

OD GROCIJUSZA DO LAURENTA

**Kształtowanie się doktryny
nieograniczonego immunitetu państwa
w nauce prawa i orzecznictwie sądowym**

Aleksander Gubrynowicz

MONOGRAFIE



Wolters Kluwer

OD GROCJUSZA DO LAURENTA

**Kształtowanie się doktryny
nieograniczonego immunitetu państwa
w nauce prawa i orzecznictwie sądowym**

Aleksander Gubrynowicz

MONOGRAFIE



Wolters Kluwer

WARSZAWA 2016

Recenzent

Dr hab. Zdzisław Galicki, prof. UW

Wydawca

Małgorzata Stańczak

Redaktor prowadzący

Grażyna Polkowska-Nowak

Łamanie

Andytex

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni


SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ

Więcej na www.legalnakultura.pl

POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by

Wolters Kluwer SA, 2016

ISBN: 978-83-264-9928-9

ISSN 1897-4392

Wydane przez:

Wolters Kluwer SA

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Motto: *Une question plus importante et plus douteuse, c'est de savoir si, d'après le droit des gens universel, un souverain étranger conserve une indépendance personnelle pendant son séjour dans un pays étranger, de sorte, qu'exempt des loix et de la juridiction de ce pays, il doit être censé n'avoir pas quitté ses états, et par conséquent jouir de l'exterritorialité. Plus on peut élever de doutes à cet égard d'après la rigueur de la loi naturelle, plus il est important d'observer, qu'un usage universellement reconnu en Europe, accorde cette exterritorialité à toutes les têtes couronnées et à d'autres princes régnans et souverains.*

G.F. Martens 1801, § 172, s. 264.

Spis treści

Wykaz skrótów / 13

Słowo wstępne / 15

Uwagi wprowadzające / 23

Część I

Tradycja holenderska / 43

Wstęp / 43

Rozdział 1. Korzenie sporu: Grocjusz / 44

Rozdział 2. Immunitet dyplomatyczny a immunitet monarchy w świetle poglądów Cornelisa van Bijkershoek: okoliczności powstania dzieła *De foro legatorum*, kwestia założeń systemowych, metodologia badawcza, zastosowane kryteria i perspektywa dokonywanych ocen instytucji immunitetu dyplomatycznego i immunitetu monarchy przysługującego mu na terytorium niepodlegającym jego jurysdykcji / 62

Rozdział 3. Immunitet monarchy i immunitet dyplomatyczny w świetle *De foro legatorum* / 71

Rozdział 4. Relacje zachodzące między immunitetem dyplomatycznym a immunitetem monarchy w świetle *De foro legatorum*. Recepcja i interpretacje dzieła w późniejszej nauce prawa / 90

Wnioski: znaczenie poglądów Grocjusza i Cornelisa van Bijkershoek dla procesów kształtowania się doktryny immunitetu państwa / 121

Część II

Immunitet w świetle tradycji niemieckiej myśli prawnej / 131

Wstęp / 131

Rozdział 1. Pozaprawne uwarunkowania sporu o immunitety na terytorium Świętego Cesarstwa Rzymskiego Narodu Niemieckiego (*Sacrum Romanum Imperium Nationis Germanicae*) / 133

Rozdział 2. Immunitet monarchy w świetle poglądów niemieckiej myśli prawnej XVII wieku / 136

Rozdział 3. Czynniki hamujące proces krystalizacji immunitetu monarchy na terytorium Rzeszy w XVII i XVIII wieku / 144

Wnioski: immunitet monarchy w świetle poglądów niemieckiej nauki prawa. Próba bilansu / 148

Część III

Immunitet w poglądach Emericha (Emera) de Vattel / 153

Wstęp / 153

Rozdział 1. Ogólne założenia systemowe watteliańskiej koncepcji prawa międzynarodowego / 157

Rozdział 2. Immunitet dyplomaty a immunitet monarchy w systemie *Prawa narodów* / 164

Rozdział 3. Recepcja watteliańskich poglądów na immunitet w doktrynie XIX i XX wieku / 197

Rozdział 4. Przyczyny niechęci liberałów do *Prawa narodów*. Wpływ wattelianizmu na późniejsze poglądy nauki prawa w odniesieniu do instytucji immunitetu / 208

Wnioski: znaczenie wattelianizmu dla rozwoju doktryny immunitetu państwa – próba podsumowania / 225

Część IV

Sprawa *Schooner Exchange* / 235

Wstęp / 235

Rozdział 1. Sprawa *Schooner Exchange*: analiza stanu faktycznego / 238

- Rozdział 2.** Ewolucja poglądów nauki prawa i judykatury
XX wieku w odniesieniu do wyroku w sprawie
Schooner Exchange / 253
- Rozdział 3.** Podstawy doktrynalne immunitetu monarchy
(immunitetu państwa) w orzeczeniu *Schooner Exchange*
w świetle poglądów doktryny XVIII wieku / 266
- Rozdział 4.** Orzeczenie *Schooner Exchange* jako źródło inspiracji dla
doktryny immunitetu ograniczonego państwa / 275
- Rozdział 5.** Relacje zachodzące między teorią reprezentacji i teorią
funkcji w sprawie *Schooner Exchange* / 307
- Rozdział 6.** Prawo krajowe jako potencjalne źródło immunitetu
państwa obcego w świetle orzeczenia *Schooner Exchange* / 316
- Rozdział 7.** Pozaprawne czynniki rozwoju judykatury amerykańskiej
w zakresie immunitetu państwa w pierwszej połowie
XIX wieku / 328
- Wnioski:** wyrok w sprawie *Schooner Exchange*
– próba podsumowania / 332

Część V

**Norma zwyczajowa czy *comity of nations*? Orzeczenie w sprawie
Schooner Exchange na tle zasad tworzenia, zmiany i wygaśnięcia
prawa zwyczajowego obowiązujących na przełomie XVIII
i XIX wieku / 339**

Wstęp / 339

- Rozdział 1.** Moc wiążąca i możliwość wypowiedzenia
immunitetu państwa w świetle treści wyroku w sprawie *Schooner
Exchange* / 342
- Rozdział 2.** Zwyczaj jako źródło prawa w świetle poglądów
internacjonalistyki przełomu XVIII i XIX wieku / 348
- Rozdział 3.** Moc wiążąca immunitetu i możliwość
jego wypowiedzenia na gruncie wyroku w sprawie
Schooner Exchange: stanowisko literatury przedmiotu
i późniejszej judykatury / 367

Rozdział 4. Moc wiążąca immunitetu oraz możliwość jego wypowiedzenia z perspektywy rozstrzygnięcia w sprawie *Schooner Exchange* w świetle ustaleń rozdziałów 1–3. Analiza krytyczna / 376

Wnioski / 398

Część VI

Krystalizacja doktryny immunitetu państwa o zakresie nieograniczonym w orzecznictwie sądów Wielkiej Brytanii i USA / 405

Wstęp / 405

Rozdział 1. Sprawa *Matwiejewa*, ustawa Anny i wyrok w procesie *Tricquet v. Bath* / 407

Rozdział 2. Kształtowanie się immunitetu państwa w judykaturze angielskiej pierwszej połowy XIX wieku / 410

Rozdział 3. Działalność sir Roberta Phillimore’a i sprawa *The Parlement Belge* / 427

Rozdział 4. Wpływ doktryny immunitetu nieograniczonego państwa na rozwój judykatury i doktryny państw *common law* na przełomie XIX i XX wieku. Zarys problemu / 438

Rozdział 5. Czynniki determinujące rozwój judykatury angielskiej w XIX wieku w zakresie immunitetu państwa / 453

Wnioski: immunitet monarchy jako immunitet państwa w orzecznictwie sądów *common law* – próba bilansu / 469

Część VII

Kształtowanie się immunitetu państwa w Europie kontynentalnej / 473

Wstęp / 473

Rozdział 1. Francja / 475

Rozdział 2. Prusy / 509

Rozdział 3. Niemcy / 538

Rozdział 4. Austria i pozostałe państwa europejskie / 565

Rozdział 5. Czynniki determinujące w XIX wieku rozwój judykatury w zakresie immunitetu państwa krajów przynależących do kontynentalnej kultury prawnej / **597**

Rozdział 6. Wpływ doktryny immunitetu nieograniczonego państwa na rozwój judykatury i nauki prawa państw kontynentalnej tradycji prawnej na przełomie XIX i XX wieku. Zarys problemu / **614**

Wnioski: proces krystalizacji immunitetu państwa w Europie kontynentalnej – próba podsumowania / **627**

Zakończenie / **633**

Bibliografia / **681**

Literatura / **689**

Indeks osób / **705**

Wykaz skrótów

AC	Law Reports, Appeal Cases
AJIL	American Journal of International Law
All E. R.	All England Law Reports
BeVerfGe	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Rozstrzygnięcia niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego)
BYIL	British Yearbook of International Law
El & El	Ellis & Ellis' Queen's Bench Reports
E.R.	English Reports
HILJ	Harvard International Law Journal
HLR	Harvard Law Review
IDI	Institut de Droit International
ILA	International Law Association
JDI	Journal du Droit International Privé et de la jurisprudence comparée
KPM ONZ	Komisja Prawa Międzynarodowego Organizacji Narodów Zjednoczonych
PD	Probate Division
QB	(Adolphus & Ellis') Queen's Bench Reports
RCADI	Recueil des cours – Académie de droit international de La Haye
SN RP	Sąd Najwyższy Rzeczypospolitej Polskiej
SN USA	Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki
YILC	Yearbook of International Law Commission

Słowo wstępne

Oddawana do rąk Czytelników praca ma na celu przedstawienie najważniejszych etapów procesu krystalizacji instytucji immunitetu państwa w okresie XVII–XIX w. Monografia ta adresowana jest przede wszystkim do osób zajmujących się zawodowo nauką prawa, historią, nauką o stosunkach międzynarodowych oraz politologią, w szczególności zaś do specjalistów z zakresu prawa międzynarodowego oraz historii myśli prawnej i prawniczej. Podstawowym celem poniższych rozważań będzie ukazanie różnych dróg, jakie wiodły do ukształtowania się instytucji immunitetu państwa w skali światowej, oraz skrócona refleksja nad spuścizną tego okresu w późniejszej literaturze przedmiotu oraz judykaturze.

Tak zarysowany obszar badawczy można analizować z rozmaitych punktów widzenia. Ponieważ jednak immunitet państwa pozostaje instytucją prawa międzynarodowego, niniejsza praca pisana jest z perspektywy tej gałęzi prawa. W konsekwencji przyjmuje również metodologię, jaką badaczom narzucają wymagania warsztatowe obowiązujące w internacjonalistyce. Mając na uwadze, że opisywane zdarzenia zaszły czasem nawet kilkaset lat temu, praca ta z konieczności będzie musiała poddawać ocenie analizowane zjawiska, orzeczenia i poglądy doktryny z uwzględnieniem stanu prawnego, jaki obowiązywał w chwili wydania omawianego wyroku lub publikacji określonego dzieła. Aby zwiększyć użyteczność monografii i zaciekać nie tylko prawników, lecz także ekspertów z innych, wyżej wskazanych dziedzin, poniższe rozważania przedstawiają proces kształtowania się immunitetu państwa na szerszym tle, starając się uwzględnić (bez naruszenia prawnocentrycznego charakteru pracy) czynniki pozaprawne, które przyczyniły się do ukształtowania w XIX w. instytucji immunitetu państwa w zakresie nieograniczonym.

Tytuł monografii, przywołujący nazwiska dwóch wielkich teoretyków, których wkład w rozwój myśli prawnej (w tym doktryny immunitetu) nie budzi żadnych wątpliwości, automatycznie determinuje horyzont czasowy przedstawionych rozważań. Jakkolwiek rozpoczynanie badań historycznych poświęconych krystalizacji immunitetu państwa od czasów grociańskich mogłoby budzić pewne wątpliwości, to za podjęciem takiej właśnie decyzji przemawia wiele argumentów. Najważniejsze dotyczą konieczności zachowania spójności i ciągłości wywodów. Prawdą bowiem jest, że w ocenie części autorów, z uwagi na odmienne realia społeczne, gospodarcze i polityczne, poglądy myślicieli tworzących w epoce poprzedzającej wydarzenia z 1789 r. w ogóle nie dotyczą bezpośrednio immunitetu państwa, tak jak pojęcie to ujmowane jest współcześnie w literaturze przedmiotu¹. W konsekwencji proponują oni przesunąć datę rozpoczęcia dyskusji o tej instytucji dopiero na połowę XIX w.² Inni zaś, w poszukiwaniu jakiejś *cause célèbre*, której moc sprawcza odegrała rolę katalizatora dla formowania się późniejszej praktyki i debaty naukowej w tej materii, dochodzili do wniosku, że takim wydarzeniem może być głośny wyrok SN USA w sprawie *Schooner Exchange* z 1812 r.³ Jak wiadomo, do tej ostatniej opinii przyłączył się m.in. Sompong Sucharitkul, który w ramach swoich obowiązków, jako sprawozdawca KPM ONZ, przygotował projekt kodyfikacji norm z zakresu immunitetu państwa⁴. Ostatnimi czasy jednak pojawiają się na rynku prace, które znaczenie doświadczeń historycznych (także tych w XIX w.) zdają się sprowadzać do przysłowiowego zera, niedwuznacznie sugerując, że dyskusja w interesującym nas zakresie zaczęła się dopiero w XX w.⁵ Periodyzacja ta nie wydaje się

¹ Szerzej na ten temat zob. rozważania części następnej.

² Zob. np. I. Sinclair, *Sovereign immunity: historical perspective and codification efforts*, RCADI (1980) II, vol. 167, s. 121.

³ Por. np. Ch.H. Weston, *Action against the property of sovereigns*, HLR 1919, vol. 32, nr 3, s. 266. Na takim stanowisku zdają się stać m.in. niektórzy autorzy współczesnych monografii poświęconych immunitetowi państwa (zob. H. Fox, *The Law of State Immunity*, wyd. 2, Oxford 2008, s. 204–206 – choć autorka poprzedza analizę orzeczenia skrótowymi uwagami poświęconymi właśnie rozwojowi immunitetu w okresie wcześniejszym, tamże, s. 212 i n.).

⁴ *Preliminary report on jurisdictional immunities of States and their property*, by Mr. Sompong Sucharitkul, *Special Rapporteur*, Document A/CN.4/323, 18 June 1979, YILC 1979, vol. II, Part One, s. 239.

⁵ Por. S. El Sawah, *Les immunités des États et des organisations internationales: immunités et procès équitable*, Bruxelles 2011, s. 87–90. Zob. jednak wcześniejsze uwagi I. Sinlaira (*Sovereign immunity...*, s. 121 i n.).

prawidłowa. Jak zauważa Julian Sutor, wzmianki o zasadzie *par parem non habet imperium* można odnaleźć już w dziełach Bartolusa de Saxo-ferrato⁶. Nie ulega również wątpliwości, że związki zachodzące między immunitetem dyplomatycznym (o którym pisał Grocjusz i jego następcy) a immunitetem monarchy (o czym szerzej pisali jego następcy) w bardzo poważnym stopniu zaciążyły na dorobku doktrynalnym następnych stuleci, nie pozostając bez wpływu na praktykę sądową.

Trafnie zatem ostrzegał Edwin Gmür, że nawet jeśli epoka poprzedzająca wydarzenia 1789 r. ze względu na realia ustrojowe nie знаła immunitetu państwa we współczesnym znaczeniu tego terminu, to lekceważenie w analizach dorobku piśmiennictwa badanego okresu może prowadzić do rezultatów wysoce niepożądanych⁷. W istocie rzeczy bowiem bez udzielenia odpowiedzi na pytanie o poglądy luminarzy okresu wczesnonowożytnego prawidłowe odczytanie toku rozumowania i konkluzji wielu orzeczeń pierwszej połowy XIX w. (w tym tak newralgicznych dla całej historii immunitetu, jak wspomniana wyżej sprawa *Schooner Exchange*) okazuje się właściwie niemożliwe. Nie jest również dziełem przypadku, że wzrost zainteresowania problematyką immunitetu zbiegł się w czasie z ostatecznym i nieodwołalnym upadkiem koncepcji uniwersalistycznych, personifikowanych w osobie Cesarza Rzymskiego i jego doktryną *imperium mundi*⁸. Właśnie dlatego, że – jak zauważał Edwin Gmür – historia immunitetu nieodmiennie związana pozostaje z historią suwerenności⁹, wiek XVII – i tworzących wówczas autorów – należy uznać za datę początkową tworzenia zrębów dla procesów, o których traktuje niniejsza monografia. Za akceptacją powyższego poglądu przemawiają nie tylko powszechnie przyjęta periodyzacja głównych linii rozwojowych prawa

⁶ „Non enim una civitas potest facere legem super alteram, quia par parem non habet imperium” – Bartolus de Saxo-ferrato (w:) *Tractatus represaliarum* – cytat za: J. Sutor, *Immunitet państwa*, Warszawa 2011, s. 17, przypis 8.

⁷ E. Gmür, *Gerichtsbarkeit über fremde Staaten. Ein dogmengeschichtlicher und dogmenkritischer Beitrag. Zugleich Dissertation*, Zürich 1948, *passim*, zob. jednak w szczególności s. 9 oraz s. 50–52.

⁸ Jak trafnie zauważa E. Gmür, pod wpływem tej ostatniej pozostawała znakomita większość autorów piszących w okresie wcześniejszym – w tym także Grocjusz – w swoich pracach do pewnego stopnia korzystała jeszcze z wyobrażeń o prawie dominujących w poprzedniej epoce (E. Gmür, *Gerichtsbarkeit über fremde Staaten...*, s. 10).

⁹ Tamże.

międzynarodowego na Starym Kontynencie, lecz także analizy poświęcone percepcji prawa dyplomatycznego w kulturach pozaeuropejskich. W tym kontekście należałoby przypomnieć całkowicie słuszną uwagę Lindy S. Frey oraz Marshy L. Frey, w świetle której instytucji immunitetu sprzyja przede wszystkim multipolarny system stosunków międzynarodowych, którego kluczowym elementem pozostają niezależne państwa. W sytuacji zaś, gdy na danym obszarze geograficznym (jak np. w Chinach) kultura prawna odwoływała się do hegemonii ośrodka władzy roszczonego sobie pretensje do panowania nad światem, proces krystalizacji immunitetu musiał ulec zdecydowanemu spowolnieniu¹⁰.

W konsekwencji nawet jeśli – jak zobaczymy dalej – nie wszystkie prace odnoszące się do wymiaru wewnętrznego doktryny suwerenności miały szansę odegrać rolę efektywnego katalizatora doktryny immunitetu państwa, to jednak pojawienie się w ciągu kilkudziesięciu lat dzieł Bodina, Grocjusza czy Hobbesa¹¹, które w ten czy inny sposób traktowały o problemie suwerenności *per se*, stanowi dodatkowy powód, aby dyskusję o immunitacie państwa rozpocząć od XVII w.¹²

W tym kontekście wybór Grocjusza (a konkretnie daty publikacji jego kluczowego dzieła *De iure belli ac pacis*) nie jest dziełem przypadku. Przed nastaniem epoki Ojca prawa narodów o immunitacie pisano relatywnie często (m.in. Francisco de Vittoria, Francisco de Suárez, Jean Hotman, Gentilis, Richard Zouche, Krzysztof Warszawski czy Pierre Ayrault – by wymienić

¹⁰ Zob. L.S. Frey, M.L. Frey, *The History of Diplomatic Immunity*, Columbus, Ohio, 1999, s. 10–77, por. zwłaszcza s. 5 i n., s. 20–23. Zob. również uwagi sir Geoffreya Butlera i Simona Maccoby'ego, którzy argumentują, że z uwagi na fakt, iż za czasów Cesarstwa Rzymskiego stosunki międzynarodowe nie były oparte na systemie suwerennych państw, *Imperium Romanum* nie mogło odegrać w dziejach immunitetu poważniejszej roli – G.G. Butler, S. Maccoby, *The Development of International Law*, The Lawbook Exchange Ltd. Union, New Jersey, 2003, s. 74.

¹¹ Bodinus, *Sześć ksiąg o Rzeczypospolitej*, wstęp Z. Izdebski, Warszawa 1958; T. Hobbes, *De cive*, 1642, oraz *Leviathan* 1651 (wydanie polskie: *Lewiatan czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, Warszawa 1954).

¹² W ten sposób np. E.K. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts*, Berlin, Heidelberg 2005, s. 2–8. W opracowaniach zorientowanych bardziej pragmatycznie z reguły wskazywano raczej na praktykę dworu Ludwika XIV i maksymę *L'État – c'est moi*. Np. Ch.J. Lewis, *State and Diplomatic Immunity*, London, New York, Hamburg 1990, s. 15, w literaturze niemieckiej m.in. H. Damian, *Staatenimmunität und Gerichtszwang*, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo 1985, s. 4.

nazwiska najlepiej zapamiętane w późniejszej literaturze przedmiotu)¹³. Niemniej jednak – należy to podkreślić – nie jest celem niniejszych rozważań omawianie korzeni immunitetu dyplomatycznego, gdyż kwestia ta była już wielokrotnie poruszana w dotychczasowym piśmiennictwie¹⁴. Z uwagi na zakres tematu, który dotyczy przede wszystkim procesu krystalizacji immunitetu państwa, przedmiotem zainteresowania mogą być jedynie ci autorzy, których poglądy odegrały szczególną rolę w tej dziedzinie. Przy tak skonstruowanym *criterium divisionis* bezapelacyjnie palma pierwszeństwa przypadnie raz jeszcze Grocjuszowi. Nie kwestionując bowiem wkładu poprzednich pokoleń prawników, którzy – jak Gentilis¹⁵ czy Jean Hotman¹⁶ – również szeroko zajmowali się problematyką immunitetu w ogólności, wydaje się jednak oczywiste, że wpływy żadnego z nich nie były w stanie dorównać znaczeniu spuścizny grocjańskiej¹⁷.

W niniejszej monografii przyjmuję za punkt końcowy prowadzonej analizy rok 1880, tj. datę opublikowania przez belgijskiego radykała François Laurenta trzeciego tomu *Międzynarodowego prawa cywilnego*¹⁸. Na rzecz takiego rozwiązania przemawia przede wszystkim fakt, że ogłoszenie drukiem wspomnianego dzieła zbiegło się w czasie z pojawieniem się w judykaturze włoskiej pierwszych orzeczeń zmierzających do ograniczenia zakresu immunitetu państwa. Jednak niezależnie od tego, jak z dzisiejszej perspektywy będziemy oceniać ten dorobek wymiaru sprawiedliwości Królestwa Italii, pozostaje poza sporem, że rok 1880 to także wejście internacjonalistyki w okres dojrzałego pozytywizmu, symbolizowanego nazwiskami Georga Jellinka czy Heinricha Trieppla.

¹³ W literaturze polskiej szerzej na ten temat zob. S.E. Nahlik, *Narodziny nowożytnej dyplomacji*, Ossolineum, 1971, *passim*.

¹⁴ Zob. w szczególności: R.E. Adair, *The Exterritoriality of Ambassadors in the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, London, New York 1929; E. Young, *The development of the law of diplomatic relations*, BybIL 1964, vol. 40, nr 141; L.S. Frey, M.L. Frey, *The History...* W literaturze polskiej – por. S.E. Nahlik, *Narodziny...*; J. Sutor, *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, Warszawa 2012.

¹⁵ A. Gentilis, *De legationibus libri tres*, Londini 1585.

¹⁶ J. Hotman, *L'ambassadeur*, Paris 1603.

¹⁷ W konsekwencji powyższy punkt wyjścia nie uchybia również i innej solidnie ugruntowanej tezie, która wskazuje na eklektyczny charakter dzieł Grocjusza. W literaturze polskiej zob. R. Kwiecień, *Teoria i filozofia prawa międzynarodowego. Problemy wybrane*, Warszawa 2011, s. 43.

¹⁸ Zob. F. Laurent, *Droit civil international*, t. III, Bruxelles, Paris 1880.

To także okres stosunkowo dużych wpływów odwołującej się do wcześniejszych osiągnięć prywatystów włoskich Scuola Italiana. Wszystkie te procesy łącznie pociągają za sobą wyraźną zmianę parametrów dyskursu o immunitacie w ogólności. Powyższą datę jednak (podobnie jak datę początkową) należy traktować wyłącznie w kategoriach pewnego punktu orientacyjnego. Aby bowiem wykazać związek między analizowanym okresem rozwoju immunitetu państwa a okresem późniejszym, w niektórych rozdziałach oraz zakończeniu pracy zostanie omówione pokrótce znaczenie omawianych procesów dla doktryny immunitetu państwa w XX w. oraz w czasach współczesnych.

Na tym tle pojawia się kolejne pytanie, tym razem dotyczące metodologii badawczej. Jak wynika z tytułu pracy, zastosowany w niej mechanizm narracji i oceny analizowanego materiału odwołuje się do kryterium temporalnego. Rozpoczynając zatem analizy od przypomnienia najważniejszych ustaleń poczynionych przez Grocjusza, czytelnik przesuwając się „wzdłuż osi czasu” aż do 1880 r. lub też (tam, gdzie to zasadne) do czasów nieco późniejszych. Podstawowy problem polega jednak na tym, że aby uzyskać efekt synchronizacji omawianej judykatury z poglądami ówczesnej doktryny, ścisła sekwencja czasowa nie zawsze mogła zostać wiernie zachowana: w konsekwencji jeśli jest to konieczne dla pełnego przedstawienia opisywanych zjawisk (w szczególności dotyczy to przypadku percepcji dzieła danego autora lub omawianego wyroku w późniejszej judykaturze i doktrynie, która tematycznie łączy się bardziej z okresem poprzednim), wówczas kryterium czasu zostaje podporządkowane kryterium związku tematycznego występującego między zagadnieniami omawianymi w danym rozdziale.

Materiałem badawczym wykorzystywanym w niniejszej pracy są przede wszystkim monografie poświęcone zagadnieniom prawa międzynarodowego powstałe w XVI–XIX w. i zapadłe w omawianym okresie orzeczenia sądów krajowych. Dostęp do tekstów omawianych rozstrzygnięć w zasadzie można uzyskać za pomocą internetu, czasem jednak sięgnąć trzeba do publikowanych w XIX i XX w. zbiorów orzeczeń. Z uwagi na niewielkie znaczenie umów międzynarodowych, jako podstawy prawnej immunitetu państwa w omawianym okresie, praca odwołuje się do tego źródła prawa raczej okazjonalnie, podobnie jak okazjonalnie wykorzy-

stuje uchwały prawotwórcze organizacji międzynarodowych. Jak wiadomo, te ostatnie w 1880 r. pozostawały jeszcze *in statu nascendi*.

Struktura monografii przedstawia się następująco. W rozdziale „Uwagi wprowadzające” zostaną omówione zasadnicze pytania badawcze związane z procesem kształtowania się doktryny immunitetu państwa o zakresie nieograniczonym. W tym samym miejscu omówiona zostanie po krótku sytuacja panująca w dzisiejszej literaturze przedmiotu, a co za tym idzie, spróbujemy odpowiedzieć na pytanie, dlaczego w ogóle w XXI w. warto poświęcić oddzielną monografię zagadnieniom – wydawałoby się – całkowicie przebrzmiałym i należącym do minionej epoki. W tej części zostanie także omówiony aparat pojęciowy zastosowany w pracy, jak również zostaną przedstawione uwagi związane z tłumaczeniem analizowanych tekstów. Dzieło Grocjusza *De iure belli ac pacis* oraz jego kontynuatora i następcy Cornelisa van Bijkershoek’a poświęcona zostanie część I niniejszej monografii. W częściach II i III zastanowimy się nad poglądami niemieckiej myśli prawnej (część II) oraz nad wkładem Emericha de Vattela i Georga Friedricha von Martensa (część III) w rozwój interesujących nas procesów. W części IV zostanie dokonana gruntowna analiza sprawy *Schooner Exchange v. McFaddon*¹⁹, którą spróbujemy raz jeszcze poddać szczegółowej egzegezie w świetle ustaleń poczynionych w poprzedzających ją częściach poświęconych filozofii i teorii doby *ancien régime*’u. W części V zostanie omówiona kwestia, która w literaturze przedmiotu wywoływała niezwykle wprost emocje, tj. problem mocy wiążącej immunitetu w świetle poglądów wyrażonych przez sędziego Johna Marshalla w sprawie *Schooner Exchange*. W części VI zastanowimy się nad wpływem myśli prawnej oraz reperkusjami sprawy *Schooner* dla późniejszej judykatury w państwach *common law*, w części VII zaś omówiony zostanie rozwój instytucji immunitetu monarchy (postrzeganego jako personifikacja państwa) oraz immunitetu państwa w państwach Europy kontynentalnej.

Kończąc wstęp, chciałbym wyrazić swoją olbrzymią wdzięczność Instytutowi Prawa Międzynarodowego, a w szczególności szefowi Rady Naukowej IPM WPIA UW prof. dr. hab. Zdzisławowi Galickiemu – przede

¹⁹ *The Exchange v. McFaddon*, 11 U.S., 7 Cranch’s Reports 116 (1812).

wszystkim za to, że wykazał ogrom cierpliwości, czekając lata na niniejszą monografię. Słowa podziękowania chciałbym również skierować do władz Wydziału Prawa i Administracji UW, których cierpliwość została wystawiona na nie mniejszą próbę niż cierpliwość moich bezpośrednich przełożonych. Odrębne podziękowania składam prof. dr. hab. Janowi Szemińskiemu (Uniwersytet Hebrajski w Jerozolimie) za lata wspólnych rozmów i przyjaźń, która dopiero teraz ma pewne szanse zmaterializować się intelektualnie na gruncie oddawanej do druku pracy. Niniejsza monografia stanowi również próbę spłaty długu wdzięczności wobec dr Julii Tazbir, dzięki której zainteresowałem się okresem wczesnonowożytnym, oraz wobec Pani Barbary Strycharczyk, której żelazna konsekwencja w zakresie nauczania języka łacińskiego okazała się wprost nieoceniona przy pisaniu tej pracy.

W końcu zaś zupełnie odrębne podziękowania kieruję pod adresem moich najbliższych: przede wszystkim żony Kasi oraz dzieci Joasi i Dominika, a także moich rodziców, których pomoc pozwoliła na dokończenie i wydanie monografii. Bez Waszej obecności, wsparcia i ciepła niniejsza praca nie zostałaby ukończona nigdy.

Aleksander Gubrynowicz

Warszawa, jesień 2015

Uwagi wprowadzające

Zanim przejdziemy do omawiania zagadnień, którym poświęcona jest niniejsza monografia, autor winien jest czytelnikom jedno wyjaśnienie. Mogłoby się bowiem wydawać, że na temat immunitetu państwa napisano już niemal wszystko. W konsekwencji pojawia się pytanie, czy w obliczu tak wielkiej liczby publikacji jest jeszcze sens rozpocząć dyskusję na temat – zdawałoby się – całkowicie wyeksplutowany badawczo, a co za tym idzie, raczej nierokujący specjalnie wielkich nadziei na doktrynalnie nową jakość, której nie znałyby poprzednie generacje teoretyków lub praktyków.

Na powyższe pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Nie jest specjalną tajemnicą, że w piśmiennictwie fachowym immunitety nigdy nie miały przysłowiowej „dobrej prasy”. Ponadto w drugiej połowie XX w. instytucje te (niezależnie od tego, czy mowa o immunitetach przyznawanych *ratione personae* czy *ratione materiae*) znalazły się ponownie pod ogniem zmasowanej krytyki zarówno literatury przedmiotu, jak i prasy popularnej. Proces ten dodatkowo przybrał na sile po 1989 r., gdy wraz z upadkiem żelaznej kurtyny teoria oraz praktyka obrotu odnotowały gwałtowny wzrost znaczenia problematyki praw człowieka²⁰, na który nałożyło się zjawisko stopniowej internacjonalizacji prawa karnego. Jak wiadomo, ciężar gatunkowy zarzutów stawianych immunitetom w nauce prawa okazał się na tyle przekonujący, że – pomijając okres pionierski zapoczątkowany judykaturą Belgii

²⁰ Wzrost ten objawił się m.in. w liczbie zawieranych umów międzynarodowych przyznających jednostce określone uprawnienia, rosnącej liczbie państw-stron porozumień w tym zakresie oraz rozbudowie mechanizmów międzynarodowej kontroli przestrzegania standardów.

i Włoch w drugiej połowie XIX w. – od końca drugiej wojny światowej w orzecznictwie światowym (a częściowo również legislacji niektórych państw) można zaobserwować wyraźny trend ograniczania ich zakresu zarówno w wymiarze podmiotowym, jak i przedmiotowym²¹. Warto przy tym odnotować, że o ile wraz z wyłożeniem do podpisu Konwencji wiedeńskiej²² prawo międzynarodowe skutecznie skodyfikowało reguły rządzące immunitetem dyplomatycznym, o tyle w żadnym wypadku nie można tego samego napisać o analogicznych wysiłkach podjętych na rzecz unifikacji reguł rządzących immunitetem państwa. Mimo rozlicznych projektów, jakie od końca XIX w. poddawały pod dyskusję rozmaite towarzystwa naukowe (m.in. Institut de Droit International – IDI, International Law Association – ILA), a później Liga Narodów oraz KPM ONZ, żaden z nich nie uzyskał szerszej aprobaty ze strony państw.

W rezultacie nawet jeśli opracowany projekt ostatecznie udawało się w formie umowy międzynarodowej wyłożyć do podpisu, państwa z reguły nie spieszyły się ze składaniem dokumentów ratyfikacyjnych. Powyższa prawidłowość dotyczy również Konwencji Narodów Zjednoczonych z 2 grudnia 2004 r. w sprawie immunitetów jurysdykcyjnych państw oraz ich majątku²³.

Skądinąd zaś, pisząc na temat aktualnie obowiązujących unormowań, autorzy współcześni z reguły nie mają dostatecznie dużo czasu, by zagłębiać się w drobiazgowie analizy rozstrzygnięć sądowych czy po-

²¹ Szerzej na ten temat por. H. Fox, Ph. Webb, *The Law of State Immunity*, wyd. 3, Oxford 2013, s. 139–164. W literaturze polskiej M. Kałduński, hasło: *Immunitet państwa* (w:) B. Hołyst, R. Hausner (red.), *Wielka Encyklopedia Prawa*, t. IV: J. Symonides, D. Pyć (red.), *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2014 (dalej powoływana jako: *Wielka Encyklopedia Prawa*, t. IV).

²² Konwencja wiedeńska o stosunkach dyplomatycznych sporządzona w Wiedniu dnia 18 kwietnia 1961 r. (Dz. U. z 1965 r. Nr 37, poz. 232).

²³ W niektórych źródłach polskich tytuł Konwencji tłumaczony jest jako Konwencja Narodów Zjednoczonych z dnia 2 grudnia 2004 r. o immunitetach jurysdykcyjnych państw i ich mieniu (por. postanowienie SN RP z 29 X 2010 r. w sprawie *Winicjusz Natoniewski v. Republika Federalna Niemiec*, IV CSK 465/09), względnie *ich własności* [podkr. A.G.]. W ten sposób M. Kałduński, hasło: *Immunitet państwa* (w:) *Wielka Encyklopedia Prawa*, t. IV. Ze względu na brak ratyfikacji tej Konwencji przez Polskę nie istnieje oficjalne jej tłumaczenie, które pozwalałoby rozstrzygnąć powyższe wątpliwości terminologiczne.

głędów autorów formułowanych kilkadziesiąt, a niekiedy kilkaset lat wcześniej. Z uwagi na powyższe „rozdział historyczny” w pracy o immunitecie państwa z reguły zajmuje coraz mniej miejsca, w niektórych zaś sytuacjach autorzy starają się dołożyć starań, by rozważania te nie wykraczały poza niezbędne minimum. W tym miejscu jednak pojawia się poważny problem natury doktrynalnej. Jak pokazuje praktyka, powoływanie się na orzeczenia, które zapadały nierzadko ponad 100 lat temu, by następnie przyjęte wówczas przez sąd tezy lub fragmenty uzasadnienia ekstrapolować dla dokonania oceny i wywiedzenia wniosków o obecnie obowiązującym stanie prawnym – może być obarczone sporym ryzykiem. Należy przy tym pamiętać, że prawdopodobieństwo popełnienia błędu zdecydowanie wzrasta, jeśli autor dzieła o immunitecie państwa, w dobie dzisiejszej dokonując – z konieczności skróconej – analizy historycznej, nie uwzględni uwarunkowań systemu prawa międzynarodowego w kształcie, w jakim obowiązywał on w chwili wydania cytowanego orzeczenia, względnie opublikowania pracy przywoływanego autora. Na powyższe niebezpieczeństwo nakłada się jeszcze jedna patologia, o której w nauce prawa skądinąd doskonale wiadomo już 120 lat temu.

„W wielu przypadkach uczeni nawet nie zadają sobie trudu starannego przeczytania autorytetów epoki minionej, względnie zwrócenia uwagi, na podstawie jakiego stanu faktycznego to lub tamto orzeczenie zostało wydane – grzmiał pod koniec XIX w. niemiecki uczony Carl Ludwig von Bar. – A ponieważ wiemy, że sentencje wyroków sądowych są często zdecydowanie bardziej poprawne, niż przedstawione w uzasadnieniach motywy, jakimi kierował się sąd, sędzia, który przygotowuje opinię większości składu oraz sporządza uzasadnienie, z reguły przykładają małą wagę do niektórych sformułowań lub nawet i całości wyroku [z epoki minionej – A.G.], który zamierza wykorzystać [do rozstrzygnięcia przedłożonego mu sporu – A.G.], a ci, którzy wyrażają zdanie z nim zbieżne, przykładają do tych kwestii uwagę nawet mniejszą. W końcu zaś autor, który nie ma zamiaru zagłębiać się w uzasadnienie owej doktryny, na którą się powołuje, odwołuje się do autorytetu kogoś innego i w ten sposób błyskawicznie tworzy się swoisty łańcuch autory-

tetów, które następnie przedstawia się jako reprezentujący jakąś tradycję piśmienniczą”²⁴.

Carl Ludwig von Bar miał bez wątpienia rację. Zjawisko „głuchego telefonu” w narracji o immunitetach istniało, istnieje i prawdopodobnie będzie istnieć tak długo, jak długo instytucja immunitetu państwa nie doczeka się kodyfikacji w traktacie zaakceptowanym przez zdecydowaną większość państw. Nawet pobieżny przegląd literatury przedmiotu publikowanej już po śmierci niemieckiego klasyka wskazuje jednoznacznie, że potomni niezbyt wzięli sobie do serca tę uwagę i omawiany problem zdaje się dotyczyć nawet tych, którzy, jak Edwin Gmür, kosztem wprost tytanicznego wysiłku usiłowali w syntetycznej formie przedstawić zarys ewolucji podstaw doktrynalnych immunitetu państwa²⁵. Być może zatem, z uwagi na ogrom materiału badawczego, ryzyko błędu jest wpisane w analizę historycznoprawną tego problemu, niemniej jednak z punktu widzenia toczących się obecnie dyskusji o immunitecie państwa szczególnie trzy aspekty zasługują na podjęcie szczegółowych badań.

Po pierwsze, ciągnący się nieprzerwanie od XIX w. spór, na ile immunitet państwa można w ogóle traktować jako normę zwyczajową, jest niemożliwy do rozstrzygnięcia bez podjęcia zintensyfikowanych badań nad doktryną i judykaturą okresu poprzedzającego rok 1880. Nie jest bowiem żadną tajemnicą, że w literaturze przedmiotu oraz części judykatury co jakiś czas pojawiają się mniej lub bardziej jasno wyartykułowane tezy głoszące, iż immunitet państwa od zarania dziejów stanowił wyłącznie przedmiot międzynarodowej kurtuazji. W świetle tego poglądu zatem państwa nigdy nie były skłonne przyznać tej instytucji statusu normy prawnie wiążącej, a już z całą pewnością nie było zgody na immunitet

²⁴ C.L. von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, wyd. 2, Hanover 1889, cytaty za tłumaczeniem angielskim z 1889 r. opublikowanym pod tytułem: *The Theory and Practice of Private International Law*, revised and enlarged, wyd. 2, William Green and Sons Law Publishers, London, New York, Toronto 1892 (tłum R. S. Gillespie), § 529, s. 1006 i n. W dalszych analizach wykorzystano wymienione tłumaczenie angielskie, a w konsekwencji praca ta cytowana będzie jako: C.L. von Bar *The Theory and Practice...*

²⁵ E. Gmür, *Gerichtbarkeit über fremde Staaten...* – o konkretnych przypadkach pomyłek tego wybitnego znawcy problematyki immunitetu państwa będzie mowa na dalszych stronach monografii.

o zakresie nieograniczonym. W ciągu ostatnich 20 lat nastąpił ponowny wzrost liczby publikacji prezentujących powyższy pogląd²⁶, w konsekwencji warto więc zastanowić się nad tym, na ile znajduje on swoje zakotwiczenie źródłowe.

Po drugie, nie jest żadną tajemnicą, że w okresie, o którym traktuje niniejsza monografia, zainteresowania uczonych koncentrowały się głównie wokół immunitetu dyplomatycznego, względnie immunitetu monarchy przebywającego osobą własną na terytorium niepodlegającym jego jurysdykcji. Zakładając zatem, że w procesie kształtowania immunitetu państwa immunitet dyplomatyczny odegrał (przynajmniej w początkowej fazie jego krystalizacji) jakąś rolę, warto byłoby ustalić, na czym konkretnie ona polegała, a w szczególności, jak ów „dyplomatyczny rodowód” wpłynął na późniejszą konstrukcję immunitetu państwa.

Po trzecie zaś, interesującą kwestią, która – jak dotąd – stosunkowo słabo była podkreślana w literaturze przedmiotu, jest problem pewnych odmienności w podejściu do problematyki immunitetu państwa, jakie można zaobserwować w literaturze państw *common law* oraz autorów wywodzących się z kontynentalnej tradycji prawnej. Rozbieżności te nie byłyby same w sobie groźne, gdyby nie fakt, że w historii badań nad immunitetem państwa zdarzało się, że autorzy – nierzadko odwołujący się do tych samych orzeczeń, względnie cytujący tych samych autorów – dochodzili do zupełnie przeciwnych wniosków. Dramatyczne i międzypokoleniowe spory dotyczące takich myślicieli jak Bijkershoek i Vattel, a z orzeczeń głośny wyrok SN USA w sprawie *Schooner Exchange*, są tu niewątpliwie dobrym przykładem. Być może dyskusje te (których w zasadzie nigdy nie zakończono jakimś ogólnie przyjętym *résumé*) można byłoby pominąć, gdyby nie fakt, że stanowiska, jakie zajmowali adwersarze w XIX w., w jakiejś mierze zdają się również wpływać na poglądy formułowane w późniejszym piśmiennictwie, a dalekie echa tych sporów zdają się oddziaływać na stanowisko doktryny także w dobie dzisiejszej. W konsekwencji trzecie pytanie ba-

²⁶ Szczegółowe odwołania literaturowe w tej materii zostaną przedstawione w dalszych częściach monografii.

dawcze, na jakie będzie usiłować odpowiedzieć niniejsza praca, dotyczy kwestii, na ile proces kształtowania się immunitetu państwa przebiegał w poszczególnych państwach w sposób podobny, na ile zaś w procesie tym występowały różnice, na czym one polegały i w jaki sposób wpłynęły na późniejszy rozwój doktryny immunitetu państwa w państwach *common law* oraz w państwach przynależących do kontynentalnej tradycji prawnej.

Jak więc widać, niniejszej monografii przyświecają również cele pragmatyczne. W istocie rzeczy ma ona odegrać rolę swego rodzaju klamry, która – koncentrując się na wczesnym etapie tworzenia zrębów współczesnej doktryny immunitetu państwa i kładąc główny nacisk na aspekt relacji zachodzących między immunitetem dyplomatycznym a immunitetem suwerena, który w warunkach dominujących ówczesnie wyobrażeń ustrojowych utożsamiany był z immunitetem państwa – pełniłaby funkcję *sui generis* łącznika. Ujmując rzecz inaczej, w zamyśle autora, niniejsza praca ma odegrać rolę swego rodzaju „intelektualnego pomostu” pomiędzy toczącą się także dziś dyskusją o immunitecie państwa (w której argumentacja odwołująca się do analiz historycznoprawnych odgrywa nadal znaczącą rolę) a realiami, w których orzeczenia te powstawały, tym samym pozwalając spiąć obie te sfery w pewną logiczną całość. Rzecz jasna, nie ma cienia wątpliwości, że owe tradycje, których powstawanie obserwował von Bar, zakorzeniły się w myśleniu o immunitecie państwa zbyt mocno, aby przy użyciu argumentów odwołujących się do wykładni historycznej można było domagać się zmiany czy wręcz porzucenia wizji, jaką dana szkoła filozoficzna czy grupa teoretyków wypracowały w ciągu wieków. Taka analiza jednak, przy zachowaniu pewnych środków ostrożności, może okazać się przydatna o tyle, że pozwalając zbliżyć się do prawdy, jednocześnie przyczynia się do usystematyzowania dyskusji o immunitecie państwa, w takim zakresie, w jakim strony sporu sięgają po argumenty natury historycznoprawnej. Jeżeli zaś niniejsza monografia pobudzi do refleksji nad zagadnieniem przyczyn, dla których niektóre z postulatów ograniczania lub wręcz likwidacji immunitetu nie zostały zaakceptowane w praktyce, wówczas będzie można przyjąć, że praca ta w jakiejś mierze spełniła swoje zadanie.

Warto również wspomnieć, że omawiana epoka należy do stosunkowo najsłabiej zbadanych obszarów w historii immunologii światowej. W szczególności zaś, na gruncie ściśle akademickim, istnieje ewidentna luka w naszej wiedzy na temat procesu kształtowania się immunitetu państwa w kontekście jego relacji z immunitetem dyplomatycznym. O ile w tym ostatnim przypadku historiografia amerykańska dopracowała się monografii autorstwa Lindy S. Frey i Marshy L. Frey²⁷, o tyle – wedle wiedzy niżej podpisanego – od czasów Edwina Gmüra problematyka rozwoju dogmatyki immunitetu państwa nie była już przedmiotem szerszych analiz historycznoporównawczych. Ponadto z uwagi na wyraźną koncentrację tego autora na procesach zachodzących w okresie schyłkowym XIX w. oraz w pierwszej połowie XX w. rozważania tego wybitnego znawcy dziejów dogmatyki immunologicznej w pierwszej połowie XIX w. pozostały niezbyt rozbudowane. W konsekwencji na niektóre szczegółowe pytania badawcze, istotne z punktu widzenia tematu niniejszej monografii, jego praca nie udziela (gdyż autor nie miał takiego zamiaru) wyczerpujących odpowiedzi. Niezależnie od tego, po upływie blisko 70 lat od daty publikacji tej klasycznej pozycji szwajcarskiego teoretyka, nauki historyczne (w tym historycznoprawne) poczyniły duże postępy. Można zatem postawić pytanie o zasadność niektórych wyrażonych poglądów Gmüra, choć bez wątpienia jego praca stanowi nadal przysłowiową kopalnię wiedzy, która niejednokrotnie w dalszym ciągu może i powinna być wykorzystywana do prac badawczych.

Na tym tle specyficzna sytuacja panuje w literaturze polskiej. Rodzima internacjonalistyka ma w swoim dorobku całkiem sporo dzieł o niekwestionowanej wartości naukowej, traktujących o rozwoju historycznym poszczególnych gałęzi prawa międzynarodowego²⁸, i powyższa konstatacja odnosi się również do prawa dyplomatycznego²⁹. Na uwagę zasługują również publikacje traktujące o suwerenności

²⁷ L.S. Frey, M.L. Frey, *The History...*

²⁸ W tym kontekście warto jedynie tytułem przykładu zwrócić uwagę na prace R. Bierzanka. Zob. R. Bierzanek (red.), *The Polish 19th Century Doctrine of National Liberation War in the 19th Century*, Ossolineum 1980, s. 73–104; tenże, *Wolność mórz w rozwoju historycznym*, Warszawa 1952.

²⁹ Zob. R. Bierzanek, *Początki nietykalności poselskiej*, Warszawa 1957; S.E. Nahlík, *Narodziny...*

państwa³⁰, zwłaszcza te, które ukazują ewolucję tego pojęcia w procesie jego rozwoju, których autorzy – w celu objaśnienia zjawisk i procesów zachodzących w prawie międzynarodowym w XX w., względnie w czasach nam współczesnych – niejednokrotnie cofają początki swoich analiz przed rok 1789³¹. Powyższa konstatacja prowadzi do dwóch wniosków, z których jeden dotyczy (ponownie) sensu publikowania tak skonstruowanej pracy, drugi zaś dodatkowo uzasadnia przyjętą metodologię.

Po pierwsze, oddawana do rąk Szanownych Czytelników praca – poza tym, że ma zamiar wypełnić pewną lukę w toczącej się debacie o imunitetach obowiązujących we współczesnym prawie międzynarodowym publicznym – do pewnego stopnia stawia sobie również za cel pogłębienie naszej wiedzy o tym specyficznym czasie, jakim w historii rozwoju tych instytucji były XVIII i XIX w., o którym to okresie wiemy nadal bardzo niewiele. Niniejszą monografię można zatem potraktować jako odpowiedź na nawoływania, jakie od lat płyną ze środowisk zawodowo zajmujących się prawem międzynarodowym publicznym, by zintensyfikować badania nad historią rozwoju prawa międzynarodowego (a więc również historią nauczania tej specyficznej gałęzi prawa) zarówno w Polsce, jak i za granicą³². Nawoływania te wydadzą się tym bardziej zasadne, gdy będziemy pamiętać, że w polskiej literaturze przedmiotu, jak dotąd, brak publikacji, która odgrywałaby rolę porównywalną do pracy Gmüra.

Po drugie zaś, i ważniejsze, na gruncie metodologicznym w literaturze polskiej zainteresowanie historią prawa międzynarodowego od dawna

³⁰ J. Kranz, *Jak rozumieć suwerenność? Próba opisu* (w:) S. Sowiński, J. Węgrzecki (red.), *Suwerenność państwa i jej granice*, Warszawa 2010, s. 15–46; tenże, hasło: *Suwerenność* (w:) *Wielka Encyklopedia Prawa*, t. IV; R. Kwiecień, *Does the state still matter? Sovereignty, legitimacy and international law*, *PYIL* (2013), vol. 32, s. 45–73. Patrz również M. Perkowski, *Podmiotowość prawa międzynarodowego współczesnego uniwersalizmu w złożonym modelu klasyfikacyjnym*, Białystok 2008, s. 211–227.

³¹ Powyższe dotyczy zwłaszcza prac R. Kwietnia – zob. tenże, *Miedzy wartością wspólnoty a wspólnotą wartości*, Lublin 2007; tenże, *Suwerenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*, Kraków 2004.

³² Por. głos w dyskusji prof. J. Menkesa za: A. Przyborska-Klimczak (red.), *Z kart historii polskiej nauki prawa*, Lublin 2002, s. 185.

(a być może od zawsze?) traktowano jako jeden z ważnych elementów warsztatu, jakim powinna się charakteryzować dojrzała internacjonalistyka. Nie jest przy tym tajemnicą, że jednym z czołowych zwolenników takiego właśnie ujęcia prawa międzynarodowego był Manfred Lachs³³. Jak pokazała jednak konferencja poświęcona pamięci oraz dorobkowi naukowemu tego jurysty, powyższe przesłanie może nadal liczyć na zrozumienie i poparcie w gronie wielu specjalistów o uznanym dorobku w tej dziedzinie³⁴. Skądinąd zaś, jak przypomina Anna Przyborowska-Klimczak, w koncepcji Lachsa szczególne znaczenie odgrywały dzieła wczesnonowożytnych klasyków, takich jak Grocjusz i Vattel, których poglądom poświęcona zostanie część niniejszej monografii³⁵. Jak więc widzimy, w polskiej tradycji nauczania i badania prawa międzynarodowego prowadzenie badań historycznoprawnych ma znaczenie szczególnie i choćby z tego względu, tytułem kontynuacji dobrej praktyki wypracowanej przez poprzednie pokolenia, warto skorzystać z tych doświadczeń przy pisaniu dzieła poświęconego tak klasycznej instytucji, jaką w prawie międzynarodowym był (i jest) immunitet państwa.

Można oczywiście zadać pytanie, czy dochowywanie wierności tradycji metodologicznej sugerowanej przez wielkich poprzedników ma jeszcze sens w sytuacji, gdy na przełomie XX i XXI w. tempo przekształceń technicznych, gospodarczych, społecznych, a w końcu także politycznych, nie znajduje żadnych paraleli w okresach wcześniejszych. W przypadku monografii poświęconej immunitetowi państwa odpowiedź musi być twierdząca. Abstrahując jednak od poruszonego wyżej problemu braku traktatu kodyfikującego normy prawnomiędzynarodowe, który uzyskałby szerszą aprobatę państw, a co za tym idzie – roli norm zwyczajowych jako źródła prawa tej instytucji, warto zwrócić uwagę na jej szczególny związek z pojęciem suwerenności.

³³ Jak wiadomo powszechnie, czołowym zwolennikiem takiego ujęcia nauczania prawa międzynarodowego był m.in. M. Lachs [*The development and general trends of international law in our time*, RCADI (1980) IV, vol. 169, s. 26].

³⁴ Zob. w szczególności wystąpienie Z. Galickiego, *Profesor Manfred Lachs – nauczyciel prawa międzynarodowego* (w:) *Manfred Lachs – wybitny prawnik świata*, Warszawa 2011, s. 30 i n. Patrz także A. Przyborowska-Klimczak, *Poglądy Profesora Manfreda Lachsa na temat nauczania prawa międzynarodowego* (w:) tamże, s. 70 i n.

³⁵ A. Przyborowska-Klimczak, tamże, s. 71.

Należy przy tym mocno podkreślić, że w żadnym wypadku nie jest zamiarem niniejszej monografii powracanie do dyskusji o tym, czym jest suwerenność, jakie są jej granice, w jaki sposób pojęcie to ewoluowało na przestrzeni dziejów, ani też w jaki sposób należy ją rozumieć w czasach współczesnych. Kwestie te były wielokrotnie podejmowane w literaturze przedmiotu i nie ma powodu, by kwestionować poczynione dotychczas ustalenia w tej materii³⁶. W doktrynie panuje jednak zgodna opinia, że problematyka immunitetu państwa pozostaje w ścisłym związku z zagadnieniem suwerenności państw³⁷. Skoro jednak w dyskusji o suwerenności niejednokrotnie sięga się po argumenty wywiedzione z jej rozwoju historycznego, to nie widać powodu, dlaczego w przypadku immunitetu, który stanowi instytucję gwarantującą poszanowanie suwerenności, miałyby obowiązywać metodologia odmienna, zwłaszcza gdy, jak w naszym przypadku, zagadnienie ewolucji immunitetu państwa ma stanowić zasadniczą część niniejszej monografii.

Nieco szerszego komentarza wymaga pojęcie jurysdykcji. Podobnie jak w przypadku suwerenności, nie jest przedmiotem niniejszej monografii prowadzenie szczegółowych rozważań na temat tej fundamentalnej kwestii, która przez kilka stuleci zajmowała uwagę teoretyków i praktyków. Niemniej jednak z uwagi na okoliczność, że w piśmiennictwie przyjmuje się, iż immunitet ze swej natury stanowi ograniczenie jurysdykcji, warto postawić pytanie, co przez to ostatnie pojęcie należy rozumieć.

W literaturze polskiej Wojciech Góralczyk oraz Stefan Sawicki stwierdzają, że:

³⁶ Z olbrzymiej literatury przedmiotu w tej materii zob. m.in.: J. Kranz, *Jak rozumieć suwerenność? Próba opisu* (w:) S. Sowiński, J. Węgrzecki (red.), *Suwerenność państwa i jej granice*, Warszawa 2010, s. 15–46; tenże, hasło: *Suwerenność* (w:) *Wielka Encyklopedia Prawa*, t. IV; R. Kwiecień, *Suwerenność państwa...*; tenże, *Does the state still matter? Sovereignty, legitimacy and international law*, PYIL (2013), vol. 32, s. 45–73. Z ujęć podręcznikowych por. np. W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, wyd. 3, Warszawa 2014, s. 174–176; W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, wyd. 7, Warszawa 2000, s. 132.

³⁷ Na powyższe związki wskazywał już Gmür (*Gerichtsbarkeit über fremde Staaten...*, s. 5 i 166). Współcześnie zob. także M. Kałduński, hasło: *Immunitet państwa* (w:) *Wielka Encyklopedia Prawa*, t. IV; por. także J. Kranz, *Jak rozumieć...*, s. 19.

„Suwerenność oznacza również pełnię i wyłączność władzy sprawowanej przez państwo na jego terytorium, co określane jest jako suwerenność terytorialna lub zwierzchnictwo terytorialne”³⁸.

Stanowisko zbliżone (aczkolwiek nie tożsame) zajmują Władysław Czapliński i Anna Wyrozumska, którzy wskazują, że:

„[...] wśród atrybutów suwerenności wymienia się: wyłączną kompetencję jurysdykcyjną odnośnie do własnego terytorium i obywateli”³⁹.

Ian Brownlie sądził natomiast, że:

„[...] pojęcie jurysdykcji odnosi się do pewnego szczególnego aspektu ogólnej kompetencji prawnej państw często określanej mianem „suwerenności”. Jurysdykcja jest pewnym aspektem suwerenności i odnosi się do kompetencji państwa w zakresie stanowienia przepisów prawa, kompetencji do administrowania oraz kompetencji do sprawowania wymiaru sprawiedliwości”⁴⁰.

Z kolei w literaturze polskiej Jerzy Kranz, zwracając uwagę na wieloznaczność terminu „jurysdykcja”, jednocześnie wyraża opinię, że termin ten może odnosić się do:

³⁸ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe...*, wyd. 7, s. 124 (patrz także wyd. 13 tej pracy, Warszawa 2012, s. 174).

³⁹ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, wyd. 2, Warszawa 2004, s. 135, pkt 145. Zob. również krytyczne uwagi tych autorów na temat rozróżnienia między pojęciami „suwerenność” i „zwierzchnictwo terytorialne” (tamże, s. 136 i n., pkt 148; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe...*, wyd. 3, s. 174–176). Skądinąd W. Góralczyk i S. Sawicki są świadomi, że pojęcie „zwierzchnictwo terytorialne” nie wszystkich przekonuje. Autorzy ci zwracają uwagę, że w myśl art. 2 deklaracji praw i obowiązków państw z 1949 r. *każde państwo ma prawo wykonywania jurysdykcji nad swoim terytorium* [podkr. A.G.] oraz nad wszystkimi osobami i rzeczami znajdującymi się tam, z zastrzeżeniem immunitetów uznanych przez prawo międzynarodowe – zob. W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe...*, wyd. 13, s. 174.

⁴⁰ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, wyd. 6, Oxford 2003, s. 297.

„[...] uprawnień sądu (krajowego lub międzynarodowego), uprawnień państwa oraz do wykonywania przez nie faktycznej władzy poza jego terytorium”⁴¹.

Idąc dalej tym tropem, autor ten wyraźnie rozróżnia jurysdykcję sądu i jurysdykcję państwa, gdzie przez pojęcie jurysdykcji sądu rozumie *zdolność prawną* [sądu – A.G.] *do rozstrzygania określonej kategorii sporów*, a pojęcie jurysdykcji państwa w dużej mierze pokrywa się z definicją brytyjskiego klasyka⁴².

Nie ulega wątpliwości, że z punktu widzenia niniejszej monografii najważniejszym elementem zaproponowanej przez Brownliego i Kranza definicji jurysdykcji będzie wyraźne podkreślenie aspektu działalności organów wymiaru sprawiedliwości, przede wszystkim zaś aspektu jurysdykcji sądów krajowych, choć w niektórych przypadkach aspekt stanowienia prawa również okaże się niepozbawiony pewnego znaczenia w praktyce. Mając zatem na uwadze, że w dzisiejszym piśmiennictwie pojęcie „zwierzchnictwo terytorialne” znajduje się w wyraźnym odwrocie, a preferowana przez internacjonalistów i procesualistów konwencja językowa wskazuje bardziej na pojęcie „jurysdykcja” jako tę konsekwencję prawną suwerenności, dzięki której państwo jest zdolne stosować wydane przez siebie przepisy w odniesieniu do określonych osób i ich majątku, jak również w ich świetle oceniać wszelkie zdarzenia, jakie zaszły w obrębie granic jego terytorium, w niniejszej pracy będziemy mówić o jurysdykcji, nie zaś o zwierzchnictwie terytorialnym. Dodatkowym argumentem, który przemawia za powyższą konwencją terminologiczną, jest również aspekt temporalny. Pojęcie zwierzchnictwa terytorialnego skryształizowało się znacznie później niż pojęcie jurysdykcji, które ma jednak starszą metrykę. Pojęcie zwierzchnictwa terytorialnego pojawi się zatem w pracy zupełnie wyjątkowo, gdy z kontekstu wyroku lub wydanych przepisów wynika, że taki właśnie był zamiar składu orzekającego lub danego ustawodawcy.

Pozostając zatem przy pojęciu jurysdykcji, jednocześnie należy podkreślić, że pojęcie to będzie stosowane w rozumieniu, jakie nadaje mu

⁴¹ Cytat za: J. Kranz, hasło: *Jurysdykcja* (w:) *Wielka Encyklopedia Prawa*, t. IV.

⁴² Tamże.

nauka prawa międzynarodowego, w żadnym wypadku zaś prawo cywilne procesowe. Jak wiadomo, w środowisku polskiej procesualistyki przynajmniej od kilkunastu lat toczy się dyskusja, czy pojęcie „jurysdykcja krajowa” może być utożsamiane z zakresem jurysdykcji, jakie każdemu państwu przyznaje prawo międzynarodowe publiczne. Jak się wydaje, we współczesnej literaturze przedmiotu przeważa opinia negatywna. W rezultacie w polskiej procesualistyce wyraźnie wyodrębnia się pojęcie „władza jurysdykcyjna” (rozumiana jako przyznany na mocy prawa międzynarodowego każdemu państwu zakres kompetencji do stosowania ustanowionych przez nie przepisów prawa) oraz „jurysdykcja krajowa” (rozumiana jako zakres, z którego prawodawca krajowy rzeczywiście skorzystał)⁴³. Odnosząc się ze zrozumieniem do tych postulatów doktrynalnych (które po noweli z 2008 r. w znacznej mierze uwzględnił również polski kodeks postępowania cywilnego), stwierdzić wypada, że tak rozumiana jurysdykcja krajowa różni się z rozumieniem pojęcia „jurysdykcja”, jakie będzie stosowane w niniejszej monografii: w tym znaczeniu pojęcie „jurysdykcja” zakresowo zbliża się do pojęcia „władza jurysdykcyjna”.

Odrębną kwestią jest problem terminologiczny, który chyba w każdym opracowaniu poświęconym immunitetom budzi szczególnie wiele emocji, tj. definicji samego pojęcia „immunitet”. Jak wiadomo, w XX w. państwa wyłożyły do podpisu całkiem dużo umów międzynarodowych regulujących – lepiej lub gorzej – problematykę immunitetów przyznawanych określonym kategoriom osób, organizacjom międzynarodowym lub państwom. Trudno jednak nie zauważyć, że żadna z nich nie zawarła w swoim katalogu zastosowanych pojęć precyzyjnej definicji tego terminu. Jakby tego było mało, w pracach autorów polskich najpóźniej od czasów Kamila Stefki zdawano sobie sprawę, że w literaturze przedmiotu (zarówno rodzimej, jak i obcej) zdania na ten temat są podzielone⁴⁴. Okres PRL nie przyniósł jakiegś zasadniczej zmiany

⁴³ W literaturze przedmiotu za rozróżnieniem obu pojęć opowiada się K. Weitz, *Jurysdykcja krajowa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005, s. 77, 93 i n.; P. Grzegorzczuk, *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010, s. 79 i n. oraz s. 90.

⁴⁴ K. Stefko, *Dyplomatyczne zwolnienie od jurysdykcji w sprawach cywilnych*, Lwów 1938, s. 31–33.

w tej materii⁴⁵. Gdy mowa o definicjach pojęcia „immunitet” w czasach współczesnych, to autorzy opublikowanego w 2014 r. tomu IV *Wielkiej Encyklopedii Prawa* zdają się również stać na dość ostrożnym stanowisku, rozdzielając hasło „immunitet jurysdykcyjny” od hasła „immunitet państwa”. Pierwsze z tych pojęć zostaje zdefiniowane przez podział: na immunitet w znaczeniu węższym, który:

„[...] polega na tym, że państwo może skutecznie zakwestionować wykonywanie jurysdykcji przez inne państwo wówczas, gdy prawo międzynarodowe przyznaje pierwszemu państwu [...]”

oraz immunitet egzekucyjny:

„[...] który chroni majątek publiczny państwa wykorzystywany do działalności władczej przed egzekucją prowadzoną przez obce państwo”.

Z kolei immunitet państwa definiowany jest jako:

„[...] zespół norm prawa międzynarodowego wyłączający możliwość podporządkowania państwa, jego przedstawicieli i własności władzy sądowej innych państw. Podstawowa norma stanowi, że państwo i jego postępowanie władcze (*iure imperii*) nie podlegają suwerenności innego państwa”⁴⁶.

O ile w środowisku internacjonalistów tocząca się dyskusja koncentrowała się przede wszystkim wokół próby wytyczenia granicy między pojęciami „immunitet” i „przywilej”⁴⁷, o tyle na gruncie prawa procesowego sprawa komplikowała się – głównie z uwagi na brak szerszego uwzględnienia w tej debacie potrzeb narzucanych organom wymiaru sprawiedliwości przez praktykę obrotu. Jak zauważa Paweł Grzegorzczak,

⁴⁵ Na powyższy problem wskazywał m.in. S. Sawicki, *Przywileje i immunitety konsularne*, Ossolineum 1989, s. 11–15; zob. również tenże, *Prawo konsularne. Studium prawnomiędzynarodowe*, wyd. 2, Warszawa 2003, s. 191–195.

⁴⁶ Por. M. Kałduński, hasła: *Immunitet iurysdykcyjny* oraz *Immunitet państwa* (w:) *Wielka Encyklopedia Prawa*, t. IV.

⁴⁷ Por. zbiorcze podsumowanie tych dylematów S. Sawicki, *Przywileje i immunitety...*

w literaturze polskiej dość długo panowało pewne zamieszanie terminologiczne związane przede wszystkim ze stosowaniem pojęcia „immunitet”, bez precyzyjnego wskazania przez piszących, do jakiej fazy postępowania sądowego autor zamierza odnieść swoje wywody. Niewątpliwie ważną zasługą tego autora jest wyczerpujące prześledzenie ewolucji, którą przechodziło pojęcie immunitetu w historii prawa Polski, począwszy od 1918 r. Ponadto osiągnięte wyniki końcowe tej analizy zostały w jego pracy skonfrontowane z najnowszymi osiągnięciami internacjonalistyki. Badania te doprowadziły ostatecznie Grzegorzcyka do wniosku, że „immunitet procesowy lub immunitet prawnomiędzynarodowy” oznacza instytucję prawną mającą swoją genezę w prawie międzynarodowym, gdzie pojęcie to obejmuje:

„[...] całość postępowań toczących się przed organami państwa, w szczególności zaś cywilne postępowanie rozpoznawcze i egzekucyjne⁴⁸. Natomiast «immunitet sądowy» i «immunitet egzekucyjny» odnoszone będą do kodeksowych instytucji prawa procesowego cywilnego funkcjonujących pod tymi właśnie ustawowymi nazwami⁴⁹.”

Nie ulega wątpliwości, że kuszącą perspektywą byłoby wykorzystanie omawianego dorobku polskiej internacjonalistyki i procesualistyki na potrzeby tej monografii. Jeśli z wyraźnym żalem jestem zmuszony odstąpić od zaproponowanej przez *Wielką Encyklopedię Prawa* oraz Grzegorzcyka terminologii, to dzieje się to z następujących względów.

Po pierwsze, powyższa definicja, z konieczności odnosząc się do stanu prawnego obowiązującego w chwili oddawania cytowanych prac do druku, musiała przyjąć za punkt wyjścia dla proponowanej konstrukcji obecnie obowiązujący model immunitetu. Model ten, jak wynika z przytoczonej propozycji, odwołuje się do immunitetu rozumianego jako instytucja *par excellence* prawa procesowego. Tymczasem przedmiotem głównym rozważań niniejszej monografii będzie epoka, w której na mocy obowiązującej wówczas doktryny eksterytorialności immunitet nie tylko

⁴⁸ P. Grzegorzcyk, *Immunitet państwa...*, s. 56.

⁴⁹ Tamże.

uwalniał dyplomatę od przepisów prawa procesowego, lecz również od norm o charakterze materialnoprawnym. Jakkolwiek wpływ tej konstrukcji na praktykę sądową w sporach z zakresu immunitetu państwa jest niejasny, to jednak z uwagi na to, że powyższy pogląd na długie lata zadomowił się w piśmiennictwie, trudno byłoby całkowicie abstrahować od tej fundamentalnej różnicy w porównaniu ze stanem prawnym, jaki obowiązuje obecnie w prawie międzynarodowym i krajowym. Powyższa uwaga odnosi się nie tylko do kwestii doktryny eksterytorialności, lecz także do zakresu immunitetu, który w realiach epoki, o której traktuje niniejsza praca, w żadnym wypadku nie był ograniczony wyłącznie do aktów władczych.

Po drugie, przechodząc na grunt obecnie obowiązujących przepisów kodeksu postępowania cywilnego, właśnie dlatego, że – jak wskazuje Grzegorzczuk – immunitet procesowy ma swoją genezę w prawie międzynarodowym, wydaje się, że utożsamianie immunitetu, tak jak on jest uregulowany w kodeksie postępowania cywilnego, z immunitetem dyplomatycznym czy immunitetem państwa jako instytucją prawa międzynarodowego byłoby obarczone zbyt dużą dozą ryzyka, choćby z uwagi na możliwość odmiennych rozwiązań w prawie procesowym państw innych niż Rzeczpospolita Polska. Tak czy inaczej, ze względu na zasadnicze cele niniejszej monografii, które koncentrują się na analizie instytucji immunitetu w kształcie, w którym instytucja ta obowiązywała w prawie międzynarodowym ponad wiek wcześniej, nie ma innego wyjścia, jak powrót do znacznie bardziej oszczędnych sformułowań Kamila Stefki czy Juliana Makowskiego, którzy istotę immunitetu sprowadzali do *niepodlegania władzy miejscowej* (Stefko), względnie *niepodlegania jurysdykcji miejscowej* (Makowski)⁵⁰. Właśnie dlatego, że w okresie omawianym w tej monografii tradycyjnie pojmowana eksterytorialność nie była wyłącznie – jak to dzieje się obecnie – dalekim wspomnieniem o czasach zamierzchłych, lecz stanowiła jedną z najważniejszych *ratio existendi* instytucji immunitetu dyplomatycznego (a przejściowo również krystalizującego się dopiero immunitetu państwa) formułowanych w ówczesnym piśmiennictwie, pojęcie im-

⁵⁰ K. Stefko, *Dyplomatyczne zwolnienie...*, s. 32; J. Makowski, *Organa państwa w stosunkach międzynarodowych. Zjazdy międzynarodowe. Umowa międzynarodowa*, Warszawa 1957, s. 52.

immunitetu w rozumieniu niniejszej pracy obejmować będzie wyłączenie jurysdykcji *sensu largo*, tak jak pojęcie jurysdykcji rozumiała ówczesna internacjonalistyka. Na zasadzie odstępstwa od tej reguły, tam, gdzie będzie konieczne odwołanie się do immunitetu w znaczeniu, w jakim pojęcie to rozumiemy współcześnie (a więc jako instytucję prawa procesowego ograniczającą sprawowanie wymiaru sprawiedliwości w odniesieniu do kategorii poszczególnych osób lub samego państwa), w pracy zostanie uczyniona stosowna adnotacja, aby uniknąć pomyłek terminologicznych.

Nie ulega wątpliwości, że zarówno z punktu widzenia prowadzonych analiz historycznoprawnych, jak i potrzeb prawa procesowego poważnym problemem pozostaje konieczność rozróżnienia poszczególnych etapów postępowania cywilnego, gdzie fundamentalny podział na postępowanie rozpoznawcze (które z reguły kończy się rozstrzygnięciem sporu co do *meritum*) oraz postępowanie egzekucyjne (w ramach którego rozstrzygnięcie to podlega wykonaniu) w praktyce sądowej odgrywa rolę więcej niż znaczącą. Jak była o tym mowa, w polskiej procesualistyce usiłowano odróżnić poszczególne rodzaje immunitetu, gdzie ochrona przed postępowaniem egzekucyjnym miałyby być gwarantowana na mocy immunitetu egzekucyjnego, a ochrona przed wszczęciem postępowania cywilnego i jakąkolwiek czynnością procesową podejmowaną w fazie rozpoznawczej – immunitetem sądowym. Z punktu widzenia mechaniki, jaką rządzi się prawo międzynarodowe publiczne, jak również z uwagi na kontekst historyczny, uwzględnienie tego podziału jest potrzebne, niemniej jednak bezpośrednie przejście aparatury pojęciowej polskiego kodeksu postępowania cywilnego nie jest, niestety, możliwe. Z jednej bowiem strony omawiana monografia, traktując o immunitecie w czasach minionych, z konieczności musi przyjąć za niepodlegający dyskusji fakt, że wypracowany w prawie niemieckim podział na postępowanie rozpoznawcze i egzekucyjne nie był znany w czasach, w których żyli Grocjuś czy Bijnershoek, a w czasach późniejszych nie wszystkie państwa zdecydowały się na recepcję tego podziału. Nie bez znaczenia dla aspektów teoretycznych prowadzonych z punktu widzenia internacjonalistyki jest również to, że immunitet od jurysdykcji cywilnej chroni państwo i jego organy przed działalnością nie tylko organów trzeciej władzy państwa obcego, lecz także innych organów administracji, o ile w ich zakres kompetencji

wchodziłyby kwestie, które w Polsce reguluje kodeks postępowania cywilnego. W tej sytuacji stosowana w niniejszej monografii nomenklatura tam, gdzie to konieczne, będzie się odwoływać do immunitetu od jurysdykcji oraz immunitetu od środków przymusu – jako nomenklatury, która z jednej strony jest bliższa potrzebom internacjonalistyki oraz realiom omawianej epoki, a z drugiej strony nawiązuje do nomenklatury wypracowanej w Konwencji z 2004 r.

Z uwagi na charakterystykę rozważań dotyczących epoki, w których precyzyjne rozróżnienie między immunitetem *ratione materiae* oraz immunitetem *ratione personae* nie było jeszcze znane piśmiennictwu fachowemu, pojęcia te należy rozumieć tak, jak rozumie je współczesna internacjonalistyka. Podobna uwaga odnosi się również do pojęć *acta iure imperii* oraz *acta iure gestionis*, choć w tym przypadku należy pamiętać o kontrowersjach, jakie nieustannie, od XIX w., towarzyszą dyskusji na temat praktycznych skutków, a nawet zasadności tego podziału. Pamiętając zaś, że dominującą formą ustrojową ówczesnego świata była monarchia, pojęcia „władca”, „monarcha”, „król” lub „suweren” stosowane będą w niniejszej pracy wymiennie.

Aby jednak wyjaśnić omawiane tu procesy, niezbędne wydaje się posiadanie dość szczegółowej wiedzy o źródłach przywoływanych w łańcuchu historii cytowań, która już w XIX w. stała się utrapieniem nauki, na które skarżył się von Bar. W realiach polskich dla autora monografii oznacza to stosunkowo poważny problem. Niewątpliwie dzieła Grocjusza i Emera de Vattela doczekały się solidnych tłumaczeń Remigiusza Bierzanka i Bohdana Winiarskiego, których merytoryczna wartość – także po latach – nie podlega praktycznie żadnej dyskusji⁵¹. Znacznie gorsza sytuacja panuje w zakresie dostępności dzieł Cornelisa van Bijnkershoek, jak również innych klasyków myśli prawnej, zajmu-

⁵¹ Niewielkie odstępstwa od tłumaczenia B. Winiarskiego, jakich autor zdecydował się dokonać w tekście tej monografii, zostaną oznaczone inicjałami A.G. W takim przypadku podstawą dokonanego tłumaczenia jest wydanie pracy E. de Vattel, *Droit des Gens ou les principes de la loi naturelle appliqués à la conduite aux affaires des Nations et des Souverains*, London 1758. W pozostałych przypadkach cytaty zostały zaczerpnięte z tłumaczenia, jakiego dokonał prof. B. Winiarski: E. de Vattel, *Prawo narodów czyli zasady prawa naturalnego zastosowane do postępowania i spraw narodów i monarchów*, z języka francuskiego przełożył i wstępem opatrzył Bohdan Winiarski, Warszawa 1958.

jących się prawem międzynarodowym na przełomie XVIII i XIX w., oraz kluczowych orzeczeń sądów amerykańskich i europejskich, ze sprawą *Schooner Exchange* na czele. Powyższe pozycje – jak dotąd – nie zostały przetłumaczone na język polski, w konsekwencji też, pragnąc zaznajomić czytelnika z tym dorobkiem, autor tam, gdzie to konieczne, dokonał tłumaczeń we własnym zakresie, czasem zamieszczając w przypisach tekst oryginału.

Część I

Tradycja holenderska

Wstęp

Na tle autorów piszących w XVII i XVIII w. na temat instytucji immunitetu szczególna rola przypada Holendrom. W konsekwencji rozważania części I zostaną w całości poświęcone poglądom Hugo Grocjusza oraz Cornelisa van Bijnkershoek⁵². Należy jednak zastrzec, że wkład tych klasyków w rozwój doktryny immunitetu państwa jest wyraźnie nierówny: jak zobaczymy dalej, dzieło Prezesa Wysokiej Rady odegrało rolę zdecydowanie ważniejszą niż spisane nieco na marginesie głównych rozważań uwagi, jakie pozostawił potomnym Ojciec prawa narodów. W konsekwencji niniejsze rozważania zostaną podzielone na cztery rozdziały. W pierwszym z nich w sposób zwięzły zostaną przypomniane najważniejsze tezy grocjańskie dotyczące problematyki immunitetu. W rozdziale drugim zostaną przypomniane okoliczności powstania i założenia doktrynalne, na których van Bijnkershoek oparł swoje kluczowe dzieło *De foro legatorum*. W rozdziale trzecim poddamy drobiazgowej analizie poglądy tego autora na immunitet dyplomatyczny oraz immunitet monarchy. W rozdziale czwartym omówione zostaną relacje zachodzące między immunitetem dyplomatycznym a immunitetem monarchy w świetle *De foro legatorum*, jak również problem recepcji jego dzieła w późniejszej nauce prawa. We wnioskach wypadnie zastanowić się nad znaczeniem poglądów Grocjusza i van Bijnkershoek dla procesów kształtowania się doktryny immunitetu państwa w okresie późniejszym.

⁵² Imię i nazwisko tego wybitnego znawcy prawa podawane jest często w zlatynizowanej formie: Cornelius van Bynkershoek. W pracy jednak posługiwać będziemy się oryginalnym zapisem jego nazwiska (por. biogram zamieszczony w polskiej i holenderskiej Wikipedii), http://pl.wikipedia.org/wiki/Cornelis_van_Bijnkershoek; http://nl.wikipedia.org/wiki/Cornelis_van_Bijnkershoek (dostęp: 12.01.2012).

Rozdział 1

Korzenie sporu: Grocjusz

Choć na temat poglądów grocjańskich dotyczących immunitetu dyplomatycznego powstała ogromna literatura, poświęcony tej kwestii fragment, o którego sens spierano się całe stulecia, jest na tyle krótki, że warto go przytoczyć w całości.

„Według bardziej uzasadnionych poglądów nie wolno również zająć majątku ruchomego posła, który to majątek uważa się za przynależność jego osoby – ani tytułem zastawu, ani też w celu odebrania długu, ani też na podstawie postanowienia sądów, ani też – jak uważają niektórzy – ręką królewską. Należy bowiem powstrzymać się od wszelkiego przymusu względem posła, zarówno gdy chodzi o rzeczy dla niego niezbędne [w oryg. *res ei necessariae*], jak i o jego osobę, ażeby mógł on korzystać z pełnego bezpieczeństwa. Jeżeli zatem zaciągnął on dług i jeżeli, co zazwyczaj ma miejsce, nie posiada on nieruchomości w danym kraju, należy domagać się spłaty długu w drodze przyjacielskiego przedstawienia sprawy, a jeżeli poseł odmówi, należy żądać zapłaty od osoby, która wysłała posła, a dopiero w końcu można użyć sposobów, jakie zazwyczaj stosuje się względem dłużników przebywających poza granicami kraju”⁵³.

Ponadto, wyraźnie usiłując rozwiać obawy czytelnika, Grocjusz dodawał, że:

⁵³ H. Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, księga II, rozdział XVIII, pkt IX – tekst oryginału: wyd. 1, Paris 1625, wyd. 2, Paris 1631. Cytaty w tej pracy zostały przywołane za tłumaczeniem R. Bierzanka: H. Grotius, *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju, w których znajdują wyjaśnienie prawo narodów, a także główne zasady prawa publicznego*, z języka łacińskiego przełożył, wstępem i przypisami opatrzył Remigiusz Bierzanek, Warszawa 1957.

„Nie należy się lękać, jak sądzą niektórzy, że w takim stanie prawnym nikt nie będzie chciał zawierać kontraktów z posłem. Nie brak bowiem osób pożyczających pieniądze królom, mimo że nie można stosować wobec nich żadnych środków przymusu”⁵⁴.

Nie ulega wątpliwości, że z punktu widzenia potrzeb niniejszej pracy dzieło Grocjusza odegrało fundamentalną rolę, i to równocześnie na kilku płaszczyznach.

Po pierwsze, od chwili opublikowania dzieła Grocjusza można przyjąć, że w historii nauki prawa rozpoczyna się nowy etap w dyskusji dotyczącej źródeł pochodzenia immunitetu. Wprawdzie (pomijając okres starożytności) w europejskiej myśli filozoficznej oraz prawnej nad zagadnieniem tym zastanawiano się od średniowiecza, bez wątpienia jednak wraz z publikacją omawianego dzieła dyskusja na ten temat weszła w kolejną fazę. Z jednej bowiem strony pozostając nadal zakorzeniony w epoce poprzedniej, a z drugiej strony dokonując stopniowej laicyzacji idei prawa natury, autor *De iure belli ac pacis* otwierał nowe perspektywy dla kolejnych pokoleń prawników, którzy niekoniecznie musieli poszukiwać źródeł podstaw doktrynalnych immunitetu w woli samego Boga⁵⁵. W tym kontekście warto odnotować stanowisko części literatury współczesnej, która – podążając tropem, jak się wydaje, Jellinka – wyraźnie wskazuje, że o ile szesnastowieczny myśliciel francuski Jean Bodin może zostać uznany za klasyka teorii suwerenności w rozumieniu prawa wewnętrznego, o tyle Grocjusz, kładąc podwaliny pod współczesną doktrynę prawa międzynarodowego, wyraźnie skoncentrował się na jej wymiarze zewnętrznym. W ten oto sposób w ocenie Bankasa już w XVI w. immunitet miał pozostawać jakąś próbą pogodzenia dwóch sprzecznych interpretacji pojęcia „suwerenność”⁵⁶. Skądinąd zaś w piśmiennictwie można spotkać się z poglądem, w myśl którego:

⁵⁴ H. Grotius, *De iure...*, pkt X.

⁵⁵ Jak wiadomo, powyższe uzasadnienie było częścią składową wcześniejszej doktryny prawnomiędzynarodowej w odniesieniu do statusu wysłanników państw obcych. W ten sposób, w ocenie F. de Vitorii, naruszenie nietykalności posła oznaczało grzech ciężki przeciwko samemu Bogu jako twórcy prawa natury, któremu podlegali zarówno suwerenowie, jak i ich poddani. Zob. L.S. Frey, M.L. Frey, *The History...*, s. 150.

⁵⁶ E.K. Bankas, *The State Immunity Controversy...*, s. 3; H. Fox, *The Law...*, s. 41 i n.

„Zasada immunitetu, jako norma znajdująca się na przecięciu dwóch zakresów suwerenności, mogłaby być rozumiana jako ograniczenie⁵⁷, zasadniczo obowiązującej i uznanej w prawie międzynarodowym zasady kompetencji do rozstrzygnięcia sporu przez państwo forum. Ale mogłaby być również traktowana jako zasada, przeciwko której sprawowanie wymiaru sprawiedliwości przez państwo, przed którego sądem toczy się spór, byłoby możliwe tylko wyjątkowo w ramach dopuszczanych przez prawo międzynarodowe – przypomina niemiecki autor Helmut Damian. – Odpowiedź na pytanie, której z owych interpretacji dać pierwszeństwo, zależy od tego, w jaki sposób prawo międzynarodowe rozgraniczy zakres kompetencji państw w odniesieniu do samych siebie”⁵⁸.

Nie ulega wątpliwości, że na powyższe pytanie Grocjusz nie udzielił precyzyjnej odpowiedzi. Niemniej jednak wydaje się leżeć poza sporem, że sens powyższego dylematu, o którym pisał Damian, holenderski myśliciel rozumiał bardzo dobrze. Bezspornie również immunitet (tak jak instytucję tę ujmował Ojciec prawa narodów) był jednak zdecydowanie instytucją prawa międzynarodowego, w żadnym wypadku zaś instytucją, którą należałoby wywodzić z immunitetu chroniącego monarchę przed procesem sądowym w państwie, nad którym sprawował on władzę suwerenną. Przytoczony wyżej fragment usiłujący wzmiankować o położeniu faktycznym potencjalnego wierzyciela, który – pożyczając pieniądze posłowi – znajduje się w położeniu zbliżonym do wierzyciela monarchy, nie zmienia w niczym powyższej konkluzji, gdyż fragment ten milczy na temat źródeł pochodzenia instytucji immunitetu przysługującego posłom obcych głów koronowanych. Po lekturze omawianego dzieła można natomiast zastanawiać się, czy stanowi ono zapowiedź immunitetu od jurysdykcji cywilnej, czy też jego znaczenie należałoby ograniczyć do instytucji nietykalności poselskiej *sensu stricto*⁵⁹. Odpowiedź na powyższe

⁵⁷ W oryginale *Durchbrechung* (niem. dosłownie – przełamanie).

⁵⁸ H. Damian, *Staatenimmunität...*, s. 17.

⁵⁹ Por. art. 29 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych sporządzonej w Wiedniu dnia 18 kwietnia 1961 r. (Dz. U. z 1965 r. Nr 37, poz. 232 z zał.), który stanowi, co następuje: „Osoba przedstawiciela dyplomatycznego jest nietykalna. Nie podlega on aresztowaniu ani zatrzymaniu w żadnej formie. Państwo przyjmujące będzie traktować go z należytyym szacunkiem i przedsięwziąć wszelkie odpowiednie kroki, aby zapobiec wszelkiemu zamachowi na jego osobę, wolność lub godność”.

pytanie do pewnego stopnia komplikuje fakt, że – jak wiadomo – w realiach XVI w. o ścisłym rozdzieleniu postępowania egzekucyjnego od postępowania rozpoznawczego nie mogło być mowy. Po zastanowieniu się jednak powyższą wątpliwość należy rozstrzygnąć zdecydowanie na korzyść immunitetu, i to z trzech powodów.

Po pierwsze, z *De iure belli ac pacis* wynika jednoznacznie, że – zdaniem Grocjusza – nie można sprowadzać statusu posła do prostego zabezpieczenia nietykalności poselskiej, rozumianej jako ochrona integralności fizycznej jego osoby. W konsekwencji wyraźnie zasugerował on eksterytorialność poselską, co późniejsze pokolenia zinterpretują jako nakaz wyłączenia w odniesieniu do akredytowanych dyplomatów nie tylko obowiązującego w państwie przyjmującym prawa procesowego, lecz także norm o charakterze materialnoprawnym⁶⁰.

Po drugie, holenderski klasyk wyraźnie sformułował postulat rozciągnięcia ochrony nie tylko na osobę posła, ale również na jego majątek. W rezultacie z wyżej wymienionych powodów znaczenie spuścizny grocjańskiej ma konsekwencje daleko wykraczające poza zakres nietykalności osobistej, tak jak pojęcie to rozumie Konwencja wiedeńska o stosunkach dyplomatycznych z 1961 r.

Wreszcie po trzecie, należałoby zwrócić uwagę na aspekt porównawczy jako dowód pośredni. Już przed wojną Lord Adair zauważył, że dzieło Grocjusza jest pozycją istotną przede wszystkim dlatego, że – inaczej niż autorzy wcześniejsi, z Alberico Gentilim (Gentilisem) czy Jeanem Hotmanem⁶¹ na czele – myśliciel ten wyraźnie domagał się przyznania szerszego zakresu ochrony, niż ówczesna teoria i praktyka byłyby skłonna przyznać wysłannikom pełniącym funkcje dyplomatyczne. Z całą pewnością był on konsekwentnym zwolennikiem pełnego immunitetu od jurysdykcji karnej i bardzo szerokiego (choć chyba jednak nie pełnego)⁶²

⁶⁰ Do sprawy tej wypadnie nam powrócić na dalszych stronach niniejszej monografii.

⁶¹ Por. J. Hotman, *l'Ambassadeur*, 1603 (wydanie bez podania miejsca i wydawcy), tekst dostępny na stronie internetowej http://data.bnf.fr/12308275/jean_hotman/), rozdział V, nr 8–9. A. Gentili, *De legationibus*...

⁶² Za zwolennika nieograniczonego immunitetu od jurysdykcji cywilnej uznają Grocjusza L.S. Frey i M.L. Frey, stwierdzając jednocześnie, że późniejsza praktyka państw w okresie

immunitetu od jurysdykcji cywilnej. W tej ostatniej kwestii stanowisko Grocjusza wyraźnie odróżniało się nie tylko od propozycji zgłaszanych przez autorów mu współczesnych⁶³, lecz także od stanowiska wielu uczonych piszących w stuleciach następnych. Tym samym zdecydowanie wyprzedzało ono swoją epokę.

Powyższe rozważania, odnoszące się do immunitetu od jurysdykcji cywilnej ambasadora, każą jednak zapytać, jaki jest związek dzieła Grocjusza z problemem immunitetu państwa stanowiącego centralny przedmiot rozważań niniejszej monografii. Wbrew pozorom związek ten – choć bardziej pośredni – istnieje, a wkład pism holenderskiego teoretyka dla późniejszej dyskusji na ten temat (a również i praktyki sądowej) jest istotny i nad kwestią tą warto zatrzymać się nieco dłużej.

Po pierwsze, aby w ogóle ktokolwiek mógł powołać się na immunitet od jurysdykcji cywilnej, musiał pojawić się autor, który – odchodząc od poglądów współczesnych – postawił tezę, że prawo międzynarodowe w ogóle taki immunitet mu przyznaje. Pod tym względem zasługi autora *De iure belli ac pacis* nie podlegają dyskusji. W rezultacie jako tezę minimum należałoby przyjąć, że swoim dziełem Grocjusz zapowiadał nadejście instytucji immunitetu dyplomatycznego od jurysdykcji cywilnej, tak jak instytucję tę rozumiemy współcześnie. Jak zobaczymy dalej – powyższe ustalenia nie pozostaną bez wpływu na późniejszy proces krystalizacji immunitetu państwa. Zwróćmy przy tym uwagę, że przedstawiony pogląd wytrzyma krytykę nawet wówczas, gdybyśmy usiłowali przyjąć, że wkład grocjański ograniczyłby się do rozwoju immunitetu od środków przymusu (względnie też, używając terminologii implementującej tę instytucję na grunt polskiego kodeksu postępowania cywilnego, immunitetu egzekucyjnego)⁶⁴. Także w takim przypadku znaczenie *De iure belli ac pacis* dla późniejszego rozwoju nauki zdecy-

wczesnonowożytnym podlegała w tej materii wyraźnym wahaniom (L.S. Frey, M.L. Frey, *The History...*, s. 281). Wydaje się jednak, że z uwagi na sam tekst *De iure belli ac pacis* pogląd ten należy uznać za idący zbyt daleko, o czym będzie mowa na dalszych stronach niniejszej części.

⁶³ R.E. Adair, *The Exterritoriality of Ambassadors...*, s. 71–72. W podobnym duchu M. Ogdon, *Judicial Bases of Diplomatic Immunity: A Study of the Origins, Growth and Purposes of the Law*, Washington 1936, s. 45, argumentując, że stanowisko Grocjusza w tej ostatniej materii należy do najważniejszych jego osiągnięć.

⁶⁴ Zob. P. Grzegorzczak, *Immunitet państwa...*, s. 56.

dowanie wykraczałoby poza nietykalność poselską *sensu stricto*, tj. jako kierowany przez prawo międzynarodowe do władz państwa przyjmującego nakaz powstrzymania się od zastosowania środków przymusu fizycznego przeciwko osobie posła obcego monarchy. W swoim dziele Grocjusz poczynił bowiem uwagi dotyczące nie tylko ochrony osoby posła, lecz także statusu jego majątku.

Po drugie, od chwili publikacji *De iure belli ac pacis* aż do wyłożenia do podpisu Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych praktycznie każde następne pokolenie prawników usiłowało udzielić odpowiedzi na pytanie o uzasadnienie przywilejów i immunitetów, jakie chronią dyplomatę i jego świtę (w okresie późniejszym: szefa misji i pozostałych jej członków). To właśnie od tego momentu rozpoczął się trwający ponad 300 lat dyskurs, w ramach którego usiłowano rozstrzygnąć, dlaczego w ogóle osoby te mają korzystać ze szczególnego statusu ochronnego, a co za tym idzie, dlaczego w ogóle immunitety powinny, względnie mogą być przyznawane. Jak zobaczymy dalej, udzielenie odpowiedzi na te pytania okaże się jednym z kluczowych elementów, na podstawie którego praktyka i teoria będą usiływały wyznaczyć zakres immunitetu dyplomatycznego, a później immunitetu monarchy personifikującego pozwane państwo. Jak powszechnie wiadomo, na powyższe pytanie w historii myśli prawnej usiłowano udzielić odpowiedzi, formułując trzy odmienne teorie: eksterytorialności, reprezentacji⁶⁵ i funkcjonalną. Lakoniczne uwagi Grocjusza, który dyplomacji poświęcił jedynie skromny fragment swego wiekopomnego dzieła, po części tłumaczą długotrwałość debaty akademickiej w tej materii. W potocznym wyobrażeniu Grocjusz niewątpliwie uchodził za zwolennika teorii eksterytorialności, choć pozostaje sporne, czy taka kwalifikacja jego poglądów odpowiada prawdzie. Tradycyjnie w literaturze przyjmowało się za miarodajny fragment księgi II rozdziału XVIII pkt IV poświęcony rozważaniom dotyczącym immunitetu od jurysdykcji karnej, który głosił:

⁶⁵ Jak wskazują L.S. Frey i M.L. Frey, w średniowieczu o teorii reprezentacji nie mogło być mowy. W tym okresie nie wykształciła się jeszcze scentralizowana monarchia stanowa, z jej kluczowym elementem, jakim była osoba monarchy (L.S. Frey, M.L. Frey, *The History...*, s. 84). Dzieło Grocjusza nie pozostawia wątpliwości odnośnie do statocentrycznych poglądów autora (L.S. Frey, M.L. Frey, tamże, s. 186), w konsekwencji późniejsza teoria reprezentacji mogła – choć z pewną trudnością – czerpać inspirację również z *De iure belli ac pacis*.

„Dlatego też jestem w pełni przekonany, że narody postanowiły wyłączyć posłów spod powszechnie przyjętego zwyczaju, który poddaje wszystkich przebywających na obcej ziemi temu krajowi, do którego ziemia ta należy. Uważa się przy tym, że posłowie reprezentują jak gdyby w drodze fikcji osobę wysyłających. Cyceron powiada: «Nosił ze sobą powagę senatu i władzę państwa». Dlatego w drodze podobnej fikcji posłowie znajdują się jak gdyby poza krajem pobytu, stąd też nie są oni również związani prawem cywilnym narodu, wśród którego żyją»⁶⁶.

Passus ten przez wieki stanowił podbudowę dla doktryny eksterytorialności, a więc teorii, która przyjmowała w trybie fikcji prawnej, że ambasadora należy traktować tak, jak gdyby nie opuścił on terytorium państwa wysyłającego. Jak wiadomo, doktryna ta na ponad 200 lat od śmierci Grocjusza zadomowiła się na dobre w praktyce dyplomatycznej, a po części (choć nie bez zastrzeżeń) również w teorii prawa.

Nie miejsce tu na szczegółowe rozważania, czy rzeczywiście można przypisać Grocjuszowi autorstwo doktryny eksterytorialności, która to kwestia była przedmiotem sporów zarówno w literaturze polskiej, jak i zagranicznej⁶⁷. Nie będziemy również wnikać, czy rzeczywiście Grocjusz pragnął, aby pomieszczenia misji postrzegano w kategoriach obcego terytorium⁶⁸, czy też praktyka wyciągnęła z tego fragmentu zbyt daleko idące

⁶⁶ H. Grotius, *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju...*, przeł. R. Bierzanek, s. 27–28. Rzecz jasna, w świetle dzisiejszej terminologii z pewnością bardziej poprawny byłby termin „prawo wewnętrzne” lub „prawo krajowe”, a nie „prawo cywilne”. Pamiętając jednak o zakorzenieniu Grocjusza w tradycji prawa rzymskiego, intuicja profesora Bierzanka, który zdecydował się na zastosowanie terminu „prawo cywilne”, nawet po niemal 60 latach od wydania tłumaczenia polskiego *De iure belli ac pacis*, powinna być przyjęta ze zrozumieniem.

⁶⁷ W ocenie Ludwika Ehrlicha: „Fikcja eksterytorialności **może** [podkr. A.G.] została sformułowana naprzód przez Grocjusza” – zob. L. Ehrlich, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 1958, s. 193 i n. S.E. Nahlik wskazywał zaś, że na 40 lat przed opublikowaniem *De iure belli ac pacis* francuski prawnik Pierre Ayrault wypowiadał pogląd bardzo zbliżony, by nie rzec – tożsamy – zob. S.E. Nahlik, *Development of diplomatic law. Selected problems*, RdCADI 1990, III, vol. 222, s. 222. Wcześniej autorstwo koncepcji eksterytorialności Ayraultowi przypisywał również L. van Praag (*Jurisdiction et droit international public: la jurisdiction nationale d'après le droit international public coutumier en temps de paix*, La Haye 1915, s. 164).

⁶⁸ Por. F. Laurent, *Droit civil...*, s. 15; A. Mallarmé, *Emer de Vattel* (w:) A. Pillet (red.), *Les Fondateurs de Droit International, Leurs Oeuvres, Leurs Doctrines*, Paris 1904, s. 575 i n.;

wnioski⁶⁹. Na podkreślenie zasługuje jednak fakt, że niejasność sformułowań, jakich użył Ojciec prawa narodów, w poważny sposób zaciążyła na rozwoju instytucji immunitetu w ogólności. Jak podaje Eileen Young, choć w XVIII w. znane były przypadki łamania eksterytorialności, to jednak praktyka poszła wyraźnie w kierunku literalnej interpretacji spuścizny grocjańskiej. Instytucja eksterytorialności ambasad pozostawała zatem „prawem żywym”, a pomieszczenia misji często stawały się kryjówką dla osób poszukiwanych przez wymiar sprawiedliwości⁷⁰. Pomijając jednak kwestię osławionych *quartier*, które jeszcze w XVIII w. wyłączały spod jurysdykcji państwa przyjmującego, nie ma najmniejszych wątpliwości, że aż do połowy XIX w. instytucję immunitetu postrzegano jako wyłączenie obejmujące nie tylko prawo procesowe, ale w zasadzie również prawo materialne.

A jednak, poza sporem wydaje się również to, że uzasadnienie uprzywilejowanego statusu dyplomaty, bazujące na doktrynie eksterytorialności, nie jest jedynym wyjaśnieniem specyfiki statusu prawnego dyplomaty, o którym wzmiankuje *De iure belli ac pacis*. Grocjuś twierdzi bowiem, że ów specjalny reżym traktowania przysługuje wyłącznie wysłannikom tych, „którzy sprawują najwyższą władzę”, jednocześnie wyraźnie rozgraniczając status dyplomatyczny wysłanników monarchów i status wysłanników osób niebędących suwerenami. Tak wyraźnie zaznaczony łącznik tworzący więź szefa misji ze swoim władcą mógł być interpretowany jako wskazanie na tego ostatniego jako na źródło przywilejów i immunitetów dyplomatycznych. Dodatkowym argumentem na poparcie tej tezy byłoby również ostatnie zdanie punktu X rozdziału XVIII części II. We fragmencie tym Grocjuś stwierdza wyraźnie, że tak szeroki immunitet od

Ch. Ozanam, *L'immunité civile de juridiction des agents diplomatiques*, Paris 1912, s. 38; E. Gmür, *Gerichtsbareit über fremde Staaten...*, s. 24.

⁶⁹ L. van Praag uważał, że przypisywanie Grocjuśowi zasługi sformułowania zrębów doktryny eksterytorialności jest nieporozumieniem. W świetle jego ocen autor *De iure belli ac pacis*, używając pojęcia *extra territorium*, miał na myśli nie tyle fizyczną nieobecność osoby ambasadora, ile okoliczność faktyczną, tj. brak podległości władzy państwa przyjmującego. W świetle tej wykładni pojęcie „terytorium” miało oznaczać tyle co władza (por. L. van Praag, *Jurisdiction et droit international public...*, s. 160 i n.). Inni autorzy podkreślali, że eksterytorialność rezydencji ambasadora ukształtowała się nieco wbrew opiniom Grocjuśa, który – ich zdaniem – miał uzależniać przyznanie azylu od uzyskania zezwolenienia państwa przyjmującego. Zob. np. J.B. Moore, *A Digest of International Law*, t. II, Washington D.C. 1906, s. 775.

⁷⁰ E. Young, *The development of the law...*, s. 155–156.

jurysdykcji cywilnej i karnej nie znajduje swojego uzasadnienia w prawie rzymskim. To ostatnie jest tu mało przydatne, gdyż odnosiło się do miast i prowincji. W konsekwencji wydaje się oczywiste, że dla Grocjusza przepisy te nie mogą mieć związku z położeniem prawnym wysłanników podmiotów suwerennych⁷¹.

Jak wiadomo, interpretacja dzieła Grocjusza doszukująca się *ratio* immunitetu w specyficznej więzi, jaka łączy szefa misji z monarchą, który powołał go na to stanowisko (tzw. teoria reprezentacji), stosunkowo często znajdowała swoich zwolenników w świecie anglosaskim⁷². W historii jednak nie brak było autorów przynależących do kontynentalnej tradycji prawnej, podzielających to stanowisko⁷³. Także w tym przypadku rozstrzyganie sporów, czy była to wykładnia prawidłowa, nie jest sprawą łatwą, choćby dlatego, że powyższe szcątkowe wzmianki nie znajdują rozwinięcia na dalszych stronach *De iure belli ac pacis*. Z jednej strony literalne brzmienie przytoczonego ustępu odwołuje się wyłącznie do osoby ambasadora, nie wspominając o władcy jako o bezpośrednim źródle tego statusu. W tym kontekście godzi się jednak odnotować, że z owego milczenia niektórzy autorzy wysnuwali skądinąd słuszny wniosek o swoistym „uprzywilejowaniu” ambasadora wobec swojego suwerena⁷⁴. Z drugiej zaś Grocjuszowi musiała być znana koncepcja suwerenności wypracowana przez Bodina. Bez wątpienia również niezależność monarchów stanowi wyraźny rys wywiedzionego z natury grocjańskiego modelu systemu prawa międzynarodowego. Swego czasu zaś Stanisław E. Nahlik twierdził, że w systemie grocjańskiej teorii reprezentacji i eksterytorialności należy traktować łącznie. Zdaniem tego autora, w systemie grocjańskiej teoria reprezentacji dostarczała uzasadnienia prawnego dla immunitetu,

⁷¹ H. Grocjusz, *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju...*, księga II, rozdział XVIII, pkt II.

⁷² J. Kent, *Commentaries on American Law*, t. I, red. W.M. Lacy, Philadelphia 1889, Part 1, lect 2, s. 38 i n.; R. Phillimore, *Commentaries upon International Law*, Philadelphia, T. & J.W. Johnson, 1855, vol. I, Part 6, chapter 7, § CLVIII. Zob. także H. Wheaton, *Éléments du Droit International*, t. I, Leipzig 1852, Second Partie, Chap. 2 § 9, s. 122 (w tym wypadku jednak bez przywołania wprost poglądów Grocjusza).

⁷³ J. Slatin, *De la juridiction sur les agents diplomatiques*, JDI 1884, t. 11, s. 336; J. Salmon, *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles 1994, s. 175 i n. oraz s. 182, który jednak uznaje, że wątki reprezentacjonistyczne w dziele Grocjusza są zawarte wyłącznie *implicite*, gdyż głównym uzasadnieniem immunitetu dyplomatycznego miałyby być teoria eksterytorialności. W konsekwencji autorstwo teorii reprezentacji przypisuje Monteskiuszowi (tamże).

⁷⁴ Por. Ch.J. Lewis, *State and Diplomatic...*, s. 15.

a eksterytorialność była po prostu konsekwencją prawną uzania, że szef misji reprezentuje swego monarchę⁷⁵. W świetle powyższych ustaleń wydaje się zatem, że na pytanie, czy w doktrynie grocjańskiej więź łącząca dyplomatę ze swoim władcą stanowiła uzasadnienie dla przywilejów i immunitetów *per se*, można udzielić ostrożnej, acz chyba ostatecznie pozytywnej odpowiedzi.

W końcu godzi się odnotować pogląd niektórych uczonych, którzy wskazywali, że u Grocjusza można znaleźć podbudowę doktrynalną dla późniejszej teorii funkcjonalnej, a więc koncepcji odwołującej się bardziej do roli, jaką pełni przedstawiciel dyplomatyczny, niż do quasi-religijnego uzasadnienia, upatrującego mocy immunitetów i przywilejów w eksterytorialności osoby przedstawiciela, względnie powiązań z wysyłającym go monarchą. Autorzy ci zwracają uwagę, że w tej samej części II, rozdziale XVIII, pkt IV, tuż przed zacytowanym wyżej fragmentem wyrażającym główną *positio* autora, Grocjusz wyraźnie wskazuje, że:

„[...] bezpieczeństwo posłów byłoby poważnie zagrożone, gdyby mieli zdawać sprawę ze swych czynności komu innemu, a nie osobie, która ich wysłała. Albowiem ponieważ zazwyczaj różne, a często też przeciwstawne sobie są poglądy tych, którzy wysyłają posłów, i tych, którzy ich przyjmują, prawie zawsze można by powiedzieć o posle coś, co by miało pozory przestępstwa”⁷⁶.

Powyższe rozważania prowadzą zatem do konkluzji, że znaczenie dzieła Grocjusza dla późniejszych debat o immunitacie polegało także na tym, że dostarczyło kolejnym generacjom prawników inspiracji do budowy rozmaitych teorii, przy użyciu których nauka prawa usiłowała uzasadnić na niwie doktrynalnej *ratio existendi* tej instytucji. Trudność polegała

⁷⁵ S.E. Nahlik, *Narodziny...*, s. 145–146; zob. też tenże, *Development of diplomatic law...*, s. 223.

⁷⁶ H. Grocjusz, *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju...*, przeł. R. Bierzanek, s. 27. Za „proto-funkcjonalistę” uważał Grocjusza m.in. C.L. von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, wyd. 2, Hanover 1889 – cytaty za tłumaczeniem angielskim drugiego wydania pracy C.L. von Bara z 1889 r. opublikowanego pod tytułem *The Theory and Practice of Private International Law*, 2nd ed. revised and enlarged, William Green and Sons Law Publishers, 1892 (przeł. R.S. Gillespie), § 511, s. 1072; M. Ogdon, *Juridical Bases of Diplomatic Immunity: A Study in the Origin, Growth and Purpose of the Law*, Washington 1936, s. 40.

jednak na tym, że w obliczu nielicznych wzmianek skreślonych na łamach *De iure belli ac pacis* zwolennik każdej z „wielkich teorii” mógł znaleźć odpowiedni cytat, który mógłby stanowić podbudowę dla jego własnych poglądów, i powyższe niejasności w żadnym wypadku nie sprzyjały unifikacji reguł obrotu między państwami.

Po trzecie, i nie mniej ważne, już Grocjusz dostrzegał, że instytucja immunitetu komplikuje dochodzenie na drodze sądowej roszczeń wynikłych ze stosunków prawnych nawiązanych przez dyplomatę z mieszkańcami państwa przyjmującego. W konsekwencji należy przyjąć, że w nauce prawa międzynarodowego praktycznie od dawien dawna istniała świadomość, że wyłączenie ambasadora i jego świty spod jurysdykcji miejscowego sądu niesie ze sobą potencjalne zarzewie sporu. W ten oto sposób autor *De iure belli ac pacis* w jakiejś mierze sprowadzał istotę dyskusji o immunitacie do konfliktu zachodzącego między zobowiązaniem ciążącym na państwie z mocy prawa międzynarodowego a przysługującym jednostce prawem dostępu do sądu. Choć w XVII w. świat był jeszcze odległy od katalogowania praw i swobód obywatelskich w formie wiążącego dla władzy aktu prawnego (zwłaszcza gdyby akt ten miał posiadać charakter ustawy zasadniczej), to jednak trudno oprzeć się wrażeniu, że ujęcie problemu, jakie zostawił potomnym holenderski teoretyk, całkiem nieźle współgra z późniejszą krytyką instytucji immunitetu, wywodzącą się ze środowisk liberalnych, postrzegających ją przede wszystkim w kategoriach ograniczenia praw i swobód obywatelskich gwarantowanych w prawie państwowym i międzynarodowym.

Na podkreślenie zasługuje jednak, że znaczenie sporów powstałych na tym tle w praktyce obrotu prawnego Grocjusz najwyraźniej bagatelizował. Choć z dzisiejszej perspektywy takie zdawkowe potraktowanie problemu ochrony praw jednostki może wydać się szokujące, to przecież w realiach siedemnastowiecznych mogło ono liczyć na pełne zrozumienie. Jak wskazywał Stanisław E. Nahlik, w okresie wczesnonowoczesnym ciężar utrzymania misji dyplomatycznej w przytłaczającej mierze spoczywał na prywatnym majątku jej szefa. W tych okolicznościach utrata reputacji w gronie potencjalnych kredytodawców (nieuchronna w przypadku odmowy spłaty zadłużenia) musiała automatycznie pogorszyć położenie całej misji i – w zależności od stanu aktywów ambasadora

czy posła – wyraźnie przybliżała moment jej likwidacji. W rezultacie powoływanie się na immunitet w celu uchylenia się od wypełniania zobowiązań prywatnoprawnych było faktycznie działaniem ryzykownym i być może także dlatego Grocjusz nie przywiązał do tego problemu specjalnej wagi⁷⁷. W każdym razie godzi się odnotować, że w tym zarysowującym się sporze między interesem jednostki a interesem publicznym Grocjusz zdaje się opowiadać w sposób jednoznaczny za ochroną interesu publicznego.

W końcu, po czwarte, warto również odnotować sugestię sformułowaną w okresie międzywojennym przez amerykańską autorkę Eleanor Wyllys Allen, dotyczącą działań władczych oraz niewładczych podejmowanych przez monarchę. Autorka ta wskazywała, że myśl o rozróżnieniu obydwu rodzajów czynności nie była Grocjuszowi całkowicie obca⁷⁸. Pozostaje faktem, że w *De iure belli ac pacis* rozróżnia on wyraźnie sytuację, w której monarcha dokonuje *actus regis qua regis*, oraz sytuację, w której jego akt zakwalifikowany jest jako *actus regis qui a rege sed ut a quovis alio fiant*⁷⁹. Wydaje się przy tym leżeć poza sporem, że również w tym przypadku Ojcu prawa narodów przypadnie raczej rola popularyzatora pewnej koncepcji, która była znana w piśmiennictwie już wcześniej⁸⁰. Jednak nie jest jasne, czy ów *passus*, zamieszczony we fragmencie dotyczącym mocy wiążącej umów cywilnoprawnych dla monarchy i odnoszący się wyłącznie do stosunków o charakterze kontraktowym zawartych z jego poddanymi, Grocjusz byłby skłonny ekstrapolować na stosunki z zagranicą. Przytoczony przez amerykańską autorkę fragment nie pozwala również definitywnie rozstrzygnąć, czy – jak sugerowała Allen – owe lakoniczne uwagi można byłoby traktować jako zapowiedź podziału na *acta iure imperii* i *acta iure gestionis*, czy raczej należałoby wnosić, że podział ten odnosi się do sytuacji, w której monarchę należałoby postrzegać nie jako perso-

⁷⁷ O permanentnych kłopotach finansowych ówczesnych dyplomatów, którzy bardzo często nie dostawali żadnych lub w najlepszym razie ograniczone fundusze na utrzymanie misji od reprezentowanych przez nich monarchów, zob. L.S. Frey, M.L. Frey, *The History...*, s. 227. Zob. także S.E. Nahlik, *Narodziny...*, s. 92 i n.

⁷⁸ E.W. Allen, *The Position of Foreign States before National Courts: Chiefly in Continental Europe*, New York 1933, s. 30.

⁷⁹ Grotius, *De iure belli ac pacis*, Lib. II, Cap. XIV, VI, 2.

⁸⁰ H. Arnisaeus, *De iure maiestatis libri tres*, Argentorati 1635 L I. C. 3 n 5, za: E. Gmür, *Gerichtbarkeit über fremde Staaten...*, s. 21 i 141.

nifikację państwa, lecz jako osobę prywatną. Na powyższe pytanie nie poznamy zapewne nigdy odpowiedzi, niemniej jednak jest pewne, że już Grocjusz w osobie monarchy dostrzegał pewien dualizm: w kontekście sporów doktrynalnych, jakie wiodła późniejsza nauka prawa, ustalenie amerykańskiej autorki nie jest pozbawione pewnego znaczenia.

Powyższe rozważania prowadziłyby zatem do konkluzji, że na tle współczesnych mu autorów poglądy Grocjusza charakteryzował niezwykle szeroki zakres ochrony, jakiej zamierzał on udzielić szefom misji oraz ich świecie. Wydaje się również, że musiała mu towarzyszyć świadomość, iż uzasadnienie tak wysokiego poziomu ochrony może nie być sprawą łatwą, skoro nie pozostawił on po sobie jednej spójnej teorii wyjaśniającej, dlaczego w odniesieniu do posła i osób mu towarzyszących zakres jurysdykcji terytorialnej powinien ulec tak daleko idącemu ograniczeniu. Jednak rzeczywista rola immunitetu w grocjańskim systemie prawa międzynarodowego może zostać ustalona wyłącznie przez odwołanie się do jego ogólnych założeń doktrynalnych. Jak powszechnie wiadomo, te ostatnie opierały się przede wszystkim na zlaicyzowanej koncepcji prawa natury. Skądinąd zaś sama idea suwerenności była filozofowi ze Zjednoczonych Prowincji bez wątpienia znana, choć w późniejszej literaturze można spotkać wątpliwości odnośnie do znaczenia tego pojęcia oraz zakresu, który Ojciec prawa narodów miałby ewentualnie zamiar przyznać podmiotom postrzeganym jako suwerenne⁸¹. Nie ma również wątpliwości, że przyznając wyłącznie monarchom czynne i bierne prawo legacji, był on doskonale świadom ich dążeń do uniezależnienia się od jakiegokolwiek innej władzy (zwłaszcza cesarza i papieża). Jednak zarówno koncepcja immunitetu, jak i suwerenności cały czas była osadzona w grocjańskim systemie źródeł prawa, a w konsekwencji automatycznie implikowała nadrzędność systemu prawa natury jako obiektywnego wzorca kontroli wszelkich działań monarchów zarówno w polityce krajowej, jak i zagranicznej. W rezultacie rola immunitetu, jako instytucji prawa narodów, w systemie grocjańskim nie była aż tak wielka, jakby to mogło *prima facie* wydawać się po lekturze deklaracji ogłaszającej eksterytorialność osoby posła oraz jego majątku. Rozpoczynając rozdział XVIII

⁸¹ C. baron Kaltenborn von Stachau, *Kritik des Völkerrechts: nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft*, Leipzig 1847, s. 44.

księgi II (jedyny poświęcony ambasadorom i ich własności), autor *De iure belli ac pacis* wyraźnie sytuował przysługujące im przywileje i immunitety w obrębie norm prawa pozytywnego. W praktyce oznaczało to, że w świetle grocjańskiej hierarchii źródeł prawa normy te musiały pozostawać w zgodności z prawem natury, niemniej jednak mogłyby być zmienione za zgodnym porozumieniem stron, gdyby zainteresowane państwa wyraziły takie życzenie. W tak skonstruowanym systemie źródeł prawa tylko normy zaliczone w poczet prawa natury żadnej korekcie – *ex natura sua propria* – nie podlegały, w konsekwencji umiejscowienie immunitetu jako normy hierarchicznie niższej oznaczało, że Grocjusz dopuszczał jednak myśl o potencjalnych zmianach jego zakresu.

W braku szerszych odniesień w tej materii kwestia, jakie modyfikacje uznałby on za dopuszczalne, pozostaje wyłącznie w sferze pozanaukowych spekulacji. Poszukując odpowiedzi na pytanie o przyczyny lakoniczności Grocjusza w kwestii immunitetu, warto odnotować pogląd nauki niemieckiej, która wiele lat temu wskazywała, że rozwiązania powyższej zagadki niekoniecznie należy szukać w grocjańskiej wizji suwerenności, jurysdykcji terytorialnej czy niedorozwoju stosunków gospodarczych. W świetle tej hipotezy, jeśli Grocjusz napisał o immunitecie mało, to wynikało to z mocno zakorzenionego w myśleniu prawników XVII w. (a wywodzącego się jeszcze ze średniowiecza) przekonania, że w zasadzie każdy poddany, który znalazł się poza terytorium podległym władzy swego monarchy, podlega nadal jurysdykcji swojego władcy, nie zaś organów państwa, na którego obszarze się znalazł⁸². W rezultacie nie do końca wyklarowane stanowisko w sprawie jurysdykcji terytorialnej, na które nakładała się konkurencyjna teoria jurysdykcji personalnej, do pewnego stopnia czyniły immunitet od jurysdykcji sądowej instytucją przedwczesną. Odrębną kwestią jest jednak pytanie, na ile powyższe rozwiązanie należy uznać po prostu za swego rodzaju kompromis z otaczającą rzeczywistością. Jak przekonują Linda S. Frey oraz Marsha L. Frey, choć w porównaniu z okresem poprzednim w XVI–XVII w. szacunek dla immunitetu dyplomaty od jurysdykcji karnej zdecydowanie wzrósł, jednak

⁸² Zob. m.in. E. Gmür, *Gerichtbarkeit über fremde Staaten...*, s. 15; W. Schaumann, W.J. Habscheid, *Die Immunität ausländischer Staaten nach Völkerrecht und deutschem Zivilprozessrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, z. 8, Karlsruhe 1968, s. 12–13.

przypadki aresztowań czy nawet oddawania pod sąd, który orzekał wobec oskarżonych dyplomatów najwyższy wymiar kary, mimo wszystko nadal zdarzały się w ówczesnej praktyce obrotu⁸³. Na ile jednak Grocjusz, kreśląc szkic instytucji immunitetu, brał pod uwagę czynnik pragmatyczny – zostawimy również poza zakresem niniejszych rozważań.

Nie można też zapominać, że powyższe uwagi zostały zawarte w dziele, które w większości poświęcone jest stosunkom międzynarodowym nie tyle w czasie pokoju, ile – jak to sam autor zaznaczył w tytule – w okresie konfliktów zbrojnych. W konsekwencji Grocjusz tylko w ogólnym zarysie odniósł się do interesujących nas zagadnień. W rezultacie skreślone na marginesie głównego toku narracji rozważania dotyczyły immunitetu dyplomatycznego i – co gorsza – nie zostały one zrehabilitowane w taki sposób, by potomni mogli się nań powołać bez obawy o narażenie się na zarzut, że ich poglądy wypaczają myśl grocjańską, względnie że oddają rzeczywiste cele autora w sposób niedokładny lub nieścisły. Również w aspekcie rozwiązań szczegółowych jego dzieło przyniosło więcej pytań niż odpowiedzi. W szczególności w późniejszej literaturze pozostawało sporne, czy gdyby władca zawitał z wizytą na obce terytorium, Ojciec prawa narodów przyznałby mu poziom ochrony równorzędną z poziomem ochrony szefa misji dyplomatycznej. O ile osiemnastowieczni wydawcy dzieł Grocjusza i niektórzy komentatorzy jego prac, z Wiquefortem i Loeningiem na czele, byliby skłonni przyjąć właśnie taki pogląd za miarodajny, o tyle badający tę kwestię Gmür dodawał od siebie, że – w jego ocenie – stanowisko holenderskiego filozofa nie jest w tej materii zbyt klarowne⁸⁴.

Mając na uwadze datę oddania dzieła do druku, nie do końca jeszcze przezwyciężone wyobrażenia o roli władzy cesarskiej oraz spory, jakie toczyły się w okresie późniejszym, ostrożne stanowisko szwajcarskiego autora może zasługiwać na większe poparcie. Nie ulega wątpliwości, że *argumentum ex silentio* można oczywiście interpretować na korzyść tezy o asymilacji poziomu ochrony monarchy z poziomem, jaki przysłu-

⁸³ L.S. Frey, M.L. Frey, *The History...*, s. 137 i n., s. 144, nie wspominając już o momentach wybuchu wojny, gdy z reguły ambasadorów brano jako zakładników (tamże, s. 149).

⁸⁴ E. Gmür, *Gerichtsbarkeit über fremde Staaten...*, s. 24, cytując m.in. A. de Wicquefort, *L'Ambassadeur et ses fonctions*, Köln 1690, s. 390, oraz E. Loening, *Die Gerichtsbarkeit über die Fremde Staaten und Souveräne*, Halle an der Salle 1903, s. 10.

giwał akredytowanemu przezeń szefowi misji. Niemniej jednak z uwagi na olbrzymie kontrowersje, jakie towarzyszyły instytucji immunitetu już w XVI w., Grocjusz mógł po prostu nie być zainteresowany ujawnianiem swego poglądu w tej drażliwej materii. Skądinąd wiadomo, że zdecydowana większość klasyków średniowiecznej i szesnastowiecznej myśli prawnej kategorycznie odmawiała przyznania immunitetu władcy w podróży. F. de Suárez uważał, że nawet cesarz, o ile znalazł się na terytorium niepodlegającym jego jurysdykcji, mógłby zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej przez hierarchicznie niżej stojącego księcia i w omawianym okresie nie był to w żadnym wypadku pogląd odosobniony⁸⁵. Niezależnie od stanowiska nauki powyższe przekonanie znajdowało wyraźne odzwierciedlenie w ówczesnej praktyce. Jak przypomina Charles J. Lewis, w świetle prawa międzynarodowego, w kształcie, w jakim obowiązywało ono w XVII w., całkowicie legalne było zabicie albo poddanie torturom władcy, który znalazł się na obcym terytorium, podczas gdy szef misji dyplomatycznej korzystał z przywileju nietykalności⁸⁶. Z kolei Linda S. Frey oraz Marsha L. Frey wskazują liczne przypadki aresztowań, a nawet mordów, jakich jeszcze w XVI czy XVII w. monarchowie dopuszczali się na głowach obcych państw, o ile tylko znalazły się one w zasięgu możliwości zastosowania wobec nich przymusu fizycznego⁸⁷. W świetle powyższych ustaleń, w braku jednoznacznych wskazówek na ten temat w tekście *De iure belli ac pacis*, przypisywanie Grocjuszowi intencji asymilacji poziomu ochrony monarchy w podróży z poziomem ochrony, z którego korzystał ambasador, obarczone jest zbyt dużą dozą ryzyka. W konsekwencji do propozycji tej należy podejść z dużą ostrożnością.

Niezależnie od odpowiedzi na pytanie o relacje zachodzące między immunitetem dyplomatycznym a immunitetem monarchy, wzmianka Grocjusza o środkach odzyskania długu, jakie stosuje się wobec dłużników mających miejsce zamieszkania poza jurysdykcją państwa przyjmującego,

⁸⁵ F. de Suárez, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Neapol 1613, L. III c 33 n 3; por. też A. Gentili, *In titulos codicis si quis imperatori maledixerit, ad legem Iuliam maiestatis, disputationes decem*, Hanovia 1607, s. 119 i n.

⁸⁶ Zob. Ch.J. Lewis, *State and Diplomatic...*, s. 15.

⁸⁷ L.S. Frey, M.L. Frey, *The History...*, s. 83 i n. oraz s. 130 i n., dodając, że do końca XVIII w. immunitet monarchy w podróży pozostał przede wszystkim w sferze spekulacji akademickiej.

już w XVIII w. budziła zdziwienie komentatorów⁸⁸. Teoretycznie *De iure belli ac pacis* zakazywało sięgnięcia po te środki, gdyby ich ostrze miało kierować się przeciwko własności wysłannika dyplomatycznego, i powyższy zakaz miał dotyczyć nawet samego monarchy, przy którym był on akredytowany. Jednak odwołanie się w następnym zdaniu do argumentów celowościowych, w świetle których immunitet miał dotyczyć wyłącznie *res ei necessariae* (a więc rzeczy koniecznych do pełnienia misji), otwierało – przynajmniej potencjalnie – podwoje dla wykładni funkcjonalnej. Gdyby rozumieć ten ustęp punktu IX dosłownie, nie można byłoby wykluczyć, że organy państwa przyjmującego mogłyby się bacznie przyjrzeć, czy rzeczywiście dana rzecz jest niezbędna do realizacji misji dyplomatycznej. Następnie zaś, w świetle ustaleń dokonanych w myśl wykładni teleologicznej, organ wymiaru sprawiedliwości podejmowałby ostateczną decyzję, czy w danym przypadku będący przedmiotem sporu składnik majątku pozwanego dyplomaty wchodziłby w zakres immunitetu, czy też podlegałby zajęciu lub egzekucji w normalnym trybie.

Reasumując zatem: w procesie kształtowania się instytucji immunitetu stanowisko Grocjusza miało odegrać w następnych stuleciach ważną rolę, nawet jeśli przyjąć, że była to rola bardziej pośrednia. Jednocześnie siła oddziaływania idei sformułowanych w *De iure belli ac pacis* nie polegała na precyzji użytych sformułowań, względnie przedstawieniu oryginalnej koncepcji dotyczącej omawianego zagadnienia. W sytuacji gdy jedyny immunitet, jaki znała kształtująca się dopiero w czasach grocjańskich praktyka, był immunitetem przyznawanym przedstawicielowi dyplomatycznemu, a następnie jego świącie, nie było to zresztą w ogóle możliwe. Niemniej jednak kierunki poszukiwań oraz proponowany przez Grocjusza zakres wyłączenia jurysdykcji mogły przesądzić o dalszym rozwoju tej instytucji, w sytuacji gdyby miała ona być przyznawana innym osobom, a następnie samemu państwu. Wprawdzie – jak zobaczymy na dalszych stronach – relacje między immunitetem dyplomatycznym a immunitetem państwa nie wszędzie dadzą się sprowadzić do „prostej analogii”, jednak poza sporem pozostaje fakt, że stanowisko Grocjusza wydatnie wsparło proces kształtowania się immunitetu państwa w cza-

⁸⁸ Patrz następny rozdział poświęcony Cornelisowi van Bijnkershoekowi i jego recepcji spuścizny grocjańskiej.

sach późniejszych. Ponadto olbrzymi autorytet tego autora, jego ogromna erudycja oraz rola, jaką odgrywały jego dzieła tyleż w teorii, co i praktyce obrotu międzynarodowego, powodowały, że nawet jeśli ktoś nie podzielał poglądów Ojca prawa narodów, to przecież z jego spuścizną piśmienniczą musiał się liczyć. W konsekwencji dyskusja o immunitetach po opublikowaniu tego dzieła przez kilkaset następnych lat nie mogła się odbyć bez odwołania do skądinąd fragmentarycznych i niekiedy niejasnych sformułowań *De iure belli ac pacis*. To właśnie one miały okazać się punktem wyjścia do debaty, która rozpoczęła się już po śmierci holenderskiego myśliciela.

Jak wiadomo, jednym z pierwszych, który musiał się zmierzyć ze spuścizną swego wybitnego poprzednika, był również wywodzący się ze Zjednoczonych Prowincji Cornelis van Bijkershoek, i to jego poglądom zostanie poświęcony rozdział następny.

Rozdział 2

Immunitet dyplomatyczny a immunitet monarchy w świetle poglądów Cornelisa van Bijnkershoek: okoliczności powstania dzieła *De foro legatorum*, kwestia założeń systemowych, metodologia badawcza, zastosowane kryteria i perspektywa dokonywanych ocen instytucji immunitetu dyplomatycznego i immunitetu monarchy przysługującego mu na terytorium niepodlegającym jego jurysdykcji

Okoliczności powstania dzieła Cornelisa van Bijnkershoek *De foro legatorum*⁸⁹ są na ogół znane. W chwili oddawania pracy do druku Bijnkershoek aktywnie zabiegał o stanowisko Prezesa Wysokiej Rady Holandii, Zelandii oraz Zachodniej Fryzji. Jak sam pisze we wstępie, impulsem do opublikowania jego poglądów była sprawa bankructwa akredytowanego w Zjednoczonych Prowincjach ambasadora księcia Holsztynu⁹⁰. W sporze tym wierzyciele domagali się zastosowania przymusu bezpośredniego w celu wyegzekwowania ciężących na szefie holsztyńskiej misji wierzyciel-

⁸⁹ Przypisy w pracy zaczerpnięto z wydania: C. van Bynkershoek, JCTI & Senatoris, *De foro legatorum tam in causa civili quam criminali, Liber Singularis*, Lugundi Batavorum, Apud Joannem van der Linden Jun., CI I CC XXI [1721].

⁹⁰ Ogłoszenie upadłości było ściśle związane z załamaniem gospodarczym spowodowanym przez krach na giełdzie amsterdamskiej z 1721 r., którego główną przyczyną okazała się niewypłacalność Kompanii Morza Południowego. Jak wiadomo, wydarzenia te zapoczątkowały jeden z największych kryzysów ekonomicznych XVIII w. Szerzej na temat tła tego wydarzenia w kontekście pracy Bijnkershoek por. m.in. S. Vissering, *Het groote tafereel Dwaasheid* (w:) de Gid, *Herinnerungen, Studiën, Schetsen*, Amsterdam 1863, s. 123 i. n. Zob. także zasadnicze tezy tegoż artykułu w: Oncko W. Star Numan, *Cornelijs van Bynkershoek. Zijn leven en zijne geschriften*, Leiden 1869, s. 295.

ności i właśnie w tym kontekście pojawił się problem zakresu chroniącego go immunitetu. W rezultacie Bijkershoek podjął się zadania omówienia problemu jurysdykcji nad przedstawicielami dyplomatycznymi, towarzyszącą im świtą oraz ich majątkiem, niemniej jednak jego rozważania zdecydowanie wykroczyły poza ten zakres. W przeciwieństwie do dzieł Grocjusza, które w interesującym nas zakresie przekazały stosunkowo niewiele informacji, praca jego holenderskiego następcy dotyczy wszelkich immunitetów, jakie prawo międzynarodowe przewidywało w pierwszej połowie XVIII w.

Odnosnie do relacji zachodzących między immunitetem dyplomatycznym a immunitetem przysługującym głowom koronowanym dzieło to ma znaczenie szczególne. Udzielając bowiem odpowiedzi na pytanie, jakie przyniosła nie tyle akademicka spekulacja, ile samo życie, Prezes Wysockiej Rady⁹¹ jako pierwszy poddał szczegółowej analizie zawiłą kwestię interakcji zachodzących między statusem prawnym monarchy w podróży na obcym terytorium, statusem ambasadora, a także położeniem prawnym ich majątków, jakie znajdują się na terytorium obcego państwa, przed którego sądem toczy się postępowanie karne lub cywilne.

Niejednoznaczność spuścizny grocjańskiej, ograniczony czas, jaki mógł poświęcić na pracę naukową, oraz konieczność sprostania potrzebom praktyki⁹² – wszystkie te czynniki spowodowały, że struktura pracy i metoda badawcza *De foro legatorum* są zasadniczo odmienne od koncepcji, jakie zastosował Grocjusz. Paradoksalnie jednak właśnie ta różnica sprawia, że prawidłowa interpretacja niektórych wątków tego dzieła okazuje się nie mniej trudna niż wykładnia *De iure belli ac pacis* – tyle tylko, że w przypadku Bijkershoek'a badacz natrafia na kłopot innego typu. Podstawowy problem polega na tym, że o ile Ojciec prawa narodów dążył do stworzenia kompleksowego systemu pozwalającego na holistyczne

⁹¹ Na stanowisko to Bijkershoek został ostatecznie powołany w 1723 r., aby sprawować je aż do swej śmierci w 1743 r. (Oncko W. Star Numan, *Cornelis van Bynkershoek...*).

⁹² Na ten aspekt w holenderskiej historiografii zwracano uwagę już w XIX w. Ograniczone możliwości czasowe brały się nawet nie tyle z obowiązków, jakie Bijkershoek (od 1703 r. zasiadający w Wysockiej Radzie jako jej zwykły członek) musiał poświęcić na sprawowanie swojej funkcji, ile wyraźnej chęci nakłonienia Stanów Generalnych do podjęcia decyzji w myśl założeń, które przedstawił na łamach *De foro legatorum* (Oncko W. Star Numan, *Cornelis van Bynkershoek...*, s. 299).

ujęcie analizowanego zjawiska, jakim było tworzące się prawo międzynarodowe, o tyle Prezes Wysokiej Rady wyraźnie nie przejawiał podobnych ambicji⁹³. Jego dzieła cechuje wyraźnie praktycystyczne ujęcie analizowanego materiału, w dodatku ściśle podporządkowane celom utylitarnym. Inaczej rzecz ujmując – dla Bijndershoek podstawowy sens ogłaszania poglądów w formie publikacji książkowej zasadzał się na udzieleniu odpowiedzi na konkretne pytanie narzucone autorowi przez praktykę sądową. W konsekwencji autor *De foro legatorum* nie stworzył spójnego systemu teoretycznego. Część jego prac nigdy nie została – zgodnie z życzeniem autora – opublikowana za jego życia⁹⁴, a dążenie do naprawy świata czy obecne w pracach Grocjusza tendencje do moralizowania były zainteresowaniom Prezesa całkowicie obce⁹⁵.

Brak szerszych odniesień do centralnych aksjomatów systemowych niejednokrotnie sprawiał następnym pokoleniom niemałe kłopoty z interpretacją spuścizny Bijndershoek. W konsekwencji nawet jeśli w literaturze XIX w. nie odmawiano mu znaczącego wkładu w rozwój prawa międzynarodowego w ogólności, a szczególnie w zakresie teorii immunitetu, to niektórym autorom trudno było się powstrzymać od pełnych irytacji komentarzy. W ocenie Alphonse’a von Heykinga aż się prosiło, by autor *De foro legatorum* przyswoił sobie rzymską paremię *festinante calamo* i lepiej uporządkował zebrany materiał⁹⁶. Sir Robert Phillimore, skądinąd oceniając niezwykle wysoko dorobek naukowy Prezesa Wysokiej Rady, mimo wszystko uznał za właściwe zwrócić uwagę na pomyłki pojawiające się w jego dziełach⁹⁷. Powyższe wątpliwości interpretacyjne nie byłyby zapewne warte przypomnienia, gdyby nie fakt, że dotyczą one tak fundamentalnych kwestii, jak: relacje między immunitetem a zasadą

⁹³ Por. E. Nys, *Cornelle van Bynkershoek*, *Revue de droit international et de législation comparée* 1922, 3eme série, t. III, s. 67–81.

⁹⁴ Zob. Oncko W. Star Numan, *Cornelids van Bynkershoek*., s. 303, C. Phillipson (*The Great Jurists of the World Cornelius van Bynkershoek*, *Journal of the Society of Comparative Legislation* (1908), New Series, vol. 9, nr 1, rozdział IX, s. 28.

⁹⁵ J. Delpach, *Bijndershoek* (w:) A. Pillet (red.), *Les Fondateurs de Droit International, Leurs Oeuvres, Leurs Doctrines*, Paris 1904, s. 390 i n., który podkreślał wręcz pogardę Bijndershoek do dyskusji toczących się w nauce prawa oraz wyraźny dystans do prawa rzymskiego jako źródła mogącego dostarczyć informacji przydatnych w praktyce sądowej.

⁹⁶ Zob. A. de Heyking, *L'extraterritorialité*, Berlin 1889, s. 13.

⁹⁷ R. Phillimore, *Commentaries upon International Law*, t. II, Philadelphia 1855, s. 104.

suwerenności, definicje tych pojęć, a nawet stanowisko autora *De foro legatorum* odnośnie do mocy wiążącej prawa międzynarodowego jako systemu zdolnego tworzyć prawa i obowiązki dla poszczególnych państw. Dla jasności dalszych wywodów odnotujmy zatem pogląd Kinji Akashiego, który dowodzi, że w przypadku pojęcia „suwerenność” Bijnkershoek w ogóle nie miał zamiaru silić się na jakieś ogólne definicje. W konsekwencji, pisząc *De foro legatorum*, starał się on po prostu wyjaśnić, czy w danej konkretnej sytuacji państwo może postąpić w określony sposób, czy też w podjęciu danego działania (lub zaniechania) prawo międzynarodowe stoi mu na przeszkodzie⁹⁸. W świetle powyższych ustaleń pozostaje poza sporem, że narracja tego wiekopomnego dzieła prowadzona jest w warunkach jeśli nie całkowitego pominięcia ogólnych zagadnień teorii prawa międzynarodowego, to przy wyraźnym zepchnięciu problematyki źródeł i uzasadnień immunitetu na dalszy plan. Tak „abstrakcyjnymi” zagadnieniami Prezes najwyraźniej uważał za właściwe zajmować się tylko i wyłącznie wtedy, gdy dla zachowania ciągłości lub jasności prowadzonych wywodów uznał to za nieodzowne.

Fragmentaryczne podejście do ogólnych zasad prawa międzynarodowego wynikało zapewne z dwóch powodów. Po pierwsze, będąc całe życie związany zawodowo z praktyką prawniczą, autor *De foro legatorum* interesował się rozstrzyganiem sporów, z którymi stykał się w swej pracy jako sędzieja. Właśnie dlatego centralnym tematem jego rozważań jest nie tyle kwestia uzasadnienia na niwie akademickiej podstaw doktrynalnych przywilejów i immunitetów (choć – jak zobaczymy – także i tu dorobek *De foro legatorum* okazał się brzemienny w skutkach), ile poszukiwanie odpowiedzi na pytanie konkretne, tj. w jakich sytuacjach sąd krajowy może (względnie obowiązany jest) wydać wyrok w procesie karnym lub cywilnym, w którym uczestniczy dyplomata albo – co jeszcze ciekawsze – obcy monarcha, a w jakich zaś organa państwa przyjmującego obowiązane są powstrzymać się od sprawowania jurysdykcji. Bijnkershoek,

⁹⁸ K. Akashi, *Cornelius van Bynkershoek. His Role in the History of the International Law*, The Hague, The Netherlands 1998, s. 59–61. Dopiero pod koniec życia jego poglądy jak gdyby ewoluowały w stronę doktryny klasycznej (tamże, s. 62–67). Na podstawie dzieła *Questionum iuris publici libri duo*, MDCCXXXVII, Lugduni Batavorum, Leyden (1737), można jednak co najwyżej stawiać pewne hipotezy, bez możliwości definitywnego rozstrzygnięcia powyższych wątpliwości w tej materii.

który zanim został Prezesem Wysokiej Rady, przez całe lata praktykował jako adwokat, nawet lepiej niż Grocjusz zdawał sobie sprawę, że immunitet może rodzić poważne problemy w praktyce obrotu prawnego⁹⁹. Jednocześnie jednak był on również świadom, że jeśli zaproponowane przez niego rozwiązanie okaże się błędne, to konsekwencje dla państwa i jego mieszkańców mogą okazać się wprost dramatyczne: w skrajnych wypadkach urażony władca, którego ambasador został pozwany do sądu lub oskarżony w procesie karnym, mógł wypowiedzieć wojnę i najechać wyraźnie tracące na znaczeniu w polityce światowej Zjednoczone Provincje. W rezultacie znalezienie właściwej równowagi między zobowiązaniami prawnomiędzynarodowymi a potrzebami wymiaru sprawiedliwości stanowiło dla takiego państwa jak rozbite politycznie Niderlandy doby XVIII w. problem bez mała fundamentalny, a ewentualne sugestie Bijkershoek w tej materii należało postrzegać w wymiarze tyleż ściśle prawnym, co politycznym.

Drugim powodem, który wręcz wymusił wstrzeźliwość w budowie zaawansowanych modeli teoretycznych, był ówczesny stan rozwoju prawa międzynarodowego. W chwili oddania omawianego dzieła do druku znajdowało się ono jeszcze na stosunkowo wczesnym etapie tworzenia zrębów doktrynalnych. W dodatku ówczesny stan środków technicznych również nie ułatwiał gromadzenia informacji, które pozwoliłyby sądowi w sposób pewny wnioskować o tej względnie młodej dyscyplinie nauki prawa. Inaczej rzecz ujmując: aby odpowiedzieć na pytanie, w jakich przypadkach sąd obowiązany jest powstrzymać się od sprawowania jurysdykcji (i przyznać immunitet stronie pozwanej), należało przeprowadzić badania w celu ustalenia treści norm międzynarodowych determinujących zakres immunitetu. Dopiero po rozstrzygnięciu tej kwestii, a więc po ustaleniu zakresu obowiązków wynikających dla państwa z mocy prawa narodów, niejako w drugim etapie, można by udzielić odpowiedzi na pytanie, czy Wysoka Rada jest, czy też nie jest kompetentna do rozstrzygnięcia przedłożonego sporu. Uważna lektura *De foro legatorum* nie pozostawia przy tym cienia wątpliwości, że Bijkershoek powyższy tok rozumowania do pewnego stopnia usiłował wcielić w życie. Problem polegał jednak właśnie na tym, że w realiach pierwszej połowy XVIII w. bynajmniej nie

⁹⁹ Oncko W. Star Numan, *Corneliji van Bynkershoek...*

było jasne, w jaki sposób ustalić treść normy prawnomiędzynarodowej. Teoretycznie nic nie stało na przeszkodzie, by na pytanie to odpowiedzieć w duchu grocjańskim, nawet jeśli wiązałoby się to z koniecznością odwołania do prawa natury. Ale właśnie tej ostatniej możliwości autor *De foro legatorum* najwyraźniej się obawiał. W oczach Prezesa Wysokiej Rady metodologia Ojca prawa narodów była obarczona zbyt dużym ryzykiem spekulacji, aby móc raz jeszcze przywołać rozważania *De iure belli ac pacis* jako wyłączną podstawę odmowy wszczęcia postępowania. Co ważniejsze jednak, w przeciwieństwie do Grocjusza Bijkershoek najwyraźniej nie wierzył już w prawo natury jako regulator postępowania państw.

„Prawo narodów – stwierdzał – to nic innego jak oparte na zwyczaju **domniemanie** [podkr. A.G.], które w obliczu wyraźnie wyrażonej woli ze strony tego, kogo dotyczy [mowa o władcy – A.G.], nie posiada żadnej mocy obowiązującej”¹⁰⁰.

W tej konstelacji wydaje się oczywiste, że dla Bijkershoek'a prawo międzynarodowe stanowiło w najlepszym przypadku *lex imperfecta*, a być może nawet należałoby uznać, że zgoda państwa stanowiła dla niego warunek nabrania mocy wiążącej przez normę tej gałęzi prawa¹⁰¹.

W powyższym – wyraźnie protopozytywistycznym – kontekście, w którym zgoda lub sprzeciw państwa warunkowały istnienie normy prawa międzynarodowego, na żadne normy o charakterze imperatywnym ewidentnie nie było miejsca. Jednocześnie zaś położenie większego nacisku – niż to uczynił Grocjusz – na krajową praktykę sądową, z oszczędniejszym przywoływaniem prawników rzymskich jako autorytetów, spowoduje, że przynajmniej część autorów byłaby skłonna zaliczyć Bij-

¹⁰⁰ C. van Bijkershoek, *De foro legatorum*, rozdział XIX *in fine*, s. 159. W swych poglądach nie był on odosobniony. Podobne poglądy, choć jeszcze bardziej radykalnym tonem (praktycznie negującym w ogóle istnienie jakiegokolwiek prawa międzynarodowego), wyrażał przede wszystkim Th. Hobbes, zob. W.G. Grewe, M. Byers, *The epochs of international law*, Berlin, New York 2000, s. 349–350.

¹⁰¹ Do sprawy tej wypadnie nam powrócić na dalszych stronach niniejszej pracy. Na znaczenie zgody jako warunku powstania, zmiany i wygaśnięcia normy prawnomiędzynarodowej u Bijkershoek'a zwracał uwagę m.in. Manfred Lachs, por. M. Lachs, *The Teacher in International Law, Teachings and Teaching*, wyd. 2, Dodrecht, Boston 1987, s. 57 i n.

kershoek do grona tych autorytetów, które zapowiadały zupełnie nową epokę, tj. wczesny pozytywizm prawniczy¹⁰². Choć kwalifikacja ta budziła w doktrynie kontrowersje¹⁰³, pozostaje faktem, że przyjęcie za punkt wyjścia założeń ściśle utlitarnych, jak również wyraźna niewiara w prawo natury w kształcie, w jakim oferował mu system grocjański, implikowały zmianę w zakresie stosowanej metodologii. Nie wchodząc w szczegóły, Bijkershoek odszedł od modelu spekulatywnego, akademickiego, bazującego bardziej na dedukcji, niż indukcji, co najwyżej wspartej przykładami z okresu antycznego, na którym opierało się *De iure belli ac pacis*. Zamiast tego próbował on oprzeć swoje wnioski na indukcji, opierającej się na przykładach zaczerpniętych z praktyki legislacyjnej i sądowej (zarówno niderlandzkiej, jak i zagranicznej) XVII w. Trzeba przyznać, że zabieg ten powiódł się autorowi *De foro legatorum* co najwyżej częściowo, choć bez wątpienia pomysł wyciągania wniosków z analizy judykatury był – jak na ówczesne czasy – niezwykle nowatorski. Sięgnięcie do rzeczywistości, a nie postulowanej (jak u Grocjusza), działalności organów państwa mogło przynieść kluczową informację o tym, co powinien zrobić sąd, aby nie uchybić podstawowym obowiązkom wymiaru sprawiedliwości, a jednocześnie nie narazić na szwank żywotnych interesów państwa i nie spotkać się z zarzutem złamania zobowiązań międzynarodowych. Kłopot polegał jednak na tym, że w bardzo wielu przypadkach praktyka sądowa albo nie istniała wcale, albo pozostawała wysoce niekoherentna: w konsekwencji, na podstawie tak niejednoznacznego materiału, Prezes Wysokiej Rady najzwyczajniej nie odważył się wyciągać jakichkolwiek (a przynajmniej zbyt daleko idących) wniosków. W rezultacie, w obliczu zaistniałych trudności, autor *De foro legatorum*, będąc poniekąd w sytuacji bez wyjścia, wielokrotnie sięgał po jedyną możliwą metodę, tj. po

¹⁰² Por. Charles (Carlos) Calvo, *Le Droit International. Théorique et Pratique*, t. I, wyd. 5, Paris 1896, s. 147; z innych autorów por. np. J. Delpach, *Bijkershoek...*, s. 388–389; E. Gmür, *Gerechtigtheit über fremde Staaten...*, s. 42; J.-M. Arbour, G. Parent, *Droit International Public*, wyd. 5, Yvon Blais, Une Société Thomson, 2006, Covansville (Québec, Canada), s. 18; L.S. Frey, M.L. Frey, *The History...*, s. 277.

¹⁰³ Por. Wolfgang Grewe i Michel Byers, którzy wskazują, że w braku dzieł o charakterze systemowym pojęcie „pozytywista” w odniesieniu do Bijkershoek’a musi pojawić się w cudzo-słowie. W.G. Grewe, M. Byers, *The epochs...*, s. 357. Z kolei K. Akashi podnosi, że pojęcie *ius gentium*, w wersji zaproponowanej w *De foro legatorum*, nie do końca pokrywało się z poglądami Bijkershoek’a wyrażonymi w *Questiones iuris publici* (K. Akashi, *Cornelius van Bynkershoek...*, s. 31–34).

rozum (*ratio*). Nie mając pewności, jakie normy należałoby zastosować w sporach o immunitet, a będąc zmuszony wydać wyrok kończący postępowanie, Bijnkershoek o treści prawa międzynarodowego wnioskował nie tyle z obserwacji praktyki (tam, gdzie ona istniała), ile właśnie z reguł rozumu czy zdrowego rozsądku.

W świetle powyższych ustaleń można lepiej zrozumieć, dlaczego w oczach Prezesa Wysokiej Rady prawo narodów jawiło się jako zespół norm, o których treści trudno wyciągać zbyt daleko idące wnioski. W takim przekonaniu zapewne utwierdzał go sam Grocjusz, który – o czym była mowa – wyraźnie usytuował immunitet w obrębie zależnego od woli państw prawa pozytywnego, a więc zmiennego w czasie i ściśle zależnego od zgody poszczególnych suwerenów. W rezultacie nie należy się dziwić, że Bijnkershoek doszedł do wniosku, iż wystarczy prosta deklaracja ze strony państwa, aby ambasadorowi literalnie żadne przywileje czy immunitety nie zostały przyznane w ogóle. Choć z dzisiejszej perspektywy wydaje się to szokujące, sądził on również, że istnienie misji jest możliwe, nawet jeśli nie istniałyby jakiekolwiek przywileje czy immunitety. W jego ocenie wszystko zależy właśnie od zgody państw: jeśli uznają one, że specyficzny status, z którego zazwyczaj korzystają akredytowani dyplomaci, jest dla należytego wypełniania ich funkcji całkowicie niepotrzebny, wówczas nie widać przeszkód, aby funkcje dyplomatyczne realizowane były bez immunitetu w ogóle¹⁰⁴.

W kontekście przedstawionych ustaleń wydaje się jednak oczywiste, że zasadniczym powodem, który kazał Prezesowi Wysokiej Rady z pewnym dystansem patrzeć na prawo międzynarodowe, było przekonanie o jego zmienności w czasie i przestrzeni, której to zmienności przewidzieć nie sposób, gdy tymczasem obowiązek wymierzania sprawiedliwości należał do fundamentalnych i niezmiennych zadań instytucji, którą kierował. W stanowisku takim dodatkowo musiały go utwierdzać szczegółowe badania własne, których wynikami dzielił się z czytelnikiem w ramach *De foro legatorum*. *Summa summarum* okazuje się zatem, że mimo najszczerzej chęci ustalenie dokładnej treści norm prawa międzynarodowego niejednokrotnie sprawiało Bijnkersho-

¹⁰⁴ C. van Bijnkershoek, *De foro...*, rozdział XIX, s. 159 i n.

ekowi ewidentną trudność i kłopoty te miały wyraźnie zaciążyć na konstrukcji omawianego dzieła¹⁰⁵.

Omówione uwarunkowania pozwalają zdecydowanie lepiej zrozumieć, dlaczego autor *De foro legatorum* ostatecznie uznał, że jedynym możliwym punktem wyjścia dla prowadzonych analiz było przyjęcie za aksjomat nie tyle instytucji immunitetu *per se*, ile – wręcz odwrotnie – właśnie zasady jurysdykcji nad terytorium, którą to regułę przyjął on za prawo przysługujące każdemu państwu¹⁰⁶. Zasada ta, której moc wiążąca nie budziła żadnych wątpliwości, miała zdeterminować całą dalszą konstrukcję *De foro legatorum*. W rezultacie, przerzucając kolejne kartki tego wiekopomnego dzieła, cały czas o poglądach autora na immunitet zmuszeni jesteśmy wnioskować, patrząc przez ów jurysdykcyjny pryzmat, który Prezes Wysokiej Rady narzuca czytelnikowi, i prowadząc w tych to właśnie ramach dalszą analizę, na postawione pytania udziela zwięzłych i praktycznych odpowiedzi.

¹⁰⁵ Innym powodem, dla którego holenderski autor wyraźnie nie chciał się dzielić z czytelnikiem swoimi przemyśleniami o charakterze ogólnodoktrynalnym, mogły być realia ustrojowe, w jakich przyszło odgrywać mu swoją rolę Prezesa Wysokiej Rady, do których to kwestii wypadnie nam jeszcze powrócić w dalszej części rozważań.

¹⁰⁶ C. van Bijkershoek, *De foro...*, rozdział II, s. 6–8. Zob. jednak E. Gmür (*Gerichtsbareit über fremde Staaten...*, s. 42), który wskazywał, że pojęcie zwierzchnictwa terytorialnego (*Gebietshoheit*) w przypadku Bijkershoek'a nie było jeszcze rozumiane przezeń w kategoriach współczesnych.

Rozdział 3

Immunitet monarchy i immunitet dyplomatyczny w świetle *De foro legatorum*

Usiłując ustalić zakres immunitetu, który miałby przysługiwać poszczególnym osobom, Bijnkershoek postanowił najpierw zastanowić się, dlaczego w ogóle w świetle prawa międzynarodowego niektóre osobistości korzystają z uprzywilejowanego statusu. Teoretycznie po lekturze *De iure belli ac pacis* można było odnieść wrażenie, że w ocenie Ojca prawa narodów zarówno osobę dyplomaty, jak i jego majątek należy postrzegać w kategoriach ludzi i rzeczy przebywających poza granicami państwa forum. W dodatku praktyka obrotu dyplomatycznego zdawała się potwierdzać ten tok rozumowania. Prezes Wysokiej Rady niby nawet zgadzał się z tym poglądem, jednak uważna lektura całego rozdziału XVI poświęconego temu zagadnieniu każe postawić duży znak zapytania, czy rzeczywiście – jak to niekiedy przyjmowano w piśmiennictwie – można uznać go za klasycznego eksterytorialistę¹⁰⁷. Ogólnie rzecz ujmując, poglądy Grocjusza Bijnkreshoek cenił wysoko, acz zarzucał mu – co zrozumiałe – brak precyzji. W szczególności pozostawało dlań niejasne, co oznacza wszcząć postępowanie „tak jakby [monarcha – A.G.] był poza terytorium państwa przyjmującego”¹⁰⁸. Jak zobaczymy, powyższa niejasność niosła dla dalszych wywodów Bijnkershoek’a ważkie konsekwencje.

¹⁰⁷ Pogląd taki przedstawił w 1936 r. amerykański prawnik M. Ogdon, twierdząc, że o ile dla Grocjusza eksterytorialność stanowiła kategorię bardziej opisową, o tyle – jego zdaniem – to właśnie Bijnkershoek miał przyczynić się walcnie do przekształcenia opisu w rzeczywistą fikcję prawną ze wszystkimi stąd płynącymi negatywnymi skutkami dla późniejszej praktyki (por. M. Ogdon, *Juridical Bases...*, s. 72). Pogląd Ogdona później przejął również m.in. sprawozdawca projektu Konwencji wiedeńskiej A.E.F. Sandström, por. *Document A./CN.4/98*, YILC 1956, vol. II, pkt 209 i n., s. 157.

¹⁰⁸ C. van Bijnkershoek, *De foro...*, s. 58–59. Bijnkershoek pisze w tym miejscu wprost, że po prostu nie jest w stanie wytłumaczyć, co mianowicie Grocjusz miał na myśli. Jednak samej konstrukcji prawnej eksterytorialności najwyraźniej nie kwestionuje.