i z perspektywy stabilności istniejących (w tym również nowych) państw. W rezolucji ZO ONZ 2625 (XXV)²⁸ czytamy: „Nic w poprzednich paragrafach nie powinno być interpretowane jako upoważniające lub zachęcające do jakiegokolwiek działalności, która rozbijałaby lub naruszała, w całości lub w części, integralność terytorialną lub jedność polityczną suwerennych i niepodległych państw, postępujących zgodnie z zasadą równouprawnienia i samostanowienia ludów, jak to zostało wyżej opisane, a zatem posiadających rząd reprezentujący cały lud należący do danego terytorium bez względu na rasę, wyznanie lub kolor skóry”.

zgodnie z celami i zasadami Karty Narodów Zjednoczonych i odpowiednimi normami prawa międzynarodowego, włączając w to normy odnoszące się do integralności terytorialnej państw. Na mocy zasady równouprawnienia i samostanowienia ludów wszystkie ludy mają zawsze prawo swobodnie określać, kiedy i jak sobie życzą, ich wewnętrzny i zewnętrzny status polityczny, oraz bez zewnętrznej ingerencji ukierunkowywać, według swego uznania, ich rozwój polityczny, gospodarczy, społeczny i kulturalny”.

²⁶ D. Thürer, Th. Burri, *Secession*, EPIL 2009; J. Vidmar, *Remedial Secession in International Law: Theory and (Lack of) Practice*, “St Antony’s International Review”, vol. 6/1 (2010), s. 37-56.

²⁷ M. Weller, *Settling Self-determination Conflicts: Recent Developments*, EJIL, vol. 20/1 (2009), s. 111-165.

²⁸ UN General Assembly Resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970. Declaration on Principles of International Law, Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations.

Z ostatniego fragmentu wnosić należy, iż o ile w sytuacji kolonialnej prawo międzynarodowe sprzyjało jednostronnej secesji w przypadku niespektowania zasady samostanowienia ludów, o tyle w epoce postkolonialnej jednostronna secesja jest dopuszczalna wyjątkowo i tylko w ograniczonym zakresie (nieprzestrzeganie samostanowienia w rozumieniu wewnętrznym)²⁹. Zauważmy, że w okresie dekolonizacji samostanowienie nie realizowało się w drodze secesji *sensu stricto*, ponieważ terytoria kolonialne nie stanowiły formalnie części terytorium państwa metropolitalnego³⁰. Wyzwalanie się spod kolonializmu miało szerokie poparcie ze strony ONZ i dokonywało się niekiedy w warunkach zbrojnej walki narodowo-wyzwoleńczej³¹. Uzyskanie niepodległości odbywało się często z zachowaniem granic byłych terytoriów kolonialnych (doktryna *uti possidetis*), co oznaczało specyficzną interpretację i pewne ograniczenie zasady samostanowienia ludów³².

W wąskim rozumieniu, secesja ma charakter jednostronny, w szerszym odbywa się w porozumieniu z państwem macierzystym. Opowiadając się za wariantem kontraktualnym osłabiamy jednak element „*self*” koncepcji „*self-determination*”. Secesji jednostronnej towarzyszy z reguły spore napięcie polityczne, a nierzadko militarne, co sprawia, że szanse jej powodzenia, a następnie uznania są skromniejsze.

Od secesji należy odróżnić rozpad państwa – w pierwszym przypadku państwo macierzyste, od którego odłącza się część terytorium, istnieje nadal; w drugim natomiast z jednego państwa powstaje kilka państw, a państwo pierwotne przestaje istnieć. Nie sposób jednak pominąć faktu, iż do rozpadu dochodzi zazwyczaj w wyniku ruchów odśrodkowych, mających charakter secesyjny.

²⁹ D. Thürer, Th. Burri (przyp. 22), § 17.

³⁰ Declaration (przyp. 28): “The territory of a colony or other Non-Self-Governing Territory has, under the Charter, a status separate and distinct from the territory of the State administering it; and such separate and distinct status under the Charter shall exist until the people of the colony or Non-Self-Governing Territory have exercised their right of self-determination in accordance with the Charter, and particularly its purposes and principles”.

³¹ Zgodnie z art. 1 Protokołu I (1977) do Konwencji genewskich z 1949 r. walka narodowo-wyzwoleńcza w kontekście prawa do samostanowienia traktowana jest jako międzynarodowy konflikt zbrojny.

³² CIJ. Affaire du différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali), arrêt du 22 décembre 1986: «25. (...) C'est le besoin vital de stabilité pour survivre, se développer et consolider progressivement leur indépendance dans tous les domaines qui a amené les Etats africains à consentir au respect des frontières coloniales, et à en tenir compte dans l'interprétation du principe de l'autodétermination des peuples».

Prawo międzynarodowe chroni stabilność państwa, ustanawiając między innymi zakaz użycia siły zbrojnej, zakaz interwencji w sprawy wewnętrzne lub nakaz poszanowania jego integralności terytorialnej. W przypadku secesji wynikającej z naruszenia dwóch pierwszych zasad, przeważa tendencja do prawnego nieuznawania powstałego w jej wyniku państwa. Co się tyczy zasady poszanowania integralności terytorialnej państw³³ nie ma ona charakteru absolutnego i dopuszczalne są od niej odstępstwa. Sprzeczność między samostanowieniem w formie secesji a integralnością terytorialną nie wydaje się nieprzezwycięzalna i wymaga wyważenia argumentów, w przeciwnym bowiem razie zasada samostanowienia traciłaby swój sens.

Elementem międzynarodowoprawnej ochrony państwa jest restryktywne podejście do secesji. Jedno wydaje się pewne: nie istnieje współcześnie bezwarunkowe prawo do secesji, ani też bezwzględny zakaz secesji³⁴. Prawo

³³ Art. 2 ust. 4 Karty NZ: „Wszyscy członkowie powstrzymają się w swych stosunkach międzynarodowych od groźby użycia siły lub użycia jej przeciwko integralności terytorialnej lub niezawisłości politycznej któregokolwiek państwa bądź w jakikolwiek inny sposób niezgodny z celami Organizacji Narodów Zjednoczonych”; Akt końcowy Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (1975): „IV. Integralność terytorialna państw. Państwa uczestniczące będą szanować integralność terytorialną każdego z Państw uczestniczących. Zgodnie z tym będą się powstrzymywać od wszelkich działań, niezgodnych z celami i zasadami Karty Narodów Zjednoczonych, przeciwko integralności terytorialnej, niepodległości politycznej lub jedności któregokolwiek z Państw uczestniczących, a w szczególności od wszelkich takich działań stanowiących groźbę użycia siły lub jej użycie. Państwa uczestniczące będą także powstrzymywać się od czynienia terytorium któregokolwiek z nich przedmiotem okupacji wojskowej lub innych bezpośrednich lub pośrednich środków przymusu, podejmowanych wbrew prawu międzynarodowemu, albo przedmiotem nabycia przy użyciu takich środków lub pod groźbą ich użycia. Żadna taka okupacja lub nabycie nie będą uznane za legalne”.

³⁴ CIJ. Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif du 22 juillet 2010: «56. (...) La Cour n'est pas tenue (...) de prendre parti (...) sur le point de savoir si le droit international confère en général à des entités situées à l'intérieur d'un Etat existant le droit de s'en séparer unilatéralement. Il se pourrait parfaitement, en effet, qu'un acte – tel qu'une déclaration unilatérale d'indépendance – ne soit pas en violation du droit international, sans constituer nécessairement l'exercice d'un droit conféré par ce dernier; (...) 81. (...) Le Conseil de sécurité s'est prononcé sur la situation telle qu'elle se présentait concrètement lorsque les déclarations d'indépendance ont été faites; l'illicéité de ces déclarations découlait donc non de leur caractère unilatéral, mais du fait que celles-ci allaient ou seraient allées de pair avec un recours illicite à la force ou avec d'autres violations graves de normes de droit international

międzynarodowe charakteryzuje się w tym względzie neutralnością, którą określić można mianem zamierzonego przemilczenia.

W dobie pokolonialnej punktem wyjścia dla międzynarodowoprawnej oceny legalności secesji jest naruszenie wewnętrznego aspektu samostanowienia (innymi słowy, spełnienie tego wymogu czyni secesję bezprzedmiotową). Ta konieczna przesłanka okazuje się jednak niewystarczająca. Dla pełnej oceny trzeba jeszcze ustalić³⁵, iż: 1) mamy do czynienia z ludem/narodem (tu pojawia się niełatwa kwestia definicji tych pojęć) powiązany z określonym terytorium; 2) państwo macierzyste narusza masowo i w poważnej skali podstawowe prawa jego obywateli, zwłaszcza dopuszcza się zbrodni przeciwko ludzkości; 3) nie istnieje inna opcja samostanowienia (zwłaszcza w aspekcie wewnętrznym), czyli mamy do czynienia z sytuacją *ultima ratio*³⁶, zbliżoną rodzajowo do sytuacji kolonialnej. W doktrynie podkreśla się znaczenie demokratycznych zasad i procedur poprzedzających decyzję o secesji, zwłaszcza szerokiego i autentycznego poparcia społecznego oraz wyczerpania metod pokojowych³⁷.

Nie każde zatem ograniczenie wewnętrznego aspektu samostanowienia upoważnia do secesji, która z kolei nie zawsze będzie legalna z punktu widzenia prawa międzynarodowego. Ponadto nie każdy przypadek uzasadniający secesję prowadzi do jej powodzenia (np. los Kurdów). Nielegalność

général, en particulier de nature impérative (jus cogens). Or, dans le cas du Kosovo, le Conseil de sécurité n'a jamais pris une telle position. Selon la Cour, le caractère exceptionnel des résolutions susmentionnées semble confirmer qu'aucune interdiction générale des déclarations unilatérales d'indépendance ne saurait être déduite de la pratique du Conseil de sécurité».

³⁵ I. Urrutia Libarona, *Territorial Integrity and Self-Determination: The Approach of the International Court of Justice in the Advisory Opinion on Kosovo*, "Revista d'Estudis Autonòmics i Federals", nr 16, octubre 2012, s. 107-140; Ch.J. Borgen, *Kosovo's Declaration of Independence: Self-Determination, Secession and Recognition*, "ASIL Insight", February 29, 2008.

³⁶ Zob. Supreme Court (Canada). Reference re Secession of Quebec, Judgment of 20 August 1998 (2 SCR 217), §§ 126, 134, 138.

³⁷ Zob. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). Opinion on "whether the decision taken by the Supreme Council of the Autonomous Republic of Crimea in Ukraine to organise a referendum on becoming a constituent territory of the Russian Federation or restoring Crimea's 1992 Constitution is compatible with constitutional principles", adopted at its 98th Plenary Session (Venice, 21-22 March 2014); European Commission for Democracy Through Law. Self-Determination and Secession in Constitutional Law. Report adopted by the Commission at its 41th meeting (Venice, 10-11 December 1999). Zob. też przyp. 35.

secesji z punktu widzenia prawa krajowego (konstytucyjnego) nie przesądza automatycznie o jej nielegalności w płaszczyźnie międzynarodoprawnej.

Secesja jest przede wszystkim kwestią faktów – musi to być zatem działanie udane i dopiero wtedy pojawia się problem jej międzynarodoprawnego uznania³⁸. W praktyce postkolonialnej powodzenie secesji wbrew państwu macierzystemu należy do rzadkości³⁹.

Konkludując, zasada samostanowienia ludów jest obecnie powszechnie uznana w prawie międzynarodowym, jednak jej treść nie jest jednoznaczna⁴⁰. Pojawiają się kontrowersje co do tego, czy i w jakich okolicznościach oraz w jaki sposób zasada ta może być realizowana. Pojęcie samostanowienia ulega ewolucji i pewnym ograniczeniom (akcentuje się przede wszystkim jego realizację w wariacie wewnętrznym). Samostanowienie (w wariacie wewnętrznym i zewnętrznym) nie ma bezpośredniego wpływu na międzynarodoprawny status państwa. Poza kontekstem kolonialnym zasada samostanowienia ludów została w znacznym stopniu podporządkowana zasadzie integralności terytorialnej państwa, co jednak nie wyklucza legalność secesji jako specyficznej i wyjątkowej formy samostanowienia ludów⁴¹.

³⁸ Zob. J. Dugard, D. Raič, *The role of recognition in the law and practice*, (w:) M.G. Kohen (przyp. 22); R. Rich, *Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union*, EJIL, vol. 4/1 (1994), s. 36-65; Reference (przyp. 36), § 155.

³⁹ Szerzej J. Crawford (przyp. 1).

⁴⁰ D. Thürer, Th. Burri (przyp. 22): “26. The considerable problems with the right to self-determination (...) show that legal and extra-legal aspects are probably more strongly intermingled in self-determination than with other rights and principles. In light of this, one seems well advised to look beyond the mere status issue of self-determination. Whether self-determination is to be understood as a right or not does not seem to be the decisive issue. (...) 45. The principle of self-determination (...) does not have an absolute character. (...) It should therefore be interpreted and applied in the light of these and other basic principles and rules which together form the constitutive core of the international legal order. This contextual approach relies on the function of the principle of self-determination to maintain and promote stability and justice in international relations. It seems more productive to conceive self-determination in such a broad and functional fashion, than to lay much emphasis on neuralgic points, such as its possible dogmatic qualification as a peremptory norm of international law”.

⁴¹ A. Peters, *Does Kosovo Lie in the Lotus-Land of Freedom?*, “Leiden Journal of International Law”, vol. 24 (2011), s. 102-103: “Seen through the lens of public law, territorial integrity and self-determination are conflicting legal principles. The conflict must be solved by balancing. In the balance-image, the balance seems to be tilted towards territorial integrity. (...) Still, if very weighty factors support the realization of the claim to self-determination in its most extreme form, which is secession, the

1.2.2. W debacie towarzyszącej aneksji Krymu przez Rosję⁴² dokonuje się często porównań z sytuacją Kosowa, co wydaje się nieuprawnione. Należy sądzić, iż – przy wyrażanych niekiedy wątpliwościach⁴³ – secesja Kosowa (2008) spełniała podstawowe (wymienione powyżej) przesłanki legalności i znalazła znaczące międzynarodowe uznanie. Sytuacja Kosowa pod koniec lat 1990-tych została umiędzynarodowiona w wyniku rezolucji 1244 (1999) Rady Bezpieczeństwa ONZ (uchwalonej również za zgodą Rosji). RB uznała tę sytuację za „zagrożenie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa”, wyłączała na obszarze Kosowa władzę Serbii i ustanawiała międzynarodowy zarząd wojskowy (NATO) i cywilny (UNMIK)⁴⁴. Uwzględniając krytyczną sytuację humanitarną zarząd ten miał między innymi na celu utworzenie samorządu oraz zapobieżenie naruszeniom praw ludności Kosowa przez Serbię.

Nawet jeśli władza Serbii nie rozciągała się w latach 1999-2008 na terytorium Kosowa, to należy sądzić, iż brakowało szans na rzeczywistą realizację wewnętrznego aspektu samostanowienia, czyli w ramach państwa serbskiego. Charakter i skala serbskich zbrodni w Kosowie w latach 1998-1999 uniemożliwiały w gruncie rzeczy koegzystencję obu narodów w jednym państwie. Secesję Kosowa poprzedziły długotrwałe negocjacje międzynarodowe, zakończone niepowodzeniem w wyniku oporu Serbii⁴⁵. Secesja ta nie jest

balance may tip against the preservation of the territorial integrity of the state. This might be warranted when massive discrimination and other human rights violations are taking place, and when internal self-determination has been persistently denied”.

⁴² P. Grzebyk, *Aneksja Krymu przez Rosję w świetle prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe”, 2014, nr 1, s. 1-19; J. Kranz, *Kilka uwag na tle aneksji Krymu przez Rosję*, „Państwo i Prawo”, 2014, nr 8, s. 23-40; A. Szpak, *Secesja państwa w świetle prawa międzynarodowego (na przykładzie Kosowa i Krymu)*, „Państwo i Prawo”, 2014, nr 12, s. 38-53.

⁴³ Szerzej R. Kwiecień, *Glosa do opinii doradczej Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 22 lipca 2010 r. w sprawie zgodności z prawem międzynarodowym jednostronnej deklaracji niepodległości Kosowa*, „Kwartalnik Prawa Publicznego”, 2010, nr 3, s. 211-221.

⁴⁴ Zarząd ustanowiony w rezolucji RB 1244 (1999) przewidywał między innymi autonomię Kosowa usytuowaną w perspektywie „ostatecznego rozstrzygnięcia” (final settlement).

⁴⁵ Zob. Interim Agreement for Peace and Self-Government in Kosovo (Rambouillet Accord), February 23, 1999; Letter dated 26 March 2007 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council – Addendum. Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement (S/2007/168/Add. 1).

jednak ani wiążącym prawnie precedensem, ani automatycznie miarodajna dla innych przypadków – każdy z nich wymaga odrębnej analizy.

W opinii doradczej z 2010 r. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) nie oceniał prawa do secesji oraz jej skutków prawnych, odpowiadał tylko na pytanie, czy deklaracja niepodległości Kosowa z 2008 roku jest zgodna z prawem międzynarodowym⁴⁶. Trybunał ograniczył się do stwierdzenia braku sprzeczności tej deklaracji z prawem międzynarodowym, w tym z rezolucją 1244 RB⁴⁷, nie sformułował jednak ogólnych przesłanek dopuszczalności secesji w świetle prawa międzynarodowego. Opinia Trybunału sytuuje się w kontekście udanej secesji, której legalność MTS mógł być choćby pośrednio zakwestionować albo też określić (*obiter dictum*) ogólne przesłanki jej legalności (nie uczynił tego).

Rezolucja 1244 wynikała z politycznego kompromisu, który nie przesądzał o ostatecznym statusie Kosowa i nie odnosił się wprost do ewentualnej secesji Kosowa. Zauważmy jednak, że jako instytucja prawa międzynarodowego secesja ma swój odrębny i samodzielny, określony własnymi przesłankami byt. Innymi słowy, żadna rezolucja nie zastępuje woli ludu Kosowa co do samostanowienia o swoim losie i statusie.

Rosja powołała się na przykład Kosowa w celu uzasadnienia jej działań wobec Krymu⁴⁸. Jest to o tyle zadziwiające, iż w swej argumentacji przed MTS Rosja kwestionowała secesję Kosowa oraz nie uznała go dotąd za państwo. Twierdziła wówczas, iż samostanowienie jest legalne tylko w skrajnych przypadkach, zwłaszcza gdy dany lud jest ofiarą najpoważniejszych prześladowań ze strony państwa macierzystego⁴⁹. Jeśli zatem, zdaniem Rosji, nie zaistniały przesłanki legalnej secesji Kosowa, to w jaki sposób miałyby one być spełnione na Krymie?

Sytuacja Krymu była zdecydowanie różna od Kosowa – trudno zwłaszcza mówić o naruszeniu wewnętrznego aspektu samostanowienia. Co więcej, rzekome samostanowienie mieszkańców Krymu wynikało z bezpośredniego użycia siły przez Rosję oraz manipulacji faktami, w tym urągającego wymogom demokracji tzw. referendum. Wbrew początkowym zaprzecze-

⁴⁶ Avis consultatif (przyp. 34).

⁴⁷ Avis consultatif (przyp. 34), §§ 79-84, 119, 122; zob. też B.M.J. Szewczyk, *Lawfulness of Kosovo's Declaration of Independence*, "ASIL Insight", August 17, 2010.

⁴⁸ Vladimir Putin answered journalists' questions on the situation in Ukraine, 4 March 2014, Novo-Ogaryovo – <http://eng.kremlin.ru/news/6763>

⁴⁹ ICJ. Russia's written statement (16 April 2009), s. 39/40 – <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15628.pdf>

niom prezydent Putin przyznał, że swobodne wyrażenie woli ludności tego regionu stało się możliwe dzięki wsparciu wojsk rosyjskich⁵⁰.

Odłączenie Krymu od Ukrainy i przyłączenie do Rosji stało się nielegalne ze względu na użycie siły zbrojnej⁵¹, nie mieliśmy natomiast na Krymie do czynienia ze samostanowieniem ludu. Zastosowanie tego pojęcia do aneksji terytorialnej jest pułapką myślową sprzyjająca polityce Rosji. Można wręcz sądzić, że aneksja Krymu przez Rosję unicestwiała samostanowienie ludności Krymu. Porównanie sytuacji Krymu z Kosowem wydaje się zatem chybione. Mamy tu do czynienia z imperializmem jako najwyższym stadium tzw. suwerennej demokracji.

1.3. Kompetencja i jurysdykcja

Państwo jako osoba prawna działa przez swoje organy na podstawie i w ramach norm materialnych i proceduralnych, z których wynikają określone kompetencje. Pojęcie kompetencji ma podstawowe znaczenie dla struktury władzy państwowej i dla legalności jej wykonywania. Państwo definiujemy nie przez ilość posiadanych kompetencji, lecz przez jakościowy charakter władzy. Działanie państwa bez podstawy kompetencyjnej jest nielegalne (*ultra vires*), natomiast działanie wbrew celowi, dla którego kompetencja została przyznana, określa się mianem nadużycia kompetencji (*détournement de pouvoir*).

1.3.1. Kompetencja to określona prawem możliwość (zdolność) wykonywania władzy publicznej wobec określonych podmiotów, przedmiotów lub sytuacji⁵². Kompetencja aktualizuje się pod wpływem określonych zdarzeń

⁵⁰ Direct Line with Vladimir Putin, April 17, 2014 – <http://eng.kremlin.ru/transcripts/7034>; Media Forum of Independent Local and Regional Media, April 24, 2014 – <http://eng.kremlin.ru/news/7075>

⁵¹ UN. General Assembly Resolutions of 27 March 2014 (A/RES/68/262). Territorial integrity of Ukraine.

⁵² V. Constantinesco, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris 1974: La compétence est «un ensemble de virtualités juridiques dont le droit ne dit pas, et ne ‘sait’ pas, quel usage (correct) en sera fait par le sujet» (s. 70). La notion de pouvoir est liée à l’exercice de la compétence à tel point qu’on les tient parfois pour synonymes (ce qui n’est pas exact). Une compétence se réalise par l’action d’un organe sous une forme juridique. Autrement dit, dans le cadre d’une compétence l’organe exerce divers pouvoirs pour poser divers actes juridiques. Par conséquent: «une compétence sans pouvoir est inefficace, un pouvoir se développant en dehors ou en l’absence d’une compétence est illégal» (s. 83).

i w postaci określonych form działania organów właściwych rzeczowo, osobowo, miejscowo i czasowo (*ratione materiae, ratione personae, ratione loci, ratione temporis*).

Zakres wykonywania władzy państwa wyznaczają normy prawa krajowego i międzynarodowego. Władza ta sprowadza się do trzech podstawowych segmentów: władzy prawodawczej, wykonawczej i sądowej⁵³. W perspektywie międzynarodowoprawnej kompetencje państwa i ich wykonywanie podlegają pewnym ograniczeniom. Ograniczenia te mogą być prawne lub faktyczne, legalne lub nielegalne, dobrowolne lub przymusowe. Można je postrzegać jako wyznaczenie granicy dla działań jednego państwa lub w perspektywie ochrony innych państw przed działaniami pierwszego. Należy też rozróżniać między legalnymi ograniczeniami kompetencji oraz ich nielegalnymi naruszeniami⁵⁴.

Obok kompetencji pojawia się też termin „jurysdykcja”⁵⁵. Pojęciami tymi należy się posługiwać ostrożnie. Oba oznaczają formę sprawowania władzy, ale nie suwerenność⁵⁶. W niektórych przypadkach termin „kompetencja”

⁵³ W doktrynie amerykańskiej podział ten znajduje odbicie, chociaż tylko w pewnym przybliżeniu, w postaci jurysdykcji stanowiącej, dotyczącej przede wszystkim stosowania prawa (jurisdiction to prescribe), jurysdykcji egzekwującej (jurisdiction to enforce) oraz jurysdykcji sądowej (jurisdiction to adjudicate), zob. Restatement of the Law (Third). The Foreign Relations Law of the United States. The American Law Institute, May 14, 1986: “§ 401. Under international law, a state is subject to limitations on (a) jurisdiction to prescribe, i.e., to make its law applicable to the activities, relations, or status of persons, or the interests of persons in things, whether by legislation, by executive act or order, by administrative rule or regulation, or by determination of a court; (b) jurisdiction to adjudicate, i.e., to subject persons or things to the process of its courts or administrative tribunals, whether in civil or in criminal proceedings, whether or not the state is a party to the proceedings; (c) jurisdiction to enforce, i.e., to induce or compel compliance or to punish noncompliance with its laws or regulations, whether through the courts or by use of executive, administrative, police, or other nonjudicial action”.

⁵⁴ Zob. punkt 4.2.5.

⁵⁵ Zob. przykładowo C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford 2015; A. Mills, *Rethinking Jurisdiction in International Law*, “British Yearbook of International Law”, vol. 84/1 (2013), s. 187-239.

⁵⁶ J. Symonides, *Terytorium państwowe w świetle zasady efektywności*, Toruń 1971, s. 56-57: „Władza, jaką państwo posiada nad i w obrębie swojego terytorium określana bywa jako: suwerenność, zwierzchnictwo, jurysdykcja lub kompetencja. Równoległe występowanie w orzecznictwie i doktrynie tych czterech terminów nie oznacza wcale, by były one synonimami, a ich treść identyczna. O ile bowiem dwa pierwsze mogą być używane zamiennie, o tyle powstają wątpliwości, czy w stosunkach międzynarodowych

można stosować zamiennie z terminem „jurysdykcja”, lecz nie zawsze jest to trafne. Z suwerennego charakteru władzy wynikają określone kompetencje, jednak jurysdykcja nie zawsze wyraża suwerenny charakter władzy.

W klasycznym międzynarodowoprawnym rozumieniu jurysdykcja państwa oznacza zdolność swobodnego i samodzielnego regulowania, za pomocą własnego prawa, sytuacji podmiotów, przedmiotów lub zdarzeń podlegających jego władzy, jednak z uwzględnieniem międzynarodowoprawnych zobowiązań państwa. Jurysdykcja państwa ma przede wszystkim charakter terytorialny, jednak w niektórych przypadkach dopuszcza się legalną jurysdykcję poza jego terytorium (ekstraterytorialność). Znane jest też pojęcie *domestic jurisdiction*, czyli sfery kompetencji wyłącznej, określanej też mianem spraw wewnętrznych⁵⁷. Odrębnym pojęciem jest jurysdykcja sądu.

Używany często termin „suwerenność terytorialna” jest pewnym skrótem, ponieważ chodzi o podkreślenie, że państwo sprawuje suwerenną władzę na swoim terytorium, a jego kompetencja ma wyłączny, pełny i autonomiczny charakter. Na tym terytorium państwo stosuje własne prawo i dysponuje monopolem przymusu. Naruszenie „suwerenności terytorialnej” (podobnie jak integralności terytorialnej) wynika jednak nie tyle z naruszenia suwerenności, ile pogwałcenia konkretnych norm prawa międzynarodowego, np. zakazu użycia siły lub zakazu interwencji⁵⁸.

Dopuszczalne są, zgodne z prawem międzynarodowym, ograniczenia kompetencji terytorialnej, np. placówki dyplomatyczne lub bazy wojskowe. Ekstraterytorialne wykonywanie kompetencji dotyczy może terytorium

jurysdykcja lub kompetencja terytorialna znaczy zawsze to samo co zwierzchnictwo i suwerenność”.

⁵⁷ Zob. punkt 5.1.

⁵⁸ W tym kontekście można się zastanawiać nad trafnością terminologiczną niektórych fragmentów wyroku MTS w sprawie Nikaragui, zob. CIJ. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986: «251. (...) Les mesures d'assistance aux contras, de même que les attaques directes contre les ports, les installations pétrolières etc., du Nicaragua (...) n'équivalent pas seulement à un emploi illicite de la force: elles enfreignent aussi la souveraineté territoriale du Nicaragua et constituent des incursions dans ses eaux territoriales et intérieures. De la même manière les opérations de minage des ports nicaraguayens, outre qu'elles enfreignent le principe du non-emploi de la force, mettent en cause la souveraineté du Nicaragua sur certaines étendues maritimes. (...) Le principe du respect de la souveraineté territoriale est en outre directement enfreint par le survol non autorisé du territoire d'un Etat par des appareils appartenant au gouvernement d'un autre Etat ou placés sous le contrôle de celui-ci».

państwa obcego albo terytorium niepodlegającego władzy żadnego (np. wyłączna strefa ekonomiczna na morzu). Możliwe jest też (legalne bądź nielegalne) wykonywanie poza terytorium państwa jurysdykcji rozumianej jako władza faktyczna (np. okupacja wojenna).

1.3.2. Istotne kontrowersje związane z wykonywaniem władzy państwowej dotyczą dopuszczalności jurysdykcji ekstraterytorialnej⁵⁹, czyli wykonywania kompetencji i stosowania prawa krajowego w kontekście aktów, działań, zdarzeń lub sytuacji poza terytorium tego państwa⁶⁰. Prawo międzynarodowe pomaga określić granice jurysdykcji państw w kontekście działań lub skutków ekstraterytorialnych⁶¹.

Wbrew pozorom, przypadki takie są częste i legalne, co jednak nie wyklucza pewnych napięć z innymi państwami. Przyczyną tego stanu rzeczy jest ewolucja międzynarodowej rzeczywistości, w tym rosnący obrót towarowy i osobowy, ochrona środowiska, inwestycje zagraniczne, operacje wojskowe za granicą, sieci internetowe, czy też międzynarodowy terroryzm.

⁵⁹ Wyróżnić można cztery rodzaje aktów ekstraterytorialnych: „(i) State law may be applied outside the territory because of the power that public international law confers upon the regulating State, as for example concerning laws related to embassies, ships or nationals abroad in general; (ii) a State may authorize another State to perform official acts on its territory or to administer parts of its territory in certain respects, such as in custom matters; (iii) a State may recognize official acts of another State as prerequisites for the recognition of legal titles under its own law, for example with regard to the validity of a marriage or the acquisition of property, or it may assist the foreign State in the execution of that State’s law with its own means of enforcement; (iv) acts of State may have a factual extraterritorial effect if they order the performance of an obligation abroad. (...) The first two cases may be called extraterritorial jurisdiction in the proper sense. The third case is exclusively a matter of the jurisdiction of the recognizing or enforcing State. The last case is one of territorial jurisdiction, but with extraterritorial effects”, W. Meng, *Extraterritorial Effects of Administrative, Judicial and Legislative Acts*, EPIL, t. 10 (1987), s. 155-156.

⁶⁰ Zob. przykładowo A.J. Colangelo, *What Is Extraterritorial Jurisdiction?*, “Cornell Law Review”, vol. 99 (2014).

⁶¹ Na przykład Trail Smelter Case (United States, Canada), 16 April 1938, 11 March 1941, Recueil des sentences arbitrales, vol. III, s. 1905-1982; Affaire du Lac Lanoux (France c. Espagne), sentence arbitrale du 16 novembre 1957, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, s. 281-317; ICJ. Advisory Opinion on Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (1996): “The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment” (§ 29).

Ekstraterytorialność pojawia się też w kontekście prawa międzynarodowego prywatnego. Zauważmy jednak, iż pojęcie ekstraterytorialności nie zawsze jest jednoznaczne, na przykład w odniesieniu do kontroli internetu⁶².

Jurysdykcji ekstraterytorialnej nie domniemywa się. Ponadto, nie srowadza się ona każdorazowo do wszystkich jej wymiarów. Można mieć ekstraterytorialną jurysdykcję prawodawczą, a nie posiadać egzekwującej. Ta pierwsza nie wymaga zgody drugiego państwa i nie prowadzi automatycznie do niezgodności z prawem międzynarodowym. Ekstraterytorialne stanowienie i stosowanie prawa krajowego musi się jednak opierać na uznanych międzynarodowoprawnie łącznikach, przede wszystkim terytorium i obywatelstwa⁶³, uwzględniających zasadę *reasonableness* (roztropności)⁶⁴. Podstawy i granice tej jurysdykcji sformułowane są przede wszystkim w normach prawa krajowego, jednak z uwzględnieniem norm zakazujących prawa międzynarodowego.

Inaczej rzecz się ma w przypadku ekstraterytorialnej jurysdykcji egzekwującej – jej dopuszczalność i legalność zależy od zezwalających norm prawa międzynarodowego, na przykład w formie traktatu, prawa zwyczajowego albo inaczej wyrażonej zgody⁶⁵. Działania ekstraterytorialne wbrew zakazom

⁶² J. Daskal, *The Un-territoriality of Data*, "Yale Law Journal", vol. 125 (2015/16): "Territorial-based distinctions – whatever their purpose – depend, at their core, on the ability to distinguish between the relevant 'here' and 'there,' and a determination that the 'here' and 'there' matter. Data, and the manner in which it is accessed and controlled, is undercutting both of these foundational assumptions. The disconnect between the user and his or her data, as well as the disconnect between the government agent accessing the data and the physical location of the data itself, is beginning to raise questions about what is territorial and what is extraterritorial" (s. 30-31).

⁶³ Podstawą może być obywatelstwo sprawcy albo ofiary przestępstwa popełnionego zagranicą, negatywny skutek działań zewnętrznych (np. ekonomicznych lub finansowych) na terytorium państwa, ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. W grę wchodzi również jurysdykcja uniwersalna, przy czym w tym przypadku łącznikiem nie jest jakiegoś rodzaju powiązanie z państwem, lecz specyficzny charakter zbrodni.

⁶⁴ Restatement (przyp. 53): "§ 403. Limitations on Jurisdiction to Prescribe. (1) Even when one of the bases for jurisdiction under section 402 is present, a state may not exercise jurisdiction to prescribe law with respect to a person or activity having connections with another state when the exercise of such jurisdiction is unreasonable".

⁶⁵ Tytułem przykładu są to dokonywane za granicą kontrole celne lub paszportowe, transgraniczne działania policji lub straży granicznej (np. pościg), czynności śledcze lub prokuratorskie, kontrola lotów w przestrzeni powietrznej innego państwa, bazy wojskowe, kontrola zbrojeń, działalność przedstawicielstw dyplomatycznych i kon-

albo w braku normy zezwalającej są sprzeczne z prawem międzynarodowym i podważają suwerenny charakter władzy drugiego państwa.

W wyroku w sprawie statku *Lotus STSM* trafnie rozróżnił między legalnością prawodawstwa krajowego o charakterze ekstraterytorialnym a legalnością jego ekstraterytorialnego egzekwowania⁶⁶. W pierwszym przypadku rozstrzygające znaczenie mają międzynarodowoprawne normy zakazujące, w drugim zezwalające. I tak do dziś nie istnieje w prawie międzynarodowym zakaz wykonywania przez państwo na jego terytorium jurysdykcji karnej wobec osoby (w tym obcokrajowca), która znalazła się na jego terytorium, a popełniła przestępstwo poza tym terytorium przeciwko obywatelom tego państwa.

Specyficzna jest sytuacja dotycząca wykonywania elementów władzy publicznej na niektórych obszarach morskich poza morzem terytorialnym, które nie są częścią terytorium żadnego państwa. W braku regulacji międzynarodowoprawnej państwo nie posiadałoby kompetencji na tych obszarach. Prawo międzynarodowe (np. Konwencja prawa morza z 1982 r.) przyznaje jednak państwom pewne kompetencje i określa sposób ich wykonywania, dopuszczając w tych ramach stosowanie prawa krajowego. Różnica z klasycznymi działaniami ekstraterytorialnymi polega na tym, że w tym przypadku

sularnych (w tym komisje wyborcze na terenie ambasad), czy też wydawanie aktów prawnych przez rządy na emigracji. Inny przykład to zgoda Holandii na sądenie na jej terytorium dwóch Libijczyków przez sąd szkocki (w tle casus Lockerbie) – Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Kingdom of the Netherlands Concerning A Scottish Trial in The Netherlands, 18 September 1998.

⁶⁶ CPJI. Affaire du «Lotus», arrêt du 7 septembre 1927 (Recueil, série A, n° 10): «[L]a limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. (...) Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives» (s. 18-19). Późniejsze traktaty (np. Konwencja brukselska z 10 maja 1952, a także Konwencja genewska w sprawie mórz pełnych z 1958 r. oraz Konwencja prawa morza z 1982 r.) nie przyjęły koncepcji STSM w kwestii jurysdykcji państw dotyczącej zderzeń na morzu. Jest to jednak regulacja partykularna.

chodzi o zupełnie nowe kompetencje państwa, wynikające tylko z prawa międzynarodowego. Terminologia używana w Konwencji prawa morza wprowadza pewne zamieszanie przez użycie różnych terminów, których treść da się określić jedynie w formie konkretnych kompetencji⁶⁷; kompetencje te (jurysdykcja) nie wynikają jednak z suwerennego charakteru władzy państwa, ani też nie stanowią suwerennego tytułu terytorialnego.

Interesującym przypadkiem jest ograniczanie się państwa w wykonywaniu jurysdykcji ekstraterytorialnej. Dotyczy to przykładowo stanowiska Stanów Zjednoczonych w kontekście bazy Guantanamo i znajdującego się tam więzienia, w którym przebywają osoby podejrzane o działania terrorystyczne przeciwko USA. Baza ta nie jest częścią terytorium amerykańskiego, a USA wykonują tam całkowitą jurysdykcję i kontrolę, uznając jednocześnie suwerenny tytuł Kuby do tego wydzierżawionego terytorium⁶⁸. Problem dotyczy istnienia jurysdykcji sądów amerykańskich i zastosowania pewnych gwarancji procesowych (*habeas corpus*) wobec więźniów w Guantanamo. Zdaniem rządu amerykańskiego jurysdykcja ta i gwarancje dotyczą tylko cudzoziemców, którzy znajdują się na terytorium USA. Sąd Najwyższy odrzucił jednak tę argumentację uznając, że w bazie Guantanamo USA sprawują nie tylko władzę faktyczną, ale stosowane jest tam wyłącznie prawo USA, a nie Kuby⁶⁹. Sąd określił tę sytuację mianem *de facto sovereignty*, co w istocie

⁶⁷ W Konwencji tej używa się następujących terminów: *souveraineté*, *pleine souveraineté*, *droits souverains*, *jurisdiction* (*sovereignty*, *full sovereignty*, *sovereign rights*, *jurisdiction*).

⁶⁸ Agreement Between the United States and Cuba for the Lease of Lands for Coaling and Naval stations; February, 23, 1903: "Article III. While on the one hand the United States recognizes the continuance of the ultimate sovereignty of the Republic of Cuba over the above described areas of land and water, on the other hand the Republic of Cuba consents that during the period of the occupation by the United States of said areas under the terms of this agreement the United States shall exercise complete jurisdiction and control over and within said areas".

⁶⁹ Supreme Court of the United States. *Boumediene et al. v. Bush, President of the United States, et al.* (No. 06-1195), decided June 12, 2008, s. 23-25: "[F]or purposes of our analysis, we accept the Government's position that Cuba, and not the United States, retains *de jure* sovereignty over Guantanamo Bay. As we did in *Rasul*, however, we take notice of the obvious and uncontested fact that the United States, by virtue of its complete jurisdiction and control over the base, maintains *de facto* sovereignty over this territory"; A.J. Colangelo, "*De Facto Sovereignty*": *Boumediene and Beyond*, "The George Washington Law Review", vol. 77 (2009), s. 626: "(i) 'de jure sovereignty' means 'formal' or 'technical' sovereignty in the sense of formal recognition of sovereignty by the government vis-à-vis other governments, and is

oznacza jurysdykcję w tradycyjnym tego słowa rozumieniu, a nie tylko faktyczną władzę.

Na gruncie amerykańskim mamy też do czynienia z interesującą ewolucją orzecznictwa sądów krajowych w kwestii uniwersalnej jurysdykcji odszkodowawczej⁷⁰. Chodzi w tym przypadku o dopuszczalność jurysdykcji sądów USA (na podstawie prawa amerykańskiego⁷¹) w sprawach pozwów cywilnoprawnych wnoszonych przez cudzoziemców do sądów w USA przeciwko państwom obcym lub ich funkcjonariuszom z tytułu popełnienia najpoważniejszych przestępstw międzynarodowych poza granicami USA. O ile w roku 1980 nastąpiło otwarcie na tego typu pozwy⁷², o tyle w późniejszych wyrokach obserwujemy restryktywne podejście do dopuszczalności jurysdykcji ekstraterytorialnej⁷³.

1.3.3. Konkurencja jurysdykcji dwóch lub więcej państw nie jest czymś nadzwyczajnym. Najprostszy przypadek z prawa karnego to popełnienie przestępstwa w jednym państwie przez obywatela drugiego państwa. Każde państwo strzeże wyłączności swojej jurysdykcji terytorialnej i powołuje się na suwerenny charakter swej władzy. Próba wpływania jednego państwa na

a political question immune from judicial inquiry. (...) (ii) 'practical sovereignty' means practical control over a territory and is not a political question, but is instead fully the subject of judicial inquiry. (...) (iii) 'de facto sovereignty' means both practical control and jurisdiction over a territory, such that the de facto sovereign's laws and legal system govern the territory". Zob. też Supreme Court of the United States. *Morrison v. Nat'l Austl. Bank Ltd*, 561 U.S. 247 (2010), June 24, 2010.

⁷⁰ A.J. Bellia Jr., B.R. Clark, *Two Myths about the Alien Tort Statute*, "Notre Dame Law Review", vol. 89/4 (2014), s. 1609-1643.

⁷¹ Alien Tort Statute (28 U.S.C. § 1350): "The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States".

⁷² *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980), 30 June 1980.

⁷³ Zdaniem Sądu Najwyższego (*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013), April 17, 2013) ustawa Alien Tort Statute obejmuje swym zakresem tylko pozwy, które "touch and concern the territory of the United States (...) with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application". Zob. F.R. Tesón, *The Kiobel Decision: The End of an Era*, "New York University Journal of Law & Liberty", vol. 8 (2013), s. 161-175; M. Frankowska, *Międzynarodowa odpowiedzialność korporacji za pogwałcenie praw człowieka w świetle sprawy Kiobel v. Royal Dutch Petr., Co.*, (w:) *Prawo organizacji międzynarodowych wobec problemów współczesnego świata*. Księga Jubileuszowa dedykowana Pani Profesor Genowefie Grabowskiej, Bydgoszcz-Katowice 2014, s. 450-462.

stosunki prawne w drugim, bez zgody tego ostatniego i bez odpowiedniego tytułu międzynarodowoprawnego, prowadzić może do nielegalności.

Istotne jest przeto nie tylko ustalić, czy rzeczywiście istnieje konflikt kompetencji między dwoma państwami, lecz również ocenić sposób wykonywania konkurujących kompetencji. Sprawa jest prostsza, jeśli tego rodzaju kwestie uregulowane są w umowach międzynarodowych, często jednak praktyka jest wynikiem jednostronnych, pozatraktatowych i kontrowersyjnych działań sądów, władzy wykonawczej lub władzy ustawodawczej państw obcych.

Rozwiązań należy szukać przede wszystkim w prawie międzynarodowym oraz w odpowiednich procedurach⁷⁴. Panuje dość powszechna zgoda, że kwestię istnienia i konkurencyjności kompetencji drugiego państwa należy rozstrzygać przez poszukiwanie rozsądnych łączników, natomiast wykonywanie takiej kompetencji musi się odbywać przy wyważeniu różnych interesów i uwzględnieniu uznanych w prawie międzynarodowym zasad proporcjonalności i *reasonableness*⁷⁵. Przydatne okazać się mogą w tym kontekście zakaz interwencji w sprawy wewnętrzne oraz zakazy *ultra vires* oraz *détournement de pouvoir*.

⁷⁴ B.H. Oxman, *Jurisdiction of States*, EPIL, November 2007: "In this regard, four fundamental objectives should be borne in mind. The first is to establish limits of jurisdiction that protect the independence and sovereign equality of States by balancing each State's interest in exercising jurisdiction to advance its own policies with each State's interest in avoiding interference with its policies resulting from the exercise of jurisdiction by foreign States. The second is to recognize the interdependence of States by ensuring that effective jurisdiction exists to achieve certain common objectives of States. The third is to harmonize the rights of two or more States when they have concurrent jurisdiction, that is when each of them has jurisdiction over the same matter. The fourth is to protect individuals from unreasonable exercises of jurisdiction either by a single State or by two or more States seeking to impose conflicting or compounding obligations on the same person".

⁷⁵ Restatement (przyp. 53): "§ 403. Limitations on Jurisdiction to Prescribe. (...) (3) When it would not be unreasonable for each of two states to exercise jurisdiction over a person or activity, but the prescriptions by the two states are in conflict, each state has an obligation to evaluate its own as well as the other state's interest in exercising jurisdiction, in light of all the relevant factors, including those set out in Subsection (2); a state should defer to the other state if that state's interest is clearly greater".

1.3.4. W interesującej nas kwestii pojawia się odrębne od klasycznego rozumienie jurysdykcji w obszarze praw człowieka⁷⁶. Przykładem jest art. 1 europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC): „Wysokie Układające się Strony zapewniają każdemu człowiekowi, podlegającemu ich jurysdykcji (*within the jurisdiction*), prawa i wolności określone w rozdziale I niniejszej konwencji”. Otóż z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) wynika, że niezależnie od klasycznej jurysdykcji państwa na swoim terytorium, pojęcie jurysdykcji odnosi się również do wykonywania przez państwo faktycznej władzy, ale nie jego prawa, na obszarach poza jego terytorium (ekstraterytorialnie), w tym w państwach niebędących stronami EKPC (przykładowo w Iraku lub Afganistanie). Taki stan rzeczy może być legalny (zgoda państwa, aprobatą RB w ramach rozdziału VII Karty NZ na operację typu *peace-enforcement*, *peacekeeping* lub międzynarodowy zarząd), może jednak również nie mieć podstaw prawnych.

Ekstraterytorialne wykonywanie pewnego segmentu faktycznej władzy nie jest równoznaczne z ekstraterytorialną jurysdykcją w znaczeniu rozciągnięcia prawodawstwa jednego państwa oraz stosowania i egzekwowania go na obcym terytorium, jak to ma przykładowo miejsce w przypadku placówek dyplomatycznych lub baz wojskowych. W przypadku okupacji prawo humanitarne wyklucza lub ogranicza stosowanie prawa okupanta na terytorium okupowanym⁷⁷. Władza okupanta nie wynika z jego suwerenności i nie

⁷⁶ Zob. L. Garlicki, *Jurysdykcja i odpowiedzialność państw (nowe elementy w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka)*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, t. XXXI (2014), s. 121-132; A. Peters, *Die Anwendbarkeit der EMRK in Zeiten komplexer Hoheitsgewalt und das Prinzip der Grundrechtstoleranz*, „Archiv des Völkerrechts”, 2010, Bd. 48 (2010), s. 1-57; M. Gondek, *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp 2009; M. Milanović, *From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties*, „Human Rights Law Review”, vol. 8 (2008), s. 411-448.

⁷⁷ Convention [IV] concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre – Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907, Art. 43: «L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays»; podobnie Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949 (art. 64); zob. szerzej E. Benvenisti, *The International Law of Occupation*, Oxford 2012; Y. Dinstein, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge 2009.

posiada on tytułu do okupowanego terytorium⁷⁸. Podobnie rzecz się ma w sytuacji tymczasowej, międzynarodowej administracji jakiegoś terytorium przez kilka państw lub przez organizację międzynarodową. Również grupy nieregularne sprawować mogą faktyczną władzę na części terytorium państwa uniemożliwiając tym samym wykonywanie władzy przez jego organy.

W pewnych okolicznościach takie wykonywanie władztwa faktycznego może prowadzić do międzynarodowoprawnej odpowiedzialności państwa⁷⁹. Dla jej powstania niezbędne jest spełnienie określonych przesłanek, a zwłaszcza ustalenie czy dane działanie oznacza jurysdykcję (np. w rozumieniu art. 1 EKPC) oraz przypisanie państwu tego działania. Specyficznym aspektem jest odpowiedzialność państwa za przypisane mu działania zorganizowanych aktorów niepaństwowych (określanych też mianem grup nieregularnych)⁸⁰.

1.4. Państwo we współczesnym świecie

Mówiąc o państwie mamy w rzeczywistości do czynienia ze zróżnicowanymi podmiotami. Oceniając rozwój i sytuację współczesnych państw, niektóre z nich znajdują się w epoce postindustrialnej XXI wieku, niektóre w połowie XX wieku, a inne sto lat wcześniej. Po II wojnie światowej liczba państw wzrosła z pięćdziesięciu kilku do prawie dwustu. Państwowość wielu z nich jest jednak krucha. Są wśród nich wielkie mocarstwa, lecz również mini państwa, a także twory określane mianem państw upadłych lub upadających. Niektóre umocniły się gospodarczo i politycznie, inne nie wykonują swych podstawowych funkcji i/lub nie wywiązują się z podstawowych zobowiązań międzynarodowoprawnych. Część państw jest dramatycznie niewydolna i popada w chaos, inne z kolei są krwawymi dyktaturami. Zarówno te pierwsze, jak i te drugie stanowią zagrożenie dla międzynarodowego bezpieczeństwa.

⁷⁸ Przykładowo K. Skubiszewski, *Pieniądz na terytorium okupowanym: studium prawnomiędzynarodowe ze szczególnym uwzględnieniem praktyki niemieckiej*, Poznań 1960; id., *Currency in Occupied Territory and the Law of War*, „Jahrbuch für internationales Recht”, vol. 9 (1959–1960), s. 161–197.

⁷⁹ ICJ. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276, Advisory Opinion of 21 June 1971: “[P]hysical control of a territory, and not sovereignty or legitimacy of title, is the basis of State liability for acts affecting other States” (§ 118).

⁸⁰ Zob. punkt 6.6.

1.4.1. Wszystkie państwa są dziś skonfrontowane z dynamicznymi zmianami otaczającej je rzeczywistości. Stabilność, dobrobyt i bezpieczeństwo państw nie zależą dziś jedynie od sytuacji i polityki wewnętrznej, lecz w coraz większym stopniu od międzynarodowego otoczenia. Nie tylko szanse, ale i zagrożenia mają obecnie charakter transgraniczny (globalny), przy czym dynamika obrotu gospodarczego i społecznego wyprzedza często rozwój prawa.

Globalizacja polega na splataniu i umiędzynarodowieniu planowanych lub nieplanowanych działań różnych podmiotów (nie tylko państw). Są to w części zjawiska pożądane i pozytywne (np. rozwój handlu lub środków masowej komunikacji), ale także negatywne (np. transgraniczna przestępczość lub międzynarodowy terroryzm), na które państwa mają tylko ograniczony wpływ. Dzieje się to w warunkach dynamicznego postępu technologicznego i cywilizacyjnego. Dochodzi do swoistej denacjonalizacji niektórych zadań państw, które reagują prawnie i politycznie w formie świadomego znoszenia różnego rodzaju barier i granic.

Pojedynczym państwom brakuje czasami skutecznych instrumentów działania w celu regulacji zjawisk transnarodowych. O ile relacje społeczne rozgrywają się głównie na poziomie krajowym w ramach najogólniej rzecz biorąc demokracji narodowej, o tyle procesy gospodarcze i polityczne dzieją się w coraz większym stopniu na poziomie transgranicznym (ponadnarodowym). Dotyczy to zwłaszcza przepływu kapitału, powstawania i działań międzynarodowych oligopolii, ale także wzmożonych ruchów migracyjnych, co stanowi co stanowi wyzwanie dla tradycyjnie rozumianej roli państwa oraz demokracji.

Państwo nie jest w tej sytuacji bez szans, lecz musi zmieniać swoje metody rządzenia. Reakcja ta jest zrozumieniem konieczności. Globalizacja wymusza odpowiedź państw, które otwierają się na współpracę międzynarodową. Temu procesowi towarzyszy rozszerzenie zakresu regulacji międzynarodowoprawnej oraz uwikłanie procesów decyzyjnych w sieć powiązań międzynarodowych i międzynarodowego zarządzania (*multilevel global governance*). Przykładowo, traktaty założycielskie Unii Europejskiej są konstytucją bez państwa, a Unia strukturą prawodawczą władzy publicznej bez władzy zwierzchniej (*governance without government*).

Prawo międzynarodowe w coraz szerszym stopniu, w tym w wyniku działalności organizacji międzynarodowych oraz podmiotów pozarządowych, reguluje stosunki międzynarodowe, np. w dziedzinie gospodarczej, ochrony środowiska, bezpieczeństwa. Prawo to penetruje też wyraźnie obszary wewnątrzpaństwowe, które pozostały uprzednio w sferze wyłącznej państwa, np. w dziedzinie praw człowieka.

Konsekwencją tego stanu rzeczy są zmiany jakościowe. Pojawia się problem stałego balansowania między władzą (swobodą) państwa a koniecznością otwarcia się na współpracę międzynarodową. Sprawy pozostające dotąd w obszarze polityki krajowej i narodowej regulacji prawnej stają się przedmiotem polityki i prawa międzynarodowego. Zacierają się różnice między polityką wewnętrzną a polityką międzynarodową⁸¹. Dochodzi do napięć między zjawiskami transnarodowymi a tradycyjnymi formami działań państw. Dokonuje się swoista, chociaż niekompletna redystrybucja władzy i wpływów między aktorami sceny międzynarodowej⁸². Mamy dziś coraz częściej do czynienia z interakcją władzy państwa oraz innych podmiotów, zwłaszcza organizacji międzynarodowych, organizacji pozarządowych lub przedsiębiorstw międzynarodowych.

Czy jednak rozwój współpracy międzynarodowej, dzielenie się władzą lub wpływami prowadzi mechanicznie do osłabiania państwa? Czy Kompania wschodnioindyjska, królewskie metresy lub kościoły nie wywierały kiedyś wpływu podobnego do współczesnych korporacji? Czy działalność organizacji międzynarodowych (rządowych i pozarządowych) zmienia radykalnie istotę państwa?

⁸¹ N. Krisch, B. Kingsbury, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, EJIL, vol. 17/1 (2006), s. 1: “Globalization and the rise of global governance are transforming the structure of international law. (...) [T]he distinction between domestic and international law becomes more precarious, soft forms of rulemaking are ever more widespread, the sovereign equality of states is gradually undermined, and the basis of legitimacy of international law is increasingly in doubt. (...) [W]e are witnessing the emergence of a ‘global administrative space’: a space in which (...) administrative functions are performed in often complex interplays between officials and institutions on different levels, and in which regulation may be highly effective despite its predominantly non-binding forms. In practice, the increasing exercise of public power in these structures has given rise to serious concerns about legitimacy and accountability, prompting patterns of responses to those concerns in many areas of global governance”.

⁸² B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, “New York University Public Law and Legal Theory Working Papers”, 2005, Paper 17, s. 15-61. Można wyróżnić pięć podstawowych typów globalnej administracji: (1) administracja sprawowana przez formalne organizacje międzynarodowe; (2) administracja oparta na wspólnym działaniu transnarodowych sieci porozumień o współpracy, zawartych między krajowymi organami regulującymi; (3) administracja rozproszona, sprawowana przez państwowe organy kontroli, w ramach traktatów, sieci lub innych systemów współpracy; (4) administracja wypływająca z mieszanych, międzyrządowo-prywatnych porozumień; a także (5) administracja sprawowana przez prywatne instytucje wyposażone w funkcje regulacyjne.

Podlegając nowym wyzwaniom i pewnym ograniczeniom prawnym i faktycznym, państwa mają niekiedy zredukowane możliwości działania, ale nie tracą zdolności prawodawczej. Rozszerzając współpracę międzynarodową w oparciu o minimum wspólnych celów oraz wartości uzyskują natomiast pewien wpływ na szerszych polach działania. Państwa pozostają głównymi aktorami i przede wszystkim one zdolne są realizować główne cele społeczności międzynarodowej. Na przykład, procesy integracyjne (Unia Europejska) są świadomym wyborem politycznym takiej drogi i zwiększają możliwości państw przez działanie wspólne. W ramach międzynarodowej struktury państwa często lepiej wykonują ich funkcje i skuteczniej stawiają czoło nowym problemom. Nie jest to jednak reguła, ponieważ słabość przywództwa politycznego powoduje, że spodziewane kryzysy lub zakłócenia pozostają bez należytej reakcji wielostronnej (jednostronna jest niewystarczająca). Nie brakuje instrumentów, brak jednak często woli politycznej. Kryzys w strefie euro lub problem nieregularnej i masowej migracji są tego dobrą ilustracją. Nie jest to jednak problem suwerenności państwa, lecz raczej kwestia reguł i sposobów organizacji państw oraz społeczności międzynarodowej.

Zmienia się międzynarodowe otoczenie, zmieniają się wymagania wobec państwa, możliwości jego działań oraz jego funkcje. Zmiany te mają bez wątpienia charakter dynamiczny i szeroki zakres. Powyższy stan rzeczy prowadzi do paradoksalnych niekiedy wniosków. Otóż wspomniana ewolucja wymaga globalnej reakcji w postaci scentralizowanej, chociażby regionalnie, władzy, a przynajmniej wzmocnionej współpracy międzynarodowej. Pojawia się jednak pogląd, że przez ich narodowe interesy i egoizmy państwa uniemożliwiają powstanie takiej struktury oraz utrudniają rozwój prawa i polityki międzynarodowej w kierunku prawdziwej wspólnoty (nie tylko społeczności) międzynarodowej. Z drugiej strony, formułowany jest zarzut osłabiania państwa, przy czym dotyczy on nie tylko międzynarodowoprawnej regulacji skutkującej ograniczeniem zakresu wykonywanych kompetencji państw, lecz również wpływu wielkich mocarstw, organizacji międzynarodowych, a także rynków i międzynarodowych korporacji. Suwerenność państwa staje się rzekomo fikcją.

Wspomniane zjawiska (globalizacja, organizacje i organy międzynarodowe, organizacje i sieci pozarządowe, dynamika rozwoju prawa międzynarodowego, postęp cywilizacyjny i technologiczny) mają bez wątpienia wpływ na działania państwa, a również jego obywateli. Nowa sytuacja wymaga reakcji. Dlaczego jednak każde nowe wyzwanie ma zagrażać państwu, osłabiać je lub zmieniać jego istotę oraz jego suwerenność? Czy współczesne państwa są mniej suwerenne niż sto lat temu?

Słysząc swoisty lament nad schyłkiem państwowości, ograniczaniem suwerenności w wyniku rozwoju prawa międzynarodowego oraz wzrostu znaczenia aktorów niepaństwowych, likwidowaniem tożsamości narodowej lub deficytem demokracji⁸³. Opinie te wynikają w pewnym stopniu ze statycznego i ahistorycznego podejścia, ponieważ w istocie rzeczy chodzi o nowe pojmowanie funkcji państwa, demokracji, suwerenności oraz roli prawa międzynarodowego w zmieniającej się rzeczywistości. Nie widać na razie struktur, które miałyby zastąpić lub wyeliminować państwo. Nie znaczy to bynajmniej, że każde państwo spełnia należycie swe funkcje. Istota nowożytnego państwa pozostaje jednak w gruncie rzeczy niezmienna. Państwa w różnych formach próbują się dostosować do nowych wyzwań. Działalność organów lub organizacji międzynarodowych, a także procesy globalnego zarządzania, w tym globalnego prawa administracyjnego, uzupełniają działania państw, zwłaszcza w tych dziedzinach, w których pojedyncze państwo nie dałoby sobie rady.

Pojawia się z jednej strony pytanie, czy i w jakim stopniu pogoń za skutecznością winna prowadzić do wzmocnienia państwa, którego interesy narodowe stanowić mogą zagrożenie dla celów społeczności międzynarodowej. Z drugiej zaś strony zastanawiamy się, czy nieuchronne postępy we współpracy międzynarodowej prowadzą do zmierzchu państwowości i ograniczania suwerenności. Czy nie jest to formuła błędnego koła?

1.4.2. Zadać trzeba w tym kontekście pytanie, czym państwo jest silne? Siła jest jednak pojęciem relatywnym, ponieważ istnieje tylko w kontekście innej siły.

Z prawnego punktu widzenia siła państwa wynika z jego struktury władzy, zdolności stanowienia i przymusowego egzekwowania prawa oraz umiejętności metod rządzenia. Pod względem możliwości niewiele się od wieków zmieniło – państwa były i będą zawsze zróżnicowane. Wynika to z międzynarodowopravných ograniczeń zaakceptowanych przez państwo (np. traktatowych) albo z faktów (np. wielkość terytorium, zasoby finansowe, waluta). Nie ogranicza to jednak statusu państwa (jego zdolności)

⁸³ Znany jest też tzw. dylemat Rodriki, zgodnie z którym zrealizować można we współczesnej praktyce tylko dwa z trzech elementów następującej triady: integracja w ramach gospodarczej globalizacji, demokracja oraz utrzymanie niezależności (suwerenności). Tak sformułowana sprzeczność (konflikt) jest prawdziwa tylko przy odpowiedniej definicji wspomnianych pojęć, a – jak wiadomo – zwłaszcza demokracja i niezależność są terminami dalekimi od jednoznaczności, zob. D. Rodrik, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, New York, London 2011.

i nie przekłada się automatycznie na niesprawne wykonywanie jego funkcji. Zarzuty dotyczące osłabiania państwa i ograniczania suwerenności dotyczą jego możliwości działania oraz skuteczności rządzenia, a nie jego zdolności jako podmiotu prawa międzynarodowego.

Trzeba zatem odróżnić istotę państwa, jego suwerenność i międzynarodowoprawny status (czyli aspekt prawny) od zróżnicowanych możliwości rządzenia (czyli aspektu faktycznego). W tym kontekście warto też przypomnieć różnicę między zakresem kompetencji państwa a jego siłą, czyli zdolnością realizowania kompetencji i egzekwowania określonej polityki. Zakres kompetencji może być potencjalnie duży, a siła relatywnie mała – i na odwrót⁸⁴.

W tej perspektywie siła państwa polega przede wszystkim na sprawnym rządzeniu. Wiele zależy wprawdzie od czynników zewnętrznych, wiadomo jednak, iż w określonej sytuacji (kryzysowej) niektóre państwa radzą sobie znacznie lepiej od innych. Dzieje się tak głównie dzięki własnej zdolności organizacyjnej oraz wykorzystaniu współpracy międzynarodowej⁸⁵.

Jedno z nieporozumień polega na przypisywaniu nadmiernej wagi zakresowi władzy państwa, ponieważ możliwości skutecznego działania nie wynikają z koncentracji władzy i maksymalizacji kompetencji regulacyjnych

⁸⁴ F. Fukuyama, *Budowanie państwa. Władza i ład międzynarodowy w XXI wieku*, Poznań 2005, odróżnia „zakres aktywności państwa, który obejmuje zbiór różnych funkcji i celów realizowanych przez rządy, od siły władzy państwowej, czyli zdolności państwa do planowania i realizowania polityki oraz egzekwowania prawa” (s. 22) dodając w innym miejscu: „Słaba władza podkopuje suwerenność (...). Określenie „słabe” odnosi się tutaj do siły, a nie zakresu [aktywności, JK] państwa, oznacza więc niedostatki potencjału instytucjonalnego do stanowienia i wdrażania polityki, u których podstaw nierzadko spoczywa brak prawomocności ustroju politycznego jako takiego” (s. 113); „Zasadniczym przedmiotem dyskusji, jakich jesteśmy świadkami na arenie międzynarodowej, staje się obecnie raczej kwestia tego, kto ma decydować, czyja suwerenność zostanie pogwałcona i na jakich podstawach ma się opierać ta decyzja. Czyli do jakiego stopnia pozostaje ona prerogatywą suwerennych państw narodowych, a w jakim powinny ją ograniczać prawa czy normy międzynarodowe. Te pytania otwierają przed nami nowy wymiar kwestii demokratycznej prawomocności – tym razem nie chodzi o sprawy wewnętrzne władzy w poszczególnych państwach, ale na poziomie międzynarodowym” (s. 122).

⁸⁵ F. Fukuyama (przyp. 84): „Ci, którzy wieszczą zmierzch suwerenności – czy to zwolennicy wolnych rynków na prawicy, czy zagorzali multilateralści na lewicy – muszą najpierw wyjaśnić, co musiałoby zastąpić siłę suwerennego państwa narodowego we współczesnym świecie. (...) Wobec braku jasnej odpowiedzi nie mamy innego wyboru, jak tylko powrócić do suwerennego państwa narodowego i ponownie postarać się zrozumieć, w jaki sposób uczynić je silnym i efektywnym. (...) W każdym razie sztuka budowania państwa będzie kluczowym komponentem siły narodowej” (s. 138/139).

państwa. Państwo, które zajmuje się handlem detalicznym albo cenzurą mediów ma z pewnością więcej kompetencji. Nie ma jednak dowodów na to, że ma większe możliwości lepszego wykonywania swoich funkcji. Gdyby miało być inaczej, to każde państwo dyktatorskie byłoby bardziej suwerenne od państwa demokratycznego.

1.4.3. To, że państwa lub grupy państw nie radzą sobie z wieloma problemami (zadłużenie, kryzysy walutowe, transgraniczna przestępczość, masowe migracje) jest faktem. Nie wynika stąd jednak, że państwa są mniej suwerenne lub chylą się ku upadkowi⁸⁶. Ponadto, jeśli ma dojść do poprawy sytuacji, to głównie w wyniku lepszej współpracy państw. W kontekście niektórych opinii dotyczących schyłku państwa przywołać należy znany cytat: *The report of my death was an exaggeration* (Mark Twain).

Prawdą jest, że w ramach organizacji międzynarodowych lub pozarządowych powstają – przy ograniczonym udziale państwa lub bez jego udziału – normy, które stosowane są na jego terytorium (np. *lex mercatoria*, *lex sportiva*, *lex digitalis*). Nie wydaje się jednak, by tym samym podważano monopol prawny państwa i jego centralną pozycję międzynarodową. Państwa akceptują wyraźnie bądź milcząco taki stan rzeczy, lecz nie są wobec niego bezbronne⁸⁷ i traktują go jako uzupełnienie własnych działań w obszarach

⁸⁶ G. Sorensen, *Sovereignty: Change and Continuity in a Fundamental Institution*, "Political Studies", vol. XLVII (1999): „Any argument about ‘end of sovereignty’ is profoundly misleading. What happens is that the institution changes in order to adapt to new challenges mainly stimulated by changes in substantial statehood” (s. 604).

⁸⁷ R. Kwiecień, *On Some Contemporary Challenges to Statehood in the International Legal Order: International Law Between Lotus and Global Administrative Law*, "Archiv des Völkerrechts", Bd. 51 (2013): “There are two dimensions of multilevel global governance. (...) The first dimension is the above mentioned governance without government. (...) The second dimension is governance beyond the State” (s. 300); “The new forms of activity carried out by non-State actors raise the problem of redefining the State’s role not only within international relations, but also within the domestic sphere, where, increasingly, standards that are set without the participation of public authorities become effective” (s. 301); “What militates against the recognition of GAL [global administrative law] as a new legal order is the absence of its own rules of validation. In this respect, GAL resorts to the rules of validation characteristic of international law, but is also forced to accept the autonomy of the validation of rules of national law. The direct effectiveness of international regulations from various sources, including those outside the classical catalogue of international law, on the jurisdiction of States, is not tantamount to States lack of consent in respect of their national law” (s. 308); “The concept of multilevel global

transnarodowych, w których państwo nie może lub nie musi być wszechobecne⁸⁸.

O osłabieniu państwa (jego suwerennej władzy) mówi się niekiedy w kontekście ograniczeń wynikających z prawa międzynarodowego, w tym również szerszego uwzględniania fundamentalnych wartości wspólnych. Podążając tym tropem, zniesienie niewolnictwa, zakaz użycia siły zbrojnej, ochrona praw człowieka, a w gruncie rzeczy prawie każdy traktat ograniczający swobodę kompetencyjną państwa musiałby prowadzić do jego osłabienia. Z prawnego punktu widzenia nie są to jednak jakościowe zmiany istoty państwa. Na przykład w Unii Europejskiej, państwa członkowskie powierzyły jej na wyłączność istotne kompetencje gospodarcze, lecz nikt nie twierdzi, że z tego powodu państwa te zmieniły charakter i słabiej wykonują swoje podstawowe funkcje. Czy państwa szanujące prawa człowieka, państwa wyrzekające się broni masowego rażenia są z założenia słabsze i mają ograniczoną suwerenność? Czy państwo o większej liczbie międzynarodowoprawnych zobowiązań staje się mniej suwerenne?

governance does not, therefore, undermine the central legal position of the State within the international society, nor call into question international law's capacity to act as the law of the global international society" (s. 309).

⁸⁸ S. Cassese, B. Carotti, L. Casini, E. Cavalieri, E. MacDonald (eds), *The Global Administrative Law. Casebook*, 3rd edition, 2012 s. XXIII: "International organizations produce standards or guidelines addressed to national governments or directly to civil societies. They perform inspections and controls. They issue guidelines to ensure compliance. (...) Global regulatory regimes (...) are closely related to national proceedings and practices: domestic agencies must ensure the enforcement of global standards. As a consequence, national governments, once the only rulers of the world, are now weaker, because they must adjust to global standards, but also stronger, because they can act in areas that were once outwith their control".

A. Hamann, H. Ruiz Fabri, *Transnational networks and constitutionalism*, "International Journal of Constitutional Law", vol. 6/3-4 (2008), s. 481-508. "On the one hand, the state seems outmatched by network governance and no longer capable, at the national level, of addressing the challenges emanating from the transnational sphere. On the other hand, state action is complemented by transgovernmental networks that help quasi-powerless government bodies to regulate the activity of private actors and face the challenges arising from multiple cooperation commitments. Thus, while the transnational sphere lies outside the realm of state control, the transgovernmental sphere assists the state in responding to this challenge" (§ 1.1); "When both national and international law fail to deal effectively with the issues, the system resorts to self-regulation, which, ultimately, translates into autonomous law-making by transnational networks" (§ 1.3).

Państwo dopasowuje swoje funkcje i kompetencje do ewolucji rzeczywistości międzynarodowej. Zmuszone jest ono do intensywniejszej współpracy, która – ograniczając niekiedy wykonywanie jego kompetencji – prowadzi do skuteczniejszego rozwiązywania zwłaszcza transnarodowych problemów. Co więcej, można sądzić, iż uchylanie się od tej współpracy osłabia zdolność państwa do skutecznego działania. Państwo koncentruje się tym samym nie tylko na wolności *od* (zewnętrznych wpływów), lecz również na wolności *do* (zaangażowanej współpracy międzynarodowej).

Niektórzy autorzy wysuwają w tym kontekście tezę o „nowej suwerenności”⁸⁹ lub o nowym ładzie światowym, w którym państwo wprawdzie nie znika, ale podlega swoistej dezagregacji godząc się na równoległe działania organizacji międzynarodowych oraz tzw. sieci (*networks*) rządowych i pozarządowych⁹⁰. Zastanawiać się jednak można, czy i na ile te nowe zjawiska zmieniają istotę państwowości i suwerenności?

Państwo dalej spełnia funkcje ochronne w stosunku do zewnętrznego otoczenia, ale w coraz większym stopniu rozumie konieczność współpracy, otwarcia się na zewnątrz i do pewnego stopnia włączenia aktorów niepaństwowych w międzynarodowe procesy decyzyjne. Owszem, jest to zjawisko relatywnie nowe, zmienia się sposób funkcjonowania państwa, jednak jego istota pozostaje.

Ewolucja roli i zadań państwa nie oznacza jego osłabienia lub eliminacji jako podmiotu prawa międzynarodowego. Adaptacja państwa i pojęcia suwerenności do tej zmieniającej się historycznie rzeczywistości jest proce-

⁸⁹ A. Chayes, A. Handler Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge MA, London 1995.

⁹⁰ A.-M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton 2004; id., Sovereignty and Power in a Networked World Order, “Stanford Journal of International Law”, vol. 40 (2004), s. 283-327. “[T]he state is not losing power so much as changing the way that it exercises its power” (s. 288); “[I]f sovereignty is relational rather than insular, in the sense that it describes a capacity to engage rather than a right to resist, then its devolution onto ministers, legislators, and judges is not so difficult to imagine” (s. 325); “By becoming enrolled and enmeshed in global government networks, individual government institutions would affirm their judicial, legislative, or regulatory sovereignty. (...) At first glance, disaggregating the state and granting at least a measure of sovereignty to its component parts might appear to weaken the state. In fact, it will bolster the power of the state as the primary actor in the international system” (s. 326); “[I]n a world in which sovereignty means the capacity to participate in cooperative regimes in the collective interest of all states, expanding the formal capacity of different state institutions to interact with their counterparts around the world means expanding state power” (s. 327).

sem naturalnym i nie ma powodów, by postrzegać je tylko w perspektywie zagrożeń. Gdyby tak było państwa przestałyby istnieć, a tymczasem pozostają one nadal centralnymi aktorami systemu międzynarodowoprawnego. Państwa stają się silniejsze inaczej.

Poza samym rozwojem prawa międzynarodowego i rozszerzeniem składu społeczności międzynarodowej odnotować należy istotne zmiany w ujęciu aksjologicznym. Akcent na szeroko rozumiane prawa człowieka doprowadził do tego, że państwa (i ich suwerenność) przestają być celem samym w sobie – winny służyć realizacji interesów jednostki i ludzkości jako całości. Obok wartości porządku międzynarodowego pojawia się postulat sprawiedliwości międzynarodowej. Wspólny interes nie jest tylko prostą sumą interesów części składowych, lecz ma wartość samoistną. Współczesne państwo i prawo międzynarodowe są w coraz większym stopniu uczulone na problematykę wartości uniwersalnych. Przebija się (choć nie bez trudu) przekonanie, że społeczność międzynarodowa i najważniejsze interesy wspólne nie mogą być zakładnikami interesu narodowego.

Państwo jest konstrukcją podobną do domu. Historycznie rzecz ujmując, domy zmieniały kształt i styl, okna i dachy, wyposażone są dziś w prąd elektryczny, kanalizację lub klimatyzację; zmienili się mieszkańcy, właściciele lub zarządcy, zmieniło się ich najbliższe otoczenie. Istota i funkcje domu pozostały. Opis tych zmian to domena analiz politologicznych, historycznych lub socjologicznych, trudno jednak przenosić mechanicznie ich wnioski na dziedzinę prawną. Analiza prawna koncentrować się musi bardziej na zasadach budowy i regułach konstrukcji, które pozwalają stworzyć dom i utrzymać go w dobrym stanie (co nie wyklucza remontów).

2. Suwerenność w perspektywie wewnętrznej (krajowej) i zewnętrznej (międzynarodowej)

2.1. Uwagi wstępne

2.1.1. W prawie, a szerzej w naukach społecznych, suwerenność jest jednym z najbardziej kontrowersyjnych i niejednoznacznych pojęć⁹¹. Wynika

⁹¹ Podstawowa literatura zagraniczna zob. S. Besson, *Sovereignty*, EPIL, April 2011; A. Peters, *Humanity as the A and Ω of Sovereignty*, EJIL, 2009, vol. 20(3), s. 513-544; R. Jackson, *Sovereignty: The Evolution of an Idea*, Cambridge 2007; N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford 2003; S. Oeter, *Souveränität – ein überholtes Konzept?*, (w:) H.-J. Cremer, T. Giegerich, D. Richter, A. Zimmermann (Hrsg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlin-Heidelberg-New York 2002, s. 259-290; N. McCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 1999; J.-A. Carrillo-Salcedo, *Droit international et souveraineté des Etats. Cours général de droit international public* (1996), RCADI, vol. 257, s. 35-221; J. Bartelson, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge 1995; H. Steinberger, *Sovereignty*, EPIL, t. 10 (1987); A. James, *Sovereign Statehood: The Basis of International Society*, London 1986; F.H. Hinsley, *Sovereignty*, Cambridge 1986; Ch. Rousseau, *Droit international public*, t. II, Paris 1974, s. 55-95; H. Kelsen, *Sovereignty and International Law*, "Georgetown Law Journal", vol. 48/4 (1960), s. 627-640. Zob. też zbiory artykułów na temat suwerenności w periodykach: "Political Studies", vol. 47, Issue 3 (Special Issue), 1999; „Pouvoirs”, 1993, n° spécial 67 (La souveraineté), s. 1-115; „Droits”, 1995, n° spécial 22 (Souveraineté et propriété), s. 1-102.

Podstawowa polska literatura prawnicza: R. Kwiecień, *Does the State Still Matter? Sovereignty, Legitimacy and International Law*, „Polish Yearbook of International Law”, 2013, s. 45-73; J. Czaputowicz, *Suwerenność*, Warszawa 2013; M. Polkowska, *Suwerenność państwa w przestrzeni powietrznej. Geneza, zakres i ewolucja*, Warszawa 2009; J. Kranz, *Suwerenność w dobie przemian*, (w:) J. Kranz (red.), *Suwerenność i ponadnarodowość a integracja europejska*, Warszawa 2006, s. 15-54; R. Kwiecień, *Suwerenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*, Kraków 2004; id., *State Sovereignty in the Polish Doctrine of International Law*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, vol. L/LI (2003-2004), s. 115-126; C. Mik, *State Sovereignty and European Integration: Public International Law, EU Law and Constitutional Law in the Polish Context*, (w:) N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford 2003; W.J. Wołpiuk (red.), *Spór o suwerenność*, Warszawa 2001.

to z różnego znaczenia tego terminu w poszczególnych epokach historycznych⁹² oraz niejednolitego definiowania w naukach prawnych, politycznych i ekonomicznych⁹³.

Lata, a wręcz wieki, posługiwano się pojęciem suwerenności dla podkreślenia siły i niezależności państwa. Pojawia się jednak współcześnie pytanie, czym silnego i od czego (kogo) niezależnego? Czy ograniczenia kompetencji i możliwości działania państw, związane z rozwojem prawa międzynarodowego oraz procesami globalizacyjnymi, prowadzą do zmierzchu państwa i jego suwerenności? Na czym miałyby polegać ograniczenie lub zagrożenie suwerenności? Czy i w jakim stopniu niektóre państwa miałyby być mniej suwerenne od innych i co by z tego miało wynikać? Czy zatem suwerenność jest dziś pojęciem przestarzałym?

Suwerenność jest nazwą abstrakcyjną. Nazwy takie nie są znakami rzeczy lub osób, wskazują natomiast na cechę wspólną przedmiotów (np. szarość), na pewne zdarzenia lub stan rzeczy (np. kradzież, zmrok) albo na pewną relację (np. niezależność, równość, wyższość). Posługując się zwrotami o suwerenności, władzy najwyższej lub niezależności musimy określić relację: w stosunku do czego, nie ma bowiem równości, niezależności lub suwerenności w ogóle.

Jednego terminu (suwerenność) używa się obecnie w odniesieniu do różnych sytuacji. Po pierwsze, do suwerenności wewnętrznej, czyli jakościowej cechy państwa (jego władzy), po drugie zaś do suwerenności zewnętrznej, czyli statusu państwa w społeczności międzynarodowej na podstawie i w ramach prawa międzynarodowego (niezależność państw, ich równość pod względem suwerenności)⁹⁴. Charakteryzując łącznie fenomen państwo-

⁹² Szerzej R. Kwiecień, *Suwerenność* (przyp. 91), wraz z literaturą; zob. też J. Czaputowicz (przyp. 91); J. Oniszczyk, *Filozofia prawa*, Warszawa 2008; K. Grzybowski, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1968.

⁹³ R. Jackson, *Introduction: Sovereignty at the Millennium*, "Political Studies", vol. XLVII (1999): "Sovereignty frames and fixes the bounds of international relations" (s. 423); "Is sovereignty independence? Is it autonomy? The first is a notion of authority and right, but the second is a notion of power and capability. Historians, international lawyers and political theorists tend to operate with the first concept. Political economists and political sociologists tend to employ the second concept" (s. 424).

⁹⁴ Niektóre definicje suwerenności polskich prawników starszej generacji wydają się co do zasady aktualne, nawet jeśli po latach wymagałyby pewnego doprecyzowania. Na przykład L. Ehrlich, *Prawo narodów*, Kraków 1947, s. 104, stwierdza, że suwerenność oznacza „samowładność czyli prawną niezależność (państwa, JK) od jakichkolwiek czynników zewnętrznych i całowładność czyli kompetencję normowania

wości, te różne znaczenia są ze sobą powiązane – nie ma dziś suwerenności wewnętrznej bez suwerenności zewnętrznej i *vice versa*. Jeszcze inny wariant to ilościowe definiowanie suwerenności jako całość władzy państwowej albo postrzeganie jej przez pryzmat podmiotu (suwerenność narodowa).

Uprzedzając dalsze wywody należy stwierdzić, że suwerenność nie jest normą (prawem albo kompetencją), lecz pojęciem prawnym, podobnie jak równość, wolność albo sprawiedliwość. Nie oznacza ona władzy ani treści (sumy, katalogu) kompetencji, lecz określa charakter prawny państwa i jego status. Termin ten dotyczy tylko państwa, a nie innych podmiotów. Istota państwa nie zmienia się zasadniczo, w przeciwieństwie do jego zadań, roli i funkcji. Suwerenność jest pojęciem chroniącym państwo, a nie tylko wyrazem jego rzekomo nieograniczonej władzy. Pojęcie to ewoluje historycznie równoległe do rozwoju prawa międzynarodowego, zjawisk globalizacyjnych oraz coraz ściślejszego powiązania systemu prawa krajowego z prawem międzynarodowym. To ostatnie określa status prawny państw, a także ogranicza lub zwiększa zakres kompetencji państwa i sposób ich wykonywania.

Suwerenność jest obecnie fundamentem systemu prawa międzynarodowego oraz funkcjonowania społeczności międzynarodowej⁹⁵. Można ją współcześnie traktować jako podstawowe pojęcie organizujące, w oparciu o wspólne i uniwersalne wartości, system prawa międzynarodowego i społeczność międzynarodową. Określenie precyzyjnego znaczenia takich terminów jak suwerenność, równość czy sprawiedliwość oraz ich interpre-

wszystkich stosunków wewnątrz państwa”. Według K. Skubiszewskiego, (w:) *Zarys prawa międzynarodowego publicznego*, t. I, Warszawa 1955, s. 158, „przez suwerenność rozumiemy niezależność państwa od wszelkiej innej władzy w jego stosunkach z innymi podmiotami prawa międzynarodowego oraz jego samodzielność w regulowaniu spraw wewnętrznych, tj. prawo państwa decydowania o swoich sprawach wewnętrznych i stosunkach zagranicznych w sposób nie ograniczony przez żaden czynnik zewnętrzny, ale bez naruszania praw innych państw i zgodnie z podstawowymi zasadami prawa międzynarodowego”.

⁹⁵ S. Besson, *Sovereignty in Conflict*, “European Integration online Papers”, vol. 8 (2004), n° 15: “1. The principle of sovereignty (...) is a pivotal principle of modern international law. What counts as sovereignty depends on the nature and structure of the international legal order and vice-versa. (...) 2.1. (...) The concept of sovereignty not only amounts to a complex and normative concept, but (...) it is an essentially contestable concept. As such, it is a concept that not only expresses a normative standard and whose conceptions differ from one person to the other, but whose correct application is to create disagreement over its correct application or, in other words, over what the concept is itself”.

tacja ma istotne znaczenie dla oceny prawnej działań państw oraz dla ich międzynarodowoprawnej odpowiedzialności.

Jeśli pojawiają się głosy o suwerenności jako zorganizowanej hipokryzji⁹⁶, to co można by innego powiedzieć o pojęciach sprawiedliwości, demokracji, równości lub wolności?

2.1.2. Wbrew pozorom, w swej ewolucji historycznej państwo podlegało zawsze – w zróżnicowanym wprawdzie stopniu – prawu naturalnemu lub pozytywnemu, krajowemu lub międzynarodowemu⁹⁷. Prawdą jest jednak, że w wiekach minionych słabość prawa i potęga władców (zwłaszcza zaś brak powszechnego zakazu użycia siły i nikłe formy odpowiedzialności za czyny bezprawne) sprzyjały różnym postaciom absolutyzmu i opóźniały rozwój prawa międzynarodowego.

Pojęcie suwerenności, początkowo jako doktryny politycznej (zwłaszcza francuskiej), datuje się z przełomu Średniowiecza i Renesansu, towarzysząc upadkowi jednolitej *Respublica Christiana*, czyli sekularyzacji władzy i powstawaniu państw, w których władcy wyzwalają się spod dominacji papieża i/lub cesarza, a jednocześnie (co nie mniej ważne) podporządkowują sobie panów feudalnych. Celem jest ustanowienie scentralizowanej władzy króla, który stanowiąc prawo panuje nad danym terytorium i ludnością. Ważnym elementem uzasadniającym taki rozwój była chęć położenia kresu konfliktom, do których dochodziło na tle religijnym. Cezurą tego procesu był pokój westfalski (1648 r. – traktaty z Münster i Osnabrück), który zakończył krwawą wojnę trzydziestoletnią⁹⁸. Cezura ta ma wprawdzie charakter symboliczny (nie doszło do niej jednym pociągnięciem pióra), jednak pokój westfalski stanowi załączek międzynarodowoprawnego statusu państwa w społeczności międzynarodowej⁹⁹.

⁹⁶ S.D. Krasner, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton 1999.

⁹⁷ Szerzej R. Kwiecień, *Suwerenność* (przyp. 91) oraz K. Grzybowski (przyp. 92).

⁹⁸ S. Beaulac, *The Westphalian Model in Defining International Law: Challenging the Myth*, "Australian Journal of Legal History", vol. 8/2 (2004), s. 181-214: "The hypothesis at the heart of this paper is that the orthodoxy according to which the Peace of Westphalia recognised and applied for the first time the idea of sovereignty and hence constitutes a paradigm shift in the development of the present state system is historically unfounded and, in effect, is a myth".

⁹⁹ Zob. R. Jackson, *Sovereignty in World Politics: A Glance at the Conceptual and Historical Landscape*, "Political Studies", vol. XLVII (1999), s. 439: "Europe was now conceived as a plurality of territory-based political systems each with its own independent and supreme governing authority. What had been a political-theological universitas became an international societas of sovereign states. That is what Westphalia stand for".

W okresie późniejszym pierwotna koncepcja suwerenności państwa, polegająca na jego umocnieniu i wyzwoleniu od zależności wewnętrznych i zewnętrznych, przekształcała się w różne formy absolutyzmu i woluntaryzmu, nie tylko wewnątrz państwa, lecz również wobec innych państw. Skoro państwo posiada władzę nieograniczoną i najwyższą (suwerenną), to wprawdzie może się za własną zgodą samoograniczyć zaciągając międzynarodowoprawne zobowiązania, ale też może się ono od nich arbitralnie uwolnić¹⁰⁰, czyli że podleganie temu prawu (jego przestrzeganie) zależy tylko od woli państwa. Obserwujemy wówczas uprzywilejowaną pozycję wielkich mocarstw (zjawisko częściowo aktualne dziś, chociaż w innej formie), powstają koncepcje równowagi mocarstw, Świętego Przymierza lub Koncertu Europejskiego¹⁰¹. Polityka ta polegała również na swobodnym określaniu statusu państw trzecich oraz ograniczonym dostępie państw do ważnych konferencji międzynarodowych. Interwencja, polityczna i zbrojna, w sprawy innych państw jest na porządku dnia jako instrument zabezpieczenia interesów mocarstw¹⁰².

¹⁰⁰ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1914, s. 377: „Da, wo Beobachtung des Völkerrechtes mit der Existenz des Staates in Konflikt kommt, tritt hingegen die Rechtsregel zurück, weil der Staat hoher steht als jeder einzelne Rechtssatz, wie ja schon die Betrachtung der innerstaatlichen Rechtsverhältnisse gelehrt hat: das Völkerrecht ist der Staaten, nicht aber sind die Staaten des Völkerrechtes wegen da“; o dowolnym interpretowaniu klauzuli *rebus sic stantibus* w celu zwalniania się ze zobowiązań traktatowych zob. M. Frankowska, *Wypowiedzenie umowy międzynarodowej*, Warszawa 1976.

¹⁰¹ Szerzej K. Wolfke, *Great and Small Powers in International Law from 1814 to 1920*, Wrocław 1961.

¹⁰² *Traité entre Sa Majesté le Roi de Prusse d'une part et Sa Majesté le Roi et la Sérénissime République de Pologne de l'autre, conclu et signé à Grodno le 25 Septembre 1793*: «Le bouleversement qui est survenu dans la constitution et dans le régime intérieur de la république de Pologne par la révolution illégale du 3 May 1791, les désordres qui n'ont cessé de la déchirer depuis cette malheureuse époque, et les progrès que l'esprit d'innovations pernicieuses commençait à y faire, ayant obligé S.M. le Roi de Prusse et S.M. l'Impératrice de toutes les Russies, à s'entendre et à se concerter avec les puissances voisines sur les moyens de garantir leurs propres états du danger imminent dont ils étaient menacés; sa dite Majesté Prussienne et S.M. l'Impératrice de toutes les Russies, unies par un concert mutuel de principes et de vues n'ont cru pouvoir remédier efficacement au mal, qu'en incorporant à leurs empires respectifs les provinces qui y confinaient».

Rosyjska deklaracja wojny Rzeczypospolitej (18 maja 1792 r.): „By wywiązać się ze swych obietnic, Jej Cesarska Mość wydała rozkaz części swych wojsk wkroczenia w granice Rzeczypospolitej. Wojska te okażą się jako przyjacielskie, by współpracować w dziele odbudowy jej praw i przywilejów. (...) Jej Cesarska Mość ludzi się, że

Wojna stanowiła narzędzie polityki¹⁰³. Jeden z autorów zauważa trafnie, że „dla niemal całego świata antycznego i dla średniowiecza znamienne było opieranie stosunków między społecznościami politycznymi nie na zasadzie równości, ale na uprzywilejowaniu (hegemonializmie) jednego podmiotu”¹⁰⁴, a czasy te cechował „brak ogólnej świadomości prawnej łączącej suwerenność z jej prawną ochroną”¹⁰⁵.

Dopiero dwie wojny światowe w XX wieku przynoszą zmiany, przy jednoczesnym konfrontowaniu państwa z nowymi, nieznanymi dotąd wyzwaniem. Po roku 1945 zmienia się kierunek ewolucji, co wynika z rozwoju i wzmocnienia roli prawa międzynarodowego oraz promocji wartości wspólnych dla społeczności międzynarodowej. Ten zwrot wyraża się zwłaszcza w przyjęciu zasady równości statusu prawnego państw oraz w powszechnym zakazie użycia siły zbrojnej (art. 2 ust. 1 i 4 Karty NZ). Elementem chronionym staje się nie tylko samo państwo i jego władza, lecz międzynarodowoprawna pozycja (status) państwa w relacjach z innymi państwami. Prawo międzynarodowe nasycone jest też w coraz większymi wartościami, które chronią prawa jednostki. Z zasady równego statusu prawnego państw nie wynika jednak ich równość pod każdym względem – zróżnicowanie bywa niekiedy uzasadnione i konieczne.

Zarówno dawniej, jak i dziś poglądy dotyczące znaczenia i roli suwerenności były zróżnicowane. Niektórzy akceptowali jej potrzebę, nawet w formach absolutystycznych, inni nie przywiązywali do niej wagi lub wręcz negowali jej sens¹⁰⁶. Współczesnego rozumienia państwa i jego suwerenności nie sposób oddzielić od prawa międzynarodowego. Prawo międzynarodowe nie istnieje bez państw, ale państwa bez tego prawa skazane są tylko na oddziaływanie układu sił, co stoi w sprzeczności z ochroną ich suwerenności. „Pojęcia suwerenności i prawa międzynarodowego wyrastają z jednego pnia: kres jednego

każdy dobry Polak, naprawdę kochający swoją ojczyznę, będzie potrafił docenić jej intencje i zda sobie sprawę, że będzie służył swojej własnej sprawie łącząc swoje serce i broń z jej szlachetnymi wysiłkami, które ona podejmuje w zgodzie z prawdziwymi patriotami by przywrócić w Rzeczypospolitej wolność i prawa, które zagabiła jej uzurpatorska konstytucja 3 maja” – <http://historia.org.pl/2009/10/27/rosyjska-deklaracja-wojny-rzeczypospolitej-18-maja-1792-r/>

¹⁰³ „Der Krieg ist nichts als eine Fortsetzung des politischen Verkehrs mit Einmischung anderer Mittel“, C. von Clausewitz, *Vom Kriege*, 1832, Buch I, Kap. 1, Nr. 24.

¹⁰⁴ R. Kwiecień, *Teoria i filozofia prawa międzynarodowego*, Warszawa 2011, s. 36.

¹⁰⁵ R. Kwiecień, *Suwerenność* (przyp. 91), s. 32.

¹⁰⁶ Zob. na przykład M. Koskenniemi (przyp. 7); R. Kwiecień, *Does* (przyp. 91); id., *Suwerenność* (przyp. 91), s. 60-88.

z nich jest też końcem drugiego. (...) Trzeba więc suwerenność pożytywać za ideę regulatywną prawa międzynarodowego, tzn. ideę, bez której nie-możliwe byłoby istnienie i poznawanie struktury i instytucji tego prawa”¹⁰⁷.

2.2. Suwerenność wewnętrzna

2.2.1. Współczesna suwerenność wewnętrzna jest w pewnym stopniu nawiązaniem do koncepcji Bodina, który scharakteryzował państwo (Rzeczpospolitą) jako byt suwerenny. Według Bodina, suwerenność to „absolutne i nieograniczone czasowo władztwo Rzeczpospolitej”, czyli największa zdolność władcza, a z kolei „Rzeczpospolita jest prawnym rządem, z władztwem suwerennym, nad wieloma rodzinami i tym, co im jest wspólne”¹⁰⁸. Suwerenność jawi się tu jako cecha władzy państwa, które organizuje niezależnie od innych podmiotów zbiorowość ludzką przy pomocy uchwalanego i egzekwowanego przez nie prawa.

Z koncepcji Bodina wynika, że państwo jest świecką i władczą strukturą prawodawczą (*puissance de commandement*), a jakościową cechą tego władztwa jest suwerenność. Prawu boskiemu i prawu naturalnemu podlega tylko suweren, ale nie suwerenność¹⁰⁹; suweren nie podlega jednak prawu stanowionemu przez siebie¹¹⁰. Suwerenność jest przede wszystkim

¹⁰⁷ R. Kwiecień, *Suwerenność* (przyp. 91), s. 88 i 92.

¹⁰⁸ J. Bodin, *Les six livres de la République. Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583*. Édition et présentation de Gérard Mairet. Paris 1993: «La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République (...) c'est-à-dire la plus grande puissance de commander» (s. 111); «République est un droit Gouvernement de plusieurs familles, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine» (s. 111/112).

¹⁰⁹ G. Mairet (w:) J. Bodin (przyp. 108), s. 8: «Bodin affirme que le Prince est soumis à la loi divine et naturelle. Mais nulle part, dans le cours des Six Livres..., la loi divine et de nature n'intervient dans la définition de la souveraineté. Nulle part, elle n'entre dans la compréhension de l'essence de la souveraineté. Ce n'est pas dire que la loi naturelle et divine est sans effet sur le prince — tout au contraire; cent fois encore Bodin ramène le souverain à ses obligations de vertu. Mais nul autre que lui-même — et surtout pas l'évêque (de Reims ou de Rome) — n'est habilité, en principe ou en effet, ne fût-ce qu'à évaluer la vertu du souverain. Car il s'agit, en vérité, de ceci: la loi naturelle et divine freine le souverain, non la souveraineté».

¹¹⁰ C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 1922: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“. Jeśli Schmitt stawia tezę, że suwerenem jest ten, kto rozstrzyga o stanie nadzwyczajnym, to nie ma na myśli

zasadą organizacyjną władzy państwa od wewnątrz i zorientowaną na jego scentralizowanie i umocnienie. Bodin nie zajmuje się jednak prawem międzynarodowym, wówczas w załączku, i dopiero znacznie później pojawi się i rozwinie kwestia międzynarodowoprawnego statusu państwa.

Konstanty Grzybowski zauważa trafnie, że dopiero Renesans „upowszechnia – a Bodin precyzuje najściślej może z uczonych tej epoki, (...) iż suweren może wydawać i znosić ustawy”, które „dotyczyć mogą wszystkich poddanych, akcent to nowy, renesansowy, przeciw przywilejom i exempcjom stanowym i indywidualnym zwrócony. (...) Tak rozumiana suwerenność ustawodawcza jest – tylko ona – określana jako istotny dla pojęcia suwerenności element, wszystkie inne związane z suwerennością kompetencje (ks. I, r. 10 – prawo wojny i pokoju, prawo mianowania urzędników, najwyższa władza sądowa, prawo bicia monety, prawo do danin i podatków) są konsekwencjami tego pojęcia, a nie elementem składowym jego definicji”¹¹¹.

2.2.2. W doktrynie prawa funkcjonują różne poglądy dotyczące istoty suwerenności. Po pierwsze, oznacza ona jakościową (nie ilościową) cechę państwa, po drugie całość jego władzy (kompetencji), a po trzecie cechę podmiotu (organu) sprawującego lub legitymizującego władzę¹¹².

decyzji o stanie wyjątkowym w przypadku jakiegoś kataklizmu, lecz decyzję o uchyleniu fundamentów systemu prawa w państwie. Tę absolutną decyzję lokuje w jakimś organie państwa. W tym sensie siła (absolutnego) państwa stoi ponad prawem. Koncepcja Schmitta, który powołuje się na Bodina, nie dotyczy jednak suwerenności jako atrybutu państwa, lecz podmiotu władczego i roli siły. Zob. szerzej H. Rottleuthner, *Hans Kelsen, Carl Schmitt und der Nationalsozialismus*, (w:) *Deutschland und Japan im rechtswissenschaftlichen Dialog* (Ph. Kunig, M. Nagata, Hrsg.), Köln-Berlin-München 2006, s. 9-30; R. Nagao, *Carl Schmitt über Ausnahmezustand und Souveränität – eine Kelsenianische Analyse*, ibidem, s. 31-42.

¹¹¹ K. Grzybowski (przyp. 92), s. 271. Teoria Bodina nie otwiera jednak drogi do absolutyzmu XVII i XVIII w. „Absolutyzmowi natomiast torują drogę teorie, łączące bodinowską naukę o suwerenności z teorią boskiego prawa (Dei gratia) władców, a równocześnie odrzucające jakiegokolwiek ich instytucjonalne ograniczenie”. We Francji są to mniej wybitni pisarze rojalistyczni z końca XVI w., w Niemczech zaś „podstawy ideologicznej dla absolutyzmu władców dostarczył przede wszystkim Marcin Luter” (ibidem, s. 275).

¹¹² R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome 1^{er}, Paris 1920, s. 79: «Il résulte de cet aperçu historique que le mot souveraineté a acquis dans le passé trois significations principales, bien distinctes. Dans son sens originaire, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État, et il est par suite synonyme

Współczesne państwo to jednolita, władcza struktura prawodawcza o charakterze suwerennym (wraz z monopolem przymusu). Suwerenność wewnętrzna jest fundamentalnym elementem państwa i jakościową cechą jego władzy oznaczając nadrzędny charakter tej władzy w obszarze stanowienia, wykonywania i egzekwowania prawa z wyłączeniem kompetencji pozostałych państw¹¹³. Jako przejaw suwerenności prawo nie jest jednak uchwalane dla samego prawa – jego zadaniem jest bowiem osiągnięcie ważnego celu, mianowicie stabilności i sprawności państwa, a także dobrobytu i bezpieczeństwa jego ludności¹¹⁴. Głównym punktem odniesienia dla tak rozumianej suwerenności są dziś prawo konstytucyjne oraz teoria demokracji.

Suwerenna władza w państwie nie ma nad sobą władzy wyższej i dlatego określa się ją jako najwyższą (źródłosłów suwerenności – *supera-*

de cette dernière. Enfin il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe. Or ces trois notions, si différentes, de la souveraineté se sont conservées jusqu'à l'époque actuelle: on les retrouve dans la littérature contemporaine, enchevêtrées l'une dans l'autre, et cette persistance de concepts divergents ne peut naturellement qu'embrouiller et obscurcir la théorie de la souveraineté».

Ch. Rousseau (przyp. 91), s. 58: «Dans son acception propre et originaire, le terme de souveraineté désigne un certain degré de puissance: c'est la puissance suprême, c'est-à-dire le pouvoir le plus complet et le plus entier qu'on puisse imaginer. (...) Cette signification primitive a peu à peu fait place à une deuxième acception, d'après laquelle la souveraineté, au lieu d'être conçue comme une simple qualité de la puissance étatique, a été identifiée avec cette puissance même. (...) Enfin, dans une dernière acception, le terme de souveraineté sert à caractériser la position occupée par l'organe le plus élevé de l'Etat (ex. le peuple souverain)».

¹¹³ J. Combacau, S. Sur (przyp. 5), s. 236: «Dans l'ordre interne, (...) la puissance suprême de l'Etat se définit ainsi en droit interne par son contenu positif de plénitude, comme le plus grand degré possible de supériorité de son titulaire sur ceux qui lui sont soumis, qui comporte le pouvoir légal de briser la résistance aussi bien de ses sujets que de ses rivaux en puissance, les uns et les autres subordonnés».

¹¹⁴ Na cele państwa jako elementu definicji suwerenności słusznie zwraca uwagę L. Le Fur, *Etat fédéral et confédération d'Etats*, Paris 1896, s. 443: «La souveraineté est la qualité en vertu de laquelle la forme d'organisation humaine la plus élevée, l'Etat, possède, à l'extérieur, l'indépendance vis-à-vis de tout autre Etat, à l'intérieur le pouvoir de constater le droit avec une direction dominante, pour lui-même comme pour ses sujets, et celui de leur imposer, en tant qu'ils coopèrent à la réalisation de buts sociaux, le devoir de se conformer à son but collectif suprême; cette qualité se manifeste extérieurement par le droit de l'Etat, dans ses rapports avec les collectivités qui le composent, de fixer librement sa propre compétence, dans les limites du principe supérieur du droit».

nus). Zauważmy jednak, po pierwsze, że brak władzy wyższej nie oznacza władztwa arbitralnego i niepodlegającego prawu. Wprawdzie ograniczenia prawem dawnej władzy (władcy) było nieporównywalnie mniejsze niż współcześnie, to istota państwa i jego suwerenności nie uległa zasadniczej zmianie. Po drugie, jeśli władza najwyższa, to wobec kogo i pod jakim względem? Otóż chodzi tu o prawodawczą, wykonawczą i sądową władzę państwa wykonywaną wobec podległych mu terytorium, osób, zdarzeń lub sytuacji. W gruncie rzeczy należałoby zamiast o władzy najwyższej mówić o nadrzędności władczej¹¹⁵. Jest natomiast rzeczą oczywistą, że państwo nie ma władzy najwyższej wobec innych państw.

Państwo, jako osoba prawa międzynarodowego, działa (objawia swoją wolę) za pośrednictwem swoich organów oraz na podstawie norm materialnych i proceduralnych, z których wynikają jego kompetencje¹¹⁶. Kompetencja wyraża zdolność prawną, ale nie przesądza o tym, jaki z niej zostanie uczyniony użytek. Jest ona z istoty swojej zaprzeczeniem wszechwładzy i arbitralności. Istota współczesnej suwerenności wyraża się w jakościowym charakterze, lecz nie zakresie (ilości) kompetencji państwa, a zatem nie sprowadza się do sumy kompetencji. Pojęcie suwerenności nie dotyczy samej treści rządzenia, czyli zróżnicowanych celów oraz możliwości i skutków działania. Wobec powyższego należy zapytać, czym wyróżnia się kompetencja (władza) państwa. Otóż ta kompetencja jest wyłączna, pełna i samodzielna¹¹⁷.

Wyłączność oznacza, iż w państwie funkcjonuje jednolita i dysponująca legalnym przymusem władza oraz system prawny, które ustanawiają i chronią porządek społeczny w odniesieniu do podległych tej władzy terytorium, podmiotów i zdarzeń. Wyłączność kompetencji nie ma charakteru absolutnego ze względu na istniejące ograniczenia, wynikające z prawa międzynarodowego i prawa krajowego. Oznacza ona, iż państwo A (również organizacja międzynarodowa) nie jest władne stwarzać prawnych obowiązków dotyczących zakresu i wykonywania kompetencji państwa B, ani też nie wykonuje władzy na jego terytorium, chyba że dzieje się to na podstawie prawa międzynarodowego (najczęściej za zgodą państwa, a wyjątkowo

¹¹⁵ J. Combacau, *Pas une puissance, une liberté: la souveraineté internationale de l'Etat*, (w:) «Pouvoirs» (przyp. 91), s. 50: «[L]’Etat souverain (...) ne saurait tirer de cette qualité même une summa potestas, car la souveraineté n’est pas la puissance suprême, mais la suprématie de la puissance».

¹¹⁶ Zob. przyp. 52.

¹¹⁷ Szerzej Ch. Rousseau (przyp. 91), s. 72-93.

nawet bez jego zgody, np. w przypadku rezolucji RB NZ). Nie wyklucza się legalnego wykonywania kompetencji w sposób ekstraterytorialny¹¹⁸.

Pełny charakter kompetencji państwa wyraża się w tym, że (w przeciwieństwie np. do kompetencji organizacji międzynarodowej) zakres *ratione materiae* nie jest z góry ustalony i nie wynika z norm prawa międzynarodowego, lecz z pierwotnego charakteru państwa. Pełny nie oznacza, że państwo dysponuje wszelkimi kompetencjami, jest to aspekt zdolności i potencjalności. Zakres kompetencji jest w każdym państwie zróżnicowany i określany samodzielnie w prawie krajowym, przy czym liczba tych kompetencji nie świadczy o sile państwa. Granicą są kompetencje innych państw oraz regulacja międzynarodoprawna, a jej przekroczenie prowadzi do odpowiedzialności prawnej. Co do zasady, ograniczeń kompetencji państwa nie domniemywa się, lecz pełny i pierwotny charakter kompetencji nie może prowadzić do naruszeń prawa międzynarodowego.

Samodzielność wiąże się ze swobodą państwa w stanowieniu prawa, zaciąganiu i zwalnianiu się ze zobowiązań międzynarodowych, w tym dobrowolnością poddania się jurysdykcji sądów międzynarodowych¹¹⁹. Wykonywanie niektórych kompetencji państwa jest związane międzynarodoprawnymi zobowiązaniami (*compétence liée*), pozostałe określa się jako tzw. sferę wyłączną (*domaine réservé; domestic jurisdiction*), w której wykonywanie kompetencji państwa ma charakter uznaniowy (*compétence discrétionnaire*). Naruszenie sfery wyłącznej stanowić może niekiedy zakazaną przez prawo międzynarodowe interwencję w sprawę wewnętrzne.

Przymiotniki „wyłączna, pełna i samodzielna” to charakterystyka kompetencji jako zdolności, natomiast zakres kompetencji oraz ich wykonywanie mają charakter zmienny i zróżnicowany. Z przymiotników tych nie wynika, że państwo ma władzę absolutną i jest ponad prawem albo że ma władzę najwyższą wobec innych podmiotów prawa międzynarodowego. Współczesne państwo nie działa arbitralnie, lecz w granicach prawa, czyli na zasadzie praworządności (*rule of law*). Granicą władzy (kompetencji) jednego państwa jest władza (kompetencja) drugiego państwa – żadne z nich nie podlega

¹¹⁸ Zob. punkt 1.3.

¹¹⁹ CPJI. Statut de la Carélie orientale, avis consultatif du 23 juillet 1923 (Recueil, série B, n° 5, s. 27): «Un principe qui est à la base même du droit international: le principe de l'indépendance des Etats. Il est bien établi en droit international qu'aucun Etat ne saurait être obligé de soumettre ses différends avec les autres Etats soit à la médiation, soit à l'arbitrage, soit enfin à n'importe quel procédé de solution pacifique, sans son consentement».

władzy drugiego. Wykonywanie kompetencji podlega też w pewnym zakresie prawu międzynarodowemu.

Z suwerenności nie wynikają konkretne kompetencje, nie jest ona sumą kompetencji albo rdzeniem (pewnym minimum) kompetencji państwa. Jest to zdolność władcza, która może być różnie wykorzystana (różne zakresy kompetencji i sposoby ich wykonywania). Zmiany kompetencyjne nie oznaczają jednak ograniczenia suwerenności ani jej podziału, ponieważ jako jakościowy charakter władzy albo jako międzynarodowoprawy status państwa suwerenność nie jest z natury swej podzielna¹²⁰. Tym bardziej nie istnieje suwerenność monetarna, gospodarcza lub wojskowa. Z tego samego względu suwerenność nie jest wykonywana. Dzielone i wykonywane są tylko kompetencje¹²¹.

Kompetencje państwa są podzielone między różnymi organami władzy (prawodawczej, wykonawczej, sądowej). Państwo samo ustala zakres swoich kompetencji i sposób ich wykonywania, co dokonuje się w pierwszym rzędzie na poziomie konstytucji krajowej. Wraz z rozwojem prawa międzynarodowego kompetencje te podlegają ograniczeniu co do sposobu ich wykonywania, a ich zakres może się zmniejszać lub zwiększać pod wpływem regulacji międzynarodowej.

¹²⁰ R. Barents, *The Autonomy of Community Law*, The Hague, London, New York 2004, s. 37: "The theory according to which a particular system of law is characterised by its actual or potential restriction of sovereignty is based on the assumption that sovereignty constitutes a legal notion, which make it possible to split off a part by transferring it to an international organisation. In this approach, sovereignty is not seen as a quality of the state, but as a quantity of state powers (sovereign rights) of which some parts can be transferred".

¹²¹ L. Le Fur, *Fédéralisme et Union Européenne*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“, Bd. XI, 1942/1943: «Il est essentiel pour cela de bien distinguer entre puissance publique et souveraineté. Trop souvent, même chez les juristes, on est porté à confondre ces deux notions, et c'est à la suite de cette confusion qu'on étend à la puissance publique l'idée d'indivisibilité qui n'est vraie que de la souveraineté» (s. 15); id. (przyp. 114): «La souveraineté n'est pas plus indivisible qu'elle n'est illimitée: la notion de puissance suprême n'est qu'une notion relative, et en fait comme en droit, elle comporte certaines restrictions au double point de vue de l'indivisibilité et de l'absence de limites. Mais une fois ces réserves faites, et la notion de la souveraineté ainsi précisée, il est exact de dire que la souveraineté de l'Etat, dans ces limites, est indivisible. Elle l'est, non pas parce qu'il est de la nature même du superlatif d'être indivisible, mais pour des raisons d'ordre bien différent: elle est indivisible parce que, en théorie, le partage de la souveraineté est inconciliable avec l'unité de l'Etat» (s. 487-488).

Trzeba w tym kontekście dostrzec element abstrakcyjny, jakim jest suwerenność jako jakościowa cecha państwa, która wyraża się w jego zdolności władczej, polegającej na stworzeniu pewnego porządku przez stanowienie obowiązującego powszechnie prawa i jego przymusowym egzekwowaniu (*puissance de commandement*). Z drugiej zaś strony mamy do czynienia z rządzeniem, polegającym na realizacji (w ramach określonych obowiązującym prawem) określonych politycznie celów i osiąganiu zamierzonych zachowań i skutków społecznych (*pouvoir de contrôle*), co w znaczny stopniu zależy od praktycznych możliwości i podatności na różnego rodzaju wpływy (polityczne, ekonomiczne lub wojskowe). Mówiąc w przenośni, konstrukcja samolotu, a użytkowanie samolotu to dwie różne sprawy.

Brak rozróżnienia między tymi dwoma aspektami jest najczęstszą przyczyną nieporozumień¹²², ponieważ suwerenność odnosi się tylko do pierwszego z nich. Jeśli natomiast koncentrujemy się na drugim aspekcie, to konsekwencją jest stopniowanie suwerenności (np. państwa suwerenne w 60 albo 90 procentach), co czyni to pojęcie zbędnym i w gruncie rzeczy prowadzi do absurdu. Czy wyznaczone cele uda się zrealizować w zmieniającym się otoczeniu pozostaje poza sferą suwerenności (jest to sfera rządzenia).

Z międzynarodowoprawnego punktu widzenia błędne wydaje się postrzeganie suwerenności jako nieograniczonej możliwości wpływu na inne państwa lub, w innej perspektywie, jako wyraz potęgi, która nie podlega żadnym wpływom zewnętrznym. W takim przypadku można by, jeśli w ogóle, szukać państw suwerennych jedynie w gronie mocarstw albo państw żyjących w autarkii. Pogląd taki wynika z nieuzasadnionych prób przeniesienia historycznej koncepcji nieograniczonej rzekomo suwerenności władcy na płaszczyznę współczesnych stosunków międzynarodowych i prawa międzynarodowego.

Istnienie i funkcjonowanie państwa wkomponowane jest w system norm międzynarodowych oraz krajowych. Charakter kompetencji państwa objawia się w aspekcie negatywnym i pozytywnym, wewnętrznym i zewnętrznym. Pozytywnym, ponieważ kładzie się nacisk na podejmowanie samodzielnych decyzji w co do zasady nieograniczonym rzeczowo zakresie. Negatywnym, ponieważ podkreśla się, iż państwo nie ma nad sobą innej władzy jak tylko prawo międzynarodowe. Zewnętrznym, gdyż chodzi o stosunki z innymi państwami lub sytuacji z tzw. elementem zagranicznym; wewnętrznym, ponieważ odnosi się do swobodnej regulacji stosunków w państwie.

¹²² J. Donnelly (przyp. 3), s. 4: "Sovereignty is a matter of authority, the right to regulate or rule. It is often, however, confused with control over outcomes".

2.2.3. Pojęcie suwerenności pojawia się w debatach dotyczących państwa federalnego¹²³. Mimo pewnych podobieństw nie ma jednolitego modelu państwa federalnego – na przykład USA, Niemcy lub Szwajcaria różnią się pod tym względem, podobnie jak państwa unitarne (Francja, Polska).

Władze centralne państwa federalnego i jego części składowe (landy, stany, kantony, prowincje) są osobno niekompletne i dopiero wzajemnie się uzupełniając tworzą jedną, federalną całość¹²⁴. Tym samym powstaje specyficzna jedność w wielości. W państwie tym podział kompetencji nie jest celem samym w sobie, lecz polega na ich zbalansowaniu w kontekście istnienia krajów związkowych¹²⁵. Niezależnie od różnic ustrojowych między państwami federalnymi, jedno jest pewne: tylko państwo federalne (a nie jego części składowe) jest podmiotem prawa międzynarodowego¹²⁶.

¹²³ D. Kabat-Rudnicka, *Zasada federalna a integracja ponadnarodowa*, Kraków 2010; O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paris 2007, s. 79.

¹²⁴ J. Isensee, *Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz*, (w:) *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1999, Bd. IV (§ 98), s. 528: „Die Staatsgewalt (...) ist gemäß der Kompetenzordnung des Grundgesetzes zwischen Bund und Länder aufgeteilt. Die Kompetenzausstattung einer jeden Seite ist von Verfassung wegen unvollständig. Doch sie ist komplementär, so dass die Bundes- und Landeszuständigkeiten sich nahtlos zum Ganzen fügen. Zusammengenommen entsprechen sie dem Bild staatlicher Allzuständigkeit“.

¹²⁵ J. Isensee (przyp. 124): „Es werden dogmatische Konstrukte der zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten geteilten Souveränität entworfen; diese provozieren ihrerseits Auseinandersetzungen über die Grundsatzfrage, ob Souveränität überhaupt teilbar und von der Staatsgewalt ablösbar sei. Die Diskussion ist jedoch fruchtlos“ (s. 552-553), „Sinn der föderativen Kompetenzteilung ist nicht die Trennung, sondern die Wohlverteilung der Staatsgewalt, ihre Strukturierung und Balancierung. Sie hebt die (gesamt-)staatliche Einheit nicht auf, sondern sie differenziert sie aus in eigenständige kleinere Einheiten, die rückgebunden bleiben in die Einheit des Gesamtstaates“ (s. 629).

¹²⁶ Ch. Rousseau (przyp. 91): «[L]e véritable critère de distinction entre l'Etat fédéral et la Confédération doit être cherché dans l'immédiateté et l'exclusivité des compétences internationales, immédiateté et exclusivité qui, si elles appartiennent aux Etats confédérés dans la Confédération, sont refusées aux Etats particuliers membres de l'Etat fédéral pour être réservés à ce dernier» (s. 164). [La différence existant] «entre l'Etat fédéral et l'Etat unitaire décentralisé n'est qu'une différence de degré, ces deux formes de groupement territorial réalisant dans des conditions et selon des modalités différentes un même phénomène juridique: le phénomène de décentralisation, dont le fédéralisme n'est que la mise en œuvre particulièrement poussée» (s. 165); «Il s'agit simplement ici (...) d'une participation des Etats membres à l'organisation et au fonctionnement des organes fédéraux, cette participation se réalisant normalement par l'institution d'une représentation spéciale des

Podstawą prawną państwa federalnego jest z reguły jego konstytucja (akt prawa krajowego), która reguluje stosunki między centrum i częściami składowymi (niekiedy powstanie konstytucji poprzedza traktat). Części składowe państwa federalnego mają określone terytorium, wykonują w niektórych dziedzinach własną i wyłączną kompetencję, lecz są zorganizowane i działają na podstawie norm prawa krajowego, któremu podlegają (konstytucja federalna). W niektórych przypadkach konstytucje części składowych posługują się terminem suwerenność, który odnosi się z reguły do suwerenności ludu jako źródła władzy, ale nie jest tożsamy z suwerennością państwa federalnego jako podmiotu prawa międzynarodowego; te konstytucje nie mogą być sprzeczne z konstytucją federalną. Części składowe nie są jednak państwami w rozumieniu prawa międzynarodowego. W konsekwencji, niektóre kompetencje (np. sprawy zagraniczne, obrona, zawieranie traktatów, emisja waluty) przysługują tylko strukturze centralnej¹²⁷.

Gwarancją autonomii części składowych, a zarazem jedności federalnej jest konstytucyjny podział kompetencji między strukturą centralną (federalną) a jej częściami składowymi, specjalna reprezentacja części składowych na szczeblu federalnym (np. druga izba parlamentu) oraz udział części składowych w zmianie konstytucji federalnej, w stosowaniu prawa federalnego i częściowo w jego uchwalaniu.

Mimo innego i dalej niż w państwie unitarnym posuniętego podziału kompetencji oraz autonomii krajów związkowych, w państwie federalnym nie dochodzi do podziału suwerenności, chyba że suwerenność potraktu-

Etats membres, par la collaboration des Etats membres à l'exécution des décisions du gouvernement fédéral et par leur coopération à la révision de la Constitution fédérale» (s. 168).

¹²⁷ Tytułem przykładu – Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999: «Article 3. Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération. (...) Article 43a. 1. La Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération. (...) Article 49. 1. Le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. 2. La Confédération veille à ce que les cantons respectent le droit fédéral. (...) Article 54. 1. Les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. (...) Article 55. 1. Les cantons sont associés à la préparation des décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels. (...) Article 56. 1. Les cantons peuvent conclure des traités avec l'étranger dans les domaines relevant de leur compétence. 2. Ces traités ne doivent être contraires ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit d'autres cantons. Avant de conclure un traité, les cantons doivent informer la Confédération».

jemy jako identyczną z pojęciem władzy. Tymczasem państwo federalne jest tworem jednolitym pod względem swej suwerenności i ta nie zostaje ani naruszona, ani podzielona w wyniku funkcjonowania różnych organów władzy państwowej albo samodzielnych części składowych federacji. Z perspektywy międzynarodowej jedność państwa federalnego jest potwierdzona przez tylko jego (a nie części składowych) międzynarodowoprawny status.

Problem podziału suwerenności w państwie federalnym został historycznie (i nieco sztucznie) wykreowany pod wpływem doktryny niemieckiej w drugiej połowie XIX wieku w kontekście nietypowego federalnego charakteru powstałej w 1871 r. Rzeszy¹²⁸. Specyficzna i w znacznym stopniu odbiegająca od europejskiego pojmowania federalizmu jest tradycja Stanów Zjednoczonych, w której główny akcent spoczywa nie tyle na suwerenności państwa, ile na suwerenności ludu¹²⁹.

Z koncepcji federalnej wynika jeden główny cel, polegający na zapewnieniu trwałości i jedności struktury głównej, przy jednoczesnym zachowaniu samodzielności, odrębności i tożsamości silnych części składowych (jedność w wielości). Państwo federalne nie jest rodzajem superpaństwa, podobnie jak określana niekiedy w ten (błędny) sposób Unia Europejska. Z perspektywy historycznej widać, iż tradycja federalna nie unicestwia tożsamości i samodzielności części składowych.

Od strony prawnej termin „federacja państw europejskich” jest nieco ryzykowny, ponieważ może sugerować dążenie do utworzenia państwa federalnego¹³⁰. Posługując się pojęciem federacji państw europejskich (*fédération d'Etats-nations*) należy je bliżej objaśnić, w przeciwnym bowiem razie

¹²⁸ Szerzej S. Oeter (przyp. 91), s. 679-684.

¹²⁹ E. Zoller, *Aspects internationaux du droit constitutionnel: contribution à la théorie de la fédération d'Etats*, RCADI, vol. 294 (2002): «21. (...) Le gouvernement américain n'est pas une structure complète d'organisation et de régulation de la société; c'est un processus partiel et sélectif de direction et d'ajustement de certains comportements humains par des procédés juridiques. (...) 25. Dire qu'une fédération d'Etats n'est pas un Etat, ne veut pas dire qu'elle n'est pas une entité souveraine au sens du droit international. (...) 27. (...) Or, ce que beaucoup de juristes formés à l'école de l'Etat-nation ne semblent pas voir, c'est que le gouvernement de la fédération américaine n'a jamais été conçu pour gouverner l'ensemble de la société. (...) L'incomplétude recherchée, voire cultivée, du fédéralisme américain est ce qui le différencie du fédéralisme européen. (...) 33. (...) La relation de commandement et d'obéissance qui marque si fortement sur le continent européen la structure étatique ne s'applique pas à la structure fédérale américaine».

¹³⁰ Ch. Leben, *Fédération d'Etats-nations ou Etat fédéral?*, “Jean Monnet Working Paper” 7/2000.

powstaje nie zawsze klarowny skrót myślowy. Zauważmy też, że istnieją istotne różnice między federalizmem europejskim (wpływy niemieckie) a amerykańskim oraz interesujące podobieństwa między Unią Europejską a federacją znaną pod nazwą USA¹³¹.

2.3. Suwerenność jako władza

Wspomniano już wyżej, iż oprócz suwerenności pojmowanej jako jakościowa cecha państwa (jego władzy) pod pojęciem tym rozumie się całość tej władzy. W tym kontekście pojawiają się dwa warianty posługiwania się tym terminem. Pierwszy dotyczy podmiotu legitymizującego władzę, określanego mianem suwerena (suwerenność narodowa). Drugi odnosi się do sporów terytorialnych, czyli kwestii suwerennego tytułu. Mamy tu do czynienia z inną perspektywą postrzegania suwerenności, co jest często przyczyną nieporozumień.

2.3.1. Suwerenność narodowa

Podczas gdy w poprzedniej części definiowaliśmy suwerenność jako jakościową cechę państwa i jego władzy, koncepcja suwerenności narodowej ma inne znaczenie – jest ona równoznaczna z całością władzy oraz koncentruje się na woli legitymizującego ją podmiotu. W obu jednak przypadkach chodzi o władzę postrzeganą z perspektywy wewnątrz krajowej, a nie o status międzynarodowoprawy państwa i jego relacje z innymi podmiotami prawa międzynarodowego. Koncepcja suwerenności narodowej zakotwiczyła się pod koniec XVIII wieku wraz z powstaniem Stanów Zjednoczonych oraz Rewolucją Francuską (*Etat-Nation*).

Pojęcie suwerenności narodowej koncentruje się na ludzie/narodzie jako podmiocie legitymizującym całość władzy. Koncepcja ta dotyczy relacji między ludem a państwem (władzą państwową) oraz wykonywania tej władzy i jej kontroli. Odnosi się ona do swobody ludu w decydowaniu o swoim losie i ukształtowaniu własnego państwa (samostanowienie). Głównymi przesłankami tej koncepcji są obecnie wolność i demokracja postrzegane w perspektywie konstytucyjnoprawnej.

W tym kontekście ważne są dwa elementy: lud jako podmiot oraz władza państwowa. Podmiotem legitymizującym władzę państwową jest lud/naród (*pouvoir constituant*), a przedmiotem legitymizowanym władza państwowa

¹³¹ Szerzej na ten temat E. Zoller (przyp. 129).

w postaci różnych jej sektorów (*pouvoirs constitués*). Władza współczesnego państwa pochodzi od ludu/narodu i podlega ograniczeniom, wynikającym z jego woli.

Na przykład art. 4 Konstytucji RP stanowi: „1. Władza zwierzchnia w Rzeczypospolitej Polskiej należy do Narodu. 2. Naród sprawuje władzę przez swoich przedstawicieli lub bezpośrednio” (czyli w referendum)¹³². Zgodnie z art. 3 Konstytucji francuskiej: „Suwerenność narodowa należy do ludu, który wykonuje ją przez swych przedstawicieli i w drodze referendum”. W art. 20 ust. 2 Ustawy zasadniczej RFN stwierdza się: „Cała władza państwowa pochodzi od ludu” – bez instytucji referendum. Pojęcia „władza zwierzchnia”, „*Staatsgewalt*” oraz „*souveraineté nationale*” dotyczą tego samego, czyli całości władzy państwowej, którą legitymizuje naród/lud¹³³.

¹³² W Konstytucji RP termin „suwerenność” pojawia się rzadko i w różnych znaczeniach. Preambuła: „W trosce o byt i przyszłość naszej Ojczyzny, odzyskawszy w 1989 roku możliwość suwerennego i demokratycznego stanowienia o Jej losie”; art. 104. ust. 2: „Przed rozpoczęciem sprawowania mandatu posłowie składają przed Sejmem następujące ślubowanie: ‘Uroczyste ślubuję rzetelnie i sumiennie wykonywać obowiązki wobec Narodu, strzec suwerenności i interesów Państwa’...”; art. 126. ust. 2: „Prezydent Rzeczypospolitej czuwa nad przestrzeganiem Konstytucji, stoi na straży suwerenności i bezpieczeństwa państwa oraz nienaruszalności i niepodzielności jego terytorium”; pojawiają się też pojęcia władzy zwierzchniej i niepodległości – art. 4. ust. 1. „Władza zwierzchnia w Rzeczypospolitej Polskiej należy do Narodu”; art. 5. „Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium”.

Trybunał Konstytucyjny posługuje się tym pojęciem w sposób niezbyt jednolity. Wyrok z dnia 11 maja 2005 r. (Sygn. akt K 18/04): „suwerennie ratyfikując”, „Polska suwerennie uznała Traktat...”; „w zakresie suwerennie przekazanych spraw Wspólnotom” (pkt 14.2); Wyrok z 24 listopada 2010 r. (K 32/09) zawiera następujące sformułowania: „zachowanie pierwszeństwa Konstytucji w warunkach integracji europejskiej musi być uznane za równoznaczne z zachowaniem suwerenności państwa” (pkt 1.3); „przystąpienie do Unii Europejskiej jest postrzegane jako pewnego rodzaju ograniczenie suwerenności państwa, nieoznacza jej przekreślenia” (pkt 2.1); „Suwerenność Rzeczypospolitej wyraża się w nieprzekazywalnych kompetencjach organów władzy państwowej” (pkt 2.1); „Państwa należące do Unii Europejskiej zachowują suwerenność ze względu na to, że ich konstytucje, stanowiące wyraz suwerenności państwowej, zachowują swoje znaczenie” (pkt 2.1); „Przystąpienie do Unii Europejskiej i związane z tym przekazanie kompetencji nie oznacza wyzbycia się suwerenności na rzecz Unii Europejskiej. Granicę transferu kompetencji wyznacza wskazana w preambule do ustawy zasadniczej suwerenność państwa jako wartość narodowa” (pkt 2.2).

¹³³ W preambule Konstytucji RP: „my, Naród Polski – wszyscy obywatele Rzeczypospolitej”, co oznacza oddzielenie elementu etnicznego od obywatelstwa. W tym znaczeniu naród polski to polityczny *demos*, a nie *ethnos*. Z różnych względów język polski charakteryzuje się specyficznym uwikłaniem co do rozumienia i używania

W przeszłości podmiotem ucieleśniającym i legitymizującym całość władzy był monarcha. Z czasem wykształciła się koncepcja, że podmiotem tym jest lud/naród (w znaczeniu politycznym) lub niekiedy parlament (Wielka Brytania). Wiązało się to historycznie z ewolucją koncepcji demokracji. Lud/naród stwarza państwo, legitymizuje władzę państwową i jej akty prawne oraz ją kontroluje. Demokracja to rządy prawa oparte o uznane w cywilizowanym świecie wartości. Nie jest to zatem dyktatura większości, bowiem również prawa mniejszości muszą znaleźć odpowiedni wyraz (przywileje).

W doktrynie znane są pojęcia suwerenności ludu (*souveraineté populaire*) i suwerenności narodu (*souveraineté nationale*), chociaż używa się ich często zamiennie. Lud oznacza żyjących obywateli¹³⁴, z których każdy dysponuje częścią władzy. Z kolei naród jest pojęciem abstrakcyjnym i politycznym, wyrażającym solidarną wspólnotą losów wielu minionych, obecnych i przyszłych pokoleń¹³⁵. Angielskie/francuskie „*nation*” oznaczać może również państwo¹³⁶ oraz grupę etniczną połączoną historią, językiem, tradycją i kulturą. Akcent na etniczne rozumienie narodu jest przede wszystkim dziedzictwem XIX i XX w., co przynosiło niekiedy negatywne skutki (nacjonalizm).

System suwerenności ludu faworyzuje demokrację bezpośrednią w postaci referendum, chociaż dopuszcza elementy demokracji reprezentatywnej. Istnieje obowiązek głosowania, a wybrani przedstawiciele mają mandat imperatywny (reprezentują konkretną grupę wyborców, od których otrzymują instrukcje). System suwerenności narodowej faworyzuje demokrację reprezentatywną, w której nie ma obowiązku głosowania, a mandat nie jest

terminów „lud” i „naród” – pierwszy rzadko używany (niekiedy o mało pozytywnym zabarwieniu), a drugi pojmowany z reguły wyłącznie w kategoriach etnicznych. Historyk Norman Davies wspomina jednego z krakowskich kanoników XVII w., który mówił o sobie: *natione Polonus* [odniesienie do państwa], *gente Ruthenus*, *origine Judaeus*, *religione Catholicus*.

¹³⁴ W Karcie NZ: “We the Peoples of the United Nations”. W Konstytucji amerykańskiej: “We the People of the United States”, przy czym w momencie uchwalania Konstytucji miano na myśli ludy poszczególnych stanów, a nie jeden lud amerykański, zob. na ten temat E. Zoller (przyp. 129), s. 84-85.

¹³⁵ Tożsamość amerykańska powstała na gruncie uchwalonej konstytucji i nie opiera się na etniczności, lecz na wspólnocie polityczno-prawnej (nie istnieje jeden etniczny naród amerykański). W przypadku nowożytnych Niemiec utworzenie państwa federalnego w 1871 r. umocniło proces powstania narodu niemieckiego. Podobnie rzecz się miała we Włoszech w połowie XIX wieku (według Massimo d’Azeglio: „Włochy zostały stworzone, musimy jeszcze stworzyć Włochów”).

¹³⁶ Przykładowo, ONZ (United Nations) jest organizacją zrzeszającą państwa, a nie etniczne narody.

imperatywny (przedstawiciel reprezentuje naród, a nie grupę wyborców)¹³⁷. Dopuszczalne są tu elementy demokracji bezpośredniej.

Wola ludu/narodu jest w koncepcji suwerenności narodowej niezbywalna i niepodzielna. Nie stoi to na przeszkodzie, aby wykonywanie władzy publicznej przez poszczególne organy (normowane prawem działania władcze) opierało się na podziale kompetencji (terytorialnie, osobowo, przedmiotowo, organicznie), lecz nie oznacza to podziału suwerenności narodowej, podobnie jak monteskiuszowski trójpodział władz (ustawodawcza, wykonawcza i sądowa) nie oznacza podziału suwerenności narodowej. Tak rozumiana suwerenność ma ścisły związek z aspektem konstytucyjnoprawnym, stąd też współczesna debata o niej przenosi się w znacznym stopniu na obszar prawa konstytucyjnego i teorii demokracji¹³⁸.

Czy normy prawa krajowego ograniczają suwerenność narodową? Trudno podzielić ten pogląd, ponieważ oznaczało by to, że konstytucja lub ustawy godzą w wolę narodu, a tymczasem są one wyrazem jego woli. Konstytucja (prawo) zapewnia niezbędną równowagę między władzą państwową a obywatelami. Nie sposób nie zauważyć, że państwo i prawo, prawo i suwerenność narodowa istnieją w swoistej symbiozie, a nie sprzeczności. Dzieje się oczywiście tak przy założeniu, że państwo spełnia w pewnym choćby stopniu przesłanki demokracji – w dyktaturze prawo (albo jego brak) służy unicestwieniu demokracji i woli narodu.

Zmiana zakresu kompetencji państwa w wyniku zobowiązań międzynarodowopravných bywa niekiedy traktowana jako ograniczenie suwerenności narodowej (rozumianej jako całość władzy), zwłaszcza w przypadku konfliktu z normami konstytucji państwa. Przykładowo, tak rzecz się ma we Francji, co prowadzi do pewnych nieporozumień¹³⁹. Prawo krajowe nie zabrania jednak i nie wyklucza wiązania się prawem międzynarodowym, przy czym najistotniejsze w tym względzie jest zachowanie demokratycznych procedur wiązania się nim, w tym uwzględnienie woli ludu, co z kolei wymaga niekiedy form referendalnych albo zmiany (w specjalnym trybie) konstytucji narodowej.

¹³⁷ Jeden z pierwowzorów to francuska Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (26 août 1789): «Article 3. Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. (...) Article 6. La loi est l'expression de la volonté générale».

¹³⁸ S. Oeter, *Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“, 1995, nr 3, s. 688.

¹³⁹ Zob. punkt 7.3.

Przykładem zbędnego i wprowadzającego w błąd powołania się na suwerenność narodową są niektóre traktaty, które zezwalają na jednostronne wycofanie się ze względu na nadzwyczajne okoliczności związane z ważnymi interesami państwa. Precyzują one, iż dzieje się tak w wykonywaniu suwerenności narodowej¹⁴⁰. Wskazane byłoby ograniczyć się tylko do słowa „suwerenność”, pomijając „narodowa” i „wykonywanie”, ale i to jest zbędne w przypadku wspomnianego przepisu traktatowego.

2.3.2. Deficyt demokracji?

2.3.2.1. Dyskusje o demokracji trwają od wieków. Dotyczą one głównie państwa, jednak nie sposób uciec od pytania o demokrację w stosunkach międzynarodowych, zwłaszcza w organizacjach międzynarodowych¹⁴¹. Jest to trudny problem, ponieważ dokonuje się często porównań z demokracją w państwie¹⁴². Czy model demokracji w państwie ma być wzorem dla innych struktur? Czy i jaka demokracja jest możliwa w relacjach między-

¹⁴⁰ Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and under Water, 5 August 1963: “Article IV. This Treaty shall be of unlimited duration. Each Party shall in exercising its national sovereignty have the right to withdraw from the Treaty if it decides that extraordinary events, related to the subject matter of this Treaty, have jeopardized the supreme interests of its country”; *Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP)*, 1^{er} juillet 1968: «Article X. 1. Chaque Partie, dans l'exercice de sa souveraineté nationale, aura le droit de se retirer du Traité si elle décide que des événements extraordinaires, en rapport avec l'objet du présent Traité, ont compromis les intérêts suprêmes de son pays».

¹⁴¹ Th. Christiano, *Democratic Legitimacy and International Institutions*, (w:) S. Besson, J. Tasioulas (eds), *The Philosophy of International Law*, Oxford 2010, s. 119-137; Ph. Pettit, *Legitimate International Institutions: A Neo-Republicain Perspective*, ibidem, s. 139-160; J. Keane, *The Life and Death of Democracy*, London 2009; S. Oeter, *Federalism and Democracy*, (w:) A. von Bogdandy, J. Bast (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford 2009; C. Mik, *Legitymacja demokratyczna Unii Europejskiej w świetle Traktatu konstytucyjnego*, (w:) J. Barcz (red.), *Demokratyzacja i wzmocnienie legitymacji Unii Europejskiej*, Warszawa 2005, s. 18–31; J.H.H. Weiler, *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht”, 2004, s. 547-562; A. von Bogdandy, *Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht”, 2003, s. 853–877; J.H.H. Weiler, U. Haltern, F. Mayer, *European Democracy and Its Critique. Five Uneasy Pieces*, “Harvard Jean Monnet Working Paper” 1995/1.

¹⁴² J. Kranz, *Deficyt demokracji w Unii Europejskiej?*, „Sprawy Międzynarodowe”, 2011, nr 3, s. 5-25.

państwowych, zwłaszcza w organizacjach międzynarodowych? W kontekście głosów o tzw. deficycie demokracji trzeba się też zastanowić – wobec czego (w porównaniu z czym). Czy deficyt ten jest największą przeszkodą w funkcjonowaniu społeczności międzynarodowej? Jaki jest wkład prawa międzynarodowego w demokratyzację stosunków międzynarodowych?

Wolnościowy i demokratyczny aspekt państwa łączy się z zagrożeniami, wśród których na czoło wybija się osłabienie demokratycznej legitymizacji lub wręcz jej brak, co wynikać może z niedostatków formalnoprawnych (wad ustrojowych), z praktyki politycznej organów państwa lub z braku społecznego poparcia. Mało demokratyczna struktura posiadać może akceptację społeczną ze względu na spełnienie niektórych oczekiwań, z drugiej zaś strony struktura demokratyczna może dysponować słabym poparciem społecznym z powodu stylu sprawowania władzy i treści polityki. Znany skuteczne pod pewnymi względami państwa niedemokratyczne oraz nieskuteczne państwa demokratyczne.

Demokratyczny ustrój państwa nie ma zasadniczego znaczenia dla jego istnienia i statusu międzynarodowego. Pierwszoplanowe znaczenie posiada skuteczność sprawowanej władzy, jednak prawo międzynarodowe w coraz większym stopniu promuje wymogi demokracji¹⁴³. Jeśli państwo staje się dyktaturą, to nie znika wówczas automatycznie byt państwowy i wykonywanie funkcji państwowych, ma to jednak negatywny wpływ na suwerenność narodową, dla której taki dyktat oznacza osłabienie lub unicestwienie wpływu narodu.

Demokracja, jako forma ustrojowa, nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem sprawnego i sprawiedliwego funkcjonowania grup i społeczeństw. Zarówno państwo, jak i demokracja są zjawiskami osadzonymi historycznie. Nie istnieje powszechny i jednolity model demokracji. W rozumieniu konstytucyjnoprawnym zasada demokracji w państwie określa relację między władzą państwową a obywatelami. Relacja ta dotyczy: wolnego wyboru reprezentatywnej władzy (samostanowienie), podziału kompetencji, odpowiedzialności organów władzy (zrównoważenie organów – *checks and balances*; procedury; kontrola) oraz oparcia władzy i prawa na standardach wyrażających uznane wartości, zwłaszcza prawa człowieka.

Pojęcie demokracji łączy się z jednej strony z kwestią źródeł władzy, z drugiej zaś z mechanizmami jej sprawowania. Władza demokratycznego państwa nie jest arbitralna, działa na podstawie przepisów prawa (*rule of*

¹⁴³ Zob. Th.M. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, "American Journal of International Law" (dalej: AJIL), vol. 86/1 (1992), s. 46-91.

law) i nie jest dyktaturą większości, gdyż gwarantuje ochronę uzasadnionych aksjologicznie przywilejów, w tym przywilejów mniejszości. Fundamentem i gwarancją demokracji jest krajowy system prawny (konstytucja i ustawy) uzupełniony o elementy prawa międzynarodowego. Konstrukcja ta prowadzi do legitymizacji władzy i prawa, czyli ich społecznego umocowania w oparciu o elementy formalne (struktura i procedury prawne) oraz materialne (aksjologia celów oraz treści norm prawnych).

Funkcjonowanie modelu demokracji przedstawicielskiej w państwie nie jest idealne. Uwzględnić trzeba przykładowo manipulowanie opinią publiczną, ustalanie list wyborczych za zamkniętymi drzwiami, niską frekwencję wyborczą lub rządy pod sondaż opinii publicznej. Istotna jest też niechęć do przeprowadzenia niezbędnych reform wbrew większości (która nie zawsze musi mieć rację). Rośnie gwałtownie liczba źródeł prawa, rozszerza się zakres regulacji prawnej, coraz bardziej skomplikowana jest materia legislacyjna, coraz szybsze tempo zmian rzeczywistości. Widoczne jest narastające napięcie między narodową formą państwa i demokracją w państwie a globalizacyjnymi zjawiskami transnarodowymi. W tym kontekście słabnie oddziaływanie ludu i/lub jego reprezentantów. Jest to jeden z ważnych elementów współczesnej debaty o demokracji.

Władza i sposoby jej sprawowania zyskują społeczne poparcie dzięki sprawności i skuteczności rządu, które zaspokajają podstawowe wartości i potrzeby (bezpieczeństwo, dobrobyt, ochrona praw jednostki). Skuteczność ta nie jest jednak gwarancją demokracji, jeśli prawo zaprzecza podstawowym wartościom, jak to ma miejsce w systemach totalitarnych lub autorytarnych¹⁴⁴.

2.3.2.2. Demokracja rozwinęła się w ramach państwa, tymczasem fundamentem relacji międzynarodowych pozostaje zasada równej suwerenności państw. Demokracja nie jest w stosunkach międzynarodowych kategorią pierwszoplanową, chociaż współczesne prawo międzynarodowe czyni wiele na rzecz jej rozwoju i umocnienia¹⁴⁵. Dodajmy na marginesie, że wiele współczesnych państw dalekich jest od uznanych standardów demokracji.

¹⁴⁴ Nie bez powodów komuniści „wynaleźli” pojęcia demokracji socjalistycznej oraz centralizmu demokratycznego; ostatnio w Rosji pojawiło się pojęcie demokracji suwerennej. Zastosowane przymiotniki mają dość jasną funkcję.

¹⁴⁵ J. Crawford (przyp. 2): “527. (...) [D]emocracy is not an established element of the international legal system. (...) But as the international order coalesces around democratic values, it may be that emerging principles of international law that tend to promote a collective guarantee of democracy will develop. This transformation is

Sprzeczność między demokracją a suwerennością, podobnie jak między suwerennością a prawem międzynarodowym, wydaje się pozorna. Teza o deficycie demokracji w stosunkach międzynarodowych, w tym w organizacjach międzynarodowych, opiera się przede wszystkim na porównaniu z demokracją w państwie. Wymogi demokracji przenoszą się tym samym z poziomu państwa na różną od niego płaszczyznę międzynarodową, trzeba jednak w tym przypadku poszukiwać odpowiednio dopasowanych wariantów demokracji¹⁴⁶.

Jeśli chodzi o powstałe na mocy traktatu organizacje międzynarodowe, wpływ poszczególnych państw na ich kształt i funkcjonowanie jest prawnie i faktycznie zróżnicowany, co znajduje odzwierciedlenie w procedurach i strukturze instytucjonalnej danej organizacji¹⁴⁷. Jeśli państwo przystępuje do istniejącej już organizacji, to nie ma wpływu na jej pierwotny kształt.

Kompetencje prawodawcze tradycyjnych organizacji międzynarodowych są z reguły ograniczone. Rola organizacji sprowadza się przede wszystkim do uchwalania aktów i programów o charakterze politycznym oraz do wynegocjowania tekstu traktatów, których wejście w życie zależy od odpowiedniej liczby ratyfikacji. Tylko w bardzo nielicznych przypadkach organizacje

occurring insofar as it involves the promotion of democracy within States. (...) But it cannot yet be said that there is any real democratic accountability at the global level. The international rule of law does not encapsulate substantive values such as democracy, and the extent to which it serves to enable democracy or accountability remains an open question”.

¹⁴⁶ A. Peters, *Dual Democracy* (Chapter 6 of J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009), summary: “Global constitutionalism requires dual democratic mechanisms. A fully democratized world order first of all rests on democratic nation states, thus on democracy within states. ‘Above’ and among states, both the production of primary international law and the international institutions and their secondary law-making can and should be democratized on two tracks. On the one hand, citizens should continue to be mediated by their states that act for them in international relations (statist track). However, even if all states of the world became democracies, this would not in itself suffice to attain a meaningful degree of global democratic legitimacy because national democracy itself is undermined for various reasons. Therefore, citizens must be enabled to bypass their intermediaries, the states, and take direct democratic action on the supra-state level (individualist track). This could begin by introducing parliamentary assemblies in more international organizations, and expanding their so-far merely consultative powers”.

¹⁴⁷ Szerzej E. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international: Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, The Hague 2002.

mają kompetencję do uchwalania prawa wiążącego bezpośrednio państwa członkowskie i ich podmioty¹⁴⁸ (tzn. bez konieczności akceptacji w procedurach krajowych) – najlepszym przykładem jest w tym względzie Unia Europejska.

W organach plenarnych organizacji międzynarodowych nie ma kłopotów z jednolitą reprezentacją wszystkich państw członkowskich, jednak w organach o ograniczonym składzie pojawiają się warianty wyboru członków organu według znaczenia i roli państwa w danej organizacji. Główne organy organizacji złożone są przede wszystkim z przedstawicieli rządów. Większość organizacji nie posiada organów o charakterze parlamentarnym, a jeśli nawet, to ich wpływ jest bardzo limitowany.

W organizacjach o charakterze operacyjno-zarządzającym pojawia się zróżnicowanie liczby głosów poszczególnych państw (np. w Międzynarodowym Funduszu Walutowym lub w UE) albo siły głosów (weto stałych członków Rady Bezpieczeństwa)¹⁴⁹. Uzasadnienie wydaje się proste: gdyby zrównać liczbę lub siłę głosów, to organizacje te nigdy by nie powstały, ponieważ nie przystąpiłyby do nich najbardziej reprezentatywne w danej dziedzinie państwa. Ta sytuacja nie wydaje się jednak sprzeczna z zasadą równej suwerenności, ponieważ z zasady tej nie wynika równość państw pod każdym względem i w każdej sytuacji.

Należy się wystrzegać mechanicznego przeciwstawiania wymogu jednomyślności procedurze większościowej – każda z tych metod ma swoje wady i zalety¹⁵⁰. Metoda większościowa sprzyja osiągnięciu kompromisu (niekiedy wręcz go wymusza), natomiast jednomyślność nie ułatwia podejmowania decyzji i nie zawsze sprzyja efektywnej współpracy. Pogląd jakoby brak wymogu jednomyślności przy podejmowaniu przez organizację międzynarodową godził w suwerenność państw polega na nieporozumieniu z tego choćby względu, że państwa członkowskie akceptowały tę sytuację przystępując do organizacji. Nie sposób też zgodzić się z tezą, że istnienie prawa weta w organizacji międzynarodowej chroni suwerenność państwa. Różnego rodzaju procedury decyzyjne, w tym prawo weta, chronią – wbrew pozorom – nie suwerenność, lecz interesy narodowe państw.

¹⁴⁸ K. Skubiszewski, *Uchwały prawotwórcze organizacji międzynarodowych: przegląd zagadnień i analiza wstępna*, Poznań 1965; N. Buchowska, *Wykonywanie kompetencji prawotwórczych przez organizacje międzynarodowe w ramach systemu contracting out*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny”, 2008, nr 4, s. 29-44.

¹⁴⁹ Zob. J. Kranz, *Głosowanie ważne w organizacjach międzynarodowych*, Warszawa 1982.

¹⁵⁰ Zob. E. Lagrange (przyp. 147), s. 269.

2.3.2.3. W relacjach międzynarodowych nie ma i zapewne długo nie będzie światowego parlamentu, rządu, sądu, prokuratora, policjanta czy komornika¹⁵¹. Powstanie tego rodzaju instytucji możliwe jest tylko za zgodą państw, co zresztą ma miejsce, ale tylko w ograniczonym rzeczowo lub geograficznie zakresie. Jeśli zatem w kontekście tezy o deficycie demokracji wziąć państwo za podstawę porównań, to problem demokracji w relacjach międzynarodowych jawi się jako rodzaj kwadratury koła lub ślepego zaułka.

Zarzut deficytu demokracji sprowadza się w znacznym stopniu do wybranej metody legitymizacji¹⁵². Ponadto wiąże się on w praktyce z kwestią akceptacji społecznej. Akceptacja ta nie jest dana raz na zawsze – widać to zwłaszcza na przykładzie Unii Europejskiej. Czy jest to tylko wynik tzw. deficytu demokracji, czy też słabości polityki państw członkowskich? Czy niska frekwencja wyborcza w państwie to oznaka deficytu demokracji, czy też deficytu polityki? Czy gdyby powstało federalne państwo europejskie, to zarzut deficytu unijnej demokracji stałby się bezprzedmiotowy?

W gruncie rzeczy mamy do czynienia nie tyle z deficytem, ile z nieuchronną różnicą między modelem demokracji w państwie i w relacjach międzynarodowych. Modele demokracji w państwie i w społeczności międzynarodowej nie będą identyczne, lecz mogą się dobrze uzupełniać. W płaszczyźnie międzynarodowej nie należy wykluczać pewnych wariantów

¹⁵¹ Zob. R.J. Delahunty, J. Yoo, *Kant, Habermas and Democratic Peace*, “University of St. Thomas School of Law, Legal Studies Research Paper”, No. 10-01, s. 3: “Our core claim, then, is this: Habermas conceives the ‘Kantian project’ to be one of securing global peace and upholding basic human rights through strengthening and expanding supranational and transnational institutions. In substance, he is offering a kind of Kantian world federalism as the way forward for the global community of states. We consider that approach fundamentally mistaken. In our view, democracy-promotion is clearly the better path. It recognizes the necessity and desirability of a plurality of independent nation states. It is more protective of both the freedom of individuals and the cultural identities of peoples. It is far more likely to yield a durable global peace”.

¹⁵² S. Oeter (przyp. 138), s. 688: „In einem Gefüge moderner Verfassungsstaatlichkeit ist die Frage nach der Souveränität letztendlich immer eine Frage nach der Konstruktion von Volkssouveränität. Konstruktion von Volkssouveränität aber ist die Frage nach der Ausgestaltung des Demokratieprinzips. Anders gewendet: Wie in einem System bündischer Integration die Frage nach dem Träger der Souveränität beantwortet wird, hängt untrennbar zusammen mit dem gewählten Modell der Vermittlung demokratischer Legitimation“.

demokracji, lecz trzeba ją definiować odpowiednio do potrzeb i specyfiki międzynarodowej rzeczywistości¹⁵³.

2.3.3. Spory terytorialne i zarząd terytorium

Posługiwanie się pojęciem suwerenności jako władzy dotyczy też sporów terytorialnych oraz zarządu obcym terytorium¹⁵⁴. Pojęcie suwerenności łączy się tu zwłaszcza z tytułem do dysponowania terytorium (np. cesji, zmiany granic)¹⁵⁵.

¹⁵³ S. Besson (przyp. 95): “4.4.2.2. (...) One of the central legitimacy deficits in the EU is said to be the democratic deficit due very schematically to the insufficient and at best distant connection between European decisions and popular participation. Rather than follow the misguided approach that aims at establishing state-like and centralized democracy at EU level, potentially based on a unified and homogeneous demos, the democratic specificity of the European political arrangement should be seen to lie in the interaction and cooperation among national and European democratic institutions and hence among different demoi in Europe. (...) European democracy can, in other words, be one of the outcomes of the cooperative and trans-European exercise of popular sovereignty”.

¹⁵⁴ O niewchodzących w zakres niniejszych rozważań protektoratach, terytoriach mandatowych Ligi Narodów czy terytoriach międzynarodowych zob. Ch. Rousseau (przyp. 91), s. 269-351, 378-452; M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law*, Cambridge 2001. O pojęciach kondominium i koimperium zob. G. Dahm, J. Delbrück, R. Wolfrum, *Völkerrecht*, Berlin, New York 1989, Bd. I/1, s. 342-346.

¹⁵⁵ Award of the Arbitral Tribunal in the first stage of the proceedings between Eritrea and Yemen (Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute), Decision of 9 October 1998, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXII, s. 209-332: “132. (...) Both Parties are in agreement that the islands in dispute initially all fell under the territorial sovereignty of the Ottoman Empire. Within the exercise of the Ottoman’s sovereignty over these islands, it has to be noted that the Sublime Porte granted to the Khedive of Egypt the right to administer the Ottoman possessions (vilayet) on the African Coast which at present form ‘the State of Eritrea’, and this delegation of power included jurisdiction over islands off the African Coast, including the Dahlaks and eventually the Mohabbakahs. (...) 135. A British Foreign Office Memorandum dated 10 June 1930, relying expressly on the Hertslet memorandum of 1880, indicates that the Khedive of Egypt exercised jurisdiction off the African coast over the ‘Mohabakah Islands, Harbi, and Sayal’. With regard to the other category, the British Memorandum describes ‘the Great Hanish group as being off the Arabic Coast and consequently under the sovereignty and within the exclusive jurisdiction of the Sultan’. (...) 147. (...) An essential component of sovereign title is the right to alienate”.

W niedawnej historii zdarzały się sytuacje, w których zarząd (częścią lub całością) terytorium jednego państwa przez drugie państwo, wykonywany na mocy traktatu, prowadził do przejścia przez państwo zarządzające części albo całości funkcji państwowych wobec tego terytorium i ludności, przy czym państwo, którego obszar podlegał zarządowi, zachowywało jedynie suwerenny tytuł terytorialny. Przykładowo wymieńmy Cypr (1878-1914)¹⁵⁶, Bośnię-Hercegowinę (1878-1908), strefę Kanału Panamskiego¹⁵⁷ (1903-1977) lub funkcjonującą do dziś bazę w Guantanamo¹⁵⁸ (od 1903 r.).

Sytuacje te nie są częste i należą raczej do przeszłości¹⁵⁹. Chodzi przede wszystkim o niewielkie obszary, wydzierżawione lub zarządzane tytułem odszkodowań, najczęściej na określony czas i za wynagrodzeniem, przy założeniu powrotu danego obszaru pod władzę państwa, które zachowało kompetencję do dysponowania tym terytorium. Traktat powierzający zarząd wykluczał z reguły wyraźnie suwerenność państwa zarządzającego. W kontekście administrowania terytorium niektórzy autorzy rozróżniają między

¹⁵⁶ C.G. Tornaritis, *Cyprus and Its Constitutional and Other Legal Problems*, Nicosia 1980.

¹⁵⁷ Convention for the Construction of a Ship Canal (Hay-Bunau-Varilla Treaty), November 18, 1903: "Article III. The Republic of Panama grants to the United States all the rights, power and authority within the zone mentioned and described in Article II of this agreement and within the limits of all auxiliary lands and waters mentioned and described in said Article II which the United States would possess and exercise if it were the sovereign of the territory within which said lands and waters are located to the entire exclusion of the exercise by the Republic of Panama of any such sovereign rights, power or authority"; Panama Canal Treaty, September 7, 1977: "Acknowledging the Republic of Panama's sovereignty over its territory, (...) Article 1(2). In accordance with the terms of this treaty and related agreements, the Republic of Panama, as territorial sovereign, grants to the United States of America, for the duration of this Treaty, the rights necessary to regulate the transit of ships through the Panama Canal, and to manage, operate, maintain, improve, protect and defend the Canal".

¹⁵⁸ Agreement Between the United States and Cuba for the Lease of Lands for Coaling and Naval stations; February 23, 1903: "Article III. While on the one hand the United States recognizes the continuance of the ultimate sovereignty of the Republic of Cuba over the above described areas of land and water, on the other hand the Republic of Cuba consents that during the period of the occupation by the United States of said areas under the terms of this agreement the United States shall exercise complete jurisdiction and control over and within said areas". Zob. też przyp. 69.

¹⁵⁹ Zob. K. Skubiszewski, *Zachodnia granica Polski w świetle traktatów*, Poznań 1975, s. 153-192.

suwerennością terytorialną a słabszą formą tzw. zwierzchności terytorialnej¹⁶⁰.

Po II wojnie światowej pojawia się coraz częściej forma czasowego, międzynarodowego zarządu terytorium przez organy lub organizacje międzynarodowe¹⁶¹. Dzieje się tak zazwyczaj w sytuacjach pokonfliktowych. Przykładami są Wschodni Timor¹⁶², Kambodża¹⁶³, Bośnia-Hercegowina¹⁶⁴ albo Kosowo¹⁶⁵. Chodzi tu o zgodne z prawem międzynarodowym czasowe

¹⁶⁰ A. Verdross, B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, Berlin 1984, s. 658-659. Rozróżnienie to wydaje się trafne, chociaż autorzy ci wykorzystali je do kwestionowania suwerenności Polski nad obszarami przyznanymi jej w Umowie poczdamskiej z 1945 r. Podkreślić jednak należy zdecydowanie inną funkcję i inny cel Umowy poczdamskiej w porównaniu z cytowanymi przez tych autorów przykładami.

¹⁶¹ I. Topa, *Międzynarodowa administracja terytorialna. Prawo-praktyka-dylematy*, Katowice 2012; E. de Brabandère, *Post-Conflict Administrations in International Law: International Territorial Administration, Transitional Authority, and Foreign Occupation in Theory and Practice*, Leiden, Boston 2009; C. Stahn, *The Law and Practice of International Territorial Administration. Versailles to Iraq and Beyond*, Cambridge 2008; R. Wilde, *International Territorial Administration. How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*, Oxford 2008; H.F. Kiderlen, *Von Triest nach Osttimor. Der völkerrechtliche Rahmen für die Verwaltung von Krisengebieten durch die Vereinten Nationen*, Berlin, Heidelberg, New York 2008; D. Smyrek, *Internationally Administered Territories – International Protectorates?*, Berlin 2005.

¹⁶² SC Res. 1272 (1999): “The Security Council, (...) Determining that the continuing situation in East Timor constitutes a threat to peace and security, Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, 1. Decides to establish (...) a United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET), which will be endowed with overall responsibility for the administration of East Timor and will be empowered to exercise all legislative and executive authority, including the administration of justice; (...) 4. Authorizes UNTAET to take all necessary measures to fulfil its mandate; (...) 6. Welcomes the intention of the Secretary-General to appoint a Special Representative who, as the Transitional Administrator, will be responsible for all aspects of the United Nations work in East Timor and will have the power to enact new laws and regulations and to amend, suspend or repeal existing ones”.

¹⁶³ SC Res. 745 (1992).

¹⁶⁴ General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (Annex 10), initialed in Dayton on 21 November 1995 and signed in Paris on 14 December 1995; Peace Implementation Council, Bonn Conclusions, Main Meeting, XI, Bonn 10 December 1997.

¹⁶⁵ Report of the Secretary-General on the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, 12 June 2008 (S/2008/354); SC Resolution 1639 (2005), 21 November 2005: “Determining that the situation in the region continues to con-

wykonywanie elementów władzy państwowej w imieniu i interesie administrowanego terytorium i jego ludności, a nie o ekstraterytorialne wykonywanie prawa innego państwa. Istotna różnica w stosunku do poprzedniej epoki polega na tym, że wykonując zasadniczą część władzy prawodawczej i wykonawczej ta czasowa administracja służy głównie (od)budowie państwa.

Legalność tego nietypowego stanu rzeczy wynika z traktatu albo z wiążącej prawnie rezolucji organizacji międzynarodowej. Są to ramy prawne, które nie stwarzają tytułu suwerennego. W kontekście nowych administracji międzynarodowych używa się niekiedy terminu *suspended* albo *earned sovereignty*¹⁶⁶. Opatrywanie pojęcia suwerenności takimi przymiotnikami nie wydaje się jednak szczęśliwe, ponieważ prowadzi do podziału albo stopniowości suwerenności.

Specyficznym przypadkiem jest okupacja¹⁶⁷. Okupant wykonuje na obcym terytorium faktyczną władzę, ograniczoną jednak normami prawa humanitarnego (zwłaszcza Konwencje haskie 1907 i Konwencje genewskie 1948 uzupełnione o Protokoły dodatkowe 1977)¹⁶⁸. Niekiedy okupacja będzie

stitute a threat to international peace and security, Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, (...) 4. Emphasizes its full support for the continued role of the High Representative in monitoring the implementation of the Peace Agreement (...) and reaffirms that under Annex 10 of the Peace Agreement the High Representative is the final authority in theatre regarding the interpretation of civilian implementation of the Peace Agreement and that in case of dispute he may give his interpretation and make recommendations, and make binding decisions as he judges necessary on issues as elaborated by the Peace Implementation Council in Bonn on 9 and 10 December 1997”.

¹⁶⁶ P.R. Williams, F.J. Pecci, *Earned Sovereignty: Bridging the Gap between Sovereignty and Self-Determination*, “Stanford Journal of International Law”, vol. 40/1 (2004), s. 1-40; A.M. Matanock, *Governance Delegation Agreements: Shared Sovereignty as a Substitute for Limited Statehood*, “Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions”, vol. 27/4 (2014), s. 589-612; R.W. Glenn, *Counterinsurgency in a Test Tube. Analyzing the Success of the Regional Assistance Mission to Solomon Islands (RAMSI)*, RAND Corporation 2007; D. Malone, J. Cockayne, *The UN Security Council: 10 Lessons from Iraq on Regulation and Accountability*, “Journal of International Law & International Relations”, vol. 2/2 (2006), s. 1-24. Zob. też przyp. 333.

¹⁶⁷ Zob. E. Benvenisti (przyp. 77); G.H. Fox, *Transformative occupation and the unilateralist impulse*, “International Review of the Red Cross”, vol. 94, Issue 885 (2012), s. 237-266; Y. Dinstein (przyp. 77).

¹⁶⁸ Convention [IV] concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre – Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1907, Art. 43: «L'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les

legalna¹⁶⁹, innym razem nielegalna. Nietypową sytuacją jest wykonywanie skutecznej władzy faktycznej na terytorium państwa przez aktorów niepaństwowych (np. w Naddniestrzu, w Górskim Karabachu albo na wschodniej Ukrainie). Są to przypadki działań niezgodnych z prawem, które nie mają bezpośredniego wpływu na międzynarodowoprawny status państwa, ani nie stwarzają tytułu suwerennego.

Interesującym przypadkiem międzynarodowego zarządu terytorium oraz towarzyszącego sporu granicznego była sytuacja Niemiec po klęsce 1945 r.¹⁷⁰

Nie brakuje przypadków, w których powstaje spór o suwerenność w znaczeniu tytułu terytorialnego. Suwerenność konkretnego państwa jako takiego nie jest tu kwestionowana, chodzi natomiast o konkurencję władczych tytułów w odniesieniu do spornego obszaru.

W jednym z orzeczeń STSM podkreślił, że w braku jednoznacznej podstawy prawnej roszczenie do tytułu suwerennej władzy na danym obszarze musi wynikać z zamiaru oraz z dowodów efektywnego działania w charakterze suwerena¹⁷¹. Pojęcie suwerenności, którym posługuje się MTS, oznacza w takich przypadkach wyłączny tytuł prawny do konkretnego terytorium¹⁷². W niektórych przypadkach, gdy konkurują ze sobą podobnie mocne rosz-

mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays». Zob. też Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949 (art. 64).

¹⁶⁹ Np. w Iraku w latach 2003-2004, zob. SC Resolutions 1483 (2003), 1546 (2004).

¹⁷⁰ Zob. punkt 4.3.

¹⁷¹ CPJI. Affaire du Statut juridique du Groënland oriental, arrêt du 5 avril 1933 (Recueil, série A/B, n° 53), s. 45-46: «Une prétention de souveraineté fondée, non pas sur quelque acte ou titre en particulier, tel qu'un traité de cession, mais simplement sur un exercice continu d'autorité, implique deux éléments dont l'existence, pour chacun, doit être démontrée: l'intention et la volonté d'agir en qualité de souverain, et quelque manifestation ou exercice effectif de cette autorité. Une autre circonstance, dont doit tenir compte tout tribunal ayant à trancher une question de souveraineté sur un territoire particulier, est la mesure dans laquelle la souveraineté est également revendiquée par une autre Puissance».

¹⁷² CPJI. Affaire des phares en Crète et à Samos, arrêt du 8 octobre 1937 (Recueil, série A/B, n° 71), s. 103: «Malgré son autonomie, la Crète n'avait pas cessé de faire partie de l'Empire ottoman. S'il est vrai que le Sultan avait dû y admettre d'importantes restrictions à l'exercice de ses droits de souveraineté, cette souveraineté même, quelle qu'en ait été la qualification doctrinale, n'avait pas cessé de lui appartenir. Cet état de choses a subsisté jusqu'au moment où, par des traités qui sont des traités de cession, la Crète a été séparée de l'Empire ottoman».

czenia, sąd międzynarodowy uzupełnia kryterium suwerennościowe każdej strony dodatkowymi elementami wartościującymi (np. *equity*, proporcjonalność, *reasonableness*)¹⁷³.

2.4. Suwerenność zewnętrzna – status międzynarodowoprawny państwa

2.4.1. Międzynarodowoprawny status państwa, czyli jego pozycja prawna wobec innych podmiotów społeczności międzynarodowej, w tym relacja prawa krajowego do prawa międzynarodowego, łączy się z ewolucją prawa międzynarodowego. Tak rozumiana suwerenność zewnętrzna (międzynarodowa) jest zjawiskiem późniejszym w porównaniu z koncepcją suwerenności wewnętrznej. Jest ona dziś fundamentalnym pojęciem międzynarodowoprawnym, które – przełożone na normy prawne – zrównuje państwa pod względem prawnym, określa ich relacje oraz wyznacza granice dla ich swobody działania.

Relacje międzypaństwowe bez regulacji prawnej sprowadzałyby się do sił. Historycznie rzecz ujmując jesteśmy świadkami stopniowej, lecz systematycznej ewolucji prawa międzynarodowego, które wpływa na pozycję i funkcjonowanie państwa. Przez wiele wieków mieliśmy do czynienia z tendencjami absolutyzującymi suwerenność oraz nierównym traktowaniem,

CIJ. *Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt du 17 décembre 2002: «126. La Cour examinera (...) à qui appartient la souveraineté sur Ligitan et Sipadan. (...) 141. La Cour conclut que les activités dont se prévaut l'Indonésie ne constituent pas des actes à titre de souverain reflétant l'intention et la volonté d'agir en cette qualité. (...) 147. La Cour fait observer que la construction et l'exploitation de phares et d'aides à la navigation ne sont généralement pas considérées comme une manifestation de l'autorité étatique (Minquiers et Ecréhous, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 71). La Cour rappelle cependant que, dans son arrêt rendu en l'affaire de la Délimitation maritime et des questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), elle a déclaré ce qui suit: < Certaines catégories d'activités invoquées par Bahreïn, telles que le forage de puits artésiens, pourraient en soi être considérées comme discutables en tant qu'actes accomplis à titre de souverain. La construction d'aides à la navigation, en revanche, peut être juridiquement pertinente dans le cas de très petites îles. En l'espèce, compte tenu de la taille de Qit'at Jaradah, les activités exercées par Bahreïn sur cette île peuvent être considérées comme suffisantes pour étayer sa revendication selon laquelle celle-ci se trouve sous sa souveraineté (Arrêt, fond, C.I.J. Recueil 2001, par. 197). > La Cour est d'avis que les mêmes considérations s'appliquent dans la présente espèce».

¹⁷³ Zob. na przykład ICJ. *Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment of 3 June 1985, §§ 45-48.

co wyrażało się między innymi w selektywnym uznawaniu poszczególnych państw i różnicowaniu ich statusu, koncepcjach równowagi mocarstw, prawie do wojny lub interwencji zbrojnej, ograniczonym dostępie państw do konferencji międzynarodowych.

Dopiero po drugiej wojnie światowej dokonał się znaczący postęp odzwierciedlony w Karcie NZ, w której proklamowano między innymi zasadę „suwerennej równości” państw¹⁷⁴. Rozwój prawa międzynarodowego sprawia, że w coraz większym stopniu zapewnia ono nie tylko współistnienie, lecz również współpracę państw, a także reguluje kwestie znajdujące się uprzednio w zakresie wyłącznej kompetencji państwa.

Spoglądając z perspektywy historycznej, pojęcie suwerenności wewnętrznej podlegało ewolucji w wyniku rozwoju prawa krajowego, które stabilizując państwo od wewnątrz stopniowo ograniczało władców i umacniało wpływy ludu. Doszło do rozwoju parlamentaryzmu i demokratyzacji ustroju oraz wzmocnienia ochrony praw obywatela. Rozwój prawa przyczynił się do stopniowej zmiany organizacji i roli państwa, chociaż istota państwowości pozostawała niezmienną.

Z kolei, wraz z rozwojem prawa międzynarodowego narastała juredyzacja w obszarze stosunków międzynarodowych. Wprawdzie za jego zgodą, państwo zaczęło w coraz większym stopniu podlegać normom prawa międzynarodowego. Koncepcja suwerenności wewnętrznej uzupełnia konstrukcję międzynarodowoprawnego statusu, przesuwając akcent na regulację fundamentów stosunków międzypaństwowych. Stosunki te charakteryzuje pewne napięcie między suwerennością wewnętrzną a suwerennością zewnętrzną. Ta ostatnia jest wprawdzie pojęciem różnym od suwerenności wewnętrznej, nie jest jednak z nią sprzeczna.

Jeśli w przypadku suwerenności wewnętrznej postrzegamy państwo pod kątem charakteru jego władztwa i kompetencji prawodawczych (tzw. władza najwyższa), to w przypadku suwerenności zewnętrznej (międzynarodowej) zasadniczy wątek dotyczy statusu prawnego państwa w relacjach z innymi państwami, a w konsekwencji relacji między państwem (ewentualnie prawem krajowym¹⁷⁵) a prawem międzynarodowym. Na plan pierwszy wysuwają się

¹⁷⁴ Karta NZ, art. 2 ust. 1: „Organizacja opiera się na zasadzie suwerennej równości wszystkich jej członków”.

¹⁷⁵ H. Kelsen, *Souveränität*, (w:) *Wörterbuch des Völkerrechts* (K. Strupp, H.-J. Schlochauer, Hrsg.), vol. 3, Berlin 1962, s. 279: „Souveränität als Rechtsbegriff kann nur die Eigenschaft einer Rechtsordnung sein; das Problem der Souveränität des Staates ist somit das Problem der staatlichen Rechtsordnung in ihrem Verhältnis zu der Völkerrechtsordnung“; id. (przyp. 91).

tu pojęcia prawnej niezależności i równości (równej suwerenności). Nie jest to kwestia symboliczna, ponieważ wiążą się z nią niektóre prawa i obowiązki (również odpowiedzialność) oraz ochrona państwa.

2.4.2. Państwa różnią się pod względem zakresu kompetencji i ustroju, jak i pod wieloma innymi względami. Nierówność faktyczna jest niejako stanem naturalnym. W jakim zatem sensie status międzynarodowoprawny państwa oznacza niezależność i równość?

Równość, podobnie jak suwerenność, to pojęcie relacyjne i historycznie zmienne co do zakresu, ale niezmiennie w swej istocie. Przymiotnik „równy” znaczy, że dwa lub więcej podmiotów (przedmiotów, sytuacji) należy do tej samej klasy (kategorii) wyodrębnionej na podstawie wybranych cech. Dane podmioty mogą być równe pod jednym względem, będąc jednocześnie nierówne pod innym. Zasada równości¹⁷⁶ polega na traktowaniu w sposób równy sytuacji podobnych i w sposób nierówny sytuacji niepodobnych, nie wskazuje natomiast, pod jakim względem.

Problem dotyczy zatem ustalenia: kto (co) ma być (jest) równy (równe), w stosunku do kogo (czego), pod jakim względem, pod kątem jakich celów i wartości oraz kto ma o tym decydować. Zasada równości nie zawiera gotowych odpowiedzi, lecz jest jedynie dyrektywą tworzenia, wykonywania i interpretacji prawa. W tym kontekście wybór kryteriów zróżnicowania lub zrównania jest opartą na określonych wartościach decyzją polityczną, która przybiera następnie postać normatywną. W odniesieniu do zakazu dyskryminacji (odwrotna strona równości) należy ją rozumieć nie jako zakaz różnicowania, lecz jako zakaz arbitralnego i nieuzasadnionego różnicowania.

Współczesne stosunki międzynarodowe opierają się nie tyle na suwerenności, ile na sformułowanej dziś prawnej zasadzie równości wszystkich państw pod względem suwerenności, czyli równym międzynarodowoprawnie statusie. Znane z dokumentów międzynarodowych określenie „równość suwerenna” jest nieprecyzyjne, gdyż nie równość państw jest suwerenna, ale ich suwerenność jest równa w świetle prawa międzynarodowego (równość państw pod względem suwerenności jako cechy jakościowej).

Ten równy status definiuje się za pomocą pojęcia prawnej niezależności¹⁷⁷ (faktyczna niezależność to zupełnie inna kwestia). Nie ma jednak

¹⁷⁶ Szerzej O. Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris 1992; id., *Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité?*, «Jus Politicum», 2012, n° 7, s. 1-15.

¹⁷⁷ *Affaire de l'île de Palmas (Les Etats-Unis c. Les Pays-Bas)*, Sentence arbitrale rendue le 4 avril 1928, par M. Max Huber (Recueil des sentences arbitrales,

niezależności w ogóle, trzeba zatem ustalić od kogo/czego? Istota tego statusu polega na tym, że stosunkach międzynarodowych nie ma podległości państwa kompetencji władczej innych podmiotów – nad władzą państwa nie ma władzy wyższej¹⁷⁸. Jest to jakościowa cecha relacji międzypaństwowych, wyrażona normatywnie jako ich równy status prawny¹⁷⁹. Innymi słowy, suwerenność zewnętrzna chroni niezależność prawną państw jako pewną wartość. Najczęstsze nieporozumienie polega na tym, że pojęcie niezależności państwa rozumie się również jako niezależność od prawa (krajowego lub międzynarodowego). Ten wniosek nie ma uzasadnienia zarówno w przypadku suwerenności wewnętrznej, jak i zewnętrznej.

vol. II): «La souveraineté, dans les relations entre Etats, signifie l'indépendance. (...) L'indépendance, relativement à une partie du globe, est le droit d'y exercer, à l'exclusion de tout autre Etat, les fonctions étatiques» (s. 838).

CPJI. Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, avis consultatif du 5 septembre 1931 (Recueil, série A/B, n° 41), opinion individuelle de D. Anzilotti: «L'indépendance (...) n'est, au fond, que la condition normale des Etats d'après le droit international: elle peut être aussi qualifiée comme souveraineté (*suprema potestas*) ou souveraineté extérieure, si l'on entend par cela que l'Etat n'a au-dessus de soi aucune autorité, si ce n'est celle du droit international» (s. 57).

E. de Vattel, *Le droit des Gens, ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Neuchâtel 1773: «Après avoir établi que les Nations étrangères n'ont aucun droit de s'ingérer dans le Gouvernement d'un Etat indépendant, il n'est pas difficile de prouver que celui-ci est fondé à ne le point souffrir. Se gouverner soi-même à son gré, c'est l'apanage de l'indépendance. Un Etat souverain ne peut être gêné à cet égard, si ce n'est par des droits particuliers, qu'il aura lui-même donné à d'autres dans ses Traités, et qui, par la nature même d'une matière aussi jalouse que le gouvernement, ne peuvent s'étendre au-delà des termes clairs et formels des Traités» (livre II, chap. IV, § 57).

¹⁷⁸ J. Combacau, S. Sur (przyp. 5), s. 236: «Dans l'ordre international (...) affirmer de l'Etat qu'il est souverain signifie qu'on ne trouve au-dessus de lui aucune autorité dotée à son égard d'une puissance légale; la souveraineté internationale se définit négativement comme la non-soumission à une autorité supérieure. (...) La souveraineté internationale ne comporte donc par elle-même aucun pouvoir, (...) elle est une qualité, purement privative, de la puissance d'Etat. (...) La notion de souveraineté internationale, ainsi définie, ne semble en rien différer de la notion d'indépendance, dont on sait qu'elle est une condition de l'apparition de l'Etat sur la scène internationale. Et il est vrai qu'elles ont exactement le même compas; toutefois elles appartiennent à deux ordres différents, l'indépendance à celui du fait, la souveraineté à celui du droit».

¹⁷⁹ Międzynarodowoprawnego statusu państwa nie należy utożsamiać z doktryną tzw. praw zasadniczych państw, zgodnie z którą państwa miałyby posiadać pewne wynikające ze stanu natury prawa, wymagające bezwzględnej ochrony, zob. przyp. 249.

Status państwa określony jest prawem międzynarodowym, czyli istnieje on tylko w jego ramach i na jego podstawie. Wszystkie państwa są równe pod względem ich statusu międzynarodoprawnego. Z tego statusu wynika pełna zdolność prawna i zdolność do działań w ramach międzynarodoprawnego porządku¹⁸⁰ (posiadanie praw i obowiązków, ponoszenie odpowiedzialności prawnej). Status ten jest jednolity i niepodzielny – nie mają nań wpływu zmiany faktyczne (np. granic), zakres kompetencji lub ustrój (państwo federalne, państwo unitarne) albo rzeczywiste możliwości działania. „Państwo nie jest podmiotem prawa międzynarodowego dlatego, że jest suwerenne, lecz jest suwerenne, bo jest podmiotem prawa międzynarodowego”¹⁸¹.

Ze statusu międzynarodoprawnego nie wynikają z góry określone kompetencje państwa¹⁸², nie przesądza on też o treści jego działań (polityka) ani ich skuteczności (rządzenie) – innymi słowy możliwość nie jest równoznaczna z możliwością. W tym względzie różnice między państwami były i będą nadal znaczne, jednak nie stanowią one o istocie prawnej państwa (jego suwerenności). Z kolei zakres kompetencji oraz naturalne zróżnicowanie państw pod względem faktycznym nie wpływają na międzynarodoprawny status (nie są jego częścią i nie naruszają go).

Pojawienie się wynikającego z prawa międzynarodowego pojęcia suwerenności zewnętrznej, opartego na pojęciach niezależności i równości, osłabia z natury rzeczy absolutystyczne pojmowanie suwerenności wewnętrznej (nie ma tu władzy najwyższej). Pokojowe i stabilne funkcjonowanie społeczności międzynarodowej nie jest bowiem możliwe bez wyznaczenia pewnych granic swobodzie działań państw. Ten stan rzeczy ma swoje utylitarne i aksjologiczne uzasadnienie, odzwierciedlone w normach prawa międzynarodowego. Suwerenność zewnętrzna stanowi dziś ramę i główną zasadę organizacyj-

¹⁸⁰ CIJ. Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif du 11 avril 1949: «Alors qu'un Etat possède, dans leur totalité, les droits et devoirs internationaux reconnus par le droit international, les droits et devoirs d'une entité telle que l'organisation doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci, énoncés ou impliqués par son acte constitutif et développés dans la pratique» (s. 180).

¹⁸¹ G. Radbruch, *Zarys filozofii prawa*, Warszawa-Kraków 1938, s. 296.

¹⁸² J. Combacau, S. Sur (przyp. 5): «L'Etat est le sujet originaire et de plein droit du droit international. D'autres êtres que lui ont une personnalité restreinte. La personnalité ne consistant pas dans un ensemble de droits et d'obligations déterminés mais dans l'aptitude à posséder un droit ou une obligation quelconque, les sujets de l'ordre juridique international tirent tous de lui une personnalité identique» (s. 231).

na stosunków międzynarodowych oraz udziału państwa w tych relacjach – chroni ona państwo oraz sprzyja koegzystencji państw i ich współpracy w oparciu o wspólne wartości. Istota suwerenności zewnętrznej polega na tym, że uznanie prawnej równości państw pod względem charakteru ich władzy gwarantuje im prawną niezależność, czyli wzajemne poszanowanie ich międzynarodowoprawnego statusu.

2.4.3. Tłem dla koncepcji suwerenności zewnętrznej pozostaje wprowadzenie suwerenności wewnętrzna państw (charakter ich władzy), istota równego statusu polega natomiast na sprecyzowaniu ogólnych zasad prawa międzynarodowego o fundamentalnym dla relacji międzypaństwowych charakterze. W ten sposób możemy ocenić, czy i jak chronione są państwo i jego suwerenność i jakie są granice jego swobody.

Zgodnie z art. 2 Karty NZ państwa członkowskie zobowiązują się postępować według następujących zasad: suwerennej równości wszystkich jej członków; wykonywania w dobrej wierze przyjętych zobowiązań; załatwiania sporów międzynarodowych środkami pokojowymi; powstrzymania się w swych stosunkach międzynarodowych od groźby użycia siły lub jej użycia; powstrzymania się od udzielenia pomocy jakiegokolwiek państwu, przeciwko któremu ONZ zastosowała środki zapobiegawcze lub środki przymusu; nieinterwencji w sprawy, które z istoty swej należą do kompetencji wewnętrznej któregoś państwa.

Powyższe zasady zostały powtórzone w rezolucji 2625 (XXV) Zgromadzenia Ogólnego NZ¹⁸³, która precyzuje między innymi zasadę „suwerennej równości”:

¹⁸³ Rezolucja 2625 (XXV) Zgromadzenia Ogólnego z 24 października 1970 r. – Zasady prawa międzynarodowego dotyczące przyjaznych stosunków i współdziałania między narodami: „(a) zasada, że państwa w ich stosunkach międzynarodowych powinny powstrzymać się od groźby lub użycia siły przeciw integralności terytorialnej lub niepodległości politycznej jakiegokolwiek państwa, lub w inny sposób niezgodny z celami Narodów Zjednoczonych, (b) zasada, że państwa powinny regulować ich spory międzynarodowe środkami pokojowymi w taki sposób, by pokój międzynarodowy, bezpieczeństwo i sprawiedliwość nie zostały zagrożone, (c) obowiązek niemieszania się w sprawy należące do wewnętrznej jurysdykcji jakiegokolwiek państwa, zgodnie z Kartą, (d) obowiązek państw współdziałania ze sobą zgodnie z Kartą, (e) zasadę równouprawnienia i samostanowienia ludów, (f) zasadę suwerennej równości państw, (g) zasadę, że państwa powinny wykonywać w dobrej wierze zobowiązania zaciągnięte przez nie zgodnie z Kartą, i że takie zapewnienie ich bardziej skutecznego stosowania w ramach wspólnoty międzynarodowej przyczyni się niechybnie do realizacji celów Narodów Zjednoczonych”.

„Wszystkie państwa korzystają z suwerennej równości. Mają one równe prawa i obowiązki oraz są równymi członkami wspólnoty międzynarodowej, niezależnie od różnic gospodarczych, społecznych, politycznych lub innego rodzaju. W szczególności suwerenna równość obejmuje następujące składniki: (a) państwa są równe pod względem prawnym, (b) każde państwo korzysta z praw związanych z pełną suwerennością, (c) każde państwo ma obowiązek szanowania osobowości innego państwa, (d) integralność terytorialna i niepodległość polityczna państwa są nienaruszalne, (e) każde państwo ma prawo swobodnie wybrać i rozwijać swój system polityczny, społeczny, gospodarczy i kulturalny, (f) każde państwo ma obowiązek w pełni stosować się w dobrej wierze do swych międzynarodowych zobowiązań oraz współżyć w pokoju z innymi państwami”.

Sformułowania te, chociaż nie zawsze precyzyjne, dają obraz pojęcia równej suwerenności państw (w rozumieniu zewnętrznym) i promują pewne wartości uniwersalne. Suwerenność jako status jest koncepcją, która jednocześnie chroni państwo, ogranicza je oraz stwarza ramy współpracy. Z suwerenności wewnętrznej i suwerenności międzynarodowej nie wynika jednak, że wszystkie państwa mają pod każdym względem równe prawa i równe obowiązki, co byłoby absurdalne.

Konsekwencją równej suwerenności państw (ich równego statusu) jest bezpośrednia podległość prawu międzynarodowemu¹⁸⁴ i równy obowiązek jego przestrzegania, zwłaszcza norm prawa międzynarodowego chroniących suwerenność, w tym zakazu użycia siły, zakazu interwencji, immunitetu jurysdykcyjnego państwa¹⁸⁵ lub integralności terytorialnej. Innymi słowy,

¹⁸⁴ P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, Paris 2002, s. 425: «L'Etat n'est souverain que s'il est soumis directement, immédiatement au droit international».

¹⁸⁵ CIJ. Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (Intervenant)), arrêt du 3 février 2012: «57. La Cour considère que la règle de l'immunité de l'Etat joue un rôle important en droit international et dans les relations internationales. Elle procède du principe de l'égalité souveraine des Etats qui (...) est l'un des principes fondamentaux de l'ordre juridique international. Ce principe doit être considéré conjointement avec celui en vertu duquel chaque Etat détient la souveraineté sur son propre territoire, souveraineté dont découle pour lui un pouvoir de juridiction à l'égard des faits qui se produisent sur son sol et des personnes qui y sont présentes. Les exceptions à l'immunité de l'Etat constituent une dérogation au principe de l'égalité souveraine. L'immunité peut constituer une dérogation au principe de la souveraineté territoriale et au pouvoir de juridiction qui en découle». Zob. J. Kranz, *L'affaire Allemagne contre Italie ou les dilemmes du droit et de la justice*, (w:) A. Peters, E. Lagrange, S. Oeter, Ch. Tomuschat (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden-Boston 2014, s. 123: «Il est cependant inutile

podległość państwa prawu międzynarodowemu nie ulega dziś wątpliwości, a sytuacja ta nie podważa jego międzynarodowoprawnego statusu¹⁸⁶. Przestrzeganie, a zwłaszcza nieprzestrzeganie tego prawa nie jest zagadnieniem ze sfery suwerenności, czyli nie jest kwestią swobodnej decyzji. W tej ostatniej kwestii pojawia się jednak pewna trudność. Otóż egzekwowanie tego prawa przez sądy międzynarodowe pozostawione jest zasadniczo zgodzie państw. Cierpi na tym zasada równości wobec prawa¹⁸⁷.

de placer cette immunité dans le cadre d'une dérogation au principe de l'égalité souveraine. (...) La soumission de l'Etat au droit international n'équivaut pas à une limitation de sa souveraineté».

¹⁸⁶ ILC. Draft declaration on the rights and duties of States, „Yearbook of the International Law Commission” 1949: „Article 14. Every State has the duty to conduct its relations with other States in accordance with international law and with the principle that the sovereignty of each State is subject to the supremacy of international law” (s. 288); Bundesverfassungsgericht. Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 (2 BvE 2/08): „223. (...) Das Grundgesetz (...) kehrt zu einer Sicht auf die Einzelstaatsgewalt zurück, die Souveränität als ‚völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit’ auffasst“; CPJI. Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, avis consultatif du 5 septembre 1931 (Recueil, série A/B, n° 41), opinion individuelle de D. Anzilotti: «[L]a notion juridique de l'indépendance n'a rien à faire, ni avec la soumission de l'État au droit international, ni avec les nombreuses et toujours croissantes dépendances de fait, dans lesquelles un État se trouve par rapport aux autres États. (...) [L]es limitations de la liberté d'un État, qu'elles dérivent du droit international commun, ou d'engagements contractés, n'affectent aucunement, en tant que telles, son indépendance. Tant que ces limitations n'ont pas pour effet de mettre l'État sous l'autorité légale d'un autre État, le premier reste un État indépendant, pour onéreuses et étendues que soient lesdites obligations» (s. 58).

¹⁸⁷ Ch. Leben, *Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale*, «Annuaire français de droit international», 1982: «[C]omme tous les Etats sont des organes d'application du droit international, comme il n'existe pas d'organe d'application qui leur soit supérieur et vienne obligatoirement départager leurs interprétations, comme par conséquent chaque interprétation étatique est aussi licite qu'une autre, le principe même de l'égalité devant le droit perd toute signification: chacun peut construire, ses propres catégories, formuler la règle, qualifier la situation de violation, décider si les conditions d'édiction de la sanction sont réunies et éventuellement choisir d'appliquer ou non la sanction. Ainsi donc, alors qu'en droit interne les personnes sont en général inégales dans le droit, mais égales devant le droit, dans la société internationale décentralisée les Etats sont égaux dans le droit mais complètement inégaux devant le droit. Ou plus exactement cette notion perd toute signification aussi longtemps que l'application du droit n'est pas le fait d'un organe tiers aux parties» (s. 35-36).

3. Prawo międzynarodowe i suwerenność

3.1. Prawo międzynarodowe jest tworem państw, z czego płynie zarówno jego siła, jak i słabość. Nie stwarza ono państwa, lecz je chroni, promuje wspólne wartości i ułatwia współpracę międzynarodową, a także pozwala rozwiązywać konflikty kompetencyjne między państwami. Prawo to wyraża bez wątpienia stosunek sił, ale jednocześnie zbieżność lub zgodność interesów. W braku prawa międzynarodowego istnienie państw i ich stosunki opierałyby się na układzie sił. Tak jak w państwie trudno mówić o wolności bez istnienia prawa (uchwalanego przez demokratycznie legitymizowane władze), tak w relacjach międzynarodowych trudno sobie współcześnie wyobrazić suwerenność państw bez prawa międzynarodowego¹⁸⁸.

W doktrynie pojawia się niekiedy pytanie, czy państwo może być suwerenne skoro podlega (przede wszystkim w wyniku własnej woli) ograniczeniom wynikającym z prawa międzynarodowego, a także z możliwości faktycznych. Jest to fałszywy dylemat, ponieważ niezależność państwa nie odnosi się do jego relacji z prawem międzynarodowym, lecz do relacji z innymi podmiotami prawa międzynarodowego. W tych ostatnich relacjach wiązanie się normami prawa międzynarodowego jest niczym innym jak wyrazem suwerennego charakteru władzy każdego państwa¹⁸⁹. Prawo

¹⁸⁸ CPJI. Affaire du «Lotus», arrêt du 7 septembre 1927 – opinion dissidente du juge Weiss: «Si les Etats ne sont pas souverains, il n'y a pas de droit international possible, puisque l'objet de ce droit est précisément d'accorder et de concilier les diverses souverainetés sur lesquelles il exerce son empire» (Recueil, série A, n° 10, s. 44).

¹⁸⁹ CPJI. Affaire du vapeur «Wimbledon», arrêt du 17 août 1923 (Recueil, série A, n° 1): «La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité, par lequel l'Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat» (s. 25); CPJI. Echange des populations grecques et turques, avis consultatif du 21 février 1925 (Recueil, série B, n° 10): «Dans le cas actuel (...) les obligations des États contractants sont absolument égales et parfaitement réciproques. Dès

międzynarodowe z jednej strony chroni państwo i jego suwerenność, z drugiej zaś wyznacza granice jego działań.

Każda władza państwa jest relatywna, ponieważ nie istnieje w próżni i natrafia na władzę innych podmiotów. W pierwotnym stanie rozwoju społeczności międzynarodowej ograniczeniem władzy był przede wszystkim układ sił (wewnętrzny i zewnętrzny). Wraz z historycznym rozwojem układ ten był stopniowo łagodzony prawem krajowym, a później również międzynarodowym¹⁹⁰.

Można się też zastanawiać czy państwo i suwerenność są kwestią faktów czy też konstrukcjami prawnymi oraz zadać pytanie, co jest pierwotne: suwerenność czy prawo międzynarodowe. Odpowiedź zależy od tego jak definiujemy państwo i suwerenność¹⁹¹. Otóż państwo jako byt polityczno-społeczny i charakter jego władzy (suwerenność wewnętrzna) są zjawiskiem pierwotnym. Jeśli natomiast postrzegamy państwo jako podmiot prawa międzynarodowego i jego status (suwerenność zewnętrzna), to kładziemy nacisk na niezależność i równość państw pod względem suwerenności na podstawie i w ramach prawa międzynarodowego. Powyższy dylemat upodabnia się do deklaratywnej albo konstytutywnej koncepcji uznania państwa. Tymczasem państwo jest zarówno bytem faktycznym, jak i prawnym, a jego definicja i ocena jego właściwości zależą od tego, z jakiej perspektywy je postrzegamy¹⁹².

Istota państwa polega na zdolności i sposobie wykonywania swoich funkcji wewnętrznych i zewnętrznych jako prawodawczego i politycznego centrum kierowniczego i zarządzającego w zakresie jego kompetencji terytorialnej,

lors, il n'est pas possible d'admettre que la Convention qui engendre de telles obligations (...) ait porté atteinte à la souveraineté des Hautes Parties contractantes» (s. 21).

¹⁹⁰ R. Kwiecień (przyp. 104), s. 32: „Społeczność międzynarodowa jest fenomenem chronologicznie i logicznie pierwotnym wobec prawa międzynarodowego. O ile bowiem społeczność międzynarodowa może istnieć bez prawa międzynarodowego, o tyle nie sposób wyobrazić sobie prawa międzynarodowego bez głównej płaszczyzny jego działania, jaką tworzy właśnie społeczność międzynarodowa. (...) Wykształcenie się prawa międzynarodowego par excellence związane jest, innymi słowy, z istnieniem społeczności międzynarodowej, której członkowie świadomi są swej odrębności i zarazem istnienia wspólnych interesów”.

¹⁹¹ Szerzej na temat pure fact view oraz legal view zob. J. Crawford (przyp. 2), s. 94-105; M. Koskenniemi (przyp. 7), s. 224-302.

¹⁹² M. Koskenniemi (przyp. 7): “Modern discourse about sovereignty shifts constantly between a pure fact and legal approach” (s. 270); “The pure fact approach relies on the legal approach and vice versa” (s. 301).

rzeczowej i osobowej, w sposób prawnie niezależny od innych podmiotów, jednak w ramach określonych prawem (międzynarodowym lub krajowym), ponosząc odpowiedzialność (międzynarodowoprawną lub konstytucyjną) za swe działania.

Państwo nie istnieje w próżni, lecz w otoczeniu innych państw i podmiotów, czyli w ramach społeczności międzynarodowej¹⁹³. Społeczność ta charakteryzuje się, w skali globalnej i regionalnej, specyficznymi celami, interesami i wartościami, które znajdują odzwierciedlenie w normach prawa międzynarodowego uchwalanych i realizowanych przede wszystkim (choć nie wyłącznie) przez państwa. Państwo oraz prawo międzynarodowe są zjawiskami współzależnymi, fałszywe jest zatem ich postrzeganie w perspektywie prymatu jednego nad drugim. Bez istnienia państw trudno sobie wyobrazić istnienie prawa międzynarodowego, z kolei współistnienie państw jako bytów suwerennych wymaga minimalnego poziomu regulacji międzynarodowoprawnej, w przeciwnym razie istnieje tylko układ sił¹⁹⁴.

Suverenność jest w stosunkach międzynarodowych zasadniczym pojęciem organizującym społeczność międzynarodową, a przestrzeganie zasady równej suwerenności stanowi podstawę relacji międzynarodowych i prawa międzynarodowego¹⁹⁵. Treść tego pojęcia ewoluuje wraz z prawem międzyna-

¹⁹³ R. Kwiecień, *Interesy indywidualne państw a interesy wspólnotowe w prawie społeczności międzynarodowej. O znaczeniu liberalizmu i komunitaryzmu dla teorii prawa międzynarodowego*, Lublin 2015; T.H. Widlak, *Wspólnota międzynarodowa*, Gdańsk 2012; A.L. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung*, München 2001.

¹⁹⁴ R. Kwiecień, *Does* (przyp. 91), s. 61: "It is also appropriate to highlight the dualistic opposition following from the doctrine of absolute sovereignty: strong sovereign States – weak international law, or weak sovereignty of States – strong international law. However, one should bear in mind that such oppositions are only possible when sovereignty is identified with bare power, rather than authority. (...) However, sovereignty, understood as such, has never been a constitutive factor within international law. Strictly speaking, the 'absolutist' conception of sovereignty, conceived as a claim to power unrestrained by law and a legal bulwark against the enforcement of legally protected values, is contrary to the very idea of legal order. It is not logically possible that States are the subjects of international law, and at the same time are above international legal obligations".

¹⁹⁵ CIJ. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986: «263. [L]e principe fondamental de la souveraineté des Etats sur lequel repose tout le droit international».

rodowym stanowiąc ramę dla porządku międzynarodowego, a jednocześnie wyznaczając pewne granice dla swobody działań państw¹⁹⁶. „Suwerenność nie znaczy wolność od prawa, lecz wolność w ramach prawa”¹⁹⁷.

3.2. W perspektywie historycznej suwerenność państwa była i, w pewnym stopniu, nadal jest narażona na szwank ze względu na niedostateczną ochronę przez normy międzynarodowoprawne lub ich naruszanie. O ile początkowo związek między suwerennością a prawem międzynarodowym nie był zbyt silny (ze względu na oczywiste słabości tego prawa), o tyle począwszy od XX w. prawo to coraz bardziej chroni suwerenność państwa. Zwłaszcza powszechny od czasów ONZ zakaz użycia siły zbrojnej stanowi nie tyle ograniczenie swobody (suwerenności) państwa, ile jest elementem wzmacniającym suwerenność, cywilizującym stosunki międzynarodowe i ograniczającym samowolę państw¹⁹⁸. Prawo międzynarodowe jest też skuteczniejsze w kontekście regulacji stosunków w państwie.

Rozwój regulacji międzynarodowej wskazuje, iż charakter prawny państwa i jego istota nie ulegają zasadniczej zmianie, lecz zakres jego kompetencji i funkcji oraz ich wykonywanie podlegają ewolucji. Zależności faktyczne i wpływy polityczne podmiotów zewnętrznych oceniane być muszą w kon-

¹⁹⁶ J. Crawford (przyp. 2): “127. Sovereignty, then, has more to tell us about international law than it might seem. (...) We should be cautious in how we use it: it has multiple meanings, related but distinct; it should not be interpreted in an essentialist or fundamentalist way that overlooks its limitations; and it is prone to abuse as a rhetorical crutch, excluding accountability. The debate about whether it is a pure matter of fact or a legal construct, though it exposes some of the tensions in international law, has also proved a distraction from more concrete questions about how sovereign authority operates in particular circumstances. But the term has a historical pedigree as a way to capture what is unique about States as actors on the international plane, and – being stuck with it – we are better off adapting its meaning to new circumstances than attempting (probably fruitlessly) to discard it”.

¹⁹⁷ “Sovereignty does not mean freedom from law but freedom within the law”, J. Crawford (przyp. 2), § 98.

¹⁹⁸ R. Kwiecień, *Suwerenność* (przyp. 91), s. 57: „W epoce braku norm chroniących byt państwa suwerenność utożsamiana była z faktyczną możliwością postępowania państwa zgodnie z jego *raison d'Etat*. W tym sensie suwerenność można określić jako czynnik anarchizujący ówczesne stosunki międzynarodowe. We współczesnym prawie międzynarodowym suwerenność spełnia natomiast rolę biegunowo odmienną, gdyż można ją traktować jako czynnik cywilizujący stosunki wzajemne państw”.

tekście ich zgodności z prawem międzynarodowym, lecz co do zasady nie mają bezpośredniego wpływu na suwerenność.

Prawo międzynarodowe chroni swoimi normami państwo przed działaniami innych podmiotów, z drugiej zaś wyznacza granice swobody jego działań¹⁹⁹. Podległość prawu międzynarodowemu jest zasadniczym elementem ochrony państwa, a jego status istnieje tylko w ramach i na podstawie prawa międzynarodowego. Nie ma suwerenności zewnętrznej poza prawem międzynarodowym. Ochrona przez to prawo państwa i jego suwerenności nie jest jednak absolutna. Suwerenność państwa nie jest tytułem do naruszania przez państwo wiążącego je prawa międzynarodowego, a normy prawa międzynarodowego nie naruszają suwerenności państwa. Sprzeczność między podległością państwa prawu międzynarodowemu a jego suwerennością wydaje się więc pozorna i wynika w znacznym stopniu z nieporozumień terminologicznych i koncepcyjnych.

Celem międzynarodowoprawnej regulacji stają się wartości wspólne – poza bezpieczeństwem i dobrobytem, są to przykładowo prawa człowieka lub ochrona środowiska. Towarzyszy temu tworzenie wyspecjalizowanych reżimów prawnych oraz rozwój międzynarodowej kontroli (sądy), niekiedy z bezpośrednim dostępem obywateli. Niektóre formy tej umacniającej się współpracy mają charakter ogólnoświatowy, inne – bardziej zaawansowane – przybierają postać regionalną (Unia Europejska). Konsekwencją międzynarodowoprawnej regulacji jest ograniczanie zakresu tzw. sfery wyłącznej, czyli dziedzin, które w danym momencie i dla danego państwa nie stanowią przedmiotu zobowiązań międzynarodowoprawnych.

Funkcja prawa międzynarodowego nie polega generalnie na przydzielaniu kompetencji państwu (które posiada je w przeważającej części samoistnie), lecz przede wszystkim na zapewnieniu równości państw pod względem ich suwerenności oraz kontrolowaniu wykonywania ich kompetencji, w tym rozstrzyganiu konfliktów kompetencyjnych między podmiotami prawa międzynarodowego²⁰⁰.

¹⁹⁹ J. Makowski, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Warszawa 1948, s. 68: „W rzeczywistości każde państwo w rozumieniu prawa międzynarodowego jest oddane temu prawu i nie uwłacza to w niczym jego suwerenności. (...) To podleganie prawu jest właśnie gwarancją suwerenności”.

²⁰⁰ Zob. R. Kwiecień, *Suwerenność* (przyp. 91), s. 116-118, id., *Does* (przyp. 91), s. 70: “We can identify of the following functions of State sovereignty: 1) protection of pluralism in the community of States, manifested in the right to choose a political, social and economic system; 2) protection of the legal equality of States, including equality their capacity to act in international law; 3) justification for autonomous

Ewolucja prawa międzynarodowego zmierza w kierunku wzmocnienia międzynarodowych funkcji prawodawczych (w tym organizacji międzynarodowych), orientuje się na pozytywne obowiązki państw (nie tylko zakazy). Normy prawa międzynarodowego mają w coraz większym stopniu służyć osobom fizycznym i prawnym²⁰¹. Charakterystyczną cechą tych zmian stało się stopniowe wkraczanie prawa międzynarodowego nie tylko w nowe obszary stosunków między państwami, lecz również stosunków w państwie. Temu znaczącemu rozwojowi towarzyszy jednak pewna wada proceduralna polegająca na relatywnie słabym egzekwowaniu przestrzegania norm prawa międzynarodowego. Jest to rezultat woli państw skutkujący ograniczonymi formami rozstrzygnięcia sporów, zwłaszcza zaś uzależnienia powołania sądów międzynarodowych i zakresu ich jurysdykcji wyłącznie od traktatowej zgody państw²⁰².

3.3. O ile państwowi potrzebne jest prawo międzynarodowe, to prawo to dla swej skuteczności potrzebuje państwa, a niekiedy jego dodatkowych działań. Łączy się z tym problem obowiązywania i stosowania w krajowym systemie prawnym oraz pierwszeństwa norm międzynarodowopravných. W tym kontekście znaczenia nabiera relacja między normami obu porządków prawných.

Zgoda państwa na związanie się traktatem i jego obowiązywanie jest wprawdzie niezbędna, ma ona jednak z jednej strony charakter techniczno-prawny, z drugiej zaś decyzji politycznej. Państwa można uznać – zgodnie z doktryną niemiecką – za *Herren der Verträge* (władców traktatów) w tym sensie, że wyrażają zgodę na związanie się traktatem lub jego zmianę. Prawo krajowe jest podstawą związania się traktatem przez konkretne państwo, jednak podstawą wejścia w życie traktatu oraz jego stosowania jest źródło międzynarodowopravných. Wejście w życie traktatu nie zależy od aktu ratyfikacji pojedynczego państwa, lecz od ratyfikacji przez odpowiednią liczbę państw-stron, a treść zaciągniętego zobowiązania prawnego jest co do zasady

decisions regarding a State's exercise of its functions in domestic relations and in its relations with other States; 4) justification for the participation of each State in developing universal international law; 5) justification for actions undertaken by a State in domains not reserved by international law for its other subjects”.

²⁰¹ S. Besson (przyp. 95): “3.2.3.1. (...) Sovereignty is not an empirical end in itself, but should be exercised to protect the different values which constitute its justification. These include equality, human rights, democracy, national self-determination or other values protected in the international community such as tolerance, stability or cultural pluralism”; zob. też przyp. 114.

²⁰² Zob. przyp. 119 i 187.

identyczna dla wszystkich stron. Skutki prawne nie mogą być zróżnicowane w zależności od prawa krajowego lub krajowych procedur wyrażania zgody na związanie się traktatem, chyba że traktat wyraźnie to dopuszcza. Norma, która obowiązuje (weszła w życie) autonomizuje się w płaszczyźnie prawa międzynarodowego i zmiana jej obowiązywania (na przykład uchylenie) zależy od spełnienia przesłanek sformułowanych w prawie traktatów, czyli nie zależy od dowolnej i arbitralnej decyzji państwa.

Prawo krajowe i prawo międzynarodowe pozostają wprawdzie autonomiczne jeśli chodzi o źródła swych norm, coraz jednak częściej prawo międzynarodowe reguluje nie tylko stosunki między państwami, lecz również w państwach (w odniesieniu do osób fizycznych i prawnych). Prawo to nie ogranicza się tylko do ochrony państwa przed wpływami innych państw, lecz promuje pewne wartości wspólne oraz pokojową koegzystencję i współpracę międzynarodową, której podmiotami są coraz liczniejsi, inni niż państwo aktorzy. Państwo (jego organy) nie jest już monopolistą w stanowieniu prawa, chociaż jego pozycja w tym względzie pozostaje nadal silna. Pojawiły się nowe, autonomiczne systemy prawne, zwłaszcza w ramach organizacji międzynarodowych. Jest to nowa faza rozwoju prawa międzynarodowego, uzasadniona rosnącą współzależnością i globalizacją.

Poszerza się tym samym pole działania prawa międzynarodowego i aktorów niepaństwowych, a redukuje zakres tzw. sfery wyłącznej państwa, uwzględniając również poszerzanie się obszaru określanego jako *matters of international concern*²⁰³. W konsekwencji dochodzi do modyfikacji sposobu sprawowania władzy publicznej, a porządku międzynarodoprawny i krajowy coraz bardziej się przenikają. Mamy dziś do czynienia z pluralizmem współistniejących, lecz niezhierarchizowanych systemów prawnych²⁰⁴, co jednak nie oznacza podziału lub rzekomo wspólnego wykonywania suwerenności. Określenie granic oddziaływania (relacja do prawa krajowego) tych niezhierarchizowanych systemów jest jednym z ważniejszych problemów współczesności, wynikających z wielopłaszczyznowości współpracy i rządzenia w skali międzynarodowej.

²⁰³ Pojawiło się ono po raz pierwszy w traktach mniejszościowych podpisanych w Wersalu, np. *Traité concernant la reconnaissance de l'indépendance de la Pologne et la protection des minorités* (Versailles, 28 juin 1919), art. 12: «La Pologne agrée que, dans la mesure où les stipulations des articles précédents affectent des personnes appartenant à des minorités de race, de religion ou de langue, ces stipulations constituent des obligations d'intérêt international et seront placées sous la garantie de la Société des Nations».

²⁰⁴ I. Pernice, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, "The Columbia Journal of European Law", vol. 15/3 (2009), s. 349-407.

Konflikt norm pochodzących z różnych porządków prawnych jest współcześnie zjawiskiem coraz częstszym. Problem pierwszeństwa norm prawa międzynarodowego, to o tyle problem suwerenności, o ile odnosi się do zgody na zaciągnięcie międzynarodowoprawnego zobowiązania, jednak nieprzestrzeganie wiążących zobowiązań nie leży w obszarze swobodnej decyzji państwa (jego suwerenności).

Pogląd o supremacji norm krajowych zakłada, że państwo i jego ustawodawstwo (w tym konstytucja) stanowią najlepszą i najwyższą formę realizacji i ochrony interesu narodowego, chociaż ochrona tego interesu nie dokonuje się dziś wyłącznie w ramach państwa. Nie kwestionując z góry tego punktu widzenia należy go konfrontować z ewolucją rzeczywistości krajowej i międzynarodowej, w tym z nakładaniem się problemów i systemów międzynarodowych i krajowych.

W świetle orzecznictwa STSM i MTS²⁰⁵, prawo międzynarodowe ma pierwszeństwo przed normami krajowymi²⁰⁶. Ustaliła się też międzynarodowoprawna zasada, iż państwo nie może się powoływać na swe prawo

²⁰⁵ Zestaw orzeczeń sądów międzynarodowych w tej kwestii zob. Commission de droit international. Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, commentaire à l'article 3. Przykładowo: CPJI. Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, arrêt du 25 mai 1925 (fond): «Au regard du droit international et de la Cour qui en l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives» (Recueil, série A, n° 7, s. 19); CPJI. Echange des populations grecques et turques, avis consultatif du 21 février 1925: «Un Etat qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris» (Recueil, série B, n° 10, s. 20); CPJI. Compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla, avis consultatif du 8 décembre 1927: «[U]ne restriction à l'exercice de ses droits de souveraineté, qu'un Etat a accepté par traité, ne saurait être considérée comme une violation de sa souveraineté» (Recueil, série B, n° 14, s. 36); CPJI. Question des «communautés» gréco-bulgares, avis consultatif du 31 juillet 1930: «C'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité», (Recueil, série B, n° 17, s. 32); CPJI. Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif du 4 février 1932: «Un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui impose le droit international ou les traités en vigueur» (Recueil, série A/B, n° 44, s. 24).

²⁰⁶ Zob. R. Kwiecień, *The Permanent Court of International Justice and the Constitutional Dimension of International Law: From Expectation to Reality*, (w:)

wewnętrzne w celu niewykonania ciężących na nim obowiązków międzynarodowych²⁰⁷. Próba obchodzenia tych zasad jest niekiedy powoływana się (np. w USA²⁰⁸) na niesamowitalny (*non-self-executing*) charakter normy międzynarodowej²⁰⁹.

W prawie krajowym pierwszeństwo stosowania norm międzynarodowych przed ustawą nie jest co do zasady kwestionowane, pojawiają się jednak problemy gdy dochodzi do konfliktu z normami konstytucji państwa. W takim przypadku narodowe sądy konstytucyjne opowiadają się z reguły za pierwszeństwem norm konstytucyjnych.

3.4. W tym kontekście rodzi się pytanie o źródła kompetencji państwa. Czy prawo międzynarodowe przyznaje państwom ich kompetencje czy też tylko kontroluje ich wykonywanie? Zdolność prawna lub zdolność do czynności prawnych nie stanowi sama w sobie podstawy prawnej dla określonych działań, a jedynie ich przesłankę. Działania te stają się możliwe i/lub legalne dopiero w świetle konkretnych norm każdego systemu prawnego (krajowego lub międzynarodowego).

Kwestie te były przedmiotem wyroku STSM w sprawie statku „Lotus”. Chodziło o to, czy po kolizji francuskiego statku ze statkiem tureckim na morzu pełnym Turcja ma jurysdykcję wobec francuskiego oficera. Istotne znaczenie dla sprawy miał fakt, że „Lotus” zawinął następnie do tureckiego portu i władze tureckie rozpoczęły wówczas postępowanie karne przeciwko wspomnianemu oficerowi.

Zdaniem strony francuskiej jurysdykcja ta byłaby dopuszczalna tylko w przypadku normy zezwalającej prawa międzynarodowego. Trybunał zajął odmienne stanowisko i stwierdził, że mamy do czynienia z jurysdykcją wykonywaną na terytorium tureckim (również tureccy obywatele byli ofiarami kolizji), która ma swe źródło w suwerenności tego państwa (precyzyjniej byłoby stwierdzić: w suwerennym charakterze władzy państwa), a ograniczeń

Ch.J. Tams, M. Fitzmaurice (eds), *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Leiden 2013, s. 361-398.

²⁰⁷ Art. 27 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (1969): „Strona nie może powoływać się na postanowienia swojego prawa wewnętrznego dla usprawiedliwienia niewykonywania przez nią traktatu. Reguła ta nie narusza w niczym artykułu 46”.

²⁰⁸ US Supreme Court. *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (decided March 25, 2008).

²⁰⁹ C.A. Bradley, *Intent, Presumptions and Non-Self-Executing Treaties*, *AJIL*, vol. 102 (2008), s. 540-551.

jurysdykcji terytorialnej nie domniemywa się²¹⁰. Wykonywanie ekstraterytorialnej jurysdykcji egzekwującej wymagałoby zezwalającej normy prawa międzynarodowego, natomiast w omawianym przypadku jurysdykcja Turcji na jej terytorium była dozwolona, jeśli nie istniała norma zakazująca.

Wbrew pozorom z wyroku w sprawie „Lotus” nie wynika, że wszystko, co nie jest zakazane przez prawo międzynarodowe, jest dozwolone. STSM

²¹⁰ CPJI. Affaire du «Lotus», arrêt du 7 septembre 1927 (Recueil, série A, n° 10): «Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit lient les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas» (s. 18); «La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'Etat est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat» (s. 18); «Tout ce qu'on peut demander à un Etat, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté» (s. 19) – zob. też przyp. 66.

CPJI. Affaire des décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc, avis consultatif du 7 février 1923 (Recueil, série B, n° 4): «[I]l se peut très bien que, dans une matière qui, comme celle de la nationalité, n'est pas, en principe, réglée par le droit international, la liberté de l'Etat de disposer à son gré soit néanmoins restreinte par des engagements qu'il aurait pris envers d'autres Etats. En ce cas, la compétence de l'Etat, exclusive en principe, se trouve limitée par des règles de droit international» (s. 24); CPJI. Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex (deuxième phase), ordonnance du 6 décembre 1930 (Recueil, série A, n° 24): «Dans le doute, une limitation de la souveraineté doit être interprétée restrictivement» (s. 12); Affaire du Lac Lanoux (France c. Espagne), sentence arbitrale du 16 novembre 1957 (Recueil des sentences arbitrales, vol. XII): «La souveraineté territoriale joue à la manière d'une présomption. Elle doit fléchir devant toutes les obligations internationales, quelle qu'en soit la source, mais elle ne fléchit que devant elles» (s. 301); CIJ. Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996: «52. [I]l n'existe aucune prescription spécifique de droit international coutumier ou conventionnel qui autoriserait la menace ou l'emploi d'armes nucléaires ou de quelque autre arme. (...) Il n'existe cependant pas davantage de principe ou de règle de droit international qui ferait dépendre d'une autorisation particulière la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires ou de toute autre arme. La pratique des Etats montre que l'illicéité de l'emploi de certaines armes en tant que telles ne résulte pas d'une absence d'autorisation, mais se trouve au contraire formulée en termes de prohibition».

nie ogłosił też koncepcji jurysdykcji uniwersalnej²¹¹, która nie bez trudu toruje sobie drogę we współczesnym prawie. Swoboda i legalność wykonywania przez państwo kompetencji poza jego terytorium nie jest absolutna i podlega międzynarodowoprawnej ocenie.

Na tle tego wyroku pojawiły się liczne głosy krytyczne, często przesadne²¹². Dotyczą one zwłaszcza tej części, w której STSM stwierdza, że normy międzynarodowoprawne wiążą państwa „w wyniku ich woli” (reguła walidacyjna). Ponieważ wola ta jest zmienna oraz uzasadniona przede wszystkim jednostronnym interesem państwa, uznaje się to za wyraz pozytywizmu prawniczego, sprowadzającego prawo międzynarodowe do horyzontalnego i kontraktualnego poziomu prawa międzypaństwowego. Współcześnie można by użyć innego sformułowania, uwzględnić trzeba jednak ówczesny stan prawa międzynarodowego i jego teorii.

Doktryna „Lotus” nie ma dziś tylko historycznego znaczenia i została podtrzymana w niektórych wyrokach MTS²¹³. Nie ulega bowiem wątpliwości, że obowiązywanie przeważającej większości norm prawa międzynarodowego wynika ze zgody (przyzwolenia) państw²¹⁴. Rozwój prawa międzynarodowego i wyraźniejsze oparcie go na wspólnych celach i wartościach społeczności międzynarodowej doprowadziły jednak do ewolucji poglądów²¹⁵.

²¹¹ Zob. T. Ostropolski, *Zasada jurysdykcji uniwersalnej w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2009.

²¹² Zob. A. Pellet, *Lotus que de sottises on profère en ton nom! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale*, (w:) *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissechot*, Paris 2008, s. 215-230. Zob. też R. Kwiecień, *Państwa jako suwerenni „międzynarodowi prawodawcy” a systemowe cechy prawa międzynarodowego*, (w:) R. Kwiecień (red.); *Państwo a prawo międzynarodowe jako system prawa*, Lublin 2015, s. 50-54; id., *On some* (przyp. 87), s. 281-293.

²¹³ Zob. listę R. Kwicień, *On some* (przyp. 87) w tekście przypisu 12.

²¹⁴ R. Kwiecień, *Państwo* (przyp. 212): „Choć więc dzisiaj określenie prawa międzynarodowego jako prawa społeczności międzynarodowej mianem prawa międzypaństwowego jest zbyt wąskie, to jednak międzypaństwowość stanowi jego cechą konstytutywną, ponieważ z państwowością związane są reguły uznania (walidacyjne) kształtujące systemową tożsamość międzynarodowego porządku prawnego” (s. 71); „Kwestionowanie trafności uzasadnienia normatywności prawa międzynarodowego w oparciu o zgodę państw godzi w naturalny sposób w legitymizujące prawo międzynarodowe znaczenie suwerenności” (s. 73).

²¹⁵ R. Kwiecień, *On some* (przyp. 87): “It is not ‘explicit rules restricting freedom of action’ that are crucial, but the legally protected individual and common interests of other entities. It is their importance that ultimately determines limits on the freedom of State action” (s. 289).

Współcześnie zgoda państw nie jest jedynym kryterium walidacyjnym prawa międzynarodowego.

Kluczowe pytanie w tym względzie brzmi: czy i kiedy państwa związane są normami powszechnego prawa międzynarodowego wbrew ich woli?²¹⁶ Czy prawo to ma wyłącznie kontraktualny charakter?²¹⁷ W wersji skrajnie pozytywistycznej kompetencje państwa i ich wykonywania wynikają z absolutystycznie pojmowanej suwerenności wewnętrznej, a w przypadku konfliktu z normami międzynarodowymi przeważa wola państwa. Takie stanowisko stanowić może zachętę do różnego rodzaju nadużyć.

Sytuacja uległa jednak stopniowej zmianie. Zarówno państw nowo powstałe, jak już istniejące nie mogą zakwestionować – pod pretekstem braku zgody – powszechnie obowiązujących norm traktatowych lub zwyczajowych²¹⁸, zakazujących np. agresji, ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości, handlu niewolnikami lub piractwa (nie działa tu zasada *tabula rasa*). Niektóre zasady ogólne prawa nie wymagają zgody państw²¹⁹ i traktowane są jako fundament, bez którego nie mógłby funkcjonować system

²¹⁶ Chr. Tomuschat, *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, RCADI. vol. 241 (1993).

²¹⁷ R. Kwiecień, *On some* (przyp. 87), s. 289: “[T]he consent of States has never been an exclusive condition for legitimacy of international law. It is a method of creating rules, but it is not what makes these rules binding, once created”.

²¹⁸ CIJ. Plateau continental de la mer du Nord, arrêt du 20 février 1969: «73. [A]fin qu’une règle conventionnelle soit considérée comme étant devenue une règle générale de droit international, il se peut que, sans même qu’une longue période se soit écoulée, une participation très large et représentative à la convention suffise, à condition toutefois qu’elle comprenne les Etats particulièrement intéressés».

²¹⁹ R. Kwiecień, *On some* (przyp. 87), s. 291-291: “General principles of law have two dimensions to their normative character. Firstly, their existence makes the necessary condition for the efficacy of universal international law, because without importance normative principles such as *pacta sunt servanda* or *estoppel* it would be impossible to explain the stability and persistence of both contractual and unilateral acts of States. The general principles, regulative ideals in Kantian meaning, are ‘secondary rules of recognition’ which can serve the function of determining the relations between norms, and deciding their validity. It is thanks to these principles that international law can be considered a legal system. Secondly, both general principles of law and general principles of international law can perform the function of ‘primary rules’ of international law, that is to say, they can act as sources of specific rights and obligations. Further, they are special sources, because they can create non-derogable rights and obligations which take primacy over other international rights and obligations. It is within their frameworks that conceptions of peremptory norms and *erga omnes* obligations can be explained”.

prawa międzynarodowego²²⁰. Specyficznym przykładem są też podstawowe normy prawa humanitarnego, które przewidują bezskuteczność wypowiedzenia przez państwo wiążących je Konwencji genewskich w okresie trwania konfliktu zbrojnego, a także wskazują na uniwersalne obowiązywanie niektórych norm tego prawa²²¹. *Last but not least*, niektóre decyzje RB ONZ, przyjęte w ramach rozdziału VII Karty, wiążą bez zgody zainteresowanego państwa²²²; podobnie rzecz się ma w przypadku uchwalanych kwalifikowaną większością norm prawa wtórnego Unii Europejskiej.

Wyłącznie kontraktualny sposób postrzegania prawa międzynarodowego odstaje od współczesnych trendów stopniowej i ostrożnej hierarchizacji jego norm. Innymi słowy, zgoda państw nie jest jedynym elementem

²²⁰ A. Verdross, *Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux*, «Revue générale de droit international public», vol. 45 (1938), s. 50, 52: «Le droit des gens positif contenu dans la coutume et les conventions se compose d'une quantité de règles et précédents isolés qui, pour se ranger en système, ont besoin de certains principes directeurs. (...) Sans ces principes (...) le droit des gens serait non seulement muet en grande partie, mais aussi décomposé en une masse de règles et de précédents isolés, que n'unirait aucun lien commun».

ICJ. *Pulp Mills case (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade: "39. Principles of International Law are guiding principles of general content, and, in that, they differ from the norms or rules of positive international law, and transcend them. (...) Irrespective of the distinct approaches to them, those principles stand ineluctably at a superior level than the norms or rules of positive international law. (...) 192. Such principles, as expression of an objective 'idea of justice', have a universal scope, requiring the observance of all States, and securing the unity of Law, as from an objective 'idea of justice'. It is evident that those principles of law do not depend on the 'will', nor on the 'agreement', nor on the consent, of the subjects of law; they touch on the foundations of the necessary law of nations. Above the will of subjects of law, stands their conscience, as the ultimate material source of all Law".

²²¹ Zob. art. 63, 62, 142 i 148 czterech Konwencji genewskich z 1949 r. oraz art. 3 Protokołu dodatkowego II (1977) do Konwencji genewskich.

²²² CIJ. *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif du 21 juin 1971*: «116. (...) Lorsque le Conseil de sécurité adopte une décision aux termes de l'article 25 conformément à la Charte, il incombe aux Etats Membres de se conformer à cette décision, notamment aux membres du Conseil de sécurité qui ont voté contre elle et aux Membres des Nations Unies qui ne siègent pas au Conseil. Ne pas l'admettre serait priver cet organe principal des fonctions et pouvoirs essentiels qu'il tient de la Charte»; podobnie CIJ. *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif du 22 juillet 2010, § 94.

legitymizującym system prawa międzynarodowego²²³. Można w tym kontekście zauważyć, iż suwerenność wewnętrzna (skoncentrowana na władczym i autonomicznym charakterze państwa) podlega istotnemu wpływowi suwerenności zewnętrznej, co wynika ze wzmocnionego oddziaływania prawa międzynarodowego na stosunki w państwie i na relacje międzynarodowe.

Teza, że prawo międzynarodowe jest źródłem kompetencji państwa nie odpowiada rzeczywistości międzynarodowej²²⁴. Prawo to nie stwarza ani państwa, ani jego kompetencji, a ta ostatnia ma charakter pierwotny²²⁵. Zasadnicza część kompetencji państwa wynika z jego terytorialności i ma swe źródło w prawie krajowym, przy czym ich zakres *ratione materiae* nie

²²³ R. Kwiecień, *On some* (przyp. 87): “Essentially, the problem here concerns the question of whether international law is, ultimately, a legal order that is solely contractual or voluntary in nature, or whether States have international legal obligations which do not depend on their own will” (s. 287); “May States be bound by prohibitive rules which do not derive from their own explicit will? Serious concerns may be raised in this context concerning the monopoly of the consent of States. This is challenged, for instance, by peremptory norms and erga omnes obligations. Though most of these obligations have a prohibitive character, their normative significance can hardly be derived from the explicit consent of States. Their existence denies the exclusivity of contractual mechanisms within international legislative processes, and also supports the protection of community interests in international law. Despite this, peremptory norms and erga omnes obligations do not challenge the significance of statehood in international law. Further, one such norm, the prohibition of the use of force, strongly supports legal existence of States” (s. 291); “As follows from the foregoing remarks, State consent does not appear to be a comprehensive explanation of the nature of international law. Consensualism is undoubtedly a mechanism that adequately explains the development of particular legal obligations. Its legislative effect stems, however, from meta-rules (or rules of recognition), formed by general principles of law, whose juridical significance cannot be explained through consent itself. It is general principles of law that are the point of reference for the legal awareness of States” (s. 291).

²²⁴ Ch. de Visscher, *Théories et réalités en droit international*, Paris 1970, s. 127: «La théorie qui ramène les droits étatiques à des compétences attribuées et réparties par le droit international s’est trouvée en avance sur les faits».

²²⁵ J. Combacau, S. Sur (przyp. 5): «L’Etat tire de sa qualité de sujet international souverain (...) une liberté que limitent seules ses obligations statutaires; liberté qui lui est ‘reconnue’ par ses pairs, les autres Etats souverains, mais non ‘attribuée’ par une communauté internationale ou par un quelconque super-Etat. Liberté initiale donc non dérivée; liberté consubstantielle à l’Etat, principielle ou ‘originaire’ (...), et qui reste entière tant qu’il ne l’a pas restreinte par autolimitation» (s. 262).

jest z góry określony. Te kompetencje państwa zostają globalnie uznane (nie przyznane) przez prawo międzynarodowe²²⁶.

Powyższe uznanie nie jest jednak absolutne, ponieważ granice kompetencji państwa i ich wykonywania wyznaczone są kompetencjami innych państw (równa suwerenność) oraz regulacją międzynarodowoprawną. Innymi słowy, część kompetencji państwa istnieje i jest swobodnie wykonywana, jednak inna część tylko o tyle, o ile nie narusza prawa międzynarodowego. Prawo międzynarodowe może ograniczać lub rozszerzać zakres kompetencji państwa, co nie znaczy, że zwiększa albo zmniejsza jego suwerenność.

²²⁶ S. Jovanović, *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Paris 1988, s. 86-87: «[L]’attribution des compétences par le droit international (...) ne se réalise pas en droit international d’une manière semblable au droit interne (...). Elles se réalisent en droit international par des règles qui diffèrent les unes des autres: a) le droit international reconnaît, en premier lieu, un certain nombre de compétences, c’est-à-dire constate que le pouvoir de l’Etat comprend certaines prérogatives essentielles et consacre leur existence par les normes juridiques. Ce sont principalement les compétences territoriales. b) le droit international comporte ensuite des règles permissives qui, cette fois-ci, ne constatent pas des prérogatives, mais permettent à l’Etat d’étendre sa juridiction. Il s’agit là principalement des compétences extraterritoriales. c) en dernier lieu, le droit international pose des restrictions générales quant à la détermination unilatérale des compétences par l’Etat dans les matières qui ne font pas l’objet de règles de délimitation. Donc, la répartition des compétences se réalise par trois types de règles. Les deux premiers sont distingués afin de préciser que le droit international ne ‘constitue,’ pas les compétences territoriales, ce que comprenaient certains par le terme ‘attribution’. Ces compétences sont seulement reconnues par le droit international. La troisième catégorie de normes a une importance essentielle. Elles concernent la situation dans laquelle le droit international ne comporte pas de règles délimitant les compétences, situation qui constitue le problème central de la théorie des compétences. Que se passe-t-il dans ces cas: faut-il présumer en faveur de la liberté de l’Etat et considérer que celui-ci peut librement fixer sa compétence ou faut-il conclure que faute de règle attributive l’Etat est incompetent? Si la première éventualité est à rejeter, et elle a été rejetée, car elle implique des pouvoirs absolus de l’Etat (...), la seconde éventualité est aussi difficilement acceptable. De l’inexistence de règles de répartition dans une matière, il est impossible de conclure à l’incompétence de l’Etat, car la souveraineté se caractérise par la plénitude des compétences. (...) Dans cette hypothèse de la non-réglemation juridique, l’Etat possède un pouvoir discrétionnaire. Dans les cas concrets, le juge international n’a jamais déclaré que l’Etat, qui ne peut pas légitimer son action par une règle attributive, est ipso facto incompetent. Il a toujours cherché à établir si l’Etat n’a pas outrepassé des limites de droit international. Et l’aboutissement capital de la jurisprudence relative aux compétences, c’est la consécration d’une limite générale de ce pouvoir discrétionnaire qui fait que celui-ci n’est pas illimité».

Jeden z autorów stwierdza trafnie, że „z braku [międzynarodowopravných, JK] norm dotyczących podziału kompetencji trudno wnioskować o braku kompetencji [państwa, JK]. (...) W konkretnych przypadkach sędzia międzynarodowy nigdy nie stwierdził, że państwu, które nie może powołać się na normę przyznającą pewną kompetencję, te same kompetencje *ipso facto* brakuje. Próbował on natomiast zawsze ustalić, czy państwo nie przekroczyło granic wyznaczonych mu przez prawo międzynarodowe”²²⁷.

Dodajmy, że źródłem części kompetencji państwa jest tylko prawo międzynarodowe. Są to przede wszystkim prawa i obowiązki wynikające z traktatów i prawa zwyczajowego. Przykładem mogą być kompetencje traktatowe pozwalające państwu kontrolować stan zbrojeń w innym państwie albo też kompetencje państwa na niektórych obszarach morskich (strefa ekonomiczna, szelf kontynentalny). Również niektóre prawa lub obowiązki jednostek wynikają tylko z prawa międzynarodowego (np. dostęp do sądów międzynarodowych).

3.5. Realna staje się dziś konkurencja równorzędnych, fundamentalnych norm prawa międzynarodowego, np. zakazu użycia siły zbrojnej oraz zakazu ludobójstwa. Na tym tle pojawiają się opinie, że prawo to bardziej chroni zbrodniarzy niż ich ofiary, że państwo jest bezpieczniejsze na zewnątrz, niż jego obywatele wewnątrz. Przykładowo, wobec masowych mordów w Kosowie oraz wynikających stąd zagrożeń dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, wspólnota międzynarodowa stanęła w 1999 r. przed dylematem (spowodowanym między innymi paraliżem decyzyjnym w Radzie Bezpieczeństwa NZ): naruszyć zakaz użycia siły zbrojnej czy tolerować zbrodnie przeciwko ludzkości?

Inny wariant konkurencji to zakaz zbrodni wojennych i immunitet jurysdykcyjny państwa²²⁸. Podobne dylematy charakteryzują też swobodę inwestycyjną państwa na swoim terytorium oraz negatywne skutki takich

²²⁷ S. Jovanović (przyp. 226), s. 87.

²²⁸ CIJ. Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002. Opinion individuelle commune de Mme Higgins, M. Kooijmans et M. Buergenthal: «75. D'un côté, il y a l'intérêt de la communauté humaine, à savoir prévenir et faire cesser l'impunité des auteurs de crimes graves commis contre ses membres; de l'autre, il y a l'intérêt de la communauté des Etats, à savoir permettre à ceux-ci d'agir librement au niveau interétatique sans ingérence injustifiée. Il faut donc réaliser un équilibre entre deux séries de fonctions qui sont toutes deux précieuses pour la communauté internationale». Zob. też przypisy 185 i 236.

działań na terytorium innego państwa, na przykład w dziedzinie ochrony środowiska naturalnego²²⁹. Jednym ze sposobów rozwiązania takich problemów jest uwzględnienie zasad roztropnościowych (*reasonableness*) lub słusznościowych (*equity*) wbudowanych wprost lub pośrednio w niektóre normy międzynarodowoprawne. Wskazane jest dokonać w tym kontekście wyważenia określonych wartości.

Społeczność międzynarodowa nie jest w stanie uniknąć konfliktów między interesami państwa a konkretnymi normami prawa międzynarodowego, w tym prawami człowieka (np. w konfliktach zbrojnych, w zwalczaniu międzynarodowego terroryzmu). Jedną z zauważalnych od końca XX wieku metod zaradczych jest tendencja do konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego, której załączek pojawia się w przyznaniu najważniejszym (ze względu na ich treść) dla społeczności międzynarodowej normom i wartościom szczególnej rangi ustrojowej²³⁰.

Przy wszystkich niedoskonałościach i słabościach współczesne prawo międzynarodowe nie ogranicza się obecnie tylko do fragmentarycznej (wycinkowej i kontraktualnej) regulacji, co było przez wieki regułą, lecz buduje rodzaj podstawy systemowej. W konsekwencji, o ile państwo może nie przystąpić do jakiegoś traktatu albo go wypowiedzieć, o tyle nie może bez konsekwencji odrzucić fundamentów prawnych systemu międzynarodowoprawnego. Nowością jest dziś sytuacja, w której zaczęły się wykształcać w powszechnym prawie międzynarodowym normy wiążące całą społeczność międzynarodową. Normy te dotyczą podstaw wykonywania władzy państwa i relacji między państwami oraz oparte są na pewnych wspólnych i uniwersalnych wartościach.

Do spójnego ustroju międzynarodowego droga jeszcze daleka. Konstytucja w pełnym tego słowa znaczeniu musi opierać się na elementach podziału władzy, zawierać katalog wartości oraz władczy mechanizm ich przestrzegania. Zwłaszcza brak tego ostatniego elementu czyni konstytucję niepełną – jest wtedy tylko konstytucją w znaczeniu opisowym, a nie normatywnym. Taką jest w gruncie rzeczy Karta NZ. Nieco dalej posuwa się regionalna konstytucjonalizacja w ramach Unii Europejskiej.

²²⁹ Zob. przyp. 61.

²³⁰ Szerzej na ten temat R. Kwiecień (przyp. 104), s. 147-176; J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein (przyp. 146); J.L. Dunoff, J.P. Trachtman (eds), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge 2009; Th. Giegerich, *The Is and the Ought of International Constitutionalism*, "German Law Journal", vol. 10/1 (2009), s. 31-62; R.St.J. Macdonald, D.M. Johnston (eds), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden-Boston 2005.

O ile daleko jeszcze do konstytucji międzynarodowej, o tyle nie sposób zaprzeczyć pojawieniu się norm o charakterze konstytucyjnym w skali ogólnej lub w poszczególnych sektorach regulacji, które nadają prawu międzynarodowemu charakter systemowy i stanowią wyraz więzi i interesów wspólnych. Wymienia się tu często charakter *iuris cogentis* (status) albo *erga omnes* (skutek²³¹ w postaci zobowiązania wobec całej społeczności międzynarodowej) niektórych norm²³², zwłaszcza ze względu na ich aksjologiczne znaczenie oraz powszechne uznanie. Nie istnieje jednak sformalizowany katalog takich norm²³³, przy czym zauważyć można tendencję do jednostronnego rozszerzania liczby norm *iuris cogentis*, co nie jest najlepszym prognostykiem.

Normy bezwzględnie wiążące (imperatywne, peremptoryjne)²³⁴, od których żadne odstępstwo nie jest dozwolone, mają zawsze charakter *erga omnes*, ale nie odwrotnie. *Ius cogens* nie jest jednak samoistnym źródłem prawa, lecz kwalifikacją istniejących już norm powszechnego prawa międzynarodowego. *Ius cogens* dotyczy w gruncie rzeczy techniki prawnej, która ma zapobiegać fragmentacji prawa międzynarodowego. Normy peremptoryjne wydają się zgodne z pojęciem suwerenności, ponieważ są wyrazem zgody społeczności państw²³⁵.

²³¹ Zob. ICJ. Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (Second Phase), Judgement of 5 February 1970 (§ 33); Institut de droit international (session de Cracovie, 2005). Résolution «Les obligations et les droits erga omnes en droit international».

²³² C. Mik, *Ius cogens we współczesnym prawie międzynarodowym*, (w:) *Aksjologia współczesnego prawa międzynarodowego* (red. A. Wnukiewicz-Kozłowska), Wrocław 2011; A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford 2006; R. Kolb, *Théorie du jus cogens international*, Paris 2001.

²³³ ILC. Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law (2006): “(33) The most frequently cited examples of jus cogens norms are the prohibition of aggression, slavery and the slave trade, genocide, racial discrimination apartheid and torture, as well as basic rules of international humanitarian law applicable in armed conflict, and the right to self-determination”.

²³⁴ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów (1969) – art. 53: „Imperatywną normą powszechnego prawa międzynarodowego jest norma przyjęta i uznana przez międzynarodową społeczność państw jako całość za normę, od której żadne odstępstwo nie jest dozwolone i która może być zmieniona jedynie przez późniejszą normę postępowania prawa międzynarodowego o tym samym charakterze”.

²³⁵ A. Tanzi, *Remarks on Sovereignty in the Evolving Constitutional Features of the International Community*, “International Community Law Review”, vol. 12 (2010): “The principle of the existence of a category of rules superior to the generality of

Ten proces lepiej może określać mianem stopniowej hierarchizacji prawa międzynarodowego, a zamiast koncentrować się na fragmentyzacji tego prawa, lepiej postrzegać je przez pryzmat dywersyfikacji. Pozwoli to odideologizować i odmitologizować tę ewolucję. Oczekiwanie na konstytucję społeczności międzynarodowej, podobnie jak na demokrację w tym gronie, wydaje się inspirowane funkcjonowaniem tych pojęć w państwie, a tymczasem ich skopiowanie w relacjach międzynarodowych nie jest realne. Istotne jest jednak, że pojawienie się w prawie międzynarodowym norm peremptoryjnych przyczyniło się do pewnych zmian struktury współczesnego prawa międzynarodowego.

Nie zmieniają tej opinii pewne słabości samej konstrukcji i jej stosowania²³⁶. Praktyka MTS dowodzi w tym względzie dość wyraźnej wstrze-

rules because of the importance of their contents (...) may seem to run contrary to the traditional concept of State sovereignty” (s. 157); “As much as peremptory norms may sensibly constrain the sovereignty of individual states, their creation has been in its turn the result of some kind of exercise of state sovereignty and, more so, would be their effective implementation, like with any other ordinary legal rule” (s. 160).

²³⁶ B. Simma, D. Pulkowski, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, EJIL, vol. 17/3 (2006), s. 496: “As Andreas Paulus has convincingly argued, however, ‘the indeterminacy of the content and the precise legal effect of *jus cogens* has largely condemned it to practical irrelevance’ [A. Paulus, *Jus cogens Between Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal*, “Nordic Journal of International Law”, 2005, vol. 74, s. 330]. The Al-Adsani judgment by the European Court of Human Rights (...) is a case in point: while the *jus cogens* character of the prohibition against torture is, in principle, uncontroversial, it is not at all clear under which conditions a state is barred from pleading immunity; and under which conditions domestic courts must consequently entertain civil claims by torture victims to meet states’ obligations under Article 6 of the European Convention. Hence, what remains open is precisely the question of how a *jus cogens* rule affects the international legal order in general”.

CIJ. Immunités juridictionnelles de l’Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (Intervenant)), arrêt du 3 février 2012: «93. (...) A supposer (...) que les règles du droit des conflits armés qui interdisent de tuer des civils en territoire occupé ou de déporter des civils ou des prisonniers de guerre pour les astreindre au travail forcé soient des normes de *ius cogens*, ces règles n’entrent pas en conflit avec celles qui régissent l’immunité de l’Etat. Ces deux catégories de règles se rapportent en effet à des questions différentes. Celles qui régissent l’immunité de l’Etat sont de nature procédurale et se bornent à déterminer si les tribunaux d’un Etat sont fondés à exercer leur juridiction à l’égard d’un autre. Elles sont sans incidence sur la question de savoir si le comportement à l’égard duquel les actions ont été engagées était licite ou illicite»; w tym sensie też CIJ. Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt du 30 juin 1995 (§ 29).

mięźliwości²³⁷. Co więcej, zależność jurysdykcji sądów międzynarodowych od zgody państw oraz immunitet jurysdykcyjny państw w zakresie aktów *de iure imperii* utrudniają realizację ich międzynarodowoprawnej odpowiedzialności²³⁸. Jest to dowód na silną pozycję państw i ich suwerenności.

Zauważyć można, że omawiane normy dotyczą przede wszystkim ochrony praw człowieka²³⁹. Nie ulega wątpliwości, że rozwój prawa międzynarodowego przyczynił się w znaczący sposób do skuteczniejszej ochrony tych praw, a także do ewolucji prawa konfliktów zbrojnych (prawa humanitarne). Świat daleki jest ciągle w tym względzie od ideału, jednak postęp jest widoczny, a podstawowe prawa człowieka stanowią dziś co najmniej *matter of international concern*.

W nurcie koncepcji konstytucjonalizacyjnej pojawia się pogląd o jednostce ludzkiej (a nie państwie) jako głównym adresacie i celu norm międzynarodowoprawnych. W nawiązaniu do orzeczenia STSM poglądy te określić można skrótowo jako *anty-Lotus*. Postuluje się, aby suwerenność była uzasadniona (legitymizowana) przestrzeganiem praw ludności/jednostki i aby, w konsekwencji, prawo międzynarodowe przekształcało się w prawo całej ludzkości²⁴⁰.

Jest to próba redefinicji pojęcia suwerenności, która przesuwając akcent na jej uzasadnienie prawami człowieka i zasadą humanizmu²⁴¹. Chodzi o to,

²³⁷ Szerzej R. Kwiecień (przyp. 193), s. 71-86.

²³⁸ Zob. przypisy 185, 228 i 236.

²³⁹ ICTY. Prosecutor v. Tadić (IT-94-1), Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995: “97. (...) A State-sovereignty-oriented approach has been gradually supplanted by a human-being-oriented approach. Gradually the maxim of Roman law *hominum causa omne jus constitutum est* (all law is created for the benefit of human beings) has gained a firm foothold in the international community as well. It follows that in the area of armed conflict the distinction between interstate wars and civil wars is losing its value as far as human beings are concerned”.

²⁴⁰ H. Lauterpacht, *The Grotian Tradition in International Law*, “British Yearbook of International Law”, vol. 23 (1946), s. 47: “Law of nations, in itself conceivable only as being above the legal order of sovereign States – just as the higher law of nature is superior to it – is not only a law governing their mutual relations but also, in the final analysis, the universal law of humanity in which the individual human being, as the ultimate unit of all law, rises sovereign over the limited province of the State”; R. Kwiecień, *Sir Hersch Lauterpacht's Idea of State Sovereignty – Is It Still Alive?*, “International Community Law Review”, vol. 13 (2011), s. 23-41.

²⁴¹ A. Peters (przyp. 91), s. 513-544. “The principle of sovereignty is being ousted from its position as a *Letztbegründung* (first principle) of international law. This

by przy pomocy prawa międzynarodowego chronić nie państwo (w ogóle i w każdej sytuacji), lecz by chronić państwo, które respektuje podstawowe prawa człowieka. Jesteśmy wprawdzie w tym względzie świadkami ewolucji prawa międzynarodowego²⁴², jest to jednak długotrwały proces o niepewnym zakończeniu.

Zauważmy jednak, że konstytucjonalizacja jawi się w trochę tajemniczy (magiczny) sposób. Kto ma być jej sprawcą i w jakiej formie? Pogląd, że prawa człowieka stanowią absolutną wartość i fundament prawa międzynarodowego wskazuje, że możemy popaść z jednej skrajności (absolutnej suwerenności państwa) w drugą. Tymczasem państwo potrzebuje obywatela, ale również obywatel potrzebuje państwa – ich symbioza stanowi o sile państwa. Suwerenność państwa nie wydaje się w tym względzie podlegać erozji lub osłabieniu, a państwo mimo swych wszystkich wad pozostaje centralnym aktorem²⁴³. Jest ono także swoistą wartością, o czym przekonąć się mogli ci, których tego państwa pozbawiono albo którzy go nie mieli (np. Kurdowie), bądź też ci, którzy mają je od relatywnie niedawna (Finlandia, Ukraina). Przecistawiając państwo obywatelowi (człowiekowi) budujemy konstrukcję, która wydaje się nazbyt jednostronna. Interesy jednostek potrzebują działań państwa, a państwo winno uwzględniać interesy jednostek (akceptacja jednostek ma istotne znaczenie dla rozwoju i umocnienia państwa). Interesy państwa (np. bezpieczeństwo) i prawa jednostek

trend is welcome. Sovereignty must and can be justified. The normative value of sovereignty is derived from and geared towards humanity that is the legal principle that human rights, interests, needs, and security must be respected and promoted. State sovereignty is not merely limited by human rights, but should be seen to exist only in function of humanity” (s. 513).

²⁴² A. Pellet, *State sovereignty and the protection of fundamental human rights: an international law perspective*, Pugwash Occasional Papers, vol. 1/1 (February 2000).

²⁴³ A. Pellet, «Droits-de-l’homme» et droit international. Conférence prononcée à Genève (Nations Unies) dans le cadre des Conférences Gilberto Amado, le 18 juillet 2000: «Et, autant je pense que la protection internationale des droits de l’homme est une excellente cause et (...) un élément essentiel du droit international contemporain, autant je considère que le militantisme droits-de-l’homme n’a pas sa place dans la doctrine internationaliste. (...) D’autre part, je ne crois nullement que la percée des droits de l’homme dans le droit international remette en cause le principe de souveraineté, qui me semble demeurer (si on la définit correctement) un puissant facteur organisateur de la société internationale et une explication, toujours éclairante, des phénomènes juridiques internationaux».

wymagają nieraz trudnego wyważenia²⁴⁴. Innymi słowy, konieczny jest tu pewien balans. Konstytucjonalizacja oraz wzmocniona ochrona praw człowieka nie są możliwe bez pierwszoplanowej roli państw. Państwa bywają niekiedy barierą postępu prawa międzynarodowego, ale też motorem jego rozwoju²⁴⁵.

Konstrukcje teoretyczne mają tę zaletę, iż w bardziej wyrazisty sposób akcentują cele i potrzeby zmieniającej się rzeczywistości, same jednak nie rozwiązują pojawiających się problemów. Powyższe uwagi nie stanowią antytezy dla procesu konstytucjonalizacji lub ochrony praw człowieka, mają one jedynie na celu postrzeganie ich w bardziej realistycznej, a mniej idealistycznej perspektywie²⁴⁶. Nie wyklucza to akceptacji dla rosnącego wpływu wartości (aksjologii) na prawo międzynarodowe.

²⁴⁴ Doceniając wielki wkład Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zauważyć można niekiedy wyroki, które naruszają wspomniany balans, np. ECHR. *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (No. 27765/09), Judgment of 23 February 2012; ECHR. *Case of Al-Jedda v. The United Kingdom* (No. 27021/08), Judgment of 7 July 2011.

²⁴⁵ Zob. J. Crawford (przyp. 2), s. 450-453.

²⁴⁶ B. Simma, *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, EJIL, vol. 20/2 (2009): "I could never entirely rid myself of the suspicion that the great attraction that 'constitutionalization' of international law seems to have for German colleagues must have something to do with the fact that most, if not all, of them also have to teach Staatsrecht and European Community law at their universities, compared to which public international law does indeed still look pretty dishevelled in many places. (...) We practitioners are not hostile towards any of the features or developments on which the protagonists of 'constitutionalization' rest their case. We are as happy about the 'widening and thickening' of international law, to use Rosalyn Higgins' words, without, however, seeing the necessity of couching our happiness in misleading terms or forcing it into some Procrustean bed" (s. 297).

4. Ograniczenia kompetencji czy ograniczenia suwerenności?

Rozwój prawa międzynarodowego oraz współzależności międzynarodowe przyczyniły się do daleko idących ograniczeń kompetencji państw. Świat współczesny staje przed koniecznością stworzenia jakościowo nowych ram współpracy w celu rozwiązywania problemów, zwłaszcza tych, których państwa nie są w stanie rozwiązać w pojedynkę. Uzasadnione jest to z jednej strony wspólnymi wartościami i celami społeczności międzynarodowej (np. nieużywanie siły zbrojnej, ochrona praw człowieka, ochrona środowiska), z drugiej zaś względami użytecznymi (swoboda handlu i inwestycji, kontrola kursów walutowych, rozwój transportu, migracje ludności, zwalczanie zorganizowanej przestępczości).

Interesujące w tym kontekście pytanie brzmi: czy wynikające z prawa międzynarodowego obowiązki (podleganie mu i przestrzeganie go) ograniczają suwerenność? Czy zależności faktyczne ograniczają suwerenność? Na tym tle pojawiają się zasadnicze nieporozumienia. Najczęstszym, choć nie jedynym przykładem są takie opinie w kontekście Unii Europejskiej lub związania się traktatami dotyczącymi ochrony praw człowieka²⁴⁷.

Na czym miałyby polegać tzw. ograniczenie suwerenności. Już sam termin wprowadza na błędny trop, ponieważ suwerenność jako jakościowa cecha władzy państwa oraz jego międzynarodowoprawy status nie mogą co do zasady podlegać wykonywaniu lub ograniczaniu. Ponadto, uznając suwerenność za dobro (naj)wyższego rzędu, naruszenie suwerenności godzić by miało w państwo, a przecież nie o to chodzi w relacji państwo – prawo międzynarodowe.

4.1. Możliwość i możliwość

Ograniczenia kompetencji lub możliwości państw wynikają z różnych przyczyn i nie ma w tym stanie rzeczy niczego nienaturalnego. Gdyby ogra-

²⁴⁷ J. Donnelly (przyp. 3), s. 1: “International human rights obligations thus are regularly presented as assaulting, challenging, besieging, undermining, busting, weakening, chipping away at, compromising, contradicting, breaking down, breaching, perforating, or eroding state sovereignty”.

niczenia te łączyć z ograniczeniem suwerenności, to wówczas ta ostatnia okazałaby się pojęciem zbędnym. Państwa byłyby wówczas suwerenne w 99, 45 lub 30 procentach. Opinie dotyczące ograniczenia suwerenności wynikają z faktu, że pojęcie to traktuje się jako tożsame z władzą państwa (sumą jego kompetencji) i jej nieskrępowanymi możliwościami.

Ograniczenia kompetencji lub możliwości faktycznych należy oceniać pod względem prawnym. Trzeba zatem szukać kryterium, które nie prowadzi do absurdu. Czym innym są legalne ograniczenia, a czym innym działanie sprzeczne z prawem międzynarodowym. Część takich działań (jednak nie wszystkie), polegających na pogwałceniu konkretnej normy tego prawa, będzie można zakwalifikować jako podważenie suwerenności.

Samo posiadanie lub wykonywanie konkretnych kompetencji (możność, zdolność prawna) nie jest zawsze równoznaczną z możliwością. Na przykład zdolność legacji nie oznacza możliwości nawiązania stosunków dyplomatycznych z każdym państwem; zdolność członkostwa w organizacji międzynarodowej nie zawsze jest równoznaczną z możliwością członkostwa; zdolność pobierania opłat celnych bywa ograniczona traktatami; zdolność posiadania wymiennej waluty ograniczona jest możliwościami gospodarczymi.

Te ograniczenia nie przesądzają o wykonywaniu funkcji państwowych, w przeciwnym bowiem razie suwerenne byłyby (jeśli w ogóle) tylko niektóre mocarstwa, które przez samo swe istnienie stanowiłyby zagrożenie dla (suwerenności) innych państw, a polityka międzynarodowa, jako instrument wpływu na możliwości, byłaby w swej istocie nielegalna. Na tym tle powstają najczęstsze i najpoważniejsze nieporozumienia²⁴⁸.

Dowodem na osłabianie państwa i jego suwerenności mają być jego zmniejszające się możliwości realizacji różnych celów i zadań. Ten stan rzeczy wynikać ma przede wszystkim z czynników, w części obiektywnych, takich jak na przykład globalizacja, zależność surowcowa lub działania coraz liczniejszych aktorów niepaństwowych. Winne bywają rynki międzynarodowe, zagraniczni pożyczkodawcy lub kurs obcej waluty. Ograniczone możliwości realizowania określonego programu społeczno-gospodarczego wynikają jednak również ze zobowiązań międzynarodowoprawnych, z błędnej polityki rządu lub wadliwego ustroju.

Przyczyny i presje pozaprawne odnaleźć można u źródeł prawie każdego zachowania lub aktu prawnego. Zjawiska te są naturalną częścią procesu

²⁴⁸ Szerzej J. Kranz, *Entre l'influence et l'intervention. Certains aspects juridiques de l'assistance financière multilatérale*, Frankfurt am Main 1994; o przykładzie Grecji i strefy euro zob. punkt 5.3.

rządzenia i interakcji różnych zjawisk i podmiotów, ale ich wpływ na zachowanie państwa nie jest automatycznie równoznaczny z naruszeniem prawa międzynarodowego i podważaniem suwerenności. Wpływy te mogą być i są polem analiz i ocen dla ekonomistów lub politologów. Z prawnego punktu widzenia negatywne oddziaływanie na suwerenność może wynikać jedynie z naruszenia konkretnych norm prawa międzynarodowego (np. zakazu interwencji w sprawy wewnętrzne, zakazu groźby lub użycia siły).

Wyciąganie z ograniczonych możliwości wniosku o ograniczonej suwerenności skłania do pojmowania suwerenności jako wymiernego pojęcia ilościowego, jako nieredukowalnej sumy kompetencji państwa, od czego liczy się odstępstwa lub ograniczenia. Takie podejście prowadzi nieuchronnie do traktowania suwerenności jako pochodnej układu sił międzynarodowych.

Znana jest w doktrynie, bazująca na prawie natury, koncepcja praw zasadniczych państw, lecz konstrukcja ta jest dziś przebrzmiała²⁴⁹. Współcześnie pojawiła się pod wpływem niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (FTK) konstrukcja tzw. tożsamości konstytucyjnej. Powstaje tym samym wrażenie, że istnieje swoisty rdzeń państwowości i suwerenności. Pogląd ten jest nieco zwodniczy, ponieważ zakres ograniczeń podlega historycznym zmianom, a rzekomy rdzeń określony jest na dużym poziomie ogólności.

Niezależnie od zakresu kompetencji państwa i kontroli z jego strony, trafniejsze wydaje się badanie zdolności skutecznego wykonywania funkcji państwowych i sprostania nowym wyzwaniom. Z drugiej natomiast strony należy zawsze analizować, czy ograniczony zakres kompetencji lub możliwości faktycznych nie wynika z naruszenia prawa międzynarodowego. Trudności w praktyce polegają z jednej strony na mniej kompletnym charakterze regulacji międzynarodowoprawnej (w porównaniu z systemami prawa krajowego), z drugiej zaś na słabości mechanizmu rozstrzygania sporów międzynarodowych.

4.2. Rodzaje ograniczeń

Ograniczenia kompetencji bądź swobody ich wykonywania mogą być prawne lub faktyczne, legalne lub nielegalne, dobrowolne lub przymusowe. Można je postrzegać jako wyznaczenie granicy dla działań jednego państwa bądź w perspektywie ochrony innych państw przed działaniami pierwszego.

²⁴⁹ R. Kwiecień (przyt. 193), s. 29-34; J. Kolasa, *Prawo narodów w szkołach polskich wieku Oświecenia*, Warszawa 1954, s. 123-130.

4.2.1. Ograniczenia przymusowe

Ograniczenia kompetencji państw mają przede wszystkim charakter dobrowolny, chociaż w sytuacjach wyjątkowych mogą być danemu państwu narzucone bez jego akceptacji, lecz w zgodzie z prawem międzynarodowym.

Ograniczenia prawne o charakterze przymusowym wynikają najczęściej z naruszenia przez państwo norm prawa międzynarodowego. W takich przypadkach chodzi o zapewnienie minimum ładu w stosunkach międzynarodowych, czyli o interesy i wartości społeczności międzynarodowej, w tym ochronę suwerenności innych państw. Powoływanie się przez państwo na suwerenność doprowadziłoby m.in. do zakwestionowania legalności traktatów pokojowych bądź sankcji, w tym uchwalonych przez Radę Bezpieczeństwa ONZ. Środki podejmowane przez Radę w ramach rozdziału VII Karty NZ ograniczają bez wątpienia wykonywanie przez państwo niektórych kompetencji, lecz nie naruszają jego suwerenności (art. 2 ust. 7 Karty NZ²⁵⁰).

W przypadku agresji Iraku na Kuwejt w 1990 r., rezolucja 687 (1991) Rady Bezpieczeństwa nałożyła na Irak obowiązek częściowego rozbrojenia, w tym zniszczenia wszystkich broni chemicznych i biologicznych, jak również pocisków balistycznych o zasięgu większym niż 150 km, ustanawiając jednocześnie specjalną komisję ONZ do dokonywania w tej dziedzinie inspekcji na miejscu. Rezolucja ta zabraniała jednocześnie innym państwom sprzedaży pewnych broni i sprzętu wojskowego do Iraku (co stanowiło ograniczenie możliwości państw sprzedających broń). W drugiej fazie tego konfliktu (2003-2004) terytorium Iraku było okupowane przez USA i Wielką Brytanię, które utworzyły specjalny zarząd (*Coalition Provisional Authority*) działający do momentu utworzenia nowych władz irackich²⁵¹.

²⁵⁰ „Żadne postanowienie niniejszej Karty nie upoważnia Narodów Zjednoczonych do ingerencji w sprawy, które z istoty swej należą do kompetencji wewnętrznej któregośkolwiek państwa i nie zobowiązuje członków, aby przekazywali takie sprawy do załatwienia w trybie przewidzianym niniejszą Kartą. Jednakże zasada ta nie będzie stała na przeszkodzie zastosowaniu środków przymusu przewidzianych w rozdziale VII”.

²⁵¹ Zob. SC Res. 1483 (2003); SC Res. 1511 (2003): «Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, 1. Réaffirme la souveraineté et l'intégrité territoriale de l'Iraq et souligne dans ce contexte que l'Autorité provisoire de la coalition (l'Autorité) exerce à titre temporaire les responsabilités, pouvoirs et obligations au regard du droit international applicable qui sont reconnus et énoncés dans la résolution 1483 (2003), jusqu'à ce qu'un gouvernement représentatif internationalement reconnu soit mis en place par le peuple iraquien et assume les responsabilités de

W rezolucji RB 1244 (1999) ustalono zasady, na których opierać ma się pokojowe zakończenie konfliktu w Jugosławii przy założeniu suwerennego tytułu Jugosławii do Kosowa. Stwierdzając, że sytuacja w regionie „stanowi w dalszym ciągu zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa” RB zdecydowała o „ustanowieniu w Kosowie, pod auspicjami Narodów Zjednoczonych, międzynarodowej obecności cywilnej i wojskowej (*civil and security presences*), z odpowiednim wyposażeniem i niezbędnym personelem, witając z zadowoleniem zgodę Federalnej Republiki Jugosławii na taką obecność” (pkt 5). Rezolucja nie ustalała żadnego terminu dla tej obecności, której celem było ustanowienie „tymczasowej administracji” w Kosowie (pkt 9(c), 10 i 11). W aneksach 1 i 2 do tej rezolucji przewidziano *expressis verbis* wycofanie z Kosowa wszelkich jugosłowiańskich sił militarnych, paramilitarnych i policyjnych.

Mimo że każde państwo decydować może swobodnie o swoim istnieniu, w artykule 88 Traktatu pokoju z Austrią (1919) postanowiono, że „niezawisłość Austrii jest wyzbywalna tylko za zgodą Rady Ligi Narodów”²⁵². Ten zakaz zbyt ścisłych związków Austrii i Niemiec (w domyśle bezpośrednich albo pośrednich form inkorporacji Austrii do Niemiec) wynikał między innymi z interesu ogólnoeuropejskiego. W tym kontekście zamiar ustanowienia unii celnej między oboma państwami STSM uznał za niezgodny z międzynarodowoprawnymi zobowiązaniami Austrii. Pomijając pewne aspekty pozaprawne nie widać w tym podważenia suwerenności państwa austriackiego²⁵³. Dodajmy, że w umowie zawartej przez mocarstwa

l’Autorité»; SC Res. 1546 (2004). Zob. też J. Dobbins (et al.), *Occupying Iraq: A history of the Coalition Provisional Authority*, RAND Corporation 2009; D. Malone, J. Cockayne (przyp. 166).

²⁵² *Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l’Autriche* (Saint-Germain-en-Laye, 10 septembre 1919): «Article 88. L’indépendance de l’Autriche est inaliénable, si ce n’est du consentement du Conseil de la Société des Nations. En conséquence, l’Autriche s’engage à s’abstenir, sauf le consentement dudit Conseil, de tout acte de nature à compromettre son indépendance, directement ou indirectement et par quelque voie que ce soit, notamment et jusqu’à son admission comme Membre de la Société des Nations, par voie de participation aux affaires d’une autre puissance».

²⁵³ CPJI. Régime douanier entre l’Allemagne et l’Autriche, avis consultatif du 5 septembre 1931 (Recueil, série A/B, n° 41): «Par aliénation ainsi visée dans l’article 88, il faut entendre tout acte volontaire de l’État autrichien lui faisant perdre son indépendance ou venant modifier son indépendance, en ce que sa volonté souveraine se trouverait subordonnée à celle d’une autre Puissance ou groupe particulier d’autres Puissances, sinon remplacée par celle-ci» (s. 13); «En résumé, les stipulations

z Austrią w 1955 r. znalazł się przepis bardzo podobny do wspomnianego artykułu 88²⁵⁴.

du Protocole de 1922 ont abouti pour l'Autriche à des engagements obligatoires par eux-mêmes, engagements spéciaux au point de vue économique, c'est-à-dire engagements non seulement de ne pas aliéner son indépendance, mais spécialement au point de vue économique engagements de s'abstenir de toute négociation et de tout engagement économique et financier de nature à compromettre directement ou indirectement cette indépendance, et plus spécialement et expressément encore, engagements de ne pas porter atteinte à son indépendance économique par l'octroi à un État quelconque d'un régime spécial ou d'avantages exclusifs de nature à menacer cette indépendance» (s. 16). Opinion individuelle du juge D. Anzilotti: «D'après le droit international commun, en effet, chaque État est libre de renoncer à son indépendance, voire même à son existence: cette règle ne s'applique pas à l'Autriche, qui, en vertu de l'article 88, ne peut pas perdre volontairement son indépendance et a fortiori son existence, si ce n'est du consentement du Conseil de la Société des Nations. De même, d'après le droit international commun, tout État doit respecter l'indépendance des autres États; mais il ne lui est pas défendu d'accepter qu'un autre État renonce volontairement à son indépendance en sa faveur. Ceci n'est guère admissible dans le cas de l'Autriche, pour ce qui concerne les États qui ont stipulé le Traité de Saint-Germain, sauf, toujours, le consentement du Conseil de la Société des Nations» (s. 26).

²⁵⁴ Traité d'Etat (Staatsvertrag) portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique, 15 mai 1955: «Article 4. Interdiction de l'Anschluss. 1. Les Puissances alliées et associées déclarent que toute union politique ou économique entre l'Autriche et l'Allemagne est interdite. L'Autriche reconnaît pleinement les responsabilités qui lui incombent à ce sujet et s'engage à ne participer à aucune union politique ou économique avec l'Allemagne sous quelque forme que ce soit. 2. Afin d'empêcher une union de cette nature, l'Autriche s'engage à s'abstenir de tout accord avec l'Allemagne, ainsi que de tout acte ou de toute mesure de nature à favoriser, directement ou indirectement, une union politique ou économique avec l'Allemagne ou à compromettre son intégrité territoriale ou son indépendance politique ou économique. L'Autriche s'engage en outre à interdire sur son territoire tout acte susceptible de favoriser directement ou indirectement une union de cette nature et à interdire l'existence, la reconstitution et l'activité de toute organisation ayant pour objectif l'union politique ou économique avec l'Allemagne, ainsi que la propagande pangermaniste en faveur de l'Union avec l'Allemagne».

Podobnie w przypadku Cypru – Treaty of Guarantee, 16. August 1960 (Republic of Cyprus, Greece, Turkey, United Kingdom): “Article I. The Republic of Cyprus undertakes to ensure the maintenance of its independence, territorial integrity and security, as well as respect for its Constitution. It undertakes not to participate, in whole or in part, in any political or economic union with any State whatsoever. It accordingly declares prohibited any activity likely to promote, directly or indirectly, either union with any other State or partition of the Island”.

Specyficzna była też sytuacja powojennych Niemiec, gdzie zwycięskie mocarstwa przejęły władzę najwyższą (*supreme authority*) i wykonywały funkcje państwowe, przy wyraźnym wyłączeniu aneksji Niemiec²⁵⁵.

4.2.2. Ograniczenia dobrowolne

Ograniczenia dobrowolne wynikają z przyjętych przez państwo zobowiązań międzynarodowych (normy umowne i zwyczajowe oraz zobowiązania jednostronne²⁵⁶). Ograniczenia takie są z reguły oczywiste, mniej kontrowersyjne i dotyczą rozległych obszarów obrotu międzynarodowego. Państwa wyważają zalety i wady wiążące się z zaciąganiem zobowiązaniami międzynarodowymi, niekiedy o doniosłym znaczeniu dla sprawowania funkcji państwowych. Państwo jest zobowiązane głównie tymi normami, które dobrowolnie zaakceptowało, jednak niektóre normy powszechnego prawa międzynarodowego (np. zakaz agresji, zakaz ludobójstwa) dotyczą dziś wszystkich państw.

W przypadku typowych, wynikających z prawa międzynarodowego ograniczeń kompetencji państwa mamy do czynienia z czasowym niewykonywaniem pewnych kompetencji w określonej dziedzinie albo wykonywaniem ich w określonym kierunku i w określonych ramach. Wykonywanie lub niewykonywanie kompetencji państwa ograniczone jest z reguły do stron traktatu, nie dotyczy natomiast państw trzecich. Ograniczenia kompetencji można postrzegać w perspektywie negatywnej, ale także pozytywnej jako sposób skuteczniejszego sprawowania funkcji państwowych i uzyskania wpływu w obliczu narastających zjawisk transnarodowych. Widać tu przede wszystkim wpływ względów użytecznych, a częściowo także aksjologicznych.

Powyższe zobowiązania nie zmieniają statusu międzynarodowego państwa ani jego suwerenności, co więcej – są jej wyrazem²⁵⁷.

4.2.3. Ograniczenia faktyczne

Ograniczenia możliwości działań państwa mogą mieć swe źródło w faktach wynikających z sytuacji obiektywnych i zjawisk strukturalnych. Tego

²⁵⁵ Zob. punkt 4.3.

²⁵⁶ CIJ. *Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt du 20 décembre 1974: «La Cour estime que l'engagement unilatéral résultant de ces déclarations ne saurait être interprété comme ayant comporté l'invocation d'un pouvoir arbitraire de révision» (§ 51).

²⁵⁷ Zob. przyp. 189.

rodzaju sytuacje stają się coraz częstsze i coraz bardziej wyrafinowane. Prawo międzynarodowe może się przyczyniać do złagodzenia ich skutków.

Różnice potencjału wojskowego lub demograficznego, jak również globalizacja i współzależność państw w dziedzinie gospodarczej nie wpływają bezpośrednio na suwerenność państw, chociaż determinują ich rzeczywiste możliwości działania i rolę międzynarodową. Międzynarodowe stosunki gospodarcze stanowią dobry przykład zależności faktycznych. I tak w dziedzinie walutowej²⁵⁸ państwa, które ustanowiły wymiennalność swojej waluty i zniosły lub ograniczyły kontrolę dewizową, tracą pełną kontrolę nad kursem tej waluty (często jest to jedna z walut rezerwowych). Wynika to zwłaszcza z operacji bankowych w walucie tego kraju, dokonywanych za granicą. Liberalizacja kontroli nad własną walutą wynika zazwyczaj z dobrowolnej decyzji państwa, jednak podyktowana jest ona zrozumieniem konieczności. O ile możliwe wydaje się przywrócenie tej kontroli, o tyle prowadziłyby to do zamieszania na rynkach światowych i w gospodarce danego państwa. W kontekście powyższych uwag rozważania o stopniu suwerenności Stanów Zjednoczonych wydają się jałowe. Tym samym okazuje się, jak duża może być różnica między zdolnością a możliwościami i jak mało trafne jest definiowanie suwerenności przez pryzmat możliwości.

Nie sposób jednak nie zauważyć, iż polityka walutowa i gospodarcza niektórych państw ma niekiedy skutki ekstraterytorialne. Przejawia się to np. w polityce emisyjnej banków centralnych, w polityce stóp procentowych, ale także w polityce kredytowej banków prywatnych i publicznych, wywołującej konsekwencje (nie zawsze korzystne) dla innych państw. Zjawisko to akceptowane jest co do zasady przez prawo międzynarodowe, jednak w okresie po II wojnie światowej rozwinęła się regulacja międzynarodowoprawna, która ogranicza w pewnym stopniu swobodę państw²⁵⁹.

Znana jest też w tym zakresie zależność gospodarcza państwa od waluty największego partnera handlowego albo też państw eksporterów jednego surowca od rynku światowego (w tym giełd surowcowych). Twierdzenie, że

²⁵⁸ Zob. m.in. G. Burdeau, *L'exercice des compétences monétaires par les Etats*, RCADI, t. 212 (1988-V); J. Gold, *Exchange Rates in International Law and Organization*, Washington 1988, s. 3: "Sovereignty does not mean freedom from the effects of interdependence among countries or of differences of strength. In economic matters, all countries are subject to these effects and differences"; F.A. Mann, *The Legal Aspects of Money*, Oxford 1982; D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, Paris 2007; zob. też K. Skubiszewski, *Pieniądz na terytorium okupowanym*, Poznań 1960.

²⁵⁹ Zob. np. D. Carreau (przyp. 258), s. 119-127; G. Burdeau (przyp. 258), s. 255, 365-367; F.A. Mann (przyp. 258), s. 477.

są to państwa zależne lub półsuwerenne nie wyjaśnia wiele, a tym bardziej nie wskazuje jak można taki stan zmienić. Nie wpływa to w każdym razie na ich status międzynarodowoprawny²⁶⁰.

Prawo emisji waluty i dopuszczenie jej na danym terytorium wiąże się, historycznie rzecz biorąc, z kompetencjami państwa, jednak brak waluty własnej i dopuszczenie na obszarze danego państwa innej waluty nie oznacza automatycznie zaniku państwowości²⁶¹. Własna waluta i prawo do jej emisji należą niewątpliwie do najważniejszych kompetencji państwa, nie stanowią jednak istoty suwerenności.

Swoistym przykładem nieporozumień w używaniu terminu suwerenność jest rezolucja 1803 (XVII) Zgromadzenia Ogólnego NZ nosząca tytuł „Stała suwerenność nad zasobami naturalnymi”. Ustanawia ona m.in. „prawo stałej suwerenności [w innym miejscu: prawa suwerenne – JK] ludów i narodów nad ich bogactwami i zasobami naturalnymi”²⁶². Zwrot „prawo stałej suwerenności” zakłada, iż suwerenność jest prawem (twierdzenie bezpodstawne) i że istnieje jeszcze inna, mniej stała suwerenność.

Ze wspomnianej rezolucji wnioskować można, iż chodzi o potwierdzenie wyłącznej kompetencji państwa nad jego zasobami naturalnymi. Teza ta nie wnosi wiele nowego, wiadomo jednak powszechnie, że spór dotyczy zgodności z prawem międzynarodowym aktów nacjonalizacyjnych oraz zasad odszkodowania i roli prawa międzynarodowego (w tym problemu

²⁶⁰ R. Jackson (przyp. 99), s. 432: “Sovereignty is not an economic notion. (...) The value of the Canadian dollar is heavily dependent on American monetary policy and on international currency markets. So, while Canada has the right to its own currency, it has limited power or capacity to determine the value of that currency. Canada is a sovereign state but it does not possess very much economic autonomy”. Nie jest to jednak sytuacja niezgodna z prawem międzynarodowym.

²⁶¹ Np. trudno byłoby twierdzić, że państwa UE uczestniczące w strefie euro są niesuwerenne lub mniej suwerenne od innych państw. Odnotujmy też, iż art. 10 Traktatu między RFN i NRD z 8 maja 1990 r. o utworzeniu unii walutowej, gospodarczej i socjalnej przyznał bankowi centralnemu RFN kompetencję do emisji waluty na obszarze NRD. Inny przykład to obszar Kosowa (pozostający formalnie w latach 1998-2008 w ramach państwa jugosłowiańskiego) gdzie pod międzynarodowym zarządem (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo) uczyniono z marki niemieckiej, a potem euro główną walutę.

²⁶² Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale des Nations unies du 14 décembre 1962. Souveraineté permanente sur les ressources naturelles: «1. Le droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles doit s'exercer dans l'intérêt du développement national et du bien-être de la population de l'Etat intéressé».

respektowania praw nabytych wcześniej przez inwestorów). Czy suwerenność państwa usprawiedliwiać może pełną swobodę pozbawiania własności, szczególnie inwestorów obcych? Mimo różnic poglądów co do szczegółów nacjonalizacji, panuje zgoda, iż prawo międzynarodowe nie dopuszcza w tym względzie dowolności.

4.2.4. Strefy wpływów

Poza czynnikami obiektywnymi istnieją instrumenty polityczne, gospodarcze lub wojskowe, używane w celu wywierania wpływu na wykonywanie kompetencji przez państwa. W tym kontekście wpływ oddziałuje wprawdzie na zachowanie państwa, nie należy go jednak utożsamiać z obowiązkami prawnymi, które określają to zachowanie. Zależnie od okoliczności wpływ ten będzie legalny albo nielegalny (zakaz interwencji w sprawy wewnętrzne). Stwierdzenie interwencji nie jest w takich sytuacjach łatwe ze względu na trudności w ocenie faktów oraz brak niezależnych organów orzekających.

Życie międzynarodowe zna pojęcie stref wpływów, uznanych nieformalnie przez niektóre państwa²⁶³. Mieszają się tu aspekty polityczne, wojskowe i gospodarcze, pojawiające się często w związku z położeniem geograficznym i znaczeniem strategicznym niektórych państw. Celem działań podejmowanych w tym kontekście jest wpływ na politykę zagraniczną lub wewnętrzną danego państwa.

Obszarem intensywnych wpływów jest lokowanie inwestycji w danym państwie, dostawy surowców czy udzielanie pomocy finansowej. Co do zasady, państwa korzystają w tych sytuacjach ze swobody decyzji. Na przykład nieudzielenie pomocy finansowej nie stanowi naruszenia prawa międzynarodowego, chyba że jej warunki uda się zakwalifikować jako interwencję w sprawy wewnętrzne. Znane są także pewne samoograniczenia w stosun-

²⁶³ H.A. Winkler, „Der Spiegel“, 13 grudnia 2004 (nr 51), s. 30: „Es gibt Traditionen im deutschen politischen Denken, wonach ein gutes Verhältnis zu Russland von so überragender Bedeutung ist, dass Wünsche nach Unabhängigkeit in den Nachbarstaaten dahinter zurückzutreten haben. 1982 erschien ein Interviewband von Egon Bahr, und eine der Fragen darin lautete: ‘Hätte die Sowjetunion ein Recht, in Polen zu intervenieren, wenn Polen seine Mitgliedschaft im Warschauer Pakt in Frage stellen sollte?’ Die Antwort lautete: ‘Aber selbstverständlich’. Das war ‘Realpolitik’ im Sinne der zweiten Phase der Ostpolitik in den achtziger Jahren. Ich finde nicht, dass wir an dieses Verständnis von Realpolitik anknüpfen sollten. [...] Wir sollten aber nicht in einer Art von vorauseilendem Gehorsam eine Neuauflage der Breschnew-Doktrin akzeptieren, wonach etwa die Ukraine oder Weißrussland nur in beschränktem Umfang ihr Selbstbestimmungsrecht wahrnehmen können”.

kach handlowych (np. między Japonią a UE lub USA), zasadzające się na pewnym kompromisie interesów.

Szczególnym rodzajem zagrożenia suwerenności państwa jest groźba użycia siły lub jej użycie bez należytego umocowania w normie międzynarodoprawnej. Przesłanki legalnego użycia siły należą do najbardziej spornych kwestii w prawie międzynarodowym. Użycie siły zgodnie z prawem międzynarodowym (mandat Rady Bezpieczeństwa lub samoobrona – rozdział VII Karty NZ) nie stanowi naruszenia suwerenności państwa, ani nie stanowi interwencji w jego sprawy wewnętrzne (art. 2 ust. 7 Karty NZ). Użycie siły przeciwko danemu państwu może jednak ograniczyć lub nawet (przejściowo) zlikwidować możliwość wykonywania kompetencji przez organy państwowe wobec części albo całości terytorium.

Wymienić trzeba przypadki politycznego ubezwłasnowolnienia jednych państw przez drugie, czemu nie towarzyszy umowa, lecz wynika to z nacisków politycznych, zależności gospodarczej lub gróźb militarnych. Przykładami są doktryna Breżniewa wobec państw satelickich b. ZSRR, sytuacja nowych państw wobec byłych metropolii kolonialnych, a także relacje niektórych państw latynoskich z USA. Ograniczenia polegać mogą na tym, że dane państwo nie wykonuje pewnych działań ze względu na ewentualną reakcję innego państwa.

Nie bez przyczyny ukazał się w 1956 r. anons prasowy: „Zamienię niepodległość na lepsze położenie geograficzne. Polska”²⁶⁴.

4.2.5. Ograniczenia kompetencji a ograniczenia suwerenności

Czym innym jest naruszenie prawa międzynarodowego (np. interwencja w sprawy wewnętrzne), czym innym dyktatorskie rządy, a czym innym zawarcie umowy międzynarodowej. W pierwszym przypadku, naruszenia prawa międzynarodowego nie unicestwiają bytu państwa, które pozostaje podmiotem międzynarodowych praw i obowiązków. Rządy dyktatorskie to przede wszystkim wewnętrzny problem państwa, który może prowadzić do ewentualnej odpowiedzialności za naruszenie zobowiązań międzynarodowo-

²⁶⁴ J. Tazbir, *Marzenia o „Nowej Polsce”*, „Nauka”, 2005/1, s. 25: „W roku 1956, kiedy to cenzura na pewien czas zelżała, w ‘Szpilkach’ pojawiło się zabawne ‘ogłoszenie’: ‘Zamienię niepodległość na lepsze położenie geograficzne. Polska’. Było to zresztą świadome wprowadzanie w błąd, ponieważ pojałtańska Polska nie miała oczywiście żadnej niepodległości czy suwerenności do zamiany. Straciła ją bowiem, mimo że była uczestnikiem zwycięskiej przeciwko koalicji (o takim drobiazgu, jak zmniejszenie się terytorium nie warto już wspominać)”.

prawnych (praw człowieka). Państwa niedemokratyczne pozostają jednak podmiotami prawa międzynarodowego. Czymś zupełnie innym jest z kolei ograniczenie kompetencji państwa w danej dziedzinie lub wykonywanie jej w określonym kierunku w wyniku zawarcia umowy międzynarodowej – orzeczenie w sprawie parowca „*Wimbledon*” zachowuje do dziś swą aktualność²⁶⁵.

W płaszczyźnie międzynarodowoprawnej zasadniczy problem sprowadza się do zakwalifikowania ograniczeń kompetencji państwa jako zgodnych lub niezgodnych z prawem, do ustalenia kryteriów interpretacji i stosowania tego prawa oraz do zapewnienia skutecznej ochrony przed jego naruszeniami. Należy rozróżniać między legalnymi ograniczeniami kompetencji lub wpływami oraz nielegalnym podważaniem (naruszaniem) suwerenności państwa. Termin „naruszenie suwerenności” jest skrótem myślowym, ponieważ suwerenność nie jest normą prawa międzynarodowego. Jej naruszenie nastąpić może dopiero po stwierdzeniu pogwałcenia konkretnej normy tego prawa. Istota problemu polega nie tyle na zmniejszeniu się zakresu kompetencji albo faktycznych możliwości państwa (co jest stałym elementem praktyki), ile na ocenie międzynarodowoprawnej legalności konkretnych działań i sytuacji. Jeśli działanie ma charakter legalny, to należy wykluczyć, że narusza ono suwerenność państwa.

Najtrudniejszy w praktyce problem sprowadza się do zakwalifikowania ograniczeń kompetencji lub możliwości państwa jako zgodnych lub niezgodnych z prawem, ustalenia kryteriów interpretacji i stosowania prawa oraz zapewnienia skutecznej ochrony przed jego naruszeniami. Trudności te wynikają z jednej strony z mniej kompletnego charakteru regulacji międzynarodowoprawnej (w porównaniu z systemami prawa krajowego), z drugiej zaś ze słabości kontroli i mechanizmów rozstrzygania sporów międzynarodowych. Konsekwencją tego stanu rzeczy jest jednostronność w definiowaniu i interpretowaniu zdarzeń lub pojęć i w ocenie legalności działań. Słabości prawa międzynarodowego (np. ograniczony zasięg jurysdykcji sądów międzynarodowych) i jego instytucji (np. Rady Bezpieczeństwa NZ) prowadzą niekiedy do tolerowania naruszeń prawa.

Teza, iż rosnąca zależność państw od prawa międzynarodowego lub okoliczności faktycznych równa się ograniczeniu suwerenności, prowadzi na manowce. Gdyby tak się działo, to prawo międzynarodowe, a także polityka międzynarodowa byłyby nielegalne i równałyby się zamachowi na suwerenność. Obowiązki wynikające z prawa międzynarodowego nie

²⁶⁵ Zob. przyp. 189.

mogą być traktowane jako naruszające suwerenność, gdyż przeczyłoby to samej idei prawa. Z kolei legalne wpływy zewnętrzne są stałym elementem rzeczywistości międzynarodowej. Stopień realnych możliwości nie wpływa bezpośrednio na suwerenność państwa.

Nie każde naruszenie normy międzynarodowoprawnej oddziałuje na suwerenność, chodzić bowiem musi o działania, które godzą w status państwa oraz charakter jego kompetencji. Takie naruszenia dotyczą zwłaszcza tzw. sfery wyłącznej, w której dla danego państwa nie istnieją zobowiązania międzynarodowoprawne. Jest ona chroniona zakazem interwencji w sprawy wewnętrzne, w tym dotyczące ustroju państwa i jego integralności terytorialnej²⁶⁶. Zaznaczmy jednak, że nie każde oddziaływanie na tę sferę narusza prawo międzynarodowe (może być tylko aktem nieprzyjaznym).

Prawne ograniczenia niektórych kompetencji leżą niekiedy we własnym, poddyktowanym koniecznością interesie państwa. Przedmiotem politycznej debaty może być zakres i celowość zaciągania międzynarodowoprawnych zobowiązań. Niektóre debaty o suwerenności sprawiają paradoksalne wrażenie, iż państwa miałyby powoływać się na swą suwerenność, aby bronić się przed korzystnymi dla nich *per saldo* formami i rezultatami współpracy międzynarodowej. Tymczasem można sądzić, iż w kontekście nowych wyzwań rola państwa i pojęcie suwerenności nie ulegną osłabieniu, chociaż podlegać będą nieuchronnie adaptacji do nowych warunków²⁶⁷.

²⁶⁶ CIJ. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986: «263. (...) [L]’adhésion d’un Etat à une doctrine particulière ne constitue pas une violation du droit international coutumier; conclure autrement reviendrait à priver de son sens le principe fondamental de la souveraineté des Etats sur lequel repose tout le droit international, et la liberté qu’un Etat a de choisir son système politique, social, économique et culturel. (...) La Cour ne saurait concevoir la création d’une règle nouvelle faisant droit à une intervention d’un Etat contre un autre pour le motif que celui-ci aurait opté pour une idéologie ou un système politique particulier».

²⁶⁷ N. Walker, *Late Sovereignty in the European Union*, (w:) N. Walker (przyp. 91), s. 27-28: “In the very development of new and endemic boundary clashes and in the proliferation of putative polities, the self-understanding of systems may be transformed. (...) [T]hat reflexivity will lead not to the demise of the sovereign polity but instead to a new order of relations between and amongst polities and putative polities, a new and enlarged zone of boundary politics (...). [T]he dynamic of transformation within late sovereignty will involve the continuous evolution rather than the demise of sovereignty”; S. Besson (przyp. 95): “4.1. (...) In other words, the constitutional pluralism which characterizes the European legal order *lato sensu* seems difficult to reconcile with traditional conceptions of unitary sovereignty. This does not

W doktrynie rozróżnia się czasem między ograniczeniami suwerenności oraz ograniczeniami w wykonywaniu suwerenności. Te pierwsze polegają mają na tym, że dane państwo (nie przestając formalnie istnieć) traci w części lub w całości możliwość występowania w stosunkach międzynarodowych jako podmiot prawa narodów, przy czym w imieniu tego państwa występuje na zewnątrz inne państwo (dawne protektoraty). W tym kontekście mówi się najczęściej o państwach zależnych lub półsuwerennych²⁶⁸. Jest to dziś zjawisko historyczne, które nie ma większego wpływu na współczesną koncepcję suwerenności państwa.

Co się tyczy ograniczeń w wykonywaniu suwerenności, jest to termin nieprecyzyjny, ponieważ suwerenności (tak jak równości lub sprawiedliwości) nie wykonuje się. Tego rodzaju skrót myślowy jest ewentualnie dopuszczalny w przypadku utożsamiania suwerenności z władzą. Wynikające z prawa międzynarodowego ograniczenie lub przekazanie kompetencji nie może być jednak traktowane jako ograniczenie suwerenności państwa. Podobnie konstytucja lub inne ustawy danego państwa nie tyle ograniczają możliwości działania, lecz stwarzają ramy prawne dla tych działań.

W niektórych przypadkach mówi się o ograniczeniu praw suwerennych państwa²⁶⁹. Pod niezbyt trafnym i mało precyzyjnym terminem „prawa suwerenne”²⁷⁰ rozumieć należy niektóre kompetencje państwa, których zakres podlega ograniczeniom w wyniku międzynarodowoprawnych zobowiązań. Tak rozumiane „prawa suwerenne” a suwerenność, to dwie różne kwestie. Nieporozumienia na tym tle wynikają głównie z faktu, iż w doktrynie i w praktyce suwerenność (jako cechę państwa i jego władzy) utożsamia się często nietrafnie z sumą (katalogiem) kompetencji, a więc z pojęciem władzy państwa.

mean, however, that sovereignty is lost in Europe nor that we have moved beyond sovereignty and need to redefine it. All it reveals is that paradigms of sovereignty have changed and that new conceptions have emerged that conflict with prior ones, thus confirming the essentially contestable nature of the concept of sovereignty”.

²⁶⁸ Zob. przyp. 154.

²⁶⁹ Zob. punkt 7.2.1.

²⁷⁰ Np. wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie 26/62 (Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen): «La Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains»; wyrok w sprawie 6/64 (Flaminio Costa v ENEL): «En instituant une communauté de durée illimitée, dotée (...) de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains».

4.3. Sytuacja prawna Niemiec po klęsce 1945 r.

Zasadniczy problem polityki zachodnioniemieckiej w okresie powojennym polegał na przywróceniu jedności Niemiec²⁷¹. Interesujący w omawianym kontekście był historyczny dziś spór polsko-niemiecki o granicę zachodnią Polski oraz o status terytoriów niemieckich, które Polska uzyskała po II wojnie światowej²⁷². Czy Polska miała suwerenny tytuł na niemieckich obszarach przyznanych jej w wyniku Konferencji poczdamskiej? Co się stało w 1945 r. z suwerennością Niemiec?

W Umowie poczdamskiej ustalono przebieg zachodniej granicy Polski przewidując jej ostateczne określenie w przyszłej regulacji pokojowej z Niemcami²⁷³. Mowa jest tam ponadto o „byłych terytoriach niemiec-

²⁷¹ Republika Federalna Niemiec skonstruowała specyficzną doktrynę polityczno-prawną, której trzon stanowiły następujące elementy: 1) podtrzymywanie otwartości tzw. kwestii niemieckiej do momentu regulacji pokojowej z Niemcami jako całością, w tym teza o prawnym istnieniu Niemiec w granicach z 1937 r.; 2) kwestionowanie wiążącego prawnie dla Niemiec charakteru umowy poczdamskiej z 1945 r. ze względu na fakt, że nie były one jej stroną (*res inter alios acta*; naruszenie prawa do samostanowienia); 3) teza, iż Polska posiada nad przyznanym jej w Poczdamie obszarem tylko tymczasową zwierzchność (administrację) terytorialną, natomiast do momentu regulacji pokojowej z Niemcami jako całością nie posiada na tych terenach suwerennego tytułu; 4) pogląd, że w Traktacie z 1970 r. RFN potwierdziła zachodnią granicę Polski wyłącznie w swoim imieniu, a nie Niemiec jako całości; 5) kwestionowanie legalności poczdamskiej decyzji mocarstw dotyczącej wysiedlenia ludności niemieckiej, a także legalności wywłaszczenia prywatnego majątku niemieckiego; 6) odłożenie kwestii reparacji wojennych do momentu regulacji pokojowej z Niemcami jako całością.

²⁷² Szerzej J. Kranz, *Polsko-niemieckie kontrowersje prawne – próba syntezy*, (w:) W.M. Góralski (red.), *Przełom i wyzwanie. XX lat polsko-niemieckiego Traktatu o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy – 1991-2011*, Warszawa 2011, s. 477-520, tamże dalsza literatura; id., *Wysiedlenie ludności niemieckiej w wyniku II wojny światowej: krzywda czy bezprawie?*, Warszawa 2013.

²⁷³ The Berlin (Potsdam) Conference, July 17 – August 2, 1945. Protocol of the Proceedings, August 1, 1945: “[T]he three Heads of Government (...) reaffirm their opinion that the final delimitation of the western frontier of Poland should await the peace settlement. The three Heads of Government agree that, pending the final determination of Poland’s western frontier, the former German territories east of a line running from the Baltic Sea immediately west of Swinemünde, and thence along the Oder River to the confluence of the western Neisse River and along the Western Neisse to the Czechoslovak frontier, including that portion of East Prussia not placed under the administration of the Union of Soviet Socialist Republics in accordance with the understanding reached at this conference and including the area of the former free city of Danzig, shall be under the administration of the Polish

kich” lub o przesiedleniu ludności niemieckiej „pozostajej w Polsce”. Niektóre dotyczące Polski fragmenty Umowy poczdamskiej wymagały jednak interpretacji. Na przykład, w odniesieniu do terytoriów przyznanych Polsce pojęcie *administration* w znaczeniu anglosaskim nie ograniczało się do administracji w wąskim, kontynentalnym znaczeniu, lecz obejmowało całość władzy (legislacyjną, wykonawczą i sądową)²⁷⁴. Ponadto, terytorium przyznane Polsce nie stanowiło części sowieckiej strefy okupacyjnej, ani też nie rozciągała się na nie władza Sojuszniczej Rady Kontroli. Zdaniem RFN do czasu ostatecznej regulacji pokojowej z Niemcami jako całością Polska dysponowała na tych obszarach tylko administracją albo władczą zwierzchnością (*Gebietshoheit*), a nie suwerennością (*territoriale Souveränität, Hoheitsgebiet*)²⁷⁵.

Wydaje się nie ulegać wątpliwości, że ustalenia konferencji poczdamskiej miały charakter umowny²⁷⁶. Zdaniem władz RFN i doktryny niemieckiej traktat nie może stwarzać obowiązków prawnych dla państwa trzeciego niebędącego jego stroną (zasada *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*)²⁷⁷, a tym samym Umowa poczdamska nie stwarzała skutków prawnych dla Niemiec. Mimo to RFN respektowała w praktyce treść i skutki tej Umowy²⁷⁸.

Oceniając, czy i w jakim stopniu Umowa poczdamska była zgodna z prawem międzynarodowym w kontekście zasady *pacta tertiis*²⁷⁹, uwzględnic

State and for such purposes should not be considered as part of the Soviet zone of occupation in Germany. (...) The Three Governments, having considered the question in all its aspects, recognize that the transfer to Germany of German populations, or elements thereof, remaining in Poland, Czechoslovakia and Hungary, will have to be undertaken. They agree that any transfers that take place should be effected in an orderly and humane manner”. Szerzej na temat niektórych sformułowań Umowy Poczdamskiej zob. K. Skubiszewski (przyp. 159), s. 64-87, 153-192.

²⁷⁴ K. Skubiszewski, *Administration of Territory and Sovereignty: A Comment on the Potsdam Agreement*, „Archiv des Völkerrechts”, 1985, 23. Bd., 1./2. H., s. 31-41.

²⁷⁵ A. Verdross, B. Simma, R. Geiger, *Territoriale Souveränität und Gebietshoheit. Zur völkerrechtlichen Lage der Oder-Neiße-Gebiete*, Bonn 1980.

²⁷⁶ Zob. J.Abr. Frowein, *Potsdam Conference (1945)*, EPIL, 2009.

²⁷⁷ Na temat tej zasady zob. C. Chinkin, *Third Parties in International Law*, Oxford 1993; A. Wyrozumka, *Ewolucja statusu prawnego Antarktyki a państwa trzecie*, Łódź 1995, s. 119-156.

²⁷⁸ J.Abr. Frowein (przyp. 276): “14. (...) The Federal Republic of Germany never recognized the binding force of the Potsdam Agreements as such. She has, however, from the beginning respected legal consequences flowing from the Agreements”.

²⁷⁹ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów (1969): „Artykuł 34. Traktat nie tworzy obowiązków ani praw dla państwa trzeciego bez jego zgody. Artykuł 35. Obowiązek

trzeba nadzwyczajne okoliczności jej zawarcia. W RFN podkreśla się zwyczajowy charakter norm zawartych w artykułach 34 i 35 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (1969), a więc obowiązujących już w 1945 r., zaznaczając jednocześnie, że jej artykuł 75²⁸⁰ (niemający takiego charakteru) dotyczy tylko zdarzeń przyszłych²⁸¹ i nie stanowi wyjątku od wspomnianej zasady²⁸².

Zauważmy jednak, iż – jako wyraz międzynarodowoprawnej odpowiedzialności za wojnę – podległość Niemiec władzy mocarstw nie wynikała z traktatu, lecz z niemającej traktatowego charakteru deklaracji berlińskiej, w której mocarstwa przejęły w Niemczech *supreme authority*²⁸³. Późniejsze

powstaje dla państwa trzeciego z postanowienia traktatu, jeżeli strony traktatu mają zamiar, aby postanowienie było środkiem ustanowienia obowiązku, a państwo trzecie wyraźnie na piśmie ten obowiązek przyjmuje. Artykuł 36. 1. Z postanowienia traktatu powstaje prawo dla państwa trzeciego, jeżeli strony traktatu zamierzają przez to postanowienie przyznać prawo państwu trzeciemu bądź grupie państw, do której ono należy, bądź wszystkim państwom, a państwo trzecie na to się zgadza. Zgody jego domniemywa się tak długo, jak długo nie zostanie wykazane co innego, chyba że traktat postanawia inaczej”.

²⁸⁰ „Artykuł 75. Postanowienia niniejszej konwencji nie naruszają żadnych obowiązków w stosunku do traktatu, które mogą powstać dla państwa-agresora w następstwie środków podjętych zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych w związku z agresją dokonaną przez to państwo”. Zob. szerzej M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden 2009, s. 914-918 (komentarz do art. 75).

²⁸¹ Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) – Reservations: Germany (upon ratification): “3. The Federal Republic of Germany interprets ‘measures taken in conformity with the Charter of the United Nations’, as referred to in article 75, to mean future decisions by the Security Council of the United Nations in conformity with Chapter VII of the Charter for the maintenance of international peace and security”.

²⁸² Zob. O. Corten, P. Klein (eds), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles 2006 – Chr. Tomuschat, komentarz do art. 75, t. III, s. 2657-2675.

²⁸³ Declaration Regarding the Defeat of Germany and the Assumption of Supreme Authority by Allied Powers, June 5, 1945 (preamble): “There is no central Government or authority in Germany capable of accepting responsibility for the maintenance of order, the administration of the country and compliance with the requirements of the victorious Powers. (...) The Governments of the United States of America, the Union of Soviet Socialist Republics and the United Kingdom, and the Provisional Government of the French Republic, hereby assume supreme authority with respect to Germany, including all the powers possessed by the German Government, the High Command and any state, municipal, or local government or authority. The

traktaty i decyzje były instrumentami realizacji tej odpowiedzialności²⁸⁴. Należy więc sądzić, iż decyzje mocarstw z 1945 r. nie podlegają ocenie w świetle prawa traktatów²⁸⁵. Zdaniem Komisji Prawa Międzynarodowego skutki prawne traktatów nakładających pewne obowiązki na państwo agresora nie są objęte przepisami artykułu 35 Konwencji wiedeńskiej²⁸⁶.

assumption, for the purposes stated above, of the said authority and powers does not affect the annexation of Germany. The Governments of the United States of America, the Union of Soviet Socialist Republics and the United Kingdom, and the Provisional Government of the French Republic, will hereafter determine the boundaries of Germany or any part thereof and the status of Germany or of any area at present being part of German territory”.

²⁸⁴ Th. Schweisfurth, *International Treaties and Third States*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“, vol. 45 (1985), s. 670: “The Potsdam Agreement is not a fruitful example to demonstrate the effect of Art. 75 of the Vienna Convention on Art. 34 et seq. of the Vienna Convention, simply because it is not a treaty providing for obligations for the aggressor State Germany. But even if it were such a treaty the following simple reasoning could demonstrate that it is not the treaty which represents the basis for the obligations of the aggressor State: imagine that Germany had been defeated and completely occupied only by one of the victorious powers, for example the Soviet Union, and that the Soviet Union had issued a declaration with the material content of the Potsdam Agreement. This declaration would not be a treaty. The basis of its legal effect on the defeated aggressor could not be the aggressor State exception of treaty law, but only other norms provided for by international law for this case: State responsibility and the rights of belligerent occupation. These rules represent the measure for the obligations incumbent upon the defeated aggressor State, whether they are formulated in a unilateral act or in a multilateral instrument of the victorious powers”.

²⁸⁵ Zob. *Les Conventions* (przyp. 282) – C. Laly-Chevalier, F. Rezek, komentarz do artykułu 35, t. II, s. 1433-1434: «Les mécanismes juridiques concernant l’Etat agresseur (...) reposent sur des règles générales extérieures au droit des traités. (...) [L]es obligations imposées à l’Etat agresseur [n’ont] leur source ni dans le droit des traités, ni dans le traité lui-même, mais bien dans le droit de la responsabilité des Etats et dans celui de la Charte des Nations Unies. On ne pouvait donc y voir une exception à la règle posée»; O. Dörr, K. Schmalenbach (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlin-Heidelberg 2012: “Obligations imposed upon aggressor State were to be considered as sanctions, the basis of the obligations concerned therefore being the concept of State responsibility” (s. 623).

²⁸⁶ ILC. Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries (1966), „Yearbook of the International Law Commission”, 1966, vol. II. – komentarz do art. 31 (odpowiednik późniejszego art. 35 Konwencji o prawie traktatów z 1969 r.): “Some Governments in their comments referred to treaty provisions imposed upon an aggressor State and raised the question of the application of the present article to such provisions. The Commission recognized that such cases would fail outside the

Artykuł 75 Konwencji traktować można jako rodzaj swoistej przeciwwagi dla pozycji prawnych RFN²⁸⁷.

Krzysztof Skubiszewski trafnie zauważył nietypowy sposób nabycia przez Polskę władztwa w odniesieniu do części terytorium Niemiec, co „można do pewnego stopnia wiązać z tzw. przyznaniem (przysądzeniem, *adjudicatio*) terytorium przez mocarstwa. Mimo jednak najwyższej władzy mocarstw w ówczesnych Niemczech i ich kompetencji do decydowania o granicach, nie był to czysty przykład *adjudicatio*, a to wobec przyszłej roli rokowań pokojowych (*peace settlement*). Życie sprawiło, że rolę tę spełniły inne układy, nie zaś traktat pokoju”²⁸⁸.

Traktat zgorzelecki, zawarty w 1950 r. przez PRL i NRD²⁸⁹, potwierdził granicę na Odrze i Nysie Łużyckiej jako „granicę państwową między Polską a Niemcami” (nie NRD) oraz doprowadził do jej demarkacji. Z kolei Układ PRL-RFN z 7 grudnia 1970 r.²⁹⁰ przewidywał w artykule I, że istniejąca i ustalona podczas konferencji poczdamskiej linia graniczna „stanowi zachodnią granicę państwową Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej”. Zwrot ten oznacza bez wątpienia, że na wschód od Odry i Nysy Łużyckiej mamy do czynienia z terytorium państwa polskiego. W artykule IV przypomina się jednak, iż Traktat „nie dotyczy wcześniej zawartych przez Strony lub

principle laid down in this article, provided that the action taken was in conformity with the Charter”.

²⁸⁷ M.E. Villiger (przyp. 280): “The principle which could be said to underline Article 75 is that an aggressor State should not be able to gain any profit (in this case in the form of the provisions of the Convention) from the aggression it has committed” (s. 918). Przypomnijmy też w tym kontekście treść artykułu 107 Karty NZ: „Nic w niniejszej Karcie nie unieważnia ani nie zabrania działań prowadzonych wobec jakiegokolwiek państwa, które podczas drugiej wojny światowej było nieprzyjacielem któregośkolwiek sygnatariusza niniejszej Karty, podjętych lub autoryzowanych w wyniku tej wojny przez rządy odpowiadające za te działania”

²⁸⁸ K. Skubiszewski (przyp. 273), s. 329; id., *The Great Powers and the Settlement in Central Europe*, „Jahrbuch für öffentliches Recht”, vol. 18 (1975), s. 92–126; id., *Poland's Western Frontier and the 1970 Treaties*, AJIL, vol. 67 (1973), s. 23–43; D.-E. Khan, *Die deutschen Staatsgrenzen. Rechtshistorische Grundlagen und offene Rechtsfragen*, Tübingen 2004.

²⁸⁹ Układ między Rzeczpospolitą Polską a Niemiecką Republiką Demokratyczną o wytyczeniu ustalonej i istniejącej polsko-niemieckiej granicy państwowej, podpisany w Zgorzelcu dnia 6 lipca 1950 r.

²⁹⁰ Układ między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Federalną Niemiec o podstawach normalizacji ich wzajemnych stosunków, podpisany w Warszawie dnia 7 grudnia 1970 r.

ich dotyczących dwustronnych lub wielostronnych umów międzynarodowych”, czyli że nadal istnieją prawa i odpowiedzialność czterech mocarstw w odniesieniu do Niemiec jako całości. Ten ostatni fragment można jedynie interpretować jako potencjalną możliwość pokojowej zmiany granic, jednak nie bez zgody Polski, dla której ustalenia z Poczdamu stanowiły *pactum in favorem tertii*. Po zawarciu Traktatu z 1970 r. RFN odmawiała nadal politycznego oświadczenia, iż przyszłe (zjednoczone) Niemcy miałyby obejmować terytorium w aktualnych granicach RFN, NRD i Berlina. Trudno to akceptować, skoro RFN uznała tę granicę w 1970 r., a zjednoczone Niemcy to państwo identyczne z ówczesną RFN.

17 lipca 1990 r., podczas paryskiej sesji rokowań „2+4” przyjęto z udziałem Polski ustalenia dotyczące granicy polsko-niemieckiej. Ustalono między innymi, że granica ta nie będzie przedmiotem gwarancji mocarstw²⁹¹. Całość problemu zamknięto Traktatem o ostatecznej regulacji w odniesieniu do Niemiec, podpisanym w Moskwie 12 września 1990 r. W późniejszym traktacie polsko-niemieckim²⁹² strony potwierdziły już tylko istniejącą między nimi granicę.

W kontekście suwerennego tytułu Polski do przyznanych jej w Poczdamie terytoriów, warto przypomnieć, że mocarstwa nigdy nie obiecały przywrócenia jedności Niemiec w granicach z 1937 r. Władza Polski na swoim

²⁹¹ Zob. Procès-verbal de la réunion des ministres des Affaires étrangères de la France, de la Pologne, de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques, des Etats-Unis d'Amérique, de la Grande-Bretagne, de la République Fédérale d'Allemagne et de la République Démocratique Allemande – pkt 4 (dokument rundy negocjacyjnej Konferencji „2+4” z udziałem Polski, Paryż, 17 lipca 1990 r., tekst (w:) J. Barcz, *Udział Polski w konferencji „2+4”. Aspekty prawne i proceduralne*, Warszawa 1994, s. 167-168: «Les Quatre puissances alliées déclarent que les frontières de l'Allemagne unifiée auront un caractère définitif qui ne pourra être remis en cause par aucun événement ou circonstance extérieurs. Le Ministre des Affaires étrangères de la Pologne indique qu'aux yeux du Gouvernement Polonais, cette déclaration ne constitue pas une garantie de frontières par les Quatre puissances. Le Ministre de la République Fédérale d'Allemagne indique qu'il a pris connaissance de ce que le gouvernement polonais ne voyait pas dans cette déclaration une garantie sur les frontières. La RFA s'associe à la déclaration des Quatre puissances alliées et souligne que les événements ou circonstances auxquels cette déclaration fait référence ne se produiront pas, à savoir qu'un Traité de paix ou un règlement de paix ne sont pas envisagés. La RDA souscrit à la déclaration faite par la RFA».

²⁹² Traktat między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec o potwierdzeniu istniejącej między nimi granicy, podpisany w Warszawie 14 listopada 1990 r.

terytorium miała pełen wymiar i wykonywana była *à titre de souverain*²⁹³. Polityka i doktryna RFN polegały w gruncie rzeczy na uczynieniu z granicy polsko-niemieckiej zakładnika zjednoczenia Niemiec.

Czy powojenne Niemcy, a od 1949 r. Republika Federalna Niemiec, były podmiotem suwerennym? Zauważyć należy w tym względzie co następuje. Po pierwsze, zwycięskie mocarstwa (USA, Związek Sowiecki, Wielka Brytania, Francja) objęły władzę najwyższą (*supreme authority*) w Niemczech i zastrzegły sobie kompetencję do samodzielnego określenia ich przyszłości, w tym granic²⁹⁴. Nastąpiło to w kontekście bezwarunkowej kapitulacji wojsk i braku niemieckich władz centralnych. Po drugie, odpowiedzialność międzynarodowoprawna Niemiec nie ograniczała się do agresji, lecz obejmowała również ogrom zbrodni wojennych i zbrodni przeciw ludzkości, których zakres i skala nie były dotąd znane. Po trzecie, konferencję mocarstw w Poczdamie zwołano w trybie pilnym, aby rozstrzygnąć podstawowe kwestie dotyczące odpowiedzialności Niemiec za wojnę i ich przyszłości. Planowano wprowadzić całościową regulację pokojową z Niemcami, która jednak nigdy nie doszła do skutku. Fazę końcową stanowił Traktat o ostatecznej regulacji w odniesieniu do Niemiec z 12 września 1990 r. (Traktat „2+4”).

Mocarstwa nie zamierzały negocjować z Niemcami warunków pokoju, podobnie jak uprzedniej, bezwarunkowej kapitulacji. W umowie poczdamskiej przewidziano wyraźnie, że regulacja pokojowa (*peace settlement*) zostanie przedłożona przyszłemu rządowi niemieckiemu do akceptacji²⁹⁵.

²⁹³ K. Skubiszewski, *Administration of Territory and Sovereignty: A Comment on the Potsdam Agreement*, „Archiv des Völkerrechts“, 1985, 23. Bd., 1./2. H.: “The general law did not protect the German title to this territory, for the victors had the right to detach it from Germany. Only an express provision could save German sovereignty” (s. 38); “When a clause protecting the unchanged status of sovereignty is absent, the purpose of the administration helps to elucidate the status of the territory. The aim of the Great Powers was to revise the eastern frontier of Germany in favour of Poland. The Potsdam Agreement constituted the basic decision which gave expression to that aim. In view of the purpose which the Great Powers intended to achieve there was practically no chance to establish, let alone maintain, the duality between the exercise of sovereignty by Poland and the nominal sovereignty supposedly retained by Germany. Poland exercised her administration in the former German territories *à titre de souverain*” (s. 39).

²⁹⁴ Zob. przyp. 283.

²⁹⁵ The Berlin (Potsdam) Conference, July 17 – August 2, 1945. Protocol of the Proceedings, August 1, 1945: “A. The Conference reached the following agreement for the establishment of a Council of Foreign Ministers to do the necessary preparatory work for the peace settlements: (...) (3)(i) (...) The Council shall be utilized for the

Mocarstwa nie dokonały aneksji ani okupacji wojennej Niemiec (*belligerent occupation*), lecz sprawowały specyficzną, transformacyjną okupację pokojową²⁹⁶, która przypomina późniejsze formy międzynarodowego zarządu terytorium na podstawie uchwał ONZ.

Konstrukcja praw i odpowiedzialności czterech mocarstw za Niemcy jako całość stanowiła wyraz tego zarządu. Mocarstwa nie dysponowały jednak suwerennym tytułem w Niemczech, ale działały w imieniu własnym oraz w imieniu Niemiec, a także w interesie ogólnym, dotyczącym międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Ich władza miała inny charakter i cel niż dotyczące okupacji wojennej normy Konwencji haskiej z 1907 r. – mocarstwa zdecydowały się dokonać radykalnych zmian na terytorium Niemiec (ustrój, prawo, granice, polityka)²⁹⁷.

preparation of a peace settlement for Germany to be accepted by the Government of Germany when a government adequate for the purpose is established”.

²⁹⁶ Y. Dinstein (przyp. 77): “If war ends with an unconditional surrender – and the enemy completely collapses, ceasing to function as a State – occupation of its territory is not reckoned any more as belligerent. The template is the occupation of Germany and Japan following their unconditional surrenders in 1945. (...) Allied occupations within the purview of the Hague Regulations. (...) [T]he victors introduced in occupied Germany sweeping institutional changes that were incompatible with the law of belligerent occupation as enunciated in the Hague Regulations. (...) [T]he post-surrender occupations of Germany and Japan were ‘transformative’ in their nature” (s. 32-33).

J.Abr. Frowein (przyp. 276): “14. Since German territory was under belligerent occupation in 1945, the decisions reached at Potsdam could have legal consequences for Germany as far as they were covered by the international law of belligerent occupation and transformed into measures of the occupation authorities. It is clear, however, that many of the measures agreed upon concerning the international status of Germany, the ‘administration’ of German territory in contrast to occupation, and the transfer of German populations went far beyond what was recognized as legal in 1945 under the rules of belligerent occupation. According to the legal position adopted by the Allies occupying Germany in 1945 this occupation was, in their view, not bound by the general rules of belligerent occupation. This position was never formally recognized by a government representing Germany as a whole”.

²⁹⁷ Konwencja dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej (Konwencja haska IV, 1907). Załącznik: Regulamin dotyczący praw i zwyczajów wojny lądowej – Art. 43: „Z chwilą faktycznego przejścia władzy z rąk rządu legalnego do rąk okupanta, tenże poweźmie wszystkie będące w jego mocy środki, celem przywrócenia i zapewnienia, o ile to jest możliwe, porządku i życia społecznego, przestrzegając, z wyjątkiem bezwzględnych przeszkód, prawa obowiązujące w tym kraju”. Zob. też M. Virally,

Czy Niemcy przetrwały wojnę jako państwo i jakie były konsekwencje tej wojny? Czy ograniczenie możliwości zjednoczenia obu państw niemieckich bez zgody czterech mocarstw nie naruszało prawa międzynarodowego? Nie wchodząc w historyczną dyskusję, państwo niemieckie przetrwało wojnę, a w Umowie poczdamskiej przewidziano zawarcie z nim traktatu pokoju. Przejęcie władzy najwyższej przez cztery mocarstwa wynikało z nadzwyczajnych okoliczności. Pytanie, czy można tak było postąpić bez zgody Niemiec wydaje się źle postawione, ponieważ przejściowo nie istniała władza centralna w Niemczech (jej resztki zasiadły potem na ławie oskarżonych w Norymberdze) – nie było więc partnera do negocjacji.

W późniejszym okresie RFN zaakceptowała w formie traktatowej przejście władzy najwyższej przez mocarstwa, przy czym zakres uprawnień mocarstw stopniowo malał i dotyczył głównie zgody na zjednoczenie obu państw niemieckich. Dodajmy, iż RFN wykorzystywała cały czas konstrukcję praw i obowiązków mocarstw wobec Niemiec jako całości, aby odmawiać ostatecznego uznania zachodniej granicy Polski.

W Konwencji o stosunkach między Trzema Mocarstwami a RFN (wersja z 1954 r.) stwierdzono, że RFN uzyskała „pełną władzę suwerennego państwa” w jej sprawach wewnętrznych i zewnętrznych²⁹⁸. Nie stało to jednak na przeszkodzie, by ta sama Konwencja podtrzymała uprawnienia mocarstw istotnie ograniczające wspomnianą pełną władzę. W art. 7 Traktatu „2+4”: zjednoczone za zgodą mocarstw Niemcy „mają pełną suwerenność” w ich

L'administration internationale de l'Allemagne: du 8 mai 1945 au 24 avril 1947, Paris 1948.

²⁹⁸ Convention on the Relations between the Three Powers and the Federal Republic of Germany (Deutschlandvertrag), 23 October 1954: “Article 1 (1). On the entry into force of the present Convention (...) the Three Powers (...) will terminate the Occupation regime in the Federal Republic, revoke the Occupation Statute and abolish the Allied High Commission and the Offices of the Land Commissioners in the Federal Republic. (2). The Federal Republic shall have accordingly the full authority of a sovereign State over its internal and external affairs. Article 2. In view of the international situation, which has so far prevented the reunification of Germany and the conclusion of a peace settlement, the Three Powers retain the rights and the responsibilities, heretofore exercised or held by them, relating to Berlin and to Germany as a whole, including the reunification of Germany and a peace settlement”. Zauważmy, że we wcześniejszej wersji tej samej umowy (nie weszła w życie i zastąpiła ją wersja z 1954 r.) art. 1 (2) miał nieco inne brzmienie, pomijające termin suwerenność: “The Federal Republic shall have full authority over its internal and external affairs, except as provided in the present Convention”.

sprawach wewnętrznych i zewnętrznych²⁹⁹, tym razem w połączeniu z całkowitą likwidacją uprawnień mocarstw.

Powyższy przykład uzmysławia pułapki związane z różnym rozumieniem i posługiwaniem się pojęciem suwerenności. Otóż koncepcja „pełnej suwerenności” dopuszcza w domyśle wariant suwerenności niepełnej, co prowadzi w ślepą uliczkę. Istotny w przypadku Niemiec jest fakt, że przetrwały one wojnę jako państwo. Czym były Niemcy w okresie 1945-1949? Nie były protektorem międzynarodowym ani kondominium. W roku 1949 powstały dwa państwa: Republika Federalna Niemiec i Niemiecka Republika Demokratyczna, których państwowość nie była kwestionowana, zwłaszcza po ich przyjęciu do ONZ (1973). Należy raczej sądzić, iż od 1945 r. mieliśmy w Niemczech do czynienia z przypadkiem stopniowo redukowanego międzynarodowego zarządu. Uwzględniając wyjątkowość sytuacji, Niemcy zachowały w tych latach podmiotowość międzynarodowoprawną, przy okresowym i daleko idącym pozbawieniu zdolności do działań prawnych³⁰⁰. Niektóre prawa mocarstw, dotyczące Niemiec jako całości istniały legalnie i tymczasowo do 1990 r. Ograniczenia te odnosiły się w końcowej fazie głównie do możliwości zjednoczenia obu państw niemieckich tylko za zgodą mocarstw.

W tym kontekście ocena problemu suwerenności Niemiec zależy w znacznym stopniu od definiowania tego pojęcia. Próbą rozwiązania jest przyjęcie perspektywy legalności międzynarodowoprawnych ograniczeń kompetencji państwa (sankcji), a takie ograniczenia (w różnej wprawdzie skali) są znane prawu międzynarodowemu. Nie wydaje się, by okresowe przejęcie władzy najwyższej w Niemczech było niezgodne z prawem międzynarodowym³⁰¹. Podobnie jak w przypadku innych międzynarodowych administracji teryto-

²⁹⁹ Treaty on the Final Settlement with Respect to Germany, September 12, 1990: “Article 7(1) The French Republic, the Union of Soviet Socialist Republics, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America hereby terminate their rights and responsibilities relating to Berlin and to Germany as a whole. As a result, the corresponding, related quadripartite agreements, decisions and practices are terminated and all related Four Power institutions are dissolved. (2) The United Germany shall have accordingly full sovereignty over its internal and external affairs”.

³⁰⁰ K. Skubiszewski, *Zagadnienie państwa niemieckiego w prawie międzynarodowym*, „Przegląd Zachodni”, vol. 6, t. I (1950), s. 331-377; id., *Umowy paryskie z 23 października 1954 r.*, „Przegląd Zachodni”, vol. 11, t. II (1955), s. 64-131.

³⁰¹ Zob. na przykład oświadczenie ambasad USA i Wielkiej Brytanii w Pradze z 14 lutego 1996 r.: “The decisions made at Potsdam by the governments of the United States, United Kingdom, and the then-Soviet Union in July/August of 1945

rialnych w niektórych przypadkach ograniczenia są posunięte daleko, ale zakres ich nie wydaje się rozstrzygający dla istnienia państwa. Dzięki wielostronnemu charakterowi są to formy, które odbiegają od dawnych form dominacji jednego państwa nad drugim.

were soundly based in international law”, tekst (w:) „Die Friedens-Warte“, 73 (1997), s. 107-108.

CZĘŚĆ II

W praktyce międzynarodowej oraz w doktrynie debata o suwerenności koncentruje się na kilku wątkach, które wiążą się z rozwojem prawa międzynarodowego. Chodzi tu zwłaszcza o przypadki stosowania jednostronnego przymusu lub siły oraz o daleko posunięte dobrowolne ograniczenia kompetencji państw. Mamy na myśli naciski i wpływy związane z interwencją w sprawy wewnętrzne oraz użyciem siły zbrojnej. Inna, często podnoszona kwestia to ograniczenie kompetencji państw członkowskich Unii Europejskiej, które powierzyły Unii na wyłączność niektóre kompetencje władcze. Pojawia się w tym kontekście pytanie, czy i w jakim stopniu prawo międzynarodowe chroni państwo i jego suwerenność?

Ponieważ nie każda z tych sytuacji jest z góry sprzeczna z prawem międzynarodowym, najistotniejsze jest zbadanie, w jakim stopniu powstające ograniczenia kompetencji lub możliwości działania pozostają legalne. Nie ulega bowiem wątpliwości, że presja niemilitarna oraz użycie siły zbrojnej mogą naruszać prawo międzynarodowe, chociaż w niektórych przypadkach działania te mogą również chronić suwerenność państwa, w tym prawa jego ludności. Podobnie rzecz się ma z powierzeniem organizacji międzynarodowej niektórych kompetencji władczych – może ich ona nadużyć, ale zasadniczo konstrukcja ta sprzyja rozwojowi współpracy międzynarodowej oraz lepszemu wypełnianiu funkcji państwowych.

Analiza wymienionych zagadnień dowodzi ewolucji współczesnego państwa oraz wpływu prawa międzynarodowego na rozwój pojęcia suwerenności.

5. Interwencja w sprawy wewnętrzne

5.1. Sfera wyłączna

Zakres kompetencji państwa, których istnienie i wykonywanie w danym momencie i dla danego państwa nie podlega regulacji międzynarodoprawnej nosi nazwę sfery wyłącznej albo tzw. spraw wewnętrznych (*domaine réservé, domestic jurisdiction*)³⁰². Sfera ta jest wyrazem suwerenności wewnętrznej, a jej ochrona wynika ze statusu międzynarodoprawnego państwa (równa suwerenność). Jeśli jakaś kwestia stanowi przedmiot międzynarodoprawnego zobowiązania państwa (*compétence liée*), to nie należy ona do jego sfery wyłącznej. Sfery tej nie definiujemy jednak ze względu na naturę danej kwestii jako takiej, lecz jedynie w kontekście braku regulacji międzynarodoprawnej.

Prawo międzynarodowe uznaje istnienie sfery wyłącznej, lecz nie definiuje z góry jej treści³⁰³. Prawo to jest punktem odniesienia, nie istnieje jednak sfera wyłączna wspólna dla wszystkich państw, a jedynie sfera wyłączna danego państwa, w danym momencie i w odniesieniu do konkretnej regulacji międzynarodoprawnej. Np. stosowanie kary śmierci nie stanowi sprawy wewnętrznej państw, które zaciągnęły w tym względzie zobowiązania międzynarodoprawne, jest natomiast taką sprawą dla państw, które nie mają w tej kwestii zobowiązań. Podstawowe prawa człowieka i obywatela nie należą z reguły do sfery wyłącznej państwa, gdyż podlegają one dziś – w różnym wprawdzie zakresie dla poszczególnych państw – regulacji międzynarodoprawnej. Ustrój państwa należy do sfery zastrzeżonej, jednak z uwzględnieniem regulacji międzynarodoprawnej³⁰⁴.

³⁰² Zob. R. Kolb, *Du domaine réservé – réflexions sur la théorie de la compétence nationale*, RGDIP, 2006, s. 597-629; K.S. Ziegler, *Domaine réservé*, EPIL, April 2008.

³⁰³ N. Politis, *Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux*, RCADI, vol. 6 (1925-I), s. 48.

³⁰⁴ CIJ. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986: «258. (...) Les orientations politiques internes [domestic policy] d'un Etat relèvent de la compétence

Sfera wyłączna wiąże się z pojęciem suwerenności, ponieważ kładąc nacisk na brak regulacji międzynarodoprawnej podkreśla się swobodę państwa w określaniu i wykonywaniu kompetencji. Jest to więc sfera, w której państwo jest wolne w swych działaniach (perspektywa suwerenności wewnętrznej), a jednocześnie sfera chroniona przed pewnego typu działaniami innego państwa (perspektywa suwerenności zewnętrznej). Jej zakres nie jest łatwy do zdefiniowania³⁰⁵, a w praktyce państwa wykazują skłonność do jednostronnego jej określania.

Granice sfery wyłącznej są zatem ruchome³⁰⁶. Praktyka międzynarodowa wskazuje jednoznacznie na jej kurczenie się pod wpływem stałego rozszerzania zakresu międzynarodoprawnej regulacji. Z kolei brak szczegółowej regulacji nie znaczy, że prawo międzynarodowe zastrzega – z góry i definitywnie – pewne kwestie do wyłącznej kompetencji państwa. Znaczący to tylko tyle, że faktycznie nie powstało żadne zobowiązanie międzynarodoprawne w danej dziedzinie dla danego państwa, która to sytuacja może w każdej chwili ulec zmianie³⁰⁷. Dostrzec można rodzaj napięcia między przestrzeganiem prawa międzynarodowego a powoływaniem się na suwerenność i sferę wyłączną.

Czy istnieją dziedziny, które nie podlegają regulacji międzynarodoprawnej? Prawdą jest, że niektóre kwestie rzadko stanowią przedmiot międzynarodoprawnych zobowiązań (np. podstawowe zasady systemu politycznego, gospodarczego i społecznego państwa), chociaż znane są przypadki, iż pewne drażliwe politycznie obowiązki prawne przyjmowane są przez państwa dobrowolnie albo też pod legalnym przymusem (niektóre traktaty lub rezolucje RB w ramach rozdziału VII

exclusive de celui-ci pour autant, bien entendu, qu'elles ne violent aucune obligation de droit international».

³⁰⁵ Zob. definicje przygotowane w Instytucie Prawa Międzynarodowego: sesja w Aix-en-Provence (1954) – La détermination du domaine réservé et ses effets; sesja w Saint-Jacques-de-Compostelle (1989) – La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats.

³⁰⁶ CPJI. Affaire des décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc, avis consultatif du 7 février 1923 (Recueil, série B, n° 4): «La question de savoir si une certaine matière rentre ou ne rentre pas dans le domaine exclusif d'un Etat est une question essentiellement relative: elle dépend du développement des rapports internationaux».

³⁰⁷ M. Virally, *Panorama du droit international. Cours général de droit international public*, RCADI, vol. 183 (1983), s. 82.

KNZ)³⁰⁸. Nie istnieje jednak żaden formalny katalog materii, które byłyby z istoty swej wykluczone z regulacji międzynarodowoprprawnej.

³⁰⁸ Postanowienia niektórych traktatów lub niektóre wiążące prawnie uchwały organizacji międzynarodowych ograniczają niekiedy swobodę państw w kształtowaniu ich ustroju, polityki lub zarządu terytorium.

Traktat wersalski i niektóre umowy zawarte w jego wykonaniu nakładały na niektóre państwa Europy Środkowej (w tym Polskę) pewne obowiązki, dotyczące treści ich prawodawstwa krajowego w dziedzinie ochrony mniejszości narodowych.

Art. 88 Traktatu pokojowego z Austrią, zawartego w 1919 r. w Saint-Germain, zabraniał Austrii nadmiernego zbliżenia z Niemcami („niezawisłość Austrii jest wyzbywalna tylko za zgodą Rady Ligi Narodów”).

W 1945 r. zwycięskie mocarstwa przejęły formalnie supreme authority w Niemczech i wykonywały funkcje państwowe, przy wyraźnym wyłączeniu aneksji Niemiec.

Ustanowienie demokratycznego ustroju w Niemczech, a także przeprowadzenie wolnych wyborów w Polsce stanowiły przedmiot postanowień Umowy poczdamskiej z 1945 r.

Artykuł 8 Staatsvertrag z 15 maja 1955 (między Mocarstwami a Austrią) zobowiązywał tę ostatnią do stworzenia demokratycznego ustroju.

Umowy cypryjsko-brytyjsko-grecko-tureckie z 16 sierpnia 1961 r. nakładały na Cypr pewne obowiązki co do ustroju nowego państwa cypryjskiego i wojskowych baz brytyjskich.

Rada Bezpieczeństwa NZ uznała w rez. 554 (1984) nową Konstytucję Republiki Południowej Afryki za „niebyłą i nieważną” oraz za „sprzeczną z zasadami Karty NZ” (zob. też rez. ZO NZ nr 39/2 z 28 września 1984).

Wielostronna pomoc finansowa UE dla państw Afryki, Karaibów i Pacyfiku uzależniona jest od przestrzegania praw człowieka oraz ustanowienia demokratycznego ustroju i gospodarki rynkowej – np. Konwencje UE-AKP z Cotonou (np. art. 8, 9 i 96 Konwencji z Cotonou z 2000 r.); por. też art. 1 statutu Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju z 1990 r.

Układ paryski w sprawie Kambodży z 23 października 1991 r., zawarty przez Kambodżę z kilkunastoma innymi państwami, nałożył na ten kraj obowiązek przyjęcia konstytucji o określonej treści (np. neutralność Kambodży, ochrona praw człowieka) oraz poddawał to państwo (w okresie przejściowym do wyborów parlamentarnych) „bezpośredniej kontroli” ze strony United Nations Transitional Authority in Cambodia.

Demokratyczny ustrój może mieć również pewien wpływ na uznanie międzynarodowoprprawne nowego państwa, np. deklaracja Wspólnoty Europejskiej i jej państw członkowskich w sprawie uznawania nowych państw w Europie Wschodniej i w ZSRR (16 grudnia 1991 r.) oraz ich deklaracja w sprawie Jugosławii (16 gr udnia 1991 r.).

Traktat z Dayton czyli General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina (podpisany w Paryżu 14 grudnia 1995 r. przez Bośnię-Hercegowinę, Chorwację i Jugosławie) zawiera w swym aneksie 4 treść konstytucji Bośni-Hercegowiny,

5.2. Pojęcie interwencji

Określenie zakresu sfery wyłącznej nie rozwiązuje wszystkich trudności, ponieważ istotny jest również sposób wykonywania kompetencji. Dochodzimy tu do kwestii interwencji³⁰⁹ – terminu wieloznacznego³¹⁰. Zakaz interwencji stanowi jedną z podstawowych zasad prawa międzynarodowego, a jego

a także ustanawia wyraźnie pewne kompetencje władcze na terenie tego państwa dla międzynarodowych sił zbrojnych kierowanych przez NATO (tzw. Implementation Force czyli IFOR, później SFOR). High Representative and EU Special Representative in Bosnia-Herzegovina, ustanowiony na tej podstawie i innych aktach wykonawczych do Układu z Dayton posiada daleko idące kompetencje w interpretowaniu tego Układu, w tym może odwoływać ze stanowisk niektórych przedstawicieli władz Bośni-Hercegowiny.

Rezolucja 1244 (1999) RB NZ w sprawie Kosowa przewidywała wyraźnie ustanowienie na obszarze Kosowa tymczasowego zarządu (UNMIK) pod auspicjami ONZ z wyłączeniem udziału władz jugosłowiańskich (i z dominującym udziałem NATO w przypadku administracji wojskowej).

Rez. 1264 (1999) RB NZ w sprawie Timoru Wschodniego przewidywała kompetencję Sekretarza generalnego NZ do ustanowienia w tym regionie tymczasowego zarządu, z tą jednak różnicą, że Kosowo było formalnie częścią Jugosławii, a Wschodni Timor uzyskał niepodległość w wyniku przeprowadzonego referendum. Zadanie United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET) polegało na zbudowaniu od podstaw struktur państwowych.

Rezolucje RB 1483 i 1511 z 2003 r., uchwalone na podstawie rozdziału VII KNZ, uznały wprawdzie suwerenność Iraku, jednak zaakceptowały działania tzw. Authority, złożonej z USA i Wielkiej Brytanii jako mocarstw okupacyjnych.

Umowa między rządem Liberii i International Contact Group of Liberia (w imieniu państw i instytucji świadczących pomoc dla Liberii) z 9 września 2005 r., zgodnie z którą decyzje władz liberyjskich dotyczące wydatków państwowych muszą być kosygnowane przez przedstawiciela donatorów.

³⁰⁹ S. Watts, *Low-intensity Cyber Operations and the Principle of Non-intervention*, "Baltic Yearbook of International Law Online", vol. 14/1 (2015), s. 137-161; G. Nolte, *Article 2 (7)*, (w:) *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford 2012, vol. I, s. 280-311; Ph. Kunig, *Intervention, Prohibition of*, EPIL 2012; J. Kranz (przyp. 248), s. 63-133; K. Bockslaff, *Das völkerrechtliche Interventionsverbot als Schranke außenpolitisch motivierter Handelsbeschränkungen*, Berlin 1987.

³¹⁰ P.H. Winfield, *The History of Intervention in International Law*, "British Yearbook of International Law" 1922-23, s. 130: "Intervention may be anything from a speech of Lord Palmerston in the House of Commons to the partition of Poland"; wg Talleyranda «la non-intervention est un mot diplomatique et énigmatique qui signifie à peu près la même chose que l'intervention», cyt. za *Réalités du droit international contemporain: Le discours juridique sur la non-intervention et la pratique internationale. Actes de la septième rencontre de Reims*, vol. 5, Reims 1986, s. 52.

celem jest ochrona sfery zastrzeżonej, a tym samym suwerenności państwa przed działaniami innych państw³¹¹.

Zakaz ten figuruje w wielu aktach prawnych³¹², aczkolwiek jego treść jest przedmiotem kontrowersji. Rozbieżności pojawiają się już co do samej nazwy (fr. *intervention, ingérence, immixtion*; ang. *intervention, interference, intermeddling*). Analizując rezolucje organizacji międzynarodowych lub tek-

³¹¹ CIJ. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986: «202. Le principe de non-intervention (...) fait partie intégrante du droit international coutumier. (...) L'existence du principe de non-intervention dans l'*opinio juris* des Etats est étayée par une pratique importante et bien établie. On a pu d'ailleurs présenter ce principe comme un corollaire du principe d'égalité souveraine des Etats. Il l'a été notamment dans la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale».

³¹² Karta Organizacji Państw Amerykańskich (1948): "Article 3(e). Every State has the right to choose, without external interference, its political, economic, and social system and to organize itself in the way best suited to it, and has the duty to abstain from intervening in the affairs of another State. Subject to the foregoing, the American States shall cooperate fully among themselves, independently of the nature of their political, economic, and social systems. (...) Article 19. No State or group of States has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State. The foregoing principle prohibits not only armed force but also any other form of interference or attempted threat against the personality of the State or against its political, economic, and cultural elements. Article 20. No State may use or encourage the use of coercive measures of an economic or political character in order to force the sovereign will of another State and obtain from it advantages of any kind".

Akt końcowy KBWE (1975): "VI. Non-intervention in internal affairs. The participating States will refrain from any intervention, direct or indirect, individual or collective, in the internal or external affairs falling within the domestic jurisdiction of another participating State, regardless of their mutual relations. They will accordingly refrain from any form of armed intervention or threat of such intervention against another participating State. They will likewise in all circumstances refrain from any other act of military, or of political, economic or other coercion designed to subordinate to their own interest the exercise by another participating State of the rights inherent in its sovereignty and thus to secure advantages of any kind. Accordingly, they will, inter alia, refrain from direct or indirect assistance to terrorist activities, or to subversive or other activities directed towards the violent overthrow of the regime of another participating State".

Zob. też art. 2(7) Karty NZ; art. 4(g) Karty Unii Afrykańskiej, z wyjątkiem w ust. (h) – zob. przyp. 420; także obszerne rezolucje ZO ONZ 2131 (XX), 2625 (XXV) i 36/103.

sty traktatowe można zauważyć, iż terminy te są często używane zamiennie i niejednolicie.

Termin interwencja pojawia się w różnych kontekstach³¹³. Używa się go w znaczeniu potocznym jako odpowiednik legalnego wpływu. Ponadto, interwencja oznacza specyficzną kwalifikowaną i nielegalną presję na sferę wyłączną państwa, jednak bez użycia siły zbrojnej. Terminu tego używa się również na określenie nielegalnych działań zbrojnych i to w różnych kontekstach: poważnej akcji zbrojnej odpowiadającej agresji (zbrojnej napaści) oraz akcji zbrojnej poniżej tego progu. Doktryna posługuje się też pojęciem zbrojnej interwencji humanitarnej, która polega na użyciu siły zbrojnej bez zgody RB ONZ wobec państwa popełniającego zbrodnie przeciwko ludzkości. Znana jest wreszcie interwencja na zaproszenie, czyli legalne działania zbrojne jednego państwa na terytorium drugiego na prośbę jego władz.

W okresie krystalizowania się pojęcia suwerenności wewnętrznej zakaz interwencji jednego państwa w sprawy drugiego kształtował się powoli. Zakaz ten pojawia się wyraźniej u de Vattela jako wynikające z suwerenności prawo państwa do niepodlegania zewnętrznej interwencji³¹⁴. Dopiero

³¹³ La responsabilité de protéger. Rapport de la commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des Etats, décembre 2001: «1.37. La controverse dont le terme «intervention» fait l'objet provient en partie de l'étendue de la gamme des activités que ce terme peut couvrir, jusque et y compris l'intervention militaire. Pour certains, toute pression exercée sur un État constitue une intervention, y compris les conditions imposées par les programmes d'appui des grandes institutions financières internationales, dont les bénéficiaires ont souvent l'impression qu'ils n'ont pas d'autre choix que d'accepter de s'y conformer. Pour d'autres, pratiquement toute ingérence non consensuelle dans les affaires intérieures d'un autre État relève de l'intervention – y compris la fourniture de secours d'urgence à une partie de la population d'un pays qui se trouve dans le besoin. Pour d'autres encore, le terme «intervention» inclut tout type de mesures ouvertement coercitives, pas seulement l'action militaire mais également l'imposition ou la menace de sanctions politiques et économiques, les blocus, les menaces diplomatiques et militaires et les poursuites pénales internationales. Mais pour d'autres encore, la notion d'intervention se limite à l'emploi de la force militaire».

³¹⁴ E. de Vattel, *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Neuchâtel 1773, livre II, chap. IV: «54. C'est une conséquence manifeste de la liberté et de l'indépendance des Nations, que toutes sont en droit de se gouverner comme elles le jugent à propos, et qu'aucune n'a le moindre droit de se mêler du Gouvernement d'une autre. De tous les Droits pouvant appartenir à une Nation, la Souveraineté est sans doute le plus précieux, et celui que les autres doivent respecter le plus scrupuleusement, si elles ne veulent pas lui faire injure. (...) 57. Après avoir établi que les Nations étrangères

w okresie późniejszym, a zwłaszcza w XX wieku, zakaz ten pojawia się jako norma prawa międzynarodowego związana ze statusem międzynarodowym państwa.

Polityka krajowa i światowa to stała interakcja wpływów i nacisków. Nieporozumieniem jest jednak sądzić, że każda próba presji (bez tytułu międzynarodowoprawnego) na zachowanie się innego państwa w ramach jego sfery wyłącznej jest interwencją i godzi w jego suwerenność. Polityka byłaby wówczas co do zasady nielegalna. Z drugiej strony, nie da się utrzymywać, jakoby państwo mogło się powoływać na swą suwerenność w celu wywierania dowolnej presji na sferę wyłączną innego państwa. Zakaz interwencji, jako norma powszechnego prawa międzynarodowego, byłby wówczas bezprzedmiotowy.

Nie ma na przykład podstaw, by żądanie przestrzegania prawa międzynarodowego (np. w rezolucjach organizacji międzynarodowych) traktować z góry jako interwencję. Znane jest też pojęcie spraw będących przedmiotem międzynarodowego zainteresowania (*matter of international concern*)³¹⁵. Ponadto, akty dokonane zgodnie z prawem międzynarodowym w reakcji na działania nieprzyjazne lub bezprawne nie stanowią interwencji pod warunkiem, że spełniają wymagane po temu przesłanki stosowania normy, na której się opierają (np. retorsja, represalia lub legalne użycie siły zbrojnej).

We współczesnym prawie międzynarodowym interwencja w sprawy wewnętrzne oznacza akt bezprawny. Nie istnieje więc legalna interwencja, tak samo jak nie istnieje legalna agresja albo legalna aneksja (można natomiast mówić o legalnym użyciu siły). Nie wydaje się tym samym sensowne posługiwać się pojęciem interwencji nielegalnej, zabronionej lub zakazanej³¹⁶; jeśli dane działanie jest zgodne z prawem międzynarodowym, to przestaje być interwencją.

n'ont aucun droit de s'ingérer dans le Gouvernement d'un Etat indépendant, il n'est pas difficile de prouver, que celui-ci est fondé à ne le point souffrir. Se gouverner soi-même à son gré, c'est l'apanage de l'indépendance. Un Etat souverain ne peut être gêné à cet égard, si ce n'est par des droits particuliers, qu'il aura lui-même donnés à d'autres dans ses Traités, et qui, par la nature même d'une matière aussi jalouse que le Gouvernement, ne peuvent s'étendre au-delà des termes clairs et formels des Traités».

³¹⁵ Zob. przyp. 203.

³¹⁶ CIJ. Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986: intervention prohibée (prohibited) – §§ 205, 206; illicite (unlawful) – § 242; interdite (wrongful) – § 205.

Zakaz interwencji (norma powszechnego prawa międzynarodowego) chroni państwo i jego suwerenny charakter, aczkolwiek nie przeciw każdej presji. Zasada nieinterwencji ma za zadanie zapewnić równowagę między wykonywaniem kompetencji państwa a sferą wyłączną innych państw. Zachowując minimum realizmu, definicja interwencji musi zostawiać miejsce na w miarę swobodny rozwój różnego rodzaju wpływów, w tym również dozwolonych prawnie aktów nieprzyjaznych. Ponadto, jeśli nielegalność danego działania można stwierdzić odwołując się do konkretnej normy prawa międzynarodowego, to odwoływanie się do zakazu interwencji jest zbędne. Jeżeli natomiast oceniamy, że zachowanie państwa X narusza zakaz interwencji w sprawy wewnętrzne państwa Y, to nie ma powodu kwalifikować dodatkowo to działanie jako naruszenie suwerenności³¹⁷.

Aby presja jednego państwa na wykonywanie przez drugie państwo kompetencji w ramach jego sfery wyłącznej przekształciła się w interwencję, należy uwzględnić specyficzne elementy. Poza ustaleniem zakresu sfery wyłącznej (co nie zawsze jest łatwe) najtrudniejsze w definicji wydaje się zdefiniowanie czasownika „interweniować”. Analiza nacisku na sferę wyłączną musi uwzględnić dwa aspekty. Po pierwsze, presja musi przybrać formę przymusu wywieranego przez jedno państwo na sferę wyłączną drugiego państwa. Pojęcie przymusu jest jednak nieostre i sprawia wiele kłopotów definicyjnych. Po drugie, wywieranie przymusu musi się charakteryzować brakiem rozsądnej i wyważonej relacji między celem a zastosowanymi środkami.

Interwencja w rozumieniu prawa międzynarodowego charakteryzuje się następującymi cechami:

- jest ona działaniem państwa lub grupy państw skierowanym pod adresem innego państwa,
- polega na zastosowaniu przymusu w odniesieniu do wykonywania władzy przez inne państwo w obszarze jego sfery wyłącznej, zwłaszcza w obszarze ustrojowym w połączeniu z międzynarodowoprawnym statusem państwa,
- groźba zastosowania (bez tytułu międzynarodowoprawnego) przymusu bądź jego zastosowanie sytuują się poniżej poziomu użycia siły zbrojnej (albo zbrojnej napaści),
- działanie wymuszające charakteryzuje się brakiem rozsądnej i wyważonej relacji między celem a zastosowanymi środkami, czyli narusza standardy proporcjonalności i *reasonableness*.

³¹⁷ Zob. przyp. 58.

Definicja interwencji ma siłą rzeczy charakter generalny i nie wydaje się możliwe ani też sensowne nadmierne jej precyzowanie. Uwzględnia ona dobro chronione (czyli sferę wyłączną, a szerzej suwerenność państwa) oraz obejmuje czynnik określany jako wymuszający³¹⁸. Nie wystarczy jednak stwierdzić, że działanie ma charakter wymuszający, gdyż nie wyjaśnia to dostatecznie standardów oceny. Z tego też względu trzeba uwzględnić relację między przesłankami, celami i stosowanymi środkami. Standardy proporcjonalności i *reasonableness*, zakotwiczone w prawie międzynarodowym, wydają się skutecznymi narzędziami. Można się natomiast zastanawiać, czy i w jakim stopniu współczesne pojęcie interwencji dotyczy użycia siły zbrojnej³¹⁹.

Gdyby oceniać interwencję tylko pod kątem jej skuteczności, to przesuwalibyśmy akcent na możliwości obrony ze strony drugiego państwa oraz na jego odporność na presję. Tymczasem dla definicji interwencji nie ma znaczenia czy presja okaże się skuteczna, czy się ją realizuje, czy też tylko zapowiada. Należy zatem uznać, że interwencja nie jest deliktem osiągniętego skutku, a zakaz interwencji jest zobowiązaniem negatywnym, polegającym na niewykonywaniu pewnych nacisków.

Stwierdzenie interwencji jest niezwykle trudne i zależy od zakwalifikowania okoliczności prawnych i faktycznych oraz ich oceny. W tym kontekście próby określenia stałego (minimalnego) progu interwencji wydają się skazane na niepowodzenie. W praktyce, kwalifikacja określonego działania jako interwencji następuje zazwyczaj w formie jednostronnej (niekiedy dość dowolnej), co jest między innymi rezultatem słabości międzynarodowego systemu rozstrzygania sporów.

Pojęcie interwencji wydaje się mieć ograniczone zastosowanie do działalności organizacji międzynarodowych, ponieważ legalność ich aktów sprawdza się w kontekście statutu danej organizacji. W takiej sytuacji brak kompetencji do działania lub nadużycie tej kompetencji wydaje się wystarczającą przyczyną nielegalności.

³¹⁸ L. Oppenheim, H. Lauterpacht, *International Law. A Treatise*, London-New York-Toronto 1955, t. I, s. 305: "Intervention is dictatorial interference by a State in the affairs of another State for the purpose of maintaining or altering the actual condition of things"; CIJ. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986: «Cet élément de contrainte, constitutif de l'intervention prohibée et formant son essence même, est particulièrement évident dans le cas d'une intervention utilisant la force, soit sous la forme directe d'une action militaire soit sous celle, indirecte, du soutien à des activités armées subversives ou terroristes à l'intérieur d'un autre Etat» (§ 205).

³¹⁹ Zob. punkt 6.3.2.

Przedstawiona koncepcja zmierza do tego, by nie stosować pojęcia interwencji jako wytrycha lub normy kauczukowej. Z jednej strony chodzi o to, by nie określać mianem interwencji każdego aktu nieprzyjaznego lub każdej presji na sferę wyłączną. Z drugiej zaś, aby pojęcia interwencji nie stosować w przypadkach, gdy państwo działające narusza inne normy prawa międzynarodowego lub kiedy nie przestrzega określonych form lub procedur działania, ponieważ są to wystarczające i odrębne źródła nielegalności aktu, które należy stosować w pierwszym rzędzie.

Zasada nieinterwencji stanowi standard ochrony państwa (jego suwerenności) będącego przedmiotem presji i jednocześnie konieczną przeciwwagę dla państwa wykonującego swe kompetencje dyskrecyjne. Zasada ta odgrywa więc ważną rolę subsydiarną i korekcyjną, jednak jej treść oraz stosowanie pozostawiają sporo niejasności. Można się o tym przekonać analizując zwłaszcza praktykę państw w dziedzinie gospodarczo-finansowej albo w obszarze użycia siły.

5.3. Interwencja a pomoc finansowa

5.3.1. Kwestia międzynarodowej pomocy finansowej oraz jej warunków łączy się często zagadnieniem interwencji w sprawy wewnętrzne, deficytu demokracji oraz zarzutami dotyczącymi naruszania suwerenności.

Bertolt Brecht zastanawiał się, czym jest włamanie do banku, w porównaniu z jego utworzeniem i funkcjonowaniem³²⁰. W kontekście działalności Międzynarodowego Funduszu Walutowego albo Banku Światowego mowa jest niekiedy o dyktacie, żandarmie, polityce kanonierki lub przejściu pod jarzmem kadyńskim. Skrót IMF (*International Monetary Fund*) niektórzy rozwijają jako *International Murder Foundation*.

Nie ulega wątpliwości, że zarówno państwa kredytodawcy, banki prywatne, jak i międzynarodowe organizacje finansowe mają wpływ na zachowania państw starających się o ich pomoc. Może on wynikać z prawa, ale też ze źródeł pozaprawnych, z negocjacji lub bez niej, z relacji dwustronnej lub wielostronnej, z czynników subiektywnych lub obiektywnych. Dla politologa lub socjologa problem jawi się w płaszczyźnie analizy interesów, przyczyn oraz skutków dla sprawowania władzy. Dla prawnika na pierwszym planie jawi się kwestia legalności.

³²⁰ „Was ist ein Einbruch in eine Bank gegen die Gründung einer Bank?“ – B. Brecht, *Die Dreigroschenoper*, 16. Auflage, 1981 (Suhrkamp), akt trzeci, s. 94.

Zaciąganie pożyczek – czy to na cele konkretnych inwestycji, czy też dla potrzeb bilansu płatniczego – podlega pewnym procedurom i wymaga spełnienia określonych warunków (*conditionality*)³²¹. Te ostatnie przewidziano w statutach organizacji lub organów międzynarodowych. Zauważmy jednak, że członkostwo w tych organizacjach nie jest przymusowe, nie ma też przymusu akceptowania ich wymagań pożyczkowych – jest to kwestia politycznej decyzji.

Wpływu pożyczkodawców nikt nie kwestionuje, ale akceptacja ich warunków jest dowodem zgody państwa, a jeśli tak, to – co do zasady – nie dochodzi do naruszenia prawa międzynarodowego. Możemy wówczas mówić o legalnej presji, która nie narusza statusu państwa, chociaż ogranicza jego niektóre możliwości działania. Suwerenność nie oznacza braku różnych wpływów i nacisków, które skłaniają państwo do określonego zachowania. Ocena tych presji lub warunków podlega jednak ocenie prawnej.

Po stronie państw pożyczkobiorców źródłem kłopotów finansowych są przyczyny wewnętrzne lub zewnętrzne, w każdym jednak przypadku wymagają one reakcji naprawczej. Najczęściej jest to lekkomyślna polityka gospodarcza i budżetowa (wspomagana niekiedy niefrasobliwością zagranicznych banków prywatnych) oraz niewydolność aparatu państwa, który okazuje się skorumpowany i/lub ideologicznie zafiksowany. Niektóre państwa radzą sobie z kłopotami, inne albo nie chcą, albo wręcz są do tego niezdolne – niezależnie od wysokości pomocy.

Udzielając pomocy po spełnieniu pewnych warunków (programów naprawczych, dostosowawczych) wiele międzynarodowych organizacji finansowych (np. IMF albo Bank Światowy) dysponuje dobrą ekspertyzą, jednak nie zawsze właściwie ją wykorzystują. Wynika to w pewnym stopniu ze biurokratyzowania ich aparatu i procesu decyzyjnego. Istotną rolę odgrywają ekonomiczne tendencje doktrynalne, które przekładane są na język praktyki w sposób niekiedy dogmatyczny lub mało elastyczny. W praktyce organizacji finansowych mamy nieraz do czynienia z błędną oceną sytuacji (co w tak złożonych okolicznościach politycznych i ekonomicznych nie jest wykluczone), z biurokratycznym dogmatyzmem (co wymagałoby zmiany), a wreszcie z politycznym zamiarem utrudnienia sytuacji rządowi jakiegoś państwa.

Pomoc finansowa łączy się z odpowiedzialnością zarówno po stronie pożyczkodawcy, jak i pożyczkobiorcy – tu leży sedno problemu. Negocjowanie z pożyczkobiorcą programu naprawczego jest merytorycznie

³²¹ Szerzej J. Kranz (przyp. 248).

skomplikowane, ponieważ trudno z góry przewidzieć, jaki wariant wymagań pod adresem pożyczkobiorcy będzie najlepszy³²². Wbrew pozorom nie istnieją w tym względzie magiczne recepty. Uwzględniając różne szkoły myślenia ekonomicznego łatwo popełnić (do pewnego stopnia nieuniknione) błędy. Wprowadzie oszczędności budżetowe, liberalizacja rynku pracy czy prywatyzacja są postulatami słusznymi co do zasady, to jednak każdorazowo muszą być dopasowane do okoliczności i możliwości każdego państwa³²³. W historii IMF oraz Banku Światowego mamy okresy nadmiernej koncentracji na wymaganiach mikro- lub makroekonomicznych, korygowaniu modelu rozwoju gospodarczego, niechęci do sektora państwowego albo pomijania aspektów społecznych.

Realizacja programów przez państwa pożyczkobiorców pozostawia nieraz wiele do życzenia. Niektóre rządy lekceważą podstawowe zasady gospodarki rynkowej, łamią prawa człowieka albo promują model rozwoju, który nigdzie się nie sprawdził. Wiele trudności łączy się z niesprawnością krajowej administracji, a szerzej całego państwa. W tym kontekście spektrum krytyki pod adresem organizacji sięga od zarzutu popierania lewicowych eksperymentów po promowanie interesów międzynarodowego kapitalizmu. Obraz praktyki nie jest jednak czarno-biały jak by mogło wynikać z kry-

³²² IBRD. Art. III(4)(v): "In making or guaranteeing a loan, the Bank shall pay due regard to the prospects that the borrower, and, if the borrower is not a member, that the guarantor, will be in position to meet its obligations under the loan; and the Bank shall act prudently in the interests both of the particular member in whose territories the project is located and of the members as a whole". Zob. też przyp. 327.

³²³ Szerzej F. Bourguignon, *Le pouvoir des organisations internationales sur le développement: illusion ou réalité?*, «Tracés. Revue de Sciences humaines», s. 247-265: «Il n'y a rien à redire à la nécessité d'une certaine rigueur macroéconomique, ou à l'opportunité de déréguler dans certaines situations, et à l'idée que, dans certains cas, des subventions à des produits de base soient à réformer ou à remplacer par des transferts en espèces. Le problème du consensus de Washington appliqué par une bureaucratie, c'est qu'il l'est bien souvent de façon aveugle. Un bureaucrate n'acceptera pas la responsabilité de décider quand il faut privatiser et quand il ne le faut pas, quand il faut déréguler ou, au contraire, quand il faut renforcer la régulation. Le bureaucrate a besoin qu'on lui donne des règles: dans quels cas il faut qu'il fasse ceci ou cela, dans quels cas il ne doit pas le faire. À la décharge de la bureaucratie de ces organismes, il faut souligner que, dans certains cas, l'absence de résultats ou des résultats négatifs ne tenaient pas au fait que les recommandations aient été mauvaises ou malvenues, mais à ce que certaines recommandations n'aient pas été suivies par les pays qui recevaient les prêts».

tycznych głosów. Praktyka organizacji finansowych ewoluuje, co pozwala uniknąć kolejnych błędów³²⁴.

Organizacje obracające miliardami dolarów rocznie siłą rzeczy nie pozostają politycznie neutralne³²⁵. Co więcej, niekiedy zmiany polityczne są konieczne dla powodzenia reform. Już w statutach dostrzec można pewne ukierunkowanie na gospodarkę rynkową, demokrację lub prawa człowieka³²⁶. Istota sporów nie polega jednak tylko na politycznej neutralności (apolityczności), do czego zachęcają niektóre przepisy statutów³²⁷, lecz także

³²⁴ Szerzej F. Bourguignon (przyp. 323).

³²⁵ D.A. Baldwin, *The International Bank in Political Perspective*, "World Politics", 1965, n° 1, s. 79, uważa, iż działania Banku Światowego są polityczne w trzech aspektach: "(1) Bank administrators must take political considerations into account in assessing the willingness and ability of a potential borrower to repay a loan, despite the fact that such action is specifically forbidden by the Articles of Agreement; (2) World bank loans, like all capital transfers, have political implications insofar as they affect the distribution of power both among and within the nations; (3) At times the IBRD behaves like other actors in international politics in that it tries to influence the behavior of governments".

³²⁶ Agreement Establishing the European Bank for Reconstruction and Development (1990): "Article 1. In contributing to economic progress and reconstruction, the purpose of the Bank shall be to foster the transition towards open market-oriented economies and to promote private and entrepreneurial initiative in the Central and Eastern European countries committed to and applying the principles of multiparty democracy, pluralism and market economics". Zob. też Konwencja z Cotonou między Unią Europejską a państwami Afryki, Karaibów i Pacyfiku (2005), która uzależnia wielostronną pomoc finansową od przestrzegania praw człowieka oraz ustanowienia demokratycznego ustroju i ekonomii rynkowej (art. 8, 9 i 96).

³²⁷ IBRD. "Article IV (10). Political Activity Prohibited. The Bank and its officers shall not interfere in the political affairs of any member; nor shall they be influenced in their decisions by the political character of the member or members concerned. Only economic considerations shall be relevant to their decisions, and these considerations shall be weighed impartially in order to achieve the purposes stated in Article I"; IMF. "Article IV (3)(b). In order to fulfill its functions (...) the Fund shall exercise firm surveillance over the exchange rate policies of members, and shall adopt specific principles for the guidance of all members with respect to those policies. (...) These principles shall respect the domestic social and political policies of members, and in applying these principles the Fund shall pay due regard to the circumstances of members"; EBRD. "Article 32 (2). The Bank, its President, Vice-President(s), officers and staff shall in their decisions take into account only considerations relevant to the Bank's purpose, functions and operations, as set out in this Agreement. Such considerations shall be weighed impartially in order to achieve and carry out the purpose and functions of the Bank".

na rozsądnym wyważeniu, merytorycznym uzasadnieniu oraz dopasowaniu warunków pomocy do konkretnych okoliczności – wszystko to w świetle prawa, czyli postanowień statutowych. W przepisach tych pojawiają się terminy prawnie nieostre, których interpretacja nie jest łatwa i wymagałaby ewentualnego wzmocnienia procedur kontrolnych.

Z powyższymi problemami łączy się sposób podejmowania decyzji, czyli system głosów ważonych polegający na zróżnicowaniu ich liczby dla poszczególnych państw. Tęgo typu rozwiązanie stosuje się w organizacjach międzynarodowych o silnie prawodawczym (np. UE) lub zarządzającym charakterze (np. Bank Światowy, Międzynarodowy Fundusz Walutowy, regionalne banki rozwoju, międzynarodowe umowy surowcowe, EUROCONTROL)³²⁸. Zróżnicowanie to odzwierciedla rolę i znaczenie państwa w określonej dziedzinie. Państwa dysponujące znacznie większą liczbą głosów mają istotniejszy wpływ na podejmowanie decyzji. Tę sytuację łagodzą w pewnym stopniu odpowiednio dopasowane progi większości oraz charakterystyczna dla wspomnianych organizacji praktyka podejmowania decyzji w drodze konsensu (bez głosowania i przez odnotowanie braku sprzeciwu przez przewodniczącego obrad).

Głosowanie ważne nie jest sprzeczne z zasadą równej suwerenności, ponieważ ta ostatnia nie oznacza równych praw wszystkich państw pod każdym względem. Ma ono swoje merytoryczne uzasadnienie, a ponadto państwa zgodziły się na to, wiążąc się odpowiednimi traktatami. Nie doszłoby do powstania tych organizacji, gdyby zastosować zasadę „jedno państwo – jeden głos”. Odnotujmy też inne warianty nierówności pod względem decyzyjnym, które uprzywilejowują niektóre państwa członkowskie organizacji międzynarodowej. W Radzie Bezpieczeństwa NZ wszyscy członkowie dysponują jednym głosem, jednak siła głosu pięciu stałych członków jest inna (tzw. prawo weta); w organach o ograniczonym składzie niektóre państwa posiadają stałe miejsce; wejście w życie niektórych traktatów zależy od ratyfikacji przez kilka znaczących państw³²⁹.

³²⁸ Zob. J. Kranz (przyp. 149).

³²⁹ Karta NZ. Artykuł 110 (3): „Niniejsza Karta wejdzie w życie z chwilą złożenia dokumentów ratyfikacyjnych przez Republikę Chińską, Francję, Związek Socjalistycznych Republik Radzieckich, Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Północnej Irlandii i Stany Zjednoczone Ameryki oraz większość innych sygnatariuszy”; IMF. Articles of Agreement, Article XXXI: “This Agreement shall enter into force when it has been signed on behalf of governments having sixty-five percent of the total of the quotas set forth in Schedule A and when the instruments referred to in Section 2(a) of this Article have been deposited on their behalf”; *Traité sur la*

Jeśli wyrazy formalnej lub nieformalnej dominacji są współcześnie dostrzegalne, to funkcjonują one w innym, zmienionym otoczeniu prawnym. Dodajmy nawiasem, że miewa ona niekiedy, choć w ograniczonym zakresie, pozytywne skutki. I tak przez pewien czas dominacja amerykańskiego dolara sprzyjała rozwojowi handlu międzynarodowego.

5.3.2. Czy praktyka organizacji finansowych godzi w suwerenność, zwłaszcza w formie interwencji w sprawy wewnętrzne państw starających się o pomoc? Odpowiedź nie jest jednoznaczna uwzględniając fakt, iż polityka tych państw nie pozostaje całkowicie w ich sferze wyłącznej. Co więcej, korekta niektórych aspektów tej polityki jest warunkiem racjonalności udzielanej pożyczki. Państwo może nie zgodzić się na wymagania pożyczkodawcy, co jednak zazwyczaj przyczynia się do pogorszenia jego sytuacji.

Fakt, że wynegocjowany w związku z pożyczką program naprawczy prowadzi do pewnych ograniczeń, trudności lub napięć, nie jest niczym nadzwyczajnym. Tego rodzaju sytuacje powstają również w wyniku wielu innych czynników (obiektywnych albo subiektywnych). Gdyby warunkiem uzyskania pomocy była zasadnicza zmiana ustroju lub zmiana rządu, to można uznać, że dochodzi do interwencji w sprawy wewnętrzne. Sprawa będzie jednak dalece mniej jednoznaczna, jeśli warunkiem jest ograniczenie deficytu budżetowego. Zarzut naruszania demokracji (wyłączenie woli ludu, ograniczony wpływ parlamentu narodowego, brak referendum) przez wymuszanie reform należy traktować ostrożnie.

Przepisy niektórych organizacji finansowych³³⁰, ale też Karty NZ (art. 2 ust. 7), zakazują najogólniej interwencji w sprawy wewnętrzne państw członkowskich. Przepisy te można traktować jako *lex specialis* w stosunku do ogólnego zakazu interwencji. Odwoływanie się do konstrukcji interwencji nie wydaje się jednak konieczne, ponieważ wystarczy stwierdzić, że organizacja przekroczyła przyznane jej kompetencje (*ultra vires*)³³¹ albo też wykonuje je niezgodnie z określonymi w statucie celami (*détournement de pouvoir*).

non-prolifération des armes nucléaires (TNP), 1^{er} juillet 1968, Article IX (3): «Le présent Traité entrera en vigueur après qu'il aura été ratifié par les États dont les gouvernements sont désignés comme dépositaires du Traité [États-Unis, Royaume-Uni, Union soviétique], et par quarante autres États signataires du présent Traité».

³³⁰ Zob. przyp. 327.

³³¹ R. Bernhardt, *Ultra vires Activities of International Organizations*, (w:) J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, The Hague-London-Boston 1996, s. 599-609.

Od strony teoretycznej kwestia nie wydaje się specjalnie skomplikowana, natomiast w praktyce natrafiamy na trudności. Wiązą się one zarówno z określeniem granic sfery wyłącznej, jak i z czasownikiem „interweniować”. Członkostwo w omawianych organizacjach, a zwłaszcza staranie się o ich pomoc finansową, ogranicza z pewnością zakres sfery wyłącznej. Z kolei organizacje te mają obowiązek wpływać na politykę tych państw kierując się z jednej strony troską o właściwe wykorzystanie pożyczki, z drugiej zaś o realność jej spłaty.

5.3.3. Najnowszą ilustracją omawianych problemów jest pomoc finansowa dla zadłużonej Grecji. Zaangażowane są w nią Unia Europejska (w tym Europejski Bank Centralny) oraz Międzynarodowy Fundusz Walutowy.

Transnarodowe powiązania gospodarcze i finansowe państw UE (zwłaszcza w strefie euro) są tak silne, że wystarczy jedno bezkarnie zadłużające się państwo, aby zachwiać całością. Skutki tego typu zachowań ponoszą na zasadzie *domina* inne państwa członkowskie.

U źródeł załamania niektórych państw strefy euro leżą zróżnicowane czynniki. Jest to wynik nadmiernego deficytu budżetowego, powstałego głównie w kontekście celów konsumpcyjnych. Towarzyszą mu nadmierne kredytowanie przez banki państwowe i prywatne, brak kontroli lub koordynacji rynku papierów wartościowych, oszustwa i manipulacje (banków i państw), a także niewydolności aparatu państwowego oraz brak niezbędnych reform. Konsekwencją jest obniżenie konkurencyjności gospodarki narodowej. Unii walutowej nie sprzyjały też słabości mechanizmów kontrolnych przewidzianych w Traktatach założycielskich i w pierwotnej wersji Paktu Stabilności i Wzrostu. W rezultacie, nie bez pomocy niekontrolowanego sektora finansów międzynarodowych, nieodpowiedzialne państwa strefy euro mogły się stosunkowo łatwo zadłużać, co tolerowały mało skuteczne w tym względzie instytucje UE.

Utworzenie jednolitej waluty stanowiło wyraz swobodnej, traktatowej decyzji państw członkowskich – za zgodą parlamentów narodowych. Ten krok został legalnie uczyniony i trudno zamykać oczy na jego konsekwencje. Unia gospodarczo-walutowa jest wyrazem solidarnej zgody i wymaga solidarnej odpowiedzialności. Tylko polityka pieniężna w odniesieniu do państw strefy euro jest w wyłącznej kompetencji UE (art. 3 TFUE). Z kolei polityka gospodarcza, utrzymywanie zrównoważonego budżetu i ograniczenie długu publicznego pozostają w znacznej części w kompetencji państw członkowskich i podlegają tylko obowiązkowi koordynacji (art. 120-126 TFUE). Zachowanie autonomii budżetowej nie oznacza jednak, iż można

powoływać się na suwerenność i demokrację w celu rozsądzenia tej strefy. Wiadomo dziś, że przyjęcie Grecji do strefy euro nie miało ekonomicznego uzasadnienia (zadecydowały inne względy). Niesprawność greckiego państwa spowodowała, że programy dostosowawcze, których domagali się zewnątrzni wierzyciele, nie przyniosły oczekiwanych rezultatów (w przeciwieństwie do niektórych innych państw europejskich).

Jeśli wyłączność kompetencji UE w dziedzinie polityki pieniężnej państw strefy euro (a także w polityce handlowej, celnej lub konkurencji) nie stanowi naruszenia suwerenności i demokracji, to dlaczego miałyby dojść do takiego naruszenia w przypadku działań naprawczych w strefie euro.

Naród grecki akceptował członkostwo w Unii oraz w strefie euro, podobnie jak niesprawność własnego państwa i jego stałe zadłużanie. Naród ten jest odpowiedzialny zarówno w kontekście katastrofalnej polityki kolejnych, demokratycznie wybranych rządów, jak i przyjęcia albo odrzucenia warunków zewnętrznej pomocy finansowej. Do załamania doprowadzili Grecję przede wszystkim jej politycy oraz niesprawne państwo greckie. Łatwościerność zagranicznych banków, które udzielały Grecji pożyczek, a także unijnych instytucji, nie usprawiedliwia greckich polityków. Czy zatem Grecja „utraciła suwerenność” w wyniku własnej polityki, czy też dopiero w kontekście starań o pomoc finansową UE i Międzynarodowego Funduszu Walutowego?

Grecja sprzeciwia się warunkom unijnej pomocy, ponieważ o jej przyznaniu decydują niedemokratycznie legitymizowane organy międzynarodowe. Z kolei Niemcy uzależniają od akceptacji Bundestagu nie tylko utworzenie dodatkowych unijnych mechanizmów finansowych, lecz również stanowisko przedstawiciela rządu w instytucjach udzielających pomocy finansowej konkretnym państwom. Powołują się przy tym na autonomię budżetową Bundestagu i na zasadę demokracji. Czy zatem przeważać mają wymogi demokracji w Grecji, czy w Niemczech?

Państwa, które są gotowe udzielić pomocy – bezpośrednio lub za pośrednictwem międzynarodowych mechanizmów finansowych – mają prawo (a nawet obowiązek) uzależnić ją od pewnych warunków. Państwa te mogą również przeprowadzić referendum albo uzyskać zgodę parlamentu na ich poważne obciążenie finansowe w wyniku udzielenia pomocy. Aspekt ten pomijany jest przez niektórych krytyków, którzy o zagrożeniu suwerenności, demokracji i solidarności mówią głównie w kontekście państw potrzebujących pomocy finansowej, a nie w kontekście demokracji w państwach udzielających pomocy. Wymogi demokracji i odpowiedzialności nie mogą się ograniczać tylko do jednej strony.

Negocjowanie warunków zewnętrznej pomocy nie różni się od negocjowania traktatów handlowych lub rozbrojeniowych – oczywistą jest rzeczą, iż odbywa się to w kontekście obustronnych presji, które jednak co do zasady nie są naruszeniem prawa. Zewnętrzna pomoc finansowa jest możliwa i ma sens tylko wtedy, gdy dane państwo przygotuje odpowiedni program naprawczy. Programom dostosowawczym winny towarzyszyć odpowiednie środki na ożywienie wzrostu gospodarczego. Wzrost ten nie będzie jednak tylko wynikiem dodatkowego finansowania (krajowego lub międzynarodowego), lecz wymaga niezbędnych reform systemowych³³². Reformy muszą w pewnym stopniu wyprzedzać uzyskanie pomocy, w przeciwnym bowiem razie oferta stanowić będzie jedynie zachętę do dalszej niegospodarności. Istnieje tu oczywiste pole sporów o charakterze ekonomicznym i politycznym. Trzeba zatem dyskutować o tym, czy warunki te są proporcjonalne i rozsądne. Dylemat „oszczędzanie czy wzrost gospodarczy” jest jednak źle sformułowany, ponieważ oba elementy są niezbędne.

Zadłużenie państwa określa się często mianem „*sovereign debt*”, co jednak nie znaczy, iż zadłużanie ma charakter suwerenny, lecz że państwo (*sovereign*) zaciągnęło długi w obcej walucie. W sytuacji zadłużenia i deficytu budżetowego państwo ciągle dysponuje swymi kompetencjami (zdolnością prawną), które może wykorzystywać w celu zwiększenia swych możliwości. Jeśli jednak budżet państwa staje się przedmiotem gry wyborczej skierowanej do krajowego odbiorcy, to tym większe ryzyko, iż wpływ (rzeczywiste możliwości) jego narodowych instytucji będzie mała na rzecz wierzycieli³³³.

³³² Przypomnijmy, iż w 1990 r. Polska znajdowała się w kompletnej zapaści finansowej i gospodarczej. Jedyne wyjście polegało na szybkim przeprowadzeniu trudnych reform. Dopiero po ich zapoczątkowaniu przez polski rząd, a następnie pozytywnej ocenie przez wierzycieli, zdecydowali się oni zredukować polskie zadłużenie (prywatne i publiczne) o połowę.

³³³ Można w tym kontekście przypomnieć nietypowy przypadek uzależnienia w latach 2005-2010 pomocy finansowej dla Liberii (Governance and Economic Management Assistance Programme for Liberia, September 2005). Rząd tego państwa oraz grupa gotowych świadczyć pomoc finansową organizacji międzynarodowych podpisali polityczne porozumienie, na mocy którego wydatki poszczególnych organów lub przedsiębiorstw państwowych musiały być zatwierdzone (kontrasygnata) przez wyznaczonego dla każdego z tych podmiotów przedstawiciela MFW. Skutki tych działań były umiarkowanie pozytywne, biorąc zwłaszcza pod uwagę olbrzymie deficyty systemowe państwa wychodzącego z długotrwałej wojny domowej. Szerzej C. Daase, *Liberia's Governance and Economic Management Assistance Programme – A New Model of Shared Sovereignty?*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht“, vol. 71 (2011), s. 493-521. Zob. też R.W. Glenn (przyj. 166).

Państwa beneficjenci powołują się na suwerenność jako instrument ochrony. Czy jednak pomoc innych państw i społeczeństw ma być bezwarunkowa? Czy solidarność międzynarodowa nie ma granic? Udzielanie pomocy finansowej odbywa się zazwyczaj etapami, po spełnieniu uzgodnionych wcześniej warunków. Napięcia są w tym kontekście nieuniknione, ponieważ nikt nie chce i nie ma obowiązku finansować nieracjonalnych działań i programów. Nie oznacza to jednak, że pożyczkodawcy zawsze mają rację – interwencja w sprawy wewnętrzne nie jest bynajmniej wykluczona, aczkolwiek trudna do udowodnienia w sposób w miarę bezstronny. Z tego też względu zarzuty interwencji mają najczęściej charakter jednostronny.

Przenoszenie debaty na poziom emocji politycznych nie zawsze służy sprawie. Krytyka wskazująca na ograniczanie demokracji i suwerenności w kontekście kryzysu finansowego w strefie euro wydaje się niekiedy polegać na nieporozumieniu i wynika z dość dowolnego posługiwania się wspomnianymi pojęciami.

6. Użycie siły zbrojnej

6.1. Uwagi wstępne

Zagrożenie państwa, jego obywateli i bezpieczeństwa międzynarodowego łączyło się głównie z klasyczną wojną – przez wieki legalnym narzędziem polityki. Jeśli dawne powiedzenie (*si vis pacem, para bellum*) nie straciło na aktualności, to pojęcia pokoju i wojny są różne w każdej epoce, podobnie jak zagrożenia bezpieczeństwa międzynarodowego. Świat współczesny staje się inaczej niebezpieczny. Kwestie te łączą się z pojęciem suwerenności za pośrednictwem takich pojęć jak samoobrona, zbrojne operacje uprzedzające i prewencyjne oraz użycie siły ze względów humanitarnych³³⁴.

W związku ze zróżnicowaniem zagrożeń bezpieczeństwa międzynarodowego oraz konfliktami zbrojnymi pojawia się sporo pytań i wątpliwości,

³³⁴ J. Yoo, *Point of Attack: Preventive War, International Law, and Global Welfare*, New York 2014; M. Kowalski, *Prawo do samoobrony jako środek zwalczania terroryzmu międzynarodowego*, Warszawa 2013; D. Kretzmer, *The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum*, EJIL, vol. 24/1 (2013), s. 235-282; M.N. Schmitt, *Essays on Law and War at the Fault Lines*, London 2010; R. Kolb, *Ius contra bellum: Le droit international relatif au maintien de la paix*, Basel–Bruxelles 2009; J. Kranz, *Między wojną a pokojem: świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej*, (w:) J. Kranz (red.), *Świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej. Dylematy prawa i polityki*, Warszawa 2009, s. 81-242; K. Chainoglou, *Reconceptualising the Law of Self-defence*, Athens–Bruxelles 2008; Ch. Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford 2008; O. Corten, *Le droit contre la guerre. L'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris 2008; M. Pinto, *L'emploi de la force dans la jurisprudence des tribunaux internationaux*, RCADI, 2007, vol. 331, s. 9–474; C. Greenwood, *Essays on War in International Law*, London 2006; T. Gazzini, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, Manchester 2006; W.M. Reisman, A. Armstrong, *The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense*, AJIL, 2006, vol. 100, nr 3, s. 525–550; S.D. Murphy, *The Doctrine of Preemptive Self-Defense*, “Villanova Law Review”, 2005, vol. 50, s. 699–748; Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, Cambridge 2005; N. Blokker, N. Schrijver (eds), *The Security Council and the Use of Force, Theory and Reality – A Need for Change?*, Leiden–Boston 2005; A.D. Sofaer, *On the Necessity of Pre-emption*, EJIL, 2003, vol. 14/2, s. 209–227; Th.M. Franck, *Recourse to Force. State Action against Threats and Armed Attacks*, Cambridge 2002.

które sytuują nas wobec dylematu: użycie siły albo bezsilność. Czy i w jakim stopniu dopuszczalne są działania jednostronne wymuszające przestrzeganie prawa? Czy takie ewentualne działania służą długofalowo bezpieczeństwu i prawu międzynarodowemu, czy też raczej odwrotnie? Czy w tym kontekście państwo i jego suwerenność są dostatecznie chronione? Czy i w jakim stopniu ewoluuje w tym względzie prawo międzynarodowe?

Dean Acheson stwierdził w okresie kryzysu kubańskiego, iż przetrwanie państwa nie jest tylko kwestią z dziedziny prawa³³⁵. Opinia ta dotyczy skrajnych sytuacji i nie oznaczając negacji prawa odzwierciedla raczej niedoskonałości mechanizmów bezpieczeństwa międzynarodowego. Skłania jednocześnie do refleksji nad ewolucją i adaptacją norm prawa międzynarodowego do zmieniającej się rzeczywistości. Użycie siły, nie faworyzując tego instrumentu, może się niekiedy okazać niezbędne i pozytywne³³⁶.

W praktyce i w doktrynie pojawiły się specyficzne konstrukcje, uzasadniające jednostronne środki zbrojne bez zgody RB. Są one mniej lub bardziej krytykowane za relatywizowanie zakazu użycia siły zbrojnej. Użycie siły zbrojnej może być legalne oraz politycznie i moralnie uzasadnione; nielegalne, ale uzasadnione; legalne, ale nieuzasadnione. Interesującą dla

³³⁵ D. Acheson, *Remarks at the Proceedings of the American Society of International Law, 57th Annual Meeting 13–15 (1963)*, (w:) R.J. Beck et al. (eds), *International Rules: Approaches from International Law and International Relations*, New York 1996, s. 108: "The power, position, and prestige of the United States had been challenged by another state; and law simply does not deal with such questions of ultimate power – power that comes close to the sources of sovereignty. I cannot believe that there are principles of law that say we must accept destruction of our way of life. (...) The survival of states is not a matter of law".

CIJ. Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 Juillet 1996: «96. La Cour ne saurait au demeurant perdre de vue le droit fondamental qu'a tout Etat à la survie, et donc le droit qu'il a de recourir à la légitime défense, conformément à l'article 51 de la Charte, lorsque cette survie est en cause. (...) 97. En conséquence, au vu de l'état actuel du droit international pris dans son ensemble, (...) la Cour est amenée à constater qu'elle ne saurait conclure de façon définitive à la licéité ou à l'illicéité de l'emploi d'armes nucléaires par un Etat dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle sa survie même serait en cause».

³³⁶ A. Applebaum, *Deutsche, ihr müsst wieder Abschreckung lernen!*, „Welt Online“, 24 April 2014: „Druga wojna światowa nie zakończyła się dzięki dyplomacji, a Hitler nie wycofał się z Polski w wyniku żądań Narodów Zjednoczonych. Również Holocaust nie ustał z tego ze względu, że reżim nazistowski został do tego przekonany mądrością prawa międzynarodowego. (...) RFN musi zrozumieć, że dyplomacja to nie wszystko”.

nas kwestią jest ocena legalności tego typu działań w kontekście ochrony suwerenności.

Znana jest też trudność, polegająca na zdefiniowaniu użycia siły³³⁷ oraz rozgraniczeniu między użyciem siły na poziomie agresji³³⁸ oraz poniżej tego poziomu. Dla zagadnienia suwerenności istotne jest rozróżnienie między legalnym a nielegalnym użyciem siły. Powszechny zakaz użycia siły zbrojnej datuje się dopiero od 1945 r., jednak nowe rodzaje broni oraz zagrożeń wpływają na interpretację Karty NZ, co z kolei oddziałuje na ewolucję poglądów dotyczących ochrony suwerenności. Współczesne zmiany technologiczne oraz metody walki nie zawsze pasują do rozwiązań prawnych połowy XX wieku. Określenie w tym kontekście działań nielegalnych oraz ograniczenie ich skutków nie jest ani łatwe, ani oczywiste. Na tym tle pojawia się wiele pytań o koncepcje polityki bezpieczeństwa i strategii wojskowe³³⁹, rolę prawa międzynarodowego i jego niektóre instytucje, w tym funkcje Karty NZ.

Konflikt w byłej Jugosławii (1999), atak terrorystyczny z 11 września 2001 roku oraz w odpowiedzi nań operacja zbrojna w Afganistanie (2001), kryzysy w Libii (2011) lub Syrii (od 2011), a także programy nuklearne Iraku, Iranu oraz Korei Północnej są przykładami nowych źródeł i rodzajów zagrożeń oraz konfliktów, które mają istotny wpływ na ewolucję prawa oraz polityki międzynarodowej. Zmieniają się przesłanki i cele oraz sposoby użycia siły zbrojnej, a także niektórzy aktorzy. W tym kontekście legalność użycia siły zbrojnej pozostaje nadal centralnym zagadnieniem, również w kontekście ochrony państwa i jego suwerenności.

Cechą charakterystyczną okresu po 1945 roku jest rosnąca liczba konfliktów o charakterze regionalnym, które wynikają w pewnym stopniu z konkurencji mocarstw i są sterowane przez nie, ale prowadzone przez aktorów zastępczych³⁴⁰. Nasilają się wewnętrzne konflikty zbrojne, którym towarzyszy

³³⁷ Przyjmuje się powszechnie, że zakaz użycia siły z art. 2(4) Karty NZ odnosi się tylko do zastosowania siły zbrojnej, np. K. Skubiszewski, *Quelques remarques sur la notion de force dans la Charte des Nations unies*, (w:) Mélanges G. Pérrin, Lausanne 1984, s. 293-301.

³³⁸ Terminy „użycie siły” (use of force), „akt agresji” (act of aggression) oraz „zbrojna napaść” (armed attack) użyte odpowiednio w art. 2(4), 39 i 51 KNZ nie są identyczne. Zakres dwóch ostatnich jest z pewnością bardziej ograniczony niż użycie siły w rozumieniu art. 2(4).

³³⁹ Zob. R. Kupiecki, *Doktryny bezpieczeństwa państw i organizacji międzynarodowych. Między planowaniem obronnym a dyplomacją publiczną*, (w:) J. Kranz (red.), *Świat* (przyp. 334), s. 341-412.

³⁴⁰ Szerzej P. Ostaszewski (red.), *Konflikty kolonialne i postkolonialne w Afryce i Azji 1869-2006*, Warszawa 2006.

swoista prywatyzacja w postaci werbowania uzbrojonych grup najemników lub prywatnych armii.

Rośnie też fala terroryzmu międzynarodowego, któremu towarzyszą jego nowe cele i formy. Współczesny terroryzm charakteryzuje się brakiem grupy celowej, w której imieniu walczy. Nie jest on zainteresowany rozwiązaniem problemów danego regionu lub kraju, lecz raczej dąży do zmiany polityki regionalnej lub światowej przez walkę z cywilizacją zachodnią lub jej wpływami. Jego celem jest destrukcja w czystej formie.

Państwa niedemokratyczne dokonują poważnych zakupów uzbrojenia oraz rozwijają programy nuklearne. Jednym z głównych zadań społeczności międzynarodowej jest niedopuszczenie do sytuacji, w której broń ta znajdzie się w ich rękach, a także w rękach ugrupowań terrorystycznych. Jak zapobiec rozprzestrzenianiu broni masowego rażenia? Czy każde państwo może posiadać (rozwijać, produkować) broń masowego rażenia? Jak zapewnić skuteczność kontroli międzynarodowej?

Najnowszym zagrożeniem są cyberataki, które pozwalają zbierać w nielegalny sposób informacje albo też sparaliżować część cywilnej infrastruktury danego państwa. Mają one także wymiar militarny, polegający na zakłóceniu kierowania siłami zbrojnymi lub programem nuklearnym, a także mogą stanowić przygotowanie do uderzenia zbrojnego i/lub stanowić element walki w konflikcie zbrojnym.

Z pojawieniem się nowych zagrożeń łączy się zjawisko asymetrii, polegające z jednej strony na utracie przez państwo monopolu siły, z drugiej zaś na konfrontacji państwa ze słabym, lecz groźnym, odmiennie zorganizowanym, niebędącym państwem i działającym z ukrycia przeciwnikiem, który stosuje nietypowe lub zakazane metody walki lub rodzaje broni.

Zmieniają się zatem zarówno charakter użycia siły zbrojnej, jak i reakcje na użycie siły. Nie ulega wątpliwości, iż w tej dziedzinie świat współczesny skonfrontowany jest z jakościowo nową sytuacją.

6.2. System bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych

Przewidziany w Karcie NZ system bezpieczeństwa stanowi zasadniczą zmianę. Karta dopuszcza legalne użycie siły w przypadku samoobrony (art. 51³⁴¹) i za zgodą RB (art. 39-42). Takie użycie siły nie jest agresją

³⁴¹ Zgodnie z artykułem 51 Karty NZ: „Żadne postanowienie niniejszej Karty nie narusza naturalnego prawa każdego członka Organizacji Narodów Zjednoczonych, przeciwko któremu dokonano zbrojnej napaści, do indywidualnej lub zbiorowej

(zbrojną napaścią), ani interwencją w sprawy wewnętrzne³⁴² i nie godzi w suwerenność państwa. System NZ może jednak sprawnie funkcjonować tylko wtedy, gdy działa Rada Bezpieczeństwa. Przesłanką skuteczności przewidzianego w Karcie systemu jest pewien stopień zgodności interesów, celów i wartości – zwłaszcza wśród mocarstw posiadających status stałego członka Rady.

Przyjęte w Karcie NZ rozwiązanie charakteryzuje się wysokim progiem wymagań wobec Rady Bezpieczeństwa. Przyznanie prawa weta stałym członkom RB prowadzi jednak nieuchronnie do blokad decyzyjnych, uzasadnionych bardziej względami politycznymi niż prawnymi. Jest to założona z góry kwadratura koła, której nie dało się i zapewne nie uda się uniknąć. Tak zaprogramowana ochrona interesów pięciu stałych członków RB niekoniecznie prowadzi do zapewnienia bezpieczeństwa innych państw i ich ludności.

W związku z tym system rozdziału VII Karty skazany jest na stałe napięcia. Na tym tle pojawiają się opinie, że restryktywna i legalistyczna interpretacja Karty prowadzi do sytuacji, w której zbrodniarze są bardziej chronieni niż ich ofiary, a dyktatorskie państwa bezpieczniejsze na zewnątrz niż ich obywatele wewnątrz. Nie jest to zarzut całkiem bezpodstawny.

Skupiając się na państwie, sygnatariusze Karty NZ nie przewidzieli w 1945 roku, iż poza agresją plagą staną się wyniszczające wojny domowe, masakry ludności dokonane przez własne państwo, a z czasem międzynarodowi terroryści. Obawiano się siły państwa (teza słuszna do dziś), jednak nie uwzględniono jego słabości, stanowiącej poważne zagrożenie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa.

System Narodów Zjednoczonych nie jest doskonały. Oceniając go, trzeba jednak postrzegać skalę trudności, przed jakimi stoi ta organizacja, a ponadto uświadomić sobie, że ONZ to wprawdzie twór autonomiczny, jednak

samoobrony, zanim Rada Bezpieczeństwa zastosuje środki, konieczne dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Środki podjęte przez członków w wykonaniu tego prawa do samoobrony powinny być natychmiast podane do wiadomości Radzie Bezpieczeństwa i w niczym nie powinny naruszać wynikającej z niniejszej Karty kompetencji i odpowiedzialności Rady do podjęcia w każdym czasie akcji, jaką uzna ona za konieczną dla utrzymania albo przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa”.

³⁴² Art. 2 ust. 7 Karty NZ: „Żadne postanowienie niniejszej Karty nie upoważnia Narodów Zjednoczonych do ingerencji w sprawy, które z istoty swej należą do kompetencji wewnętrznej któregośkolwiek państwa i nie zobowiązuje członków, aby przekazywali takie sprawy do załatwienia w trybie przewidzianym niniejszą Kartą. Jednakże zasada ta nie będzie stała na przeszkodzie zastosowaniu środków przymusu przewidzianych w rozdziale VII”.

złożony z państw (w tym pięciu członków RB dysponujących prawem weta) i zależny od ich woli. Mamy do czynienia z dość paradoksalną sytuacją: z jednej strony praktyka (interesy polityczne) państw i naruszenia przez nie prawa mogą prowadzić do erozji tego systemu, z drugiej zaś państwa starają się o akceptację swoich działań przez ONZ i w świetle norm Karty oceniają postępowanie innych państw.

Mimo że w ostatnich kilkunastu latach doszło, w wyniku zgody RB, do częstszych międzynarodowych operacji zbrojnych, to w praktyce rozwiały się złudzenia o gwarancji sukcesu tych działań, co wynika w znacznym stopniu ze skali trudności w fazie pokonfliktowej³⁴³.

Odnotujmy też, iż niezależnie od paraliżującego weta RB natrafia, zwłaszcza po 1990 roku, na inną trudność. Uchwala ona – częściej niż dawniej – rezolucje, które z jednej strony są wynikiem daleko idących i długo wypracowywanych kompromisów³⁴⁴, z drugiej zaś zderzają się z barierą wykonalności, ponieważ różnego rodzaju dyktatury bojkotują prawnie wiążące je uchwały Rady³⁴⁵.

Pierwszą i naturalną reakcją na pojawiające się zagrożenia jest zastosowanie środków pokojowych. O ile dążenie do rozwiązań w drodze negocjacji należy oceniać pozytywnie, o tyle w konkretnych przypadkach pojawiają się problemy ze skutecznością tej metody. Kolejny etap to środki pozostające w gestii Rady Bezpieczeństwa, w tym wojskowe i niewojskowe. W tym kontekście postawić trzeba pytanie: czy chodzi o unikanie użycia siły zbrojnej do ostatniego momentu przed realizacją zagrożenia, czy też o wykluczenie użycia siły w ogóle, zwłaszcza gdy brak zgody stałych członków Rady Bezpieczeństwa?

Zastosowanie środków wojskowych i niewojskowych przez RB jest co do zasady legalne, chociaż nie przez wszystkich politycznie akceptowane. Nie sposób stwierdzić, by Rada nadużywała tych uprawnień. Co się tyczy samoobrony, zastosowanie tej jednostronnej z natury i nie wymagającej zgody RB konstrukcji sprawia niekiedy kłopoty z uzasadnieniem prawnym.

³⁴³ Trafna wydaje się w wielu przypadkach konkluzja: “The fundamental problem is that there is no peace to keep”, “The Washington Post”, July 4, 2008 (A01).

³⁴⁴ H. Freudenschuß, *Between Unilateralism and Collective Security: Authorizations of the Use of Force by the UN Security Council*, EJIL, 1994, vol. 5/4, s. 492–531.

³⁴⁵ Irak przez kilkanaście lat lekcewał społeczność międzynarodową i RB aż do uchwalonej, nie bez trudu, rezolucji 1441 (2002); podobnie w przypadku Korei Północnej. Iran rozwijał przez lata swój program nuklearny z naruszeniem reżimu kontrolnego MAEA oraz rezolucji RB (być może kres tej sytuacji położy osiągnięte w 2015 wielostronne porozumienie).

Problemy dotyczą zwłaszcza interpretacji pojęć zawartych w Karcie, takich jak zagrożenie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, samoobrona lub napaść zbrojna.

Karta NZ posługuje się pojęciem zagrożenie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (artykuł 39), jednak go nie definiuje, pozostawiając w tym względzie swobodę Radzie Bezpieczeństwa. W powyższej kwestii dostrzec można ewolucję praktyki RB. Zagrożeniem takim są wspomniane w Karcie agresja oraz napaść zbrojna (*armed attack*). Z czasem jednak, Rada, działając w ramach rozdziału VII Karty, rozciągnęła pojęcie zagrożenia na ważne i nowe sfery: sytuację wewnętrzną (wojna domowa, upadek władzy państwowej, katastrofa humanitarna, masowe naruszanie przez państwo fundamentalnych praw ludności – rezolucje RB z lat 90., dotyczące Bośni i Hercegowiny, Somalii, Ruandy, Timoru Wschodniego i Kosowa), akty terrorystyczne (rezolucje 1368 i 1373) oraz rozprzestrzenianie broni masowego rażenia i środków ich przenoszenia (rezolucje 1172, 1540, 1695, 1718)³⁴⁶.

6.3. Użycie siły a niektóre orzeczenia MTS

6.3.1. W praktyce państw oraz w orzecznictwie sądów pojawiają się kwestie dotyczące legalności użycia siły, a także sposobu reakcji na jej użycie. Dotyczą one przede wszystkim pojęcia napaści zbrojnej oraz samoobrony (rozdział VII Karty NZ).

Ujmując rzecz schematycznie: jeśli oddziały państwa A wkroczą bezprawnie na terytorium państwa B, to dokonują – co do zasady – napaści zbrojnej. Często jednak państwo A powołuje się na samoobronę, twierdząc, że jego działanie jest odpowiedzią na napaść zbrojną państwa B lub oddziałów nieregularnych z terytorium B i wspomaganych przez to państwo. Państwo B twierdzi z reguły, że nie są to jego oddziały oficjalne lub że nie działają one w jego imieniu, albo że udziela im tylko wsparcia ideowego. Państwo A podejmie z kolei próbę przypisania tych działań państwu B i obciążenia go

³⁴⁶ Z praktyki RB wynika, iż zagrożeniem takim jest również utrzymywanie reżimu segregacji rasowej (rezolucje 217, 232, 418), nieszanowanie wyniku wolnych wyborów (rezolucje 841, 875), niewydanie lub nieukaranie terrorystów (rezolucje 748, 883, 1214, 1070, 1267, 1333), wsparcie rządowe dla rebeliantów w innym państwie (rezolucja 1408), a także niewykonywanie rezolucji Rady (rezolucje 1277, 1441) uchwalonych w ramach rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych. W 2014 roku RB zwróciła uwagę (rezolucja 2177), iż epidemia eboli stanowi zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa.

odpowiedzialnością. W odpowiedzi państwo B obciąża państwo A zarzutem naruszenia prawa humanitarnego.

Tęgo rodzaju łamigłówki stają się coraz częstsze, co nie znaczy, iż są łatwiejsze do rozwiązania. Odnieść można wrażenie, że prawo międzynarodowe nie zawsze nadąża za ewolucją rzeczywistości międzynarodowej.

W wyroku w sprawie personelu dyplomatycznego i konsularnego USA w Teheranie (1980) MTS stwierdził, iż zajęcie ambasady USA i wzięcie jej personelu jako zakładników przez tzw. studentów irańskich stanowiło napaść zbrojną (*armed attack*)³⁴⁷. Miała ona miejsce na terytorium Iranu, jednak jej przedmiotem była oficjalna instytucja USA.

W wyroku w sprawie Nikaragui przeciwko Stanom Zjednoczonym (1986) MTS wprowadził rozróżnienie między użyciem siły zbrojnej (niebędącym napaścią zbrojną), interwencją i napaścią zbrojną. MTS stwierdził, iż pewnymi działaniami Stany Zjednoczone naruszyły wobec Nikaragui zakaz użycia siły albo dopuściły się interwencji w jej sprawy wewnętrzne. Z kolei o ile samoobrona dozwolona jest tylko w przypadku napaści zbrojnej, o tyle – zdaniem Trybunału – nie wszystkie przypadki użycia siły zbrojnej równoznaczne są z napaścią zbrojną³⁴⁸. Tym samym, według MTS, samoobrona nie jest możliwa w reakcji na użycie siły poniżej (trudnego niekiedy do zdefiniowania) progu napaści zbrojnej³⁴⁹.

³⁴⁷ ICJ. *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran)*, Judgment of 24 May 1980, §§ 57, 64, 91.

³⁴⁸ Zob. uwagi J.Abr. Frowein, *Collective Enforcement of International Obligations*, „*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*“, vol. 47/1 (1987), s. 71-73.

³⁴⁹ ICJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Judgment of 27 June 1986: “195. (...) The Court sees no reason to deny that, in customary law, the prohibition of armed attacks may apply to the sending by a State of armed bands to the territory of another State, if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular armed forces. But the Court does not believe that the concept of ‘armed attack’ includes (...) also assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other support. Such assistance may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the internal or external affairs of other States”.

“211. For one State to use force against another, on the ground that that State has committed a wrongful act of force against a third State, is regarded as lawful, by way of exception, only when the wrongful act provoking the response was an armed attack. Thus the lawfulness of the use of force by a State in response to a wrongful act of which it has not itself been the victim is not admitted when this

Wyjaśniewszy przesłanki samoobrony, MTS uchylił się od odpowiedzi na pytanie, czy państwo, wobec którego naruszony został zakaz użycia siły poniżej progu napaści zbrojnej, byłoby uprawnione do reakcji zbrojnej³⁵⁰. Podobny unik MTS zastosował w kwestii legalności samoobrony w odpowiedzi na zewnętrzną napaść zbrojną na państwo ze strony oddziałów nie-regularnych³⁵¹.

wrongful act is not an armed attack. In the view of the Court, under international law in force today – whether customary international law or that of the United Nations system – States do not have a right of ‘collective’ armed response to acts which do not constitute an ‘armed attack’.”

“249. While an armed attack would give rise to an entitlement to collective self-defence, a use of force of a lesser degree of gravity cannot (...) produce any entitlement to take collective counter-measures involving the use of force. The acts of which Nicaragua is accused, even assuming them to have been established and imputable to that State, could only have justified proportionate counter-measures on the part of the State which had been the victim of these acts, namely El Salvador, Honduras or Costa Rica. They could not justify counter-measures taken by a third State, the United States, and particularly could not justify intervention involving the use of force”.

³⁵⁰ ICJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Judgment of 27 June 1986: “210. (...) [I]f one State acts towards another State in breach of the principle of non-intervention, may a third State lawfully take such action by way of counter-measures against the first State as would otherwise constitute an intervention in its internal affairs? (...) Since the Court is here dealing with a dispute in which a wrongful use of force is alleged, it has primarily to consider whether a State has a right to respond to intervention with intervention going so far as to justify a use of force in reaction to measures which do not constitute an armed attack but may nevertheless involve a use of force. (...) However, (...) it is not for the Court here to determine what direct reactions are lawfully open to a State which considers itself the victim of another State’s acts of intervention, possibly involving the use of force. Hence it has not to determine whether, in the event of Nicaragua’s having committed any such acts against El Salvador, the latter was lawfully entitled to take any particular counter-measure”.

³⁵¹ ICJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005: “147. (...) [T]he Court finds that the legal and factual circumstances for the exercise of a right of self-defence by Uganda against the DRC were not present. Accordingly, the Court has no need to respond to the contentions of the Parties as to whether and under what conditions contemporary international law provides for a right of self-defence against large-scale attacks by irregular forces. Equally, since the preconditions for the exercise of self-defence do not exist in the circumstances of the present case, the Court has no need to enquire

Zbliżony ton pobrzmiewa w kwestii definicji napaści zbrojnej oraz samoobrony w wyroku w sprawie platform naftowych³⁵². W sprawie tej MTS nie zdołał przypisać Iranowi aktów, które Stany Zjednoczone uznały za napaść zbrojną i tym samym odpowiedzialność Iranu pozostała nierozstrzygnięta.

W wyroku w sprawie Kongo przeciwko Ugandzie (2005) MTS uznał operację zbrojną Ugandy na terytorium Konga (w odpowiedzi na ataki przeprowadzone z tego terytorium) za naruszenie zakazu użycia siły oraz zakazu interwencji³⁵³. Stwierdzając brak możliwości przypisania Kongu działań grup nieregularnych, MTS uchylił się od odpowiedzi na pytanie, czy ataki przeprowadzone przez oddziały nieregularne z terytorium jednego państwa na terytorium drugiego państwa traktować można jako napaść zbrojną, upoważniającą do samoobrony³⁵⁴. Zdaniem Trybunału, brak odpowiedniej reakcji Konga na działania na jego terytorium grup nieregularnych (między innymi ze względu na ograniczone możliwości oraz trudną konfigurację terenu) nie oznaczał przyzwolenia na tę działalność lub jej tolerowania³⁵⁵. Trybunał słusznie napiętnował zbrodnie wojsk Ugandy, jednak akcję zbrojną

whether such an entitlement to self-defence was in fact exercised in circumstances of necessity and in a manner that was proportionate”.

³⁵² ICJ. *Oil Platforms (Iran v. United States)*, Judgment of 6 November 2003: “The Court does not exclude the possibility that the mining of a single military vessel might be sufficient to bring into play the ‘inherent right of self-defence’; but in view of all the circumstances (...) the Court is unable to hold that the attacks on the Salman and Nasr platforms have been shown to have been justifiably made in response to an ‘armed attack’ on the United States by Iran, in the form of the mining of the USS Samuel B. Roberts” (§ 72); “The Court is unable to hold that the attacks made on the platforms could have been justified as acts of self-defence. (...). In the case both of the attack on the Sea Isle City and the mining of the USS Samuel B. Roberts, the Court is not satisfied that the attacks on the platforms were necessary to respond to these incidents. (...) The Court would also observe that (...) the United States forces attacked the R-4 platform as a ‘target of opportunity’, not one previously identified as an appropriate military target” (§ 76).

³⁵³ ICJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005: “The unlawful military intervention by Uganda was of such a magnitude and duration that the Court considers it to be a grave violation of the prohibition on the use of force expressed in Article 2, paragraph 4, of the Charter” (§ 165).

³⁵⁴ Zob. przyp. 351.

³⁵⁵ ICJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005: “301. The Court (...) cannot conclude that the absence of action by Zaire’s Government against the rebel groups in the border area is tantamount to ‘tolerating’ or ‘acquiescing’ in their activities”.

jej wojsk można było uznać, przynajmniej do pewnego momentu, za samoobronę w odpowiedzi na napaść zbrojną grup nieregularnych, co najmniej tolerowanych przez Kongo/Zair.

W opinii doradczej (2004) w sprawie budowy muru na okupowanym terytorium palestyńskim MTS stwierdził, że budowa ta nie spełnia przesłanek samoobrony, ponieważ Izrael nie jest przedmiotem ataków obcego państwa (Hezbollah nie jest państwem), co więcej – ataki dokonywane są z obszarów okupowanych przez Izrael, na których sprawuje on kontrolę³⁵⁶. Wykluczył tym samym możliwość powołania się przez Izrael na artykuł 51 Karty NZ³⁵⁷.

Opinia doradcza MTS jest dyskusyjna³⁵⁸, ponieważ z całą pewnością ani Karta NZ, ani rezolucje 1368 i 1373 RB nie wymagają, by napaść zbrojna była dziełem państwa. Nie wydaje się też, by kryterium zewnętrżności ataku (w tym kierunku zmierzała opinia NATO we wrześniu 2001 roku) miało charakter rozstrzygający. Atak terrorystyczny z 11 września 2001 roku

³⁵⁶ ICJ. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004: “139. Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State. However, Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign State. The Court also notes that Israel exercises control in the Occupied Palestinian Territory and that, as Israel itself states, the threat which it regards as justifying the construction of the wall originates within, and not outside, that territory. The situation is thus different from that contemplated by Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001), and therefore Israel could not in any event invoke those resolutions in support of its claim to be exercising a right of self-defence. Consequently, the Court concludes that Article 51 of the Charter has no relevance in this case”.

³⁵⁷ Y. Blank, *Legalizing the Barrier: The Legality and Materiality of the Israel/Palestine Separation Barrier*, “Texas International Law Journal”, vol. 46/2 (2011), s. 309-343; Ch.F. Martel, *Give Peace a Chance: How Considering Peace Process Obligations Would Have Improved the Rulings of the International Court of Justice and the Israeli Supreme Court on the Israeli Security Barrier*, “Duke Journal of Comparative & International Law”, vol. 17 (2007), s. 305-359; Ch. J. Tams, *Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defence in the Wall Case*, EJIL, vol. 16/5 (2005), s. 963-978; D. Murphy, *Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?*, AJIL, vol. 99 (2005), s. 62-75.

³⁵⁸ ICJ. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004 – Separate opinion of Judge Higgins: “This is formalism of an unevenhanded sort” (§ 34). W tym sensie również Separate Opinion of Judge Kooijmans (§ 35), Declaration of Judge Buergenthal (§ 6).

był – w decydującej, ostatniej fazie – przeprowadzony z terytorium USA (podobnie w Madrycie w 2004 roku), jednak sprawcy przybyli wcześniej z zewnątrz oraz byli sterowani i wspierani przez siły zewnętrzne. Nieco inaczej rzecz się miała w przypadku zamachów terrorystycznych w Londynie w 2005 roku, dokonanych przez obywateli brytyjskich, od dawna lub wręcz od urodzenia zamieszkałych w Wielkiej Brytanii.

6.3.2. Można się zastanawiać, czy i w jakim stopniu pojęcie interwencji dotyczy użycia siły zbrojnej. Tak było w przeszłości, gdy nie obowiązywał powszechny zakaz użycia siły zbrojnej. Po roku 1945 należałoby raczej wyłączyć te sytuacje z zakresu pojęcia interwencji. Nie jest to w każdym przypadku łatwe.

W opinii MTS niektóre działania mogą naruszać zarówno zakaz użycia siły, jak i zakaz interwencji³⁵⁹. MTS do interwencji w sprawy wewnętrzne zalicza zarówno użycie siły poniżej progu napaści zbrojnej, jak i niektóre formy wsparcia dla rebeliantów w innym państwie³⁶⁰. W orzecznictwie MTS znajdujemy jednak również fragmenty, kiedy pojęcia interwencji używa się w kontekście operacji zbrojnej jednego państwa na terytorium drugiego³⁶¹.

³⁵⁹ CIJ. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986: «Les effets du principe de respect de la souveraineté territoriale et ceux des principes de l'interdiction de l'emploi de la force et de la non-intervention se recouvrent inévitablement jusqu'à un certain point» (§ 251); «Cet élément de contrainte, constitutif de l'intervention prohibée et formant son essence même, est particulièrement évident dans le cas d'une intervention utilisant la force, soit sous la forme directe d'une action militaire soit sous celle, indirecte, du soutien à des activités armées subversives ou terroristes à l'intérieur d'un autre Etat. (...) La résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale assimile une telle assistance à l'emploi de la force par l'Etat qui la fournit quand les actes commis sur le territoire de l'autre Etat 'impliquent une menace ou l'emploi de la force'. Ces formes d'action sont alors illicites aussi bien à l'égard du principe de non-emploi de la force que de celui de la non-intervention» (§ 205); «Décide que les Etats-Unis d'Amérique, par certaines attaques effectuées en territoire nicaraguayen en 1983-1984, (...) ainsi que par les actes d'intervention impliquant l'emploi de la force visés au sous-paragraphe 3 ci-dessus [en entraînant, armant, équipant, finançant et approvisionnant les forces contras, et en encourageant, appuyant et assistant de toute autre manière des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci], ont, à l'encontre de la République du Nicaragua, violé l'obligation que leur impose le droit international coutumier de ne pas recourir à la force contre un autre Etat» (§ 292).

³⁶⁰ Zob. przyp. 349 i 359.

³⁶¹ Zob. przyp. 353.

Zauważmy też, że definicja agresji w rezolucji 3314 (XXIX) ZO ONZ obejmuje swoim zakresem działania, które MTS zdaje się traktować jako poniżej progu zbrojnej napaści³⁶².

Problematyczny w kontekście tych rozważań wydaje się pogląd, że użycie siły o mniejszej skali³⁶³ nie stanowi zbrojnej napaści w rozumieniu art. 51

³⁶² GA Res. 3314 (1974): “Article 3. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, subject to and in accordance with the provisions of article 2, qualify as an act of aggression: (...) (g) The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein”; GA Res. 2625 (XXV): “Every State has the duty to refrain from organizing or encouraging the organization of irregular forces or armed bands including mercenaries, for incursion into the territory of another State. Every State has the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in acts of civil strife or terrorist acts in another State or acquiescing in organized activities within its territory directed towards the commission of such acts, when the acts referred to in the present paragraph involve a threat or use of force”.

³⁶³ Institut de Droit International (Session de Santiago), Résolution du 27 octobre 2007 sur les Problèmes actuels du recours à la force en droit international – Légitime défense: «5. Une attaque armée déclenchant le droit de légitime défense doit avoir un certain degré de gravité. Les actions impliquant un emploi de la force de moindre intensité peuvent donner lieu à des contre-mesures conformes au droit international»; The Rome Statute of the International Criminal Court: “Article 8 bis. 1. For the purpose of this Statute, ‘crime of aggression’ means (...) an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations”; Eritrea Ethiopia Claims Commission. Partial Award. Jus ad Bellum. Ethiopia’s Claims 1–8 between The Federal Democratic Republic of Ethiopia and The State of Eritrea, The Hague, December 19, 2005: “11. Localized border encounters between small infantry units, even those involving the loss of life, do not constitute an armed attack for purposes of the Charter. (...) 12. (...) The Commission is satisfied that these relatively minor incidents were not of a magnitude to constitute an armed attack by either State against the other within the meaning of Article 51 of the UN Charter”; ICJ. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Judgment of 27 June 1986: “It will be necessary to distinguish the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack) from other less grave forms” (§ 191); “While an armed attack would give rise to an entitlement to collective self-defence, a use of force of a lesser degree of gravity cannot (...) produce any entitlement to take collective counter-measures involving the use of force” (§ 249); ICJ. Oil Platforms (Iran v. United States), Judgment of 6 November 2003, § 51; GA Res. 3314 (XXIX). Annex – Definition of Aggression (art. 2).

Karty NZ³⁶⁴. Tego rodzaju sytuacja (kwalifikowana niekiedy przez MTS jako interwencja zbrojna) wyklucza odpowiedź w postaci (indywidualnej albo zbiorowej) zbrojnej samoobrony³⁶⁵. Kwestia ta ma istotne znaczenie, ponieważ działanie w samoobronie wyłącza lub ogranicza odpowiedzialność międzynarodowoprawną państwa reagującego³⁶⁶.

Jako kontrowersyjne ze względu na możliwości przypisania państwu odpowiedzialności za działania grup nieregularnych wydaje się podtrzymywanie przez MTS kryterium tzw. całkowitej kontroli (*effective control*)³⁶⁷. W wyroku w sprawie Bośni i Hercegowiny MTS pominął milczeniem – unikając nawet formy *obiter dictum* – kwestie interwencji w sprawy wewnętrzne lub nielegalności użycia siły przez Federacyjną Republikę Jugosławii wobec Bośni i Hercegowiny, chociaż uczynił to w wyroku w sprawie Nikaragui oraz Konga. W sprawie Bośni-Hercegowiny uderza także brak odniesienia się do istotnego zaangażowania państwa w działania wywrotowe w innym państwie, o czym wspomina rezolucja 3314 (1974) ZO ONZ dotycząca definicji agresji. Niezwykły formalizm charakteryzuje też wyrok MTS w sprawie

³⁶⁴ Zob. szerzej M. Kowalski, *Ius ad bellum a systemowy charakter prawa międzynarodowego*, (w:) R. Kwiecień (red.) (przyp. 212), s. 180-186.

³⁶⁵ CIJ. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986: «247. La Cour (...) a dit que, si la notion d'agression armée englobe l'envoi de bandes armées par un Etat sur le territoire d'un autre Etat, la fourniture d'armes et le soutien apporté à ces bandes ne sauraient être assimilés à l'agression armée. Néanmoins de telles activités peuvent fort bien constituer un manquement au principe du non-emploi de la force ainsi qu'une intervention dans les affaires intérieures d'un Etat, c'est-à-dire un comportement certes illicite, mais d'une gravité moindre que l'agression armée».

³⁶⁶ G.G. Fitzmaurice, *The Definition of Aggression*, "International Comparative Law Quarterly", 1952, No. 1, s. 139: "There are frontier incidents and frontier incidents. Some are trivial, some may be extremely grave"; Chatham House. *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence*, October 2005: "An armed attack means any use of armed force, and does not need to cross some threshold of intensity. Any requirement that a use of force must attain a certain gravity and that frontier incidents, for example, are excluded is relevant only in so far as the minor nature of an attack is prima facie evidence of absence of intention to attack or honest mistake. It may also be relevant to the issues of necessity and proportionality. In the case of attacks by non-State actors, however, different considerations may come into play" (section 2).

³⁶⁷ ICJ. *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment of 26 February 2007, §§ 403-406.

Gruzja przeciwko Rosji (użycie siły, czystki etniczne, ochrona państwowości Gruzji)³⁶⁸.

Stanowisko MTS w kwestii użycia siły wydaje się momentami ambiwalentne i niekoniecznie przekonujące, co nie pozostaje bez wpływu na problem ochrony suwerenności. Wywołuje ono też krytyczne uwagi wśród sędziów Trybunału³⁶⁹. U źródeł restrykcyjnej postawy MTS leżą obawy,

³⁶⁸ CIJ. Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt du 1^{er} avril 2011. Opinion dissidente commune de M. le juge Owada, président, et de MM. les juges Simma et Abraham, Mme la juge Donoghue et M. le juge ad hoc Gaja: «86. (...) La Cour décline pour la première fois sa compétence pour la seule raison que le demandeur n'a pas suffisamment tenté de régler le différend par la voie de négociations avec le défendeur avant de venir devant le juge. Elle avait presque toujours rejeté auparavant une telle exception, et ne l'avait jamais accueillie seule, dans des affaires très différentes les unes des autres quant aux circonstances de fait. Eu égard à l'objet de ce différend et aux circonstances de l'espèce, il est bien difficile de comprendre comment la Cour a pu trouver dans la présente affaire l'occasion appropriée de faire preuve d'une semblable rigueur. En réalité, l'explication est qu'elle n'a pas appliqué ici ses critères habituels».

³⁶⁹ ICJ. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Judgment of 27 June 1986 – Separate opinion of Judge Jennings: “[I]t seems dangerous to define unnecessarily strictly the conditions for lawful self-defence, so as to leave a large area where both forcible response to force is forbidden, and yet the United Nations employment of force, which was intended to fill that gap, is absent” (s. 544).

ICJ. Iran v. United States, Judgment of 6 November 2003 – Separate opinion of Judge Simma: “13. To sum up my view on the use of force/self-defence aspects of the present case, there are two levels to be distinguished: there is, first, the level of ‘armed attacks’ in the substantial, massive sense of amounting to ‘une agression armée’, to quote the French authentic text of Article 51. Against such armed attacks, self-defence in its not infinite, but still considerable, variety would be justified. But we may encounter also a lower level of hostile military action, not reaching the threshold of an ‘armed attack’ within the meaning of Article 51 of the United Nations Charter. Against such hostile acts, a State may of course defend itself, but only within a more limited range and quality of responses (the main difference being that the possibility of collective self-defence does not arise, cf. Nicaragua) and bound to necessity, proportionality and immediacy in time in a particularly strict way”.

ICJ. Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v. Uganda), Judgment of 19 December 2005 – Separate opinion of Judge Kooijmans: “30. (...) If armed attacks are carried out by irregular bands from such territory against a neighbouring State, they are still armed attacks even if they cannot be attributed to the territorial State. It would be unreasonable to deny the attacked State the right to

by nie obniżać progu legalnego stosowania siły zbrojnej (definicja napaści zbrojnej) oraz progu odpowiedzialności państwa za działania grup nieregularnych (*effective control*). Orzecznictwo Trybunału wydaje się jednak odbiegać od coraz bardziej złożonej rzeczywistości międzynarodowej³⁷⁰. Jednym z istotnych problemów jest ograniczony charakter jurysdykcji Trybunału³⁷¹. Ponadto Trybunał opiera się raczej na prawnie niewiążących rezolucjach ZO ONZ oraz na własnych poglądach i w zbyt małym stopniu analizuje praktykę państw. Wiele spraw przerasta też możliwości MTS na poziomie procedury dowodowej³⁷². Podsumowując, udział MTS w rozwoju teorii i praktyki użycia siły zbrojnej nie wydaje się imponujący.

self-defence merely because there is no attacker State, and the Charter does not so require. (...) 31. (...) The lawfulness of the conduct of the attacked State must be put to the same test as that applied in the case of a claim of self-defence against a State: does the armed action by the irregulars amount to an armed attack and, if so, is the armed action by the attacked State in conformity with the requirements of necessity and proportionality”. W tym sensie również Separate Opinion of Judge Simma do tego wyroku (§§ 8-15).

³⁷⁰ Zob. ICJ. Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v. Uganda), Judgment of 19 December 2005 – Separate opinion of Judge Bruno Simma: “9. From the Nicaragua case onwards the Court has made several pronouncements on questions of use of force and self-defence which are problematic less for the things they say than for the questions they leave open, prominently among them the issue of self-defence against armed attacks by non-State actors”; K. Oellers-Frahm, *Der IGH und die „Lücke“ zwischen Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht – Neues im Fall „Kongo gegen Uganda“?*, „Zeitschrift für Europarechtliche Studien”, 2007, No. 1, s. 71–90; V.-J. Proulx, *Babysitting Terrorists: Should States Be Strictly Liable for Failing to Prevent Transborder Attacks?*, “Berkeley Journal of International Law”, 2005, vol. 23, No. 3, s. 101–153.

³⁷¹ Zob. niektóre aspekty tej kwestii – ICJ. Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda). Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application, Judgment of 3 February 2006 (zwłaszcza Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans, Elaraby, Owada and Simma).

³⁷² W tym sensie J.A. Green, *Fluctuating Evidentiary Standards for Self-Defence in the International Court of Justice*, “International and Comparative Law Quarterly”, vol. 58 (2009), s. 163–179; A.M. Weisburd, *The International Court of Justice and the Concept of State Practice*, “UNC Legal Studies Research Paper”, 2008, No. 1282684: “It is clear then that what the Court has not been doing in C[ustomary] I[nternational] L[aw] cases is basing its judgments on carefully described state practice” (s. 67); “The Court’s behavior is that it seems to be moving away from what could be reasonably called a judicial role to that of a free-form policy maker” (s. 76); S. Halink, *All Things Considered: How the International Court of Justice Delegated Its Fact-Assessment To*

6.3.3. Jeśli idzie o odpowiedzialność za skutki użycia siły (naruszenia norm prawa humanitarnego i praw człowieka), to w przypadku działań organów *de iure* państwa przypisanie im określonych aktów wynika ze sprawowania faktycznej władzy w postaci pełnej kontroli, która odnosi się nie do sprawców (są nimi organy *de iure*), lecz do ofiar poszkodowanych na obcym, kontrolowanym przez to państwo terytorium.

W przypadku działań zorganizowanych aktorów niepaństwowych, mamy do czynienia z sytuacją, gdy na części danego terytorium funk-

the United Nations in the Armed Activities Case, “New York University Journal of International Law and Politics”, vol. 40 (2008), s. 13-52; A. Gattini, *Evidentiary Issues in the ICJ’s Genocide Judgment*, “Journal of International Criminal Justice”, vol. 5 (4) (2007), s. 889-904; A. Cassese, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, EJIL, vol. 18/4 (2007), s. 653/654: “It is, however, a fact that the Court in Nicaragua set out that test without explaining or clarifying the grounds on which it was based. No reference is made by the Court either to state practice or to other authorities. This is in keeping with a regrettable recent tendency of the Court not to corroborate its pronouncements on international customary rules (other than those traditional rules that are largely upheld in case law and the legal literature) with a showing, if only concise, of the relevant practice and opinio juris”; R. Teitelbaum, *Recent Fact-Finding Developments at the International Court of Justice*, “The Law and Practice of International Courts and Tribunals”, vol. 6/1 (2007), s. 119-158.

Zob. też uwagi krytyczne – ICJ. Accordance With International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010, Declaration of Judge Simma: “7. (...) [T]he Court could have delivered a more intellectually satisfying Opinion, and one with greater relevance as regards the international legal order as it has evolved into its present form, had it not interpreted the scope of the question so restrictively. (...) 10. [T]he Court should have considered the question from a slightly broader perspective, and not limited itself merely to an exercise in mechanical jurisprudence”; ICJ. Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment of 20 April 2010, Joint Dissenting Opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma: “3. (...) [T]he Court has approached it [the case, JK] in a way that will increase doubts in the international legal community whether it, as an institution, is well-placed to tackle complex scientific questions. (...) 5. (...) The Court here has been content to hear the arguments of the Parties, ask a few token questions, and then disappear and deliberate in camera, only to emerge with terse, formalist replies. (...) In several paragraphs, the Court variously states that it ‘sees no need’ or ‘is not in a position’ to arrive at specific conclusions, that ‘there is no [clear] evidence to support’ certain claims, that certain facts have ‘not (...) been established to the satisfaction of the Court’, or that the evidence ‘does not substantiate the claims.’”; ICJ. Case concerning East Timor (Portugal v. Australia), Judgment of 30 June 1995 – Dissenting Opinion of Judge Skubiszewski.

cjonuje skuteczna władza, odrębna od państwowej. Jeśli jakieś państwo wspiera tę władzę, to przesłanką przypisania mu odpowiedzialności za jej działania jest różnie rozumiana kontrola. Pomijając ewentualną odpowiedzialność karną jednostek międzynarodowoprawna odpowiedzialność zorganizowanych aktorów niepaństwowych (jako podmiotu) jest w praktyce znikoma.

Izba Apelacyjna Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (MTKJ), a także orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) wychodzą poza standard sformułowany przez MTS w wyroku dotyczącym Nikaragui (1986)³⁷³. W sprawie *Tadić* (1999)³⁷⁴ MTKJ stwierdził, iż dla przypisania państwu odpowiedzialności za akty zorganizowanych grup niepaństwowych nie wystarczy tylko szkolenie lub finansowanie tych grup czy też dostawy broni dla nich, konieczna jest bowiem jeszcze organizująca i koordynująca rola państwa w odniesieniu do ich aktywności (podobnie MTS). Nie jest natomiast – zdaniem Izby – niezbędne (jak tego wymaga MTS), by państwo kierowało tymi oddziałami lub udzielało im

³⁷³ ICJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Judgment of 27 June 1986, §§ 109 i 115.

³⁷⁴International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). *Prosecutor v. Duško Tadić* (No. IT-94-1-A), Appeals Chamber, Judgment of 15 July 1999 r.: “137. Where the question at issue is whether a single private individual or a group that is not militarily organised has acted as a de facto State organ when performing a specific act, it is necessary to ascertain whether specific instructions concerning the commission of that particular act had been issued by that State to the individual or group in question; alternatively, it must be established whether the unlawful act had been publicly endorsed or approved ex post facto by the State at issue. By contrast, control by a State over subordinate armed forces or militias or paramilitary units may be of an overall character (and must comprise more than the mere provision of financial assistance or military equipment or training). This requirement, however, does not go so far as to include the issuing of specific orders by the State, or its direction of each individual operation. (...) The control required by international law may be deemed to exist when a State (or, in the context of an armed conflict, the Party to the conflict) has a role in organising, coordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group. Acts performed by the group or members thereof may be regarded as acts of de facto State organs regardless of any specific instruction by the controlling State concerning the commission of each of those acts”. Zob. też ICTY. *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski* (No. IT-95-14/1-A), Appeals Chamber, Judgment of 24 March 2000, §§ 145, 146; ICTY. *Prosecutor v. Naletilić and Martinović* (No. IT-98-34-T), Trial Chamber, judgment of 31 March 2003, §§ 198–202.

instrukcji (poleczeń) w prowadzeniu konkretnych operacji, czyli tzw. pełna kontrola. Izba dokonała zatem rozróżnienia między kontrolą ogólną (*overall control*) a pełną kontrolą (*effective control*)³⁷⁵.

Stosowane przez MTS standardy dotyczą pełnej kontroli nad sprawcą naruszającym prawo, a nie nad terytorium lub ofiarą (np. sprawy *Nikaragua v. USA*, *Kongo v. Uganda*, *Bośnia-Hercegowina v. Federacyjna Republika Jugosławii*). Jeśli standardy te nie są spełnione, to w grę wchodzi odpowiedzialność państwa za brak należytej staranności w zapobieganiu naruszeniom prawa przez aktora niepaństwowego (czyli odpowiedzialność za akt własny, a nie za akt sprawcy).

Główna trudność dotycząca odpowiedzialności za naruszenie prawa przez aktorów niepaństwowych polega na tym, że sformułowane przez MTS standardy całkowitej zależności lub pełnej kontroli są trudne do udowodnienia oraz że wymogi te ustawione są bardzo wysoko. W konsekwencji orzecznictwo MTS z jednej strony ogranicza odpowiedzialność międzynarodowoprawną za użycie siły, z drugiej zaś kwestionuje niektóre formy reakcji na jej użycie.

Stosowany przez ETPC standard kontroli ogólnej (podobnie jak przez MTKJ w sprawie *Tadić* lub MTK w sprawie *Lubanga*³⁷⁶) powoływany jest z jednej strony w kontekście konfliktu zbrojnego i wpływu państwa na grupy nieregularne – czyli dotyczy kontroli nad sprawcą. Z drugiej zaś strony w braku konfliktu zbrojnego, lecz w sytuacji obecności wojskowej państwa na obcym terytorium, standard ten jest powoływany, jeśli państwo kontroluje dane terytorium oraz funkcjonujące na nim grupy nieregularne – czyli jest to aspekt kontroli nad sprawcą z uwzględnieniem kontroli nad terytorium (ETPC – *Loizidou*, *Ilaşcu*³⁷⁷).

Standard ogólnej kontroli może spełniać pożyteczną rolę. Przyjmuje się, że władztwo faktyczne na danym terytorium wykonywane jest nie tylko

³⁷⁵ A. Cassese, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, EJIL 2007, vol. 18/4, s. 649-668;

³⁷⁶ Cour pénale internationale. Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06), Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, § 211.

³⁷⁷ European Court of Human Rights (ECHR). *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections) (No. 15318/89), Judgment of 23 March 1995, § 62; ECHR. *Loizidou v. Turkey* (Merits) (No. 15318/89), Judgment of 18 December 1996, § 56; ECHR. *Cyprus v. Turkey* (No. 25781/94), Judgment of 10 May 2001, § 77; ECHR. *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* (No. 48787/99), Judgment of 8 July 2004, §§ 314-318, 333.

przez organy państwa, lecz również przez faktycznie zależne od niego struktury władzy lokalnej. Rozdzielanie kontroli nad terytorium od kontroli nad sprawcą jest wówczas wątpliwe. Kontrola terytorialna nie ma bowiem charakteru abstrakcyjnego, a jej oczywistym celem jest zawsze wpływ na potencjalnego sprawcę i jego działania, co wynikać może z dostaw broni, organizowania jego struktur lub koordynowania jego działań, ale również z samej obecności oddziałów wojskowych państwa na danym terytorium.

Obciążenie państwa mającego wpływ na te grupy odpowiedzialnością za naruszenie obowiązku należytej staranności wydaje się mało zadowalające. Uwzględnić należy też różnicę między brakiem staranności państwa, które dysponuje pewnym wpływem na sprawcę i wpływu tego z różnych względów zaniechało, a zaniechaniem staranności w warunkach udzielanego mu masowego i różnorodnego wsparcia, które w pewnych sytuacjach może przechodzić w różne formy udziału (akt własny państwa) w naruszeniu prawa (np. współsprawstwo, pomocnictwo).

6.4. Samoobrona sprzedająca i zbrojna operacja prewencyjna

6.4.1. Państwa używające siły zbrojnej bez zgody RB powołują się najczęściej na samoobronę, co prowadzi do rozszerzającej interpretacji tego pojęcia. W niektórych przypadkach RB akceptuje *post factum* użycie siły – nie ocenia wprost jej legalności, lecz uznaje wynikające z niej stany prawne i faktyczne – na przykład rezolucje 1244 (Jugosławia), 1483 oraz 1511 (Irak).

Poza klasyczną samoobroną, przewidzianą w art. 51 Karty NZ, inne warianty użycia siły przybierają postać samoobrony uprzedzającej, zbrojnej operacji prewencyjnej oraz tzw. interwencji humanitarnej.

Sytuując koncepcje użycia siły na osi czasu, mamy w przypadku interwencji humanitarnej do czynienia z reakcją na zaistniałe uprzednio oczywiste, masowe i poważne naruszenie fundamentalnych norm prawa międzynarodowego. Inny wariant to koncepcje samoobrony uprzedzającej (*preemptive*) i zbrojnej operacji prewencyjnej (*preventive*); przymiotników *preemptive* i *preventive* używa się niekiedy zamiennie, co nie wydaje się trafne. Do działań uprzedzających odnoszą się też przymiotniki *anticipatory* albo *interceptive*. W przypadku samoobrony uprzedzającej chodzi o uniemożliwienie przyszłego, lecz bardzo bliskiego zagrożenia napaścią zbrojną (w tym o charakterze terrorystycznym). Z kolei zbrojną operację prewencyjną odnosimy nie tyle do spodziewanego ataku, ile do unicestwienia zdolności militarnych przeciwnika. W tym ostatnim przypadku zagrożenie atakiem jest odległe

w czasie, lecz charakteryzuje się bardzo poważną skalą i skutkami (zwłaszcza w kontekście broni masowego rażenia).

<i>PRZESZŁOŚĆ</i>		<i>PRZYSZŁOŚĆ</i>	
<i>Użycie przez państwo siły zbrojnej wobec określonego na osi czasu zagrożenia i w określonym celu</i>			
Interwencja humanitarna	Samoobrona klasyczna	Samoobrona uprzedzająca	Zbrojna operacja prewencyjna
Państwo powstrzymuje zbrojnie mające już miejsce masowe i oczywiste zbrodnie międzynarodowe w innym państwie	Państwo odpiera siłą dokonaną na nie napaść zbrojną innego państwa lub podmiotu niepaństwowego	Państwo uprzedza siłą bardzo bliską napaść zbrojną na nie ze strony innego państwa lub podmiotu niepaństwowego (brak innych możliwości)	Państwo niszczy siłą zdolność napaści na nie samo lub na inne państwa ze strony innego państwa lub podmiotu niepaństwowego (po uprzednim wykorzystaniu innych możliwości)
Uzasadniona (<i>legitimate</i>) – ew. prawo zwyczajowe <i>in statu nascendi</i>	Legalna	Legalna	Nielegalna
Problem legalności znika (co do zasady) wówczas, gdy akcja zbrojna przeprowadzana jest za zgodą RB w ramach rozdziału VII Karty NZ			

O ile w przypadku interwencji humanitarnej mamy do czynienia z zaistniałymi już faktami i naruszeniami prawa międzynarodowego, o tyle w operacji uprzedzającej i operacji prewencyjnej chodzi o zdarzenia przyszłe i związaną z nimi ocenę zamiarów przeciwnika. Dodajmy, że w praktyce zbrojne operacje prewencyjne lub interwencje humanitarne zdarzają się raczej rzadko. To samo można powiedzieć o operacjach uprzedzających, chociaż w tym przypadku tendencja ulega pewnej zmianie w kontekście działań grup nieregularnych i zamachów terrorystycznych.

Praktyka międzynarodowa toleruje niekiedy przypadki operacji zbrojnych prowadzonych bez zgody danego państwa lub akceptacji RB. Niektóre z nich mają charakter krótkotrwały i dotyczą małej grupy osób (np. odbicie zakładników³⁷⁸), przybierają charakter większej akcji wojskowej w celu

³⁷⁸ Np. akcja komandosów izraelskich w ugandyjskim Entebbe (1976), nieudana prób lądowania sił amerykańskich na irańskiej pustyni Tabas (1980), akcja komandosów egipskich na Cyprze (1978) i na Malcie (1985).

zapobieżenia zbrodniom na ludności cywilnej³⁷⁹, mają dalej idący (ukryty albo jawny) cel w postaci zmiany rządu lub ustroju w danym państwie³⁸⁰, odbywają się na prośbę legalnych władz³⁸¹ lub prośby mniej oficjalne³⁸², inne bez wezwania z danego kraju³⁸³.

6.4.2. Problem samoobrony uprzedzającej sprowadza się do odpowiedzi na pozornie proste pytanie: kiedy rozpoczyna się atak? Nieroztropne i niemające uzasadnienia w obowiązujących normach prawnych jest założenie, iż reakcja samoobronna może nastąpić tylko wtedy, gdy napaść zbrojna skonkretyzowała się. W skrajnych przypadkach czekanie na napaść zbrojną może oznaczać całkowite pozbawienie się możliwości samoobrony. O ile ofiara potencjalnej napaści zbrojnej nie musi czekać na jej dokonanie, o tyle musi ona wykazać wysokie prawdopodobieństwo zbliżającego się (kwestia godzin lub dni) ataku (*imminence*) oraz brak innych możliwości zapobieżenia mu (*necessity*). Kryterium proporcjonalności nie ma w omawianym przypadku podstawowego znaczenia, ponieważ nie jest dokładnie znana skala i zakres przewidywanej napaści.

W przypadku samoobrony uprzedzającej chodzi o działania zbrojne w obliczu zagrożenia państwa (nie tylko jego terytorium, lecz również jego sił zbrojnych, obywateli za granicą, statków, samolotów, a także placówek dyplomatycznych i konsularnych), gdy „istnieje konieczność natychmiastowej i przemożnej samoobrony niepozostawiająca wyboru środków działania oraz czasu do namysłu” z zastrzeżeniem jednak, iż działanie to nie może

³⁷⁹ Np. belgijska operacja wojskowa w Kongo (1960), operacja belgijsko-amerykańska w Stanleyville (1964), operacja wojsk francuskich w kongijskim regionie Kolwezi (1978), operacja NATO w Kosowie (1999).

³⁸⁰ Np. akcje wojskowe Indii w Pakistanie Wschodnim (późniejszy Bangladesz) w 1971 r., Wietnamu w Kambodży (1978), Tanzanii w Ugandzie (1978), państw NATO w Jugosławii (1999).

³⁸¹ Np. Stanleyville (1964), Kolwezi (1978).

³⁸² Np. operacja USA na Dominikanie (1965) i na Grenadzie (1983).

³⁸³ Np. operacja izraelska w ugandyjskim Entebbe (1976), Indii w Pakistanie Wschodnim (1971), Wietnamu w Kambodży (1978), USA na irańskiej pustyni Tabas (1980), Syrii w Libanie (1987), niektórych państw afrykańskich w Liberii (początek lat 1990), USA i Wielkiej Brytanii w Iraku (1981 – ochrona ludności kurdyjskiej), NATO w Jugosławii (1999).

być „nieroztropne i przesadne” (*unreasonable or excessive*)³⁸⁴. W konstrukcji tej nie jest rozstrzygające, kto oddał pierwszy strzał³⁸⁵.

Znaczenie samoobrony uprzedzającej zmieniło się z czasem i wzrosło w oczywisty sposób po pojawieniu się nowych broni oraz grup nieregularnych, w tym terrorystycznych. O ile bowiem w czasach klasycznej wojny można było zaobserwować zmasowane przygotowania do ataku (na przykład koncentrację wojsk i sprzętu wojskowego), o tyle obecnie, na przykład w razie ataku raketowego, nie jest to możliwe. Transgraniczne ataki terrorystyczne dokonywane są niespodziewanie i z ukrycia. Niektóre z nich stanowią element serii planowanych napaści. W najnowszej praktyce międzynarodowej zauważamy, iż po jednym ataku terrorystycznym można się spodziewać następnych i wówczas za legalne uznaje się działania zbrojne w samoobronie uprzedzającej przeciwko ugrupowaniom terrorystycznym na terytorium innych państw, które wspierają te ugrupowania lub udzielają im schronienia.

Przedmiotem sporu w przypadku samoobrony uprzedzającej jest nie tyle jej legalność, ile jej praktyczne stosowanie, czyli przede wszystkim ocena konieczności reakcji zbrojnej. Dla legalnego podjęcia operacji uprzedzającej nie wystarczą ani posiadanie przez potencjalnego przeciwnika wielkiej armii, ani też groźby słowne, wymagane jest bowiem udowodnienie wysokiego prawdopodobieństwa nieuniknionej napaści zbrojnej. W kontekście nowych broni i nowych metod walki nie jest to sprawa łatwa³⁸⁶.

³⁸⁴ “[T]he necessity of that self-defence is instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation” – *The Caroline* (exchange of diplomatic notes between Great Britain, Ashburton, and the United States, Webster, 1841–1842) – szerzej na temat sprawy *Caroline* zob. A.D. Sofaer (przyp. 334); A. Guiora, *Pre-empting Terror Bombings—A Comparative Approach to Anticipatory Self-Defense*, “*Toledo Law Review*”, vol. 41, 2010, s. 18: “Customary international law permits a state to respond to a threat and infringe on the territorial sovereignty of another nation when four criteria are met: (1) it is acting in self defense; (2) the attack is substantial and military (i.e., not an ‘isolated armed incident’); (3) the offending nation is complicit, unwilling, or unable to prevent further attacks; (4) the attack is widespread and imminent. The fourth criteria narrows the *Caroline* doctrine as the attack must be deemed imminent”.

³⁸⁵ Y. Dinstein (przyp. 334), s. 191: “The crux of the issue (...) is not who fired the first shot but who embarked upon an apparently irreversible course of action, thereby crossing the legal Rubicon”.

³⁸⁶ Chatham House. *Principles of International Law on the Use of Force by States in Self-Defence*, October 2005: “Whether the attack is ‘imminent’ depends upon the nature of the threat and the possibility of dealing effectively with it at any given

Przykładowo, jeśli jakieś państwo jest obiektem powtarzających się ataków grup nieregularnych, to może uderzyć na te grupy, znajdujące się na terytorium obcego państwa, również wtedy, gdy nie spodziewa się z ich strony ataku w ciągu kilku godzin, ale ma pewność, że nastąpią kolejne ataki. Wykrywając kryjówkę takiej grupy lub jednego z jej oddziałów, państwo korzysta z *windows of opportunity* i atakuje, ponieważ tylko wtedy zniszczenie grupy będzie możliwe. W praktyce mamy często do czynienia z kombinacją klasycznej samoobrony z samoobroną uprzedzającą.

Koncepcja samoobrony uprzedzającej nie jest sprzeczna z artykułem 51 Karty NZ³⁸⁷. Nie należy sprowadzać norm Karty do absurdu – nie jest ona przecież paktem samobójców³⁸⁸.

stage. Factors that may be taken into account include: the gravity of the threatened attack – whether what is threatened is a catastrophic use of WMD; capability – for example, whether the relevant state or terrorist organisation is in possession of WMD, or merely of material or component parts to be used in its manufacture; and the nature of the attack – including the possible risks of making a wrong assessment of the danger. Other factors may also be relevant, such as the geographical situation of the victim state, and the past record of attacks by the state concerned” (section 4) – www.chathamhouse.org.uk/research/international_law/papers/view/-/id/308/.

J. Yoo, *Using Force*, “The University of Chicago Law Review”, vol. 71/3 (2004), s. 757: “Whether a threat is sufficiently imminent to render the use of force in self-defense necessary is not solely a question of time. Rather, imminence should take into account several factors: (1) the probability of an attack; (2) the likelihood that the probability of an attack will increase, given the practicality or impracticality of diplomatic alternatives, and therefore the need to take advantage of a window of opportunity; and (3) the magnitude of the harm”.

³⁸⁷ A More Secure World: Our Shared Responsibility. Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change (2004): “188. (...) However, a threatened State, according to long established international law, can take military action as long as the threatened attack is imminent, no other means would deflect it and the action is proportionate“. W tym sensie także Larger Freedom: Towards Security, Development and Human Rights for All. Report of the Secretary General of the United Nations for Decision by Heads of State and Government in September 2005: “124. Imminent threats are fully covered by Article 51, which safeguards the inherent right of sovereign States to defend themselves against armed attack. Lawyers have long recognized that this covers an imminent attack as well as one that has already happened. 125. Where threats are not imminent but latent, the Charter gives full authority to the Security Council to use military force, including preventively, to preserve international peace and security”.

³⁸⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties. Article 32: “Recourse may be had to supplementary means of interpretation, (...) in order (...) to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (...) (b) leads to a result

6.4.3. Zmiana rodzaju zagrożeń sprawia, iż znaczenia nabiera koncepcja zbrojnej operacji prewencyjnej. Pojawia się też w doktrynie pojęcie „obowiązku zapobiegania”³⁸⁹ zagrożeniom, wynikającym z dostępu niektórych państw i grup nieregularnych (w tym terrorystów) do broni masowego rażenia.

O ile w przypadku samoobrony uprzedzającej chodzi o reakcję zbrojną na zbliżający się nieuchronnie atak, o tyle operacja prewencyjna nie ma na celu powstrzymanie ataku, ale jego uniemożliwienie w dłuższej perspektywie czasowej, czyli pozbawienie zdolności do ataku przez unicestwienie potencjału zbrojnego. Dotyczy ona zatem poważnego zagrożenia, które jednak nie ma bliskiego i nieuchronnego charakteru. Zagrożenie (rodzajowo) jest dostrzegane wcześniej, lecz napaść nie jest *imminent*. Zagrożenie to jest jednak takiej natury, że jego spełnienie się niesłoby poważne konsekwencje dla skutecznej samoobrony³⁹⁰.

Jeśli w kontekście operacji uprzedzającej termin „samoobrona” ma swoje uzasadnienie, to w przypadku operacji prewencyjnej odwoływanie się do

which is manifestly absurd or unreasonable”; Th.M. Franck (przyp. 334), s. 98: “[N]o law – and certainly not Article 51 – should be interpreted to compel the reductio ad absurdum that states invariably must await a first, perhaps decisive, military strike before using force to protect themselves. On the other hand, a general relaxation of Article 51’s prohibitions on unilateral war-making (...) could lead to another reductio ad absurdum”; H. Waldock, *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, RCADI, 1952, vol. 81, s. 498: “If the action of the United Nations is obstructed, delayed or inadequate and the armed attack becomes manifestly imminent, then it would be a travesty of the purposes of the Charter to compel a defending State to allow its assailant to deliver the first and perhaps fatal blow. If an armed attack is imminent within the strict doctrine of the Caroline, then it would seem to bring the capse within Article 51. To read Article 51 otherwise is to protect the aggressor’s right to the first stroke”.

³⁸⁹ L. Feinstein, A.-M. Slaughter, *A Duty to Prevent*, “Foreign Affairs”, 2004, vol. 83/1, s. 136-141.

³⁹⁰ M.C. Waxman, *The Use of Force Against States that Might Have Weapons of Mass Destruction*, “Michigan Journal of International Law”, vol. 31/1 (2009): “The technological nature of WMD and their delivery can make it impossible to discern this ‘last chance’ period, limiting the extent to which the imminence requirement can be used to reduce uncertainty about a WMD-armed adversary’s true intentions” (s. 11); “The broader dangers of WMD possession become ‘imminent’ not immediately prior to a WMD attack, but before a state’s WMD program reaches a sufficient stage of development. (...) Additionally, mere possession can create serious collateral dangers, by acting as a shield for other forms of aggression and unfavorably altering the regional security dynamic” (s. 12).

samoobrony zamazuje natomiast istotę działania, wymaga bowiem bardzo szerokiej interpretacji pojęcia bliskości i nieuchronności ataku. Operacja prewencyjna nie spełnia zatem kryteriów dotyczących samoobrony uprzedzającej.

Jednym z uzasadnień operacji prewencyjnej jest to, że konsekwencje braku działania zbrojnego byłyby znacznie poważniejsze od skutków tej operacji, zwłaszcza że użycie broni masowego rażenia utrudnia lub uniemożliwia klasyczną samoobronę, a w pewnym stopniu również samoobronę uprzedzającą. Koncepcja operacji prewencyjnej nie opiera się zatem na czasowej bliskości ataku (*imminence*), lecz na analizie zdolności militarnych i zamiarów przeciwnika w ścisłym związku z olbrzymimi, potencjalnymi szkodami dla bezpieczeństwa międzynarodowego w przypadku zaniechania takiej operacji.

Operacja prewencyjna winna być poprzedzona zobiektywizowanymi dowodami rzeczywistego zagrożenia oraz uprzednim wykorzystaniem środków pokojowych. Samo posiadanie broni masowego rażenia przez dane państwo, czy też jego zaczepna polityka nie są przesłankami wystarczającymi dla uderzenia prewencyjnego. Zdobycie w miarę pewnych informacji jest w tym przypadku trudne, niepozbawione czasami celowej dezinformacji drugiej strony. Nadużycia i pomyłki są wprawdzie realne w każdym wariantcie samoobrony, lecz w przypadku operacji prewencyjnych wydają się poważniejsze. Nawet gdyby przyjąć legalność operacji prewencyjnych, to najtrudniejszym zadaniem jest sformułowanie w miarę zobiektywizowanych przesłanek³⁹¹. Jeśli dysponujemy taką listą, to pojawia się kolejny kłopot: kto ma je badać?

³⁹¹ Szerzej M.C. Waxman (przyp. 390), s. 1-77; G.J. Ikenberry, A.-M. Slaughter (Co-Directors), *Forging A World of Liberty Under Law. U.S. National Security in the 21st Century*. Final Paper of the Princeton Project on National Security, September 27, 2006: "The preventive use of force against states should not be ruled out, but the following conditions should be met before it is seriously considered: 1) it should be a last resort; 2) we must have overwhelming confidence in the intelligence and in the prospects for success; 3) we must be prepared to deal adequately with the aftermath; and 4) we must gain approval from the U.N. Security Council or at least from another broadly representative multilateral body, such as NATO" (s. 32); A.D. Sofaer (przyp. 334), s. 220: "[N]ecessity must be established on the basis of factors and circumstances related to establishing the legitimacy of using force under international law principles and UN Charter values, including: (1) the nature and magnitude of the threat involved; (2) the likelihood that the threat will be realized unless pre-emptive action is taken; (3) the availability and exhaustion of alternatives

W świetle dotychczasowych regulacji prawnych operacja prewencyjna bez zgody RB uznawana jest za sprzeczną z prawem międzynarodowym i prowadzącą do podważenia zakazu użycia siły zbrojnej. Nie zmienia to jednak w niczym faktu, iż wobec nowych zagrożeń problem operacji prewencyjnej pozostaje aktualny, a debata nad nim będzie się rozwijać. Jeśli prewencyjne użycie siły miałyby akceptację RB, stałoby się, co do zasady, legalne. Karta NZ nie stoi na przeszkodzie decyzji RB o prewencyjnym użyciu siły zbrojnej jako (ostatecznej) reakcji na stwierdzone przez nią zagrożenie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa.

Konkludując, problem zbrojnej operacji prewencyjnej nie znika przez uznanie jej za nielegalną. Dostrzegając nowe formy zagrożeń, polityk musi je wnikliwie analizować, a jednocześnie przygotowywać nowe scenariusze reakcji. Prawo i prawnicy międzynarodowi nie mogą uciec od tego dylematu.

6.5. Użycie siły w celach humanitarnych

6.5.1. Uwagi wstępne

Państwa próbują niekiedy powoływać się na suwerenność, aby usprawiedliwić poważne naruszenia prawa międzynarodowego wobec własnej ludności. W tej perspektywie, ochrona suwerenności sprowadzałby się do akceptacji zbrodni³⁹².

W tym kontekście wypada stwierdzić co następuje. Po pierwsze, konflikt między suwerennością a prawem międzynarodowym nie jest konfliktem prawnym, gdyż suwerenność państwa nie jest normą prawną. Po drugie, w sytuacji poważnego naruszenia prawa międzynarodowego może zaistnieć konflikt między fundamentalnymi normami tego prawa, dotyczącymi z jednej strony np. zakazu ludobójstwa lub zbrodni wojennych, z drugiej zaś zakazu użycia siły. Po trzecie, fałszywa jest opozycja: suwerenność państwa czy prawo międzynarodowe. Prymatu suwerenności państwa nie należy sprowadzać do swobodnego naruszania prawa międzynarodowego, z kolei podległość prawu międzynarodowemu nie oznacza ograniczenia suwerenności państwa. Po czwarte, naruszanie podstawowych norm mię-

to using force; and (4) whether using pre-emptive force is consistent with the terms and purposes of the UN Charter and other applicable international agreements”.

³⁹² ICTY. Prosecutor v. Duško Tadić, Decision on Jurisdiction (Appeals Chamber), Judgement of 2 October 1995: “[I]t would be a travesty of law and a betrayal of the universal need for justice, should the concept of State sovereignty be allowed to be raised successfully against human rights” (§ 58).

dzynarodowoprawnych, zwłaszcza dotyczących zbrodni międzynarodowych, trudno uznawać za element suwerenności państwa. Po piąte, państwo ponosi międzynarodowoprawną odpowiedzialność za naruszenie prawa międzynarodowego.

Prawo międzynarodowe, a w pewnym stopniu również polityka międzynarodowa, mają na celu zapobiec nadużywaniu kompetencji państwa w niezgodzie z międzynarodowymi standardami i wartościami oraz zapewnić skuteczniejszą – i wspólną z innymi państwami i strukturami międzynarodowymi – realizację podstawowych funkcji państwa. Suwerenność państwa nie jest dziś tylko koncepcją prawną ukierunkowaną na ochronę państwa w jego relacjach z innymi, lecz również instrumentem mającym zapewnić pokojową współpracę międzynarodową oraz poszanowanie praw i godności ludzi w państwie. Stabilność, dobrobyt czy demokracja są wartościami, których nie można osiągnąć tolerując bezprawie w imię ochrony suwerenności, tak samo jak międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa nie da się zrealizować za wszelką cenę, w tym za cenę milczenia wobec zbrodni.

Istnieje rodzaj konfliktów zbrojnych, w których państwo (albo różne frakcje władzy w państwach upadających) dokonuje na własnych obywatelach systematycznych i masowych zbrodni. Ponieważ nie mamy tu do czynienia ze zbrojną napaścią, konstrukcja samoobrony nie wchodzi w rachubę. Jeśli działania dyplomatyczne nie przynoszą skutku, pojawia się wówczas pytanie o użycie siły zbrojnej z zewnątrz w celach humanitarnych, czyli dla ratowania ludności przed własnym państwem³⁹³.

6.5.2. Interwencja humanitarna i operacja humanitarna

Powstaje niekiedy zadziwiająca sytuacja, w której dyktatorskie państwo jest w swych stosunkach zewnętrznych bezpieczniejsze niż wewnątrz państwa jego obywatele. Jednocześnie utrwała się przekonanie, że prawo

³⁹³ E. de Vattel, *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Neuchâtel 1773, livre II, chap. IV): «§ 55. Un Souverain ne peut s'ériger en juge de la conduite d'un autre. (...) § 56. Mais si le Prince, attaquant les Lois fondamentales, donne à son peuple un légitime sujet de lui résister; si la Tyrannie, devenue insupportable, soulève la Nation; toute Puissance étrangère est en droit de secourir un peuple opprimé, qui lui demande son assistance. (...) Mais on ne doit pas abuser de cette maxime, pour autoriser d'odieuses manœuvres contre la tranquillité des Etats. C'est violer le Droit des Gens que d'inviter à la révolte des sujets, qui obéissent actuellement à leur Souverain, quoiqu'ils se plaignent de son gouvernement».

międzynarodowe i ONZ chronią bezkarność zbrodniarzy odpowiedzialnych za naruszenia podstawowych norm międzynarodowopravných³⁹⁴. W tym kontekście widać dobitnie konflikt norm – zakazu użycia siły bez zgody Rady Bezpieczeństwa i zakazu zbrodni przeciwko ludzkości. Milczenie lub bezczynność w obliczu masowych i najpoważniejszych zbrodni, zwłaszcza pod pretekstem zakazu użycia siły zbrojnej w niezgodzie z Kartą NZ, oznacza w gruncie rzeczy kompromitację prawa międzynarodowego i stąd próby jego adaptacji do nowej rzeczywistości.

Wariantem wyjścia z tej sytuacji jest koncepcja użycia siły zbrojnej w celach humanitarnych³⁹⁵. Łączy się ona współcześnie z pytaniem, czy i jak długo przyglądać się masowym zbrodniom w państwie. Czy szkody uboczne (*collateral damages*), wyrządzone użyciem siły zbrojnej, nie bywają równoważone zyskami ubocznymi, czyli liczbą uratowanych istnień ludzkich? Trzeba też zapytać, czy bardziej akceptujemy interwencję humanitarną, czy też niehumanitarną nieinterwencję?

Na tym tle wskazane wydaje się doprecyzowanie pojęć. Wśród zbrojnych działań humanitarnych należy rozróżnić między legalną, zbrojną *operacją* humanitarną za zgodą RB³⁹⁶ a niemającą jasnego statusu prawnego zbrojną *interwencją* humanitarną bez zgody RB³⁹⁷. Terminu „interwencja” używa się w doktrynie z braku lepszego, ponieważ interwencja jest w prawie między-

³⁹⁴ Przykładowo sprawa prezydenta Sudanu przed MTK, zob. S. Mohamed, *The ICC Appeals Chamber Decision on the Warrant of Arrest in Prosecutor v. Bashir*, “ASIL Insight”, February 17, 2010; Conseil de sécurité, Communiqué de presse CS/8351, 31 mars 2005.

³⁹⁵ Th.M. Franck, *Humanitarian Intervention*, (w:) S. Besson, J. Tasioulas (przyp. 141), s. 531-548; A.J. Bellamy, *The Responsibility to Protect – Five Years On*, “Ethics & International Affairs”, vol. 24 (2010), s. 143-69; G. Evans, *The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes Once and For All*, Washington 2008; S.D. Murphy, *Criminalizing Humanitarian Intervention*, “Case Western Reserve Journal of International Law”, 2009, vol. 41, s. 341-377; J. Zajadło, *Dylematy interwencji humanitarnej*, Gdańsk 2005; J.L. Holzgrefe, R.O. Keohane (eds), *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas*, Cambridge 2003; C. Greenwood, *Humanitarian Intervention: Law and Policy*, Oxford 2001; N.J. Wheeler, *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society*, Oxford 2000.

³⁹⁶ Na przykład akcje zbrojne za zgodą ONZ w Somalii (1992), w Ruandzie (1994) lub w Libii (2011) nie stanowiły interwencji humanitarnej, były to jednak zbrojne operacje humanitarne.

³⁹⁷ Na przykład Wietnamu w Kambodży (1978), Tanzanii w Ugandzie (1978), NATO w Jugosławii (1999).

narodowym aktem ze swojej istoty nielegalnym. Przymiotnik „humanitarny” ma pozbawiać takie działania nielegalnego charakteru.

Nie należy utożsamiać zbrojnych działań humanitarnych z pojęciem samoobrony w celu ochrony własnych obywateli za granicą. Ta ostatnia jest dopuszczalna tylko w wyjątkowych przypadkach odnoszących się do zagrożenia obywateli danego państwa za granicą, a zwłaszcza ataku zbrojnego na jego oddziały wojskowe za granicą albo jego placówki dyplomatyczne lub konsularne oraz wzięcia obywateli danego państwa jako zakładników. Przesłanką legalności działań w samoobronie jest wówczas konieczność działania wobec bezpośredniego zagrożenia życia obywateli oraz niezdolności zapobieżenia temu zagrożeniu ze strony państwa, na którego terytorium do niego dochodzi, a także ograniczenie się do ratowania obywateli³⁹⁸.

Interwencja humanitarna dotyczy użycia siły zbrojnej przez państwo lub grupę państw na terytorium innego państwa, bez jego uprzedniej zgody i bez akceptacji RB NZ, w celu ochrony osób, których życie jest poważnie w wyniku dokonywanych zbrodni przeciwko ludzkości. Czy mamy wówczas do czynienia z naruszeniem prawa międzynarodowego i suwerenności? Czy jest to działanie w stanie konieczności? Prawo międzynarodowe stwarza, w porównaniu z prawem krajowym, pewne dodatkowe trudności, nie zawiera bowiem powszechnej normy o obowiązku udzielenia pomocy masakrowanej przez władze krajowe ludności³⁹⁹.

³⁹⁸ La responsabilité de protéger (przyp. 313): «4.27. En troisième lieu, s'agissant de la force militaire qu'un État utilise pour venir au secours de ses propres ressortissants sur un territoire étranger, situation qui est parfois invoquée en tant qu'autre raison justifiant une 'intervention humanitaire', nous estimons qu'il s'agit là encore d'une question parfaitement couverte par le droit international en vigueur et, en particulier, par l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. Il en est de même pour l'emploi de la force suite à une attaque terroriste entreprise contre le territoire ou les citoyens d'un État: dans la mesure où une intervention militaire est justifiée, il faut qu'elle soit conforme à la fois à l'Article 51 et aux dispositions générales du Chapitre VII, comme le Conseil de Sécurité l'a indiqué clairement en adoptant les résolutions après les événements du 11 septembre 2001».

³⁹⁹ Np. zgodnie z art. 162 polskiego kodeksu karnego: „Kto człowiekowi znajdującemu się w położeniu grożącym bezpośrednio niebezpieczeństwem utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu nie udziela pomocy mogąc jej udzielić bez narażenia siebie lub innej osoby na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu podlega karze...”. Znany jest też zakaz interwencji państw trzecich w konflikty zbrojne niemające charakteru międzynarodowego. Możliwe prawnie jest tu tylko zastosowanie siły zbrojnej z zewnątrz na mocy rozdziału VII Karty NZ, zob. Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des

Można debatować nad legalnością interwencji humanitarnej, trzeba jednak zadać pytanie, jak i kto ma ratować ofiary z rąk terrorystów lub dyktatorów. Bilans ONZ jest w tej kwestii skromny, a ofiary nie mogą czekać. W świetle wiążących rezolucji RB ONZ nie ulega wątpliwości, że zbrodnie przeciwko ludzkości (popelniane również w ramach niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych) zagrażają międzynarodowemu pokojowi i bezpieczeństwu.

Humanitarna reakcja zbrojna stanowi odpowiedź na naruszenie fundamentalnych norm prawa międzynarodowego (zakaz ludobójstwa, zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości), jednak – w przeciwieństwie na przykład do pogwałcenia norm odnoszących się do wymiany handlowej lub ruchu lotniczego – jej elementem jest pewna wartość, wbudowana w normy prawa międzynarodowego.

W stosowaniu prawa i jego tworzeniu dążyć trzeba do integracji norm i wartości. Norma prawna dopuszcza niekiedy kilka wariantów właściwego rozwiązania, a wybór zależy często od wartości i ocen. Wraz z upływem czasu podstawowymi wartościami uznanymi w prawie międzynarodowym, w tym w Karcie NZ, stały się nie tylko ochrona państwa przed nielegalnym użyciem siły zbrojnej, lecz również ochrona praw człowieka. W dłuższej perspektywie prawo międzynarodowe (i polityka międzynarodowa), pozbawione busoli wartościującej, skazane są na klęskę. Konflikty między suwerennością państwa a prawami człowieka lub między pokojem a sprawiedliwością bywają często kreowane w sposób sztuczny – są one jednak rozwiązywalne.

Cel użycia siły jest w omawianym przypadku humanitarny, trudno go jednak niekiedy oddzielić od dalej idących zamierzeń, polegających na eliminacji przyczyn i dalszych masowych naruszeń prawa, na przykład przez dyktatorski rząd. Użycie siły w celach humanitarnych nie jest pozbawione podtekstów politycznych. Czasami jednak nie sposób zatrzymać zbrodni bez eliminacji rządu lub systemu. Gdyby trwano przy skrajnym legalizmie,

victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977: «Article 3. 1. Aucune disposition du présent Protocole ne sera invoquée en vue de porter atteinte à la souveraineté d'un Etat ou à la responsabilité du gouvernement de maintenir ou de rétablir l'ordre public dans l'Etat ou de défendre l'unité nationale et l'intégrité territoriale de l'Etat par tous les moyens légitimes. 2. Aucune disposition du présent Protocole ne sera invoquée comme une justification d'une intervention directe ou indirecte, pour quelque raison que ce soit, dans le conflit armé ou dans les affaires intérieures ou extérieures de la Haute Partie contractante sur le territoire de laquelle ce conflit se produit».

Slobodan Milošević, Pol Pot i Czerwoni Khmerzy, Jean-Bedel Bokassa oraz Idi Amin mordowaliby dalej na oczach świata. Znana jest nieoficjalna wypowiedź Miloševića: „*A village a day keeps NATO away*” (NATO nie będzie reagować na zbrodnie dokonywane powoli i stopniowo). Z politycznego i humanitarnego punktu widzenia lepszym, choć ostatecznym wyjściem wydaje się niekiedy użycie siły zbrojnej dla celów humanitarnych niż zaniechanie prowadzące do kontynuowania masowych zbrodni oraz kosztownej pomocy dla uchodźców i ofiar zbrodni.

Współczesna polityka międzynarodowa charakteryzuje się selektywnością reakcji na jaskrawe naruszenia praw człowieka, czyli rozdźwiękiem między tym, co moralnie pożądane, a tym, co politycznie celowe i prawnie dopuszczalne⁴⁰⁰. Wynika to między innymi z politycznego i strategicznego braku zainteresowania daną sytuacją lub regionem, braku dobrej prognozy skuteczności lub ograniczonych możliwości militarnych i/lub finansowych. Przemyka się też oczy na zbrodnie popełniane przez mocarstwa lub ich strategicznych sojuszników, wykazuje się obojętność wobec zbrodni w regionach o mniejszym znaczeniu politycznym, a także toleruje dyktatury w imię realizacji interesów gospodarczych. Piętnowane są nadużycia państw demokratycznych, a nie reaguje się na reżimy mniej demokratyczne lub dyktatorskie. Na przykład operacja zbrojna USA w Iraku w 2003 roku oraz znęcanie się nad irackimi więźniami wywołały znacznie większe oburzenie i protesty niż wymordowanie prawie miliona osób w Ruandzie (1994), kilkunastu milionów Chińczyków w czasie tzw. rewolucji kulturalnej czy „głośne milczenie” wobec trwającej latami wojny i masakry w Sudanie lub Kongo. W czasach, gdy armia jugosłowiańska dokonywała czystek etnicznych w Kosowie w 1997 i 1998 roku, nie było w Europie masowych demonstracji ulicznych. Rosyjskie zbrodnie w Czeczenii są pomniejszane lub przemilczane, a Moskwa nie wykonuje wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

„Hipokryzja jest swoistym hołdem, który występek składa cnotcie”⁴⁰¹. Brak użycia siły nie zawsze oznacza neutralność, bywa zaś często opowiedzeniem się po stronie sprawcy (wasza niedola jest ceną za pokój), a tymczasem – w innej perspektywie – ochrona ofiar winna mieć pierwszeństwo przed ochroną sprawców. Od zachowań umotywowanych moralnie oczekujemy konsekwencji, a nie tylko kalkulacji politycznej. Braku reakcji opinii

⁴⁰⁰ W.M. Reisman, *Why Regime Change Is (Almost Always) A Bad Idea?* AJIL, 2004, vol. 98/3, s. 525: “Not everything noble is lawful; not everything noble and lawful is feasible; and not everything noble, lawful, and feasible is wise”.

⁴⁰¹ «L'hypocrisie est l'hommage que le vice rend à la vertu» (François duc de La Rochefoucauld).

światowej w jednej sprawie nie sposób jednak przenosić mechanicznie na drugą sprawę. Nietrafna jest zatem alternatywa, by interweniować w każdym przypadku masowych naruszeń prawa albo w żadnym. Nie są to jednak w praktyce sprawy łatwe, zważywszy na weberowską koncepcję etyki odpowiedzialności (*Verantwortungsethik*) i etyki przekonań (*Gesinnungsethik*).

W wielu przypadkach przeciwieństwem interwencji humanitarnej może być niehumanitarna nieinterwencja. Warto przypomnieć powiedzenie Talleyranda, iż interwencją może być również brak interwencji⁴⁰². Zastanawiać się zatem można, co jest istotniejsze: wartość wspólnoty czy wspólnota wartości⁴⁰³.

6.5.3. Odpowiedzialność za ochronę

W ostatnich latach pojawiły się w praktyce ONZ oraz w doktrynie prawnej nowe fakty i dokumenty. Ich wyrazem jest raport (2001) specjalnej komisji powołanej przez ONZ, wprowadzający pojęcie „odpowiedzialności za ochronę” (*Responsibility to Protect*) i przesuwający akcent z terminu „interwencja” na problem odpowiedzialności⁴⁰⁴. Na tym tle konstrukcja obowiązku interwencji humanitarnej (*devoir d'ingérence, right to intervene*)⁴⁰⁵ wydaje się mniej nośna.

Odpowiedzialność za ochronę odnosi się z jednej strony do obowiązku państwa wobec ludności na własnym terytorium (w przypadku własnych obywateli zagrożonych za granicą znajduje zastosowanie samoobrona), z drugiej zaś dotyczy obowiązku reagowania społeczności międzynarodowej na zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości w danym kraju. Odpowiedzialność państw trzecich obejmuje działania prewencyjne o cha-

⁴⁰² Zob. przyp. 310.

⁴⁰³ R. Kwiecień, *Między wartością wspólnoty a wspólnotą wartości. Studia i szkice z filozofii prawa idealizmu niemieckiego*, Lublin 2007.

⁴⁰⁴ La responsabilité de protéger (przyp. 313); Implementing the Responsibility to Protect. Report of the Secretary-General, 12 January 2009 – A/63/677; A. Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, Cambridge 2011; J. Zajadło, *Koncepcja odpowiedzialności za ochronę (Responsibility to Protect) – nowa filozofia prawa międzynarodowego?*, (w:) J. Kranz (red.), *Świat* (przyp. 334), s. 243–296; G. Evans, *The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Once and for All*, New York 2008.

⁴⁰⁵ M. Bettati, B. Kouchner, *Le devoir d'ingérence*, Paris 1987; O. Corten, P. Klein, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction?*, Bruxelles 1992; M. Bettati, *Le droit d'ingérence: mutation de l'ordre international*, Paris, 1996.

rakterze niemilitarnym, reakcję (również zbrojną) na masowe zbrodnie oraz wsparcie w odbudowie społecznej i pojednaniu po zakończeniu konfliktu⁴⁰⁶.

W koncepcji *Responsibility to Protect* pojawia się sformułowanie „suwerenność jako odpowiedzialność”, co jest skrótem myślowym, ponieważ chodzi nie tyle i nie tylko o suwerenność, ile o państwo i o przypomnienie jego podstawowych funkcji w świetle obowiązujących je norm prawa międzynarodowego, w tym tezy, że suwerenność nie upoważnia do naruszeń prawa i nie zwalnia od odpowiedzialności prawnej za masowe zbrodnie popełnione na własnej ludności.

Na pierwszym planie są obowiązki państwa wobec własnej ludności, pojmowane nie tylko w perspektywie suwerenności jako wyłącznej, pełnej i autonomicznej władzy, lecz również w kontekście odpowiedzialności za swoje działania. Dopiero w tle pojawiają się obowiązki społeczności międzynarodowej. Nie mamy tu zatem do czynienia z osłabianiem państwa i godzeniem w jego suwerenność⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ La responsabilité de protéger (przyp. 313): Sommaire. «Principes de base: (1 (B) Quand une population souffre gravement des conséquences d'une guerre civile, d'une insurrection, de la répression exercée par l'État ou de l'échec de ses politiques, et lorsque l'État en question n'est pas disposé ou apte à mettre un terme à ces souffrances ou à les éviter, la responsabilité internationale de protéger prend le pas sur le principe de non-intervention. (...) 2.15. Cette conception de la souveraineté comme responsabilité, qui est de plus en plus reconnue dans la pratique étatique, est importante à trois égards. En premier lieu, elle implique que les autorités étatiques sont responsables des fonctions qui permettent de protéger la sécurité et la vie des citoyens et de favoriser leur bien-être. En deuxième lieu, elle donne à penser que les autorités politiques nationales sont responsables à l'égard des citoyens au plan interne et de la communauté internationale par l'intermédiaire de l'ONU. En troisième lieu, elle signifie que les agents de l'État sont responsables de leurs actes, c'est-à-dire qu'ils doivent rendre des comptes pour ce qu'ils font ou ne font pas. L'argument en faveur de cette redéfinition théorique de la souveraineté est renforcé par l'impact sans cesse grandissant des normes internationales relatives aux droits de l'homme, et la prégnance toujours plus grande de la notion de sécurité humaine dans le discours international».

⁴⁰⁷ La responsabilité de protéger (przyp. 313): «2.13. Le Secrétaire général a redéfini ce dilemme en se fondant sur deux concepts de la souveraineté, le premier relevant de l'État et le second du peuple et des individus. Sa démarche reflète la volonté toujours plus forte, partout dans le monde, de favoriser la démocratie politique (gouvernement du, par et pour le peuple) et le développement des libertés publiques. La seconde conception de la souveraineté à laquelle il se réfère ne doit en aucune manière être perçue comme une atteinte à la notion traditionnelle de la souveraineté des États. Il s'agit au contraire de dire que la notion traditionnelle de la

Nasuwać się w tym względzie następujące uwagi. Po pierwsze, celowa wydaje się w związku z tym próba zdefiniowania przez RB specyficznych, choć (z uwagi na opory niektórych państw) niekoniecznie sformalizowanych prawnie wytycznych dla użycia siły zbrojnej. Po drugie, obowiązek ochrony wymaga silnych bodźców do kreowania politycznej woli państw nie tylko do ostatecznego użycia siły, lecz również poprzedzających je zdecydowanych działań niewojskowych. Po trzecie, odpowiedzialność za ochronę nie może się ograniczać do werbalizmu, lecz musi za nią stać zdolność i gotowość operacyjna (odpowiednie oddziały wojskowe dla położenia kresu zbrodniom, cywilna pomoc w odbudowie, zdolności finansowe). Bez spełnienia tych przesłanek koncepcja odpowiedzialności za ochronę pozostanie martwą literą⁴⁰⁸.

Wśród kryteriów dopuszczalności zbrojnych działań humanitarnych raport wymienia: słuszność sprawy i słuszny cel (masowe naruszenia praw człowieka i ich powstrzymanie), ostateczny charakter stosowanego środka (wyczerpanie innych, niemilitarnych możliwości, w tym zwłaszcza uprzedniej próby procedury w Radzie Bezpieczeństwa), proporcjonalność środków, rozsądne przewidywania dotyczące powodzenia akcji oraz właściwość organu upoważniającego do jej podjęcia (RB)⁴⁰⁹. Gdyby RB nie mogła dojść do porozumienia (dopuszcza się weto mocarstw w przypadku ich „żywotnych interesów”), proponuje się w omawianym raporcie, aby zbrojne działania humanitarne mogły być przeprowadzane przez regionalne organizacje międzynarodowe (akcent na wielostronny charakter działań), które winny dążyć do uzyskania następczej akceptacji Rady Bezpieczeństwa⁴¹⁰. Pobrzmiwiają

souveraineté des États devrait pouvoir englober aisément l'objectif d'une autonomie et d'une liberté plus grandes du peuple, aux plans tant individuel que collectif».

⁴⁰⁸ G. Evans, *The Responsibility to Protect: Unfinished Business, G8 Summit 2006: Issues and Instruments* (The Official Summit Publication), 15-17 July 2006 – www.crisisgroup.org/home/index.cfm?id=4269.

⁴⁰⁹ La responsabilité de protéger (przyp. 313), pkt 5.15 i nast. (right authority, just cause, right intention, last resort, proportional means and reasonable prospects).

⁴¹⁰ La responsabilité de protéger (przyp. 313): Sommaire. «Principes pour l'intervention militaire: (1) L'intervention militaire à des fins de protection humaine doit être considérée comme une mesure exceptionnelle et extraordinaire. Pour qu'elle soit justifiée, il faut qu'un dommage grave et irréparable touchant des êtres humains soit en train – ou risque à tout moment – de se produire. (...) 3 (D). Les cinq membres permanents du Conseil de sécurité devraient s'entendre pour renoncer à exercer leur droit de veto, dans les décisions où leurs intérêts vitaux ne sont pas en jeu, afin de ne pas faire obstacle à l'adoption de résolutions autorisant des interventions militaires qui, destinées à assurer la protection humaine, recueillent par ailleurs la majorité

tu echa dawnej koncepcji wojny sprawiedliwej (*iusta causa, recta intentio, auctoritas principis*)⁴¹¹.

Wstrzeźliwość w odniesieniu do interwencji humanitarnej (czyli bez zgody RB) wydaje się zrozumiała, ponieważ państwa obawiają się nie bez racji nadużyć i manipulacji związanych z tą koncepcją. Dotychczasowa praktyka dowodzi jednak, że wspólnota międzynarodowa akceptuje niekiedy *ex post* przypadki interwencji humanitarnej (np. operacja NATO w Kosowie⁴¹²). Z kolei RB udziela czasami zgody na użycie siły w celach humanitarnych (w Somalii, w Ruandzie lub w Liberii⁴¹³), a także odwołuje się do koncepcji *Responsibility to Protect* (w Libii⁴¹⁴).

Poza brakiem woli politycznej w Radzie Bezpieczeństwa, problem praktyczny w zastosowaniu koncepcji odpowiedzialności za ochronę dotyczy nie tyle użycia siły zbrojnej (co z reguły kończy się powodzeniem w tym sensie, że udaje się zahamować najkrwawsze zbrodnie), ile następującego później etapu czyli (od)budowy państwa na w miarę cywilizowanych i demokratycznych podstawach. Wiązą się z tym dramatyczne wręcz trudności. Zewnętrzne struktury wojskowe typu NATO przygotowane są do działań militarnych, ale nie dysponują środkami ani doświadczeniem w budowaniu społeczeństwa choćby trochę obywatelskiego i liberalnego⁴¹⁵.

Okazuje się, że opanowanie sytuacji pokonfliktowej jest poniekąd trudniejsze od fazy militarnej. Dotyczy to zarówno konfliktów o charakterze niem międzynarodowym (np. Egipt, do pewnego stopnia Somalia), jak i międzynarodowych (np. Kosowo, Libia). Realna jest obawa, że użycie siły może

des voix. E. Si le Conseil de sécurité rejette une proposition d'intervention ou s'il ne donne pas suite à cette proposition dans un délai raisonnable, les autres options possibles sont les suivantes: I. l'Assemblée générale réunie en session extraordinaire d'urgence dans le cadre de la procédure officielle de 'l'union pour le maintien de la paix' peut étudier le problème; et II. des organisations régionales ou sous-régionales, sous réserve de l'autorisation ultérieure préalable du Conseil de sécurité, peuvent agir dans le cadre de leur compétence en vertu du Chapitre VIII de la Charte».

⁴¹¹ S. Chesterman, *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford 2001; J.B. Elshtain, *Just War and Humanitarian Intervention*, "Ideas", 2001, vol. 8, nr 2; J.B. Elshtain (ed.), *Just War Theory*, Oxford 1992; M. Walzer, *Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York 2000.

⁴¹² SC Res. 1244 (1999).

⁴¹³ SC Res. 794 (1992) – Somalia; 929 (1994) – Ruanda; 1497 (2003) – Liberia.

⁴¹⁴ SC Res. 1970 (2011), 1973 (2011).

⁴¹⁵ Zob. S. Koziej, *Zmiany w strategii i taktyce wojskowej w pozimnowojennych kryzysach i konfliktach zbrojnych*, (w:) J. Kranz (red.), *Świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej. Dylematy prawa i polityki*, Warszawa 2009, s. 297–340.

pogłębiać chaos, a ten prowadzi do nowego (świeckiego albo religijnego) autorytaryzmu.

Istotne jest, że w przypadku popełnianych masowych zbrodni mamy najczęściej do czynienia z państwami i społeczeństwami o niskim stopniu kultury politycznej, co niezwykle utrudnia stabilizację państwa na demokratycznych zasadach. Jedynym wyjściem jest w takiej sytuacji tolerowanie reżimu mniej opresyjnego niż poprzedni w nadziei, że dopiero powolnie przebiegające procesy społeczne doprowadzą w dłuższej perspektywie do pewnego postępu. Ocena ta dotyczy nie tylko państw muzułmańskich lub afrykańskich. Mamy do pewnego stopnia do czynienia ze ślepym zaułkiem⁴¹⁶.

6.5.4. Kwestia legalności

6.5.4.1. Doktryna prawa międzynarodowego jest podzielona w kwestii legalności działań zbrojnych w celach humanitarnych. Niezależnie od przyczyn politycznych trzeba uwzględnić, iż w braku akceptacji Rady Bezpieczeństwa mamy do czynienia z konfliktem podstawowych norm prawa międzynarodowego (np. zakaz ludobójstwa i zakaz użycia siły zbrojnej).

Rezolucja ZO, przyjęta podczas światowego i rocznicowego szczytu ONZ w 2005 roku, zawiera wprawdzie potwierdzenie odpowiedzialności za ochronę zarówno ze strony każdego państwa, jak i społeczności międzynarodowej, jednak za cenę ograniczenia działań do zgodnych z Kartą NZ⁴¹⁷. Tym samym zamyka się błędne koło – pozostaje dalej otwarte pytanie: co począć, jeśli nie uda się uzgodnić wspólnego stanowiska w Radzie Bezpieczeństwa? Jeśli zatem RB nie podejmie z różnych (politycznych lub prawnych) względów decyzji, to kto ma się podjąć oceny sytuacji i zdecydować o ewentualnych działaniach?⁴¹⁸

Oprócz Rosji i Chin, również państwa rozwijające się nie są zachwycone koncepcją odpowiedzialności za ochronę. Charakterystyczne jest też, że państwa – zajmując oficjalne stanowisko prawne – rzadko powołują

⁴¹⁶ P. Sasnal, *Dyktat rodzi dżihad*, „Polityka“, 14 października 2015 (nr 42), s. 53: „Do wyboru jest więc dyktat lub dżihad. I większość Arabów skłania się ku tej pierwszej opcji. Problem w tym, że to iluzja wyboru, bo obie te skrajności wzajemnie się napędzają. I od lat są nierozłącznym przekleństwem świata arabskiego. (...) Im więcej zamordyzmu politycznego, tym więcej ekstremizmu religijnego, a jak wzrasta ekstremizm, to i rządy twardej ręki są oczekiwane. I koło się zamyka”.

⁴¹⁷ 2005 World Summit Outcome, A/RES/60/1, §§ 138, 139.

⁴¹⁸ Zob. na ten temat Th.M. Franck (przyp. 334), s. 135-173; Ch. Gray (przyp. 334), s. 370-425.

się na koncepcję interwencji humanitarnej albo *Responsibility to Protect* i najczęściej podają inne podstawy prawne użycia siły⁴¹⁹. Problem polega za każdym razem na kwalifikacji prawnej danego działania, a ta dokonuje się nie tylko od strony prawnej, lecz również politycznej ze wszystkimi jej cieniami i blaskami.

Statut Unii Afrykańskiej z 2000 roku przyznaje jej prawo do kolektywnego użycia siły zbrojnej w państwie członkowskim, w którym dochodzi do zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości lub zbrodni ludobójstwa; w wersji zmienionej Protokołem z 2003 roku (nie wszedł jeszcze w życie) również w przypadku poważnego zagrożenia legalnego porządku w państwie członkowskim w celu przywrócenia wewnętrznej stabilności i pokoju w tym państwie⁴²⁰. Jest to dowód ewolucji poglądów na kontynencie, którego państwa nie były i nie są entuzjastycznie nastawione do użycia siły w celach humanitarnych.

Wbrew niektórym zarzutom, zbrojna interwencja humanitarna nie jest przykładem stosowania siły wobec słabszego państwa, ale raczej działaniem w obronie jego ludności. Nie jest to również wyraz arbitralności lub kontynuacja dawnej polityki kanonierek. Wobec braku decyzji RB państwo dokonujące ludobójstwa nie powinno pozostać bezkarne, a sprawca nie może być chroniony skuteczniej niż jego ofiary.

Powyższe dylematy nakazują się koncentrować na poszczególnych (i nie-licznych) przypadkach interwencji humanitarnych i wyciągać z nich wnioski

⁴¹⁹ Względy humanitarne uzasadniające użycie siły zbrojnej, chociaż w połączeniu z prawem narodów do samostanowienia, podnosiły między innymi Indie w kontekście przyszłego Bangladeszu (1971), Tanzania w kontekście operacji w Ugandzie (1978) i Wietnam w kontekście operacji w Kambodży (1978). Odnotować należy na marginesie sporu wniesionego przed MTS 29 kwietnia 1999 r. przez Jugosławię przeciw dziesięciu państwom NATO, iż w fazie jurysdykcyjnej pozwane państwa (z wyjątkiem Belgii) nie podjęły kwestii tzw. interwencji humanitarnej. O legalności operacji NATO w Jugosławii zob. B. Simma, *NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects*, EJIL, vol. 10/1 (1999); A. Cassese, *Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, EJIL, vol. 10/1 (1999).

⁴²⁰ African Union. The Constitutive Act (2000): "Article 4. The Union shall function in accordance with the following principles: (...) (h) the right of the Union to intervene in a Member State pursuant to a decision of the Assembly in respect of grave circumstances, namely: war crimes, genocide and crimes against humanity". Jednocześnie artykuł 4 (g) statutu UA zakazuje państwom członkowskich jednostronnej interwencji w sprawy wewnętrzne innego państwa ("non-interference by any Member State in the internal affairs of another").

dla prawa międzynarodowego, które rozwija się w wyniku praktyki państw. W ocenie takiej warto uwzględnić argumenty prawne i pozaprawne, zwłaszcza to, czy mamy do czynienia z masowymi zbrodniami, czy wyczerpano inne środki niż wojskowe, czy istniała realna szansa na rychłą rezolucję RB, czy RB stwierdziła uprzednio zagrożenie międzynarodowego pokoju lub bezpieczeństwa, czy dana operacja zbrojna (bez zgody RB NZ) poprzedzona była szerszą akcją dyplomatyczną, czy państwo dokonujące zbrodni zastosowało się do wezwań RB, czy operacja nastąpiła w kontekście braku lub niemożności działań ze strony władz miejscowych, czy operacja ma poparcie międzynarodowe, czy nie jest wyrazem polityki hegemonialnej (problem chronionych wartości oraz interesów państw interweniujących), czy istnieją realne szanse na pomyślne przeprowadzenie danej akcji, wreszcie, czy jej (negatywne) skutki nie pozostają w dysproporcji do (pozytywnych) rezultatów. Do rozważenia pozostaje też zastosowanie konstrukcji konieczności⁴²¹.

Kartę NZ trzeba czytać i interpretować jako całość. Warto zwłaszcza pamiętać o celach ONZ, takich jak: „uchronić przyszłe pokolenia od klęsk wojny (...), przywrócić wiarę w podstawowe prawa człowieka, godność i wartość jednostki (...), stworzyć warunki umożliwiające utrzymanie sprawiedliwości i poszanowanie zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych i innych źródeł prawa międzynarodowego (...), zapewnić przez przyjęcie zasad i ustalenie metod, aby siła zbrojna używana była wyłącznie we wspólnym interesie” (preambuła Karty NZ). Zgodnie z artykułem 1 ust. 1 zadaniem ONZ jest między innymi utrzymać pokój i bezpieczeństwo międzynarodowe przez „skuteczne środki zbiorowe dla zapobiegania i usu-

⁴²¹ CDI. La responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001) – Commentaire à l'article 25 (Etat de nécessité): «21) Tel qu'il est conçu à l'article 25, l'état de nécessité n'est pas censé être invoqué à propos de comportements qui sont en principe réglés par les obligations primaires. (...) Dans un petit nombre de cas, l'état de nécessité a certes été invoqué pour justifier une action militaire à l'étranger, notamment dans le contexte d'interventions présentées comme humanitaires. La question de savoir si des mesures d'intervention humanitaire assorties de l'usage de la force et n'ayant pas la sanction du Chapitre VII ou VIII de la Charte des Nations Unies peuvent être légitimes au regard du droit international moderne n'entre pas dans le champ de l'article 25. Il en va de même pour la doctrine de la «nécessité militaire», critère qui est (...) expressément prévu par un grand nombre de dispositions conventionnelles du droit international humanitaire. Dans les deux cas, même si des considérations voisines de celles qui sous-tendent l'article 25 peuvent intervenir, il en sera tenu compte dans le contexte de la formulation et de l'interprétation des obligations primaires».

wania zagrożeń pokoju i dla eliminacji aktów agresji lub innych naruszeń pokoju”. Nie ma powodów, by pomijać te argumenty w interpretacji norm Karty NZ, zwłaszcza w odniesieniu do artykułu 2 ust 4, który zakazuje użycia siły w „sposób niezgodny z celami Narodów Zjednoczonych”. Z Karty nie wynika bynajmniej pierwszeństwo ochrony państwa przed ochroną jego obywateli⁴²².

Ten sposób odczytania Karty NZ może nieco złagodzić dylemat i pytanie: czy i w jakim stopniu dopuszczalne jest legitymizowanie działań na pierwszy rzut oka nielegalnych? W przypadku użycia siły w celach humanitarnych, zwłaszcza w obliczu zbrodni międzynarodowych, problem nie polega na tym, iż pewne wartości nie są chronione prawem międzynarodowym albo, że pojawiają się nągninnie poważne wątpliwości co do faktów. Trudność wynika raczej z niewydolnych mechanizmów prawnych ochrony tych wartości. Innymi słowy mechanizm w postaci decyzji RB w ramach rozdziału VII Karty NZ istnieje, ale nie zawsze funkcjonuje. Dzieje się tak nie ze względów prawnych, lecz politycznych. Chodzi tu z jednej strony o interesy niektórych mocarstw, z drugiej o niechęć w połączeniu z obojętnością (nie wszyscy gotowi są umierać za Sarajewo lub Darfur), a po trzecie o trudności w fazie stabilizacyjnej po zakończeniu działań zbrojnych.

⁴²² Kofi Annan, Réflexions sur l'intervention (Ditchley Park, 26 juin 1998): «La Charte, après tout, a été proclamée au nom des peuples, et non pas des gouvernements des Nations Unies. (...) Son intention n'a jamais été, ce faisant, de donner licence aux gouvernements de fouler aux pieds les droits fondamentaux et la dignité de l'homme. La souveraineté implique la responsabilité, pas seulement le pouvoir».

Kofi Annan. Rapport du Millénaire du Secrétaire général des Nations Unies «Nous le peuples: le rôle des Nations Unies au XXI^e siècle» (Doc. A/54/2000, 27 mars 2000): «217. (...) Si l'intervention humanitaire constitue effectivement une atteinte inadmissible à la souveraineté, comment devons-nous réagir face à des situations comme celles dont nous avons été témoins au Rwanda ou à Srebrenica et devant des violations flagrantes, massives et systématiques des droits de l'homme, qui vont à l'encontre de tous les principes sur lesquels est fondée notre condition d'êtres humains? (...) 219. L'intervention humanitaire est une question délicate et très complexe sur le plan politique et ne se prête pas à des réponses faciles. Toutefois, ce qui est certain, c'est qu'aucun principe juridique – même pas celui de la souveraineté – ne saurait excuser des crimes contre l'humanité. (...) L'intervention armée doit toujours demeurer le dernier recours mais, face à des massacres, c'est une possibilité qu'il ne faut pas écarter».

6.5.4.2. Sekretarz generalny ONZ zauważył w kontekście sytuacji w Kosowie, iż jeśli dyplomacja zawodzi, użycie siły okazuje się niekiedy usprawiedliwione w imię pokoju⁴²³.

Przypomnijmy też pogląd prezydenta Francji, François Mitterranda, iż „zakaz interwencji kończy się dokładnie w chwili, gdy pojawia się ryzyko nieudzielenia pomocy”⁴²⁴. Krótco przed zakończeniem swojego mandatu Kofi Annan stwierdził: „Niektórzy uważają, iż sprawiedliwość należy niekiedy poświęcić w interesie pokoju. Kwestionuję ten pogląd”⁴²⁵. Takie stanowisko nie jest jednak powszechnie podzielane⁴²⁶.

Ksiądz Józef Tischner stwierdził: „Decyzja jest jednocześnie ustanowieniem wartości. Nie chodziło o to, żeby działać w zgodzie z regułą, bo jest ich tyle, że cokolwiek bym zrobił, zawsze miałbym jakąś regułę za sobą. Swoją decyzją nie ilustruję więc żadnej normy, tylko – powtarzam – ustanawiam wartość. Ustanawiam nie na mocy zgodności z jakąś normą ogólną, ale na podstawie prostego doświadczenia: ‘jak trzeba, to trzeba. Od tego jestem’. (...) Fundamentalisci powołują się nie tyle na sumienie, ile na zasady. Na tym polega choroba faryzeizmu. Liczą się przepisy, a obok umiera człowiek. Dlatego sumienie pozostaje w sporze z fundamentalizmem”⁴²⁷.

⁴²³ Kofi Annan’s Speech in The Hague, May 18, 1999, UN Press Release SG/SM/6997: “[M]y reaction to the decision of the NATO to take enforcement action without seeking explicit Security Council authorization was twofold: I identified the Security Council as having the primary responsibility for maintaining international peace and security. With equal emphasis, I also stated that it was the rejection of a political settlement by the Yugoslav authorities which made this action necessary, and that, indeed, there ‘are times when the use of force may be legitimate in the pursuit of peace’.”

⁴²⁴ «[L]’obligation de non-ingérence s’arrête à l’endroit précis où naît le risque de non-assistance» – Allocution de M. François Mitterrand, Président de la République, sur l’importance des travaux de la CSCE en matière de droits de l’homme et sur la construction d’une Europe de droit, Paris, La Sorbonne, le 30 mai 1989.

⁴²⁵ “Some say that justice must sometimes be sacrificed in the interests of peace. I question that” – UN Secretary-General Kofi Annan’s Address to Mark International Human Rights Day in New York City, 8 December 2006.

⁴²⁶ *In Tapes, Nixon Rails About Jews and Blacks*, “The New York Times”, December 10, 2010: “The emigration of Jews from the Soviet Union is not an objective of American foreign policy, Mr. Kissinger said. And if they put Jews into gas chambers in the Soviet Union, it is not an American concern. Maybe a humanitarian concern. I know, Nixon responded. We can’t blow up the world because of it”.

⁴²⁷ „Gazeta Wyborcza” z 1 lipca 2000 roku, s. 22-23.

W opinii Władysława Bartoszewskiego: „Gdzie jest granica przyzwoitości? Gdzie jest granica czynności? Czy jest nią danie jałmużny, czy też przyjęcie kogoś do domu? A może podzielenie z nim szaty, jak to robili niektórzy święci? Nikt nie może o sobie powiedzieć, że zrobił dość, poza tymi, którzy zginęli, niosąc innym pomoc. Jedynie ci zrobili dość”⁴²⁸.

Jeśli skutki niezbyt w końcu licznych interwencji/operacji humanitarnych nie zawsze są optymalne, to mimo wszystko działania te często kładą kres najkrwawszym zbrodniom. Nie należy jednak przeceniać ani nadmiernie zachęcać do użycia siły, musi ona pozostać jako środek ostateczny, przy czym suwerenność państwa nie może być w tak poważnych sytuacjach tarczą ochronną.

Konkludując, nie można wykluczyć, że jesteśmy świadkami powolnego kształtowania się normy zwyczajowej, zezwalającej na interwencję humanitarną, czyli prawa lub – według niektórych – obowiązku⁴²⁹ użycia siły zbrojnej w celach humanitarnych, w tym bez zgody RB. Ważne jest, że doktryna prawa międzynarodowego oraz niektóre dokumenty międzynarodowe otwierają taką perspektywę, której rzecz jasna sprzeciwiać się będą państwa, w tym mocarstwa, dla których specyficznie rozumiana suwerenność jest wszystkim, a prawa człowieka niczym. Istotne jest w takim przypadku, aby użycia siły dokonywały podmioty (np. regionalne organizacje międzynarodowe), które trudno oskarżyć o stronniczość lub partykularne interesy.

Według Alain Pellet trzeba poszukiwać drogi pośredniej między nieortodoksyjną prawnie metodą Zorro, zastosowaną przez NATO w Kosowie,

⁴²⁸ *Moja Jerozolima, mój Izrael*. Władysław Bartoszewski w rozmowie z Joanną Szwedowską, Warszawa 2004.

⁴²⁹ A. Peters (przyp. 91): “The relevant question is therefore not the right to intervene, but that of an eventual, though exceptional, obligation of third states or (organized) groups of states to intervene in certain extreme situations, notably in the face of impending mass atrocities. (...) To the extent that the state’s obligation to prevent and combat genocide or crimes against humanity is not fulfilled, the corollary of external state sovereignty, non-intervention, is suspended or at least diminished” (s. 535); “The ideas of a defeasibility of sovereignty and of a fallback international responsibility, linked together by the concepts of multilevel governance and solidarity, taken together lead to the conclusion that under grave circumstances, namely war crimes, genocide, and crimes against humanity, the intervention of outsiders acting on behalf of the international community does not infringe state sovereignty. On the contrary, the international community’s residual responsibility to protect even requires intervention” (s. 536).

a nieakceptowalną metodą monachijskiego *appeasement* (z preferencją dla Zorro)⁴³⁰.

6.6. Działania grup nieregularnych

6.6.1. W praktyce międzynarodowej mamy do czynienia ze stopniową, wymuszoną przez rzeczywistość, akceptacją lub tolerowaniem uprzedzającego użycia siły zbrojnej w odpowiedzi na ataki grup nieregularnych (niepaństwowych), a zwłaszcza serie takich ataków.

Jak reagować na działania (zamachy) grup nieregularnych, zwłaszcza skierowane na obiekty cywilne? Czy ograniczyć się do potępienia i politycznych apeli? Czy stosować tylko środki niewojskowe? Czy w ostateczności stosować środki militarne, ale przeciwko komu i na terytorium którego państwa? Czy ze względu na relatywnie małą skalę niektórych zamachów wykluczona jest samoobrona zbrojna? Kogo obarczyć odpowiedzialnością za zamachy?

Państwo napadnięte musi reagować na użycie przeciw niemu siły przez grupy nieregularne, niezależnie od tego, czy ich działania są przez inne państwo tylko tolerowane lub wspierane finansowo i logistycznie, czy też to państwo nimi kieruje⁴³¹. Istotne i trudne okazują się w tym kontekście kwestie dowodowe. Czym innym jest stwierdzenie faktu, czyli działań zbrojnych grupy nieregularnej, czym innym przypisanie go tej grupie oraz zakwalifikowanie do określonej kategorii prawnej, a czym innym przypisanie odpowiedzialności za ten fakt określonemu państwu.

Użycie siły w samoobronie jest nie tylko odpowiedzią na wcześniejszy atak, lecz także ma na celu zapobieżenie następnym atakom. Z praktyki wynika, że państwu tolerującemu lub wspierającemu działania zbrojne grup nieregularnych przypisujemy akty grup nieregularnych i wynikającą z tego odpowiedzialność albo też nie przypisujemy mu tych niedozwolonych aktów, lecz w pewnych okolicznościach może ono ponosić odpowiedzialność mię-

⁴³⁰ A. Pellet (przyp. 243): «Et, au risque de choquer certains d'entre vous, j'irais plus loin: l'intervention de l'OTAN au Kosovo n'est certainement pas, au point de vue juridique, un modèle d'orthodoxie. Il reste que, s'agissant de la défense des droits de l'homme, elle me paraît plus recommandable que l'inaction de la communauté internationale à Srebrenica. Il est vrai qu'entre le principe de Munich et l'action à la Zorro des pays membres de l'OTAN, il y a sans doute un moyen terme, mais il est permis de préférer Zorro à Daladier et Chamberlain...».

⁴³¹ Szerzej J. Kranz (przyp. 334).

dzynarodowoprawną za brak należytej staranności w zapobieżeniu działaniom tych grup (niezdolność, niechęć).

Jeśli w danym państwie zorganizowane grupy nieregularne toczą walkę zbrojną z rządem i jeśli uzyskują one znaczną pomoc finansową i zbrojną drugiego państwa, to państwo wspierające może wówczas odpowiadać za swoje akty (na przykład interwencję w sprawy wewnętrzne pierwszego państwa) albo też – jeśli spełniony jest pewien stopień kontroli – można mu przypisać odpowiedzialność za działania grup nieregularnych⁴³².

W innych przypadkach terytorium danego państwa stanowi tylko bazę dla oddziałów nieregularnych (w tym grup terrorystycznych), które dokonują ataków na terytorium innego państwa. Prawo międzynarodowe nakłada jednak na państwo obowiązek, by jego terytorium nie było wykorzystywane przez inne podmioty do działań niezgodnych z tym prawem⁴³³. Zgoda – wyraźna lub dorozumiana – na taki stan rzeczy stanowi naruszenie tego

⁴³² Zob. punkt 6.3.2.

⁴³³ CIJ. *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949: «Les obligations qui incombent aux autorités albanaises (...) sont fondées (...) sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que (...) l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats» (s. 22); GA Res. 3314 (1974): "Any of the following acts (...) shall (...) qualify as an act of aggression: (...) (f) The action of a State in allowing its territory, which it has placed at the disposal of another State, to be used by that other State for perpetrating an act of aggression against a third State"; ILC. *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries* (2001), Art. 16 – Commentary: "(8) The obligation not to use force may also be breached by an assisting State through permitting the use of its territory by another State to carry out an armed attack against a third State".

Podobne sformułowania w kontekście ochrony środowiska zob. CIJ. *Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, § 53; CIJ. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif* du 8 juillet 1996: «L'obligation générale qu'ont les Etats de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement» (§ 29); *United Nations Convention on the Law of the Sea* (1982): Art. 194 (2): "States shall take all measures necessary to ensure that activities under their jurisdiction or control are so conducted as not to cause damage by pollution to other States and their environment"; *Trail smelter case (United States, Canada)*, 16 April 1938 and 11 March 1941, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, s. 1965.

obowiązku. W takim przypadku reakcja zbrojna napadniętego państwa może się okazać jedną z legalnych form odpowiedzi⁴³⁴.

W przypadku zbrojnych działań grup nieregularnych należy dążyć do tego, by wspierające je państwo nie pozostawało poza odpowiedzialnością, na przykład z braku dostatecznych dowodów, jego słabości i panującego w nim chaosu albo też ukrywania dowodów. Wspieranie przez jedno państwo lub tolerowanie na swym terytorium grup nieregularnych, które dokonały napaści zbrojnej (aktu terrorystycznego) na drugie państwo, upoważnia do samoobronnej reakcji zbrojnej tego drugiego bezpośrednio przeciwko pierwszemu państwu i grupom nieregularnym albo też bezpośrednio przeciwko grupom nieregularnym, a jedynie pośrednio przeciwko państwu tolerującemu je na swoim terytorium.

Chodzi o to, by państwo poszkodowane nie było pozbawione możliwości legalnej reakcji zbrojnej. Gdyby, przykładowo, uznać za wystarczający argument brak kontroli Libanu nad frakcją wojskową Hezbollahu oraz przyjmując tezę, że wojska Libanu nie będą stacjonować przy granicy z Izraelem tak długo, jak długo nie zostanie zawarty traktat pokoju, oznaczałoby to udzielenie *carte blanche* grupom nieregularnym i terrorystom oraz jednocześnie uniemożliwiło Izraelowi skuteczną obronę.

Najnowszym przykładem jest sytuacja na pograniczu Syrii i Iraku, w której mając zaplecze na terytorium Syrii oddziały tzw. państwa islamskiego dokonują zbrojnych ataków na terytorium Iraku, czemu Syria nie jest w stanie zapobiec. Irak powiadomił ONZ, że jest przedmiotem zbrojnej napaści, a Stany Zjednoczone rozpoczęły ataki z powietrza na terytorium Syrii (bez jej formalnej zgody) działając w samoobronie zbiorowej z Irakiem⁴³⁵.

⁴³⁴ Principles (przyp. 386), section 6: “Thus, where a state is unable or unwilling to assert control over a terrorist organisation located in its territory, the state which is a victim of the terrorist attacks would, as a last resort, be permitted to act in self-defence against the terrorist organisation in the state in which it is located”.

⁴³⁵ C. Kreß, *The Fine Line between Collective Self-Defense and Intervention by Invitation: Reflections on the Use of Force against 'IS' in Syria*, February 17, 2015 – <http://justsecurity.org/20118/clus-krebs-force-isil-syria>; zob. też Letter dated 23 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General (S/2014/695); Letter dated 7 September 2015 from the Permanent Representative of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the United Nations addressed to the President of the Security Council (S/2015/688).

Działania te nie spotkały się z poważniejszymi sprzeciwami, uzyskując wstępnie akceptację sekretarza generalnego ONZ⁴³⁶.

Ochrona integralności terytorialnej państwa (artykuł 2 ust. 4 Karty NZ) nie jest absolutna, chociażby ze względu na rozdział VII Karty. Nie wydaje się również, by ochrona ta korzystała z pierwszeństwa w kontekście masowego popełniania zbrodni międzynarodowych (problem interwencji humanitarnej). Zakładać należy, iż integralność łączy się z minimum skutecznej kontroli nad terytorium państwa. Dlatego też trudno akceptować politykę udzielania schronienia na terytorium państwa (np. tak zwane *save havens*) grupom nieregularnym (w tym terrorystycznym) dokonującym ataków zbrojnych w innym państwie.

Nie bez znaczenia dla oceny legalności użycia siły jest też zbadanie, czy dane państwo reagowało pozytywnie na wcześniejsze apele lub żądania RB dotyczące położenia kresu działaniom grup nieregularnych z jego terytorium. Uczynienie z tych rezolucji przesłanki legalności reakcji zbrojnej drugiego państwa jest jednak postulatem mało realistycznym, jeśli uwzględni się trudności decyzyjne RB, a także różnice interesów mocarstw. W praktyce mogłoby to wzmocnić tendencję w Radzie do nieuchwalania tego rodzaju rezolucji. Pogląd, że państwo, narażone na działanie grup nieregularnych, winno rozwiązać problem w drodze współpracy policyjno-karnej z innymi państwami, jest w praktyce trudny do zrealizowania.

Konkludując, umacnia się w wyniku międzynarodowej praktyki przekonanie, że dozwolone jest działanie jednego państwa w samoobronie na terytorium drugiego państwa, jeżeli dochodzi do zbrojnych ataków

⁴³⁶ Secretary-General Ban Ki-moon, UN Headquarters, 23 September 2014: “I am aware that today’s strikes were not carried out at the direct request of the Syrian Government, but I note that the Government was informed beforehand. I also note that the strikes took place in areas no longer under the effective control of that Government. I think it is undeniable – and the subject of broad international consensus – that these extremist groups pose an immediate threat to international peace and security” – http://www.un.org/apps/news/infocus/sgspeeches/statments_full.asp?statID=2356#.VeSUypcXvZ8; C. Stahn, *Between Law-Breaking and Law-Making: Syria, Humanitarian Intervention and ‘What the Law Ought to Be’*, “Journal of Conflict and Security Law”, vol. 19/1 (2014), s. 25-48; K. Anderson, *Legality of Intervention in Syria in Response to Chemical Weapon Attacks*, “ASIL Insights”, August 30, 2013; J. Daskal, A. Deeks, R. Goodman, *Strikes in Syria: The International Law Framework*, September 24, 2014 – <http://justsecurity.org/15479/strikes-syria-international-law-framework-daskal-deeks-goodman/>

sił nieregularnych z terytorium drugiego państwa⁴³⁷. Nie działa tu zatem ochronny parasol równej suwerenności. Praktyka ta stwarza pewną podstawę dla nowej interpretacji przepisów Karty NZ albo dla powstania normy prawa zwyczajowego. Jest to swoista odpowiedź na uniki lub przemilczenia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości.

6.6.2. W kontekście reakcji na obce działania zbrojne pojawia się problem tzw. celowego zabijania konkretnych osób (*targeted killing*)⁴³⁸, to znaczy eliminowania na terytorium obcego państwa – na polecenie rządu i przy pomocy jego organów – sprawców nielegalnego użycia siły zbrojnej (zwłaszcza aktów terrorystycznych), w tym osób przygotowujących i kierujących takimi działaniami, jeśli nie da się ich ująć. *Targeted killing* ma miejsce poza terytorium poszkodowanego lub zagrożonego państwa, czyli na terytorium innego państwa, lecz nie przeciwko niemu.

⁴³⁷ J.J. Paust, *Permissible Self-Defense Targeting and the Death of Bin Laden*, “Denver Journal of International Law and Policy”, vol. 39 (2011), s. 569-583; id., *Are US Attacks in Pakistan an Armed Attack on Pakistan?*, September 30, 2009: “Whether by merely using selective armed force in foreign state territory that is in response to ongoing armed attacks emanating from such territory engaged in or directed by non-state actors (triggering necessity as well as Article 51 self-defense) the U.S. has engaged in an armed attack on the state as such? (...) Such selective responsive targetings are not an attack of the state as such and that such targetings do not trigger application of the laws of war applicable to an international armed conflict unless the non-state actor being targeted is a ‘belligerent’. (...) I believe that once necessity for a response involving Article 51 self-defense occurs that such changes the facts and legal policies at stake sufficiently for one to conclude that a selective targeting is not an attack on Pakistan as such. Otherwise, we would be concluding (1) that the state being attacked, i.e., the United States, has no right of self-defense against the non-state actors engaged in continuing armed attacks on U.S. military in Afghanistan (which is not the case and would be unrealistic, clearly outside of general patterns of legal expectation as far as I can tell at this time), or (2) that a permissible response under Article 51 must necessarily trigger a war between the United States and Pakistan when the Pakistani government has not consented to the U.S. use of necessary armed force” – <http://www.ejiltalk.org/author/jpaust/>

⁴³⁸ M.N. Schmitt, E.W. Widmar, “*On Target*”: *Precision and Balance in the Contemporary Law of Targeting*, “Journal of National Security Law & Policy”, vol. 7 (2014), s. 378-409; C. Finkelstein, J.D. Ohlin, A. Altman (eds), *Targeted Killings Law and Morality In An Asymmetrical World*, Oxford 2012; J.J. Paust, *Self-Defense Targetings of Non-State Actors and Permissibility of U.S. Use of Drones in Pakistan*, “Journal of Transnational Law & Policy”, vol. 19/2 (2010); N. Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford 2008.

Rodzaj konfliktu (międzynarodowy/niemiędzynarodowy) nie ma tu rozstrzygającego znaczenia, podobnie jak uzyskanie zgody państwa trzeciego, ani też przypisanie mu bezpośredniej odpowiedzialności za działania terrorystyczne z jego terytorium⁴³⁹. Uwzględnić trzeba w takich przypadkach kryteria konieczności i proporcjonalności, a także konstrukcję bezpośrednio udziału (*direct participation*)⁴⁴⁰. Są to kwestie skomplikowane w kontekście prawa humanitarnego, zwłaszcza na tle uzasadnionych wątpliwości co do przyznania statutu kombatanta terrorystom. Na ocenę prawną wpływa dokładność informacji wywiadowczych oraz inne możliwości unieszkodliwienia (aresztowania) sprawców⁴⁴¹.

⁴³⁹ W tym sensie J.J. Paust, *Permissible Self-Defense Targeting and the Death of Bin Laden*, "Denver Journal of International Law and Policy", vol. 4 (2011), s. 569-583.

⁴⁴⁰ Zob. ICRC, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Geneva 2009; Israel. The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice. The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel, Judgment of December 11, 2005 (Targeted Killings Case): "39. [A] civilian who has joined a terrorist organization which has become his 'home', and in the framework of his role in that organization he commits a chain of hostilities, with short periods of rest between them, loses his immunity from attack 'for such time' as he is committing the chain of acts. Indeed, regarding such a civilian, the rest between hostilities is nothing other than preparation for the next hostility".

⁴⁴¹ Israel. The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice (769/02). The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel, Judgment of 13 December 2006: "40. [T]he following four things should be said: first, well based information is needed before categorizing a civilian as falling into one of the discussed categories. Innocent civilians are not to be harmed (...). Second, a civilian taking a direct part in hostilities cannot be attacked at such time as he is doing so, if a less harmful means can be employed. (...) Thus, if a terrorist taking a direct part in hostilities can be arrested, interrogated, and tried, those are the means which should be employed (...). Arrest, investigation, and trial are not means which can always be used. (...) However, it is a possibility which should always be considered. (...) Third, after an attack on a civilian suspected of taking an active part, at such time, in hostilities, a thorough investigation regarding the precision of the identification of the target and the circumstances of the attack upon him is to be performed (retroactively). That investigation must be independent. (...) Last, if the harm is not only to a civilian directly participating in the hostilities, rather also to innocent civilians nearby, the harm to them is collateral damage. That damage must withstand the proportionality test".

Targeted killing jest w pewnych okolicznościach metodą legalną⁴⁴², którą sytuować trzeba w kontekście konfliktu zbrojnego oraz samoobrony. Mamy tu do czynienia z przykładem kolejnego, nowego wyzwania, na które prawo międzynarodowe nie jest dziś przygotowane. Krytyka tego rodzaju operacji wydaje się wyolbrzymiona zwłaszcza na tle innych – poważnych i masowych – naruszeń prawa humanitarnego, a zwłaszcza milionów umierających z głodu lub w wyniku wewnętrznych konfliktów. Nie tylko w tym przypadku krytyka międzynarodowa ogranicza się przede wszystkim do potępienia działań USA i Izraela.

⁴⁴² H.H. Koh, *The Obama Administration and International Law*, Annual Meeting of the American Society of International Law, March 25, 2010: “U.S. targeting practices, including lethal operations conducted with the use of unmanned aerial vehicles, comply with all applicable law, including the laws of war. (...) [I]ndividuals who are part of such an armed group are belligerents and, therefore, lawful targets under international law. (...) [T]he rules that govern targeting do not turn on the type of weapon system used, and there is no prohibition under the laws of war on the use of technologically advanced weapons systems in armed conflict – such as pilotless aircraft or so-called smart bombs – so long as they are employed in conformity with applicable laws of war. (...) [A] state that is engaged in an armed conflict or in legitimate self-defense is not required to provide targets with legal process before the state may use lethal force” – <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm>;

S.D. Murphy, *The International Legality of U.S. Military Cross-Border Operations from Afghanistan into Pakistan*, The George Washington University Law School, “Public Law and Legal Theory Working Paper” No 451 (2008): “U.S. cross-border operations into Pakistan to date have taken three forms: missile strikes from Predator drones; defensive actions in immediate response to a cross-border raid from Afghanistan; and covert missions by special operations forces against militant targets located deeper in Pakistan” (s. 13); “There are, however, four potential bases for justifying these cross-border operations under international law: (A) consent by the Pakistani government; (B) authorization by the U.N. Security Council; (C) inherent self-defense against non-state actors operating from Pakistan; or (D) inherent self-defense against Pakistan itself” (s. 18).

7. Suwerenność a Unia Europejska

Przykładem nowych wyzwań wobec roli państwa i jego suwerenności jest Unia Europejska jako nietypowa organizacja międzynarodowa, sprawująca władzę publiczną⁴⁴³. Mamy w tym przypadku do czynienia ze specyficznym i nowatorskim powiązaniem prawa krajowego i prawa Unii (wielopłaszczyznowy konstytucjonalizm)⁴⁴⁴. Mimo oczywistych cech federalnych UE nie jest jednak państwem federalnym między innymi dlatego, że działa na zasadzie powierzonych jej traktatowo przez państwa kompetencji, nie posiada kompetencji do określania własnych kompetencji, nie dysponuje przymusem państwowym, a struktura jej organów odbiega od struktur państwowych, podobnie jak wynikające z Traktatów założycielskich cele i funkcje. Te tzw. ponadnarodowe cechy sprawiają, że w kontekście Unii rozwija się debata na temat suwerenności jej państw członkowskich. Czy państwa członkowskie UE charakteryzują się ograniczoną suwerennością?

7.1. Prawo Unii Europejskiej a prawo krajowe państw członkowskich

7.1.1. Prawo i praktyka Unii Europejskiej są szczególnym przypadkiem kontrowersji dotyczących suwerenności państw członkowskich w wyniku ograniczenia ich kompetencji. Cechą Unii jest wykonywanie władzy publicznej na obszarze państw członkowskich, co uzasadnia się koniecznością wynikającą z celów traktatowych integracji. Specyficzny charakter UE wynika nie tylko z powierzenia jej kompetencji prawodawczej, realizowanej w ramach specyficznej struktury instytucjonalnej, lecz również ze sposobu obowiązywania i stosowania prawa UE, które adresowane jest do państw oraz do osób fizycznych i prawnych. Państwa powierzają Unii niektóre kompetencje, a prawo Unii jest bezpośrednio stosowane i wywiera bezpośredni skutek w państwach członkowskich. Powierzenie tych kompetencji

⁴⁴³ Zob. J. Kranz, *Jak postrzegać Unię Europejską? Kilka podstawowych pojęć i problemów*, Warszawa 2013.

⁴⁴⁴ Zob. I. Pernice (przyp. 204); G. de Búrca, J.H.H. Weiler, *Świat europejskich konstytucjonalistów*, Warszawa 2014.

nie jest jednak równoznaczne z suwerennym charakterem Unii, ani też z podziałem suwerenności⁴⁴⁵.

Skoro głównym celem UE jest stworzenie jednolitego rynku i zlikwidowanie barier w swobodnym przepływie towarów, osób, usług i kapitału, to trudno sobie to wyobrazić w ramach tradycyjnej organizacji międzynarodowej. Dla określenia nowego modelu wykonywania władzy publicznej przez Unię używa się często takich terminów, jak „ponadpaństwowość” i „ponadnarodowość”. Są to istotne dla prawa skrótowe myślowe.

Ponadnarodowość ma swój wymiar polityczny, ponieważ europejska konstrukcja integracyjna wyraża wolę opartego na wartościach, interesach i potrzebach wspólnoty państw i społeczeństw usytuowania interesów narodowych w ramach międzynarodowego zarządzania. Ta tendencja uzasadniona jest z jednej strony względami historycznymi, z drugiej zaś rozwojem globalizacji i transnarodowych procesów politycznych i gospodarczych.

Na ponadnarodowość w wymiarze prawnym składają się następujące elementy:

- powierzenie Unii niektórych kompetencji władczych, co tworzy wielopłaszczyznowy porządek prawny, w ramach którego UE staje się centrum prawodawczym i sprawuje władzę publiczną;
- specyficzna równowaga Komisji, Rady i Parlamentu Europejskiego w procesie stanowienia prawa (metoda wspólnotowa);
- bezpośrednie obowiązywanie i stosowanie prawa UE, które prowadzi do bezpośrednich skutków prawnych dla osób fizycznych i prawnych oraz do pierwszeństwa stosowania jego norm przed normami prawa krajowego;
- wyłączna jurysdykcja Trybunału Sprawiedliwości UE w odniesieniu do jednolitego stosowania i interpretowania prawa Unii przez jej instytucje oraz państwa członkowskie, a także kontroli legalności działania instytucji unijnych.

⁴⁴⁵ N. Walker, *Late Sovereignty in the European Union*, (w:) N. Walker (ed.) (przyp. 91), s. 19: “[The language of late sovereignty] first, it suggests fundamental continuity than discontinuity, that the basic conceptual apparatus of sovereignty can be adapted to understand the new order. Secondly, it suggests a distinctive phase in the discursive career of the term. That just as there are continuities in the meaning of sovereignty, there are also significant changes. Thirdly, it suggests irreversibility, that there is no way back to the world of early sovereignty and the one-dimensional system of states which it represented. Fourthly, it suggests transformative potential, that sovereignty has entered a final stage, that its capacity to represent the world of political authority is being tested to the limits”.

Niektóre z tych właściwości znane są z historii organizacji międzynarodowych, natomiast o ponadnarodowości należy mówić wówczas, gdy cechy te występują łącznie. Różnica między tradycyjnymi organizacjami międzynarodowymi a UE wyraża się w nieporównywalności zakresu wiążącego prawodawstwa, sposobu jego uchwalania, obowiązywania i stosowania oraz roli TSUE.

Z orzecznictwa TSUE wyciągnąć można kilka wniosków. Po pierwsze, Unia wyposażona jest przez państwa członkowskie w kompetencje władzy publicznej, które stanowią trzon autonomicznego międzynarodowoprawnego porządku prawnego (Traktaty założycielskie oraz prawo wtórne). Po drugie, niektóre normy traktatowe oraz normy prawa wtórnego są bezpośrednio stosowane i wywołują bezpośredni skutek prawny dla podmiotów działających w sferze obowiązywania prawa Unii z uwzględnieniem pierwszeństwa stosowania norm tego prawa przed prawem krajowym. Nie tylko rozporządzenia i decyzje, lecz w niektórych przypadkach – pod wpływem orzecznictwa TSUE – również niewykonane lub źle wykonane dyrektywy stwarzają, po upływie określonego terminu, możliwość powołania się przed sądem lub organem administracji na zawarte w nich normy samowykonalne.

Zgoda państwa na związanie się traktatem jest wprawdzie niezbędna i w tym sensie system prawa UE jest pochodną woli państw członkowskich, ma ona jednak z jednej strony charakter decyzji politycznej, z drugiej zaś technicznoprawny związany z przesłankami wejścia traktatu w życie. Państwa członkowskie można uznać za tzw. władców traktatów (*Herren der Verträge*), ponieważ wyrażają zgodę na związanie się nimi lub ich zmianę. Prawo krajowe określa procedurę związania się traktatem, jednak wejście w życie Traktatów założycielskich nie zależy od aktu ratyfikacji przez pojedyncze państwo, lecz od ratyfikacji przez wszystkie państwa członkowskie UE (moment wejścia w życie umowy określa ona sama).

Skutki prawne członkostwa nie są zróżnicowane w zależności od prawa krajowego. Normy prawa UE tworzą spójny system, a TSUE czuwa z jednej strony nad legalnością unijnego procesu prawotwórczego, z drugiej zaś nad jednolitym stosowaniem prawa Unii przez organy krajowe. Próby jednostronnego uzależnienia ważności i stosowania norm unijnych od prawa krajowego prowadzą do podważenia istoty prawa Unii, zwłaszcza jego jednolitości i skuteczności⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ W sprawie 6/64 (Flaminio Costa v. ENEL) TSUE orzekł co następuje: „W związku z włączeniem do prawa każdego z krajów członkowskich przepisów pochodzenia wspólnotowego, a bardziej ogólnie ze względu zarówno na brzmienie,

Kwestia autonomii prawa Unii to o tyle problem suwerenności, o ile odnosi się do zgody na zaciągnięcie międzynarodowoprawnych zobowiązań (tj. zgody na związanie się systemem Traktatów założycielskich). Przestrzeganie tych zobowiązań, a zwłaszcza ich nieprzestrzeganie, nie jest jednak kwestią wynikającą ze swobody państwa (jego suwerenności).

Państwa członkowskie i Unia są tak ze sobą prawnie powiązane, że w ich relacji trudno mówić o dwóch odrębnych, obcych sobie porządkach. Próbę przezwyciężenia trudności prawnych na tym tle stanowi teoria wielopłaszczyznowego – krajowego i unijnego – systemu prawnego (wielopłaszczyznowego konstytucjonalizmu), uznająca wielość autonomicznych źródeł prawa tworzących jednolity system prawny, który służy realizacji uzgodnionych celów, w tym wykonywania władzy publicznej. W centrum uwagi stawia się tu nie problem państwa i państwowości, lecz wielopłaszczyznowej jedności systemu prawnego, służącego Unii, państwom członkowskim oraz osobom fizycznym i prawnym. W tej perspektywie Traktaty założycielskie mają charakter konstytucyjny⁴⁴⁷.

jak i ducha Traktatu, (...) moc wiążąca prawa wspólnotowego nie może różnić się w poszczególnych państwach w zależności od ich późniejszego wewnętrznego ustawodawstwa, gdyż zagrożiłoby to realizacji celów Traktatu; (...) prawu utworzonemu na podstawie Traktatu, pochodzącemu z autonomicznego źródła, nie można, ze względu na jego wynikającą stąd szczególną naturę, przeciwstawić w postępowaniu sądowym jakiegokolwiek wewnętrznego aktu prawnego, gdyż oznaczałoby to utratę przez to prawo charakteru wspólnotowego i zakwestionowanie samych podstaw prawnych Wspólnoty”.

Z kolei w wyroku TSUE w sprawie 106/77 (*Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SA*) czytamy: „17. (...) Bezpośrednio stosowane postanowienia traktatu oraz akty wydawane przez instytucje nie tylko powodują w stosunku do prawa krajowego państw członkowskich, od chwili wejścia w życie, nieskuteczność z mocy prawa wszelkich sprzecznych z nimi obowiązujących przepisów prawa krajowego, ale także – jako integralne elementy porządku prawnego obowiązującego na terytorium każdego z państw członkowskich, mające wyższą moc prawną – uniemożliwiają stanowienie nowych, ważnych aktów prawa krajowego, gdyby były one niezgodne z normami wspólnotowymi”.

⁴⁴⁷ Trybunał Sprawiedliwości już wcześniej określał traktaty wspólnotowe jako akty o charakterze konstytucyjnym: *charte constitutionnelle de base*, *charte constitutionnelle d'une communauté de droit* – zob. wyrok ETS z 23 kwietnia 1986 r. (*Parti écologiste «Les Verts» c. Parlement européen – Affaire 294/83*), opinia ETS nr 1/91 z 14 grudnia 1991 r. (*Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen – Avis 1/91*); wyrok ETS z 23 marca 1993 r. (*Beate Weber c. Parlement européen – Affaire C-314/91*); zob. też wyrok ETS z 9 sierpnia

Ta wielopłaszczyznowość norm jest – w kontekście szerokiego zakresu regulacji unijnej i sposobu jej stosowania w państwie – zjawiskiem odzwierciedlającym nowatorską współpracę i zarządzanie w skali międzynarodowej. Powierzenie kompetencji oraz komplementarność norm prawa krajowego i prawa Unii wynikają stąd, iż rzeczywiste możliwości państwa okazują się niewystarczające dla skutecznego wykonywania przez nie swych funkcji – konieczne jest zatem sięgnięcie do innych, nowych instrumentów. Mamy tu do czynienia z koegzystencją norm pochodzenia krajowego i unijnego w ramach zintegrowanego systemu, które się na siebie nakładają i oddziałują, wzajemnie się potrzebują i uzupełniają. Jest to wyraz zrozumienia konieczności, a jednocześnie konieczność właściwego rozumienia nowych mechanizmów współpracy.

7.1.2. Stosowanie prawa UE nie wyklucza rzeczywistych albo pozornych konfliktów z prawem krajowym. Ich rozwiązywaniu służy zasada pierwszeństwa stosowania prawa Unii przed prawem krajowym. Nie oznacza ona jednak, że istnieje nad państwem jakaś (naj)wyższa władza.

Zasada pierwszeństwa stosowania norm prawa międzynarodowego przed normami prawa krajowego nie jest nowością, co potwierdzają traktaty⁴⁴⁸ i orzeczenia sądów międzynarodowych⁴⁴⁹. Uwzględnić trzeba jednak, iż zasada ta odnosi się w przypadku Unii do zupełnie nowej sytuacji, w której organizacja międzynarodowa stawia sobie nowatorskie cele i wykonuje w szerokim zakresie władzę publiczną.

Pierwszeństwo stosowania norm prawa międzynarodowego, w tym pierwotnego i wtórnego prawa UE, przed ustawami krajowymi nie jest przedmiotem poważniejszych sporów, chociaż prawo i praktyka państw są w tej mierze zróżnicowane. Konstytucje narodowe regulują niekiedy w sposób

1994 r. (*République française c. Commission des Communautés européennes – Affaire C-327/91*), w którym ETS uznał art. 228 TWE, dotyczący zawierania przez Wspólnotę traktatów, za autonomiczną i generalną normę o charakterze konstytucyjnym (*une norme autonome et générale de portée constitutionnelle*).

Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu określił Europejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności jako „dokument konstytucyjny europejskiego porządku publicznego” (*instrument constitutionnel de l'ordre public européen*), zob. CEDH, *Affaire Loizidou c. Turquie*, arrêt du 23 mars 1995 (*exceptions préliminaires*), § 75.

⁴⁴⁸ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów (1969), art. 27: „Strona nie może powoływać się na postanowienia swojego prawa wewnętrznego dla usprawiedliwienia niewykonywania przez nią traktatu. Reguła ta nie narusza w niczym artykułu 46”.

⁴⁴⁹ Zob. przyp. 205.

wyraźny relację między prawem międzynarodowym (w tym unijnym) i prawem krajowym.

W świetle prawa UE uzasadnieniem dla zasady pierwszeństwa (*primacy*) prawa Unii jest konieczność jego jednolitego stosowania – w przeciwnym razie Unia nie mogłaby funkcjonować. Zasada ta nie jest uregulowana wprost w Traktatach założycielskich i wywodzi się z orzecznictwa TSUE⁴⁵⁰. Chodzi tu o pierwszeństwo stosowania, a nie o pierwszeństwo obowiązywania lub nadrzędność jednego systemu prawnego nad drugim (*supremacy*). W konsekwencji pierwszeństwo nie oznacza, iż sprzeczna z prawem Unii norma prawa krajowego zostaje automatycznie uchylona lub jest nieważna, sprowadza się natomiast do tego, że organ krajowy nie stosuje sprzecznej z prawem unijnym normy krajowej.

Najtrudniejsza kwestia związana z pierwszeństwem dotyczy kolizji normy międzynarodowoprawnej (w tym unijnej) z normą konstytucyjną, jeśli sprzeczności tej nie da się zapobiec w drodze przychylniej wykładni. Istotne dla omawianych sytuacji jest to, czy dany akt prawa unijnego jest zgodny z zakresem powierzonych UE kompetencji (kryterium *ultra vires*), a zwłaszcza, czy nie narusza tożsamości narodowej państw, związanej z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi (art. 4 ust. 2 TUE).

Konflikt między prawem Unii a krajowym prawem konstytucyjnym można usunąć w drodze zmiany konstytucji, co zależy od parlamentu narodowego i co w praktyce nie jest wyjątkiem. Taka sprzeczność jest więc rozwiązywalna⁴⁵¹. Jeśli państwa nie umówią się co do wspólnego mechanizmu reguł

⁴⁵⁰ W tym sensie, przykładowo, wyroki TSUE w sprawach 6/64 (Flaminio Costa), 7/71 (Commission des Communautés européennes contre République française), 48/71 (Commission des Communautés européennes contre République italienne), 106/77 (Simmenthal).

⁴⁵¹ Zob. np. Constitution de la République française: « Article 54. Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ». Zob. też Conseil constitutionnel. Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007 oraz Décision n° 2012-653 DC du 09 août 2012.

Constitution of Ireland, Article 29: "6. No provision of this Constitution invalidates laws enacted, acts done or measures adopted by the State, before, on or after the entry into force of the Treaty of Lisbon, that are necessitated by the

kolizyjnych oraz organów rozstrzygających takie konflikty, to każdy z systemów (międzynarodowy i krajowy) ma tendencję do stosowania własnych reguł. Orzeczenia sądu krajowego lub akt danego państwa nie uchylają wtedy (jednostronnie) obowiązywania danej normy, a jedynie prowadzą do jej niezastosowania w porządku prawnym tego państwa. Oznacza to, że każdy z systemów jest najwyższy we własnej sferze – nie jest to jednak rozwiązanie idealne.

Sprawa wydaje się prostsza w przypadku kolejnych zmian Traktatów założycielskich UE, wówczas bowiem jest czas – jeszcze przed ratyfikacją – na analizę prawną i ewentualną zmianę odpowiednich norm konstytucyjnych (tego typu kontrolę prewencyjną przewiduje także polska Konstytucja⁴⁵²). Sytuacja komplikuje się w razie konfliktu normy wtórnego prawa UE z konstytucją lub w przypadku, gdy norma prawa pierwotnego interpretowana będzie przez TSUE w sposób niedający się pogodzić z krajową normą konstytucyjną. Traktaty założycielskie nie rozwiązują ostatecznie tego dylematu.

Z orzecznictwa TSUE wynika, że w razie konfliktu normy prawa UE z prawem krajowym (w tym konstytucyjnym) danego państwa opowiada się

obligations of membership of the European Union referred to in subsection 5 of this section or of the European Atomic Energy Community, or prevents laws enacted, acts done or measures adopted by — i. the said European Union or the European Atomic Energy Community, or institutions thereof, ii. the European Communities or European Union existing immediately before the entry into force of the Treaty of Lisbon, or institutions thereof, or iii. bodies competent under the treaties referred to in this section, – from having the force of law in the State”.

Constitution of Netherlands, Article 91: “(3) Any provisions of a treaty that conflict with the Constitution or which lead to conflicts with it may be approved by the Chambers of the Parliament only if at least two-thirds of the votes cast are in favor”; Article 92: “Legislative, executive, and judicial powers may be conferred on international institutions by or pursuant to a treaty, subject, where necessary, to the provisions of Article 91 (3)”. Article 94: “Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions”.

⁴⁵² Zob. art. 133 Konstytucji RP: „2. Prezydent Rzeczypospolitej przed ratyfikowaniem umowy międzynarodowej może zwrócić się do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem w sprawie jej zgodności z Konstytucją”. W art. 188 Konstytucja RP przewiduje też kontrolę następującą: „Trybunał Konstytucyjny orzeka w sprawach: 1) zgodności ustaw i umów międzynarodowych z Konstytucją, 2) zgodności ustaw z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi, których ratyfikacja wymagała uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie, 3) zgodności przepisów prawa, wydawanych przez centralne organy państwowe, z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami”.

on za pierwszeństwem stosowania prawa UE⁴⁵³. TSUE nie orzeka jednak o zgodności normy konstytucyjnej z prawem UE (nie ma do tego kompetencji), lecz jedynie wskazuje, jak należy wykonać i interpretować prawo unijne. Orzeczenia TSUE są wiążące dla organów krajowych.

Co zatem począć w sytuacji konfliktu między normą prawa UE i krajową normą konstytucyjną?

Po pierwsze, można (prewencyjnie) dążyć do uniemożliwienia określonych zmian w Traktatach założycielskich lub uchwalenia aktu prawa wtórnego. Po drugie, można zaskarżyć dany akt prawny do TSUE w formie skargi o stwierdzenie nieważności (art. 263 TFUE) albo zadać pytanie prejudycjalne (art. 267 TFUE). Po trzecie, można polegać na rozsądnej i przyjaznej prawu unijnemu i orzecznictwu TSUE postawie sądów krajowych (również takiej postawie TSUE w odniesieniu do konstytucji narodowych). Po czwarte, Unia może zmienić albo uchylić obowiązującą normę jej prawa (nie jest to jednak możliwe w drodze jednostronnej czynności państwa). Po piąte, możliwa jest zmiana odpowiedniej normy konstytucyjnej. Po szóste, najdalej idącym rozwiązaniem jest wystąpienie z UE, co zresztą Traktat z Lizbony dopuszcza po raz pierwszy w sposób wyraźny (art. 50 TUE)⁴⁵⁴.

Pogląd o pierwszeństwie krajowych norm konstytucyjnych przed prawem unijnym zakłada, że państwo i jego konstytucja stanowią najlepszą i najwyższą formę realizacji i ochrony interesu narodowego. Krajowe sądy konstytucyjne nie mają jednak kompetencji do badania legalności norm prawa UE w świetle Traktatów założycielskich, a mogą jedynie orzekać, czy mieszczą się one w ramach powierzonych Unii kompetencji. Niektóre krajowe trybunały konstytucyjne (np. niemiecki FTK⁴⁵⁵) wyraziły w swych orzeczeniach przekonanie, że w szczególnych przypadkach posiadają kompetencję do badania zgodności prawa UE z konstytucją państwa, a w ostateczności orzeczenia o niestosowaniu danej normy prawa UE, gdy stwierdzą przekroczenie przez UE granic powierzonych jej kompetencji (*ultra vires*), zwłaszcza w kontekście naruszenia tożsamości konstytucyjnej państwa.

⁴⁵³ W wyroku w sprawie 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft) Trybunał stwierdził: „3. (...) zarzut naruszenia gwarantowanych w konstytucji państwa członkowskiego praw podstawowych lub zasad jego porządku konstytucyjnego nie może podważać ważności aktu Wspólnoty bądź jego skuteczności na terytorium danego państwa członkowskiego”. TSUE potwierdził to rozumowanie w wyroku w sprawie 44/79 (Liselotte Hauer).

⁴⁵⁴ Trybunał Konstytucyjny. Wyrok z 11 maja 2005 r. (K 18/04), pkt 6.4.

⁴⁵⁵ Bundesverfassungsgericht. Urteil des Zweiten Senat vom 30. Juni 2009 (2 BvE 2/08), §§ 241, 339, 340.

Z orzecznictwa polskiego Trybunału Konstytucyjnego, który podaża śladem wywodów niemieckiego FTK, wynika, iż w przypadku konfliktu uznaje on nadrzędność Konstytucji RP nad prawem UE⁴⁵⁶.

7.1.3. Na zasadę pierwszeństwa stosowania prawa Unii trzeba spojrzeć w perspektywie zmian międzynarodowej rzeczywistości i funkcji prawa międzynarodowego. Zasada ta wydaje się słuszna, gdyby bowiem państwa, które zaciągnęły określone zobowiązania międzynarodowoprawne, mogły się od nich jednostronnie uwalniać powołując się na sprzeczność z ich normami krajowymi (suwerennością), to prawo międzynarodowe i europejskie byłoby pozbawione skuteczności.

We współczesnym świecie prawo międzynarodowe w coraz większym stopniu wpływa na stosunki wewnętrzne w państwie, niekiedy w postaci norm prawa wtórnego organizacji międzynarodowych. Jest na to zgoda państw, które wiążą się określonymi zobowiązaniami. Problem nabiera znaczenia zwłaszcza wówczas, gdy akty organizacji międzynarodowej obowiązują bezpośrednio i mogą być bezpośrednio stosowane. W takim kontekście bardziej prawdopodobne stają się konflikty z normami krajowymi, w tym konstytucyjnymi.

W kwestii pierwszeństwa norm pochodzenia zewnętrznego przed krajowymi normami konstytucyjnymi nie ma gotowych i cudownych rozwiązań. Pozostaje ono w znacznym stopniu kwestią perspektywy prawnej – konstytucyjnej albo międzynarodowoprawnej. Konstrukcje teoretyczne są i będą w tym względzie pomocne, jednak ich moc pozostaje ograniczona dopóty, dopóki kwestia konfliktu z krajową normą konstytucyjną nie zostanie wyraźnie uregulowana w konkretnym traktacie, co jednak nie zawsze jest możliwe lub wskazane.

Ewolucja międzynarodowej rzeczywistości prowadzić może do spojrzenia uwzględniającego nowe cele systemów prawa pochodzenia pozakrajowego. Niczego nie przesądzając i nie kwestionując kontroli zgodności Traktatów unijnych z konstytucjami krajowymi przed momentem związania się, uznanie kompetencji narodowych sądów konstytucyjnych do kontroli następczej zgodności prawa UE (zwłaszcza wtórnego) z konstytucją narodową niesie ze sobą ryzyko naruszenia spójności prawa unijnego, przy czym nie wywołuje wiążących skutków prawnych na całym obszarze unijnym, co prowadzić może do fragmentacji obowiązywania i stosowania prawa unijnego.

⁴⁵⁶ Zob. wyroki z 11 maja 2005 r. (K 18/04) oraz z 16 listopada 2011 r. (SK 45/09).

Dotychczasowa praktyka świadczy o tym, że konflikty norm prawa UE z normami konstytucyjnymi państw członkowskich należą do rzadkości i usuwane są w drodze zmian konstytucji narodowych, zwłaszcza w momencie wyrażania zgody na związanie się normami traktatowymi. Praktyka dowodzi również mądrej tendencji do unikania otwartych konfliktów w tej materii oraz przyjaznej współpracy TSUE i krajowych sądów konstytucyjnych. Sprzyja tej tendencji koncepcja wielopłaszczyznowego systemu prawa, która przenosi ciężar kontrowersji z kwestii nadrzędności (hierarchiczności) norm pochodzących z formalnie niezależnych i różnych źródeł na ich komplementarność – prawo krajowe i prawo unijne pozostają w stosunku stałego i wzajemnego oddziaływania.

Konkludując, relacji między normami prawa UE a krajowymi normami konstytucyjnymi lepiej nie regulować traktatowo w sposób wyraźny – wydaje się to zresztą trudne. Kwestie te niekiedy lepiej pozostawić rozsądnej praktyce, w tym poszukiwaniu rozwiązań w płaszczyźnie pozaprawnej (samoograniczanie się sądów, przyjazna współpraca, konsultacje w ramach instytucji UE), dzięki czemu zminimalizuje się pole konfliktów⁴⁵⁷. W tym względzie suwerenność państwa nie musi być przeszkodą.

7.2. Powierzenie kompetencji

7.2.1. Nowatorską cechą Unii jest jej funkcja prawodawcza i wykonywanie władzy publicznej. Nie sposób tego dokonać bez powierzenia jej odpowiednich kompetencji władczym.

W doktrynie, w prawie państw członkowskich oraz w prawie UE i orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE pojawiają się takie terminy jak „przekazanie”, „przeniesienie”, „powierzenie”, „przyznanie” lub „delegowanie”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ N. Walker (przyp. 445), s. 31: “The task, therefore, of political and constitutional theory in conditions of late sovereignty is not to imagine, or to anticipate, a world in which new political values and virtues flourish in the absence of sovereignty, but to imagine and anticipate ways in which such values and virtues may flourish through the operation of sovereignty”.

⁴⁵⁸ Zob. J. Kranz, *Przekazanie kompetencji na rzecz organizacji międzynarodowej w świetle praktyki Polski, Niemiec i Francji*, Łódź 2013; J. Kranz, J. Barcz, *Powierzenie kompetencji na rzecz Unii Europejskiej a Traktat o Europejskim Mechanizmie Stabilności i Traktat o unii fiskalnej. Uwagi w świetle orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego i wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-370/12*, „Przeгляд

Kompetencje, w jakie Unia została wyposażona przez państwa członkowskie na podstawie TUE i TFUE, określa się jako powierzone/przyznane⁴⁵⁹. „Powierzenie/przyznanie” w art. 5 TUE postrzegać należy z różnych perspektyw. Z punktu widzenia państwa „przekazanie” wyraża sytuację, w której rezygnuje ono z części swych kompetencji władczych na rzecz organizacji międzynarodowej. Z perspektywy Traktatów założycielskich „powierzenie” oznacza wyposażenie Unii – jako autonomicznego podmiotu – w kompetencje, które państwo posiadało, lecz rezygnuje z nich na rzecz organizacji, ale też w kompetencje, których państwo nie posiadało i nie mogło ich przekazać. Najistotniejsze są w tym względzie kompetencje władcze powierzone Unii na wyłączność⁴⁶⁰.

Ważną rolę odegrał wyrok TSUE w sprawie 26-62 (*van Gend & Loos*): „zważywszy, że Wspólnota stanowi nowy porządek prawny w prawie międzynarodowym, na rzecz którego państwa ograniczyły, jakkolwiek tylko w wąskich dziedzinach, swoje kompetencje (*droits souverains*), i którego normy znajdują zastosowanie nie tylko do państw członkowskich, ale i pochodzących z nich jednostek; że w związku z tym prawo wspólnotowe, niezależne od ustawodawstwa państw członkowskich, nie tylko nakłada na jednostki zobowiązania, lecz może również być źródłem uprawnień stających się elementem statusu prawnego tych jednostek”.

W wyroku TSUE w sprawie 6/64 (*Flaminio Costa v. ENEL*) czytamy:

„Państwa, ustanawiając na czas nieokreślony Wspólnotę wyposażoną we własne instytucje, (...) a zwłaszcza w rzeczywiste uprawnienia władcze (*pouvoirs réels*), wynikające z ograniczenia kompetencji (*limitation de com-*

Sejmowy”, 2013, nr 4(117), s. 23-48; C. Mik, *Powierzenie Unii Europejskiej władzy przez państwa członkowskie i jego podstawowe konsekwencje prawne*, (w:) J. Kranz (red.), *Suwerenność i ponadnarodowość a integracja europejska*, Warszawa 2006; D. Sarooshi, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford 2005.

⁴⁵⁹ W myśl art. 5 TUE: „1. Granice kompetencji Unii wyznacza zasada przyznania [*principe d’attribution, principle of conferral*]. (...) 2. Zgodnie z zasadą przyznania Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez Państwa Członkowskie w Traktatach do osiągnięcia określonych w nich celów. Wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii w Traktatach należą do Państw Członkowskich”.

⁴⁶⁰ Artykuł 3 TFUE: „1. Unia ma wyłączne kompetencje w następujących dziedzinach: a) unia celna; b) ustanawianie reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego; c) polityka pieniężna w odniesieniu do Państw Członkowskich, których walutą jest euro; d) zachowanie morskich zasobów biologicznych w ramach wspólnej polityki rybołówstwa; e) wspólna polityka handlowa”. Artykuł 4.1: „Unia dzieli kompetencje z Państwami Członkowskimi, jeżeli Traktaty przyznają jej kompetencje, które nie dotyczą dziedzin określonych w artykułach 3 i 6”.

pétence) lub przeniesienia uprawnień (*transfert d'attributions*) z tych państw na Wspólnotę, ograniczyły, jakkolwiek w wąskich dziedzinach, swoje kompetencje (*droits souverains*); (...) wskutek (...) przeniesienia (...) praw i obowiązków odpowiadających postanowieniom traktatu, nastąpiło ostateczne ograniczenie ich kompetencji (*limitation définitive de leurs droits souverains*)”.

Używany często w doktrynie lub w orzeczeniach sądowych zwrot „*droits souverains*” wymaga korekty. Tego rodzaju kwalifikacja sugeruje, że państwo rezygnuje z części swojej suwerenności. Tymczasem mamy tu do czynienia z ograniczeniem kompetencji dokonany w formie prawnej powierzenia kompetencji na rzecz UE, a nie z ograniczeniem suwerenności, która ma charakter jakościowy, a nie ilościowy.

7.2.2. W przypadku powierzenia/przekazania chodzi przede wszystkim o sytuację, w której państwo zgadza się w traktacie otworzyć swój system prawny na bezpośrednie akty władcze organizacji międzynarodowej, kształtujące stosunki prawne w dziedzinach jej jurysdykcji. Państwo rezygnuje jednocześnie na rzecz organizacji międzynarodowej z wykonywania w określonym zakresie swojej kompetencji.

Unia wyposażona jest w kompetencje władcze, z których zrezygnowali jej członkowie (np. ustalanie ceł, zawieranie traktatów handlowych) oraz takie, z których nie mogli oni zrezygnować, ponieważ ich nie posiadali (np. emisja jednolitej waluty, utworzenie jednolitego rynku i zarządzanie nim, uchwalanie rozporządzeń obowiązujących bezpośrednio, harmonizacja prawa państwa członkowskich). Powierzone jej kompetencje są zatem czymś więcej niż sumą przekazanych kompetencji państw, chociaż nie wszystkie kompetencje Unii mają charakter władczy. Są to kompetencje własne organizacji (jako autonomicznego podmiotu prawa), które wykonuje ona w sferze obowiązywania jej prawa. Powierzenie kompetencji odnosi się do kompetencji wyłącznych UE i do kompetencji dzielonych.

Z punktu widzenia państwa członkowskiego traci ono niektóre kompetencje władcze nie tylko w kontekście wewnątrz krajowym lub wewnątrz unijnym, lecz również w stosunkach i obszarach zewnętrznych. Jest to sytuacja odmienna niż w przypadku klasycznej umowy międzynarodowej, która znosi cła między umawiającymi się państwami, lecz jej strony mogą je dalej pobierać w obrocie z państwami trzecimi.

W sytuacji otwarcia krajowego systemu prawnego na bezpośrednie stosowanie norm pochodzenia niekrajowego państwo nie jest jednak całkowicie pozbawione kontroli nad treścią i wykonywaniem przez Unię jej kompetencji. Dzieje się to w formie akceptacji traktatów założycielskich, udziału

w procesie stanowienia prawa wtórnego oraz w formie skarg (w tym pytań prejudycjalnych) kierowanych do TSUE. Ze względu jednak na dominujący większościowy tryb podejmowania unijnych decyzji, państwa mogą być zobowiązane do wykonywania prawa Unii nawet wbrew swej woli, na co wyraziły z góry zgodę przy ratyfikacji Traktatów UE. Tym samym trudno decyzje większościowe traktować jako naruszenie suwerenności (podobnie w przypadku niektórych decyzji Rady Bezpieczeństwa NZ). Do mitów zaliczyć należy pogląd, że wiążące decyzje większościowe naruszają suwerenność, a jednomyślność stanowi jej najlepszą ochronę.

Podstawą prawną powierzenia Unii określonych kompetencji jest zgoda państwa na związanie się Traktatami założycielskimi (płaszczyzna krajowa). Źródłem kompetencji władczych Unii są jednak same Traktaty (płaszczyzna międzynarodowoprawna). Powierzenie Unii kompetencji władczych ma trwały i długofalowy charakter, lecz nie jest nieodwracalne. Państwa członkowskie nie mogą jednostronnie i w dowolnym momencie cofnąć powierzonych organizacji kompetencji, mogą jedynie dążyć wspólnie do zmiany traktatów założycielskich lub prawa wtórnego UE, a w ostateczności wykorzystać procedurę wystąpienia z Unii (art. 50 TUE).

Powierzenie kompetencji władczych jest wyrazem zrozumienia konieczności otwarcia krajowego systemu prawa, czemu towarzyszy nowe ukształtowanie kompetencji organów państwowych i unijnych w ramach wielopłaszczyznowego, lecz zintegrowanego systemu prawa oraz wykonywanie w określonych dziedzinach władzy publicznej przez organy międzynarodowe. Mówi się często w tym kontekście o ponadnarodowym charakterze Unii jako organizacji międzynarodowej.

Konkludując, na powierzenie kompetencji składają się następujące elementy:

- po pierwsze, otwarcie krajowego systemu prawnego na kompetencje władcze organizacji międzynarodowej (organu międzynarodowego), kształtujące bezpośrednio (bezpośrednie stosowanie i bezpośredni skutek) stosunki prawne w sferze obowiązywania jej prawa (wobec podmiotów, przedmiotów, zdarzeń lub sytuacji);
- po drugie, trwała rezygnacja przez państwo z jego niektórych kompetencji władczych (zwłaszcza prawodawczych) w określonych dziedzinach;
- po trzecie, powierzenie kompetencji władczych obejmujące niekiedy szerszy zakres niż kompetencje, z których państwo rezygnuje (tzn. organizacja dysponuje kompetencjami władczymi, którymi państwo poprzednio nie dysponowało).

7.2.3. Powierzenie kompetencji różni się od ograniczenia kompetencji państwa, kiedy to nie wykonuje ono danej kompetencji albo zachowuje i wykonuje ją w pewnym tylko zakresie lub kierunku wobec innych podmiotów. W gruncie rzeczy prawie każdy traktat zawiera pewne ograniczenia w wykonywaniu władzy państwowej, jednak nie każde zobowiązanie międzynarodoprawne prowadzi do powierzenia kompetencji władczych w powyższym rozumieniu.

Przykładami ograniczeń są zniesienie cel w relacjach z drugim państwem, zniesienie ruchu wizowego, rezygnacja z kary śmierci, wyrzeczenie się broni jądrowej, demilitaryzacja części terytorium państwa. Na mocy Karty NZ Rada Bezpieczeństwa posiada kompetencję do nakładania sankcji gospodarczych w sposób wiążący prawnie dla wszystkich państw członkowskich, co jednak nie znaczy, iż nie mogą one nakładać takich sankcji na mocy własnych decyzji. Państwa-strony europejskiej Konwencji Praw Człowieka nie mogą uchylać sprzecznych nią ustaw, co jednak nie wyłącza ich kompetencji prawodawczej w dziedzinie praw człowieka.

Ważne jest też odróżniać powierzenie niektórych kompetencji państwa organizacji międzynarodowej od ekstraterytorialnego wykonywania przez jedno państwo (zazwyczaj na podstawie traktatu) elementów władzy publicznej na terytorium drugiego za jego zgodą, np. kontrole celne lub paszportowe, transgraniczne działania policji lub straży granicznej (np. pościg), bazy wojskowe (w tym stacjonowanie obcej broni) czy też działalność przedstawicielstw dyplomatycznych i konsularnych. W wielu przypadkach państwo uznaje jurysdykcję międzynarodowego sądu/arbitrażu, a niekiedy wręcz traktat wyłącza jurysdykcję sądu krajowego na rzecz obowiązkowej procedury międzynarodowej (np. spory prawne między państwami, spory inwestycyjne między zagranicznym przedsiębiorstwem i państwem). Wreszcie, na podstawie traktatowej państwa przyznają immunitety osobom fizycznym i prawnym, a także organizacjom międzynarodowym. Powierzenie kompetencji nie jest jednak równoznaczne z delegowaniem kompetencji⁴⁶¹.

7.2.4. Powierzenie kompetencji władczych skłania do refleksji nad granicami tej konstrukcji. Istotne są w tym kontekście dwie kwestie: ocena zakresu powierzenia kompetencji oraz ustalenie czy norma/akt prawa organizacji międzynarodowej nie wykracza poza ten zakres naruszając fundamenty ustrojowe państwa.

⁴⁶¹ Zob. szerzej C. Mik oraz D. Sarooshi (przyt. 458).

Naruszenie przez Unię powierzonych jej kompetencji sprowadza się do tego, iż jej instytucje działają bez podstawy prawnej (*ultra vires*) albo też nadużywają danej kompetencji do innego celu niż to w prawie przewidziano (*détournement de pouvoir*⁴⁶²). Czym innym jest jednak niezgodność aktu prawa UE z prawem krajowym, a zwłaszcza konstytucją narodową, a czym innym niezgodność aktu UE z jej prawem.

Obowiązuje w tym kontekście zasada poszanowania tożsamości państw członkowskich. Zgodnie z art. 4 ust. 2 TUE: „Unia szanuje (...) tożsamość narodową [państw członkowskich], nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego. Szanuje podstawowe funkcje państwa, zwłaszcza funkcje mające na celu zapewnienie jego integralności terytorialnej, utrzymanie porządku publicznego oraz ochronę bezpieczeństwa narodowego. W szczególności bezpieczeństwo narodowe pozostaje w zakresie wyłącznej odpowiedzialności każdego Państwa Członkowskiego”.

W opinii niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego członkostwo w Unii nie wymaga, by z góry określone kompetencje pozostawały w rękach państw członkowskich⁴⁶³. Członkostwo w niej nie może jednak prowadzić do pozbawienia państwa jego podstawowych funkcji, zwłaszcza

⁴⁶² W wyroku w sprawie C-491/01 (The Queen oraz Secretary of State for Health, ex parte: British American Tobacco (Investments) Ltd) TSUE stwierdził: „187. Skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym i rząd grecki podnoszą, że omawiana dyrektywa stanowi nadużycie władzy [misuse of powers, *détournement de pouvoir*], ponieważ jej jedynym celem jest ochrona zdrowia publicznego, a nie rozwój rynku wewnętrznego ani wspólnej polityki handlowej. Podnoszą oni w szczególności, że zakaz produkcji papierosów przeznaczonych do wywozu został wprowadzony jedynie w celu ochrony zdrowia obywateli państw trzecich. W ocenie Trybunału: „189. (...) Akt stanowi nadużycie władzy, gdy na podstawie obiektywnych, istotnych i spójnych wskazówek wydaje się, że został on wydany wyłącznie lub przynajmniej w przeważającej mierze w innych celach niż cele w nim wskazane lub też w celu obejścia procedury specjalnie przewidzianej dla danych okoliczności przez Traktat”.

⁴⁶³ BVerfG. Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 (2 BvE 2/08 – Lissabon): „223. (...) Das Grundgesetz (...) kehrt zu einer Sicht auf die Einzelstaatsgewalt zurück, die Souveränität als ‘völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit’ auffasst. (...) 248. Die vom Demokratieprinzip im geltenden Verfassungssystem geforderte Wahrung der Souveränität im vom Grundgesetz angeordneten integrationsoffenen und völkerrechtsfreundlichen Sinne, bedeutet für sich genommen nicht, dass eine von vornherein bestimmbar Summe oder bestimmte Arten von Hoheitsrechten in der Hand des Staates bleiben müssten. 249. Die europäische Vereinigung auf der Grundlage einer Vertragsunion souveräner Staaten darf allerdings nicht so verwirklicht werden, dass in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Raum zur politischen

pozbawiać system demokratycznego władztwa w państwie jego istotnych treści, szczególnie zaś jego samodzielności w kształtowaniu ustroju państwowego oraz bytu gospodarczego, kulturalnego i społecznego. Zarysowując tożsamość konstytucyjną, FTK wymienił przykładowo takie dziedziny jak cywilny i wojskowy monopol w zakresie użycia sił zbrojnych, dochody i wydatki publiczne (w tym budżet państwa), obywatelstwo, ingerencję w korzystanie z praw podstawowych, prawo do języka, kształtowanie warunków życia w rodzinie, kształcenie, korzystanie z wolności prasy, zgromadzeń i wyrażania opinii, wolność wyznania i rozpowszechniania poglądów⁴⁶⁴.

Granice tożsamości narodowej (zbliżonej do pojęcia suwerenności wewnętrznej), określane niekiedy jako rdzeń państwowości, są w praktyce trudne do zarysowania, a jeśli już, to tylko na pewnym poziomie ogólności. Z tego też względu, definiowanie suwerenności przy pomocy rdzenia kompetencji państwa należy uznać za zawodne. Rozwój prawa międzynarodowego, w tym prawa Unii, dowodzi stałego ograniczania kompetencji państw w imię wspólnych wartości, celów i interesów. Jest to proces historyczny, któremu pojęcie suwerenności podlega od dawna.

7.2.5. W omawianym kontekście pojawia się też pytanie, czy poza aspektem materialnoprawnym przekazanie dotyczy również sposobu wykonywania przez Unię powierzonych jej kompetencji.

Tryb wykonywania kompetencji unijnych nie kopiuje procedur państwowych i jest z natury rzeczy inny, ponieważ inne są procedury i struktura władzy UE⁴⁶⁵. Dotyczy to rodzaju aktów prawnych, składu instytucji UE, a także trybu podejmowania decyzji⁴⁶⁶, w tym progów większości i ew. zróżnicowania liczby głosów ważonych, przejścia od wymogu jednomyślności do większości kwalifikowanej, rozszerzenia zakresu stosowania trybu większości kwalifikowanej, czy też ograniczenia prawa państwa do składania

Gestaltung der wirtschaftlichen, kulturellen und sozialen Lebensverhältnisse mehr bleibt“.

⁴⁶⁴ BVerfG. Urteil des Zweiten Senat vom 30. Juni 2009 (2 BvE 2/08), § 249.

⁴⁶⁵ Zob. J. Kranz, *Podejmowanie decyzji większością kwalifikowaną w Radzie*, (w:) *Traktat z Lizbony. Główne reformy ustrojowe Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 155-176.

⁴⁶⁶ Na przykład, zgodnie z art. 16 ust. 3 TUE: „3. O ile Traktaty nie stanowią inaczej, Rada stanowi większością kwalifikowaną”; na mocy art. 289: „1. Zwykła procedura prawodawcza polega na przyjęciu rozporządzenia, dyrektywy lub decyzji wspólnie przez Parlament Europejski i Radę na wniosek Komisji. Procedurę tę określa artykuł 294”.

wniosków prawodawczych⁴⁶⁷. Zmiana sposobu wykonywania nie zmienia jednak materialnoprawnego zakresu przekazanej w traktacie kompetencji.

Spotkać można opinie, że przejście od jednomyślności do większości kwalifikowanej, zmiana liczby głosów danego państwa, wprowadzenie procedury współdecydowania (obecnie zwykła procedura ustawodawcza) czy też ustanowienie instrumentu decyzji ramowej mają wpływ na pozycję państw w instytucjach Unii. Trudno jednak podzielić pogląd, iż zmiany te miałyby stanowić przekazanie kompetencji albo stanowić naruszenie suwerenności⁴⁶⁸.

7.3. Powierzenie kompetencji w praktyce Niemiec i Francji

W praktyce pojawiają się problemy dotyczące przekazania kompetencji w związku z treścią Konstytucji⁴⁶⁹. W niektórych przypadkach przekazanie wymusza wprost zmianę jej tekstu, w innych zaś zmiana taka nie jest konieczna. W sytuacji gdy dane zobowiązanie międzynarodowoprawne (niezależnie od tego czy zakwalifikujemy je jako przekazanie kompetencji) jest wyraźnie sprzeczne z konstytucją, niezbędna będzie jej zmiana albo uzupełnienie.

Co do trybu związania się trzeba odpowiedzieć na pytanie, czy i w jakim stopniu przekazanie jest konstytucyjnie istotne lub wiąże się z tożsamością konstytucyjną, czyli wpływa na ustrój państwa. Pojęcia te mogą się okazać pomocne pod warunkiem ich w miarę precyzyjnego i jednolitego zdefiniowania. Praktyka państw dowodzi, iż kontrowersje w omawianej dziedzinie nie są wyjątkiem. Trybunały konstytucyjne z reguły nie definiują pojęcia przekazania kompetencji, aczkolwiek wyznaczają mu pewne ogólne granice w oparciu o zachowanie tożsamości narodowej.

⁴⁶⁷ W nielicznych przypadkach, gdy dochodzi do zmiany lub uzupełnienia norm prawa pierwotnego (np. art. 48 ust. 6 i 7 TUE, art. 352 TFUE), stosuje się specjalne procedury, które wymagają zazwyczaj jednomyślności w Radzie albo Radzie Europejskiej i odrębnej akceptacji w państwach zgodnie z ich wymogami konstytucyjnymi. Są to specjalne klauzule (zwane niekiedy ewolucyjnymi), które na podstawie norm prawa traktatowego pozwalają rozwijać/uzupełniać kompetencje Unii, np. art. 42 ust. 2, art. 48 ust. 6 TUE, art. 25 ust. 2, art. 218 ust. 8, art. 223 ust. 1, art. 262, art. 311, art. 352 TFUE. Jedno z dodatkowych zabezpieczeń krajowych może polegać na uzależnieniu stanowiska przedstawiciela rządu w Radzie UE od uprzedniej zgody (ustawy albo uchwały) parlamentu narodowego.

⁴⁶⁸ Zob. przyp. 458.

⁴⁶⁹ Zob. szerzej przyp. 458.

7.3.1. Z doktryny i orzecznictwa RFN wynika, że w definicji przeniesienia kompetencji akcent położony jest na otwarcie niemieckiego systemu prawnego na bezpośrednio stosowalne i bezpośrednio skuteczne akty władcze organu bądź organizacji międzynarodowej. Konstytucja niemiecka przewiduje wyraźnie możliwość przeniesienia praw zwierzchnich (*Hoheitsrechte*) na instytucje międzynarodowe. Związanie się traktatami przenoszącymi niektóre kompetencje może nastąpić w różnych trybach⁴⁷⁰. O ich wyborze rozstrzyga to, czy dana sprawa dotyczy UE (art. 23 Ustawy Zasadniczej), czy też innych przypadków (art. 24 UZ) oraz czy wywiera ona istotny wpływ na treść UZ (art. 23 ust. 1 zd. 2 i 3). Rozstrzygnięcia w tej materii pozostawia się praktyce, która nie jest bynajmniej jednoznaczna. Doktryna niemiecka jest wyraźnie podzielona co do tego, w jakich okolicznościach wymagany jest tryb zwykły, a w jakich wzmocniona większość 2/3 głosów (art. 23 ust. 1 UZ). W niektórych przypadkach niezbędna jest jednak zmiana Ustawy Zasadniczej⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Art. 23 Ustawy Zasadniczej: „(1) Dla urzeczywistnienia zjednoczonej Europy Republika Federalna Niemiec współdziała w rozwoju Unii Europejskiej, która przestrzeża zasad demokratycznych, praworządnościowych, socjalnych i federacyjnych oraz zasady subsydiarności, a także gwarantuje w gruncie rzeczy porównywalną z niniejszą Ustawą Zasadniczą ochronę praw podstawowych. W tym celu, w drodze ustawy i za zgodą Rady Federalnej, Federacja może dokonać przeniesienia pewnych praw zwierzchnich. Do ustanowienia Unii Europejskiej, a także do zmian jej traktatowych podstaw oraz porównywalnych uregulowań, w których wyniku niniejsza Ustawa Zasadnicza ulega w swej treści zmianie lub uzupełnieniu albo takie zmiany lub uzupełnienia stają się możliwe, stosuje się artykuł 79 ust. 2 i 3”.

Art. 24: „(1) Federacja może w drodze ustawy przenieść pewne prawa zwierzchnie na struktury międzypaństwowe. (1a) O ile kraje związkowe są właściwe do wykonywania władzy państwowej i wypełniania zadań państwowych, mogą one po uzyskaniu zgody rządu federalnego przenosić prawa zwierzchnie na sąsiednie struktury przygraniczne. (2) W celu zachowania pokoju Federacja może włączyć się do systemu wzajemnego bezpieczeństwa zbiorowego; ze względu na to i w celu wprowadzenia i zapewnienia pokojowego i długotrwałego ładu w Europie oraz między narodami świata zezwoli ona na ograniczenia swych praw zwierzchnich”.

⁴⁷¹ „Artykuł 79(1) Ustawa Zasadnicza może zostać zmieniona jedynie ustawą, która w sposób wyraźny zmienia lub uzupełnia jej brzmienie. W przypadku umów międzynarodowych, których przedmiotem jest regulacja pokojowa, przygotowanie regulacji pokojowej albo zniesienie prawnego porządku okupacyjnego, a także w przypadku umów służących obronie Republiki Federalnej Niemiec, w celu stwierdzenia, że przepisy Ustawy Zasadniczej nie stoją na przeszkodzie zawarciu i wejściu w życie takich umów, wystarczy uzupełnienie brzmienia Ustawy Zasadniczej ograniczające się do takiego stwierdzenia. (2) Ustawa taka wymaga zgody 2/3 posłów Bundestagu i 2/3

Problemy prawne na tym tle zamazane są niekiedy przez polityczne kompromisy. Jeśli bowiem w parlamencie rysuje się możliwość uzyskania większości specjalnej, to politycy optują na rzecz interpretacji rozszerzającej i stosowania trybu specjalnego (art. 23 ust. 1 zd. 3) – niekiedy na wyrost. Wynika to z politycznej ostrożności i woli unikania prawnych sporów w sytuacji, gdy osiągnięcie w parlamencie większości 2/3 nie jest zagrożone.

Federalny Trybunał Konstytucyjny (FTK) koncentruje się na wyznaczeniu dopuszczalnych konstytucyjnie granic tego przeniesienia. Jako główny punkt odniesienia przyjmuje kategorię demokratycznej legitymizacji oraz szeroko interpretowanego indywidualnego prawa wyborczego (art. 38 w powiązaniu z art. 20 ust. 1 i 2 oraz 79 ust. 3 UZ). Chodzi tu o zapewnienie odpowiedniego wpływu obywateli przez wzmocnienie kompetencji reprezentującego ich parlamentu.

FTK nie zakwestionował trybu związania się traktatami rewizyjnymi z Maastricht, Amsterdamu, Nicei i Lizbony, a także traktatami o Europejskim Mechanizmie Stabilności i Traktacie Fiskalnym, ani też ich zgodności z UZ. Orzekał jednak niekiedy o niedostatkach ustawodawstwa krajowego zwiazanego z tymi traktatami, co w konsekwencji prowadziło do jego zmian i do umocnienia pozycji niemieckiego parlamentu, w tym wiążącego prawnie wpływu parlamentu na stanowisko przedstawiciela władzy wykonawczej w instytucjach UE.

Wyroki FTK są przykładem wytoczenia dział, na wypadek gdyby Unia zmierzała do naruszenia fundamentów demokracji i tożsamości konstytucyjnej państwa niemieckiego. Chodzi zwłaszcza o to, by kolejne traktaty nie przenosiły nadmiaru kompetencji na Unię i by ta ostatnia posiadała wystarczającą legitymizację demokratyczną. Niezgodność z niektórymi normami konstytucyjnymi nie może być sanowana w drodze zmiany UZ (art. 79 ust. 3).

Tendencja FTK do wzmacniania demokratycznej kontroli spraw Unii w obszarze krajowym jest do pewnego stopnia zrozumiała. Uwzględnić trzeba jednak, że logika funkcjonowania parlamentu krajowego (w tym spory podyktowane konkurencją partyjną) nie zawsze odpowiada wymogom polityki międzynarodowej i może prowadzić do sytuacji, w której sprawy UE staną się zakładnikiem innych, niezwiązanych z Unią kontrowersji. Trudno

głosów Bundesratu. (3) Niedopuszczalna jest zmiana Ustawy Zasadniczej odnośnie zmiany podziału Federacji na kraje związkowe, zasad współdziałania krajów związkowych w zakresie ustawodawstwa lub zasad określonych w art. 1 i 20”.

też oczekiwać, że demokracja w relacjach międzynarodowych będzie tożsama z demokracją w państwie⁴⁷².

W praktyce niemieckiej bezpośrednim powodem sporów są pojęcia przeniesienia praw zwierzchnich (kompetencji), zmian konstytucyjnie istotnych, demokracji oraz tożsamości konstytucyjnej. Pojawia się też kontrowersja, czy zmiana sposobu wykonywania kompetencji przez UE stanowi przedmiot przeniesienia. Wymienione elementy zbliżone są do pojęcia suwerenności wewnętrznej. W przeciwieństwie do sytuacji we Francji – samo pojęcie suwerenności nie pojawia się w UZ i nie stanowi głównego punktu sporu.

7.3.2. W preambule obowiązującej Konstytucji francuskiej z 4 października 1958 r. czytamy: „Lud francuski proklamuje uroczyście swoje przywiązanie do Praw Człowieka i do zasad suwerenności narodowej, tak jak zostały one określone w Deklaracji z roku 1789, potwierdzonej i uzupełnionej przez Wstęp do Konstytucji z roku 1946”.

Treść wspomnianych dokumentów jest następująca. Art. 3 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela (1789): „Źródłem wszelkiego władztwa (*souveraineté*) jest Naród (*Nation*). Żadna instytucja ani osoba nie mogą wykonywać władzy (*autorité*), która nie pochodziłaby od niego w sposób wyraźny”; Preambuła Konstytucji z 27 października 1946 r. – akapit 15: „Z zastrzeżeniem wzajemności, Francja zgadza się na ograniczenia swej suwerenności niezbędne do organizowania i obrony pokoju”; art. 3 Konstytucji z 1958 r.: „Suwerenność narodowa należy do ludu, który wykonuje ją przez swych przedstawicieli i w drodze referendum”.

Główne artykuły dotyczące integracji europejskiej figurują w datującym się z 1992 r. tytule XV Konstytucji (art. 88-1 do 88-7). Art. 88-1 ma obecnie następujące brzmienie: „Republika uczestniczy w Unii Europejskiej złożonej z państw, które na mocy Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w wersji uzgodnionej w Traktacie z Lizbony z 13 grudnia 2007 r., swobodnie postanowiły wykonywać wspólnie ich niektóre kompetencje”. Sformułowanie z art. 88-1, dotyczące wspólnego wykonywania kompetencji, wydaje się błędne, ponieważ Unia jest samodzielnym podmiotem prawnym, wyposażonym przez państwa w odrębne (własne) kompetencje.

W przeciwieństwie do konstytucji niemieckiej lub polskiej, konstytucja francuska nie zawiera przepisu wymagającego specjalnej większości parlamentarnej dla wyrażenia zgody na związanie się zobowiązaniem międzynarodowym

⁴⁷² Zob. J. Kranz (przyp. 142).

kwalifikowanym jako przekazanie kompetencji. Aktualna wersja konstytucji francuskiej nie posługuje się terminem „przeniesienie kompetencji” (*transfert de compétences*), pojawiał się on jednak przejściowo w jej wcześniejszych wersjach. Rada Konstytucyjna używa tego pojęcia, lecz go nie definiuje.

Artykuły 3, 53, 54⁴⁷³ i tytuł XV Konstytucji z 1958 r. są dla Rady Konstytucyjnej podstawowymi standardami odniesienia (*normes de référence*) przy badaniu zgodności zobowiązań międzynarodowych Francji z konstytucją. Przepisy tytułu XV podlegają kazuistycznym zmianom, które zależą od aktualnego stanu zobowiązań międzynarodowych Francji, co wynika między innymi z braku przepisów konstytucyjnych o przeniesieniu kompetencji⁴⁷⁴.

Używane w konstytucji i w orzecznictwie pojęcie suwerenności prowadzi do błędnego utożsamiania międzynarodowoprawnego (zewnętrznego) i konstytucyjnoprawnego (wewnętrznego) rozumienia suwerenności. Pierwsze wyrażone jest w akapicie 15 preambuły Konstytucji z 1946 r. (kuriozalnie z międzynarodowoprawnego punktu widzenia), a pośrednio w art. 53, 54 i 88-1 Konstytucji z 1958 r., natomiast drugie w preambule oraz w art. 3 Konstytucji z 1958 r.

O sprzeczności zobowiązania międzynarodowego z konstytucją decyduje Rada Konstytucyjna (art. 54) i wtedy pojawia się pytanie o kryteria. W kontekście akapitu 15 preambuły Konstytucji z 1946 r. Rada Konstytucyjna rozróżniała początkowo między pojęciem (dopuszczalnego) ograniczenia suwerenności a (niedopuszczalnym) przekazaniem suwerenności. W późniejszym orzecznictwie mamy do czynienia z ewolucją tego niezbyt fortunnego podejścia.

W rezultacie istnieją obecnie dwa rodzaje sprzeczności zobowiązań międzynarodowych z konstytucją. W pierwszym przypadku chodzi o sprzeczność bezpośrednią i wyraźną, w której wyniku konieczne jest albo odrzucenie

⁴⁷³ „Artykuł 53. Traktaty pokoju, traktaty handlowe, traktaty lub umowy odnoszące się do organizacji międzynarodowych, jak również traktaty obciążające państwo finansowo, zmieniające postanowienia natury ustawowej, odnoszące się do statusu jednostki, pociągające za sobą cesję, zamianę lub przyłączenie terytorium, mogą być ratyfikowane lub zatwierdzane tylko na podstawie ustawy. Nabierają one mocy obowiązującej dopiero po ich ratyfikacji lub zatwierdzeniu. Żadna cesja, zamiana lub przyłączenie terytorium nie są ważne bez zgody zainteresowanej ludności. Artykuł 54. Jeżeli Rada Konstytucyjna na wniosek Prezydenta Republiki, premiera, przewodniczącego jednej lub drugiej izby bądź sześćdziesięciu deputowanych albo sześćdziesięciu senatorów stwierdzi, że zobowiązanie międzynarodowe zawiera postanowienie sprzeczne z Konstytucją, upoważnienie do ratyfikacji lub zatwierdzenia nie może być udzielone przed dokonaniem zmiany Konstytucji”.

⁴⁷⁴ Zob. przyp. 458.

zobowiązania albo zmiana konstytucji w formie uchylecia konkretnego artykułu bądź nadania mu nowej treści. W drugim przypadku mamy do czynienia ze sprzecznością pośrednią, wynikającą – zdaniem Rady Konstytucyjnej – z naruszenia tzw. podstawowych przesłanek wykonywania suwerenności narodowej (*conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*), których Rada nie definiuje. Jeśli Rada uzna, że dochodzi do takiego naruszenia, to konieczna staje się zmiana konstytucji w formie normy uzupełniającej albo normy zezwalającej.

Rada Konstytucyjna zarysowała ogólnie kryteria, dotyczące podstawowych przesłanek wykonywania suwerenności narodowej. Z jednej strony, jest to znaczenie (ciężar gatunkowy) dziedziny, której dotyczy zmiana traktatowa (np. jednolita waluta), z drugiej natomiast, sposób wykonywania kompetencji przez instytucje UE. Stosowanie tych kryteriów zależy od swobodnej oceny Rady. Doktryna francuska odwołuje się niekiedy do pojęcia regaliów (*droits régaliens*), jako najistotniejszych kompetencji państwa, związanych przede wszystkim z wymiarem sprawiedliwości, bezpieczeństwem, ochroną terytorium, podatkami lub emisją waluty⁴⁷⁵.

W decyzji Rady Konstytucyjnej w sprawie Traktatu z Amsterdamu⁴⁷⁶ Rada uznała, iż w przypadku zachowania trybu jednomyślności w dziedzinach objętych nowym rozdziałem Traktatu nie dochodzi do sprzeczności z konstytucją, mimo że sprawy te mają znaczenie dla suwerenności narodowej. Sprzeczne natomiast z podstawowymi przesłankami wykonywania suwerenności narodowej jest automatyczne, przewidziane w Traktatach UE przejście od jednomyślności do trybu większościowego po upływie pięciu lat albo na podstawie decyzji Rady, a także zastosowanie procedury współdecydowania.

Zdaniem Rady w tych przypadkach sprzeczność z konstytucją wynika z osłabienia wpływu decyzyjnego Francji w wyniku pozbawienia jej możliwości składania wniosku prawodawczego, włączenia PE w proces prawotwórczy (współdecydowanie) oraz faktu, że przejście do trybu większościowego na podstawie decyzji Rady UE nie wymaga odrębnej akceptacji w trybie procedury krajowej (np. ratyfikacji) i tym samym nie podlega krajowej kontroli konstytucyjności. Konsekwencją decyzji Rady była zmiana konstytucji francuskiej w postaci dodania nowych artykułów.

Posługiwanie się pojęciem naruszenia suwerenności narodowej jest pod wieloma względami niefortunne. Po pierwsze związanie się traktatem jest wyrazem suwerenności narodowej, po drugie zaś powstaje wrażenie jako-

⁴⁷⁵ Zob. na przykład Conseil constitutionnel. Communiqué de presse, 2007-560 DC.

⁴⁷⁶ Conseil constitutionnel. Décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997.

by państwo było stopniowo pozbawiane pewnej cennej wartości. Ten stan rzeczy świadczy o słabości francuskiej doktryny konstytucyjnej, co krytykują trafnie niektórzy francuscy autorzy⁴⁷⁷.

Otóż zobowiązania międzynarodowe nie naruszają z pewnością statusu Francji jako państwa, czyli nie odnoszą się do suwerenności zewnętrznej. Z kolei odniesienie do suwerenności narodowej jest o tyle bezprzedmiotowe, że żadna z koncepcji suwerenności nie zakazuje międzynarodowoprawnego wiązania się państwa, a – co istotniejsze – wiązanie to następuje w drodze ratyfikacji za zgodą parlamentu (suwerena). Nieporozumienie polega na utożsamianiu suwerenności wewnętrznej jako jakościowej cechy państwa z rozumieniem suwerenności jako całości władzy państwowej.

Tymczasem zarówno w przypadku UE, jak i niektórych innych międzynarodowoprawnych zobowiązań, wiązanie się może ograniczyć albo zwiększyć zakres kompetencji państwa. Sytuacja ta nie polega na ograniczaniu suwerenności, lecz dotyczy zakresu wykonywanych kompetencji. Zakres i celowość wiązania się jest sprawą decyzji politycznej, podobnie zresztą jak kwestia konstytucyjnego ustanowienia wzmocnionych procedur parlamentarnych w celu takiego wiązania się. W tym kontekście ograniczenie suwerenności zewnętrznej jest niemożliwe, godzenie w suwerenność wewnętrzną nielogiczne, a naruszenie suwerenności narodowej bezprzedmiotowe.

⁴⁷⁷ A. Pellet, *Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités – A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1997 (Traité d'Amsterdam)*, «Cahiers du Conseil constitutionnel» n° 4/1998: «Quoique l'on puisse penser de la jurisprudence 'internationale' du Conseil, des contradictions qui la marquent, de ses incohérences et, parfois, de son obscurantisme chauvin, force est de reconnaître que l'ambiguïté des formules constitutionnelles en la matière ne facilitent pas la tâche à la Haute Juridiction»; J. Combacau, *La souveraineté internationale de l'État dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français*, «Cahiers du Conseil constitutionnel» n° 9/2001: «Envisagée de façon purement privative comme le degré superlatif d'une puissance qui n'a pas de supérieur, la souveraineté ne peut s'analyser comme dans son sens interne en une somme de compétences et de pouvoirs qui lui donneraient un contenu positif; notion non quantitative, à l'instar par exemple de la personnalité de l'État, la souveraineté internationale est insusceptible de plus ou de moins, et ne peut être ni limitée ni accrue dans les attributs qu'elle comporte. Ce qui est quantitatif en revanche, et peut donc faire l'objet de limitations ou d'autres opérations destinées à en modifier les contours, ce sont les compétences et les pouvoirs exercés souverainement et attachés à la souveraineté dans son sens interne, auxquels hypothétiquement l'État peut renoncer»; F. Lemaire, *Propos sur la notion de «souveraineté partagée» ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté*, «Revue française de droit constitutionnel», vol. 92/4 (2012), s. 821-850.

8. Uwagi końcowe

- Pojęcie suwerenności łączy się ściśle z państwem. Nie ma państwa bez suwerenności, nie ma też suwerenności bez państwa. Współczesne państwo to jednolita, władcza struktura prawodawcza o charakterze suwerennym.

Konieczność otwarcia się państw na współpracę międzynarodową, rozwój prawa międzynarodowego i uwikłanie procesów decyzyjnych w sieć powiązań międzynarodowych i międzynarodowego zarządzania stanowią wyzwanie dla tradycyjnie rozumianej roli państwa, suwerenności oraz demokracji.

Państwo jako osoba prawna działa przez swoje organy na podstawie i w ramach norm materialnych i proceduralnych, z których wynikają określone kompetencje. Pojęcie kompetencji ma podstawowe znaczenie dla struktury władzy państwowej i dla legalności jej wykonywania. Zakres wykonywania władzy państwa wyznaczają normy prawa krajowego i międzynarodowego.

Państwo definiujemy nie przez ilość posiadanych kompetencji, lecz przez jakościowy charakter władzy – suwerenność jest zatem pojęciem jakościowym, a nie ilościowym.

Zarzuty dotyczące osłabiania państwa i ograniczania suwerenności dotyczą w istocie rzeczy jego możliwości działania, a nie jego zdolności jako podmiotu prawa międzynarodowego. Trzeba odróżnić istotę państwa i jego międzynarodowoprawny status (aspekt prawny), od zróżnicowanych możliwości rządzenia (aspekt faktyczny).

Państwo spełnia funkcje ochronne w stosunku do zewnętrznego otoczenia, ale w coraz większym stopniu rozumie konieczność i znaczenie współpracy międzynarodowej. Opinie o jego schyłku są przedwczesne.

- Suwerenność to pojęcie dotyczące tylko państwa, a nie innych podmiotów – jest ona fundamentalnym elementem definicji państwa. W doktrynie prawa funkcjonują różne poglądy dotyczące pojęcia suwerenności. Po pierwsze, oznacza ona jakościową (nie ilościową) cechę państwa, po drugie, całość jego władzy (kompetencji), a po trzecie – cechę podmiotu (organu) sprawującego lub legitymizującego władzę.

W znaczeniu jakościowym mamy do czynienia z pojęciem suwerenności wewnętrznej (krajowej), czyli cechy państwa i jego władzy, oraz suweren-

ności zewnętrznej (międzynarodowej), czyli statusu państwa w społeczności międzynarodowej. W pewnym uproszczeniu, suwerenność sprowadza się do określenia władzy państwa jako najwyższej (w perspektywie wewnętrznej) i niezależnej od innych podmiotów (w perspektywie zewnętrznej). Charakteryzując łącznie fenomen państwowości te różne znaczenia są ze sobą powiązane – nie ma dziś suwerenności wewnętrznej bez suwerenności zewnętrznej i *vice versa*. Suwerenność wewnętrzna i suwerenność zewnętrzna są uzupełniającymi się pojęciami, odzwierciedlającymi różne perspektywy postrzegania państwa.

Suwerenność nie jest normą (prawem albo kompetencją), lecz pojęciem prawnym, podobnie jak równość, wolność albo sprawiedliwość. Nie oznacza ona sumy kompetencji, ani rdzenia (pewnego minimum) władzy, ani też konkretnych treści kompetencji. Jest to zdolność władcza, która może być różnie wykorzystana (różne zakresy kompetencji i sposoby ich wykonywania). Zmiany kompetencyjne nie oznaczają ograniczenia suwerenności ani jej podziału, ponieważ jako jakościowy charakter jednolitej władzy albo jako międzynarodowoprawy status państwa suwerenność jest z natury swej niepodzielna. Z tego względu suwerenność nie jest wykonywana. Dzielone i wykonywane są tylko kompetencje.

Suwerenność jest podstawowym pojęciem prawnym organizującym, w oparciu o wspólne i uniwersalne wartości, funkcjonowanie systemu prawa międzynarodowego i społeczności międzynarodowej. Istota suwerenności, podobnie jak istota państwa, nie zmieniają się zasadniczo, w przeciwieństwie do ich roli i funkcji, które ewoluują historycznie wraz z rozwojem prawa międzynarodowego.

- Suwerenność wewnętrzna jest jakościową cechą władzy państwa i oznacza nadrzędny charakter tej władzy w obszarze stanowienia, wykonywania i egzekwowania prawa z wyłączeniem władczej kompetencji pozostałych podmiotów prawa międzynarodowego.

Kompetencja państwa jest wyłączna, pełna i samodzielna. Przymiotniki te charakteryzują zdolność (aspekt potencjalny), natomiast zakres kompetencji oraz ich wykonywanie mają charakter zmienny i zróżnicowany. Z przymiotników tych nie wynika, że państwo ma władzę absolutną i jest ponad prawem albo że ma władzę najwyższą wobec innych podmiotów prawa międzynarodowego. Współczesne państwo nie działa arbitralnie, lecz w granicach prawa (*rule of law*). Granicą władzy jednego państwa jest władza drugiego państwa oraz prawo międzynarodowe.

Suverenność wewnętrzna wyraża się w zdolności władczej, polegającej na stworzeniu pewnego porządku przez stanowienie obowiązującego powszechnie prawa i jego przymusowe egzekwowanie (*pouissance de commandement*). Z drugiej zaś strony, mamy do czynienia z rządzeniem, polegającym na realizacji określonych politycznie celów i osiągnięciu zamierzonych zachowań i skutków (*pouvoir de contrôle*), co w znaczny stopniu zależy od praktycznych możliwości i podatności na różnego rodzaju wpływy (polityczne, ekonomiczne lub wojskowe). Pojęcie suwerenności nie dotyczy treści rządzenia. Brak rozróżnienia między tymi dwoma aspektami jest najczęstszą przyczyną nieporozumień, ponieważ suwerenność odnosi się tylko do pierwszego z nich.

W przypadku suwerenności wewnętrznej istotną, chociaż nie wyłączną rolę odgrywają współcześnie elementy konstytucyjnoprawne, w tym teoria demokracji.

- Oprócz suwerenności pojmowanej jako jakościowa cecha państwa, pod pojęciem tym rozumie się władzę państwa (jej całość). W tym kontekście pojawiają się dwa warianty posługiwania się tym terminem. Pierwszy dotyczy podmiotu legitymizującego i sprawującego władzę, określanego mianem suwerena (suwerenność narodowa). Drugi odnosi się do sporów terytorialnych, czyli kwestii suwerennego tytułu. Mamy tu do czynienia z inną perspektywą postrzegania suwerenności, co bywa przyczyną nieporozumień.

- Wraz z rozwojem prawa międzynarodowego koncepcja suwerenności wewnętrznej została uzupełniona konstrukcją międzynarodowoprawnego statusu państwa, która koncentruje się na regulacji fundamentów stosunków międzypaństwowych. Suwerenność zewnętrzna jest wprawdzie pojęciem różnym od suwerenności wewnętrznej, nie jest jednak z nią sprzeczna.

Pojęcie suwerenności zewnętrznej prowadzi do zrównania państw pod względem prawnym, określa ich relacje oraz wyznacza granice dla ich swobody działania (czyli wpływa na suwerenność wewnętrzną). Odgrywa ona w relacjach międzynarodowych rolę pierwszoplanową.

Jeśli w przypadku suwerenności wewnętrznej postrzegamy państwo pod kątem charakteru jego władztwa i kompetencji prawodawczych, to w przypadku suwerenności zewnętrznej zasadniczy wątek dotyczy statusu prawnego państwa w relacjach z innymi państwami, a w konsekwencji relacji między państwem (prawem krajowym) a prawem międzynarodowym. Na plan pierwszy wysuwają się tu pojęcia niezależności i równości jako elementy statusu państwa.

Istota suwerenności zewnętrznej polega na tym, że stosunkach międzynarodowych nie ma podległości państwa kompetencjom władczym innych podmiotów – nad władzą państwa nie ma władzy wyższej. Jest to jakościowa cecha relacji międzypaństwowych, która przyjmuje kształt normatywny w postaci zasady równej suwerenności (równego statusu prawnego). Niezależność odnosi się do relacji z innymi podmiotami prawa międzynarodowego, nie dotyczy ona natomiast relacji państwa z prawem międzynarodowym.

Status państwa określony jest prawem międzynarodowym, czyli istnieje on tylko w jego ramach i na jego podstawie. Wszystkie państwa są równe pod względem ich statusu międzynarodoprawnego. Z tego statusu wynika pełna zdolność prawna i zdolność do działań w ramach międzynarodoprawnego porządku, a także określone prawa i obowiązki, w tym międzynarodoprawna odpowiedzialność. Status ten jest jednolity i niepodzielny – nie mają nań wpływu zmiany faktyczne (np. granic), zakres kompetencji lub ustrój (państwo federalne, państwo unitarne) albo rzeczywiste możliwości działania.

Pojawienie się wynikającej z prawa międzynarodowego suwerenności zewnętrznej przyczyniło się do osłabienia absolutystycznego pojmowania suwerenności wewnętrznej. Jako główna zasada organizacyjna stosunków międzynarodowych suwerenność zewnętrzna chroni państwo oraz sprzyja koegzystencji i współpracy państw w oparciu o wspólne wartości.

Współczesne stosunki międzynarodowe opierają się nie tyle na suwerenności, ile na prawnej zasadzie równości państw pod względem suwerenności (status międzynarodoprawny). Znane z dokumentów międzynarodowych określenie „równość suwerenna” jest nieprecyzyjne, gdyż nie równość państw jest suwerenna, ale ich suwerenność jest równa w świetle prawa międzynarodowego.

- Prawo międzynarodowe jest tworem państw, z czego płynie zarówno jego siła, jak i słabość. Nie stwarza ono państwa, lecz je chroni, promuje wspólne wartości i ułatwia współpracę międzynarodową, a także pozwala rozwiązywać konflikty kompetencyjne między państwami.

Państwo oraz prawo międzynarodowe są zjawiskami współzależnymi, fałszywe jest zatem ich postrzeganie w perspektywie prymatu jednego nad drugim. Bez istnienia państw trudno sobie wyobrazić prawo międzynarodowe, z kolei współistnienie państw jako bytów suwerennych wymaga minimalnego poziomu regulacji międzynarodoprawnej.

Prawo to wyraża bez wątpienia stosunek sił, ale jednocześnie zbieżność interesów. W braku prawa międzynarodowego istnienie państw i ich

stosunki opierałyby się na układzie sił. Suwerenność nie jest tytułem do naruszania przez państwo wiążącego je prawa międzynarodowego, normy zaś tego prawa nie naruszają suwerenności.

Konsekwencją równej suwerenności państw jest podległość prawu międzynarodowemu i równy obowiązek jego przestrzegania. Podległość ta jest jednym z zasadniczych elementów ochrony państwa i jego suwerenności. Celem tej ochrony jest nie tylko najwyższe władztwo i niezależność państwa, lecz również zapewnienie warunków skutecznej współpracy międzynarodowej oraz ochrona praw człowieka. Sprzeczność między podległością państwa prawu międzynarodowemu a jego suwerennością jest pozorna i wynika w znacznym stopniu z nieporozumień pojęciowych. Suwerenność nie znaczy wolność (niezależność) od prawa, lecz wolność w ramach prawa.

- Funkcja prawa międzynarodowego nie polega na przydzielaniu kompetencji państwu (które jako podmiot pierwotny posiada je w przeważającej części samoistnie), lecz przede wszystkim na zapewnieniu równości państw pod względem ich suwerenności oraz kontrolowaniu wykonywania ich kompetencji, w tym rozstrzyganiu konfliktów kompetencyjnych między podmiotami prawa międzynarodowego.

Zasadnicza część kompetencji państwa wynika z jego terytorialności i ma źródło w prawie krajowym, przy czym ich zakres *ratione materiae* nie jest z góry określony (pełnia kompetencji). Te kompetencje państwa zostają globalnie uznane (nie przyznane) przez prawo międzynarodowe. Powyższe uznanie nie jest jednak absolutne, ponieważ granice dla kompetencji państwa i ich wykonywania wyznaczone są kompetencjami innych państw oraz regulacją międzynarodowoprawną. Źródłem tylko niewielkiej części kompetencji państwa jest wyłącznie prawo międzynarodowe. Prawo to może ograniczać lub rozszerzać zakres kompetencji państwa, co nie znaczy, że zwiększa albo zmniejsza jego suwerenność. Z prawa międzynarodowego nie wynika z góry ustalony, stały i identyczny (minimalny) dla wszystkich państw zakres (katalog) kompetencji, określanej niekiedy jako rdzeń suwerenności.

- Wyłącznie kontraktualny sposób postrzegania prawa międzynarodowego odstaje od współczesnych trendów stopniowej i ostrożnej hierarchizacji jego norm. Zgoda państw nie jest dziś jedynym elementem legitymizującym system prawa międzynarodowego. Suwerenność wewnętrzna (skoncentrowana na władczym i autonomicznym charakterze państwa) podlega istotnemu wpływowi suwerenności zewnętrznej, co wynika ze wzmocnionego

oddziaływania prawa międzynarodowego na stosunki w państwie i na relacje międzynarodowe.

O ile daleko jeszcze do konstytucji międzynarodowej, o tyle nie sposób zaprzeczyć pojawieniu się załączków norm o charakterze konstytucyjnym w skali ogólnej lub w poszczególnych sektorach regulacji, które nadają prawu międzynarodowemu charakter systemowy. Wymienia się tu często charakter *iuris cogentis* (status) albo *erga omnes* (skutek) niektórych norm, zwłaszcza ze względu na ich znaczenie aksjologiczne oraz powszechne uznanie.

Przeciwstawiając państwo (suwerenność) i obywatela (demokrację) budujemy jednak konstrukcję, która wydaje się nazbyt jednostronna. Interesy jednostek wymagają działania państwa, a państwo wymaga poparcia jednostek. Konieczny jest tu pewien balans. Konstytucjonalizacja oraz wzmocniona ochrona praw człowieka nie są możliwe bez pierwszoplanowej roli państw. Państwa są niekiedy barierą rozwoju prawa międzynarodowego, ale też motorem tego rozwoju.

- Równej zdolności międzynarodowoprawnej państw nie należy utożsamiać z identycznymi możliwościami. Prawne i faktyczne ograniczenia w tym względzie nie przesądzają o wykonywaniu funkcji państwowych, w przeciwnym bowiem razie suwerenne byłyby (jeśli w ogóle) tylko niektóre mocarstwa, a polityka międzynarodowa, jako instrument wpływu na możliwości, byłaby w swej istocie nielegalna.

Wyciąganie z ograniczonych możliwości wniosku o ograniczonej suwerenności wydaje się wewnątrznie sprzeczne i nietrafne. Pogląd taki skłania do pojmowania suwerenności jako wymiernego pojęcia ilościowego, jako nieredukowalnej sumy kompetencji państwa (mniej lub bardziej absolutnego rdzenia suwerenności). Takie podejście prowadzi nieuchronnie do traktowania suwerenności jako pochodnej układu sił międzynarodowych.

W przypadku związania się normami prawa międzynarodowego zakres kompetencji państwa może się ograniczać albo zwiększać, sytuacja ta nie oznacza jednak ograniczenia suwerenności. Zakres i celowość związania się jest sprawą decyzji politycznej, podobnie zresztą jak kwestia konstytucyjnego ustanowienia wzmocnionych procedur parlamentarnych w celu takiego związania się.

- Należy rozróżniać między legalnymi ograniczeniami kompetencji lub możliwości oraz nielegalnym naruszeniem (podważaniem) suwerenności państwa. Termin „naruszenie suwerenności” jest skrótem myślowym, ponie-

waż suwerenność nie jest normą prawa międzynarodowego. Podważenie suwerenności nastąpić może po stwierdzeniu naruszenia konkretnej normy tego prawa.

Istota problemu polega nie tyle na zmniejszeniu się zakresu kompetencji albo faktycznych możliwości państwa (co jest stałym elementem praktyki), ile na ocenie międzynarodowoprawnej legalności konkretnych działań i sytuacji. Nie każde naruszenie normy międzynarodowoprawnej oddziałuje na suwerenność, chodzić bowiem musi o działania, które godzą w status państwa oraz charakter jego kompetencji. Jeśli działanie ma charakter legalny, to należy wykluczyć, że narusza ono suwerenność państwa. W tej perspektywie należy postrzegać zagadnienia dotyczące użycia siły, międzynarodowoprawnej ochrony praw człowieka lub powierzenia niektórych kompetencji na rzecz organizacji lub organów międzynarodowych.

- Zakres kompetencji państwa, których istnienie i wykonywanie w danym momencie i dla danego państwa nie podlega regulacji międzynarodowoprawnej nosi nazwę sfery wyłącznej albo tzw. spraw wewnętrznych (*domaine réservée, domestic jurisdiction*). Sfera ta wiąże się z pojęciem suwerenności, ponieważ kładąc nacisk na brak regulacji międzynarodowoprawnej podkreśla się swobodę państwa w określaniu i wykonywaniu kompetencji. Jest to więc sfera, w której państwo jest wolne w swych działaniach, a jednocześnie sfera chroniona przed pewnego typu działaniami innego państwa.

Prawo międzynarodowe uznaje istnienie sfery wyłącznej, lecz nie definiuje z góry jej treści. Prawo to jest punktem odniesienia, nie istnieje jednak sfera wyłączna wspólna dla wszystkich państw, a jedynie sfera wyłączna danego państwa, w danym momencie i w odniesieniu do konkretnej regulacji międzynarodowoprawnej. Granice sfery wyłącznej są zatem ruchome.

- We współczesnym prawie międzynarodowym interwencja w sprawy wewnętrzne oznacza akt bezprawny. Nie istnieje więc legalna interwencja, tak samo jak nie istnieje legalna agresja albo legalna aneksja. Nieporozumieniem jest jednak sądzić, że każda próba wpływu (bez tytułu międzynarodowoprawnego) na zachowanie się innego państwa w ramach jego sfery wyłącznej jest interwencją i narusza jego suwerenność.

Zakaz interwencji, podobnie jak zakaz użycia siły, chroni państwo i jego suwerenny charakter, aczkolwiek nie przeciw każdej presji. Zasada nieinterwencji ma za zadanie zapewnić równowagę między wykonywaniem kompetencji państwa a sferą wyłączną innych państw. Definicja interwencji musi

zostawiać miejsce na w miarę swobodny rozwój różnego rodzaju wpływów, w tym również dozwolonych prawnie aktów nieprzyjaznych.

- Społeczność międzynarodowa pozostaje i pozostanie nadal państwowo-centryczna, chociaż już nie wyłącznie, podobnie jak problemy współczesnego świata przekraczają granice państw (zjawiska transnarodowe). Współczesna ewolucja prowadzi do nowego układu kompetencji w sprawowaniu władzy publicznej, nowych form współpracy międzynarodowej i wymaga przewartościowania roli i zadań państwa.

Opinie o ograniczonej lub relatywnej suwerenności, o konieczności odzyskania pełnej suwerenności lub dzielenie suwerenności na ekonomiczną, kulturalną lub wojskową niewiele wyjaśnia, suwerenność ma bowiem charakter jakościowy, a nie ilościowy. W przeciwieństwie do kompetencji, suwerenności nie można przekazać innemu podmiotowi, ani jej wykonywać.

Suwerenność państwa nie traci na znaczeniu, lecz musi być odpowiednio rozumiana i interpretowana. Suwerenność nie jest przeżytkiem i ma dalej istotne znaczenie dla utrzymania ładu międzynarodowego.