

POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

PL ISSN 0039-3312

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Konstytucyjne uwarunkowania tworzenia samorządów zawodowych
- Podstawy prawne zbiorowej odmowy uznania państw na forum organizacji uniwersalnych – studium przypadków
- Status arbitra w postępowaniu arbitrażowym
- *„Wprowadzenie do zasad moralności prawodawstwa”* Jerome Bentham’a jako przyczynek do dyskusji o interesie publicznym i zasadzie proporcjonalności

3 (195)
2013

WARSZAWA 2013
WYDAWNICTWO TEKST SP. Z O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (195) 2013

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2013



KOMITET REDAKCYJNY:

*Andrzej Bierć, Janusz Borkowski, Jerzy Ciemniowski, Władysław Czapliński,
Lech Gardocki, Ewa Łętowska, Małgorzata Król-Bogomińska,
Maria Kruk-Jarosz, Maria Matey-Tyrowicz, Joanna Mucha, Jan Skupiński,
Tadeusz Smyczyński, Andrzej Szajkowski, Elżbieta Tomkiewicz,
Roman Wieruszewski, Andrzej Wróbel*

Redakcja:

*Andrzej Bierć – redaktor naczelny
Tadeusz Smyczyński – z-ca red. naczelnego
Joanna Mucha – sekretarz Redakcji*

**Czasopismo znajduje się na liście czasopism naukowych Ministerstwa Nauki
i Szkolnictwa Wyższego z 2012 r. z liczbą 6 punktów za publikację.**

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że dążąc do upowszechniania za granicą artykułów
ukazujących się w „Studiach Prawniczych”, uzgodniła z Redakcją czasopisma
THE CENTRAL EUROPEAN JOURNAL OF SOCIAL AND HUMANITIES (CEJSH)
internetową publikację ich angielskich streszczeń.

© Copyright 2010 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
Pałac Staszica
tel. 22 826 52 31 w. 181
fax 22 826 78 53
e-mail: inp@inp.pan.pl

Publikacja dofinansowana przez Instytut Nauk Prawnych PAN
ze środków Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Wydawnictwo Tekst sp. z o.o.
ul. Kossaka 72, 85-307 Bydgoszcz
tel./fax 52 348 62 50
e-mail: info@tekst.com.pl
www.tekst.com.pl

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

dr Joanna Smarż

Politechnika Warszawska

KONSTITUCYJNE UWARUNKOWANIA TWORZENIA SAMORZĄDÓW ZAWODOWYCH	5
1. Samorządy zawodowe w świetle art. 17 ust. 1 Konstytucji.....	7
2. Samorządy zawodowe w świetle art. 17 ust. 2 Konstytucji.....	14
3. Porównanie statusu samorządów zawodowych z art. 17 Konstytucji	15
4. Istnienie samorządów zawodowych jako wyraz konstytucyjnej zasady decentralizacji władzy publicznej	20
5. Podsumowanie	31
Bibliografia	34
THE CONSTITUTIONAL CONDITIONS FOR CREATION OF PROFESSIONAL SELF-GOVERNMENTS	40

mgr Szymon Zaręba

Instytut Nauk Prawnych PAN

PODSTAWY PRAWNE ZBIOROWEJ ODMOWY UZNANIA PAŃSTW NA FORUM ORGANIZACJI UNIWERSALNYCH - STUDIUM PRZYPADKÓW	41
1. Preludium - sprawa Mandżukuo.....	43
2. Rodezja Południowa.....	53
3. Bantustany.....	66
4. Turecka Republika Cypru Północnego.....	75
5. Przypadki kontrowersyjne.....	85
6. Podstawy prawne odmowy uznania	94
Podsumowanie	118
LEGAL BASIS OF COLLECTIVE NON-RECOGNITION OF STATES BY INTERNATIONAL UNIVERSAL ORGANISATIONS - CASE STUDY	122

dr Marcin Aslanowicz

Warszawa

STATUS ARBITRA W POSTĘPOWANIU ARBITRAŻOWYM	123
1. Uwagi wstępne	123
2. Kwalifikacje wymagane od arbitra.....	124
3. Bezstronność oraz niezależność arbitra	127
4. Wytyczne IBA dotyczące konfliktów interesów w międzynarodowym arbitrażu handlowym.....	133
5. Obowiązek ujawnienia okoliczności mogących wywoływać uzasadnione wątpliwości co do bezstronności lub niezależności arbitra	135

6. Instytucja wyłączenia arbitra jako gwarant zachowania bezstronności i niezależności	137
7. Wyłączenie arbitra.....	141
8. Niezachowanie wymagań co do składu sądu polubownego (wyłączenie arbitra) a skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego.....	149
9. Uwagi końcowe.....	151
STATUS OF THE ARBITRATOR IN THE ARBITRATION PROCEEDINGS.....	152

dr Marcin M. Wiszowaty

Uniwersytet Gdański

STANOWE KOMISJE ETYKI W USA JAKO PRZYKŁAD ORGANÓW OBYWATELSKIEGO AUDYTU ETYCZNEGO - USTRÓJ, KOMPETENCJE, ZNACZENIE	153
US STATE ETHICS COMMISSIONS AS AN EXAMPLE OF CIVIC BODY OF ETHICS AUDIT: ORGANIZATION, COMPETENCE, FUNCTIONING	170

mgr Joanna Uchańska

Uniwersytet Jagielloński, Kraków

„WPROWADZENIE DO ZASAD MORALNOŚCI PRAWODAWSTWA” JEROME BENTHAMA JAKO PRZYCZYNEK DO DYSKUSJI O INTERESIE PUBLICZNYM I ZASADZIE PROPORCJONALNOŚCI 171	
Obraz interesu społecznego według J. Benthamy.....	172
Interes konsumentów v. interes przedsiębiorców(?).....	173
Podstawy aksjologiczne prawa patentowego.....	177
Realizacja interesu społeczeństwa w prawie konkurencji	186
Uwagi końcowe.....	188
INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION.....	190
Informacje dla Autorów	191

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (195) 2013
Warszawa 2013

Joanna Smarż ■

KONSTYTUCYJNE UWARUNKOWANIA TWORZENIA SAMORZĄDÓW ZAWODOWYCH

Zasadniczym aktem prawnym, który przewiduje możliwość tworzenia samorządów zawodowych, jest Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej¹. Zgodnie z art. 17 ust. 1 ww. aktu, w drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należytym wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony oraz inne rodzaje samorządu, które nie mogą naruszać wolności wykonywania zawodu ani ograniczać wolności podejmowania działalności gospodarczej.

Przepis umieszczono w rozdziale pierwszym ustawy zasadniczej, gdzie zawarte zostały zasady najbardziej fundamentalne, składające się łącznie na ogólną charakterystykę Rzeczypospolitej. Oznacza to, że bez którejkolwiek z zasad tam zawartych, państwo polskie posiadałoby odmienny charakter².

¹ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 482 z późn. zm).

² S. Gebethner, *Rzeczpospolita w świetle postanowień rozdziału pierwszego Konstytucji z 1997 r.*, [w:] *Podstawowe pojęcia pierwszego rozdziału Konstytucji RP*, pod red. E. Zwierzchowskiego, Katowice 2000, s. 19. Por. także B. Banaszak, *Prof. Banaszak: zawodów zaufania publicznego nie ureguje rynek*, www.lex.pl oraz S. Dąbrowski [w:] U. Szablowska, *Deregulacja czyli politycy w imię centralizacji*, „Zawód Architekt” 2012, nr 2.

Powyższe wskazuje na ustrojowy charakter omawianego przepisu³, co zostało potwierdzone m.in. w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 listopada 2004 r.⁴, który orzekł, iż jest oczywiste, że dopuszczenie funkcjonowania samorządów zawodowych stanowi wyraz demokratyzacji życia publicznego. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że ustawodawca, dając możliwość kreowania samorządów zawodowych, wyznacza im określoną rolę publiczną.

Można też powiedzieć, że w rozdziale pierwszym znajdują się z jednej strony przepisy najbardziej ogólne regulujące sprawy o najszerszym wymiarze ustrojowym, z drugiej strony takie, które w sposób wyraźny łączą się z przepisami któregoś z pozostałych rozdziałów konstytucyjnych. Zatem każdy z dalszych rozdziałów posiada w rozdziale pierwszym jakby swojego „zwiastuna”, którym jest pewna norma prawna, o szczególnie doniosłym znaczeniu⁵.

Umieszczenie przepisu w rozdziale pierwszym nie wpływa jednak samo przez się na jego formalną moc prawną. Przepisy te są bowiem równe mocy pozostałych przepisów, ale nadaje im się charakter zasadniczych wytycznych interpretacyjnych, w świetle których ustalać należy treść norm konstytucyjnych, zawartych w dalszych rozdziałach⁶. Ujęcie w jednym rozdziale podstawowych zasad ustroju politycznego przesądza jednak o regułach organizacji władzy publicznej w państwie. Ustrój polityczny państwa to właśnie całokształt zasad, w oparciu o które jest zorganizowana władza publiczna⁷.

Większość funkcjonujących aktualnie samorządów zawodowych powołano do życia po przełomie z 1989 r., z tego znaczną część po wejściu w życie przepisów Konstytucji z 1997 r. Natomiast wszystkie poprzednio istniejące ustawy tworzące samorzady były po tej dacie istotnie nowelizowane.

Powyższe pozwala wysnuć wniosek, że zarówno konstytucjonalizacja samorządu zawodowego, jak i wspomniana praktyka ustawodawcza są dowodem społecznej oceny doniosłości „zawodów zaufania publicznego” i gdy wraz z transformacją ustrojową pojawiły się możliwości przywrócenia im właściwej pozycji, zostały one szybko wykorzystane.

³ K. Musiał, *Ochrona prawa do prywatności pełnomocnika w postępowaniu podatkowym*, Przegląd Podatkowy 2010, nr 7 oraz P. Winczorek, T. Stawecki, *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją RP projektu ustawy o postępowaniu dyscyplinarnym wobec osób wykonujących niektóre zawody prawnicze*, „Palestra” 2006, nr 7–8. Por. także A. Oleszko, *Ustrojowy i procesowy charakter samorządu notarialnego w świetle prawa o notariacie oraz kodeksu postępowania administracyjnego*, „Rejent” 1999, nr 8, s. 78–89.

⁴ Sygn. akt SK 64/03, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 4, poz. 45, s. 46.

⁵ D. Dudek, *Zasady ustroju III Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2009, s. 28.

⁶ P. Sarnecki, *Radca prawny jako zawód zaufania publicznego*, „Radca Prawny” 2002, nr 4–5.

⁷ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Zakamycze 1998, s. 2.

Przepis art. 17 Konstytucji wyróżnia dwa rodzaje samorządów:

1. samorządy zawodowe „reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i jego ochrony” (ust. 1) oraz
2. inne rodzaje samorządu, które „nie mogą naruszać wolności wykonywania zawodu ani ograniczać wolności podejmowania działalności gospodarczej” (ust. 2).

1. Samorządy zawodowe w świetle art. 17 ust. 1 Konstytucji

Możliwość tworzenia samorządów zawodowych wynika z ust. 1 art. 17 Konstytucji, który zastrzega, że samorząd zawodowy zawodów zaufania publicznego ma do spełnienia dwa podstawowe zadania:

- reprezentowanie osób wykonujących zawód zaufania publicznego oraz
- sprawowanie pieczy nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i jego ochrony.

Pierwsza z wymienionych funkcji ma charakter typowo korporacyjny i polega na reprezentacji danego „zawodu zaufania publicznego” wobec obywateli i ich organizacji, a także wobec organów państwowych. Oznacza to, iż obowiązkiem każdej wspólnoty samorządowej jest dbałość o interesy osób wykonujących konkretny zawód oraz o ich poziom fachowy i etyczny⁸.

Natomiast druga funkcja, dotycząca sprawowania pieczy nad należyтым wykonywaniem danego zawodu zaufania publicznego, jest powodem, dla którego ustawodawca powierzył samorządom tych zawodów kompetencje o charakterze publicznym, w tym władcze, sprawowane wobec wszystkich osób wykonujących dany zawód zaufania publicznego⁹.

Przepis art. 17 ust. 1 Konstytucji obejmuje zawody uznane za zawody zaufania publicznego mieszczące w sobie pewien ładunek emocjonalny, polegający:

- na wykonywaniu czynności zawodowych zawsze wobec konkretnej, zindywidualizowanej osoby, z reguły w sytuacjach zagrożenia dla jej

⁸ E. Stawicka, *Konferencja „Rola samorządów zawodowych w zliberalizowanej Europie”*, Bruksela 28–29 listopada 2002 r., „Palestra” 2003, nr 1–2.

⁹ H. Zięba-Załucka, *Samorząd zawodowy w świetle Konstytucji RP*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 10. Podobnie H. Izdebski, *Sprawowanie pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu przez samorządy zawodowe (tezy)*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*, Warszawa 2002, s. 153 i n.

rozmaitych dóbr uznawanych za istotne w wymiarze ogólnospołecznym,

- na dostępie w trakcie wykonywania czynności do sfery prywatności korzystających z owych świadczeń zawodowych. Dopełnieniem powyższego jest obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej¹⁰.

Z treści art. 17 ust. 1 Konstytucji wynika, że samorzady zawodów zaufania publicznego są jednostkami organizacyjnymi zrzeszającymi jedynie osoby wykonujące zawody zaufania publicznego. Samorząd taki jest zatem zrzeszeniem osób fizycznych wykonujących określoną działalność zawodową osobiście, co wyklucza skupienie w ramach samorządu zawodowego osób prawnych¹¹. Ponadto, cechami osób wchodzących w skład samorządu zawodu zaufania publicznego są dwa rodzaje zdolności:

- zdolność zawodowa, tzn. przygotowanie do wykonywania tego samego zawodu, co inni członkowie samorządu zawodowego,
- zdolność do wykonywania go na poziomie i w zakresie, który może być uznany za wystarczający, aby spełniał kryteria zaufania publicznego. Przedmiotowe kryteria to przede wszystkim:
- poziom profesjonalnego przygotowania i praktyki zawodowej,
- przestrzeganie norm deontologicznych,
- kierowanie się w działalności zawodowej interesem osób korzystających z usług, które obdarzają świadczeniodawców zaufaniem¹².

Samorząd tworzony jest więc przez środowiska, które charakteryzują się szczególnym rodzajem wiedzy, jak również mają wpływ na istotne sprawy takie jak np. życie, zdrowie, bezpieczeństwo, ochrona prawna, inwestycje finansowe itp.

Tym samym samorzady nie mogą być kontrolowane przez osoby z zewnątrz. Przyznaje się im zatem przywileje, jakich nie posiada żadna inna grupa działająca na rynku, mając nadzieję, iż zostaną one wykorzystane do ochrony społeczeństwa. Konsekwencją utworzenia takiego samorządu zawodowego jest oczywiście nadanie mu określonych uprawnień, do których należy zaliczyć m.in.:

- możliwość podejmowania działań o charakterze władztwa administracyjnego w sprawach dotyczących członków samorządu,

¹⁰ P. Sarnecki, *Komentarz do art. 17, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.* pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2005; J. Borowicz, *Obowiązki wykonawcy wolnego zawodu prawniczego – próba klasyfikacji*, Rejent 2008, nr 6, s. 12.

¹¹ Por. W. Odrowąż-Sypniewski, *Opinia w sprawie wykładni art. 17 ust. 1 Konstytucji RP*, Przegląd Sejmowy 2001, nr 2, s. 71–72; S. Pawłowski, *Ustrój i zadania samorządu zawodowego w Polsce*, Poznań 2009, s. 31.

¹² W. Wołpiuk, *Samorząd zaufania publicznego a interes publiczny*, Warszawa 2002, s. 144.

- posiadanie określonej niezależności od czynników zewnętrznych, np. organów administracji rządowej.

Nadanie tego rodzaju przywilejów ma na celu spełnienie konstytucyjnego obowiązku sprawowania wspomnianej pieczy. Oznacza to, że ustawodawca w sposób normatywny określił przysługujące samorządowi kompetencje oraz granice jego niezależności, która jest istotą samorządów zawodowych.

Należy jednak pamiętać, że utworzenie przez ustawodawcę samorządu danego zawodu zaufania publicznego uzależnione jest od konkretnych racjonalnych przesłanek, między innymi stwierdzenia możliwości pełnienia przez dany samorząd w sposób należyty konstytucyjnej pieczy nad wykonywaniem zawodu zaufania publicznego. Ustawodawca, tworząc samorząd zawodowy, pozbawił się bowiem wspomnianych uprawnień władczych, cedując je na rzecz samorządu¹³.

Zakres, w jakim państwo przekazuje władztwo publiczne samorządowi zawodowemu, obejmuje przede wszystkim:

- reprezentowanie interesów określonych zawodów wobec władz państwowych,
- nadzór nad należytym wykonywaniem zawodu,
- dopuszczenie do wykonywania zawodu,
- prowadzenie rejestru osób posiadających prawo wykonywania danego zawodu,
- czuwanie nad etyką wykonywania zawodu,
- doskonalenie zawodowe i opiniowanie programów kształcenia w zawodzie,
- sądownictwo dyscyplinarne (w przypadku niektórych zawodów, jak np. zawód inżyniera budownictwa, także sądownictwo zawodowe)¹⁴.

Konieczność powierzenia samorządowi zawodowemu zadań i kompetencji o charakterze publicznym, w tym władczych sprawowanych wobec wszystkich osób wykonujących dany zawód zaufania publicznego, niezależnie od innych ról społecznych czy publicznych pełnionych przez takie osoby, potwierdził Trybunał Konstytucyjny, m.in. w wyroku z dnia 22 maja 2001 r.¹⁵ Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, do kompetencji takich należy m.in. decydowanie o prawie wykonywania określonego zawodu oraz prowadzenie rejestru osób aktualnie wykonujących ten zawód. Ponadto Trybunał Konstytucyjny uznał, że należyte wykonywanie konstytucyjnych funkcji przez samorzady zawodów zaufania

¹³ Ł. Mazur, R. Żuk, *Zawody zaufania publicznego*, „Fiskus” 2007, nr 8.

¹⁴ Por. J. Hausner, D. Długosz, *Tezy w sprawie zawodów zaufania publicznego*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*, Warszawa 2002, s. 122.

¹⁵ Sygn. akt K 37/00, OTK ZU 2001, nr 4, poz. 86.

publicznego wymaga zapewnienia im nie tylko możliwości kontrolowania sposobu wykonywania zawodu, ale także decydowania o tym, kto może dany zawód wykonywać.

Z uwagi na przyznane samorządom zawodowym zawodów zaufania publicznego zadania mogą one, a w niektórych sytuacjach wręcz powinny, ograniczać w pewnym zakresie wolność wykonywania zawodu ze względu na cele, dla realizacji których zostały powołane¹⁶. Dopuszczalne ograniczenia wynikają z charakteru samorządów, o których mówi art. 17 ust. 1 Konstytucji. W odniesieniu do nich, wolność wykonywania zawodów lub swoboda działalności gospodarczej „winna, zdaniem ustawodawcy konstytucyjnego, ustępować [...] potrzebie nieczynienia uszczerbku zaufaniu publicznemu, którym pewne zawody są obdarzone”¹⁷.

Judykatura, słusznie moim zdaniem podkreśla, że ograniczenia wolności wykonywania niektórych zawodów winny być określone w drodze ustawy oraz pozostawać w granicach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji¹⁸.

Zatem, nadanie pewnym zawodom charakteru zawodów zaufania publicznego oznacza, w rozumieniu Konstytucji, ustawową dopuszczalność nakładania pewnych ograniczeń w zakresie konstytucyjnej wolności dostępu do zawodu i jego wykonywania oraz objęcie osób wykonujących takie zawody obowiązkiem przynależności do samorządu zawodowego¹⁹. Działanie ustawodawcy polegające na przyznaniu samorządom pewnych kompetencji władczych, które mogą naruszać wskazane wolności, musi jednak spełniać konstytucyjny wymóg proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji, gdyż przepis ten „odnosi się do wszystkich konstytucyjnych wolności lub praw, niezależnie od tego, czy przepisy szczególne odrębnie określają przesłanki ograniczenia danego prawa lub wolności”²⁰.

¹⁶ Wyrok TK z dnia 19 marca 2001 r., sygn. akt K 32/00, OTK ZU 2001, nr 3, poz. 50; wyrok TK z dnia 18 lutego 2004 r., sygn. akt P 21/02, OTK-A ZU 2004, nr 2, poz. 9.

¹⁷ P. Sarnecki, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury*, [w:] *Konstytucja, wybory, parlament*, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2000, s. 153.

¹⁸ Wyrok TK z dnia 24 stycznia 2001 r., sygn. akt SK 30/99, OTK ZU 2001, nr 1, poz. 3 oraz J. Sobczak, *Korporacje prawnicze – potrzeba czy iluzja*, [w:] *Z badań nad samorządem zawodowym w Polsce*, pod red. R. Kmiecika, Poznań 2010, s. 47.

¹⁹ Por. wyrok TK z dnia 19 kwietnia 2006 r., sygn. akt K 6/06, OTK-A ZU nr 4, poz. 45 oraz H. Izdebski, *Sprawowanie pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu przez samorządy zawodowe (tezy)*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*, Warszawa 2002, s. 154.

²⁰ Wyrok TK z dnia 10 kwietnia 2002 r., sygn. akt K 26/00, OTK-A ZU nr 2, poz. 18.

Zgodnie z ustalonym na tle art. 31 ust. 3 Konstytucji orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego²¹ zarzut braku proporcjonalności wymaga przeprowadzenia testu, polegającego na udzieleniu odpowiedzi na trzy pytania dotyczące analizowanej normy:

- czy jest ona w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków (przydatność normy),
- czy jest ona niezbędna (konieczna) dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (konieczność podjęcia przez ustawodawcę działania),
- czy jej efekty pozostają w proporcji do nałożonych przez nią na obywatela ciężarów lub ograniczeń (proporcjonalność *sensu stricto*).

Wskazane postulaty przydatności, niezbędności i proporcjonalności *sensu stricto* składają się na treść wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji „konieczności”.

W tym miejscu należy przywołać pogląd T. Bigo, który zwracał uwagę, że wprawdzie związki publicznoprawne zostały powołane z pewnych socjologicznych czynników, ale siłą powołującą je do życia nie jest przewaga społeczna²². Autor, zastanawiając się nad kwestią „znaczenia dla ogółu” poszczególnych związków, odwołuje się do kryterium interesu publicznego. Obowiązująca obecnie Konstytucja RP jako normatywny sens istnienia samorządów zawodowych podaje właśnie potrzebę sprawowania pieczy nad wykonywaniem zawodów zaufania publicznego w granicach interesu publicznego.

Z kolei, J. S. Langrod pisał, że kryterium interesu publicznego określane go czasem jako: „dobro ogółu”, „użyteczności powszechnej”, „pożytku społecznego”, ma ścisły związek z płaszczyzną etyki²³.

Wobec powyższego, można moim zdaniem uznać, że samorząd zawodowy uregulowany w art. 17 ust. 1 Konstytucji, a więc taki, któremu może być przyznany przywilej ograniczania dostępu do wykonywania zawodu, jest najwyższą z punktu widzenia prawa publicznego formą zorganizowania zawodu²⁴. Istnienie samorządów zawodowych jest bowiem spełnieniem fundamentalnej zasady konstytucyjnej, która obowiązuje w naszym systemie prawnym, tzn. zasady

²¹ Przede wszystkim wyrok TK z dnia 13 marca 2007 r., sygn. akt K 8/07, Dz. U. z 2007, Nr 48, poz. 327.

²² T. Bigo, *Związki publiczno-prawne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 1928, s. 10.

²³ J. S. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego*, Kraków 1948, reprint: Kraków 2003, s. 240.

²⁴ M. Kulesza, *Zawód zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*, Warszawa 2002, s. 149.

decentralizacji rozumianej jako przenoszenie części uprawnień władczych na grupy obywateli, m.in. na samorządy zawodowe²⁵.

Samorząd zawodowy powołany na mocy przepisu art. 17 ust. 1 Konstytucji, z tytułu posiadania przez niego władzy i prawa do użycia przymusu zewnętrznego w sprawach, w których upoważnia go do tego państwo, słusznie uznaje się za podmiot prawa publicznego.

Jak celnie też zauważa A. Wróbel, samorządy zawodowe to twory państwowe w tym sensie, że do ich powstania pod względem formalnoprawnym konieczny jest stosowny akt organu państwa – samorządy te tworzone są w drodze ustawy²⁶. Powyższe wynika też bezpośrednio z brzmienia art. 17 ust. 1 Konstytucji, z którego wynika, że dla powołania samorządu konieczne jest uchwalenie stosownej ustawy, która określi cele samorządu, wyznaczy krąg osób, które będą należały do danej wspólnoty samorządowej, przesądzi ogólnie o organizacji i zasadach funkcjonowania danego samorządu oraz przekaze mu określone zadania i kompetencje należące zwykle do administracji rządowej²⁷.

Podobnie stwierdził też J. Panejko, według którego „skoro państwo powołało do życia samorząd dla swych celów, to źródłem praw i obowiązków wszystkich instytucji samorządowych mogą być jedynie ustawy. Cel i zadania tych instytucji wypływają z ich samorządnego charakteru, jako organów państwa, i z natury ich jako związków kolektywnych, względnie korporacji prawnych, a granicę dla nich stanowią zawsze ustawy państwowe²⁸.

Równie istotny jest fakt sprecyzowania przez ustawę zasadniczą podstawowych celów funkcjonowania tych podmiotów. W najszerszym ujęciu celem samorządu zawodowego jako osoby prawa publicznego, co wynika bezpośrednio z art. 17 ust. 1 Konstytucji, jest ochrona interesu publicznego²⁹. Istotne jest przy tym, że ta cecha samorządów zawodowych pociąga za sobą obowiązek przynależności do samorządu wszystkich osób, które wykonują określone zawody³⁰. Oznacza to, że przynależność do samorządów zawodowych osób wykonujących

²⁵ H. Izdebski, *Sprawowanie pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu przez samorządy zawodowe*, [w:] *zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*, Warszawa 2002, s. 33.

²⁶ A. Wróbel, *Charakter prawny samorządu notarialnego i jego kompetencje prawodawcze*, „Rejent” 2001, Nr 5, str. 271.

²⁷ Por. P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 30.

²⁸ J. Panejko, *Geneza i podstawy samorządu europejskiego*, Paryż 1926, s. 100.

²⁹ Por. wyrok SN z dnia 13 maja 1999 r., sygn. akt NSZ 1/98, OSNAP 1999, nr 22, poz. 840.

³⁰ Wyrok TK z dnia 22 maja 2001 r., sygn. akt K 37/00, OTK 2001, z. 4, poz. 86 oraz wyrok TK z dnia 18 lutego 2004 r., sygn. akt P 21/02, OTK-A ZU 2004, nr 2, poz. 9.

dany zawód zaufania publicznego jest obligatoryjna i wynika z mocy prawa. Nie można zatem nie należeć do odpowiedniej wspólnoty samorządowej, jeżeli wykonuje się ten zawód, a wykonywanie zawodu poza wspólnotą jest prawnie niedopuszczalne.

Interes państwa w powoływaniu samorządów zawodowych zawodów zaufania publicznego można określić jako potrzebę kontroli realizacji funkcji ochrony interesu publicznego podczas wykonywania czynności zawodowych oraz zapewnienia właściwego wykonywania społecznie i publicznie istotnych zawodów w państwie. Niezbędna jest także kontrola poczynąń przedstawicieli zawodu pod względem etycznym.

Zatem samorzady zawodowe powinny być tworzone przede wszystkim, gdy:

- wykonywanie danego zawodu ma szczególnie istotne znaczenie publiczne,
- we właściwym wykonywaniu zawodu zainteresowana jest całość społeczeństwa,
- wykonywanie zawodu z uzasadnionych powodów nie może mieć miejsca w ramach stosunku pracy lub służby.

W nauce prawa uznaje się, że potrzeba istnienia samorządu zawodowego zawodu zaufania publicznego może wystąpić wówczas, gdy ustawodawca stwierdza, że dany zawód ma cechę szczególnej doniosłości społecznej ze względu na intensywne, indywidualne korzystanie z usług tego zawodu przez znaczną część społeczeństwa, niezbędność świadczonych usług dla bezpieczeństwa i egzystencji obywateli w powiązaniu z wysokim stopniem profesjonalizmu, jakością usług, walorami moralnymi i etycznymi osób wykonujących te zawody, przestrzeganie interesu świadczeniobiorcy i w związku z tym przestrzeganie tajemnicy o informacjach powierzonych przez osoby korzystające z usług. Moim zdaniem, rozstrzygające jednak znaczenie powinna mieć decyzja ustawodawcy uznająca istnienie społecznie uzasadnionej potrzeby utworzenia określonego samorządu zaufania publicznego i ustabilizowania jego pozycji w obrocie prawnym³¹.

W związku jednak z brakiem stabilnych kryteriów służących, jako podstawa do tworzenia samorządów zawodowych, odnotować można istnienie dwóch niebezpieczeństw:

- po pierwsze, istnieje niebezpieczeństwo deprecjacji etosu zawodu zaufania publicznego, gdyby były samorządowe powoływano ponad miarę potrzeb uzasadnionych interesem publicznym,

³¹ Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich, „Kwartalnik Łódzki” 2005, nr I, s. 18 i n.

- po drugie, istnieje niebezpieczeństwo liberalizacji, wyrażające się w uprawianiu określonych zawodów bez należytego nadzoru, co podważałoby zaufanie do państwa, które jest zobowiązane do zapewnienia ochrony interesu publicznego³².

2. Samorządy zawodowe w świetle art. 17 ust. 2 Konstytucji

Obok samorządów zawodów zaufania publicznego, o których mowa w art. 17 ust. 1 Konstytucji, ustawodawca dopuszcza także tworzenie „innych samorządów”. Podstawę prawną stanowi w tym przypadku art. 17 ust. 2 Konstytucji, w którym czytamy, że: „w drodze ustawy można tworzyć również inne rodzaje samorządu”, przy czym samorządy te nie mogą naruszać wolności wykonywania zawodu ani ograniczać wolności podejmowania działalności gospodarczej³³.

Podobnie jak w przypadku samorządów zawodów zaufania publicznego dla powołania „samorządu innego rodzaju” ustawodawca wymaga uchwalenia stosownej ustawy. Z tego tytułu również te samorządy mogą wykonywać powierzoną im część władzy publicznej. Według P. Winczorka artykuł ten został pomyślany przede wszystkim jako umożliwiający powoływanie samorządów gospodarczych. Na jego podstawie działają np. izby rolnicze³⁴.

W przypadku innego rodzaju samorządów, powoływanych na podstawie art. 17 ust. 2, które nie powinny obejmować zawodów zaufania publicznego, Konstytucja nie wyznacza jednak ich celów oraz funkcji, dla których sprawowania są powoływane, natomiast ustanawia granice ich aktywności. Wynika to wprost z treści omawianego przepisu konstytucyjnego, który stanowi, że samorządy innego rodzaju „nie mogą naruszać wolności wykonywania zawodu ani ograniczać wolności podejmowania działalności gospodarczej”.

Owymi konstytucyjnymi granicami są tu właśnie „niemożność naruszania wolności wykonywania zawodu” oraz „niemożność ograniczania wolności podejmowania działalności gospodarczej” przez te samorządy.

Jak słusznie moim zdaniem zauważa P. Winczorek, wprowadzenie takich ograniczeń przez ustawodawcę w stosunku do innych rodzajów samorządów uzasadnione jest tym, że samorządy gospodarcze przez wprowadzenie wobec

³² W. J. Wołpiuk, *Zawód zaufania publicznego z perspektywy prawa konstytucyjnego* [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolności wykonywania zawodu*, Warszawa 2002, s. 23.

³³ Wyrok TK z dnia 22 maja 2001 r., K. 37/00, OTK ZU 2001, nr 4 poz. 86.

³⁴ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 31.

członków danej branży ograniczeń i unormowań o charakterze reglamentacyjnym mogłyby zagrozić wolności gospodarowania i osłabić konkurencję między przedsiębiorcami. Z tego powodu, zdaniem P. Winczorka, Konstytucja zakazuje nadawania tym samorządom takich uprawnień, które te niebezpieczeństwa mogłyby uczynić realnymi, a także zakazuje samorządom podejmowania jakichkolwiek działań prowadzących do naruszenia owych wolności.

3. Porównanie statusu samorządów zawodowych z art. 17 Konstytucji

Z normatywnego punktu widzenia, art. 17 Konstytucji zawiera dwie odrębne normy prawne. Ujęcie ich w jednym artykule, jak się wydaje, wynika z tożsamesgo przedmiotu regulacji, jakim są samorzady zawodowe. O ile jednak ustęp pierwszy dotyczy samorządów „zaufania publicznego”, o tyle drugi, o czym *expressis verbis* zdecydował ustawodawca, odnosi się do „innych” samorządów tworzonych drogą ustawową.

Z brzmienia omawianego przepisu wprost wynika, iż różny jest kształt prawny obu rodzajów samorządów zawodowych, co w swoich orzeczeniach wielokrotnie podkreślał też Trybunał Konstytucyjny³⁵. W przypadku samorządów zawodów zaufania publicznego uregulowanych w art. 17 ust. 1, ustawodawca określa cel i funkcje, dla których sprawowania są one tworzone, nie wyznaczając przy tym żadnych ograniczeń. Funkcją samorządów zawodowych zaufania publicznego jest „sprawowanie pieczy nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”, co pociąga za sobą obowiązek przynależności do samorządu wszystkich osób, które wykonują tego rodzaju zawody.

Z kolei „innym rodzajom samorządu”, o których mowa w ust. 2, Konstytucja nie określiła żadnych celów, ustanowiła natomiast pewne granice ich aktywności, którymi są „niemożność naruszania wolności wykonywania zawodu” oraz „niemożność ograniczania wolności podejmowania działalności gospodarczej”³⁶. Nie ma więc, moim zdaniem, wątpliwości, że ograniczenia, o których mowa w

³⁵ Por. np. wyrok TK z 22 maja 2001 r., sygn. akt K 37/00, OTK ZU 2001, nr 4, poz. 86.

³⁶ P. Sarnecki, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury*, [w:] *Konstytucja, wybory, parlament*, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2000, s. 153 oraz M. Waligórski, *Izby samorządu zawodowego*, [w:] *Prawo administracyjne ustrojowe. Podmioty administracji publicznej*, J. Stelmasiak, J. Szreniawski, Bydgoszcz – Lublin 2002, s. 82–125.

ust. 2, nie rozciągają się na samorządy zawodowe reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego. Te samorządy mogą, a niekiedy nawet powinny, ograniczać wolność wykonywania zawodu lub działalności gospodarczej ze względu na cele, dla realizacji których zostały powołane. Ograniczenia te wynikają z charakteru samorządów, o których mówi ust. 1, w przypadku których wolność wykonywania zawodu lub swoboda działalności gospodarczej „winna, zdaniem ustawodawcy konstytucyjnego, ustępować (...) potrzebie nieczynienia uszczerbku zaufaniu publicznemu, którym pewne zawody są obdarzane”.

W związku z tym, według mnie, można wysnuć wniosek, iż ustawodawca przyznał szerszy zakres swobody działania oraz władczych kompetencji samorządom zawodów zaufania publicznego, podkreślając tym samym ich szczególny charakter oraz rolę, jaką spełniają w obowiązującym systemie prawnym³⁷.

Samorządy innych zawodów niż zawody zaufania publicznego nie mogą ani naruszać wolności wykonywania zawodu, ani ograniczać wolności podejmowania działalności gospodarczej. Z kolei samorządy zawodów zaufania publicznego mają za zadanie przede wszystkim sprawować pieczę nad należyтым wykonywaniem zawodu w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. W praktyce więc wolność wykonywania zawodu w przypadku zawodów zaufania publicznego jest znacznie ograniczona. Możliwe jest to jednak tylko na podstawie regulacji ustawowej. Wolność wykonywania zawodu zaufania publicznego zostaje ograniczona z uwagi na fakt, iż wykonywanie tego zawodu powinno przebiegać w taki sposób, by nie naruszać interesu publicznego³⁸.

Z regulacją zawartą w przytoczonym artykule korespondują przepisy konstytucyjne, takie jak art. 20, 22 oraz 65 Konstytucji, które stanowią ograniczenia dla art. 17. Przepis artykułu 20 stanowi, iż: „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej”. Z kolei zgodnie z art. 22: „Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”. Natomiast art. 65 Konstytucji w ust. 1 stanowi, że: „Każdemu zapewnia się wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy”.

³⁷ Por. P. Wiecek, T. Stawicki, *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją RP projektu ustawy o postępowaniu dyscyplinarnym wobec osób wykonujących niektóre zawody prawnicze*, „Palestra” 2006, nr 7–8.

³⁸ M. Tabernacka, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego*, Acta Universitatis Wratislaviensis nr 2663, Przegląd Prawa i Administracji 2004, Tom 62, s. 295 oraz Naczelna Rada Adwokacka, *Wniosek do TK z dnia 19.10.2005 r. o zbadanie zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej przepisów ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy Prawo o adwokaturze oraz o zmianie niektórych innych ustaw*, s. 11.

Z interpretacji art. 17 oraz wyżej wymienionych przepisów Konstytucji można wnioskować, iż zakaz ograniczania swobody wykonywania zawodu i prowadzenia działalności gospodarczej adresowany jest wyłącznie do „innych” samorządów.

Zatem to właśnie samorządom zawodów zaufania publicznego ustawodawca przyznał przywilej ograniczania dostępu do wykonywania zawodu lub do wykonywania działalności gospodarczej, wyposażając je tym samym w prawo do ograniczania praw i wolności konstytucyjnych, o których mówią art. 20, 22 i 65 Konstytucji.

Należy uznać zatem, że art. 17 ust. 1 stanowi *lex specialis* wobec postanowień Konstytucji zabezpieczających swobodę wyboru zawodu. Innymi słowy, zgodnie z założeniem ustawodawcy samorządy zawodów zaufania publicznego mogą swoją działalnością ograniczać swobodę wykonywania zawodu w granicach wyznaczonych przez art. 17 ust. 1 Konstytucji.

Warto w tym miejscu odwołać się także do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 października 1999 r.³⁹, zgodnie z którym w odniesieniu do wolnych zawodów treścią wolności wykonywania zawodu jest stworzenie sytuacji prawnej, w której:

1. każdy mieć będzie swobodny dostęp do wykonywania zawodu, warunkowany tylko talentami i kwalifikacjami,
2. każdy mieć będzie rzeczywistą możliwość wykonywania swojego zawodu,
3. nikt nie będzie przy wykonywaniu zawodu poddany rygorom podporządkowania, które charakteryzują świadczenie pracy.

Jak słusznie, moim zdaniem, podkreśla się jednak, wolność wykonywania zawodu nie może mieć charakteru absolutnego i musi być poddana reglamentacji prawnej, w szczególności, gdy chodzi o uzyskanie prawa wykonywania określonego zawodu, wyznaczenie sposobów i metod wykonywania zawodu, a także określenie powinności wobec państwa czy samorządu zawodowego.

Konstytucyjna gwarancja „wolności wykonywania zawodu” nie tylko nie kłóci się z regulowaniem przez państwo szeregu kwestii związanych tak z samym wykonywaniem zawodu, jak i ze statusem osób zawód ten wykonujących, ale wręcz zakłada potrzebę istnienia tego typu regulacji – zwłaszcza, gdy chodzi o tzw. zawód zaufania publicznego. Oczywiście jest, że takie regulacje mogą wprowadzić różnego rodzaju ograniczenia wolności wykonywania zawodu. Jednak ograniczenia wolności wykonywania zawodu, jak wszelkie ograniczenia praw i wolności jednostki,

³⁹ Sygn. akt SK 4/99, OTK ZU 1999, nr 6, poz. 119, podobnie orzekł TK w wyroku z dnia 7 maja 2002 r., sygn. akt SK 20/00, OTK-A ZU 2002, nr 3, poz. 29.

dopuszczalne są tylko w ograniczonym wymiarze, stosownie do ogólnych zasad oraz kryteriów wyznaczonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Mogą być one ustanawiane tylko w ustawie⁴⁰ oraz tylko wówczas, gdy jest to konieczne dla ochrony ważnego interesu publicznego i tylko w zakresie, który nie naruszy istoty regulowanej wolności bądź prawa. Zatem ocena dopuszczalności ograniczeń musi zawsze opierać się na rozważeniu ich racjonalności i proporcjonalności⁴¹.

Podobnie orzekł Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 22 listopada 2004 r., podnosząc, że wyposażenie samorządów zawodowych w możliwość ingerowania w pewne wolności osób może być w pewnych warunkach uzasadniona, a nawet „(...) uznana za zgodną z potrzebami należytego wykonywania zawodów reglamentowanych”⁴². Tym samym Trybunał przyznał, że konstytucyjna gwarancja „wolności wykonywania zawodu” nie tylko nie kłóci się z regulowaniem przez państwo kwestii związanych zarówno z samym wykonywaniem zawodu, jak i ze statusem osób zawód ten wykonujących, ale wręcz zakłada potrzebę istnienia tego rodzaju regulacji, zwłaszcza gdy chodzi o zawód zaufania publicznego.

Nadanie pewnym zawodom charakteru zawodów zaufania publicznego oznacza więc, w rozumieniu Konstytucji, ustawową dopuszczalność nakładania pewnych ograniczeń w zakresie konstytucyjnej wolności dostępu do zawodu i jego wykonywania (art. 65 ust. 1 Konstytucji) oraz objęcie osób wykonujących takie zawody obowiązkiem przynależności do samorządu zawodowego. Konstytucyjnym zadaniem samorządu zawodowego jest bowiem piecza nad zgodnym z regułami właściwymi dla danego zawodu jego wykonywaniem.

Powyższe potwierdza, moim zdaniem, że samorządy zawodowe zawodów zaufania publicznego powinny być traktowane jako najwyższa forma organizacji wykonywania zawodu oraz jako sposób wykonywania władzy publicznej przez obywateli i dla obywateli.

W przypadku profesji uznanych za zawody zaufania publicznego, za sprawowaniem przez samorząd pieczy nad należytym ich wykonywaniem powinna przemawiać, ujęta w preambule do Konstytucji RP, zasada pomocniczości. I tu dotykamy sensu istnienia samorządu zawodu zaufania publicznego: z jego utworzeniem następuje przekazanie mu pewnych zadań publicznych. Z kolei dla „innych rodzajów samorządu” ustawa zasadnicza nie wskazuje, w przeciwieństwie

⁴⁰ Por. wyrok NSA z dnia 26 kwietnia 2004 r., sygn. akt II SA 3814/2002, LexPolonica nr 369170.

⁴¹ Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20.06.2008 r., znak: RPO-559982-1/07/BB/MW dotyczący zgodności z Konstytucją części przepisów ustawy o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów.

⁴² Wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 4, poz. 45, s. 46.

do samorządów zawodowych, ani celu istnienia takiego samorządu, jakim jest reprezentowanie i piecza, ani granic sprawowanego nadzoru, jakimi są interes publiczny i jego ochrona. Po prostu inna jest funkcja ustrojowa takich samorządów, służących przede wszystkim aktywizacji działania obywateli i ich grup społecznych w ramach społeczeństwa obywatelskiego⁴³.

Podobny pogląd wyraził J. Kochanowski, według którego można stanąć na stanowisku, że powyższe zróżnicowanie samorządów prowadzi do wniosku, że samorządy wskazane w art. 17 ust. 1 Konstytucji mogą naruszać istotę wolności wykonywania zawodu i wolności podejmowania działalności gospodarczej, gdyż uzasadnione jest to charakterem korporacji samorządowych osób wykonujących zawody zaufania publicznego. Twierdzenie takie opiera się według mnie na rozumowaniu, że skoro ustawodawca jednemu rodzajowi samorządu zakazuje naruszania pewnych wartości konstytucyjnych, a w stosunku do innego samorządu zakazu tego nie powtarza, to w przypadku tego drugiego szerszy jest zakres jego swobody działania, łącznie z możliwością ingerencji w pewne wolności obywatelskie. Przyjęcie takiej interpretacji oznacza, że należy wyjść z założenia, że ustawodawca zezwala na naruszenie przez samorządy z art. 17 ust. 1 jedynie wolności wykonywania zawodu oraz wolności podejmowania działalności gospodarczej. W przekonaniu Rzecznika Praw Obywatelskich brak jest jednak konstytucyjnych podstaw do wywodzenia możliwości ingerencji przez samorządy w istotę (w rozumieniu art. 31 ust. 3 zd. 2 Konstytucji) innych praw i wolności jednostki, w szczególności w ujętą w art. 58 ust. 1 wolność zrzeszania się⁴⁴.

Inne rodzaje samorządu (samorząd gospodarczy, inne samorządy zawodowe), w przeciwieństwie do samorządów z art. 17 ust. 1 Konstytucji, nie są formą sprawowania jakiegoś wycinka władzy publicznej, a ich funkcjonowanie nie może naruszać wolności wykonywania zawodu ani ograniczać podejmowania działalności gospodarczej. Działanie innych rodzajów samorządu jest wyrazem tworzenia się społeczeństwa obywatelskiego i formą realizacji wolności zrzeszania się. Samorządy te nie podejmują żadnych władczych rozstrzygnięć, ich zadania polegają przykładowo na wyrażaniu niewiążących opinii o projektach rozwiązań prawnych odnoszących się do funkcjonowania gospodarki⁴⁵.

⁴³ J. Kochanowski, *Kiedy prawo staje się obowiązkiem, a uprawnienie przymusem*, Gazeta Prawna 20.01.2009 r.

⁴⁴ J. Kochanowski, *Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 12 stycznia 2009 r. o stwierdzenie niezgodności 20 ustaw z przepisami Konstytucji*, znak: RPO-598261-I/08/AK. Zob. także P. Sarnecki, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury*, [w:] *Konstytucja, wybory, parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszewi*, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2000, s. 153.

⁴⁵ Por. Wniosek grupy posłów na Sejm RP VII kadencji do Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 marca 2012 r. w sprawie stwierdzenia niezgodności z Konstytucją

Konkludując, należy stwierdzić, że samorządy zawodów zaufania publicznego pod istotnymi względami różnią się od innych samorządów, o których mowa w art. 17 ust. 2 Konstytucji. Natomiast fakt, że wobec zawodów zaufania publicznego stawia się wyższe wymagania niż w przypadku innych samorządów, należy interpretować jako przyznanie samorządom tych grup zawodowych szczególnie istotnej roli społecznej⁴⁶.

4. Istnienie samorządów zawodowych jako wyraz konstytucyjnej zasady decentralizacji władzy publicznej

Polski ustawodawca przyjął model państwa zdecentralizowanego, tj. takiego, które deleguje, tak daleko jak to jest możliwe, swoje kompetencje na podmioty niepubliczne, powierzając im w ten sposób część władztwa publicznego⁴⁷.

Decentralizacja władzy publicznej jest jedną z konstytucyjnych zasad, określoną w art. 15–17 Konstytucji Rzeczypospolitej, która jest cechą kultury politycznej państwa zbudowanej na właściwych rozwiązaniach ustawowych, zgodnych z zasadami ustroju Rzeczypospolitej.

Mimo iż jest to zasada konstytucyjna, nie doczekała się jednolitej definicji, dlatego też jest różnie rozumiana. Można jednak uznać, że decentralizacja to proces rozdzielenia władzy i zadań administracyjnych przez centralne organy państwa jednostkom administracji niższego szczebla. Przekazanie zadań może wiązać się z rozszerzeniem zakresu uprawnień jednostek administracji oraz samodzielnością podejmowania decyzji⁴⁸. Przy czym samodzielność ta, traktowana jako element konstytucyjny decentralizacji, stanowi warunek *sine qua non* decentralizacji⁴⁹.

Decentralizacja jest też sposobem organizacji aparatu administracyjnego, w którym organy niższego stopnia nie są hierarchicznie podporządkowane organom wyższego stopnia. Organ wyższego stopnia nie może więc wydawać poleceń organom na stopniu niższym w zakresie sposobu załatwienia określonych spraw.

15 ustaw w zakresie obowiązkowego członkostwa w samorządzie zawodowym, s. 12.

⁴⁶ P. Winczorek, T. Stawecki, *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją RP projektu ustawy o postępowaniu dyscyplinarnym wobec osób wykonujących niektóre zawody prawnicze*, „Palestra” 2006, nr 7–8.

⁴⁷ L. W. Biegeleisen, *Zagadnienie ekonomiki komunalnej*, Warszawa 1929, reprint 1990, s. 16 i n.

⁴⁸ W. Skrzydło, *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 1999, s. 159.

⁴⁹ Por. A. Wiktorowska, *Prawne determinanty samodzielności gminy. Zagadnienia administracyjno-prawne*, Warszawa 2002, s. 49 oraz E. Ochendowski, *Prawo administracyjne – część ogólna*, Toruń 1998, s. 197.

Wkroczenie tego organu może nastąpić wyłącznie w przypadkach określonych prawem.

Podobnie zagadnienie to ujmuje J. Starościak, pisząc: „ograniczenie dopuszczalności ingerencji organu wyższego stopnia tworzy względną samodzielność dla organów niższego stopnia, tworzy zdecentralizowanie administracji”⁵⁰. Organ niższego stopnia ma własny zakres kompetencji, jest organem samodzielnym, z własnymi źródłami dochodu oraz samodzielnie decyduje o sposobie wydatkowania posiadanych środków finansowych. Podmioty w układzie zdecentralizowanym działają na własny rachunek i ponoszą za te działania odpowiedzialność.

Z kolei decentralizacja w znaczeniu prawa administracyjnego to system, w którym istnieje większa liczba samodzielnych ośrodków sprawujących administrację publiczną przy jednym centralnym. Interesujące rozwinięcie tego problemu proponuje A. Chodubski, który traktuje decentralizację jako proces przekazywania na rzecz organizacji niepodporządkowanych strukturom rządowym pewnych funkcji publicznych zastrzeżonych dotąd do kompetencji urzędu centralnego⁵¹.

Pośród podmiotów zdecentralizowanej administracji publicznej największe znaczenie przypada właśnie samorządom⁵². Na czoło, ze zrozumiałych przyczyn, wysuwa się samorząd terytorialny i on też jest najbardziej znany. Obok samorządu terytorialnego istotne miejsce w polskim systemie prawnym zajmują również samorządy zawodowe.

Należy jednak odróżniać samorząd w sensie ścisłym, czyli formę zdecentralizowanej władzy publicznej, od pozornie bardzo podobnych organizacji, tj. stowarzyszeń, zrzeszeń, z których część ma także podstawę ustawową. Jednocześnie od powyższych organizacji należy odróżniać podmioty władzy, czyli przede wszystkim władzę państwową, a więc rząd i administrację rządową. Do podmiotów władzy publicznej zdecentralizowanej należą także różne korporacje samorządowe prawa publicznego. Tak więc w niektórych dziedzinach zadania publiczne wykonuje państwo za pomocą swoich organów i instytucji administracyjnych, a w innych powierza to, na drodze ustawowej, samym zainteresowanym, a w istocie ich korporacjom⁵³.

⁵⁰ J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1975, s. 63.

⁵¹ A. Chodubski, *Samorząd lokalny jako zjawisko cywilizacyjne odwrótu od społeczeństwa masowego*, [w:] *Samorząd gminny w Polsce – doświadczenia i perspektywy*, pod red. B. Nawrota, J. Pokładeckiego, Poznań 1999, s. 13.

⁵² L. Morawski, *Demokracja a przywileje korporacyjne*, „Gazeta Prawna” z 20.01.2009 r.

⁵³ M. Kulesza, *Pozycja ustrojowa i funkcje samorządów zawodów zaufania publicznego*, „Rzeczpospolita” z 9.02.1996 r.

Tworząc samorząd zawodowy, organy państwowe cedują na niego swoje władztwo w zakresie kontroli prawidłowości wykonywania zawodu zaufania publicznego. Istotą samorządu zawodowego jest więc udzielona przez ustawodawcę samodzielność w zakresie organizacji wykonywania zawodu, określenia warunków jego wykonywania oraz kontroli nad należytych jego wykonywaniem, łącznie z odebraniem prawa jego wykonywania. Granice samodzielności samorządu zawodowego ustala ustawa. Jeżeli celem działania samorządu jest ochrona zawodu, o tyle granicą tej swobody musi być jego działanie w interesie publicznym, m.in. poprzez kontrolę prawidłowości wykonywania zawodu zaufania publicznego⁵⁴.

Doktrynalne zaakceptowanie samodzielności prawnej jako podstawowej cechy zdecentralizowanego układu wykonywania administracji nie oznacza jednak pełnej niezależności podmiotów zdecentralizowanych. Konieczność stworzenia gwarancji, że realizacja zadań publicznych przez te podmioty mieścić się będzie w ramach państwowego porządku prawnego, powoduje poddanie tej działalności nadzorowi państwowemu. Wynika to z istoty decentralizacji, która zakłada istnienie centralnego ośrodka administracji, a co za tym idzie, przesądza o występowaniu pewnych form oddziaływania między centrum a podmiotami zdecentralizowanymi⁵⁵.

Celem decentralizacji dokonanej przez ustawodawcę w przypadku powierzenia zadań samorządom zawodowym jest przekazanie ich organom tych funkcji, których wykonanie będzie w ramach samorządu zawodowego efektywniejsze niż wykonywanie ich w ramach aparatu państwa lub z innych powodów w danym miejscu i czasie wskazane⁵⁶. Powodem decentralizacji jest zatem chęć usprawnienia wykonywania zadań przez struktury administracyjne znajdujące się bliżej obywatela, przez co łatwiej i lepiej można zaspokoić jego potrzeby.

Odzwierciedleniem modelu państwa zdecentralizowanego jest m.in. koncepcja samorządów zrzeszających osoby wykonujące „zawody zaufania publicznego”. „Piecza”, jaką sprawują te samorządy nad należytych wykonywaniem zawodu zaufania publicznego, jest sposobem realizacji zasady pomocniczości, zawartej w preambule do Konstytucji, oraz wyrazem demokratycznego państwa

⁵⁴ Wyrok TK z dnia 22 maja 2001 r., sygn. akt K. 37/2000, OTK ZU 2001, nr 4, poz. 86.

⁵⁵ M. Cherka, *Ustrojowy model wykonywania administracji publicznej a relacje kontroli i nadzoru (Na przykładzie samorządów zawodowych)*, NIK Kontrola Państwowa, maj – czerwiec 2006, nr 3, s. 412. Zob. także J. Starościak, *Decentralizacja administracji*, Warszawa 1960, s. 21 i n.; P. Rączka, *Nadzór nad samorządem zawodowym*, Toruń 1999, s. 18.

⁵⁶ C. Znamierowski, *Wiadomości elementarne o państwie*, Poznań 1946, s. 82–83, T. Rabska, *Podstawowe pojęcia organizacji administracji*, [w:] *System prawa administracyjnego*, pod red. J. Starościaka, Warszawa 1977, tom I, s. 313.

prawnego, które zgodnie z preambułą do Konstytucji opiera się na zasadzie pomocniczości.

Z powyższego wynika, że model państwa zdecentralizowanego, jaki został przyjęty w Polsce, jest jednocześnie wyrazem zasady subsydiarności, zgodnie z którą te wszystkie sprawy, w których jednostka nie jest w stanie poradzić sobie sama powinny w pierwszym rzędzie załatwiać samorządy, a dopiero następnie, gdy nie są one w stanie podołać swoim obowiązkom może przejąć je państwo⁵⁷. Czyli państwo powinno wykonywać kompetencje w danej dziedzinie tylko wtedy, gdy zrobi to lepiej niż organ niepaństwowy.

Zasada subsydiarności, zwana także zasadą pomocniczości, wyrasta z nauki Kościoła katolickiego. Leon XIII w Encyklice „*Rerum novarum*” stwierdził między innymi: „Prawo wymaga, żeby ani jednostka, ani rodzina nie była pochłaniana przez państwo; jest więc rzeczą słuszną, by i jednostka, i rodzina miała swobodę działania, jak długo nie zagraża dobru powszechnemu lub nie wyrządza krzywdy bliźniemu”⁵⁸.

Z wielką mocą na wymiar publiczny różnego rodzaju stowarzyszeń, korporacji i innych podmiotów zbiorowych wskazano też w encyklice Piusa XI „*Quadragesimo Anno*” z 1931 roku. W encyklice tej zaproponowano inną od liberalnej wizję społeczeństwa, nie jako układu dwuelementowego jednostki – władza państwowa, lecz jako układu trójelementowego jednostki – korporacje – władza państwowa. Sformułowano w niej również zasadę subsydiarności, która obok zasady solidarności stała się fundamentem społecznej nauki Kościoła⁵⁹. Obydwie te zasady stają się coraz częściej konstytutywnym elementem wielu wspólnot politycznych, w tym wielu państw, z Unią Europejską włącznie.

Powyższe podkreślał także J. Kochanowski – Rzecznik Praw Obywatelskich we wniosku z dnia 12 stycznia 2009 r. o stwierdzenie niezgodności 20 ustaw z przepisami Konstytucji, twierdząc, że funkcjonowanie samorządu opiera się na zasadzie subsydiarności, określającej zakres ingerencji państwa w funkcjonowanie społeczeństwa⁶⁰. W myśl tej zasady, wyrażonej w preambule do Konstytucji

⁵⁷ L. Morawski, *Dwugłos na temat „Demokracja a przywileje korporacyjne”*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 6, s. 49 oraz L. Morawski, *Demokracja a przywileje korporacyjne*, „Gazeta Prawna” z 20.01.2009 r. Por. także M. Zdyb, *Samorząd a państwo. Nadzór nad samorządem*, Lublin 1993, s. 43 i A. Zwara, *Rozstrzygnięcia, przed którymi stoi adwokatura*, „Palestra” 2007, nr 7–8, s. 115.

⁵⁸ Por. Encykliki Papieskie, *Rerum novarum*, 1981.

⁵⁹ Por. J. Höffner, *Chrześcijańska nauka społeczna*, Warszawa 1999, s. 56, J. Majka, *Katolicka nauka społeczna*, Rzym 1986, s. 286.

⁶⁰ J. Kochanowski, *Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 12 stycznia 2009 r. o stwierdzenie niezgodności 20 ustaw z przepisami Konstytucji*, znak: RPO-598261-I/08/AK.

RP, we fragmencie w którym mowa o „zasadzie pomocniczości umacniającej uprawnienia obywateli i ich wspólnot”, aktywność państwa, jego instytucji i organów powinna zostać ograniczona w tych sferach, w których równie wydajne i skuteczne okazuje się działanie obywateli i grup społecznych. „Chodzi o rzeczy, które jednostki robią prawdopodobnie lepiej od rządu. Ogólnie mówiąc nikt nie nadaje się lepiej do kierowania jakąś sprawą lub decydowania w jaki sposób i przez kogo ma być prowadzona, jak ci, którzy są w niej osobiście zainteresowani”⁶¹.

Można wyróżnić dwa aspekty obowiązywania zasady pomocniczości: negatywny, polegający na tym, że państwo nie może przeszkadzać obywatelom w podejmowaniu ich własnych działań, oraz pozytywny, który wyraża się w tym, że zadaniem każdej władzy jest pobudzanie, podtrzymywanie oraz uzupełnianie wysiłków tych podmiotów, które nie są w pełni samowystarczalne⁶².

Zgodnie zatem z zasadą pomocniczości, państwo przy pomocy swoich organów nie może zastępować inicjatywy osób oraz instytucji pośrednich, przy czym należy zaznaczyć, że owa gradacja powinna przemawiać w pierwszym rzędzie za ochroną aktywności jednostki, a dopiero później na rzecz wszelkich instytucji pośrednich. Wspólnoty wyższego rzędu są służebne przede wszystkim wobec jednostek, a następnie wobec zrzeszeń niższego rzędu, które wykonują władztwo publiczne w pewnym zakresie.

W ten oto sposób dokonało się niejako uznanie publicznego wymiaru samorządów oraz uznanie, że są one koniecznym elementem zbudowanego na zasadach subsydiarności i solidarności ustroju społecznego.

Przywołana powyżej encyklika „*Quadragesimo Anno*” zerwała z pojmowaniem samorządów jako czysto prywatnych przedsięwzięć obywatelskich i wskazała, że mają one ważne obowiązki na rzecz dobra wspólnego. Przesłanie zawarte w „*Quadragesimo Anno*” okazało się prorocze. Jesteśmy bowiem świadkami ogromnego wzrostu znaczenia samorządów zawodowych w życiu współczesnych państw. Bez dobrowolnych zrzeszeń i stowarzyszeń obywateli nie ma społeczeństwa obywatelskiego, a bez społeczeństwa obywatelskiego nie ma nowoczesnej demokracji i nowoczesnie rozumianego państwa prawa. W pojęciu „państwa obywatelskiego” mieści się pewien ładunek wolności i powiązania państwa z jego mieszkańcami, w tym znaczeniu, iż państwo czuje się odpowiedzialne za mieszkańców, a mieszkańcy za państwo⁶³.

⁶¹ J. S. Mill, *O wolności*, [w:] *Antologia tekstów dotyczących praw człowieka. Księga jubileuszowa Rzecznika Praw Obywatelskich*, tom III, pod red. J. Zajadło, Warszawa 2008, s. 186.

⁶² Zob. Ch. Millon-Delsol, *Zasada pomocniczości*, Kraków 1995, s. 9 oraz J. Kochanowski, *Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 12 stycznia 2009 r. o stwierdzenie niezgodności 20 ustaw z przepisami Konstytucji*, znak: RPO-598261-I/08/AK.

⁶³ W. Czech, *Rola prawa w kształtowaniu społeczeństwa obywatelskiego* [w:] *Samo-*

Decentralizacja i samorządność to instrumentalizacja społeczeństwa obywatelskiego. Oznaczają one mobilizację aktywności społecznej na poziomie społeczności lokalnych i włączenie ludzi w proces demokratyczny w sposób trwały. Jednocześnie pozwalają lepiej organizować usługi publiczne na poziomie lokalnym i kontrolować w tym zakresie wydatki publiczne. Pojawienie się etosu życia lokalnego i ingerencji w skali społeczności lokalnej to nie tylko wartości same w sobie, to także czynnik rozwoju cywilizacyjnego⁶⁴.

Wobec powyższego, należy uznać według mnie, że samorządy zawodów zaufania publicznego współtworzą w sposób istotny praworządność, demokratyczną, obywatelską i sprawiedliwą Polskę, opartą na modelu zdecentralizowanego państwa, realizującą zasadę samorządności obywateli, w tym samorządności inteligencji wykonującej te zawody⁶⁵.

Podobnie uważa S. Fundowicz, według którego decentralizacja władzy publicznej wspiera budowę społeczeństwa obywatelskiego i kształtuje takie państwo, które uznaje suwerenność społeczeństwa⁶⁶.

Na treść zasady pomocniczości powołują się również zwolennicy przyznania określonej roli samorządom w stosunku z państwem⁶⁷. Zasadę pomocniczości, jako ważny element w budowaniu społeczeństwa obywatelskiego zauważał również A. Zoll – ówczesny Rzecznik Praw Obywatelskich. Powołując się na konstytucyjne brzmienie zasady pomocniczości, A. Zoll stwierdził: „w tych wszystkich obszarach aktywności społecznej, w których obywatele i ich wspólnoty są w stanie samodzielnie, bez bezpośredniego udziału władzy państwowej rozwiązywać problemy, i to sprawniej niż władza państwowa, państwo powinno, zgodnie z zasadą pomocniczości, przekazać w ich ręce zadania publiczne”⁶⁸.

W tym miejscu należy też wskazać na relację zasady subsydiarności z poszanowaniem praw człowieka, która jest, moim zdaniem, bardzo mocna. W myśl tej zasady to jednostka z przyrodzoną jej godnością stanowi najwyższą wartość, a

rządowa Budowa Państwa Prawa, Poznań 1994, s. 3.

⁶⁴ M. Kulesza, *Reforma administracji publicznej. Decentralizacja państwa*. [w:] *Quo Vadis samorządzie?*, Poznań 1994, s. 71. Zob. także J. Rymśza, *O roli samorządów zawodowych w społeczeństwie obywatelskim*, „Inżynier Budownictwa” 2005, nr 11, s. 2–3 oraz polemikę z тезami postawionymi przez J. Rymśzę: A. Wasilewski, *O roli samorządów zawodowych w społeczeństwie obywatelskim*, „Inżynier Budownictwa” 2006, nr 2, s. 6–7.

⁶⁵ Stanowiska przedstawicieli władz samorządów zawodowych zawodów zaufania publicznego oraz Okręgowych Rad Adwokackich z dnia 11 września 2007 r., „Palestra 2007”, nr 9–10.

⁶⁶ S. Fundowicz, *Decentralizacja administracji publicznej w Polsce*, Lublin 2005, s. 55–56.

⁶⁷ Tak np. E. Popławska, *Zasada pomocniczości*, [w:] *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, pod red. W. Sokolewicz, Warszawa 1998, s. 199–200.

⁶⁸ A. Zoll, *Prywatyzacja zadań publicznych*, „Rzeczpospolita” 2000, nr 264.

zatem konstrukcja ustroju danego państwa, jak i model administracji publicznej powinien być tak skonstruowany, by służył jednostce i jej pomagał. Człowiek uznany za jednostkę suwerenną powinien móc w możliwie szerokim zakresie rządzić sobą sam. Takie założenie wynika z koncepcji pierwszeństwa, wyższości i niewzruszalności praw człowieka w stosunku do wszelkich innych praw.

Tak jak forma państwa ma bezpośredni wpływ na poziom respektowania praw człowieka, tak instrumentem oddziałującym na tę formę jest zasada prawna, w szczególności zasada ustrojowa. Jednym z fundamentalnych założeń doktryny demokratyzmu jest niezbywalna i niewzruszalna, przyrodzona godność człowieka, a instrumentem prawnym mającym zagwarantować możliwość dochodzenia poszanowania tej godności są założenia zasady subsydiarności. Organy władzy publicznej powinny zatem ingerować w działania jednostek jedynie wówczas, gdy jest to konieczne dla ochrony zdrowia lub życia jednostki, zachowania bezpieczeństwa i porządku publicznego⁶⁹.

Praworządność i subsydiarność są w polskim modelu konstytucyjnym nierozdzielne, stanowiąc elementy demokratycznego państwa prawnego. W demokratycznym państwie prawa poszczególne jego elementy nawzajem się równoważą.

Zasady pomocniczości nie należy, według mnie, jednak rozumieć w taki sposób, że państwo ma jedynie wspierać. Często bowiem konieczne będzie jego działanie uzupełniające⁷⁰. Z treści zasady pomocniczości nie wynika więc postulat absolutnej bierności organów państwa i brak możliwości władczego ingerowania w sferę praw człowieka. Przeciwnie, bierność organów państwa może bezpośrednio negatywnie wpłynąć na poziom poszanowania praw człowieka. Organy państwa wszakże zobowiązane są nie tylko do respektowania, ale i do ochrony praw człowieka (art. 30 Konstytucji RP). Przyjęcie zasady, że państwo jest organizacją pomocniczą, oznacza konieczność decentralizacji, a więc ograniczenia zakresu kompetencji instytucji centralnych na rzecz lokalnych.

Należy zgodzić się z J. Szreniawskim, który wśród zalet decentralizacji wyróżnia zwiększenie poczucia odpowiedzialności decydentów, zbliżenie ich do załatwianych spraw, zmniejszenie ilościowe pionowego przepływu informacji i lepsze poznanie uwarunkowań podejmowanych rozstrzygnięć, a także – z reguły łatwiejsze – wprowadzanie, w miarę potrzeb, nowych form działania⁷¹.

Obowiązujący, konstytucyjny wymóg decentralizowania systemu władzy publicznej powoduje konieczność przełamania monopolu istniejących w poprzed-

⁶⁹ T. Pado, *Zasada subsydiarności i decentralizacji a prawa człowieka*, Samorządowa Rzeczpospolita – Muncypialni, z 27.02.2010 r.

⁷⁰ J. Reguński, *Samorządna Polska*, Warszawa 2005, s. 22.

⁷¹ J. Szreniawski, *Wstęp do nauki administracji*, Lublin 2004, s. 59.

nim modelu ustrojowym: politycznego, jednolitej władzy państwowej, własności państwowej, finansowego i administracji państwowej. Odrzucenie tych monopolii umożliwia tworzenie i funkcjonowanie, obok administracji rządowej, szeregu innych podmiotów, które mogą wykonywać funkcje z zakresu administracji publicznej i to w sposób samodzielny⁷².

Z uwagi na istotę zagadnienia, kwestia decentralizacji władzy publicznej jest przedmiotem licznych opinii doktryny, orzecznictwa sądowego, jak i Trybunału Konstytucyjnego, który również nie zdecydował się na wyznaczenie zamkniętego zakresu decentralizacji. Zdaniem Trybunału, zasada decentralizacji władzy publicznej realizowana jest poprzez wykonywanie istotnej części zadań publicznych dotyczących organizacji i ustroju całego państwa nie tylko przez samorząd terytorialny⁷³. W opinii Trybunału Konstytucyjnego, decentralizacja nie może być rozumiana w sposób mechaniczny, w oderwaniu od kontekstu interpretacyjnego stanowiącego konsekwencję całokształtu zasad konstytucyjnych składających się na ustrój państwa⁷⁴.

W urzeczywistnianiu tej zasady, zdaniem Trybunału, możliwe jest zapewnienie decentralizacji władzy publicznej przez ustrój terytorialny państwa pod warunkiem zachowania zgodnych z Konstytucją RP relacji między zakresem zadań i uprawnień poszczególnych ogniw w strukturze władzy⁷⁵. Ponadto granice decentralizacji wyznaczone są przez ustrojową zasadę, zgodnie z którą Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli. Granice decentralizacji wynikają także z obywatelskiego prawa do dobrej administracji, które ma mocne oparcie w postanowieniach Karty Podstawowych Praw Unii Europejskiej⁷⁶.

Jak słusznie zauważa S. Fundowicz, zasady decentralizacji nie należy ograniczać jedynie do obszaru wyznaczonego bezpośrednio przepisami art. 15–17 Konstytucji RP⁷⁷. Wydaje się za uzasadnione wesprzeć tę zasadę na ogólnym obowiązku pomocniczości, czyli należy umacniać uprawnienia obywateli i ich wspólnot oraz wspierać podmioty, które wykonywałyby zdecentralizowaną władzę publiczną.

⁷² D. Dąbek, J. Zimmermann, *Decentralizacja poprzez samorząd terytorialny w ustawodawstwie i orzecznictwie pokonstytucyjnym*, [w:] *Samorząd terytorialny, zasady ustrojowe i praktyka*, praca zbiorowa pod red. P. Sarneckiego, Warszawa 2005, s. 7.

⁷³ Wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03, OTK-A 2004, nr 1, poz. 1.

⁷⁴ Wyrok z dnia 18 lutego 2003 r., sygn. akt K 24/02, OTK-A 2003, nr 2, poz. 11.

⁷⁵ D. Dudek, *Zasady ustroju III Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2009, s. 257.

⁷⁶ Tekst Karty Praw Unii Europejskiej w języku polskim dostępny jest w: Dz. Urz. UE C 303 z dnia 14 grudnia 2007 r., s. 1.

⁷⁷ S. Fundowicz, *Decentralizacja administracji publicznej w Polsce*, Lublin 2005, s. 13–14.

W świetle powyższego należy uznać, że formą decentralizacji władzy publicznej jest także tworzenie samorządów zawodowych, których istotą jest powierzenie zarządu sprawami publicznymi samym zainteresowanym, czyli zrzeszeniom obywateli zorganizowanych na podstawie ustawy.

Jak wielokrotnie wyjaśniał Trybunał Konstytucyjny⁷⁸, dopuszczenie funkcjonowania samorządów zawodowych stanowi wyraz demokratyzacji życia publicznego. Ustawodawca, dając możliwość kreowania samorządów zawodowych, wyznacza im określoną rolę publiczną. Wynika z tego, że „piecza” samorządów zawodów zaufania publicznego nad „należytym wykonywaniem zawodów” wynika z powierzenia samorządom funkcji o cechach władztwa publicznego⁷⁹.

Również J. Starościak pojmował samorząd jako formę decentralizacji. Dla przywołanego autora samorząd to jeden ze sposobów decentralizowania administracji państwowej posiadający następujące cechy konstytutywne:

- wykonywanie administracji państwowej,
- samodzielność samorządu w tym zakresie,
- wykonywanie tej administracji przez zrzeszenia⁸⁰.

Podobną tezę sformułował T. Bigo, twierdząc, że samorząd jest decentralizacją administracji publicznej, której samodzielnymi podmiotami są korporacje powołane przez ustawę. Wskazany autor zwraca przy tym uwagę, że właśnie „korporacyjność”, czyli organizacyjne związanie grup społecznych jest istotną cechą decentralizacji zwanej samorządem⁸¹.

Państwo decyduje się na zdecentralizowanie zadań publicznych wtedy, gdy nie jest w stanie wykonać ich za pośrednictwem własnego aparatu lub też gdy świadomie przekazuje do wykonania pewne zadania odrębnym i samodzielnym strukturom administracji, widząc w tym określone korzyści⁸².

W literaturze przedmiotu w sposób bardziej złożony, a zarazem kompleksowy źródła decentralizacji identyfikował J. Starościak⁸³, wskazując na trzy rodzaje:

⁷⁸ M.in. w wyroku z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03, Dz. U. z 2004 r., Nr 255, poz. 2568.

⁷⁹ J. Skrzydło, *Zawody zaufania publicznego – demokracja – praworządność*, Wykład otwierający ogólnopolską konferencję przedstawicieli zawodów zaufania publicznego, Łódź 29.09.2007 r.

⁸⁰ J. Starościak, *Decentralizacja administracji*, Warszawa 1960, s. 53 i n.

⁸¹ T. Bigo, *Związki publiczno-prawne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 1928, s. 151–152.

⁸² Por. P. Rączka, *Nadzór nad samorządem zawodowym*, Toruń 1999, s. 16, Cz. Znamierowski, *Wiadomości elementarne o państwie*, Poznań 1946, s. 82 i n. Zob. też S. Kasznica, *Polskie prawo administracyjne. Pojęcia i instytucje zasadnicze*, Poznań 1946, s. 62.

⁸³ J. Starościak, *Decentralizacja administracji*, Warszawa 1960, s. 40.

1. Po pierwsze, są to źródła o charakterze społeczno-politycznym, umożliwiające włączenie czynnika społecznego (obywatelskiego) w strukturę aparatu administracyjnego. Zapewnia to trwały udział obywateli w procesie administrowania poprzez ich bieżący i faktyczny wpływ na bieg spraw publicznych, przy pełnym podporządkowaniu, charakterystycznym dla układu scentralizowanego, ograniczającym możliwość samodzielnego podejmowania decyzji, udział ten byłby niewątpliwie utrudniony.
2. Po drugie, źródeł decentralizacji należy upatrywać na płaszczyźnie ekonomicznej. Zdaniem autora nie jest możliwe zarządzanie olbrzymim funduszem własności państwowej ze szczebla centralnego. W prawidłowo zorganizowanym systemie odpowiedzialność za wynik zarządu środkami majątkowymi i finansowymi musi pokrywać się ze stopniem zdolności do podejmowania samodzielných rozstrzygnięć.
3. Po trzecie, o decentralizowaniu struktur administracji decydują źródła o charakterze technicznym. Chodzi tu m.in. o zapewnienie bezpośredniej styczności aparatu administracji z załatwianymi sprawami, co pozwala unikać rozstrzygnięć schematycznych, nieodpowiadających szczególnym uwarunkowaniom każdej z tych spraw. Równie ważne jest wyeliminowanie dysproporcji między wagą zadań publicznych a stopniem organu, który je realizuje. Istnienie takiej dysproporcji nadmiernie odciąga obywatela od pracy zawodowej, a jednocześnie powoduje zaprzatanie uwagi organów wyższych sprawami relatywnie mniej istotnymi, stanowiąc o nieekonomiczności organizacji pracy administracji. Zdaniem autora wskazane elementy techniczne przesądzają, iż nadmierna centralizacja zawsze musi prowadzić do przewlekłości w załatwianiu spraw, do biurokratyzmu i nadmiernej komplikacji funkcjonowania administracji.

Charakterystyczne jest przy tym, iż w koncepcji definiowania źródeł decentralizacji przedstawionej przez J. Starościaka brakuje elementów wartościujących. Wszystkie trzy wskazane wyżej grupy źródeł decentralizacji stanowią równie ważne podstawy tego sposobu organizacji aparatu administracji⁸⁴.

Decentralizacja administracji jawi się w tym ujęciu jako korelat demokratyzacji struktur państwowych i podziału władzy między państwo a wyodrębnione grupy społeczne, funkcjonujące w jego obrębie. Stanowi przez to jeden z filarów demokratycznego ustroju politycznego, zasadzającego się na realnym wpływie społeczeństwa na sprawowanie władzy publicznej⁸⁵.

⁸⁴ J. Starościak, *System organizacyjny administracji polskiej*, Warszawa 1949, s. 91.

⁸⁵ M. Cherka, *Decentralizacja – czy „reaktywacja” pojęcia jest groźna?*, STUDIA

Podobne trendy zauważano już w 1926 r., kiedy J. Panejko pisał: „Samorząd jest zatem opartą na przepisach ustawy zdecentralizowaną administracją państwową, wykonywaną przez lokalne organy, niepodległe hierarchicznie innym organom i samodzielną w granicach ustawy i ogólnego porządku prawnego”. Zdaniem cytowanego autora, istota samorządu leży w prawnej niezawisłości, czyli niezależności samorządu oraz w prawnej niepodległości hierarchicznej innym organom administracji państwowej, w tym także organom administracji rządowej. Organy samorządu, w granicach ustawy, są równorzędne organom administracji rządowej⁸⁶.

Według M. Jaroszyńskiego, istota samorządu wyraża się w dwóch jego zasadniczych cechach, posiadających znaczenie rozstrzygające: po pierwsze – na uniezależnieniu czynników lokalnych od organów centralnych, przez co samorząd przeciwdziała nadmiernej centralizacji, po drugie – samorząd w swojej organizacji uwzględnia w najszerzej mierze czynnik obywatelski, powołując go do decydowania w sprawach publicznych, co jest najlepszym hamulcem nadmiernego biurokratyzmu. Jak pisał przywołany autor: „Poza państwem nie ma miejsca na samorząd, bo poza państwem nie ma zadań publicznych. Natomiast w samym państwie, w obrębie jego organizacji, jest dla samorządu miejsce i to bardzo poczesne. Toteż samorząd musi się stać i stał się rzeczywiście organem państwa (nie rządu)”⁸⁷.

Powodów przesądzających o tym, że demokratyczne państwo decyduje się na decentralizację jest wiele, ale można podać dwa, wydaje się, że najważniejsze:

- Samorząd zbliża obywatela do państwa – organy samorządowe skracają proces decyzyjny, czyli zadania publiczne zlecone im przez państwo w drodze ustawy, samorządy realizują szybciej i oszczędniej niż czynią to organy administracji rządowej. Im więcej samorządu, tym mniej biurokracji. Ta okoliczność sprawia, że w ustroju demokracji obywatelskiej państwo świadomie zleca jednostkom samorządowym określone ustawą zadania publiczne, które samorząd wykonuje z większym zaangażowaniem, zgodnie z oczekiwaniami społeczności lokalnej.
- Samorząd jest funkcją decentralizacji, w której najpełniej urzeczywistnia się idea demokracji obywatelskiej. Jej zagrożenie stanowią

IURIDICA XLIII/2004, s. 17–18.

⁸⁶ J. Panejko, *Geneza i podstawy samorządu europejskiego*, Paryż 1926, s. 63 i 98.

⁸⁷ M. Jaroszyński, *Rozważania ideologiczne i programowe na temat samorządu*, Warszawa 1936, s. 6 i 7. Por. także S. Wykrętowicz, *Rozwój samorządu korporacyjnego jako zdecentralizowanej administracji publicznej*, [w:] *Z badań nad samorządem zawodowym w Polsce*, Poznań 2010, s. 11.

centralizm i biurokracja, które tkwią w samej organizacji państwa. Ich przeciwwagę stanowi decentralizacja administracji publicznej, czyli m.in. samorząd zawodowy. W praktyce oznacza to dopuszczenie społeczeństwa do rozwiązywania określonych zadań publicznych, czyli bezpośrednio zainteresowanych obywateli⁸⁸.

Powody, dla których państwo decyduje się na powołanie do życia samorządów zawodowych, pozostały, w ogólnym zarysie, na przestrzeni lat niezmienne. Dlatego nie straciły na aktualności uwagi przytoczone przez J. Panejkę, który pisał: „państwu zależy z różnych powodów, by związki te istniały i dlatego tworzy je drogą osobnych ustaw. Dzieje się tak zwłaszcza z dwóch względów: z uwagi na interes pośredni państwa, aby takie związki podnosiły moralnie tych, którzy do niego należą i dopomagały im materialnie w najszerszym tego słowa znaczeniu, tudzież z uwagi na interes państwa bezpośredni, aby spełniały te funkcje publiczne, a nawet ewentualnie rządowe, które im państwo względnie poruczy, a więc tym samym ułatwiły państwu jego zadanie”⁸⁹.

Podobnie korzyści mogące wynikać z ustanowienia samorządów zawodowych oceniał W. L. Jaworski, który pisał: „Korzyścią jest decentralizacja oddziałująca rząd, korzyścią jest szkoła obywatelskiego działania i źródło, z którego czerpać można ludzkie siły, zdolne do spełniania większych, szerszych zadań”⁹⁰. Zdaniem cytowanego autora, samorząd jest najbardziej demokratycznym rządem.

Z kolei, zdaniem Z. Rybickiego i S. Piątka, samorzady mogą być tworzone dla realizacji różnych celów społecznych⁹¹. Przy czym cele społeczne mogą być rozumiane szeroko i wąsko. Ustawodawca może mieć na uwadze cel odnoszący się do całości społeczeństwa, jak i cel odnoszący się do jego wycinka, czyli określonej grupy społecznej, którą organizuje w samorząd.

5. Podsumowanie

Samorzady zawodów zaufania publicznego są umocowane w Konstytucji RP, skąd wywodzi się ich ranga. Umocowanie działania samorządów zawodowych

⁸⁸ S. Wykrętowicz, *Samorząd jako wyraz demokracji obywatelskiej*, [w:] *Samorząd w Polsce. Istota, formy, zadania*, Poznań 2008, s. 68.

⁸⁹ K. Kumaniecki, B. Wasiutyński, J. Panejko, *Polskie prawo administracyjne w zarysie*, cz. II, Kraków 1929, s. 429.

⁹⁰ W. L. Jaworski, *Projekt konstytucji*, Kraków 1928, [w:] M. Jaskólski, W. L. Jaworski, *O prawie, państwie i konstytucji*, Warszawa 1996, s. 112.

⁹¹ Z. Rybicki, S. Piątek, *Zarys prawa administracyjnego i nauki administracji*, Warszawa 1988, s. 444.

jest więc bardzo silne i wyjątkowe, ponieważ poza organami władzy publicznej (ustawodawczej, wykonawczej, sądowniczej oraz samorządów terytorialnych) niewiele jest instytucji, wywodzących swoje istnienie z najwyższego aktu prawnego obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej, jakim jest Konstytucja.

Konstytucja RP w art. 17 ustanawia dwa rodzaje samorządów. Należy jednak zauważyć, że sytuacja prawna obu rodzajów samorządu wymienionych w art. 17 Konstytucji nie jest identyczna. W art. 17 ust. 1 Konstytucja wskazuje podstawowe cele funkcjonowania samorządów zawodowych, a „innym rodzajom samorządu”, o których stanowi w art. 17 ust. 2, Konstytucja nie przypisuje celów, ustanawia natomiast konstytucyjne granice ich oddziaływania. Samorządy te nie mogą w żaden sposób naruszać wolności wykonywania zawodu ani ograniczać wolności podejmowania działalności gospodarczej. Zastrzeżenia te nie rozciągają się jednak na samorządy zawodowe reprezentujące zawody zaufania publicznego, które mogą, a w niektórych sytuacjach wręcz powinny ograniczać w pewnym zakresie wolność wykonywania zawodu lub działalności gospodarczej ze względu na cele, dla realizacji których zostały powołane.

Zgodnie z założeniem ustawodawcy istotą samorządu zawodowego z art. 17 ust. 1 Konstytucji jest sprawowanie przez wyodrębniony podmiot, w określonych przez prawo granicach, władzy publicznej. Powyższe możliwe jest przez nadanie mu osobowości publicznoprawnej i wyposażenie go w kompetencje do sprawowania części władzy publicznej, którą może on wykonywać bez kierownictwa i ingerencji innego podmiotu, np. państwa. Jednakże pozostając pod kontrolą w zakresie owego samodzielnego działania z upoważnieniem kompetencyjnym.

Owa względna niezależność samorządów zawodowych od państwa i ich uprawnienia powodują, że pełnią one rolę pośrednika między administracją państwową a osobami wykonującymi określone zawody, ograniczając bezpośredni wpływ administracji na niektóre grupy zawodowe.

Z drugiej strony, utworzenie samorządu zawodowego, a co za tym idzie określenie jego uprawnień, zależy od państwa i jego organów. Państwo poprzez odpowiednie normy prawne gwarantuje sobie jednak możliwość sprawowania nadzoru nad samorządem, określając w ustawodawstwie zakres i instrumenty tego nadzoru. Elementem tego nadzoru musi być także ocena, czy samorządy działają zgodnie z normami konstytucyjnymi, a więc w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony.

Conditio sine qua non tworzenia i funkcjonowania samorządów zawodowych w obrocie prawnym jest ukształtowanie ustroju państwa w duchu modelu zdecentralizowanego, czyli takiego, który deleguje w szerokim zakresie kompetencje organów państwa na podmioty niepubliczne, powierzając im tą drogą część władztwa publicznego. Stanowi to urzeczywistnienie zasady subsydiarności

(pomocniczości), akcentowanej w Konstytucji RP, która dąży do wykonywania zadań publicznych jak najbliższej obywatela i zakłada, że większa wspólnota, np. państwo, podejmować powinna tylko te zadania, których mniejsza sama nie może zrealizować. Istota przytoczonej zasady sprowadza się do optymalnego podziału kompetencji między wspólnotą większą i mniejszymi, funkcjonującymi w jej ramach.

Celem decentralizacji dokonanej przez ustawodawcę w przypadku powierzenia zadań samorządom zawodowym jest przekazanie ich organom tych funkcji, których wykonanie będzie w ramach samorządu zawodowego efektywniejsze niż wykonywanie ich w ramach aparatu państwa lub z innych powodów w danym miejscu i czasie wskazane⁹². Powodem decentralizacji jest zatem chęć usprawnienia wykonywania zadań przez struktury administracyjne znajdujące się bliżej obywatela, przez co łatwiej i lepiej można zaspokoić jego potrzeby.

Polski model zdecentralizowanego państwa, oparty na zasadzie samorządności obywateli, w tym samorządności inteligencji wykonującej zawody „zaufania publicznego”, pokazuje, że samorządność zawodowa ma silne umocowanie. W interesie Rzeczypospolitej Polskiej jako demokratycznego państwa prawa jest wspieranie rozwoju i umacnianie samorządów zawodowych stanowiących istotny element społeczeństwa obywatelskiego. Fundamentem tych społeczeństw jest samorządność obywatelska, w tym również samorządność zawodowa. Nie ma bowiem państwa prawdziwie obywatelskiego i demokratycznego bez samorządów zawodów zaufania publicznego.

Samorządy zawodów zaufania publicznego współtworzą w sposób istotny praworządną, demokratyczną, obywatelską Polskę, opartą na modelu zdecentralizowanego państwa, realizującą zasadę samorządności obywateli, w tym samorządności inteligencji wykonującej te zawody.

Uzasadnieniem istnienia tego rodzaju podmiotów jest zasada suwerenności osoby ludzkiej, wynikająca z godności człowieka oraz zasada pomocniczości, której celem jest umacnianie uprawnień obywateli i ich wspólnot. Realizacja zasady decentralizacji wpływa bezpośrednio na poziom ochrony praw i wolności człowieka poprzez działania organizacji pozarządowych, których cele mieszczą się w szeroko pojmowanym kontrolowaniu działalności organów administracji publicznej. Działalność organizacji pozarządowych ma istotny wpływ na podnoszenie świadomości i kultury członków społeczeństwa, co ma zasadnicze znaczenie w kontekście uwrażliwiania na ewentualne naruszanie praw człowieka i obywatela.

⁹² C. Znamierowski, *Wiadomości elementarne o państwie*, Poznań 1946, s. 82–83, T. Rabska, *Podstawowe pojęcia organizacji administracji*, [w:] *System prawa administracyjnego*, pod red. J. Starościaka, Warszawa 1977, tom I, s. 313.

Bibliografia:

Banaszak B., Prof. Banaszak: zawodów zaufania publicznego nie ureguje rynek, www.lex.pl.

Biegeleisen L. W., Zagadnienie ekonomiki komunalnej, Warszawa 1929, reprint 1990.

Bigo T., Związki publiczno-prawne w świetle ustawodawstwa polskiego, Warszawa 1928.

Borowicz J., Obowiązki wykonawcy wolnego zawodu prawniczego – próba klasyfikacji, *Rejent* 2008, nr 6.

Cherka M., Decentralizacja – czy „reaktywacja” pojęcia jest groźna?, *STUDIA IURIDICA XLIII/2004*.

Cherka M., Ustrojowy model wykonywania administracji publicznej a relacje kontroli i nadzoru (Na przykładzie samorządów zawodowych), *NIK Kontrola Państwowa*, maj – czerwiec 2006r., nr 3.

Chodubski A., Samorząd lokalny jako zjawisko cywilizacyjne odwrótu od społeczeństwa masowego, [w:] *Samorząd gminny w Polsce – doświadczenia i perspektywy*, pod red. B. Nawrota, J. Pokładeckiego, Poznań 1999.

Czech W., Rola prawa w kształtowaniu społeczeństwa obywatelskiego [w:] *Samorządowa Budowa Państwa Prawa*, Poznań 1994.

Dąbek D., Zimmermann J., Decentralizacja poprzez samorząd terytorialny w ustawodawstwie i orzecznictwie pokonstytucyjnym, [w:] *Samorząd terytorialny, zasady ustrojowe i praktyka, praca zbiorowa* pod red. P. Sarneckiego, Warszawa 2005.

Dąbrowski S., [w:] U. Szablowska, *Deregulacja czyli politycy w imię centralizacji*, *Zawód Architekt* 2012, nr 2.

Dudek D., *Zasady ustroju III Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2009.

Fundowicz S., *Decentralizacja administracji publicznej w Polsce*, Lublin 2005.

Gebethner S., *Rzeczpospolita w świetle postanowień rozdziału pierwszego Konstytucji z 1997 r.*, [w:] *Podstawowe pojęcia pierwszego rozdziału Konstytucji RP*, pod red. E. Zwierzchowskiego, Katowice 2000.

Hausner J., Długosz D., *Tezy w sprawie zawodów zaufania publicznego*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*, Warszawa 2002.

Höffner J., *Chrześcijańska nauka społeczna*, Warszawa 1999.

Izdebski H., *Sprawowanie pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu przez samorządy zawodowe (tezy)*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes*

publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu, Warszawa 2002.

Jaroszyński M., Rozważania ideologiczne i programowe na temat samorządu, Warszawa 1936.

Jaworski W. L., Projekt konstytucji, Kraków 1928, [w:] M. Jaskólski, W. L. Jaworski, O prawie, państwie i konstytucji, Warszawa 1996.

Kasznica S., Polskie prawo administracyjne. Pojęcia i instytucje zasadnicze, Poznań 1946.

Kochanowski J., Kiedy prawo staje się obowiązkiem, a uprawnienie przymusem, *Gazeta Prawna* 20.01.2009 r.

Kochanowski J., Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 12 stycznia 2009 r. o stwierdzenie niezgodności 20 ustaw z przepisami Konstytucji, znak: RPO-598261-I/08/AK.

Kulesza M., Pozycja ustrojowa i funkcje samorządów zawodów zaufania publicznego, *Rzeczpospolita* z 9.02.1996 r.

Kulesza M., Reforma administracji publicznej Decentralizacja państwa, [w:] *Quo Vadis samorządzie?*, Poznań 1994.

Kulesza M., Zawód zaufania publicznego, a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu, Warszawa 2002.

Kumaniecki K., Wasiutyński B., Panejko J., Polskie prawo administracyjne w zarysie, cz. II, Kraków 1929.

Langrod J. S., Instytucje prawa administracyjnego, Kraków 1948, reprint: Kraków 2003.

Majka J., *Katolicka nauka społeczna*, Rzym 1986.

Mazur Ł., Żuk R., Zawody zaufania publicznego, *Fiskus* 2007, nr 8.

Mill J. S., O wolności, [w:] *Antologia tekstów dotyczących praw człowieka. Księga jubileuszowa Rzecznika Praw Obywatelskich, tom III*, pod red. J. Zajądło, Warszawa 2008.

Millon-Delsol Ch., *Zasada pomocniczości*, Kraków 1995.

Morawski L., Demokracja a przywileje korporacyjne, *Gazeta Prawna* z 20.01.2009 r.

Morawski L., Dwugłos na temat „Demokracja a przywileje korporacyjne”, *Państwo i Prawo* 2007, nr 6.

Morawski, L., Demokracja a przywileje korporacyjne, *Gazeta Prawna* z 20.01.2009 r.

Musiak K., Ochrona prawa do prywatności pełnomocnika w postępowaniu podatkowym, *Przegląd Podatkowy* 2010, nr 7.

Ochendowski E., *Prawo administracyjne – część ogólna*, Toruń 1998.

Odrowąż-Sypniewski W., *Opinia w sprawie wykładni art. 17 ust. 1 Konstytucji RP*, Przegląd Sejmowy 2001, nr 2.

Oleszko A., *Ustrojowy i procesowy charakter samorządu notarialnego w świetle prawa o notariacie oraz kodeksu postępowania administracyjnego*, Rejent 1999, nr 8.

Pado T., *Zasada subsydiarności i decentralizacji a prawa człowieka*, Samorządowa Rzeczpospolita – Muncypialni, z 27.02.2010 r.

Panejko J., *Geneza i podstawy samorządu europejskiego*, Paryż 1926.

Pawłowski S., *Ustrój i zadania samorządu zawodowego w Polsce*, Poznań 2009.

Popławska E., *Zasada pomocniczości* [w:] *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, pod red. W. Sokolewicz, Warszawa 1998.

Rabska T., *Podstawowe pojęcia organizacji administracji*, [w:] *System prawa administracyjnego*, pod red. J. Starościała, Warszawa 1977, tom I.

Rączka P., *Nadzór nad samorządem zawodowym*, Toruń 1999.

Regulski J., *Samorządna Polska*, Warszawa 2005.

Rybicki Z., Piątek S., *Zarys prawa administracyjnego i nauki administracji*, Warszawa 1988.

Rymsza J., *O roli samorządów zawodowych w społeczeństwie obywatelskim*, Inżynier Budownictwa 2005, nr 11, s. 2–3 oraz polemikę z tezami postawionymi przez J. Rymszę: Wasilewski A., *O roli samorządów zawodowych w społeczeństwie obywatelskim*, Inżynier Budownictwa 2006, nr 2.

Sarnecki P., *Komentarz do art. 17*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2005.

Sarnecki P., *Pojęcie zawodu zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji) na przykładzie adwokatury*, [w:] *Konstytucja, wybory, parlament*, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2000.

Sarnecki S., *Radca prawny jako zawód zaufania publicznego*, Radca Prawny 2002, nr 4–5.

Skrzydło J., *Zawody zaufania publicznego – demokracja – praworządność*, Wykład otwierający ogólnopolską konferencję przedstawicieli zawodów zaufania publicznego, Łódź 29.09.2007 r.

Skrzydło W., *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 1999.

Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Zakamycze 1998.

Sobczak J., *Korporacje prawnicze – potrzeba czy iluzja*, [w:] *Z badań nad samorządem zawodowym w Polsce*, pod red. R. Kmiecika, Poznań 2010.

Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich, Kwartalnik Łódzki 2005, nr I.

Starościak J., *Decentralizacja administracji*, Warszawa 1960.

- Starościak J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 1975.
- Starościak J., *System organizacyjny administracji polskiej*, Warszawa 1949.
- Stawicka E., Konferencja „Rola samorządów zawodowych w zliberalizowanej Europie”, Bruksela 28–29 listopada 2002 r., *Palestra* 2003, nr 1–2.
- Szreniawski J., *Wstęp do nauki administracji*, Lublin 2004.
- Tabernacka M., Pojęcie zawodu zaufania publicznego, *Acta Universitatis Wratislaviensis* nr 2663, *Przegląd Prawa i Administracji* 2004, Tom 62.
- Waliński M., Izby samorządu zawodowego, [w:] *Prawo administracyjne ustrojowe. Podmioty administracji publicznej*, J. Stelmasiak, J. Szreniawski, Bydgoszcz – Lublin 2002.
- Wiktorowska A., *Prawne determinanty samodzielności gminy. Zagadnienia administracyjno-prawne*, Warszawa 2002.
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.*, Warszawa 2000.
- Winczorek P., Stawecki T., *Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją RP projektu ustawy o postępowaniu dyscyplinarnym wobec osób wykonujących niektóre zawody prawnicze*, *Palestra* 2006, nr 7–8.
- Wołpiuk W. J., *Zawód zaufania publicznego z perspektywy prawa konstytucyjnego*, [w:] *Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolności wykonywania zawodu*, Warszawa 2002.
- Wołpiuk W., *Samorząd zaufania publicznego a interes publiczny*, Warszawa 2002.
- Wróbel A., *Charakter prawny samorządu notarialnego i jego kompetencje prawodawcze*, *Rejent* 2001, Nr 5.
- Wykrętowicz S., *Rozwój samorządu korporacyjnego jako zdecentralizowanej administracji publicznej*, [w:] *Z badań nad samorządem zawodowym w Polsce*, Poznań 2010.
- Wykrętowicz S., *Samorząd jako wyraz demokracji obywatelskiej*, [w:] *Samorząd w Polsce. Istota, formy, zadania*, Poznań 2008.
- Zdyb M., *Samorząd a państwo. Nadzór nad samorządem*, Lublin 1993.
- Zięba-Załucka H., *Samorząd zawodowy w świetle Konstytucji RP*, *Monitor Prawniczy* 2005, nr 10.
- Znamierowski C., *Wiadomości elementarne o państwie*, Poznań 1946.
- Zoll A., *Prywatyzacja zadań publicznych*, *Rzeczpospolita* 2000, nr 264.
- Zwara A., *Rozstrzygnięcia, przed którymi stoi adwokatura*, *Palestra* 2007, Nr 7–8.

Orzecznictwo TK:

Wyrok z dnia 19 października 1999 r., sygn. akt SK 4/99, OTK ZU 1999, nr 6, poz. 119.

Wyrok z dnia 24 stycznia 2001 r., sygn. akt SK 30/99, OTK ZU 2001, nr 1, poz. 3.

Wyrok z dnia 19 marca 2001 r., sygn. akt K 32/00, OTK ZU 2001, nr 3, poz. 50.

Wyrok z dnia 22 maja 2001 r., sygn. akt K 37/00, OTK ZU 2001, nr 4, poz. 86.

Wyrok z dnia 10 kwietnia 2002 r., sygn. akt K 26/00, OTK-A ZU nr 2, poz. 18.

Wyrok z dnia 7 maja 2002 r., sygn. akt SK 20/00, OTK-A ZU 2002, nr 3, poz. 29.

Wyrok z dnia 18 lutego 2003 r., sygn. akt K 24/02, OTK-A 2003, nr 2, poz. 11.

Wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. akt K 14/03, OTK-A 2004, nr 1, poz. 1.

Wyrok z dnia 18 lutego 2004 r., sygn. akt P 21/02, OTK-A ZU 2004, nr 2, poz. 9.

Wyrok z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03, Prok. i Prawo 2005, Nr 4, poz. 45.

Wyrok z dnia 19 kwietnia 2006 r., sygn. akt K 6/06, OTK-A ZU nr 4, poz. 45.

Wyrok z dnia 13 marca 2007 r., sygn. akt K 8/07, Dz. U. z 2007, Nr 48, poz. 327.

Orzecznictwo Sądów Administracyjnych:

Wyrok SN z dnia 13 maja 1999 r., sygn. akt NSZ 1/98, OSNAP 1999, nr 22, poz. 840.

Wyrok NSA z dnia 26 kwietnia 2004 r., sygn. akt II SA 3814/2002, Lex-Polonica nr 369170.

Akty prawne:

Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 482 z późn. zm).

Inne:

Naczelna Rada Adwokacka, Wniosek do TK z dnia 19.10.2005 r. o zbadanie zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej przepisów ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy Prawo o adwokaturze oraz o zmianie niektórych innych ustaw.

Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20.06.2008 r., znak: RPO-559982-1/07/BB/MW dotyczący zgodności z Konstytucją części przepisów ustawy o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów.

Wniosek grupy posłów na Sejm RP VII kadencji do Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 marca 2012 r. w sprawie stwierdzenia niezgodności z Konstytucją 15 ustaw w zakresie obowiązkowego członkostwa w samorządzie zawodowym.

Stanowiska przedstawicieli władz samorządów zawodowych zawodów zaufania publicznego oraz Okręgowych Rad Adwokackich z dnia 11 września 2007 r., *Palestra* 2007, nr 9–10.

Encykliki Papieskie, *Rerum novarum*, 1981.

Tekst Karty Praw Unii Europejskiej w języku polskim dostępny jest w: Dz. Urz. UE C 303 z dnia 14 grudnia 2007 r.

THE CONSTITUTIONAL CONDITIONS FOR CREATION OF PROFESSIONAL SELF-GOVERNMENTS

Self-governments of professions of public trust are empowered in the Constitution, where it derives its rank. Empowerment of activities of Professional self-government is therefore a very strong and unique. Article 17 of the Constitution establishes two types of self-governments. The legal situation of both types of local government referred in Art. 17 of the Constitution is not identical. Art. 17 Par. 1 of the Constitution shows the basic objectives of the functioning of professional self-governments and „the other types of self-government”, which states in Art. 17 Par. 2, does not ascribe objectives, while establishes the limits of their influence. These self-governments cannot in any way infringe the freedom to practice the profession or limit the freedom to undertake economic activity. These reservations do not extend, however, to professional self-governments representing the professions of public trust, which may, in some cases even be limited to a certain extent the freedom of the profession or business for the purposes for which they have been implementing.

The essence of the professional self-government mentioned in Art. 17 par. 1 of the Constitution is the exercise by a separate entity, in the limits set by law, a public authority. This is possible by giving him a personality of public law and equipping it with powers to exercise part of the public authority, which can perform without management and another entity interference, such as the state. However, staying under control in this independent action with the authorization of their authority. That relative independence from the state union of professional self-governments and their powers mean that they act as an intermediary between the state and the people performing specific professions, limited direct impact of the administration on certain professional groups.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (195) 2013
Warszawa 2013

Szymon Zaręba ■

PODSTAWY PRAWNE ZBIOROWEJ ODMOWY UZNANIA PAŃSTW NA FORUM ORGANIZACJI UNIWERSALNYCH – STUDIUM PRZYPADKÓW

Państwa tradycyjnie bardzo niechętnie odnoszą się do jakichkolwiek ograniczeń swobody uznawania określonych faktów prawnych i ich skutków na płaszczyźnie międzynarodowej. Tym niemniej w ciągu ostatnich kilkudziesięciu lat miało miejsce co najmniej kilkanaście przypadków, w których wszystkie bądź niemal wszystkie państwa świata przedsięwzięły wspólnie kroki zmierzające do niedopuszczenia do uznania konkretnych zdarzeń tego rodzaju i wynikających z nich konsekwencji. Działania te były podejmowane przede wszystkim w ramach organizacji międzynarodowych o charakterze uniwersalnym¹ i przejawiały się w formie określanej w doktrynie jako zbiorowa odmowa uznania (zbiorowe nieuznawanie)². Wśród nich istotną grupę obejmują przypadki zbiorowej odmowy uznania państw, które są przedmiotem niniejszej pracy³.

Jako że faktu odmowy uznania nie można domniemywać z braku jakichkolwiek działań organizacji w związku z zaistnieniem określonej sytuacji, aby

¹ Pojedyncze przypadki odmowy uznania dokonywanej w ramach organizacji regionalnych pozostają poza zakresem niniejszej pracy.

² Ang. *collective non-recognition*, fr. *la non-reconnaissance collective*, niem. *die kollektive Nichtanerkennung*.

³ Przedmiotem zbiorowego nieuznawania były w latach późniejszych m.in. także nielegalnie uzyskane nabytki terytorialne, np. aneksja Namibii przez RPA, Kuwejt przez Irak czy Timoru Wschodniego przez Indonezję. Z uwagi na takie, a nie inne sformułowanie tematu pracy nie będą one jednak przedmiotem analizy.

możliwe było mówienie o przypadku zbiorowego nieuznawania przez organizację uniwersalną konieczne jest formalne przyjęcie przez nią przynajmniej jednego aktu prawnego stwierdzającego brak możliwości uznania danej sytuacji faktycznej, podmiotu lub zdarzenia bądź kwestionującego ich powstanie czy zaistnienie. Akt taki, mający charakter wiążący lub niewiążący, wyraża przede wszystkim stanowisko organizacji, ale może także zawierać wezwanie jej członków i ewentualnie innych państw do odmowy uznania danego podmiotu, sytuacji lub zdarzenia. W przypadku Organizacji Narodów Zjednoczonych, na której praktykę zostanie położony główny nacisk, oznacza to konieczność wydania co najmniej jednej niewiążącej rezolucji przez Zgromadzenie Ogólne lub Radę Bezpieczeństwa przynajmniej częściowo poświęconej danemu zagadnieniu.

Pierwszym przypadkiem rozumianej w powyższy sposób akcji zmierzającej do zapobieżenia uznaniu państwa była odmowa uznania przez członków Ligi Narodów marionetkowego Mandżukuo utworzonego na obszarze chińskiej Mandżurii w wyniku japońskiej agresji na Chiny w 1931 r.⁴ Podstawy i skutki prawne zastosowanych wówczas środków wzbudziły wśród przedstawicieli doktryny na tyle duże kontrowersje, że ich ponownego wykorzystania zaniechano na ponad 30 lat. Zdecydowano się sięgnąć do nich ponownie dopiero w połowie lat 60., w obliczu wydarzeń mających miejsce w południowoafrykańskiej Rodezji⁵ – a następnie jeszcze parokrotnie, stosując je w odniesieniu do tworzonych przez RPA bantustanów i Tureckiej Republiki Cypru Północnego, a także, jak twierdzą niektórzy, Katangi, Biafry i Republiki Serbskiej.

Dobór powyższych przypadków wynika ze wstępnej analizy rezolucji organów Ligi Narodów i ONZ dotyczących konfliktów, w trakcie których doszło do ogłoszenia niepodległości przez rzekome nowe państwa. Przypadki, które zostały zaklasyfikowane jako przykłady zbiorowej odmowy uznania w świetle przyjętych i przedstawionych wyżej założeń, zostały uzupełnione o bardziej kontrowersyjne, ale spełniające te kryteria zdaniem części doktryny. Poza zakresem przedmiotowym pracy znalazły się natomiast kazusy licznych podmiotów, takich jak m.in. Górski Karabach, Somaliland, Kosowo, Abchazja czy Osetia Południowa, których statusowi lub problemowi uznania w sposób wyraźny nie poświęcono uwagi w rezolucjach ONZ. Brak jakichkolwiek, nawet niewiążących

⁴ R. Bierzanek, *La non-reconnaissance et le droit international contemporain*, „Annuaire français de droit international” 1962, t. 8, s. 122–123. Por. także W. Czapliński, *Między efektywnością a legalizmem. Obowiązek nieuznawania sytuacji nielegalnych w prawie międzynarodowym*, [w:] A. Wnuk-Kozłowska (red.), *Aksjologia współczesnego prawa międzynarodowego*, Wrocław 2011, s. 11.

⁵ Niektórzy badacze wskazują na wcześniejsze przypadki zbiorowej odmowy uznania państw po II wojnie światowej, w tym zwłaszcza na Katangę. *Casus* tej ostatniej zostanie omówiony na końcu pracy, po analizie sytuacji niebudzących wątpliwości.

aktów prawnych dotyczących odmowy uznania lub istnienia tych podmiotów był z jednej strony skutkiem rozbieżności natury prawnej, dotyczących oceny określonych faktów, w tym zwłaszcza powstania ww. państw, z punktu widzenia prawa międzynarodowego. Z drugiej strony milczenie organów organizacji w tych sprawach było niejednokrotnie spowodowane czynnikami politycznymi. Nie można odmówić słuszności tezie, że w części przypadków czynniki te wręcz uniemożliwiły podjęcie działań, które w przeciwnym wypadku prawdopodobnie zostałyby podjęte z uwagi na podobieństwo sytuacji faktycznej i prawnej do sytuacji podmiotów omawianych w niniejszej pracy. Ze względu na prawniczy charakter niniejszego opracowania nie będą one jednak dalej omawiane.

Celem poniższej analizy będzie prześledzenie okoliczności, w jakich dochodziło do odmowy uznania na forum organizacji uniwersalnych, oraz ustalenie, jakie były prawne podstawy odmowy uznania opisywanych poniżej podmiotów.

1. Preludium – sprawa Mandżukuo

1.1. Tło historyczne

Na przełomie wieków XIX i XX przeludniona Japonia dążyła do ekspansji terytorialnej na kontynencie azjatyckim, zmierzając do powiększenia swojego terytorium, uzyskania nowych źródeł surowców naturalnych oraz poszerzenia rynku zbytu dla swoich towarów. W tym samym czasie Chinami wstrząsał poważny kryzys polityczny, będący efektem nieudolnych rządów ostatnich członków dynastii Qing oraz wzrostu znaczenia opozycyjnej wobec cesarstwa Ligi Związkowej pod przewodnictwem Sun Yat-Sena. W roku 1911 doszło ostatecznie do wybuchu rewolucji, wyniku której Chiny proklamowano republiką, a w marcu 1912 r. ostatecznie zmuszono do abdykacji małoletniego cesarza Pu Yi⁶. Wewnętrzne problemy Chin sprowokowały interwencję japońską. W roku 1914 Japonia zajęła niemieckie kolonie Jiaozhou i Qingdao oraz wystosowała do rządu chińskiego ultimatum, tzw. „dwadzieścia jeden żądań”, domagając się m.in. nadania przywilejów handlowych i przekazania koncesji udzielonych podmiotom niemieckim⁷. Działanie to spotkało się ze zdecydowanym sprzeciwem Stanów Zjednoczonych w postaci tzw. noty Bryana, skierowanej do rządów Chin i Japonii 11 maja 1915 r. Nota ta stanowiła niejako pierwowzór późniejszej doktryny Stimsona i w swej najważniejszej części głosiła, że:

⁶ S. K. Hornbeck, *Contemporary politics in the Far East*, New York 1970, s. 13–18.

⁷ S. Eto, *China's International Relations 1911–1931*, [w:] J. K. Fairbank, A. Feuerwerker, *The Cambridge history of China, Vol. 13: Republican China 1912–1949, Part 2*, Cambridge 1986, s. 95–99. Tam również szczegółowa lista ww. żądań.

„Rząd Stanów Zjednoczonych (...) nie może uznać jakiegokolwiek porozumienia lub przedsięwzięcia, do którego doszło lub może dojść między rządami Chin i Japonii, szkodzącego traktatowym prawom Stanów Zjednoczonych i ich obywateli w Chinach, politycznej lub terytorialnej integralności Republiki Chińskiej, lub międzynarodowej polityce dotyczącej Chin powszechnie zwanej polityką otwartych drzwi”⁸.

Mimo amerykańskiego protestu większość żądań japońskich została przez Chiny przyjęta, a żadne z pozostałych państw nie oprotestowało tego faktu.

Na początku lat 20. XX w. powstała Komunistyczna Partia Chin, która początkowo zawarła porozumienie z sukcesorem Ligi Związkowej, Kuomintangiem, w celu wspólnej walki z władzami republiki. W 1927 r. ówczesny przywódca Kuomintangu Czang Kaj-szek zerwał jednak sojusz z komunistami, co stało się przyczyną wybuchu tzw. drugiej wojny domowej⁹. Wewnętrzne osłabienie Chin postanowiła ponownie wykorzystać Japonia. 18 września 1931 r. doszło do wysadzenia części należącego do niej odcinka Kolei Południowomandżurskiej w okolicach Mukden. Chociaż w rzeczywistości był to pozorowany akt sabotażu dokonany przez oddziały japońskiej Armii Kwantuńskiej stacjonujące w pobliżu kolei¹⁰, o przeprowadzenie zamachu Japończycy oskarżyli Chiny, uznając go za podstawę do interwencji. Celem japońskiej akcji było zajęcie bogatej w surowce naturalne Mandżurii, co udało się wojskom japońskim stosunkowo szybko. 1 marca 1932 r. pod osłoną wojsk japońskich doszło do proklamacji niepodległości nowego państwa, Mandżukuo, ze zdetronizowanym wiele lat wcześniej byłym cesarzem Chin, Pu Yi, na czele¹¹.

1.2. Reakcja Ligi Narodów na wydarzenia w Mandżurii

Opisywane wydarzenia nie pozostały bez odzewu ze strony społeczności międzynarodowej. Opanowanie Mandżurii przez Japończyków było pierwszym takiego kalibru przypadkiem zajęcia części terytorium innego państwa przy użyciu siły od czasu powstania Ligi Narodów i podpisania Paktu Brianda-Kellogga, nic więc dziwnego, że musiało wywołać oddźwięk, jeśli Liga Narodów miała zachować przynajmniej pozory skuteczności jako system bezpieczeństwa zbiorowego.

⁸ S. K. Hornbeck, *Contemporary politics in the Far East*, New York 1970, s. 842 [tłum. własne].

⁹ A. Czubiński, *Historia powszechna XX wieku*, Poznań 2003, s. 194–199.

¹⁰ W. Dobrzycki, *Historia stosunków międzynarodowych 1815–1945*, Warszawa 2006, s. 522.

¹¹ A. Czubiński, op. cit., s. 221.

W grudniu 1931 r. Liga Narodów powołała pięcioosobową komisję śledczą (*Commission of Enquiry*) złożoną z przedstawicieli Wielkiej Brytanii, Francji, Niemiec, Włoch i Stanów Zjednoczonych, pod przewodnictwem lorda Lyttona (tzw. komisję Lyttona)¹², której celem miało być wyjaśnienie okoliczności incydentu mukdeńskiego – a więc *de facto* określenie, która ze stron była w konflikcie agresorem, a która ofiarą. Komisja pojawiła się jednakże w Chinach dopiero w lutym 1932 r.¹³, a jej prace trwały na tyle długo, że większość wydarzeń istotnych dla omawianego zagadnienia miało miejsce przed oficjalnym ogłoszeniem przez nią raportu. Ta opieszałość sprawiła, że punktem wyjścia dla międzynarodowej akcji w sprawie mandżurskiej okazały się ostatecznie nie działania Ligi, ale nota amerykańskiego sekretarza stanu, Henry’ego Stimsona, skierowana do rządów Chin i Japonii 7 stycznia 1932 r., której najistotniejszy fragment brzmiał następująco:

„Mając na uwadze obecną sytuację oraz własne prawa i obowiązki, Rząd Amerykański uważa za swój obowiązek zawiadomić Cesarski Rząd Japoński i Rząd Republiki Chińskiej, że nie może zaakceptować legalności jakiegokolwiek sytuacji *de facto* ani że nie zamierza uznać jakiegokolwiek traktatu lub porozumienia zawartego między tymi rządami lub ich przedstawicielami, które może naruszyć traktatowe prawa Stanów Zjednoczonych lub ich obywateli w Chinach, włączając w to te, które odnoszą się do suwerenności, niepodległości lub terytorialnej i administracyjnej integralności Republiki Chińskiej, lub międzynarodowej polityki dotyczącej Chin, powszechnie znanej jako polityka otwartych drzwi, i że nie zamierza uznać jakiegokolwiek sytuacji, traktatu lub porozumienia, które może dojść do skutku przy pomocy środków sprzecznych z postanowieniami i zobowiązaniami Paktu Paryskiego z 27 sierpnia 1928 r., którego to traktatu stronami są zarówno Chiny i Japonia, jak również Stany Zjednoczone”¹⁴.

Nota Stimsona szła o krok dalej w stosunku do cytowanej wcześniej noty Bryana. Oprócz bowiem wyrażenia sprzeciwu wobec ewentualnych porozumień i działań szkodzących traktatowym prawom Stanów Zjednoczonych i ich obywateli w Chinach, suwerenności, niepodległości i terytorialno-administracyjnej integralności Republiki Chińskiej oraz polityce otwartych drzwi – co niemal do złudzenia przypominało treść tej pierwszej noty – podkreślała brak zamiaru uznania przez USA „jakiegokolwiek sytuacji, traktatu lub porozumienia”, do których mogłoby dojść przy użyciu środków sprzecznych ze zobowiązaniami

¹² W. Dobrzycki, op. cit., s. 524.

¹³ M. O. Hudson, *The Report of the Assembly of the League of Nations on the Sino-Japanese Dispute*, „The American Journal of International Law” 1933, t. 27, nr 2, s. 301.

¹⁴ United States Department of State, *Papers relating to the foreign relations of the United States, Japan: 1931–1941*, Vol. 1, Washington D.C. 1946 [tłum. własne].

płynącymi z Paktu Paryskiego (tzw. Paktu Brianda-Kellogga). Jej wystosowanie nie było więc wyłącznie motywowane względami prowadzonej polityki i własnymi bieżącymi interesami, ale również sprzeciwem wobec działań niezgodnych z zakazem użycia siły, którego przestrzeganie leżało w interesie wszystkich państw.

Stanowisko wyrażone w nocie zostało, jak nietrudno się domyślić, zdecydowanie poparte przez Chiny¹⁵, ale, co interesujące, nie zostało jednoznacznie odrzucone również przez Japonię¹⁶. Pozytywnie odniosły się do niego także inne państwa, w tym członkowie Ligi Narodów, co sprawiło, że postanowiono podjąć zbiorowe działania zmierzające do przyjęcia opinii wyrażonej w nocie jako stanowiska organizacji. Efektem tych działań była Nota członków Rady Ligi Narodów (z wyłączeniem Chin i Japonii) do Japonii z 16 stycznia 1932 r., w której dwadzieścia państw-członków Rady uznało za swoje „przyjacielskie prawo” (*friendly right*), by „zwrócić [jej] uwagę” na art. 10 Paktu Ligi Narodów, gdyż „wydaje się im, że wynika z niego, że żadne naruszenie integralności terytorialnej ani żadna zmiana politycznej niezależności jakiegokolwiek członka Ligi, do której może dojść w wyniku braku poszanowania dla tego artykułu, nie powinna zostać uznana jako ważna i skuteczna przez członków Ligi Narodów”¹⁷. Odpowiedź Japonii, skierowana do Przewodniczącego Rady Ligi 21 lutego 1932 r., była wyraźnie impertynencka – stwierdzono w niej, że Japonia nie rozważa żadnego ataku na „integralność terytorialną lub niepodległość członka Ligi” i w związku z tym zachowanie Rady jest dla niej „całkowicie niejasne”¹⁸.

Reakcją Ligi na powyższą odpowiedź stało się uchwalenie 11 marca 1932 r. przez Zgromadzenie Ligi Narodów – jednogłośnie, bez prawa głosu obu stron pozostających w sporze – rezolucji, której najważniejszy fragment ponownie warto przytoczyć, jako że stała się ona następnie, obok samej noty Stimsona, przedmiotem zażartych dyskusji w łonie doktryny prawa międzynarodowego:

„Zgromadzenie... deklaruje, że na członkach Ligi Narodów spoczywa obowiązek nieuznawania jakiejkolwiek sytuacji, traktatu lub porozumienia, które

¹⁵ Por. notę Chin do Stanów Zjednoczonych z dn. 12 stycznia 1932, w której rząd chiński zapewnia o tym, że nie uzna tego rodzaju działań oraz zapewnia, że z uwagi na zasady wymienione w nocie Stimsona nie zamierza zawrzeć jakiegokolwiek traktatu czy porozumienia, które by się im sprzeciwiało. Jednocześnie wyraża „szczerą nadzieję”, że rząd USA będzie „kontynuować promowanie efektywności umów międzynarodowych w celu zachowania ich powagi”. Por. tekst noty w: Q. Wright, *The Stimson Note of January 7, 1932*, „The American Journal of International Law” 1932, t. 26, nr 2, s. 342.

¹⁶ Por. notę Japonii do USA z 16 stycznia 1932 r., ibidem, s. 343.

¹⁷ Ibidem, s. 343 [tłum. własne]. Warto zwrócić uwagę na niezwykle ostrożny język cytowanej noty.

¹⁸ Ibidem, s. 343.

może dojść do skutku przy pomocy środków sprzecznych z Paktem Ligi Narodów lub Paktem Paryskim”¹⁹.

Brzmienie cytowanego fragmentu wskazywało, że członkowie Ligi czuli się zobowiązani do odmowy uznania sprzecznych z prawem sytuacji, umów międzynarodowych i porozumień, a źródłem ciążącego na nich obowiązku był fakt pozostawania stronami Paktu Ligi Narodów i Paktu Paryskiego. Kwestia, czy ich oświadczenie stanowiło powtórzenie tez zawartych w nocie Stimsona, czy też krok naprzód, była przedmiotem sporów i nadal pozostaje trudna do jednoznacznego rozstrzygnięcia. Wydaje się jednakże, że rezolucja z 11 marca 1932 r. miała w pewnym stopniu charakter nowatorski, gdyż *explicito* podkreślała istnienie prawnego obowiązku odmowy uznania w przypadku zaistnienia określonych okoliczności.

Tym niemniej oprócz wyrażenia zdecydowanego potępienia nie podjęto w pierwszej połowie 1932 r. innych środków zmierzających do ukarania agresora i przywrócenia *status quo*²⁰. Wydaje się, że ten brak zdecydowanych działań stał się przyczyną, z powodu której – pomimo zdecydowanego stanowiska społeczności międzynarodowej – 15 września 1932 r. Japonia zdecydowała się podpisać z Mandżurią protokół, w którym nowo powstałe państwo zobowiązywało się do poszanowania wszystkich praw i przywilejów przyznanych wcześniej Japonii przez Chiny, zaś Japonia dokonywała jego formalnego uznania²¹.

Na początku października 1932 r., ukazał się długo oczekiwany raport komisji Lyttona. Jego zakres okazał się szerszy niż początkowo zakładano, choć sens jego publikacji w przedstawionych okolicznościach był ograniczony. Oprócz omówienia przyczyn incydentu z września 1931 r. opisywał również wydarzenia mające miejsce po tej dacie, opierając się na zeznaniach ich świadków i uczestników, a także przedstawiał propozycje rozwiązania konfliktu. Tym niemniej w sposób bardzo ogólnikowy poruszał kwestię, dla zbadania której sama komisja została powołana, tj. przyczyn incydentu mukdeńskiego. Mimo tego, że wszyscy członkowie komisji byli przekonani o winie Japonii²², w raporcie nie uznano jej

¹⁹ A. McNair, *The Stimson doctrine of non-recognition. A note on its legal aspects*, „British Yearbook of International Law” 1933, t. 14, s. 65 [tłum. własne].

²⁰ M. Hudson twierdzi jednak, że możliwość dalszego postępu w opanowywaniu sytuacji była uzależniona od publikacji raportu Komisji Śledczej; jego zdaniem wynikało to z brzmienia art. 12 Paktu Ligi Narodów. Por. M. O. Hudson, *The Report of the Assembly...*, s. 302.

²¹ Anon., *League of Nations Assembly Report on the Sino-Japanese Dispute*, „The American Journal of International Law” 1933, t. 27, nr 3, s. 135–136.

²² Por. list ambasadora amerykańskiego w Japonii J. C. Grewa do sekretarza stanu H. Stimsona z 16 lipca 1932 r., w którym stwierdza on, że wszyscy członkowie komisji są przekonani o fałszywości argumentu Japonii o konieczności działania w samoobronie

w sposób wyraźny za agresora i nie stwierdzono, że wbrew postanowieniom Paktu „uciekała się do wojny”²³. Działania japońskie w Mandżurii określono jedynie jako „niebędące przejawem prawnie uzasadnionej samoobrony”. Odnosząc się do zagadnienia utworzenia nowego państwa na zajętej przez Japonię części terytorium chińskiego, komisja wyraźnie stwierdziła, że Mandżukuo nie powstałoby bez wsparcia ze strony wojsk japońskich, że nie miało poparcia chińskiej ludności obszaru, do którego rościło sobie prawo, oraz że mandżurski ruch niepodległościowy nie miał charakteru spontanicznego i autentycznego²⁴.

W listopadzie 1932 r. Rada Ligi Narodów rozpatrzyła raport i wysłuchiwała opinii przedstawicieli Chin i Japonii. W grudniu został on przekazany Zgromadzeniu, które zwróciło się do utworzonego wówczas Komitetu Dziewiętnastu o przygotowanie propozycji dotyczących rozwiązania sporu. Kiedy te się ukazały, 24 lutego 1933 r. na specjalnej sesji Zgromadzenie przyjęło raport jednogłośnie, z pominięciem Japonii, której głosu nie uznano jako głosu strony bezpośrednio zainteresowanej²⁵. Stronę japońską wezwano do wycofania wojsk z Mandżurii i poddania tego terytorium ponownie administracji chińskiej, zastrzegając jednakże konieczność nadania przez Chiny tej prowincji szerokiej autonomii i uwzględnienia szczególnych praw i interesów Japonii²⁶. Japońską inwazję oraz późniejsze uznanie Mandżukuo określono jako nielegalne²⁷, jednak wzorem raportu Lyttona nie nazwano Japonii agresorem ani nie stwierdzono, że wszczęła wojnę²⁸. Powołano także Komitet Dwudziestu Jeden, który miał rozstrzygnąć pozostałe kwestie sporne oraz składać Zgromadzeniu sprawozdania dotyczące wykonywania rekomendacji zawartych w raporcie, w tym zwłaszcza wycofywania wojsk. Członkowie Zgromadzenia oświadczyli ponadto, że „zamierzają wstrzymać się w odniesieniu do reżimu istniejącego w Mandżurii (*existing régime*

i świadomi faktu, że atak na kolej mandżurską z 18 września 1931 r. został dokładnie zaplanowany i przeprowadzony przez samych Japończyków; United States Department of State, op. cit., s. 93–95.

²³ Por. H. Lauterpacht, *‘Resort to War’ and the Interpretation of the Covenant during the Manchurian Dispute*, „The American Journal of International Law” 1934, t. 28, nr 1, s. 44.

²⁴ Anon., *League of Nations Assembly Report...*, s. 145–146.

²⁵ T. W. Burkman, *Japan and the League of Nations: Empire and world order, 1914–1938*, Honolulu 2007, s. 172.

²⁶ M. O. Hudson, *The Report of the Assembly...*, s. 303.

²⁷ Q. Wright, *Some Legal Aspects of the Far Eastern Situation*, „The American Journal of International Law” 1933, t. 27, nr 3, s. 509.

²⁸ Nie doszło do tego, gdyż członkowie Ligi musieliby wówczas podjąć działania wynikające z art. 16 Paktu Ligi Narodów, czyli uznać się za będących w stanie wojny z Japonią i zerwać z nią wszelkie stosunki, co słusznie zauważa H. Lauterpacht, *‘Resort to War’...*, s. 44–45.

in Manchuria) od jakiegokolwiek działania mogącego przynieść uszczerbek lub opóźnić wykonanie rekomendacji zawartych w raporcie. Będą podtrzymywać brak uznania tego reżimu zarówno *de iure*, jak i *de facto*. Zamierzają powstrzymać się od podejmowania jakiegokolwiek indywidualnego działania w odniesieniu do sytuacji w Mandżurii i kontynuować uzgadnianie działań między sobą, jak i z zainteresowanymi państwami niebędącymi członkami Ligi”²⁹.

Rząd chiński przyjął przedstawione propozycje pod warunkiem, że przyjmie je również druga strona, natomiast Japonia odmówiła ich akceptacji. Wobec negatywnego dla Japonii przebiegu głosowania, szef jej delegacji wstał i wraz z pozostałymi przedstawicielami tego kraju opuścił salę obrad³⁰. Nie było to jednak formalne wycofanie się z Ligi, gdyż wymagało ono dokonania odpowiedniej notyfikacji, która została zgłoszona miesiąc później, 27 marca 1933 r. Od tego momentu Japonia przestała być członkiem Ligi Narodów³¹.

1.3. Podstawy prawne działań podjętych przez Ligę Narodów w odniesieniu do Mandżukuo

Skutki ogłoszenia doktryny Stimsona oraz wydania przez Zgromadzenie Ligi Narodów rezolucji z 11 marca 1932 r. były szeroko komentowane. Jak wspomniano powyżej, kluczowy fragment noty amerykańskiego sekretarza stanu stanowił ten, w którym następowało uzasadnienie odmowy uznania przez USA sytuacji w Mandżurii odnoszące się do Paktu Paryskiego. Sugerowało ono, że działanie podjęte przez Stany Zjednoczone było nie tylko wypadkową prowadzonej polityki, lecz było także podyktowane względami prawnymi – z jednej strony USA nie chciały uznać sytuacji, która była ich zdaniem sprzeczna

²⁹ Q. Wright, *Some Legal...*, s. 509–510 [tłum. własne].

³⁰ T. W. Burkman, op. cit., s. 172–173. Jak podaje autor, jeszcze następnego dnia po tym wydarzeniu japońskie MSZ wyraziło nadzieję na zmianę stanowiska Ligi, choć w gruncie rzeczy już na cztery dni przed głosowaniem rząd Japonii podjął decyzję o opuszczeniu tej organizacji.

³¹ Tak przynajmniej się powszechnie przyjmuje, choć formalnie nastąpiło ono dwa lata po notyfikacji, gdyż taki właśnie okres wypowiedzenia przewidywał art. 1 ust. 3 Paktu Ligi Narodów. Por. Pakt Ligi Narodów, [w:] S. Bieleń (oprac.), *Prawo w stosunkach międzynarodowych. Wybór dokumentów*, Warszawa 1998, s. 24. Wiele wątpliwości wywołał problem, czy i kiedy Japonia wypełniła, wymagane przez ten sam przepis, „wszystkie swoje międzynarodowe zobowiązania wraz z zobowiązaniami wynikającymi z niniejszego Paktu”, co stanowiło te obowiązki oraz kto powinien stwierdzić ich wypełnienie. Kwestię tę omawiają m.in. C. G. Fenwick, *The Fulfillment of Obligations as a Condition of Withdrawal from the League of Nations*, „The American Journal of International Law” 1933, t. 27, nr 3, s. 516–518; J. J. Burns, *Conditions of Withdrawal from the League of Nations*, „The American Journal of International Law” 1935, t. 29, nr 1, s. 40–50, oraz Q. Wright, *Some Legal...*, s. 514–516.

z Paktem i naruszała interes wszystkich stron tego traktatu, z drugiej zaś dążyły do skłonienia stron konfliktu do podporządkowania się wynikającym z Paktu obowiązkom. Cele Stimsona były jednakże jeszcze bardziej dalekosiężne, co można wywnioskować z jego listu do przewodniczącego senackiej komisji spraw zagranicznych senatora Boraha, w którym stwierdził: „jeżeli inne rządy świata podejmą podobną decyzję i zajmą podobne stanowisko w stosunku do tej akcji [mowa o agresji japońskiej na Mandżurię – przyp. aut.], zostanie wyrażony sprzeciw, który, jak wierzymy, będzie odtąd skutecznie blokował legalność jakiegokolwiek tytułu lub prawa, do którego uzyskania będzie się dążyć przy użyciu nacisku lub naruszenia traktatu”³². W dalszej perspektywie Stimson brał więc pod uwagę możliwość wytworzenia się zwyczajowej normy czy też może ogólnej zasady prawa międzynarodowego, która uniemożliwiałaby przekształcenie w legalne tytułów lub praw, do których osiągnięcia dążyło się przy użyciu siły bądź wbrew normom traktatowym. Dzięki temu nie można by było uregulować w sposób ostateczny sytuacji prawnej powstałej w wyniku działań sprzecznych z ciężącymi na państwach zobowiązaniami, a okupacja określonego terytorium lub dokonanie jego cesji w traktacie zawartym pod wpływem zbrojnego przymusu nie mogłyby doprowadzić do powstania ważnego tytułu prawnego³³. Jak pokazała jednak praktyka następnych lat, do ukształtowania się takiej normy o charakterze powszechnym wówczas nie doszło, gdyż zdobycze terytorialne dokonywane przez państwa w drugiej połowie lat 30. XX w., mimo wyjątków, były co do zasady uznawane³⁴.

Pomimo jej wielkiego znaczenia, nota Stimsona nie wzbudziła tak żywego zainteresowania doktryny prawa międzynarodowego jak rezolucja Zgromadzenia Ligi Narodów z 11 marca 1932 r. Zastanawiano się przede wszystkim nad relacją pomiędzy nią a doktryną Stimsona, a także nad problemem jej prawnego charakteru. Część prawników stała na stanowisku o ograniczonym zakresie zastosowania tej rezolucji, przekonując, że nie stanowiła ona wyrazu jakiegół-

³² A. McNair, op. cit., s. 67–68. List ten został skierowany przez Stimsona do Boraha 24 lutego 1932 r., a więc niedługo przed uchwaleniem przez Zgromadzenie Ligi Narodów rezolucji z 11 marca 1932 r.

³³ Zdaniem Q. Wrighta doktryna Stimsona stanowiła „ważny postęp” w realizacji trzech zasad, uznanych przez niego za rewolucyjne z punktu widzenia ówczesnego prawa międzynarodowego: 1. okupacja terytorium *de facto* nie daje do niego tytułu prawnego, 2. traktaty sprzeczne z prawami państw trzecich są nieważne, 3. traktaty, przy zawieraniu których doszło do wykorzystania niepokojowych środków (*non-pacific means*) są nieważne, por. Q. Wright, *The Stimson Note...*, s. 344–348.

³⁴ Por. H. W. Briggs, *Non-Recognition of Title by Conquest and Limitations on The Doctrine*, „Proceedings of the American Society of International Law” 1940, t. 34, s. 76–80.

nej zasady prawa międzynarodowego i była wyłącznie działaniem o charakterze jednorazowym i doraźnym³⁵. Ich krytykę budziła forma, w jakiej doszło do ogłoszenia zasady nieuznawania sytuacji powstałych z wykorzystaniem nielegalnych środków, gdyż ich zdaniem była ona sprzeczna z tradycyjnymi zasadami tworzenia „prawa narodów”. Pojawiały się więc oskarżenia o próbę tworzenia w ten sposób norm wiążących państwa będącą groźnym precedensem na przyszłość, gdyż pozbawiającą tradycyjnych środków ostrożnościowych, jakie wiązały się z formułowaniem norm w trakcie wielostronnych konferencji (wstępne badania ekspertów, dokładne przygotowanie do procesu negocjacyjnego i wyposażenie w odpowiednie pełnomocnictwa, obowiązek ratyfikacji wynegocjowanego traktatu dla jego wiążącego charakteru)³⁶. Zarzucano rezolucji dążenie do pozbawienia państw ich dotychczas posiadanych uprawnień, do których należała swoboda podjęcia decyzji o uznaniu lub jego odmowie³⁷. Dość wyraźne były także głosy, że zasada wyrażona w rezolucji Zgromadzenia i doktrynie Stimsona była jedynie deklaracją prowadzenia określonej polityki, a nie zasadą prawną³⁸, a jako taka nie miała charakteru wiążącego, nie była nieodwołalna, a każde państwo mogło swobodnie zmienić stanowisko w kwestii będącej przedmiotem zastosowania tej doktryny³⁹.

Z drugiej strony wyrażano również głosy diametralnie odmienne. Najbardziej znaczącym z nich była rezolucja – tzw. Budapeszteńskie Artykuły Interpretacyjne – przyjęta jednomyślnie w roku 1934 przez kilkuset prawników zgromadzonych na 38. międzynarodowej konferencji Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego (ILA), a dotycząca interpretacji postanowień Paktu Paryskiego,

³⁵ Tak uważał np. J. L. Brierly, który uznał, że rezolucja nie świadczyła o akceptacji doktryny Stimsona o nieuznawaniu jako zasady ogólnej, lecz była przykładem zastosowania *pro hac vice* (w konkretnym przypadku); por. J. L. Brierly, *The Meaning and Legal Effect of the Resolution of the League Assembly of March 11, 1932*, „British Yearbook of International Law” 1935, t. 16, s. 159–160.

³⁶ H. A. S. (Herbert Adam Smith), *The Binding Force of League Resolutions*, „British Yearbook of International Law” 1935, t. 16, s. 158, (artykuł podpisany wyłącznie inicjałami autora, rzeczywista tożsamość ustalona dzięki bibliografii Ligi Narodów Uniwersytetu Indiana w Bloomington, <http://www.indiana.edu/~league/bibliography.htm>, dalej jako H. A. Smith); J. L. Brierly, *The Meaning...*, s. 160.

³⁷ H. A. Smith, *op. cit.*, s. 157 z tego powodu określił niniejszą rezolucję po prostu jako „bez żadnych wątpliwości” sprzeczną z istniejącym wówczas prawem międzynarodowym.

³⁸ K. Yokota, *The Recent Development of the Stimson Doctrine*, „Pacific Affairs” 1935, t. 8, nr 2, s. 134.

³⁹ Ibidem, s. 134–135. Podobnie uważał J. L. Brierly, *The Meaning...*, s. 160, który uznał ww. rezolucję za „wspólną deklarację woli”. Tym niemniej w jego opinii „zwykła przyzwoitość” wymagała konsultacji z innymi członkami w takiej sytuacji i powiadomienia ich o podjętej zmianie stanowiska w danej kwestii.

zgodnie z którą: „Państwa-strony nie są uprawnione do uznania za uzyskane *de jure* jakichkolwiek korzyści terytorialnych lub innych uzyskanych *de facto* przy użyciu środków sprzecznych z Paktem”⁴⁰. „Brak uprawnienia” tak rozumiany musiał być uważany za będący skutkiem obowiązku prawnego. Podobne stanowisko do wyrażonego przez ILA zajmowali także indywidualni przedstawiciele doktryny. Ich zdaniem rezolucja Zgromadzenia przyjęta 11 marca 1932 r. stanowiła swego rodzaju akceptację omawianego już punktu widzenia Stimsona, zgodnie z którym zasada nieuznawania sytuacji nielegalnych miała stosować się do wszystkich podobnych przypadków, które mogłyby zaistnieć gdziekolwiek na świecie⁴¹. Nie miała więc ona charakteru jednorazowego i wyizolowanego – jak utrzymywali zwolennicy tezy o braku jakiegokolwiek jej normatywnego charakteru – ale ogólny, trwały i powszechny. Odmowa uznania dokonana na forum Ligi Narodów stanowiła w myśl tej koncepcji deklarację potwierdzającą istnienie ciężącego na państwach zobowiązania do nieuznawania sytuacji sprzecznych z ratyfikowanymi przez nie traktatami⁴², wynikającego bezpośrednio z obowiązku potępienia wojny jako metody załatwiania sporów międzynarodowych zawartego w art. 1 Paktu Brianda-Kellogga oraz obowiązku „poszanowania” i „utrzymywania przeciwko wszelkiej napaści zewnętrznej” „całości terytorialnej i niezależności politycznej wszystkich członków Ligi”⁴³ z art. 10 Paktu Ligi Narodów.

Spośród dwóch zaprezentowanych stanowisk bardziej zasadne wydają się argumenty zwolenników drugiego z nich, choć nie jest to opinia pozbawiona kontrowersji. Rezolucja z 11 marca 1932 r. zdawała się mieć formę wykładni autentycznej, była bowiem wspólnym oświadczeniem państw wyrażającym określoną opinię o wiążących je aktach prawnych⁴⁴. Choć tytuł rezolucji wskazywał na jej związek z problemem mandżurskim, posługiwała się ona pojęciami ogólnymi, nie wskazując na konkretny kontekst jej podjęcia i nie zawężając w żaden sposób logicznego zakresu jej zastosowania. Można zresztą zastanawiać się, czy takie ograniczenie mogłoby w jakikolwiek sposób być uznane za racjonalne. Wymienione w rezolucji traktaty miały bowiem charakter generalny, nie dotyczyły wyłącznie określonego problemu – trudno byłoby więc argumentować,

⁴⁰ M. O. Hudson, *The Budapest Resolutions of 1934 on the Briand-Kellogg Pact of Paris*, „The American Journal of International Law” 1935, t. 29, nr 1, s. 93.

⁴¹ F. A. Middlebush, *Non-Recognition As a Sanction of International Law*, „Proceedings of the American Society of International Law” 1933, t. 27, s. 48.

⁴² Por. Q. Wright, *The Legal Foundation of the Stimson Doctrine*, „Pacific Affairs” 1935, t. 8, nr 4, s. 440.

⁴³ Por. Pakt Ligi Narodów, [w:] S. Bieleń (oprac.), op. cit., s. 24.

⁴⁴ Przynajmniej w odniesieniu do Paktu Ligi, którego stronami były wszystkie państwa głosujące. Nieco inaczej uważał jednak Q. Wright, *The Legal Foundation...*, s. 441, zdaniem którego dopiero przyjęty 24 lutego 1933 r. raport stanowił przejaw tego rodzaju interpretacji Paktu Ligi Narodów.

że Zgromadzenie mogłoby przyjąć w momencie wybuchu innego konfliktu rezolucję o zgoła innej treści.

Jak pokazały dalsze wydarzenia, odmowa uznania Mandżukuo przez członków Ligi Narodów w zasadzie nie wpłynęła na funkcjonowanie tego podmiotu, a tym bardziej nie doprowadziła do jego likwidacji. Co więcej, jeszcze przed wybuchem II wojny światowej doszło do jego uznania przez kilka państw, a mianowicie przez Salwador, Niemcy, Włochy, Polskę, Węgry i Hiszpanię⁴⁵. Kres jego istnieniu położyło dopiero zajęcie Mandżurii przez wojska radzieckie w 1945 r. Jak się zdaje, przyczyną braku skuteczności działania podjętego przez Ligę były liczne wątpliwości w odniesieniu do podstaw prawnych, treści i skutków nieuznawania, a także sensowności jego utrzymywania przez dłuższy czas w obliczu trwałego charakteru danej sytuacji faktycznej. Przyczyny te połączone z brakiem woli politycznej przywódców państw sprawiły, że w przypadku innych naruszeń Paktu Ligi Narodów i Paktu Brianda-Kellogga mających miejsce przed II wojną światową – takich jak aneksja Etiopii przez Włochy, *Anschluss* Austrii i rozbiór Czechosłowacji – Liga nie podjęła żadnych zdecydowanych działań⁴⁶. Nawet jeśli członkowie Ligi, uchwalając rezolucję z 11 marca 1932 r., rzeczywiście uważali się za zobowiązanych obowiązkami wynikającymi z Paktu Brianda-Kellogga i Paktu Ligi Narodów, praktyka następnych lat pokazała, że prawo ustąpiło przed brutalną siłą.

2. Rodezja Południowa

2.1. Tło historyczne

Rodezja była brytyjską kolonią założoną na obszarach należących do południowoafrykańskich plemion Ndebele i Shona, podbitych pod koniec XIX w. przez Brytyjską Kompanię Południowoafrykańską kierowaną przez Cecila Rhodesa, od którego wzięła swoją nazwę. Ze względu na przecinającą ją rzekę Zambezi szybko nastąpił jej faktyczny podział na dwie części, Rodezję Północną i Południową⁴⁷. Ta pierwsza miała się rozwijać samodzielnie, drugą rząd

⁴⁵ H. W. Briggs, op. cit., s. 84.

⁴⁶ Mowa o praktyce zbiorowej Ligi, gdyż pojedyncze państwa w l. 30. i 40. nadal odmawiały uznania poszczególnych naruszeń prawa międzynarodowego, jak np. ZSRR i USA w odniesieniu do podboju Etiopii przez Włochy i zajęcia Austrii przez III Rzeszę; por. te i inne przypadki omówione w: W. J. H. Hough III, *The Annexation of the Baltic States and Its Effect on the Development of Law Prohibiting forcible Seizure of Territory*, „New York Law School Journal of International and Comparative Law” 1984–1986, t. 6, nr 2, s. 334–351.

⁴⁷ J. McCracken, *British Central Africa*, [w:] J. D. Fage, R. Oliver (red.), *The Cam-*

w Londynie zamierzał włączyć w skład powołanego do życia w 1910 r. Związku Południowej Afryki. Opór Rodezyjczyków wobec takiego rozwiązania, potwierdzony jednoznacznie w przeprowadzonym w 1922 r. referendum, skłonił ostatecznie brytyjski rząd do przyznania Południowej Rodezji statusu samodzielnej kolonii w 1923 r.⁴⁸ W roku 1953, w obliczu tendencji proniepodległościowych w brytyjskich terytoriach zależnych, Londyn podjął decyzję o utworzeniu Federacji Rodezji i Nyasalandu (Federacji Środkowoafrykańskiej), złożonej z należących do korony brytyjskiej Rodezji Północnej, Południowej i Nyasalandu. Celem tego przekształcenia miało być powstrzymanie tendencji odśrodkowych i opóźnienie konieczności przyznania niepodległości członkom federacji, a także umożliwienie czarnej ludności kolonii stopniowe przejmowanie udziału w sprawowaniu władzy. Jak się okazało, eksperyment ten okazał się nieudany i Federacja została rozwiązana z końcem 1963 r. O ile jednak Nyasaland uzyskał w lipcu 1964 r. niepodległość jako Malawi, a Rodezja Północna w październiku 1964 r. jako Zambia, Rodezja Południowa pozostała nadal kolonią brytyjską⁴⁹. W odróżnieniu bowiem od przedstawicieli białej mniejszości w pozostałych dwóch wymienionych państwach, biali mieszkańcy Południowej Rodezji kategorycznie odmawiali przyznania praw wyborczych autochtonom. Tymczasem Brytyjczycy, kierując się hasłem „żadnej niepodległości bez rządów większości” (*no independence before majority rule*), zdecydowanie naciskali na przyznanie czarnej większości praw politycznych i umożliwienie jej przejęcia współodpowiedzialności za przyszłe niepodległe państwo⁵⁰. Tym niemniej nowo wybrany rząd kolonii pod przewodnictwem Iana Smitha nie był skłonny do tego rodzaju ustępstw, a wręcz przeciwnie – rozpoczął kampanię represji w stosunku do nacjonalistów afrykańskich, zdelegalizował prasę popierającą dążenia przeciwników segregacji rasowej i grupy opozycyjne oraz partie polityczne, w tym największą z nich, Afrykański Narodowy Związek Zimbabwe (*Zimbabwe African National Union*, ZANU)⁵¹. W październiku 1964 r. parlament rodezyjski przegłosował

bridge History of Africa, Vol. 7, from 1905 to 1940, Cambridge 2008, s. 602–603.

⁴⁸ J. A. Salmon, *La reconnaissance d'État. Quatre cas: Mandchoukouo, Katanga, Biafra, Rhodésie du Sud*, Paris 1971, s. 204–205.

⁴⁹ V. Gowlland-Debbas, *Collective responses to illegal acts in international law: United Nations action in the question of Southern Rhodesia*, Dordrecht 1990, s. 46.

⁵⁰ D. J. Devine, *The Status of Rhodesia in International Law. Part I*, „Acta Juridica” 1973, s. 19–28. Devine twierdzi jednak, że rząd brytyjski zdawał sobie sprawę z niemożliwości natychmiastowego przyznania pełni praw czarnej ludności i domagał się przede wszystkim przedstawienia planu konkretnych działań zmierzających do umożliwienia jej pełnego uczestnictwa w życiu politycznym i społecznym oraz zagwarantowania jego realizacji.

⁵¹ C. L. Brown-John, *Multilateral Sanctions in International Law. A Comparative Analysis*, New York 1975, s. 275.

poprawkę do rodezyjskiej konstytucji, zgodnie z którą Rodezja Południowa miała przyjąć nazwę Rodezja (bez przymiotnika). Uchwalona zmiana została przedstawiona do podpisu gubernatorowi kolonii, który jednakże nie wyraził na nią zgody. Mimo tego rząd rodezyjski zaczął używać tej nazwy, a w listopadzie 1964 r. przeprowadził referendum niepodległościowe, w którym 55,7% uprawnionych opowiedziało się za niepodległością⁵². W maju 1965 r. odbyły się zarządzane przez Smitha nowe wybory, w których jego partia odniosła całkowite zwycięstwo, zdobywając wszystkie miejsca w parlamencie. Ruch ten miał wzmocnić pozycję przetargową Smitha w prowadzonych jednocześnie negocjacjach z rządem brytyjskim dotyczących przyznania Rodezji niepodległości. We wrześniu Smith poinformował parlament rodezyjski, że niepodległość jest kwestią dni. Na początku października w Londynie odbyły się rozmowy ostatniej szansy między nim a brytyjskim premierem Wilsonem, ale w obliczu nieprzejednanego stanowiska obu stron zakończyły się niepowodzeniem⁵³. 11 listopada 1965 r. Rodezja ogłosiła jednostronną deklarację niepodległości.

W odpowiedzi na ten fakt Wielka Brytania zdecydowała się wnieść sprawę na forum Rady Bezpieczeństwa, która odmówiła uznania Rodezji oraz nałożyła na nią sankcje⁵⁴. Jak się jednak okazało, ich skuteczność była ograniczona, gdyż z jednej strony dochodziło do przypadków ich naruszania, a z drugiej znaczne ograniczenie importu i duża samowystarczalność⁵⁵ pozwoliły Rodezji przetrzymać trudny okres. Jednocześnie Brytyjczycy nadal podejmowali próby negocjacji, m.in. w 1966 i 1968 r., które jednakże nie zakończyły się sukcesem⁵⁶. Na początku lat 70. Rodezję ogarnęła tłąca się już wcześniej wojna domowa, której uczestnicy – wspomniana już ZANU pod przewodnictwem Roberta Mugabe i Afrykański Ludowy Związek Zimbabwe (Zimbabwe African People's Union, ZAPU) z Joshuą Nkomo na czele – wspierani przez państwa ościenne oraz Związek Radziecki i Chińską Republikę Ludową, podejmowali coraz bardziej śmiałe akcje zbrojne przeciwko białej administracji⁵⁷. 1 marca 1970 r., realizując wolę

⁵² Ibidem, 275.

⁵³ D. J. Devine, *The Status of Rhodesia...*, s. 12–15. Tam również dokładne omówienie całokształtu prowadzonych od listopada 1963 r. negocjacji.

⁵⁴ Rezolucje podjęte w tej sprawie zostaną przeanalizowane w następnym podrozdziale.

⁵⁵ Por. C. L. Brown-John, op. cit., s. 305.

⁵⁶ P. Calvocoressi, *Polityka międzynarodowa 1945–2000*, Warszawa 2002, s. 726. Rozmowy te przeszły do historii jako *Tiger talks* i *Fearless talks*, biorąc swą nazwę od brytyjskich krążowników, na pokładzie których toczyły się negocjacje między Smithem i Wilsonem.

⁵⁷ J. Kukułka, *Historia współczesna stosunków międzynarodowych 1945–1996*, Warszawa 1996, s. 274–275.

białych Rodezyjczyków wyrażoną w przeprowadzonym wcześniej referendum, Smith ostatecznie zerwał więzi z koroną brytyjską, ogłaszając powstanie republiki. Wkrótce potem Rodezja przyjęła nową konstytucję i przeprowadziła wybory, w których partia kierowana przez dotychczasowego lidera uzyskała wszystkie miejsca w parlamencie⁵⁸.

Od połowy lat 70. walki jeszcze się wzmogły, a portugalski Mozambik, dotychczas sprzyjający Rodezji, ogłosił niepodległość i zerwał współpracę z reżimem Smitha. Skłoniło to rodezyjski rząd do rozpoczęcia rozmów z umiarkowanymi przywódcami czarnej opozycji, biskupem Abelem Muzorewą (Zjednoczona Afrykańska Rada Narodowa, *United African National Council*, UANC), Ndabaningi Sithole (odłam ZANU, tzw. ZANU Ndonga) i wodzem plemienia Maszonów, Jeremiahem Chirau. W marcu 1978 r. reżim podpisał z nimi porozumienie, na podstawie którego umożliwiono czarnej ludności udział w sprawowaniu władzy, wprowadzając jednakże istotne mechanizmy chroniące interesy potomków byłych kolonizatorów⁵⁹. Rezultatem umowy były wybory przeprowadzone w kwietniu 1979 r. wygrane przez UANC, której przywódca został premierem. Nazwę kraju zmieniono na Zimbabwe Rodezja. Tym niemniej kontrola nad policją, siłami bezpieczeństwa i sądownictwem pozostały w rękach byłych kolonizatorów, a ponadto mieli oni zagwarantowaną 1/4 miejsc w parlamencie. Widząc ustępliwość władz rodezyjskich i możliwość rozwiązania ciągnącego się sporu, rząd brytyjski z Margaret Thatcher na czele zaprosił Smitha oraz liderów ZAPU, ZANU i UANC do udziału w konferencji w Lancaster House w dniach 10 września–15 grudnia 1979 r. 21 grudnia 1979 r. przedstawiciele czarnej opozycji oraz rządów brytyjskiego i rodezyjskiego podpisali porozumienie z Lancaster House kończące wieloletnią wojnę domową⁶⁰. W oparciu o nie Rodezja powróciła na krótko pod panowanie królowej brytyjskiej. Po wyborach przeprowadzonych w lutym 1980 r., które wygrała znaczną przewagą głosów ZANU i jej przywódca Robert Mugabe, 18 kwietnia 1980 r. proklamowano ogłoszenie niepodległości Zimbabwe, które wkrótce stało się członkiem Organizacji Narodów Zjednoczonych.

2.2. Reakcja ONZ

Jako że do momentu ogłoszenia deklaracji niepodległości Rodezja była kolonią brytyjską, podjęcie pierwszych kroków w sprawie należało do Wielkiej Brytanii. Spośród dostępnych opcji premier Wilson zdecydował się na umiędzynarodowienie kwestii rodezyjskiej. Było to uzasadnione szeregiem czynników,

⁵⁸ V. Gowlland-Debbas, *Collective responses...*, s. 72–73.

⁵⁹ J. Kukułka, op. cit., s. 275–276.

⁶⁰ Ibidem, s. 276.

m.in. przekonaniem, że międzynarodowe wsparcie umocni jego stanowisko w negocjacjach z rodezyjskim reżimem, nadzieją, że ewentualne konsekwencje sankcji ekonomicznych przyczynią się do wzmocnienia rodezyjskiej białej opozycji wobec rządu Smitha⁶¹, brakiem możliwości interwencji zbrojnej w Rodezji, niemającej dostępu do morza i położonej tysiące kilometrów od innych brytyjskich terytoriów i baz⁶² czy też faktem istnienia ścisłych powiązań rodzinnych między Brytyjczykami i Rodezyjczykami⁶³, który sprawiał, że potencjalna interwencja zostałaby określona jako bratobójcza wojna, druzgocąco wpływając na notowania polityczne jego rządu. Wszystkie te przyczyny sprawiły, że Wilson postanowił zwrócić uwagę ONZ na problem zbuntowanej kolonii.

Reakcja ONZ⁶⁴ była szybka, choć wojownicze nastroje części państw afrykańskich zostały ostudzone przez samą Wielką Brytanię, która nie zgodziła się na proponowaną przez nie autoryzację interwencji zbrojnej⁶⁵. Rada Bezpieczeństwa przyjęła dwie rezolucje, 216 i 217. Pierwsza z nich określała deklarację jako dokonaną przez „rasistowską mniejszość” (*racist minority*) i wzywała (*‘calls upon...’*) wszystkie państwa do nieuznawania „nielegalnego rasistowskiego mniejszościowego reżimu w Południowej Rodezji”, jak również do powstrzymania się od udzielania mu jakiegokolwiek pomocy⁶⁶. Druga rozwijała postanowienia pierwszej: stwierdzała, że niepodległość Rodezji została ogłoszona przez „nielegalne władze”, potępiała ten fakt i określała go jako „niemający żadnej mocy prawnej” (*having no legal validity*), a także ponownie wzywała do nieuznawania rządu Smitha, nieutrzymywania z nim stosunków dyplomatycznych lub jakichkolwiek innych i do powstrzymania się od jakiegokolwiek działania, które mogłoby stanowić wsparcie dla niego – w tym w szczególności od sprzedaży uzbrojenia. Wezwała także państwa, by „zrobiły co w ich mocy”, by zerwać wszelkie stosunki ekonomiczne z Rodezją Południową, obejmując ją embargiem na dostawy ropy naftowej, a także zagroziła, że dalsze trwanie sytuacji może stanowić zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa⁶⁷. W obliczu braku

⁶¹ To założenie okazało się mylne, por. C. L. Brown-John, op. cit., s. 281.

⁶² M. Akehurst, *State responsibility for the wrongful acts of rebels – An aspect of the Southern Rhodesian problem*, „British Yearbook of International Law” 1968–1969, t. 43, s. 54.

⁶³ C. L. Brown-John, op. cit., s. 286.

⁶⁴ Omówienie rezolucji nie ma charakteru wyczerpującego; pominięte zostaną rezolucje o marginalnym znaczeniu dla omawianych zagadnień, a także co do zasady powtarzające się postanowienia bardziej istotnych rezolucji. Zastrzeżenie to odnosi się także do pozostałych przypadków omawianych w następnych częściach pracy.

⁶⁵ C. L. Brown-John, op. cit., s. 293–299.

⁶⁶ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 216 (1965).

⁶⁷ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 217 (1965).

reakcji ze strony rządu Smitha Rada określiła istnienie Rodezji w rezolucji 221 jako zagrożenie dla pokoju⁶⁸, a w rezolucji 232 uznała je wyraźnie za zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa⁶⁹. Ta ostatnia została podjęta w oparciu o rozdział VII Karty Narodów Zjednoczonych i nadała ustanowionym wcześniej sankcjom ekonomicznym charakter wiążący, opierając się na art. 41 Karty. Kolejna istotna rezolucja 277, również przyjęta na podstawie rozdziału VII i będąca odpowiedzią na wspomniane powyżej ogłoszenie Rodezji republiką, potępiała „nielegalną proklamację republikańskiego statusu terytorium przez nielegalny reżim Południowej Rodezji”. Rada zadecydowała w niej (*‘decides...’*), że członkowie ONZ powinni powstrzymać się od uznawania nielegalnego reżimu lub udzielania mu jakiegokolwiek pomocy i wezwała ich (*‘calls upon...’*), by na szczeblu krajowym podjęli środki niezbędne do zapewnienia, by żaden akt dokonany przez jego urzędników i instytucje nie był w żaden sposób uznany, oficjalnie bądź nie, przez odpowiednie organy tych państw członkowskich oraz by nie dopuścili do przyjęcia Rodezji do organizacji międzynarodowych i usunęli ją z organizacji, w których się znajdowała⁷⁰. Zobowiązała również członków Organizacji do natychmiastowego zerwania wszelkich stosunków dyplomatycznych, konsularnych, handlowych, wojskowych i innych. W nawiązaniu do art. 2 ust. 6 Karty wezwała także państwa nienależące do ONZ do podjęcia ww. kroków⁷¹.

Kolejne rezolucje przyjmowane w latach 70. w zasadzie powtarzały postanowienia poprzednich, jednocześnie wzywając państwa do poszanowania sankcji – w tym zwłaszcza pozostający pod panowaniem portugalskim Mozambik i rasistowską RPA, które znacząco wspierały rząd rodezyjski. W roku 1978, kiedy rząd Smitha zintensyfikował działania zmierzające do zawarcia porozumienia z przedstawicielami czarnej opozycji, Rada Bezpieczeństwa wezwała w rezolucji 423 do nieuznania porozumienia, które zmierzałoby do rozwiązania sytuacji w oparciu o rząd mniejszości⁷². Przed wyborami w kwietniu 1979 r. Rada przyjęła rezolucję 445, w której deklarowała, że jakiekolwiek wybory przeprowadzone pod auspicjami nielegalnego reżimu i ich rezultaty będą bezwzględnie nieważne

⁶⁸ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 221 (1965).

⁶⁹ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 232 (1966).

⁷⁰ Po rozwiązaniu Federacji Środkowoafrykańskiej, która realizowała swoją ograniczoną podmiotowość międzynarodowoprawną za zgodą Wielkiej Brytanii, Rodezja stała się przed 1965 r. członkiem szeregu organizacji, w tym m.in.: WMO, IMF, ITU, GATT, Międzynarodowej Rady Zbożowej, APU (Afrykański Związek Poczty), ATU (Afrykański Związek Telekomunikacyjny) oraz mniej znanych regionalnych organizacji afrykańskich. Uczestniczyła również pośrednio w pracach IMF, IBRD, UPU, WHO i FAO. Por. D. J. Devine, *The Status of Rhodesia...*, s. 43–45.

⁷¹ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 277 (1970).

⁷² Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 423 (1978).

(*null and void*), a także że przedstawiciele i organy ustanowione w drodze tego procesu nie zostaną uznane przez ONZ i jej członków⁷³. W rezolucji 448, podjętej już po wyborach, Rada podtrzymała wcześniejsze stanowisko i uznała wybory za nieważne oraz wezwała wszystkie państwa (a więc także nieczłonkowskie) do odmowy uznania osób sprawujących funkcje w ich wyniku⁷⁴. Po zawarciu porozumienia z Lancaster House doszło do wydania rezolucji 460, w której uznano, że Wielka Brytania ponownie przejęła odpowiedzialność za terytorium Rodezji jako jego administrator i odwołano sankcje z rezolucji 232 i 253⁷⁵.

2.3. Przesłanki wydania rezolucji wzywających do nieuznawania Rodezji

W literaturze zaprezentowano dotychczas szereg interpretacji podstaw odmowy uznania przez ONZ Południowej Rodezji bądź też ogólniej, przyczyn podjęcia przez ONZ działań skierowanych przeciwko rodezyjskiemu reżimowi. Spośród nich dwie były proponowane najczęściej. Zgodnie z pierwszą, przyczyną odmowy uznania Rodezji było naruszenie przez jednostronną deklarację niepodległości wydaną przez białą mniejszość prawa do samostanowienia większości ludności tego terytorium⁷⁶. Druga za przyczynę uważała oparcie rodezyjskiego systemu politycznego na białej supremacji i prowadzenie przez rząd Smitha polityki dyskryminacji rasowej w stosunku do czarnej większości zamieszkującej Rodezję⁷⁷. Obie w gruncie rzeczy raczej się uzupełniają niż wykluczają. Co więcej, należy uznać je za prawidłowe w świetle postanowień rezolucji analizowanych w poprzednim podrozdziale, takich jak wezwania do nieuznawania „nielegalnego rasistowskiego mniejszościowego reżimu w Południowej Rodezji”⁷⁸ czy też do umożliwienia ludności Rodezji realizacji jej prawa do „samostanowienia i niepodległości”⁷⁹. Pozornie zbliżonym do tych podstaw był wysunięty przez J. Fawcetta postulat, zgodnie z którym przyczyną odmowy uznania rodezyjskiego

⁷³ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 445 (1979).

⁷⁴ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 448 (1979).

⁷⁵ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 460 (1979).

⁷⁶ J. Nkala, *The United Nations, International Law and the Rhodesian Independence Crisis*, Oxford 1985, s. 48–49, J. A. Salmon, op. cit., s. 242, J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford 2006, s. 130, V. Gowlland-Debbas, *Security Council Enforcement Action and Issues of State Responsibility*, „International and Comparative Law Quarterly” 1994, t. 43, nr 1, s. 64, I. I. Dore, *Recognition of Rhodesia and Traditional International Law: Some Conceptual Problems*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law”, t. 13, nr 25, s. 39–40.

⁷⁷ J. A. Salmon, op. cit., s. 246, I. Dore, op. cit., s. 39–40, V. Gowlland-Debbas, *Security Council...*, s. 64.

⁷⁸ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 216 (1965).

⁷⁹ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 253 (1968).

reżimu była systematyczna odmowa poszanowania „określonych praw obywatelskich i politycznych, w tym w szczególności prawa każdego obywatela do udziału w rządzeniu jego państwem, bezpośrednio lub przez przedstawicieli wybranych w drodze regularnego, równego i tajnego głosowania”⁸⁰. Pogląd ten został jednak słusznie uznany za kontrowersyjny; pojawiły się m.in. głosy, że gdyby tego rodzaju podstawa odmowy uznania państw rzeczywiście funkcjonowała w prawie międzynarodowym, to większość istniejących państw nie byłaby uznana, gdyż nie spełniały tego wymogu⁸¹. Choć Fawcett bronił się, twierdząc, że odnosił to kryterium wyłącznie do państw powstających po 1948 r.⁸², to jednak jego argumenty nie są przekonujące, gdyż można podać przykłady państw powstałych po tym roku, które tego warunku nie spełniają, a nie tylko zostały uznane, lecz są członkami ONZ.

W doktrynie pojawiły się również głosy, że odmowa uznania państwowości Rodezji była spowodowana nielegalnością dokonanej przez nią secesji⁸³, co miałyby sugerować licznie pojawiające się w rezolucjach zwroty określające reżim Smitha bądź samą secesję jako „nielegalną”. Należy jednak zauważyć, że generalnie secesja w świetle prawa międzynarodowego nie jest zabroniona⁸⁴, a sama ONZ czasem wspierała dążące do secesji grupy działające na obszarach kolonialnych, pod warunkiem, że realizowały one w ten sposób prawo do samostanowienia, jak to miało miejsce m.in. w przypadku Indonezji, Algierii czy Angoli⁸⁵. Dlatego stwierdzenie, że sama secesja, w dodatku mająca miejsce w sytuacji kolonialnej, miałaby zostać uznana przez ONZ za nielegalną, jest bezpodstawne.

W. Reisman i M. McDougal twierdzili z kolei, że podstawą odmowy uznania Rodezji było dokonanie przez nią „agresji”, którą ich zdaniem stanowiło

⁸⁰ J. E. S. Fawcett, *Security Council Resolutions on Rhodesia*, „British Yearbook of International Law” 1965–1966, t. 41, s. 112.

⁸¹ D. J. Devine, *The Requirements of Statehood Re-examined*, „The Modern Law Review” 1971, t. 34, nr 1, s. 410. Devine, jako zwolennik teorii konstytutywnej, zauważył wręcz, że w takiej sytuacji większość państw nie istniałaby w sensie prawnym. Gwoli ścisłości należy zauważyć, że Devine odnosił się do poglądów wyrażonych przez Fawcetta w *The Law of Nations* z 1968 r., s. 46, których treść była jednak zbliżona do cytowanych powyżej. Podobną krytykę zaprezentował też S. Talmon, *La non-reconnaissance collective des états illégaux*, Paris 2007, s. 21.

⁸² J. E. S. Fawcett, *A Reply to Devine*, „The Modern Law Review” 1971, t. 34, nr 1, s. 417. *Nota bene*, ponieważ wycofując się z wcześniej zajmowanego stanowiska, Fawcett stwierdził tam ostatecznie, że wysuwając swoją propozycję, miał na myśli zasadę samostanowienia (jak można się domyślać w jej aspekcie wewnętrznym).

⁸³ Por. J. W. Halderman, *Some Legal Aspects of Sanctions in the Rhodesian Case*, „International and Comparative Law Quarterly” 1968, t. 17, nr 3, s. 699–700.

⁸⁴ Por. np. P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, London 1997, s. 78.

⁸⁵ J. W. Halderman, op. cit., s. 700–701.

przejęcie kontroli nad terytorium pozostającym pod suwerenną władzą Wielkiej Brytanii bez jej zgody i bez zgody ludności tubylczej tego obszaru⁸⁶. Taka interpretacja stała jednak w sprzeczności z najbardziej powszechnym i utrwalonym znaczeniem pojęcia „agresji” sformułowanym w rezolucji Zgromadzenia Ogólnego nr 3314 o definicji agresji. W świetle tej rezolucji agresję stanowi wyłącznie „użycie siły zbrojnej przez państwo przeciwko suwerenności, integralności terytorialnej i politycznej niezależności innego państwa lub w jakikolwiek inny sposób niezgodny z Kartą Narodów Zjednoczonych”⁸⁷ (art. 1). W przypadku Rodezji użycie siły nie miało miejsca, dlatego też zdecydowanie przypadek rodezyjski nie mógł być zakwalifikowany jako przykład agresji, a fakt jej dokonania nie mógł stanowić podstawy do odmowy uznania nowo powstałego rodezyjskiego państwa⁸⁸.

2.4. Skutki rezolucji

Ocena efektów działań Rady Bezpieczeństwa zmierzających do koordynacji odmowy uznania Rodezji przez państwa członkowskie ONZ nie jest wbrew pozorom zadaniem banalnym. Istotny problem stanowi bowiem zagadnienie, jaka jest treść obowiązku odmowy uznania, szczególnie, jeśli weźmie się pod uwagę, że uznanie może mieć zarówno charakter wyraźny, jak i dorozumiany⁸⁹. Jeżeli rozpatrywać analizowane zagadnienie, jedynie biorąc pod uwagę tę pierwszą formę uznania, skuteczność rezolucji przyjętych przez Radę Bezpieczeństwa należy uznać za stuprocentową, gdyż do końca 1979 r. żadne państwo nie uznało Rodezji w sposób wyraźny⁹⁰.

Sprawa komplikuje się w związku z możliwością uznania Rodezji w sposób dorozumiany. Jak przyjmuje się w doktrynie, uznanie takie ma zazwyczaj miejsce wtedy, gdy dochodzi do nawiązania stosunków dyplomatycznych lub zawarcia umowy bilateralnej pomiędzy podmiotem uznającym i uznawanym⁹¹. Jeżeli chodzi o ten pierwszy warunek, sytuacja rodezyjska przedstawiała się dość jasno. Przede wszystkim żadne państwo nie oświadczyło, by utrzymywało z Rodezją

⁸⁶ W. M. Reisman, M. S. McDougal, *Rhodesia and the United Nations: The Lawfulness of International Concern*, „The American Journal of International Law” 1968, t. 62, nr 1, s. 10. Por. też szereg bardziej i mniej przekonujących kontrargumentów D. J. Devine, *The Status of Rhodesia...*, s. 75–77.

⁸⁷ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 3314 (XXIX)(1974).

⁸⁸ Należy jednak zauważyć, że sama definicja agresji została ostatecznie sformułowana dopiero w 1974 r., natomiast artykuł Reismana i McDougala wydano w roku 1968.

⁸⁹ J. Symonides, R. Bierzanek, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, s. 140.

⁹⁰ J. Nkala, op. cit., s. 66.

⁹¹ J. Symonides, R. Bierzanek, op. cit., s. 140.

stosunki dyplomatyczne, wręcz przeciwnie – w odpowiedzi na wezwanie ONZ wiele państw w sposób jasny zadeklarowało, że nie uzna Rodezji i nie będzie utrzymywać z nią tego rodzaju relacji⁹².

Dwa wyjątki w tym względzie stanowiły jednakże oświadczenia RPA i Portugalii. Portugalski minister spraw zagranicznych stwierdził, że Portugalia zadecyduje co do uznania lub jego odmowy po analizie postanowień deklaracji niepodległości, natomiast premier RPA ogłosił, że jego państwo będzie utrzymywać z Rodezją 'normalne stosunki', gdyż nie zamierza ingerować w wewnętrzny spór między Wielką Brytanią a jej kolonią. To ostatnie stwierdzenie oznaczało, że RPA nie wycofa swojego quasi-dyplomatycznego przedstawiciela rezydującego dotąd w Rodezji, i można je interpretować jako wyraz woli utrzymywania relacji niezmienionych w stosunku do tych, jakie miały miejsce przed ogłoszeniem niepodległości przez Rodezję⁹³ (aczkolwiek skutki takiej polityki naruszały postanowienia rezolucji ustanawiających sankcje). Portugalia postanowiła ostatecznie kontynuować utrzymywanie z rządem rodezyjskim dotychczasowych quasi-dyplomatycznych stosunków⁹⁴, które podobnie jak te między Rodezją a RPA naruszały sankcje ONZ. Różnice między pozostałymi członkami ONZ a Portugalią i RPA w ich stosunku do Rodezji⁹⁵ przejawiały się także w postaci odmiennych przedstawicielstw utrzymywanych przez tę ostatnią w obu tych państwach. Przed ogłoszeniem niepodległości Rodezja wysyłała swoich wysokich przedstawicieli jako członka Brytyjskiej Wspólnoty Narodów, m.in. do Londynu i Pretorii; posiadała także swoje „przedstawicielstwa” w Waszyngtonie, Bonn, Tokio i Lizbonie⁹⁶. Po jej ogłoszeniu Rodezja przekształciła swoje placówki w Pretorii i Lizbonie na „akredytowane przedstawicielstwa dyplomatyczne”, natomiast w Waszyngtonie, Bonn i Tokio utrzymała swoje nieoficjalne „biura przedstawicielskie” (*representative office*). O ile jednak te ostatnie nawet w zamierzeniu władz rodezyjskich nie miały mieć statusu tradycyjnych przedstawicielstw dyplomatycznych, o tyle szefowie tych pierwszych składali ministrom spraw zagranicznych listy wprowadzające⁹⁷, tak jak czynią to zazwyczaj chargé

⁹² Por. oświadczenia przedstawicieli Wielkiej Brytanii, USA, Kanady, Nowej Zelandii, Indii, ZSRR i szeregu innych państw przedstawione w: J. Nkala, op. cit., s. 67–8.

⁹³ Ibidem, s. 68.

⁹⁴ J. Nkala, op. cit., s. 74. Zostały one zerwane w 1975 r. po obaleniu następcy dyktatora Antonio Salazara, Marcelo Caetano.

⁹⁵ Warto zauważyć, że oba państwa uważały, że zgodnie z art. 2 ust. 7 Karty, ONZ nie była uprawniona, by ingerować w sprawę, która ich zdaniem mieściła się w zakresie kompetencji wewnętrznej Wielkiej Brytanii, por. V. Gowlland-Debbas, *Collective responses...*, s. 197–198.

⁹⁶ D. J. Devine, *The Status of Rhodesia...*, s. 44.

⁹⁷ J. R. T. Wood, *So far and no further! Rhodesia's bid for independence during the*

d'affaires⁹⁸. Choć przedstawicielstwa Rodezji w Portugalii i RPA niewątpliwie miały specyficzny status, nie można interpretować ich tolerowania przez oba te państwa jako prowadzącego do dorozumianego uznania Rodezji. Dowodem na to jest oświadczenie samego przywódcy Rodezji, Smitha, który zapytany w 1969 r. – już po ustanowieniu „akredytowanych przedstawicielstw dyplomatycznych” i złożeniu listów uwierzytelniających przez ich szefów – czy brak uznania ze strony RPA i Portugalii stanowić będzie przeszkodę dla Rodezji odpowiedział, że nie, choć uznanie z ich strony byłoby przez jego rząd mile widziane⁹⁹. Skoro więc sam premier państwa bezpośrednio zainteresowanego uznaniem nie uważał, by do niego doszło, nie ma powodu, by twierdzić, że było inaczej.

Jeżeli chodzi o umowy międzynarodowe, sprawa rodezyjska nie przedstawia się jasno. Chociaż nie ma dowodu na fakt zawarcia jakichkolwiek traktatów pomiędzy reżimem Smitha a rządami innych państw, pewne jest, że w trakcie kilkunastoletniego samodzielnego bytu Rodezji niektóre rządy prowadziły negocjacje z reżimem Smitha. Tym niemniej samo prowadzenie rokowań nie implikuje uznania podmiotu, z którym się negocjuje, chyba że w sposób wyraźny można przypisać taką intencję prowadzącym je podmiotom¹⁰⁰. Dlatego też fakt negocjowania ze Smithem przez Wielką Brytanię czy USA nie może być określony jako stanowiący o uznaniu Rodezji, tym bardziej, że ich przedstawiciele wyraźnie zaprzeczali, by posiadali taką intencję, a sama Wielka Brytania była inicjatorem akcji zmierzającej do zapobieżenia uznaniu Rodezji i nałożenia na nią sankcji¹⁰¹.

W literaturze przedmiotu pojawiły się sugestie, że pewne aspekty współpracy Rodezji z RPA, takie jak współpraca w zakresie wymiaru sprawiedliwości (honorowanie wezwań sądowych i wyroków wydawanych przez sądy rodezyjskie, wydawanie zbiegłych przestępców, pomoc policji południowoafrykańskiej w utrzymywaniu porządku w południowej części kraju), musiały być efektem zawartej między nimi umowy¹⁰². W gruncie rzeczy fakt konieczności istnienia

retreat from empire 1959–1965, Victoria 2005, s. 357.

⁹⁸ J. Sutor, *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, Warszawa 2008, s. 156, 185.

⁹⁹ D. J. Devine, *Does South Africa Recognize Rhodesian Independence?*, „South African Law Journal” 1969, t. 86, s. 441–442.

¹⁰⁰ J. Nkala, op. cit., s. 69.

¹⁰¹ Por. też kuriozalny argument samego Smitha, który twierdził, że fakt, że Wielka Brytania uciekła się do pomocy ONZ w sprawie rodezyjskiej świadczył o tym, że uznała Rodezję za niepodległe państwo, R. Higgins, *International Law, Rhodesia, and the U.N.*, „The World Today” 1967, t. 23, nr 3, s. 105.

¹⁰² C. J. R. Dugard, *Acta Juridica* [recenzja], „South African Law Journal” 1969, t. 86, nr 1, s. 114. Por. też D. J. Devine, *Does South Africa Recognize Rhodesian Independence?*, „South African Law Journal” 1969, t. 86, s. 440–442.

jakiegoś rodzaju porozumień w tym zakresie wydaje się bezsporny. W kontekście opisanej polityki południowoafrykańskiej, zmierzającej do zachowania z Rodezją stosunków sprzed ogłoszenia przez nią niepodległości, stosunkowo przekonujący wydaje się argument wysunięty przez J. Dugarda na podstawie analizy orzecznictwa sądów południowoafrykańskich w sprawach dotyczących ekstradycji, że współpraca RPA i Rodezji w zakresie wymiaru sprawiedliwości odbywała się na podstawie umów zawartych przed ogłoszeniem niepodległości przez Rodezję¹⁰³. Niestety, brak jest jakichkolwiek danych dotyczących ewentualnych porozumień między Rodezją a Portugalią, z którą ta pierwsza również ściślej współpracowała we wskazanych wyżej dziedzinach. Wspomniane wyżej oświadczenie Smitha z 1969 r. należy uznać za przesądzające kwestię dorozumianego uznania w tej formie.

To samo zastrzeżenie dotyczy utrzymywania przez część państw stosunków gospodarczych z Rodezją. Choć sama wymiana handlowa bezpośrednio nie wiąże się z problemem dorozumianego uznania, to w praktyce kwestia taka może się pojawić w związku z koniecznością akceptacji lub oceny dokumentów handlowych, eksportowych, przewozowych czy świadectw pochodzenia wydawanych przez organy państwa eksportującego towary¹⁰⁴. Sankcje wymierzone w Rodezję były wielokrotnie naruszane – przede wszystkim przez Republikę Federalną Niemiec, Japonię, Portugalię, RPA i Zambię¹⁰⁵, a w mniejszej skali – przez USA i część pozostałych państw zachodniej Europy. Fakt nieprzestrzegania postanowień rezolucji ONZ przez dwa pierwsze wymienione państwa wynikał z presji wielkich koncernów, które naciskały na import z Rodezji surowców, takich jak żelazo, chrom czy miedź¹⁰⁶. Z kolei Zambia była tak ściśle powiązana ekonomicznie z Rodezją, że nie była w stanie skutecznie implementować oenztowskich sankcji¹⁰⁷. Tym niemniej wszystkie trzy wymienione państwa wyraż-

¹⁰³ J. J. Dugard, *Rhodesia: Does South Africa Recognize It As An Independent State?*, „South African Law Journal” 1977, t. 94, nr 2, s. 127–130.

¹⁰⁴ Por. m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE *The Queen v Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S. P. Anastasiou (Pissouri) Ltd and others*, C-432/92, w którym stwierdzono, że akceptacja takich dokumentów wydanych przez nieuznawany podmiot nie jest dopuszczalna, gdyż pociąga za sobą konieczność współpracy z jego administracją.

¹⁰⁵ C. L. Brown-John, op. cit., s. 319.

¹⁰⁶ C. L. Brown-John, op. cit., s. 299–300, 319–320.

¹⁰⁷ Zambia praktycznie nie była w stanie funkcjonować bez dostarczanych z Rodezji surowców, przede wszystkim ropy, węgla i elektryczności z elektrowni wodnej Kariba na rzece Zambezi. Samo odcięcie przez Rodezję Zambii dostępu do ropy wystarczyło, by wywołać tam kryzys, którego złagodzenie było możliwe dopiero dzięki zorganizowanemu 33-miesięcznemu mostowi powietrznemu, por. D. G. Anglin, *Zambian Crisis Behavior: Rhodesia's Unilateral Declaration of Independence*, „International Studies Quarterly”

nie zaprzeczały, że uznały Rodezję. W sposób najbardziej ewidentny naruszenia dokonywane były przez RPA i Portugalię (poprzez jej kolonię w Mozambiku), które prowadziły wymianę handlową z reżimem Smitha na szeroką skalę. O ile przedstawiciele Portugalii nie wypowiadali się w tej sprawie jasno, o tyle premier RPA tłumaczył brak zmian w dotychczasowych relacjach dążeniem do zachowania wspomnianych już „normalnych stosunków”¹⁰⁸. Jako że jeszcze przed ogłoszeniem niepodległości Rodezja była stroną bilateralnych umów handlowych i celnych z Portugalią i RPA¹⁰⁹, kontynuację wymiany handlowej z tymi państwami można traktować jako potwierdzenie prawdziwości tych deklaracji. Zresztą, jak wskazuje się w doktrynie, nawet zawarcie nowych umów handlowych z nieuznanym podmiotem nie musi oznaczać dorozumianego uznania¹¹⁰.

W doktrynie wskazywane są również inne formy uznania dorozumianego. Do najbardziej powszechnie akceptowanych należy zaliczyć „ustanowienie stosunków konsularnych z danym państwem, wydanie *exequatur* konsulowi obcego państwa lub wystawienie listów komisyjnych adresowanych do władz państwa czekającego na uznanie”¹¹¹. Przed ogłoszeniem przez nią niepodległości, w Rodezji, podobnie jak w innych brytyjskich koloniach, funkcjonowało szereg konsulatów państw zachodnich¹¹². Deklaracja niepodległości niewiele zmieniła w tej kwestii – konsulowie pozostali na swoich stanowiskach, dalej wykonując swoje obowiązki. Dopiero gdy w marcu 1970 roku reżim Smitha ogłosił Rodezję republiką, państwa te masowo wycofały swoich przedstawicieli konsularnych, by ich pozostanie nie implikowało uznania dla reżimu. Sygnał do tego działania dała Wielka Brytania, która sama wycofała z rodezyjskiej stolicy, Salisbury, swojego konsula¹¹³. Wyjątkiem ponownie były RPA i Portugalia, które zadeklarowały wówczas jednoznacznie, że ich konsulowie nadal będą sprawować swoje funkcje¹¹⁴. Fakt ten nie powinien być jednak automatycznie utożsamiany z uznaniem, jest bowiem przyjęte, że konsul danego państwa może nadal sprawować

1980, t. 24, nr 4, s. 587–588. O tym, jak poważne były te trudności, świadczą rezolucje ONZ wzywające wymienione w nich organizacje międzynarodowe oraz wszystkie państwa do pomocy Zambii, zmagającej się z retorsjami ze strony Rodezji w związku z odmową jej uznania, por. m.in. rezolucje Rady Bezpieczeństwa 327 (1973) i 329 (1973).

¹⁰⁸ J. Nkala, *op. cit.*, s. 70.

¹⁰⁹ D. J. Devine, *The Status of Rhodesia...*, s. 43.

¹¹⁰ Por. B. R. Bot, *Nonrecognition and Treaty Relations*, Leiden 1968, s. 30, 67–68 i cytowaną tam literaturę.

¹¹¹ J. Sutor, *op. cit.*, s. 444–445.

¹¹² Swoje konsulaty miały tam: Wielka Brytania, Australia, Japonia, Szwecja, Turcja, RFN, Szwajcaria, Belgia, Dania, Norwegia, USA, Francja, Grecja, Holandia, Finlandia, RPA i Portugalia. – za: J. Nkala, *op. cit.*, s. 61.

¹¹³ J. Nkala, *op. cit.*, s. 63.

¹¹⁴ *Ibidem*, s. 63.

swoje funkcje w państwie nieuznanym na podstawie wcześniej udzielonego mu *exequatur*, dopóki jego władze nie zażądają przedstawienia nowych adresowanych do nich listów komisyjnych¹¹⁵. Jak słusznie jednak zauważono, gdy po ogłoszeniu Rodezji republiką rząd brytyjski wycofał z Salisbury własnego konsula i wezwał do tego pozostałe państwa, których konsulom wcześniej udzielił *exequatur*, pozostawienie ich na stanowiskach mogło implikować uznanie nowego reżimu (i dlatego też doszło do ich wycofania przez pozostałe państwa). Sporne jest więc, na ile fakt pozostawienia swoich przedstawicieli konsularnych przez RPA i Portugalię może być dowodem uznania Rodezji. Podobnie jednak jak w przypadkach poprzednich, omawiane zachowanie można interpretować jako dążenie do zachowania stosunków sprzed ogłoszenia deklaracji niepodległości Rodezji, a potwierdzeniem braku dorozumianego uznania może być wspomniane wcześniej oświadczenie Smitha z 1969 r.

Inne kontrowersyjne działania obejmowały akceptację przez RPA rodezyjskich paszportów, organizację wizyt premiera Smitha w Pretorii oraz wizytowanie Salisbury przez premiera RPA¹¹⁶. Podobnie jak w innych dotychczas omówionych przypadkach, możliwość uznania została obalona przez deklarowaną wyraźną odmienną intencję tego państwa¹¹⁷, potwierdzaną poniekąd przez oświadczenia przedstawicieli Rodezji.

3. Bantustany

3.1. Tło historyczne

Drugą sytuacją, w której doszło do zbiorowego nieuznania nielegalnie powstałego państwa – czy dokładniej, państw – po II wojnie światowej, było ogłoszenie niepodległości przez tworzone przez Republikę Południowej Afryki bantustany w latach 70. i 80. XX wieku. Tworzenie tych podmiotów było efektem realizacji polityki apartheidu, która istniała w RPA (i jej poprzednicze Związku Południowej Afryki) od dawna, ale uległa zaostrzeniu i swego rodzaju instytucjonalizacji po zakończeniu II wojny światowej, poczynszyszy od zwycięstwa w wyborach w 1948 r. Partii Narodowej¹¹⁸. Zwolennicy apartheidu zmierzali do utrwalenia segregacji rasowej w Południowej Afryce. W tym celu początkowo

¹¹⁵ J. Sutor, op. cit., s. 445–446.

¹¹⁶ Ibidem, s. 74.

¹¹⁷ Oświadczenie ówczesnego premiera Hendrika Verwoerda, por. ibidem, s. 69.

¹¹⁸ J. Balicki, *Apartheid a prawo międzynarodowe*, „Sprawy Międzynarodowe” 1973, z. 12, s. 87. *Nota bene* autor artykułu błędnie nazywa Partię Narodową Partią Nacjonalistyczną.

wprowadzono szereg rozwiązań legislacyjnych, takich jak rejestr rasowy obejmujący całą ludność, zakaz i karalność mieszanych małżeństw, oparty na dyskryminacji system zatrudnienia, odpowiedzialność karną za różne formy zbiorowego organizowania się i protestu itp.¹¹⁹ Mimo podjęcia tych środków siła czarnej opozycji rosła, wzrastały też naciski na władze południowoafrykańskie ze strony społeczności międzynarodowej, w tym przede wszystkim Organizacji Narodów Zjednoczonych¹²⁰. Ich źródłem były początkowo skargi Indii i Pakistanu na dyskryminacyjne traktowanie ludności pochodzenia hinduskiego i pakistańskiego oraz oskarżenia o bezprawne przejęcie przez RPA Afryki Południowo-Zachodniej, powierzonej temu państwu jeszcze jako mandat Ligi Narodów, ale z biegiem czasu zainteresowanie ONZ rozciągnęło się na pozostałe praktyki władz południowoafrykańskich¹²¹. Coraz bardziej zdecydowane środki przedsięwzięte przez ONZ wymusiły na rządzącej partii konieczność przeformułowania prowadzonej przez nią polityki. Brak jednak było politycznej woli i poparcia społecznego, by całkowicie odejść od dotychczasowego kursu. Dlatego też sformułowano założenia polityki „oddzielnego rozwoju” społeczności białej i czarnej. Koncepcja ta, autorstwa premiera RPA Hendrika Verwoerda, zakładała terytorialne rozczłonkowanie południowoafrykańskiego państwa na 11 niepodległych państw, z których 10 – obejmujących zaledwie 13% całego terytorium RPA – miała znajdować się na tradycyjnych obszarach plemiennych i być rządzone przez przedstawicieli czarnej ludności (stanowiącej wówczas około 80% ludności RPA)¹²², natomiast władzę nad pozostałą częścią, stanowiącą ostatnie państwo, miała sprawować ludność biała¹²³. Mieszkańcy bantustanów mieli posiadać wyłącznie obywatelstwo tych podmiotów, a być pozbawieni obywatelstwa RPA oraz wynikających z niego praw. Południowoafrykańskie władze liczyły, że dzięki podjęciu tych kroków biała ludność zachowa wyłączną kontrolę polityczną nad pozostałą w jej rękach częścią RPA, a jednocześnie stosunek społeczności międzynarodowej do południowoafrykańskiego reżimu ulegnie poprawie¹²⁴. Czarni mieszkańcy RPA

¹¹⁹ Ibidem, s. 87.

¹²⁰ G. E. Norman, *The Transkei: South Africa's Illegitimate Child*, „New England Law Review” 1976–1977, t. 12, s. 598.

¹²¹ J. Balicki, op. cit., s. 95.

¹²² Miały to być następujące jednostki: Bophuthatswana, Ciskei, Gazankulu, KwaZulu, Lebowa, QwaQwa, Swazi, Venda, KwaNdebele. G. E. Norman, op. cit., s. 587.

¹²³ Odsetek czarnej ludności RPA szacuje na 80% D. A. Heydt, *Nonrecognition of the Independence of Transkei*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 1978, t. 10, s. 194. G. Fischer, *La non reconnaissance du Transkei*, „Annuaire français de droit international” 1976, t. 22, s. 65 twierdzi, że było to ponad 70%.

¹²⁴ J. Dugard, *South Africa's 'Independent' Homelands: An Exercise in Denationalization*, „Denver Journal of International Law and Policy” 1980–1981, t. 10, s. 11–12.

mieli zostać przesiedleni na terytoria mało atrakcyjne pod względem gospodarczym¹²⁵, choć dopuszczono możliwość podejmowania przez nich pracy w RPA i przebywania na jej terytorium. Ich pobyt i zatrudnienie miały być jednakże regulowane wyłącznie przez prawo południowoafrykańskie, redukując potencjalny ich wpływ na kształt odnośnej legislacji praktycznie do zera.

W celu realizacji programu bantustanizacji podjęto najpierw środki zmierzające do wydzielenia terytoriów, na których czarna ludność mogłaby uzyskać samorząd. W tym celu w 1959 r. parlament południowoafrykański przyjął ustawę o wspieraniu samorządu Bantu (*Promotion of Bantu Self-Government Act*), która przewidywała tworzenie bantustanów i ich stopniową ewolucję od samorządu w kierunku niepodległości¹²⁶. Pierwszym bantustanem, który na jej podstawie ustanowił swoje władze wykonawcze i zgromadzenie ustawodawcze było Transkei (w 1963 r.)¹²⁷. Tworzenie pozostałych jednostek samorządowych napotykało jednak opór. Jego przezwyciężenie miały zapewnić dwie kolejne ustawy przyjęte w latach 1970–1971: ustawa o obywatelstwie bantustanów (*Bantu Homelands Citizenship Act*) i ustawa konstytucyjna o bantustanach (*Bantu Homelands Constitution Act*). Pierwsza z nich przewidywała przyznanie obywatelstwa poszczególnych bantustanów całej czarnej ludności – albo ze względu na miejsce zamieszkania, albo ze względu na więzi kulturowe i pokrewieństwo z daną grupą etniczną. Jednocześnie czarni mieszkańcy RPA mieli zachować obywatelstwo tego państwa dla celów międzynarodowych. W ten sposób dążono do ich skutecznej eliminacji z życia politycznego, a jednocześnie pozostania przez nich tanią siłą roboczą dla gospodarki RPA¹²⁸. Ustawa konstytucyjna o bantustanach miała z kolei przyspieszyć organizację pozostałych samorządnych bantustanów, powierzając ich tworzenie prezydentowi RPA. Na jej podstawie już do końca 1972 r. powołano do życia zgromadzenia dla 7 kolejnych grup etnicznych¹²⁹. Jednocześnie stopniowo doprowadzono do końca działania zmie-

¹²⁵ Jak podaje Richardson, przymusowe akcje przesiedleniowe, które miały miejsce od 1968 r., objęły co najmniej 900 tys. ludzi – przede wszystkim osoby, które nie były potrzebne bądź zdolne do pracy, jak kobiety, dzieci, osoby starsze i chore. H. J. Richardson III, *Self-Determination, International Law and the South African Bantustan Policy*, „Columbia Journal of Transnational Law” 1978, t. 17, s. 186–187.

¹²⁶ D. A. Heydt, op. cit., s. 168.

¹²⁷ R. J. Southall, *The Beneficiaries of Transkeian 'Independence'*, „The Journal of Modern African Studies” 1977, t. 15, nr 1.

¹²⁸ D. A. Heydt, op. cit., s. 170, J. Dugard, *South Africa's 'Independent' Homelands...*, s. 22–23.

¹²⁹ D. A. Heydt, op. cit., s. 168–169. Jak podaje G. E. Norman, op. cit., s. 589, wiele bantustanów tworzonych było bez najmniejszego względu na interes zamieszkującej je ludności czy nawet możliwość zarządzania nimi – np. tylko 2% ludności bantustanu QwaQwa mieszkało na jego terytorium, a bantustany KwaZulu i Bophuthatswana składa-

rzające do ogłoszenia niepodległości przez najstarszy z bantustanów, Transkei, co nastąpiło 26 października 1976 r.¹³⁰ ONZ potępiła fakt jego utworzenia i wezwała do odmowy jego uznania¹³¹. W ciągu następnych lat „przyznawano” niepodległość kolejnym bantustanom: Bophuthatswana (6 grudnia 1977 r.), Venda (13 września 1979 r.) i Ciskei (4 grudnia 1981 r.)¹³². 22 września 1983 r. doszło do przyjęcia przez parlament nowej konstytucji, która zmierzała do utrwalenia rządów białej większości. Została ona zaakceptowana w listopadzie tego roku w referendum, w którym czarna ludność nie mogła brać udziału.

Proces tworzenia bantustanów spotkał się z jednoznacznym sprzeciwem społeczności międzynarodowej, która słusznie widziała w nim dążenie do utrwalenia systemu segregacji rasowej. Owocem powszechnego potępienia były podejmowane kolejno działania ONZ, która w następujących po sobie rezolucjach wzywała do nieuznawania powstających na terytorium RPA państw¹³³. Konsekwentna odmowa akceptacji stworzonego przez RPA stanu rzeczy, wzrost znaczenia czarnej opozycji – w tym największej partii, Afrykańskiego Kongresu Narodowego (*African National Congress*, ANC) oraz lata politycznej izolacji RPA stały się katalizatorem zmian. W lutym 1989 r. doszło do legalizacji opozycyjnych partii politycznych oraz uwolnienia uwięzionych czarnoskórych działaczy, w tym przywódcy ANC Nelsona Mandeli¹³⁴. W wyniku porozumienia z władzami 27 kwietnia 1994 r. zorganizowano w RPA nowe wybory, w wyniku których zdecydowaną większość w parlamencie uzyskali przedstawiciele ludności czarnej. Tego samego dnia ogłoszono także likwidację bantustanów i ponowne wcielenie ich terytoriów do Republiki Południowej Afryki oraz nową konstytucję. 10 maja 1994 r. Mandela został wybrany pierwszym czarnoskórym prezydentem, co w symboliczny sposób oznaczało odejście RPA od polityki apartheidu.

3.2. Reakcja ONZ

Działania podjęte przez ONZ w odniesieniu do bantustanów wykazują co najmniej jedną istotną różnicę w porównaniu z reakcją Organizacji na ogłoszenie niepodległości przez Rodezję. W przypadku bantustanów nie doszło bowiem do wydania przez Radę Bezpieczeństwa ani jednej rezolucji wzywającej do odmowy uznania tych podmiotów, podczas gdy w stosunku do reżimu Smitha

ły się z – odpowiednio – 10 i 6 oddzielnych części.

¹³⁰ G. E. Norman, op. cit., s. 586.

¹³¹ Dokładniejsza analiza działań ONZ znajduje się w następnym podrozdziale.

¹³² D. J. Devine, *International Law Tensions Arising from the South African Situation 1976–1986*, „Acta Juridica” 1987, s. 168.

¹³³ Por. rezolucje Zgromadzenia Ogólnego 31/6A (1976), 32/105N (1977) oraz Rady Bezpieczeństwa 402 (1976) i 407 (1977).

¹³⁴ J. Kukułka, op. cit., s. 474.

organ ten uchwalał takie rezolucje kilkakrotnie. Nie oznacza to jednak, że Rada nie podejmowała w tej sprawie żadnych kroków. W rezolucji 402 przyjętej niedługo po ogłoszeniu niepodległości Transkei¹³⁵, Rada Bezpieczeństwa „wyraziła poparcie” (*‘endorses...’*) dla rezolucji 31/6A Zgromadzenia Ogólnego, wzywającej rządy państw członkowskich do odmowy uznania w jakiegokolwiek formie „tak zwanego niepodległego Transkei” (*so-called independent Transkei*) i do powstrzymania się od utrzymywania bądź nawiązywania jakichkolwiek kontaktów z Transkei lub innymi bantustanami, wyraziła także uznanie dla Lesotho w związku z faktem odmowy uznania przez nie Transkei, pomimo negatywnych konsekwencji ze strony RPA oraz potępiła działania tego ostatniego państwa¹³⁶. Rezolucja 417 wzywała rząd południowoafrykański do położenia kresu prześladowaniom czarnej opozycji oraz polityce bantustanizacji i apartheidu¹³⁷, a rezolucja 418 nakładała na RPA sankcje, zabraniając zaopatrywania tego kraju w broń¹³⁸. Uchwalona w 1984 r. rezolucja 554 potępiała przyjętą w 1983 r. nową konstytucję RPA, i wzywała do odrzucenia jakiegokolwiek porozumienia utrwalającego istniejącą wówczas sytuację i istnienie bantustanów¹³⁹. W rezolucji 556 z tego samego roku Rada zażądała m.in. natychmiastowego rozwiązania bantustanów i zaprzestania przesiedleń oraz pozbawiania czarnych mieszkańców RPA obywatelstwa¹⁴⁰.

Od momentu przyjęcia rezolucji 556 do problemu bantustanów Rada Bezpieczeństwa w zasadzie się nie odnosiła. Dopiero w 1994 r., w obliczu fundamentalnych przemian zachodzących w RPA, doszło do wydania rezolucji 919 i 930, które zniosły wszystkie nałożone dotąd na RPA sankcje i zdjęły kwestię Republiki Południowej Afryki z agendy Rady¹⁴¹. W obu z nich nie pojawiło się

¹³⁵ Rezolucja ta została jednakże wydana nie bezpośrednio w odpowiedzi na samą deklarację niepodległości, ale ze względu na skargę Lesotho, które podnosiło, że RPA zamknęła część przejść granicznych, aby zmusić je do uznania Transkei.

¹³⁶ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 402 (1976).

¹³⁷ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 417 (1977).

¹³⁸ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 418 (1977). Dokładnie rzecz biorąc, zastępowała ona wcześniejsze rezolucje wydawane w związku z pogarszającą się sytuacją w RPA od lat 60., w tym zwłaszcza rezolucje 181 i 182 (1963). Zakaz ten wiązał się jednak raczej z działalnością RPA w Namibii oraz zbrojnymi starciami z Angolą i innymi państwami ościennymi, a nie tyle był związany z polityką apartheidu. Sankcje te były następnie rozszerzane, m.in. rezolucjami 558 (1984) i 591 (1986). Ponadto rezolucja 569 (1985) nakładała na RPA inne ograniczenia, m.in. zawieszenie nowych inwestycji, gwarantowanych pożyczek eksportowych, zakaz zawierania kontraktów związanych z energetyką jądrową, restrykcje w sferze stosunków kulturalnych i sportu.

¹³⁹ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 554 (1984).

¹⁴⁰ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 556 (1984).

¹⁴¹ Rezolucje Rady Bezpieczeństwa 919 (1994) i 930 (1994).

jednak żadne odniesienie do kwestii bantustanów, a jedynie odwołania do problemu apartheidu. Przytoczone dokumenty pokazują wyraźnie, że żadna z rezolucji Rady Bezpieczeństwa nie nakazywała w sposób wyraźny odmowy uznania bantustanów – Rada nie tylko nie wydała w tej sprawie rezolucji o wiążącym charakterze w oparciu o rozdział VII Karty, ale unikała odniesienia się do tego problemu również w rezolucjach niewiążących.

Odmowa uznania bantustanów była jednak stanowczo forsowana przez Zgromadzenie Ogólne. Już rezolucje 2775E (XXVI) i 3411D (XXX), przyjęte przed ogłoszeniem niepodległości Transkei, zapowiadały, że ONZ nie uzna Transkei ani innych bantustanów za niepodległe państwa¹⁴²; w podobnym tonie wypowiadał się także ówczesny Sekretarz Generalny Kurt Waldheim¹⁴³. Nic więc dziwnego, że krótko po ogłoszeniu „fikcyjnej ‘niepodległości’ Transkei”¹⁴⁴ (*sham ‘independence’ of the Transkei*) Zgromadzenie Ogólne zdecydowanie potępiło w rezolucji 31/6A z 1976 r. utworzenie bantustanów jako zmierzających do utrwalenia polityki apartheidu, naruszenia integralności terytorialnej RPA i pozbawienia afrykańskiej ludności RPA jej niezbywalnych praw oraz odrzuciło (*rejects...*) samą deklarację niepodległości Transkei i ogłosiło ją nieważną (*invalid*). Wezwało także wszystkie rządy do odmowy uznania „tak zwanego niepodległego Transkei” (*so-called independent Transkei*) w jakiegokolwiek formie i do powstrzymania się od utrzymywania jakichkolwiek stosunków z Transkei lub innymi bantustanami¹⁴⁵. Uchwalona rok później rezolucja 32/105N potępiła „rasistowski reżim Południowej Afryki” za uporczywe prowadzenie polityki bantustanizacji i plany ogłoszenia deklaracji niepodległości Bophuthatswany oraz stwierdzała, że jeżeli taka deklaracja zostanie ogłoszona, będzie ona całkowicie nieważna (*totally invalid*) tak jak deklaracja ogłoszona przez Transkei; Zgromadzenie wezwało też do odmowy uznania bantustanów w jakiegokolwiek formie i powstrzymania się od jakichkolwiek kontaktów z nimi, a także do odmowy akceptacji dokumentów podróży przez nie wydanych¹⁴⁶. Kolejne istotne rezolucje przyjęto w 1979 r. Rezolucja 34/93A wezwała wszystkie rządy do zerwania stosunków dyplomatycznych, militarnych i ekonomicznych z RPA, zawieszenia transportu z i do tego państwa itp., natomiast 34/93G potępiła kontynuację polityki bantustanizacji przez rasistowski reżim RPA i proklamacje „tak zwanej ‘niepodległości’ Transkei, Bophuthatswany i Vendi oraz jakichkolwiek

¹⁴² Rezolucje Zgromadzenia Ogólnego 2775E (XXVI) (1971) i 3411D (XXX) (1975).

¹⁴³ G. E. Norman, op. cit., s. 614–617.

¹⁴⁴ Zarówno samo określenie, jak i pisownia w cudzysłowie – za oryginałem.

¹⁴⁵ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 31/6A (1976).

¹⁴⁶ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 32/105N (1977).

innych bantustanów, które mogą zostać utworzone przez rasistowski reżim RPA”. Zgromadzenie uznało te deklaracje za „całkowicie nieważne” i ponownie wezwało państwa do podtrzymania odmowy uznania bantustanów i neutrumowania z nimi żadnych kontaktów¹⁴⁷. Kolejna rezolucja, 35/206A, w zasadzie powtarzała postanowienia poprzednich, ale określała utworzenie bantustanów jako „bezwzględnie nieważne” (*null and void*)¹⁴⁸. Wreszcie ostatnia z kluczowych rezolucji przyjętych w odniesieniu do bantustanów, 36/172A, potępiła politykę bantustanizacji jako „przestępstwo międzynarodowe” (*international crime*), którego zamierzeniem miało być pozbawienie czarnej większości obywatelstwa i dalsze odebranie przysługujących jej niezbywalnych praw, a także wyrażała sprzeciw wobec proklamacji „tak zwanej ‘niepodległości’ Ciskei”, wzywając wszystkie państwa do powstrzymania się „od uznania lub współpracy z Ciskei i pozostałymi bantustanami”¹⁴⁹.

Jak widać Zgromadzenie Ogólne odniosło się w sposób wyraźny do wszystkich czterech deklaracji niepodległości bantustanów, potępiając je i odmawiając uznania każdego z nich. Rezolucje przyjmowane w następnych latach w zasadzie nie wносиły niczego do omawianej kwestii – te, które wydawano w obliczu zmiennej sytuacji międzynarodowej i wewnętrznej w RPA na przełomie lat 1993 i 1994, nie odnosiły się już bezpośrednio do zagadnienia uznania, lecz formułowały warunki, na jakich bantustany miały zostać wcielone z powrotem do RPA, jak np. rezolucja 48/159A, która postulowała, by władze RPA podjęły odpowiednie środki w celu pokojowej reinkorporacji bantustanów i zapewniły, by ich ludność mogła swobodnie uczestniczyć w wyborach¹⁵⁰.

3.3. Przesłanki wydania rezolucji wzywających do nieuznawania bantustanów

Odmowa uznania bantustanów zrodziła dużo mniej wątpliwości doktrynalnych niż kwestia Południowej Rodezji. Badacze byli w tym przypadku niemal całkowicie zgodni i wskazywali na te same dwie przyczyny nieuznawania – tj. naruszenie prawa do samostanowienia¹⁵¹ i apartheid¹⁵² – a występujące mię-

¹⁴⁷ Rezolucje Zgromadzenia Ogólnego 34/93A (1979) i 34/93G (1979).

¹⁴⁸ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 35/206A (1980).

¹⁴⁹ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 36/172A (1981).

¹⁵⁰ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 48/159A (1993), w odniesieniu do głosowania ludności bantustanów także rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 48/233A (1994).

¹⁵¹ Cytowani autorzy konsekwentnie używali samego zwrotu „samostanowienie” bez określania, jakie samostanowienie mieli na myśli. Oczywiście należy rozumieć przez to zasadę samostanowienia narodów (ludów) zawartą w Karcie Narodów Zjednoczonych, co zresztą większość autorów wyjaśniała.

¹⁵² M. F. Witkin, *Transkei: An Analysis of the Practice of Recognition – Political*

dzy nimi różnice wynikały właściwie wyłącznie z użycia różnych zwrotów dla nazwania tego samego zjawiska. Pisano więc także m.in. o zasadzie niedyskryminacji ze względu na rasę lub kolor skóry¹⁵³ czy zasadzie sprzeciwiającej się systematycznej dyskryminacji rasowej¹⁵⁴. E. Klein i D. J. Devine wskazywali ponadto na naruszenie w wyniku tworzenia bantustanów zasady integralności terytorialnej¹⁵⁵, choć obaj słusznie traktowali je raczej jako pochodną naruszenia dwóch pierwszych zasad¹⁵⁶. Opinie te pozostawały w zgodzie z brzmieniem rezolucji ONZ, w tym najbardziej jednoznacznej w tej kwestii rezolucji Zgromadzenia Ogólnego 31/6A, zgodnie z którą bantustany były tworzone, by „utrwalić niehumanitarną politykę apartheidu, zniszczyć integralność terytorialną kraju, uwiecznić dominację białej mniejszości i pozbawić ludność afrykańską RPA jej niezbywalnych praw”¹⁵⁷. Z całą pewnością nie stanowił natomiast podstawy wyraźnej odmowy uznania przez ONZ fakt ekonomicznego i politycznego uzależnienia bantustanów od RPA¹⁵⁸. Choć czynnik ten mógł być dodatkowym argumentem przemawiającym za odmową ich uznania przez poszczególne państwa, w odróżnieniu od pozostałych wymienionych przyczyn fakt ten nie mógłby stanowić samodzielnej podstawy dla podjęcia działań przez ONZ, gdyż nawet dziś istnieje wiele państw w większym lub mniejszym stopniu uzależnionych od ich sąsiadów, które nie tylko cieszą się uznaniem ze strony innych państw, lecz są także członkami ONZ.

or Legal?, „Harvard International Law Journal” 1977, t. 18, nr 3, s. 617–626, G. Fischer, op. cit., s. 70–72, choć wymieniał więcej przyczyn, naruszenie zasady samostanowienia oraz politykę apartheidu uznał za decydujące. Jedynie D. A. Heydt, op. cit., s. 188 odniósł się wyłącznie do apartheidu, pomijając zasadę samostanowienia – być może wynikało to z faktu, że sprzeciwiał się odmowie uznania Transkei.

¹⁵³ G. E. Norman, op. cit., s. 624–631.

¹⁵⁴ H. J. Richardson III, op. cit., s. 190–195.

¹⁵⁵ D. J. Devine, *International Law Tensions...*, s. 168–169. E. Klein, *Die Nichtanerkennungspolitik der Vereinten Nationen gegenüber den in die Unabhängigkeit entlassenen südafrikanischen bomelands*, „Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht” 1979, nr 39, s. 485.

¹⁵⁶ W opinii doradczej ws. Kosowa MTS kategorycznie stwierdził, że zasada integralności terytorialnej „jest ograniczona do sfery stosunków między państwami”, por. *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion*, s. 30, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>. Oznaczałoby to, że nie naruszono jej w przypadku tworzenia bantustanów, gdyż RPA naruszała tym samym wyłącznie własną integralność terytorialną. Opinia Trybunału budzi jednak w tym względzie kontrowersje doktryny, por. np. Jure Vidmar, *The Kosovo Advisory Opinion Scrutinized*, „Leiden Journal of International Law” 2011, nr 24, s. 368–370.

¹⁵⁷ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 31/6A (1976), G. Fischer, op. cit., s. 70.

¹⁵⁸ Tak D. J. Devine, *International Law Tensions...*, s. 168.

3.4. Skutki rezolucji

Skuteczność wezwań ONZ do nieuznawania bantustanów okazała się bardzo duża. W literaturze powszechnie przyjmuje się, że żadne inne państwo oprócz samej RPA nie uznało któregośkolwiek z nich¹⁵⁹ (dodać można, że poszczególne bantustany uznawały się wzajemnie). Problem okazuje się jednak nieco bardziej złożony. Zastanawiające z punktu widzenia uznania jest bowiem dwuznaczne zachowanie Izraela w stosunku do bantustanów. Z jednej strony przedstawiciele tego państwa w sposób wyraźny nie zadeklarowali uznania tworzonych przed RPA podmiotów, z drugiej – utrzymywali z nimi stosunkowo ożywione kontakty, które niebezpiecznie blisko zbliżyły się do domniemanego uznania. Przyczyną tego aprobującego stosunku Izraela do bantustanów była prawdopodobnie chęć utrzymania pozytywnych relacji z Republiką Południowej Afryki, gdyż począwszy od lat 70. XX w. oba państwa borykały się w dużej mierze z izolacją na arenie międzynarodowej – Izrael w związku z wojną Yom Kippur¹⁶⁰ i okupacją terytoriów arabskich, RPA zaś ze względu na utrzymywanie apartheidu. W latach 80. ministrowie izraelscy kilkakrotnie spotykali się więc z przedstawicielami bantustanów, rząd Menachema Begina dokonał sprzedaży samolotów do Ciskei, bantustanom Transkei i Bophuthatswana przyznano oddzielne numery kierunkowe przez kierowaną przez izraelski rząd spółkę telekomunikacyjną, a w 1984 r. doszło do stowarzyszenia miast Ariel na Zachodnim Brzegu Jordanu i Bisho, wówczas „stolicy” Ciskei¹⁶¹. Izrael inwestował również w sektorze rolniczym w Bophuthatswanie oraz założył tam telewizję, a także zezwolił na funkcjonowanie w Tel Awiwie od 1982 r. misji handlowej Ciskei¹⁶². O ile większość opisanych powyżej działań może zostać uznana za niesprzeczną z obowiązkiem nieuznawania analogicznie do działań podejmowanych przez państwa w przypadku odmowy uznania Rodezji, o tyle zawarcie przez Izrael umowy o dostawę broni do Ciskei zdaje się stanowić jego naruszenie ze względu na konieczność zaangażowania rządów obu tych podmiotów w realizację tego

¹⁵⁹ D. A. Heydt, op. cit., s. 178, J. Dugard, *South Africa's 'Independent' Homelands...*, s. 16, A. Beck, *A South African Homeland Appears in the English Courts: Legitimation of the Illegitimate?*, „The International and Comparative Law Quarterly” 1987, t. 36, nr 2, s. 351.

¹⁶⁰ Wówczas to zerwały z Izraelem stosunki dyplomatyczne aż 22 państwa afrykańskie, oprócz RPA wyłącznie 4 państwa z Afryki utrzymywały od tego czasu kontakty z Izraelem – były to Lesotho, Malawi, Suazi i Mauritius. J. Hunter, *Israeli Foreign Policy: South Africa and Central America*, Boston 1987, s. 26.

¹⁶¹ Por. J. Hunter, *Israel and the Bantustans*, „Journal of Palestine Studies” 1986, t. 15, nr 3, s. 59–60. Wydarzenia te miały miejsce, pomimo że rząd Izraela w tym samym czasie podkreślał fakt nieuznawania bantustanów.

¹⁶² J. Hunter, *Israeli Foreign Policy...*, s. 72–73.

typu transakcji. Brak dorozumianego uznania ze strony Izraela potwierdzają jednakże oświadczenia jego przedstawicieli, w których wyraźnie odmawiał uznania bantustanów¹⁶³.

4. Turecka Republika Cypru Północnego

4.1. Tło historyczne

Historia Cypru po drugiej wojnie światowej była niezwykle burzliwa. Bezpośrednio po wojnie ogromną popularność uzyskał ruch zmierzający do odłączenia Cypru od Imperium Brytyjskiego, do którego wówczas należał, i jego przyłączenia do Grecji (tzw. *Enosis*). W 1949 r. wspierany przez cypryjskiego arcybiskupa Makariosa II ruch niepodległościowy zorganizował referendum, w którym 96% mieszkańców opowiedziało się za *Enosis*¹⁶⁴. Śmierć Makariosa II, która nastąpiła rok później¹⁶⁵, nie wpłynęła negatywnie na dążenia Cypryjczyków, gdyż jego politykę kontynuował wybrany wkrótce arcybiskup Makarios III – za co *nota bene* został w 1956 r. zesłany przez Brytyjczyków na Seszele¹⁶⁶. Represje brytyjskie w stosunku do działaczy politycznych stały się przyczyną utworzenia w 1954 r. organizacji proniepodległościowej EOKA, kierowanej przez przybyłego potajemnie z Grecji podpułkownika Georgiosa Grivasa. EOKA stawiała sobie za cel zakończenie brytyjskiego panowania na Cyprze, a w dalszej perspektywie także doprowadzenie do *Enosis*. Dążąc do osiągnięcia tego celu, organizacja przeprowadzała zamachy terrorystyczne na brytyjskich żołnierzach i jednostki wojskowe oraz osoby zajmujące stanowiska w administracji kolonialnej.

Zmuszeni do zmagania się z rosnącym oporem oraz świadomi, że nie będą w stanie dłużej utrzymać Cypru, nie narażając się na zarzut naruszania prawa do samostanowienia jego mieszkańców, Brytyjczycy postanowili doprowadzić do zmiany statusu wyspy, przedstawiając ideę brytyjsko-grecko-tureckiego kondominium¹⁶⁷. W obliczu niemożności przeforsowania tego planu ze względu na opór cypryjskich Greków, brytyjski rząd zmuszony był pójść na dalsze ustępstwa. W tym celu zorganizował w lutym 1959 r. w Zurychu i Londynie

¹⁶³ J. Hunter, *Israel and the Bantustans...*, s. 59–60.

¹⁶⁴ S. K. N. Blay, *Self-Determination in Cyprus: The New Dimensions of an Old Conflict*, „Australian Yearbook of International Law” 1981–1983, t. 10, s. 69.

¹⁶⁵ T. Ehrlich, *Cyprus, the ‘Warlike Isle’: Origins and Elements of the Current Crisis*, „Stanford Law Review” 1966, t. 18, nr 6, s. 1026.

¹⁶⁶ Wprawdzie już po roku karę zniesiono, ale zabroniono Makariosowi powrotu na Cypr, por. M. L. Evriviades, *The Legal Dimension of the Cyprus Conflict*, „Texas International Law Journal” 1975, t. 10, s. 234–236.

¹⁶⁷ Ibidem, s. 236.

konferencje z udziałem przedstawicieli Grecji i Turcji, w czasie których sformułowano szczegółowo założenia dotyczące przyznania niepodległości Cyprowi, włącznie z określeniem zarysu jego przyszłej konstytucji. Przedstawiciele obu społeczności cypryjskich, greckiej i tureckiej, nie zostali zaproszeni do udziału w samej konferencji, a jedynie do podpisania przyjętych w jej wyniku porozumień¹⁶⁸; również konstytucję przyszłego państwa musieli oni sformułować w oparciu o przyjęte podczas konferencji szczegółowe wytyczne, które nie pozostawiały im dużego pola manewru¹⁶⁹. Na mocy porozumień Cypr miał stać się niepodległym państwem, jednakże na wyspie miały stacjonować kontyngenty wojskowe grecki i turecki, a w rękach brytyjskich miała pozostać część wyspy, gdzie mieściła się brytyjska baza wojskowa¹⁷⁰. Porozumienia gwarantowały również poszanowanie niepodległości i integralności terytorialnej przyszłego państwa.

W marcu 1959 r. Makarios za zgodą Brytyjczyków powrócił na Cypr, a w grudniu tego roku został wybrany prezydentem. Tym niemniej formalnie Republika Cypru uzyskała niepodległość dopiero 16 sierpnia 1960 r., po podpisaniu przez przedstawicieli Wielkiej Brytanii, Grecji, Turcji oraz obu społeczności cypryjskich trzech traktatów powtarzających treść przyjętych wcześniej porozumień z Zurychu i Londynu: Traktatu o utworzeniu Republiki Cypru (*Treaty of Establishment of the Republic of Cyprus*), Traktatu gwarancyjnego i Traktatu sojuszniczego¹⁷¹. 21 września 1960 r. Republika Cypru została przyjęta do ONZ¹⁷².

¹⁶⁸ S. Palmer, *The Turkish Republic of Northern Cyprus: Should the United States Recognize It As An Independent State?*, „Boston International Law Journal” 1986, t. 4, s. 431. O ile przedstawiciel społeczności tureckiej, dr Kutschuk, bez ociągania podpisał porozumienia, o tyle Makarios reprezentujący na konferencji stronę cypryjską miał zastrzeżenia do szeregu postanowień w nich zawartych. Ostatecznie podpisał je, obawiając się, że ewentualna odmowa może przedłużyć rozlew krwi na wyspie oraz stanowić zachętę do dokonania jej podziału przez strony konferencji. Por. M. L. Evriviades, op. cit., s. 237–238.

¹⁶⁹ Jeśli chodzi o dokładną treść tych ustaleń, por. m.in. S. K. N. Blay, op. cit., s. 73, E. Lauterpacht, *The Turkish Republic of Northern Cyprus – The status of the two communities in Cyprus*, [w:] N. M. Ertekün (red.), *The Status of the Two Peoples in Cyprus*, Lefkosia 1997, s. 19. Prezydentem Cypru miał być zawsze Grek, natomiast wiceprezydentem Turek, obu miało przysługiwać prawo weta w odniesieniu do spraw, takich jak obrona, sprawy zagraniczne i finanse; cypryjski parlament miał składać się w 70% z przedstawicieli wybieranych przez członków społeczności greckiej i w 30% tureckiej; identyczna proporcja miała być zachowywana w odniesieniu do członków Rady Ministrów, a nawet służby cywilnej.

¹⁷⁰ T. Ehrlich, op. cit., s. 1032–1033.

¹⁷¹ Ten ostatni przewidywał zawarcie sojuszu między trzema wymienionymi państwami.

¹⁷² M. L. Evriviades, op. cit., s. 238.

Funkcjonowanie państwa od początku okazało się utrudnione ze względu na jego specyficzną strukturę: podejmowane przez Makariosa próby przeformowania ustaw powołujących wspólne grecko-tureckie jednostki wojskowe i jednolite władze miejskie w większych miastach – w miejsce dotychczasowych oddzielnych – zakończyły się fiaskiem, podobnie było z próbami wprowadzenia podatku dochodowego¹⁷³. W obliczu patu utrudniającego rządzenie państwem w listopadzie 1963 r. Makarios wysunął propozycję wprowadzenia poprawek do konstytucji. Zmiany miały dotyczyć postanowień, które w opinii prezydenta były sprzeczne z powszechnie akceptowanymi zasadami demokratycznymi i powodowały spęcia między cypryjskimi Grekami i Turkami, coraz bardziej oddalając od siebie obie społeczności¹⁷⁴. Wśród głównych jego postulatów znalazły się m.in. likwidacja prawa weta prezydenckiego i wiceprezydenckiego, zmiana większości niezbędnych do przyjmowania ustaw, zbliżenie stosunku Greków do Turków w służbie cywilnej, siłach bezpieczeństwa i armii do proporcji faktycznie występujących wówczas w cypryjskim społeczeństwie (wynoszących ok. 80% do 20%)¹⁷⁵. Propozycje te zostały odebrane przez Turków cypryjskich jako dyskryminujące i spotkały się z ich zdecydowanym sprzeciwem. W ciągu kilku dni sytuacja zaogniła się na tyle, że drobny incydent między dwoma greckimi policjantami a Turkiem zakończył się śmiertelnym postrzałem dwóch innych Turków, co z kolei stało się sygnałem do wybuchu walk pomiędzy przedstawicielami społeczności greckiej i tureckiej w grudniu 1963 r.¹⁷⁶, zakończonych dopiero interwencją Brytyjczyków, których wojska tzw. „zieloną linią” podzieliły wyspę i cypryjską stolicę Nikozję, rozdzielając strony walczące. Mimo wstrzymania walk nie doszło do porozumienia, a odbyta w 1964 r. konferencja w Londynie, której celem miało być rozwiązanie sporów między obiema społecznościami, zakończyła się fiaskiem. Pełnię władzy w Republice Cypru przejęli przedstawiciele społeczności greckiej. Turcja ostrzegła, że dokona interwencji, jeśli nie zostanie przywrócony dotychczasowy stan rzeczy. Odpowiedzią ONZ na tę nabrzmiałą sytuację stało się wysłanie misji pokojowej UNFICYP w marcu 1964 r.¹⁷⁷, lecz mimo to dochodziło do przejściowych starć między tureckimi i greckimi nacjonalistami. Co więcej, po utworzeniu w 1971 r. wspieranej przez rządzącą

¹⁷³ Szerzej na ten temat M. L. Evriviades, op. cit., s. 243–245, T. Ehrlich, op. cit., s. 1041–1043.

¹⁷⁴ *Report of the United Nations Mediator on Cyprus to the Secretary-General*, 26 March 1963, S/6253, akapity 38–39. Większość postanowień konstytucji uznanych przez Makariosa za nienadające się do dalszego stosowania była przedmiotem jego zastrzeżeń podczas konferencji w Londynie w lutym 1959 r.

¹⁷⁵ Ibidem, akapity 40–43.

¹⁷⁶ S. K. N. Blay, op. cit., s. 75.

¹⁷⁷ T. Ehrlich, op. cit., s. 1048–1049.

wówczas w Grecji juntę tzw. „czarnych pułkowników” terrorystycznej organizacji EOKA-B, dążącej do jak najszybszego wcielenia Cypru do Grecji, walki zaczęły się nasilać. Makarios zmuszony był wręcz zorganizować specjalne pododdziały do walki z terrorystami, które pozwoliły częściowo opanować sytuację. W toku działań prowadzonych przeciw EOKA-B stało się jasne, że odpowiedzialność za jej działania ponosiła junta rządząca w Atenach¹⁷⁸. Fakt ten stał się powodem wystąpienia przez Makariosa 2 lipca 1974 r. z żądaniem wycofania greckich oficerów z wyspy.

W odpowiedzi na to „czarni pułkownicy” zorganizowali 15 lipca przewrót, w wyniku którego obalono Makariosa, a prezydentem Cypru ogłoszono zwolennika *Enosis*, Nikosa Sampsona¹⁷⁹. Z pomocą Brytyjczyków Makariosowi udało się uciec z wyspy poprzez Maltę i Londyn do Nowego Jorku, gdzie 19 lipca Makarios wystąpił z przemówieniem w Radzie Bezpieczeństwa ONZ, określając przewrót jako inspirowaną przez Grecję inwazję i jawne naruszenie niepodległości i suwerenności Republiki Cypru¹⁸⁰. Tymczasem 20 lipca 1974 r. pod wpływem obaw o możliwość przyłączenia Cypru do Grecji przez nowe władze cypryjskie Turcja zdecydowała się interweniować na wyspie i zająć część terytorium zamieszkanego przez cypryjskich Turków. ONZ wezwała wszystkie strony konfliktu do wycofania wojsk¹⁸¹. 23–24 lipca, w obliczu fiaska próby opanowania Cypru, doszło do dymisji dotychczasowego premiera Grecji i wyboru na jego miejsce Konstantinosa Karamanlisa. Oznaczało to symboliczny koniec rządów junty i przywrócenie w Grecji rządów demokratycznych, a także umożliwiło negocjacje pokojowe, które rozpoczęły się w Genewie 25 lipca¹⁸². 30 lipca ministrowie Grecji i Turcji ogłosili Deklarację genewską, na mocy której ustanowiono strefy buforowe oraz zabroniono poszerzania obszarów pozostających pod kontrolą wojskową Turcji bądź Grecji, ale rozejm nie był trwały, a trwające rozmowy utknęły w martwym punkcie. W obliczu odmowy spełnienia postawionych w formie ultimatum żądań tureckich, 14 sierpnia Turcja przeprowadziła drugą fazę interwencji na Cyprze, w wyniku której do 16 sierpnia jej wojska dotarły do „zielonej linii” wyznaczającej ponad 30% wyspy¹⁸³. Dopiero w styczniu 1975 r. rozpoczęto w Wiedniu rozmowy cypryjsko-tureckie, które trwały do 1977 r.,

¹⁷⁸ Z. Necatigil, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*, Oxford 1989, s. 74–75.

¹⁷⁹ M. L. Evriviades, op. cit., s. 261.

¹⁸⁰ Z. Necatigil, op. cit., s. 77.

¹⁸¹ Rezolucją Rady Bezpieczeństwa 353 (1974).

¹⁸² Z. Necatigil, op. cit., s. 81–82.

¹⁸³ S.K.N. Blay, op. cit., s. 78, szacuje zajmowany przez Turków obszar na 32% terytorium Cypru; P. Calvocoressi, op. cit., s. 384 i M. L. Evriviades, op. cit., s. 264, oceniają go na 40%.

jednak bez widocznych rezultatów. Tymczasem 13 lutego 1975 r. turecka administracja północnej części wyspy ogłosiła utworzenie Tureckiego Federalnego Państwa Cypru (TFPC). Nowy organizm nie pretendował do statusu państwa, lecz został utworzony jako druga część planowanego federalnego państwa cypryjskiego¹⁸⁴. W czerwcu 1975 r. Tureckie Federalne Państwo Cypru przyjęło własną konstytucję, zaakceptowaną następnie w referendum. Wkrótce potem przeprowadzono wybory do parlamentu, a w 1976 r. odbyły się w części tureckiej wybory prezydenckie, w których zwyciężył Rauf Denktash. W sierpniu 1977 r. zmarł Makarios, a jego miejsce zajął ówczesny przewodniczący parlamentu, Spyros Kyprianou, który odniósł zwycięstwo w przeprowadzonych w styczniu 1978 r. wyborach. W tym samym roku doszło do przedstawienia dwóch planów rozwiązania problemu cypryjskiego: autorstwa cypryjskich Turków oraz USA, Kanady i Wielkiej Brytanii. Oba zostały odrzucone, pierwszy przez stronę grecką, drugi przez obie strony konfliktu¹⁸⁵.

Po zwycięstwie w wyborach w Grecji Panhelleńskiego Ruchu Socjalistycznego (PASOK) z Andreasem Papandreu na czele, przywódcy Cypru i Grecji postanowili, poczynawszy od 1982 r., umiędzynarodować kwestię cypryjską¹⁸⁶. Od maja 1983 r., odpowiadając na wezwania grecko-cypryjskie, problemem zajęła się w sposób zdecydowany ONZ, ale próby jej mediacji w konflikcie zostały zniweczone przez jednostronną deklarację niepodległości tureckiej części Cypru pod nazwą Turecka Republika Cypru Północnego (TRCP) ogłoszoną 15 listopada 1983 r. Pomimo że deklaracja powoływała się na prawo do samostanowienia Turków cypryjskich, została potępiona w kolejnych rezolucjach Rady Bezpieczeństwa ONZ¹⁸⁷, a członkowie organizacji zostali wezwani do powstrzymania się od uznania nowego państwa. Mimo to tureckie państwo na Cyprze funkcjonowało nadal – w maju 1985 r. w drodze referendum zaakceptowano jego konstytucję, a w czerwcu 1985 r. przeprowadzono kolejne wybory parlamentarne i prezydenckie¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Jak podaje Z. Necatigil, TFRC nie rościła sobie prawa do niepodległości; potwierdzałyby to międzynarodowa reakcja na jej powstanie, która okazała się znikoma – Zgromadzenie Ogólne w zasadzie zignorowało tę deklarację, a Rada Bezpieczeństwa w rezolucji 367 (1975) „wyraziła żal z powodu jednostronnej decyzji mogącej zagrozić kontynuacji negocjacji między dwiema społecznościami”, por. Z. Necatigil, op. cit., s. 89–90. Odmienne: K. Chrysostomides, *The Republic of Cyprus. A Study in International Law*, The Hague 2000, s. 239, który uważa TFRC za nieuznane państwo.

¹⁸⁵ Z. Necatigil, op. cit., s. 132–134.

¹⁸⁶ C. Dodd, *The History and Politics of the Cyprus Conflict*, London 2010, s. 145.

¹⁸⁷ Por. E. Lauterpacht, *The Turkish Republic of Northern Cyprus – The status of the two communities...*, s. 29 i n.

¹⁸⁸ C. Dodd, op. cit., s. 156.

Począwszy od końca 1983 r., podejmowano szereg negocjacji w celu rozwiązania problemu – zarówno między przedstawicielami obu społeczności cypryjskich, jak i z udziałem przedstawicieli Grecji i Turcji – wszystkie jednak zakończyły się fiaskiem. Jednocześnie cały czas aktywna była ONZ, która w kolejnych rezolucjach potępiała jednostronne działania strony tureckiej, a także podejmowała próby mediacji i rozwiązania konfliktu¹⁸⁹. Ostatnią z nich był plan Kofiego Annana z 2002 r., który został odrzucony przez grecką ludność wyspy w referendum przeprowadzonym w kwietniu 2004 r.¹⁹⁰ W odróżnieniu od przypadków Rodezji i bantustanów, omawiany problem do dnia dzisiejszego nie został rozwiązany, a Cypr pozostaje podzielony.

4.2. Reakcja ONZ

Już od marca 1964 r. Rada Bezpieczeństwa wzywała państwa członkowskie ONZ do powstrzymania się od jakiegokolwiek działania lub groźby działania, które mogłoby pogorszyć sytuację w suwerennej Republice Cypru lub zagrozić międzynarodowemu pokojowi¹⁹¹. Wezwania te były jednak kierowane do Grecji i Turcji, pomijając cypryjskich Greków i Turków. Począwszy od rezolucji 244, zaczęto adresować je do wszystkich zainteresowanych stron (*all the parties concerned*) – a więc także obu społeczności cypryjskich – nakłaniając je do powściągliwości i umiaru oraz powstrzymania się od jakichkolwiek działań, które mogłyby pogorszyć sytuację¹⁹². Po agresji tureckiej z lipca 1974 r. wydano rezolucję 353, w której wezwano państwa do poszanowania suwerenności, niepodległości i integralności terytorialnej Cypru¹⁹³.

W świetle tych dokumentów intencje ONZ w odniesieniu do terytorium cypryjskiego z całą pewnością były czytelne. Paradoksalnie jednak rezolucja 367 przyjęta po ogłoszeniu deklaracji utworzenia Tureckiego Federalnego Państwa Cypru nie potępiła w sposób zdecydowany powołania do życia tego podmiotu jako naruszającego integralność terytorialną cypryjskiej republiki, lecz wyłącznie wyraziła żal z powodu tego faktu, jako potencjalnie narażającego na szwank

¹⁸⁹ Szczegółowy przebieg negocjacji zmierzających do rozwiązania konfliktu pozostaje poza zakresem niniejszej pracy, szerzej na ten temat m.in. C. Dodd, op. cit., s. 131–267.

¹⁹⁰ G. Wright, *Greek Cypriot leaders reject Annan plan*, „The Guardian” 22 kwietnia 2004, <http://www.guardian.co.uk/world/2004/apr/22/eu.cyprus>.

¹⁹¹ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 186 (1964).

¹⁹² Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 244 (1967). Jednocześnie wydawano także odrębne rezolucje dotyczące stacjonowania misji UNFICYP i przedłużające jej pobyt na terytorium cypryjskim.

¹⁹³ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 353 (1974).

dalsze negocjacje między przedstawicielami obu społeczności¹⁹⁴. Co więcej, późniejsze rezolucje Rady w ogóle nie odnosiły się do tego wydarzenia. Również rezolucja 3395 (XXX), uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne w 1975 r., nie zawierała wyraźnego potępienia utworzenia TFPC, standardowo wzywając państwa do poszanowania suwerenności, niepodległości, integralności terytorialnej Republiki Cypru oraz powstrzymania się od jakichkolwiek działań i interwencji wymierzonych przeciw niej, a także do wycofania wszystkich obcych sił zbrojnych i zaprzestania zewnętrznej ingerencji w sprawę Cypru. Jedynym zwrotem, który można by uznać za odnoszący się bardziej bezpośrednio do samej deklaracji, było wezwanie do „powstrzymania się od jednostronnych działań”¹⁹⁵, jednak zwrot ten równie dobrze mógł dotyczyć innych akcji podejmowanych przez strony konfliktu. Wszystkie te fakty potwierdzają tezę, że TFPC nie aspirowało do miana państwa i nie było za nie uważane przez ONZ, a w zamierzeniu jego twórców miało jedynie stanowić jednostkę podziału administracyjnego, czy ściślej, drugi człon przyszłego federalnego Cypru.

Odmienne było w przypadku Tureckiej Republiki Cypru Północnego. Przyjęta trzy dni po ogłoszeniu przez nią deklaracji niepodległości rezolucja 541 określiła deklarację utworzenia „Tureckiej Republiki Cypru Północnego” (ujmowanej konsekwentnie w cudzysłów w treści samej rezolucji) jako niezgodną z Traktatem dotyczącym utworzenia Republiki Cypru i Traktatem gwarancyjnym z 1960 r., uznała ją za nieważną i wezwała do jej wycofania. Zaapelowała także do wszystkich państw o poszanowanie suwerenności, niepodległości i integralności terytorialnej Cypru oraz nieuznawanie jakiegokolwiek innego państwa cypryjskiego niż Republika Cypru¹⁹⁶. Drugą i zarazem ostatnią z istotnych dla niniejszej analizy rezolucji Rady przyjętych od 1983 r. była rezolucja 550, w której Rada Bezpieczeństwa potępiła „rzekomą wymianę ambasadorów” między Turcją i TRCP (określając ją jako bezprawną i nieważną oraz wzywając do ich wycofania) oraz przeprowadzenie „referendum konstytucyjnego” i „wyborów”¹⁹⁷ mających na celu umocnienie rzekomo niepodległego państwa i utrwalenie podziału Cypru. Powtórzyła również wezwanie do nieuznawania TRCP oraz zaapelowała o powstrzymanie się od udzielania jakiejkolwiek pomocy temu podmiotowi¹⁹⁸.

Przyjmowane w kolejnych latach rezolucje Rady nie zawierały już bezpośrednich apeli tego rodzaju, choć zarazem nie były z nimi sprzeczne. Warto

¹⁹⁴ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 367 (1975).

¹⁹⁵ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 3395 (XXX) (1975).

¹⁹⁶ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 541 (1983).

¹⁹⁷ Wszystkie zwroty ujęte w cudzysłów zgodnie z tekstem rezolucji.

¹⁹⁸ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 550 (1984).

zauważyć, że Zgromadzenie Ogólne w żaden sposób nie potępiło utworzenia TRCP. W latach 1983–1984 wydało wyłącznie jedną rezolucję, 37/253, w maju 1983 r., a więc jeszcze przed ogłoszeniem niepodległości przez państwo cypryjskich Turków. Oprócz wezwania do poszanowania suwerenności i integralności terytorialnej oraz wycofania obcych sił zbrojnych stwierdzała ona, że sytuacja *de facto* stworzona w wyniku użycia siły nie powinna w żaden sposób wpłynąć na rozwiązanie kwestii cypryjskiej, a także żądała powstrzymania się od jakiegokolwiek działania, które mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość sprawiedliwego i trwałego rozwiązania problemu środkami pokojowymi¹⁹⁹.

4.3. Przesłanki wydania rezolucji wzywających do nieuznawania TRCP

W opracowaniach poświęconych TRCP stosunkowo dużo uwagi poświęca się legalności interwencji tureckiej w świetle Traktatu gwarancyjnego z 1960 r. Artykuł IV tego traktatu głosi: „W przypadku naruszenia postanowień niniejszego traktatu Grecja, Turcja i Wielka Brytania podejmą się wspólnych konsultacji w kwestii protestów lub środków niezbędnych do zapewnienia poszanowania tych postanowień. W zakresie, w jakim wspólne lub uzgodnione działanie nie będzie możliwe, każda z trzech stron-gwarantów zastrzega sobie prawo przedsięwzięcia działania, którego wyłącznym celem będzie przywrócenie stanu rzeczy stworzonego przez niniejszy traktat”²⁰⁰. Na to właśnie postanowienie powoływała się Turcja, interweniując w 1974 r. Nie jest celem niniejszej pracy rozstrzygnięcie sporu, czy interwencja zbrojna Turcji była zgodna z traktatem²⁰¹, czy też nie²⁰². Jednak nawet gdyby założyć, że nie stanowiła ona naruszenia prawa

¹⁹⁹ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 37/253 (1983). *Désintéressement* Zgromadzenia Ogólnego sprawą Cypru jest wręcz zaskakujące, a jego miarą może być m.in. fakt, że w latach 1984–1991 Zgromadzenie Ogólne nie przyjęło ani jednej rezolucji dotyczącej kwestii cypryjskiej.

²⁰⁰ Treaty of Guarantee. Signed at Nicosia, on 16 August 1960, „United Nations Treaty Series”, t. 382, s. 3.

²⁰¹ Z. Necatigil, op. cit., s. 285; S. K. N. Blay, op. cit., s. 80–83; E. Lauterpacht, *The Turkish Republic of Northern Cyprus – The Right of Self-determination of the Turkish Cypriots*, [w:] N. M. Ertekün (red.), *The Status of the Two Peoples in Cyprus*, Lefkosia 1997, s. 12–13, 19. Na hipotetyczną dopuszczalność interwencji zbrojnej na podstawie traktatu wskazuje T. Ehrlich, op. cit., s. 1046, 1068–1070, gdyż jego zdaniem w niektórych przypadkach ewentualna interwencja gwarantów traktatu mogłaby być zgodna z art. 2 ust. 4 KNZ (mającym generalnie pierwszeństwo przed traktatem gwarancyjnym ze względu na art. 103 Karty).

²⁰² Tak S. Palmer, op. cit., s. 446, która uznaje interwencję turecką za naruszenie traktatów z 1960 r. Niedopuszczalność interwencji zbrojnej na Cyprze podkreśla M. L. Evriviades, op. cit., s. 250–254, wskazując m.in. na jej niezgodność z art. 2 ust. 4 Karty Narodów Zjednoczonych.

międzynarodowego, trudno dowodzić legalności powstania TRCP. Choć Z. Necatigil argumentuje, że republika cypryjskich Turków nie została utworzona w wyniku nielegalnego użycia siły, gdyż powstała 9 lat po interwencji tureckiej²⁰³, to bez wątpienia jej istnienie aż po dzień dzisiejszy zawdzięcza ona nieprzerwanemu militarnemu wsparciu Turcji, bez którego prawdopodobnie już dawno doszłoby do ponownej reunifikacji północnej części Cypru. Choćby więc interwencja Turcji w zamierzeniu miała być zgodna z prawem, zamiast doprowadzić do przywrócenia stanu rzeczy przewidzianego w Traktacie gwarancyjnym, przyczyniła się do ogłoszenia niepodległości przez ludność terytorium znajdującego się pod turecką okupacją. Należy się więc zgodzić z badaczami twierdzącymi, że ogłoszenie niepodległości przez TRCP było pokłosiem użycia siły zbrojnej²⁰⁴, a także, że stanowiło naruszenie integralności terytorialnej Republiki Cypru oraz odnośnych rezolucji Rady Bezpieczeństwa²⁰⁵.

Co znamienne, jedyną przyczyną nielegalności utworzenia TRCP wyartykułowaną w dotyczących jej bezpośrednio rezolucjach Rady Bezpieczeństwa odmawiających uznania jest wspomniana już niezgodność powstałej sytuacji z Traktatem o ustanowieniu Republiki Cypru i Traktatem gwarancyjnym²⁰⁶. Chociaż naruszenie tych traktatów miało pewne znaczenie w podjęciu decyzji o odmowie uznania TRCP, nie można mu przypisać roli decydującej, gdyż sugerowałoby to, że Rada Bezpieczeństwa usurpuje sobie prawo do nadzoru wykonywania umów międzynarodowych. O tym, że co do zasady taka sytuacja nie ma miejsca, świadczy bogata praktyka Rady²⁰⁷.

²⁰³ Z. Necatigil, op. cit., s. 285.

²⁰⁴ K. Chrysostomides, op. cit., s. 248.

²⁰⁵ M. L. Evriviades, op. cit., s. 264. Por. także rezolucję Rady Bezpieczeństwa 541 (1983), która określiła działanie Turcji jako naruszające „suwerenność, niepodległość i integralność terytorialną Cypru”.

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Por. S. Talmon, *Security Council Treaty Action*, „Revue Hellénique de Droit International” 2009, t. 62, s. 65–116. Talmon zauważa, że „egzekwowanie zobowiązań traktatowych [przez Radę Bezpieczeństwa] (...) stanowiło jak dotąd wyjątek” i podaje wyłącznie dwa przykłady: wezwanie Sudanu do wydania Etiopii osób podejrzanych o dokonanie próby zamachu na egipskiego prezydenta Mubarakę w Addis Abebie zgodnie z dwustronną konwencją między tymi państwami w 1996 r. oraz, z zastrzeżeniami, autoryzowaną przez Radę interwencję w Iraku w 1991 r. w związku z jego atakiem na Kuwejt i pogwałceniem m.in. Konwencji genewskich oraz Konwencji wiedeńskich o stosunkach dyplomatycznych i konsularnych. Ten ostatni przykład jest dość zbliżony do przypadku TRCP, ale należy zgodzić się z Talmonem, że naruszenie ww. traktatów raczej nie było główną przyczyną akcji ONZ (w tym także zbiorowej odmowy uznania aneksji Kuwejtu przez Irak).

4.4. Skutki rezolucji

Przypadek Tureckiej Republiki Cypru Północnego z punktu widzenia omawianej problematyki jest o tyle interesujący, że z jednej strony skuteczność samego wezwania do odmowy uznania zawartego w rezolucjach ONZ okazała się wysoka, gdyż z wyjątkiem Turcji nie uznało Tureckiej Republiki Cypru Północnego żadne inne państwo na świecie²⁰⁸, z drugiej zaś sam problem cypryjski do dziś dnia nie został rozwiązany. Należy też podkreślić, że aktywność ONZ w zakresie koordynacji nieuznawania TRCP okazała się najmniejsza ze wszystkich omawianych dotąd przypadków: Zgromadzenie Ogólne nie wezwało ani razu do odmowy uznania nowego podmiotu, natomiast Rada Bezpieczeństwa przyjęła wyłącznie dwie rezolucje w tej sprawie, w dodatku obie niemające charakteru prawnie wiążącego²⁰⁹ (w odróżnieniu od poprzednio omówionych sytuacji, w których wydano bardzo wiele rezolucji, w tym także wiążących, często wręcz pokrywających się treściowo bądź różniących w niewielkim stopniu). Być może w związku z niewielkim znaczeniem gospodarczym i zauważalną niechęcią społeczności międzynarodowej do TRCP obawy o możliwość jej uznania przez państwa członkowskie ONZ były dużo mniejsze niż w przypadku Rodezji czy bantustanów i dlatego uznano, że dalsze powtarzanie wezwań do jej nieuznawania nie jest konieczne. Możliwe też, że zaważyły względy polityczne, które sprawiły, że państwa zachodnie postanowiły nie zrażać dalej do siebie Turcji, ich ważnego sojusznika na Bliskim Wschodzie.

Należy zauważyć, że w ostatnich latach działania podejmowane przez dyplomację Turcji i TRCP odnoszą ograniczone, ale jednak sukcesy. Od 2004 r. TRCP jest uznawana za państwo przez Organizację Konferencji Islamskiej, w której jest obserwatorem. Oprócz ambasady tureckiej, nieoficjalne delegacje utrzymują w niej Australia, Niemcy i USA, a ponadto na terytorium TRCP znajduje się Wysoki Komisariat Wielkiej Brytanii²¹⁰. Z kolei TRCP posiada swoje biura przedstawicielskie (*representative offices*) m.in. w Australii, Chinach, USA, Wielkiej Brytanii, Francji, Niemczech, Włoszech, Szwajcarii, Arabii Saudyjskiej, Zjednoczonych Emiratach Arabskich, Pakistanie²¹¹. Nie posiadają one jednak

²⁰⁸ Tak m.in. S. Palmer, op. cit., s. 423, błędnie S. K. N. Blay, op. cit., s. 92, który podaje, że uznania TRCP dokonał również Pakistan, nie podając żadnych źródeł potwierdzających ten fakt.

²⁰⁹ Por. S. K. N. Blay, op. cit., s. 96–97.

²¹⁰ Informacje z oficjalnej strony TRCP, Foreign Diplomatic Missions in North Cyprus, <http://turkishcyprus.com/foreign-diplomatic-missions.html>. Wymaga podkreślenia fakt, że wysoki komisarz Wielkiej Brytanii jest akredytowany przy prezydencji Republiki Cypru, a nie TRCP.

²¹¹ Informacje z oficjalnej strony TRCP, North Cyprus Offices of the Representatives Abroad, <http://turkishcyprus.com/representative-offices.html>

charakteru dyplomatycznego. Jedyna placówka dyplomatyczna TRCP znajduje się w Ankarze; w Turcji znajdują się również jedyne konsulaty republiki cypryjskich Turków. Jeżeli chodzi o stosunki handlowe, TRCP prowadzi ożywioną wymianę handlową z Turcją, która jest jej głównym partnerem handlowym, ale blisko 30% handlu dokonuje z państwami Unii Europejskiej²¹². W świetle rozważań ujętych w poprzednich rozdziałach pracy żadne z powyżej cytowanych danych nie stanowią jednak wystarczającej podstawy do twierdzenia, że którekolwiek państwo poza Turcją uznało Turecką Republikę Cypru Północnego w sposób domniemany.

5. Przypadki kontrowersyjne

5.1. Katanga

30 czerwca 1960 r. doszło do proklamowania niepodległości Republiki Konga, która kilka dni później została przyjęta do ONZ. Belgia, której kolonią było dotychczas Kongo, liczyła, że uda się jej utrzymać dotychczasowe więzi ekonomiczne i wpływy polityczne²¹³, jednak ogólne nastroje kongijskiego społeczeństwa zdecydowanie nie sprzyjały osiągnięciu tego celu. Już kilka dni po ogłoszeniu niepodległości doszło do buntu żołnierzy kongijskich sprzeciwiających się dalszemu pozostawianiu belgijskich oficerów i doradców wojskowych na terytorium ich kraju²¹⁴. Belgia postanowiła wysłać swoje wojska w celu uśmierzania protestów i 10 lipca rozpoczęła interwencję w Kongu. Premier Konga, Patrice Lumumba, uznał interwencję za naruszenie suwerenności swego państwa i zwrócił się z prośbą o pomoc do ONZ.

Tymczasem przy wsparciu Belgów doszło 11 lipca 1960 r. do ogłoszenia niepodległości przez najbogatszą kongijską prowincję, Katangę. Przywódca nowego państwa, Moise Czumbe, liczył na pomoc państw zachodnich w utrzymaniu niepodległości, nie miał jednak poparcia ze strony miejscowej ludności, która secesję przyjęła w sposób bierny²¹⁵. W odpowiedzi na wezwania Lumumby już 14 lipca 1960 r. Rada Bezpieczeństwa zażądała od Belgii wycofania jej wojsk z terytorium Konga oraz upoważniła Sekretarza Generalnego do zapew-

²¹² Informacje z oficjalnej strony TRCP, Cyprus Economy, <http://turkishcyprus.com/about-trnc-economy.html>

²¹³ J. Prokopczuk, *ONZ a problem dekolonizacji*, [w:] A. Wojcieszak (red.), *ONZ a problemy współczesnego świata*, Warszawa 1972, s. 131.

²¹⁴ Ibidem, s. 132.

²¹⁵ L. Antonowicz, *Pojęcie państwa w prawie międzynarodowym*, Warszawa 1974, s. 115.

nienia rządowi kongijskiemu niezbędnego wsparcia wojskowego²¹⁶. Dzięki temu możliwe było wysłanie do Konga misji ONUC (*United Nations Operation in the Congo*). Kolejne rezolucje z lipca 1960 r. wzywały rząd belgijski do wycofania wojsk oraz wszystkie państwa do „powstrzymania się od jakiejkolwiek akcji, która zmierzałaby do zakłócenia przywracania prawa i porządku oraz wykonywania władzy przez rząd Konga” oraz „jakiegokolwiek działania, które mogłoby podważyć integralność terytorialną i niezależność polityczną” nowego państwa²¹⁷. Walki toczyły się jednak ze zmiennym szczęściem, a władzę w Kongu przejął pułkownik Mobutu, który pozbawił władzy Lumumbę. Na początku 1961 r. doszło do zabicia Lumumby i dwóch jego współpracowników na terytorium Katangi, co stało się podstawą do wydania kolejnej rezolucji, w której ONZ nalegała na wycofanie i ewakuację wojsk belgijskich, innych zagranicznych oddziałów wojskowych i paramilitarnych oraz najemników, a także zarządziła śledztwo ws. okoliczności śmierci Lumumby, wskazując na konieczność ukarania osób za nią odpowiedzialnych²¹⁸.

Kluczowa dla omawianego w pracy problemu okazała się jednak dopiero następna rezolucja, nr 169, przyjęta 24 listopada 1961 r. Rada Bezpieczeństwa potępiła w niej secesję i działania zbrojne skierowane przeciw rządowi kongijskiemu oraz siłom Organizacji Narodów Zjednoczonych, „bezprawnie podejmowane przez administrację prowincji Katanga”, żądając ich zaprzestania. Zażądała od wszystkich państw powstrzymania się od zaopatrywania stron walczących w uzbrojenie²¹⁹. Co niezwykle istotne dla omawianego problemu, Rada całkowicie odrzuciła (*‘completely rejecting...’*) roszczenie Katangi do bycia suwerennym i niepodległym państwem (*a sovereign independent nation*) oraz uznała rząd Republiki Konga za wyłącznie odpowiedzialny za prowadzenie spraw zagranicznych Konga. Określiła także wszystkie działania secesjonistyczne jako sprzeczne z *Loi fondamentale* (Ustawa zasadnicza – nazwa ówczesnej konstytucji kongijskiej) oraz decyzjami Rady Bezpieczeństwa i zażądała niezwłocznego ich zaprzestania w Katandze. Ponadto zadeklarowała swoją pełną i niewzruszoną pomoc rządowi Konga i determinację we wspieraniu go w przywracaniu prawa i porządku²²⁰. Pomimo że walki trwały nadal, siły ONZ i wojska wierne rządowi

²¹⁶ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 143 (1960), S/4387.

²¹⁷ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 145 (1960), S/4405 i 146 (1960), S/4426. Podobną wymowę miała także rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 1474 (ES-IV) (1960) A/4150, przyjęta podczas czwartej specjalnej nadzwyczajnej sesji Zgromadzenia Ogólnego w dniach 17–19 września 1960 r.

²¹⁸ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 161 (1961), S/4741.

²¹⁹ Z wyjątkiem sytuacji, w których takie działanie byłoby zgodne z decyzjami, polityką i celami ONZ.

²²⁰ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 169 (1961), S/5002.

kongijskiemu osiągały stopniowo przewagę. W grudniu 1962 r. nastąpiła ostateczna ofensywa, zakończona 15 stycznia 1963 r. zajęciem Elisabethville, stolicy secesjonistów katangijskich, przez ONUC.

Jak wspomniano, wyrażając wolę nieuznania Katangi w rezolucji 169, Rada Bezpieczeństwa określiła działania secesjonistów jako sprzeczne z belgijską konstytucją i decyzjami Rady Bezpieczeństwa oraz odmówiła słuszności roszczeniom Katangi do suwerennego bytu państwowego²²¹. W oparciu o analizę brzmienia tej rezolucji S. Talmon wyraził przekonanie, że w przypadku Katangi nie doszło do stwierdzenia poważnego naruszenia prawa międzynarodowego ani wyraźnego wezwania do odmowy uznania, a jedynie do wystosowania do państw ogólnego apelu wzywającego do powstrzymania się od wszelkich działań, które mogłyby naruszyć jedność, integralność terytorialną i niezależność polityczną Republiki Konga²²². J. Dugard, posiłkując się postanowieniami tej samej rezolucji, wysunął z kolei tezę, że ONZ odmówiła uznania Katandze i że w gruncie rzeczy to Katanga, a nie Rodezja, była pierwszym państwem, którego istnienie nie zostało uznane przez Organizację²²³.

Choć przyjmowane w trakcie konfliktu rezolucje bez wątpienia potwierdzały dążenie ONZ do zachowania integralności terytorialnej i niezależności politycznej Konga, wydaje się, że nie były bezpośrednio motywowane samą tylko niechęcią do secesjonistów z Katangi, jak sugerował to S. Talmon. Już od początku swego zaangażowania w konflikt w Kongu Rada Bezpieczeństwa konsekwentnie wzywała wojska belgijskie do wycofania się z terytorium tego państwa²²⁴. Potępienie działań secesjonistów w tych rezolucjach było dokonywane równocześnie z krytyką działań sił zewnętrznych, które je wspierały i apelami o wycofanie ich sił zbrojnych oraz najemników²²⁵. Jak zauważył S. Talmon, w trakcie konfliktu kongijskiego państwa generalnie zgadzały się co do tego, że przywódca secesjonistów, Moise Czumbe, nie byłby w stanie ustanowić i utrzymać władzy bez pomocy z zewnątrz²²⁶. Z tych powodów wydaje się niewskazane traktowanie działalności ONZ w tym konflikcie wyłącznie jako wymierzonej w secesję jednej z kongijskich prowincji. Była ona bowiem raczej spowodowana – i odnosi się

²²¹ Ibidem.

²²² S. Talmon, *Kollektive Nichtanerkennung illegaler Staaten: Grundlagen und Rechtsfolgen einer international koordinierten Sanktion, dargestellt am Beispiel der Türkischen Republik Nord-Zypern*, Tübingen 2006, s. 83–84.

²²³ J. Dugard, *Recognition and United Nations*, Cambridge 1987, s. 86.

²²⁴ Por. Rezolucje Rady Bezpieczeństwa 143 (1960), 145 (1960).

²²⁵ Np. w rezolucji Rady Bezpieczeństwa 169 (1961): „zdecydowanie potępia secesjonistyczne działania prowadzone bezprawnie przez administrację prowincji Katanga z pomocą zewnętrznych zasobów i zagranicznych najemników”.

²²⁶ S. Talmon, op. cit., s. 124–125.

to również do odmowy uznania Katangi – naruszeniem przez wojska belgijskie zakazu użycia siły i zakazu interwencji, a być może także naruszeniem prawa do samostanowienia w jego antykolonialnym sensie²²⁷, tzn. prawa do samostanowienia ludności Konga jako całości. Wydaje się również, że to naruszenie integralności terytorialnej Konga przez siły belgijskie – a nie tyle samo powstanie Katangi – stanowiło istotny czynnik przemawiający za zaangażowaniem ONZ.

Żadne państwo – nawet Belgia – nie uznało Katangi w ciągu jej kilkuletniego istnienia²²⁸, choć trudno ten fakt uznać za efekt rezolucji, która została przyjęta ponad rok po ogłoszeniu przez Katangę niepodległości i w której ani razu nie pojawia się zwrot nieuznawanie (*non-recognition*) bądź wezwanie do nieuznawania (*not to recognize*)²²⁹. Sensowna wydaje się jednak argumentacja Dugarda, że w omawianym przypadku doszło do odmowy uznania w sposób dorozumiany (*implicit*)²³⁰. Wynikała ona z wyraźnego i jednoznacznego potępienia nielegalnych działań katangijskich secesjonistów oraz zanegowania istnienia Katangi jako niepodległego państwa²³¹. Ewentualne uznanie tego podmiotu stałoby w wyraźnej sprzeczności z postanowieniami cytowanych rezolucji i stanowiło naruszenie prawa międzynarodowego.

5.2. Biafra

W styczniu 1966 r. doszło w niepodległej od zaledwie kilku lat Nigerii do przewrotu, w wyniku którego objął władzę gen. Johnson Ironsi pochodzący z plemienia Ibo²³². Jego rządy nie trwały jednak długo, gdyż już w lipcu 1966 r. obalił go ppłk Yakubu Gowon. Po dojściu do władzy Gowona doszło do pogromów ludności Ibo na północy kraju. W odpowiedzi na ten fakt ppłk Odumegwu Ojukwu – gubernator regionu wschodniego, również zamieszkanego przez Ibo – zażądał przyznania zarządzanemu przezeń regionowi znacznej autonomii oraz

²²⁷ U. Saxer, *Die internationale Steuerung der Selbstbestimmung und der Staatsentstehung: Selbstbestimmung, Konfliktmanagement, Anerkennung und Staatennachfolge in der neueren Völkerrechtspraxis*, Heidelberg 2010, s. 178–179.

²²⁸ Ibidem, s. 87.

²²⁹ G. Fischer, op. cit., s. 68, uważa, że ani Zgromadzenie Ogólne, ani Rada Bezpieczeństwa nie odwołały się w sposób wyraźny do zasady nieuznawania w związku z secesją Katangi.

²³⁰ J. Dugard, *Recognition and United...*, s. 88.

²³¹ Dugard – ibidem, s. 89 – skłania się ku opinii, że przyczyną odmowy uznania był fakt dokonania secesji niezgodnie z zasadą *uti possidetis*. Późniejsze wydarzenia i brak aż tak zdecydowanej reakcji organów ONZ na nie (choćby w odniesieniu do Biafry, por. niżej) sugerują, że zbiorowe nieuznanie Katangi było raczej spowodowane jej powstaniem i trwaniem dzięki zewnętrznej interwencji zbrojnej, sprzecznej z zakazem użycia siły i zasadą integralności terytorialnej.

²³² P. Calvocoressi, op. cit., s. 652.

prawa do samodzielnego zarządzania znajdującymi się w nim surowcami naturalnymi, obejmującymi m.in. 80% nigeryjskich zasobów ropy naftowej²³³. Jego postulaty zostały odrzucone, w odpowiedzi na co Ojukwu 30 maja 1967 r. ogłosił secesję i niepodległość Republiki Biafry. Oddziały białrańskie nie były jednak w stanie stawić czoła wystarczająco długo przeważającym siłom rządu centralnego, które od 1968 r. zaczęły stopniowo wypierać je z zajmowanego terytorium. Pod koniec 1969 r. Ojukwu zbiegł do Wybrzeża Kości Słoniowej, a jego następcą skapitulował 14 stycznia 1970 r.²³⁴ Akt ten zakończył secesję Biafry.

Należy podkreślić, że zarówno Zgromadzenie Ogólne, jak i Rada Bezpieczeństwa nie wydały ani jednej rezolucji dotyczącej konfliktu w Biafrze i całkowicie powstrzymały się od zaangażowania w ten konflikt. Nie może on więc zostać zakwalifikowany jako taki, w którym doszło do zbiorowej odmowy uznania przez ONZ. Ówczesny sekretarz generalny U Thant uznał Organizację Jedności Afrykańskiej za organizację regionalną kompetentną do rozwiązania tej „wewnętrznej kwestii afrykańskiej”²³⁵. Zdaniem J. Salmona przyczyną braku zaangażowania ONZ w konflikt białrański był fakt, że rząd Nigerii nie zwrócił się z odpowiednią prośbą do Organizacji, jak to miało miejsce w przypadku Rodezji, Katangi czy Cypru. To dlatego nie włączono w ogóle sprawy Biafry do porządku dziennego organów ONZ²³⁶, a problem secesji Biafry został uznany za pozostający całkowicie w ramach kompetencji wewnętrznej Nigerii. Biafra nie uzyskała ponadto silnego wsparcia militarnego z zewnątrz, które stanowiło bodziec do podjęcia działań przez ONZ, m.in. w odniesieniu do secesji Katangi czy Tureckiej Republiki Cypru Północnego. Warto dodać, że przypadek białrański nie wydawał się tak oczywiście jednoznaczny, jak pozostałe omawiane w niniejszym rozdziale, także innym państwom, gdyż Biafra została uznana przez Tanzanię, Gabon, Wybrzeże Kości Słoniowej, Zambię i Haiti²³⁷.

5.3. Republika Serbska

Koniec lat 80. był okresem znacznego wzrostu nastrojów nacjonalistycznych wśród wszystkich narodowości żyjących w wielonarodowej, federalnej Jugosławii. Po śmierci wieloletniego przywódcy kraju Josipa Broz-Tity jego następcy nie dysponowali wystarczającym autorytetem, by powstrzymać ruchy odśrodkowe. Na przełomie lat 80. i 90. doszło do utworzenia szeregu partii, które w mniej lub bardziej jawny sposób demonstrowały tendencje proniepodległościowe.

²³³ J. Kukułka, op. cit., s. 176.

²³⁴ Ibidem, s. 177.

²³⁵ J.A. Salmon, op. cit., s. 196–197.

²³⁶ Ibidem., s. 197.

²³⁷ J. Dugard, *Recognition and United...*, s. 84.

W roku 1990 odbyły się po raz pierwszy wielopartyjne wybory, które zakończyły się zwycięstwem partii opowiadających się za niepodległością poszczególnych republik²³⁸. W grudniu 1990 r. w jednej z części jugosłowiańskiej federacji, Słowenii, przeprowadzono referendum niepodległościowe. Około 88% mieszkańców opowiedziało się za niezależnym bytem państwowym przy bardzo wysokiej frekwencji wynoszącej nieco ponad 93%²³⁹. Reakcją władz słoweńskich na tak silne poparcie społeczne była deklaracja, że w ciągu sześciu miesięcy ogłoszą niepodległość Słowenii²⁴⁰ oraz wezwanie przez nie władz w Belgradzie do przekształcenia Jugosławii w luźną konfederację. Podobnym wynikiem, bo 93%, zakończyło się tego rodzaju referendum w Chorwacji w maju 1991 r.²⁴¹

25 czerwca 1991 r. władze słoweńskie i chorwackie ogłosiły niepodległość. Fakt ten spotkał się z energiczną reakcją zdominowanego przez Serbów rządu federalnego, który już następnego dnia rozpoczął działania zbrojne, dążąc do przywrócenia *status quo*. Oddziały słoweńskie były jednak dobrze przygotowane do tej konfrontacji. Już 7 lipca 1991 r. doszło do zawarcia porozumienia z Brioni, na podstawie którego Słowenia miała zawiesić na trzy miesiące deklarację niepodległości – cokolwiek miałoby to znaczyć – zaś wojska jugosłowiańskie przerwać działania zbrojne na jej terytorium²⁴². O ile jednak walki na terytorium Słowenii rzeczywiście ustały, o tyle te w Chorwacji trwały nadal.

Tymczasem na przełomie lutego i marca 1992 r. przeprowadzono referendum niepodległościowe w Bośni i Hercegowinie, stanowiącej kolejny człon federacji. Jego wynik pozornie wykazał miażdżącą przewagę zwolenników ogłoszenia niepodległości, którzy stanowili 99% głosujących – co jednak było istotne, frekwencja wyniosła w nim tylko ok. 63%, gdyż bośniaccy Serbowie zbojkotowali referendum²⁴³. 6 kwietnia 1992 r. bośniackie władze ogłosiły niepodległość republiki²⁴⁴. W odpowiedzi na to wydarzenie 7 kwietnia 1992 r. bośniaccy Serbowie pod wodzą Radovana Karadzicia przyjęli deklarację niepodległości Republiki Serbskiej, obejmującej zamieszkiwaną przez nich część Bośni i Hercegowiny²⁴⁵. Wkrótce rozgorzały walki pomiędzy armią jugosłowiańską wspieraną przez bośniackich Serbów a Bośniakami i Chorwatami.

²³⁸ M. Spencer, *What happened in Yugoslavia?*, [w:] M. Spencer (red.), *The Lessons of Yugoslavia*, New York 2000, s. 15.

²³⁹ P. Radan, *The Break-up of Yugoslavia and International Law*, London 2002, s. 171.

²⁴⁰ M. Spencer, op. cit., s. 15.

²⁴¹ P. Radan, op. cit., s. 177.

²⁴² C. Rogel, *The breakup of Yugoslavia and its aftermath*, Westport 2004, s. 23.

²⁴³ P. Radan, op. cit., s. 187.

²⁴⁴ C. Rogel, op. cit., s. 24.

²⁴⁵ D. Raič, *Statehood and the Law of Self-Determination*, The Hague 2002, s. 422.

Ogłoszenie niepodległości przez Republikę Serbską nie spotkało się ze zdecydowaną reakcją ONZ. W wydanej dopiero w połowie maja – *nota bene* w dniu przyjęcia do organizacji Bośni i Hercegowiny – rezolucji 752 Rada Bezpieczeństwa wezwiała walczące strony do poszanowania integralności terytorialnej tego państwa oraz wycofania Jugosłowiańskiej Armii Ludowej i Armii Chorwackiej z jej terytorium²⁴⁶. Brak reakcji ze strony Serbów i Chorwatów sprawił, że pod koniec maja 1992 r. doszło do przyjęcia nowej rezolucji – tym razem opartej na rozdziale VII Karty Narodów Zjednoczonych – w której nałożono embargo na towary eksportowane z Federalnej Republiki Jugosławii, a także zobowiązano członków Organizacji do zastosowania innych środków politycznej presji na władze jugosłowiańskie, takich jak zmniejszenie liczebności misji dyplomatycznych i urzędów konsularnych, wstrzymanie współpracy naukowej, technicznej i kulturalnej, a nawet uniemożliwienie udziału jugosłowiańskich sportowców w wydarzeniach sportowych²⁴⁷. Restrykcje te zostały jeszcze bardziej zaostrzone wraz z ustanowieniem zakazu lotów nad terytorium Bośni i Hercegowiny²⁴⁸.

Dopiero w listopadzie 1992 r. Rada Bezpieczeństwa zareagowała na deklarację niepodległości państwa bośniackich Serbów, wydając rezolucję 787. Podtrzymała w niej wyrażane już wcześniej stanowisko, że „jakiegokolwiek przejęcie terytorium siłą lub praktyki czystek etnicznych są bezprawne i nieakceptowalne”²⁴⁹ oraz że tego rodzaju działania nie będą miały wpływu na wynik negocjacji dotyczących bośniackiej konstytucji. Stwierdziła także, że integralność terytorialna Bośni i Hercegowiny musi być ściśle przestrzegana, a „żadne podmioty jednostronnie ogłoszone lub narzucone rozwiązania z nią sprzeczne nie zostaną zaakceptowane” (*will not be accepted*)²⁵⁰. Nie pojawiło się jednak w rezolucji ani razu odniesienie do serbskiego państwa, co więcej z treści rezolucji wynikało, że wyraźnie starano się pominąć jego nazwę – np. zamiast potępić działania Armii Republiki Serbskiej, Rada Bezpieczeństwa krytykowała działania „paramilitarnych oddziałów bośniackich Serbów” (*Bosnian Serb paramilitary forces*)²⁵¹.

²⁴⁶ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 752 (1992).

²⁴⁷ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 757 (1992).

²⁴⁸ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 781 (1992).

²⁴⁹ Podobnie wypowiadała się Rada w szeregu następnych rezolucji, m.in. 819 (1993), 820 (1993), 859 (1993).

²⁵⁰ Prawdopodobnie Rada, przyjmując tę rezolucję, miała nie tylko na myśli Republikę Serbską, ale również Republikę Herceg-Bośni, proklamowaną przez bośniackich Chorwatów.

²⁵¹ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 787 (1992). W ten sam sposób określano wojska Republiki Serbskiej także w następnych rezolucjach, m.in. w rezolucji 820 (1993). Inne określenie stosowane w stosunku do armii tego podmiotu to „siły bośniackich Serbów” (*Bosnian Serb forces*) – por. m.in. rezolucje Rady Bezpieczeństwa 838 (1993) i 942 (1994). Z kolei odnosząc się do sił politycznych w Republice Serbskiej, Rada używała co

Walki trwały jednak nadal, a Rada Bezpieczeństwa w kolejnych rezolucjach jak mantrę powtarzała wezwania do poszanowania suwerenności, integralności terytorialnej oraz niezależności politycznej Republiki Bośni i Hercegowiny i potępiała nadużycia stron walczących²⁵². Przedłużające się walki pozwoliły na przekonanie Rosji, wspierającej stronę serbską, do poparcia w kwietniu i maju 1993 r. rezolucji 820 i 824, zamrażających środki finansowe serbskich władz za granicą i ustanawiających tzw. strefy bezpieczeństwa, które miały stanowić schronienie dla ludności cywilnej, oraz rezolucji 827, która ustanawiała Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii mający zająć się karaniem sprawców zbrodni wojennych²⁵³. W tym samym czasie trwały próby mediacji w konflikcie podejmowane przez państwa zachodnie, proponowane przez nie plany rozwiązania konfliktu – Vance’a-Owena i Owena-Stoltenberga – zostały jednak odrzucone przez bośniackich Serbów²⁵⁴. Wojna wkroczyła w nową fazę, gdyż walki między sobą rozpoczęli także Chorwaci i Bośniacy. Tym niemniej władze w Belgradzie zdawały sobie sprawę, że nie były w stanie dłużej prowadzić walki, i skłoniły się w kwietniu 1994 r. do negocjacji z pozostałymi stronami konfliktu. W ich wyniku Jugosławia zawiesiła działania zbrojne – nie zgodzili się jednak tego zrobić bośniaccy Serbowie, dlatego też rezolucją 942 Rada Bezpieczeństwa nałożyła kolejne sankcje, tym razem jednak wyłącznie na nich, za odrzucenie porozumienia²⁵⁵, jednocześnie zawieszając sankcje w stosunku do samej Serbii²⁵⁶. W lipcu 1995 r. oddziały bośniackich Serbów zajęły miasta Srebrenica, Žepa i Goražde, wypędzając mieszkającą tam ludność i dokonując czystek etnicznych. To wydarzenie ostatecznie skłoniło większość społeczności międzynarodowej do wzmocnienia wysiłków w celu zawarcia pokoju. Ostatecznie udało się zmusić strony walczące do zawarcia porozumienia z Dayton w listopadzie 1995 r. Na jego podstawie doszło do wstrzymania walk oraz przekształcenia Bośni i Hercegowiny w federację złożoną z dwóch podmiotów: Federacji Bośni i Hercegowiny oraz Republiki Serbskiej²⁵⁷, likwidując niezależny byt republiki bośniackich Serbów.

Ustalenia poczynione w odniesieniu do Katangi mają wiele wspólnego z przypadkiem Republiki Serbskiej. W trakcie konfliktu w Bośni Rada Bezpieczeństwa wielokrotnie i w sposób jednoznaczny powtarzała, że jakiegokolwiek

do zasady terminu „strona Bośniackich Serbów” (*Bosnian Serb party*), por. rezolucje Rady Bezpieczeństwa 942 (1994), 959 (1994), 1010 (1995).

²⁵² M.in. rezolucje Rady Bezpieczeństwa 770 (1992), 819 (1993), 859 (1993), 900 (1994), 959 (1994), 982 (1995), 1010 (1995).

²⁵³ Rezolucje Rady Bezpieczeństwa 820 (1993), 824 (1993), 827 (1993).

²⁵⁴ M. Spencer, op. cit., s. 24.

²⁵⁵ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 942 (1994).

256 Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 943 (1994).

²⁵⁷ P. Radan, op. cit., s. 92–93.

przejęcie lub nabycie terytorium w wyniku użycia siły lub groźby jej użycia, w tym przy zastosowaniu praktyki czystek etnicznych, jest bezprawne i nie do przyjęcia²⁵⁸. Wydaje się więc, że odmowa uznania Republiki Serbskiej była spowodowana naruszeniem zakazu użycia siły²⁵⁹. Z całą pewnością istotną rolę odgrywało również dążenie do zapewnienia poszanowania integralności terytorialnej Bośni i Hercegowiny, gdyż to właśnie w kontekście tej zasady pojawiła się w rezolucji 787 deklaracja, że „żadne podmioty jednostronnie ogłoszone lub narzucone rozwiązania z nią sprzeczne nie zostaną zaakceptowane”²⁶⁰ – jednak jak już podkreślono wyżej choćby w odniesieniu do przypadku Katangi, to właśnie bezprawne użycie siły jako czynnik umożliwiający secesję Republiki Serbskiej było prawdopodobnie główną przyczyną wezwania do odmowy jej uznania przez Radę Bezpieczeństwa²⁶¹.

W trakcie jej kilkuletniego istnienia Republiki Serbskiej nie uznało żadne państwo. Nie uczyniła tego także Jugosławia²⁶². Warto zauważyć, że przypadek Republiki Serbskiej nie był analizowany w dotychczas opublikowanych analizach obowiązku nieuznawania. Być może wynikało to z faktu, że Rada Bezpieczeństwa w żadnej z rezolucji przyjętych w trakcie walk w Bośni nie wymieniła jej bezpośrednio z nazwy – nawet w rezolucji 787, w której odmawiała uznania podmiotów utworzonych na terytorium Bośni i Hercegowiny. Nie zrobiło tego również Zgromadzenie Ogólne, które nawiasem mówiąc, ani razu nie wezwało do odmowy uznania państwa bośniackich Serbów, nawet w sposób pośredni. Tym niemniej fakt odmowy uznania Republiki Serbskiej wydaje się obecnie niesporny, a wniosek ten można wyciągnąć z lektury opinii doradczej Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie ogłoszenia jednostronnej deklaracji niepodległości Kosowa, gdzie stwierdza on: „Gdyby Rada Bezpieczeństwa chciała

²⁵⁸ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 819 (1993), podobnie też wcześniejsza 787 (1992).

²⁵⁹ Czy też zakazu agresji, jak twierdzi np. M. Škrk, *Recognition of States and Its (Non-)Implication on State Succession: the Case of Successor States to the Former Yugoslavia*, [w:] M. Mrak, *Succession of States*, The Hague 1999, s. 5. Podobnie, cytując opinię przedstawiciela Bośni i Hercegowiny w trakcie postępowania przed MTS w sprawie dotyczącej stosowania konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, T. D. Grant, *Territorial Status, Recognition, and Statehood: Some Aspects of the Genocide Case (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, „Stanford Journal of International Law” 1997, t. 33, s. 323, a także D. Raič, op. cit., s. 422.

²⁶⁰ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 787 (1992).

²⁶¹ Potwierdza taką interpretację również wspomniany wcześniej przypadek Biafry, której secesja nie była bezpośrednio wspierana militarnie przez państwa ościennie i którą w odróżnieniu od Katangi czy Republiki Serbskiej ONZ uznała za wewnętrzną sprawę Nigerii.

²⁶² D. Raič, op. cit., s. 422.

uniemożliwić deklarację niepodległości, zrobiłaby to w jasny i jednoznaczny sposób [sic!] w tekście rezolucji, jak to zrobiła w rezolucji 787 (1992) dotyczącej Republiki Serbskiej”²⁶³. Ta krótka dygresja jest o tyle znacząca, że potwierdza fakt, że rezolucja wzywająca do nieuznawania określonego podmiotu czy nabytku terytorialnego dokonana przez Radę Bezpieczeństwa nie musi zawierać wyraźnego oświadczenia o odmowie uznania danego podmiotu (np. z użyciem zwrotu *not to recognize*), a więc może odmawiać uznania w sposób dorozumiany, co sugerował wiele lat wcześniej J. Dugard w odniesieniu do Katangi.

6. Podstawy prawne odmowy uznania

W poprzednich rozdziałach omówiono praktykę ONZ w odniesieniu do odmowy uznania państw powstałych niezgodnie z prawem międzynarodowym²⁶⁴. Jak wynika z przeprowadzonej dotychczas analizy stopień podporządkowania się przez państwa obowiązкови nieuznawania był wysoki; praktycznie wszystkie państwa starały się czynić mu zadość, a przede wszystkim dostrzegały jego istnienie i traktowały go jako ograniczający swobodę ich działań. Stosowne wydaje się wyróżnienie podstaw materialnych i formalnych takiej odmowy. W ujęciu tym podstawy materialne odnoszą się będą do konkretnych norm prawa międzynarodowego o charakterze materialnym, które zostały naruszone w poszczególnych przypadkach, natomiast podstawy formalne – do tzw. źródeł prawa w znaczeniu formalnym.

W świetle dotychczasowych ustaleń, omówione przypadki zbiorowej odmowy uznania można uporządkować, biorąc pod uwagę ich podstawy materialne, w sposób następujący:

- naruszenie integralności terytorialnej – Turecka Republika Cypru Północnego, Katanga, Republika Serbska,
- naruszenie zakazu użycia siły – Turecka Republika Cypru Północnego, Katanga, Republika Serbska,

²⁶³ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo...*, s. 40 oraz 30–31.

²⁶⁴ Choć w literaturze wcześniejszej przyjmowano zazwyczaj, że powstanie państwa jest kwestią faktyczną, a nie prawną, to ocena zgodności z prawem tego procesu zdaje się być możliwa, m.in. w świetle brzmienia art. 6 Konwencji wiedeńskiej o sukcesji państw w odniesieniu do traktatów z 1978 r. i art. 3 Konwencji wiedeńskiej o sukcesji państw w odniesieniu do mienia państwowego, archiwów państwowych i długów publicznych z 1983 r. Por. W. Czapliński, *Recognition and non-recognition beyond the ICJ's Advisory Opinion*, [w:] M. Arcari, L. Balmond (red.), *Questions de droit international autour de l'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice sur le Kosovo*, Milano 2011, s. 175.

- naruszenie zasady samostanowienia – Rodezja Południowa, bantustany,
- naruszenie zakazu apartheidu i segregacji rasowej – Rodezja Południowa, bantustany.

Jak widać we wszystkich analizowanych sytuacjach, można mówić o istnieniu co najmniej dwóch materialnych podstaw odmowy uznania. Dla dopełnienia wniosków wynikających z tego faktu konieczne jest prześledzenie możliwych podstaw formalnych związania tymi normami – zarówno w stosunku do państw odmawiających uznania, jak i podmiotów nieuznawanych. W tym celu w kolejnych podrozdziałach zostaną przeanalizowane kolejno: problem charakteru prawnego rezolucji Zgromadzenia Ogólnego i Rady Bezpieczeństwa wzywających do odmowy uznania, kwestia odmowy uznania wynikającej bezpośrednio z Karty Narodów Zjednoczonych i innych umów międzynarodowych oraz problem międzynarodowego prawa zwyczajowego i norm *ius cogens* jako podstaw obowiązku odmowy uznania.

6.1. Charakter prawny rezolucji Zgromadzenia Ogólnego i Rady Bezpieczeństwa

Jak można wywnioskować, pobieżnie przejrzawszy dotychczasowe rozważania, obowiązek nieuznawania państw powstałych z naruszeniem prawa międzynarodowego wydaje się brać swe źródło z rezolucji Zgromadzenia Ogólnego i Rady Bezpieczeństwa podejmowanych w określonych sprawach i w sposób bardziej lub mniej wyraźny stanowiących o obowiązku odmowy uznania. Rozsądne wydaje się jednak upewnienie się, czy tak jest w istocie.

Większość analizowanych rezolucji *explicite* wzywa państwa do odmowy uznania, używając odpowiednich zwrotów, takich jak „wzywa wszystkie państwa do nieuznawania” (*calls upon all States not to recognize*)²⁶⁵, „[państwa] powinny powstrzymać się od uznania” (*[States] shall refrain from recognizing*)²⁶⁶, „wzywa wszystkie rządy do odmowy uznania w jakiejkolwiek formie” (*calls upon all governments (...) to deny any form of recognition*)²⁶⁷. Część z nich nie zawiera jednak tego rodzaju apeli i jak się wydaje, wyraża wyłącznie wolę odmowy uznania ze strony samej Organizacji. Wola ta przybiera różne formy językowe, gdyż oprócz zwrotów zawierających w tej czy innej formie pojęcie „uznanie” pojawiają się w rezolucjach także inne sformułowania o podobnym znaczeniu – a przynajmniej skutkach – jak: „odrzuca deklarację »niepodległości« Transkei” (*rejects*

²⁶⁵ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 216 (1965).

²⁶⁶ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 277 (1970).

²⁶⁷ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 34/93G (1979).

the declaration of 'independence' of the Transkei)²⁶⁸, „całkowicie odrzucając roszczenie, zgodnie z którym Katanga jest »suwerennym niepodległym państwem«” (*completely rejecting the claim that Katanga is 'a sovereign independent nation'*)²⁶⁹, „stwierdza, że jakiegokolwiek podmioty ogłoszone jednostronnie nie zostaną zaakceptowane” [w odniesieniu do Republiki Serbskiej] (*affirms that any entities unilaterally declared (...) will not be accepted*)²⁷⁰.

Specyficzne są także formy, w jakich Rada Bezpieczeństwa lub Zgromadzenie Ogólne odnoszą się do podmiotów nieuznawanych. Należy więc zaobserwować tendencję do unikania określania ich nazwami, które przyjęły one jako swoje nazwy oficjalne, np. „nielegalny rasistowski mniejszościowy reżim” (*illegal racist minority régime*)²⁷¹ zamiast Rodezji, „strona bośniackich Serbów”, „wojska bośniackich Serbów” (*Bosnian Serb party, Bosnian Serb forces*)²⁷² zamiast Republiki Serbskiej też konsekwentne ujmowanie nazw państw, ich cech bądź nawet wydarzeń w nich zachodzących w cudzysłów, czego przykładem mogą być m.in. zwroty: „fikcyjna »niepodległość« Transkei” (*sham 'independence' of Transkei*)²⁷³, „prawnie nieważna Turecka Republika Cypru Północnego”, „referendum konstytucyjne”, „wybory” (*'legally invalid Turkish Republic of Northern Cyprus', 'constitutional referendum', 'elections'*)²⁷⁴.

Charakterystyczne dla omawianych rezolucji są wreszcie pojawiające się w nich stosunkowo często oceny stanu prawnego dokonywane przez Zgromadzenie Ogólne bądź Radę Bezpieczeństwa, takie jak choćby konstatacja zawarta w rezolucji 541: „[Rada Bezpieczeństwa] uważa ją [Turecką Republikę Cypru Północnego] za prawnie nieważną” (*considers it legally invalid*)²⁷⁵.

Niejasne jest, czy wszystkie zwroty wyrażające wolę odmowy uznania są ze sobą równoważne. Interpretacja językowa sugeruje, że wręcz przeciwnie – należy domniemywać, że istnieją między nimi różnice, co zostało zresztą zasugerowane powyżej – ale implementacja rezolucji przez państwa była podobna we wszystkich

²⁶⁸ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 31/6A (1976).

²⁶⁹ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 169 (1961). Zdaniem J. Dugarda, który jako pierwszy wskazał na Katangę jako przypadek odmowy uznania, o intencji odmowy jej uznania świadczył raczej zawarty w tej samej rezolucji zwrot: „deklaruje, że wszystkie działania secesjonistyczne jako sprzeczne przeciwko Republice Konga są sprzeczne z *Loi fondamentale* oraz decyzjami Rady Bezpieczeństwa” (*declares that all secessionist activities against the Republic of the Congo are contrary to the Loi fondamentale and Security Council decisions*), por. J. Dugard, *Recognition and the United Nations...*, s. 88.

²⁷⁰ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 787 (1992).

²⁷¹ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 216 (1965).

²⁷² Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 820 (1993).

²⁷³ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 31/6A (1976).

²⁷⁴ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 550 (1984).

²⁷⁵ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 541 (1983).

przypadkach. Mniej wątpliwości budzi stosowanie cudzysłówu lub zastępowanie nazw nieuznawanych podmiotów innymi, będące zabiegiem zmierzającym do podkreślenia woli nieuznawania tych podmiotów, a zarazem do zapobieżenia możliwości wywodzenia jakichkolwiek roszczeń przez ich przywódców w związku z faktem wydawania odnoszących się do nich rezolucji. W pewien sposób zaskakiwać może natomiast fakt dokonywania oceny stanu prawnego określonych sytuacji i podmiotów przez organy polityczne, jakimi są niewątpliwie Zgromadzenie Ogólne i Rada Bezpieczeństwa. Brak co do zasady sprzeciwu ze strony państw członkowskich ONZ sugeruje jednak, że zaakceptowali oni tego rodzaju działania i podzielali dokonywaną przez te organy ocenę sytuacji²⁷⁶.

Dużo poważniejszy problem od zasygnalizowanych stanowi fakt, że nie w każdym przypadku odmowy uznania odnośne działania ONZ były koordynowane przez oba organy tej organizacji. I tak na przykład w sprawie Tureckiej Republiki Cypru Północnego wszystkie rezolucje wzywające do nieuznawania bantustanów wzywało w sposób jednoznaczny wyłącznie Zgromadzenie Ogólne, a Rada jedynie udzieliła jego rezolucjom poparcia ('*endorses...*')²⁷⁷. Ta konstatacja powoduje konieczność postawienia niezwykle ważnego pytania: czy rezolucje Zgromadzenia nakładają obowiązki prawne na członków Organizacji? W doktrynie przyjmuje się, że co do zasady tak nie jest. Jak pisze K. Skubiszewski: „nie wykształciła się jeszcze norma, która postawiłaby rezolucję Zgromadzenia obok zwyczaju i traktatu w rzędzie źródeł prawa. Bez względu na tak lub inaczej rozumiany *consensus*, nie ma normy prawnej, która by z rezolucji Zgromadzenia uczyniła akt prawodawczy”²⁷⁸. Potwierdza jego opinię J. Symonides, który twierdzi, że uchwały Zgromadzenia adresowane do państw członkowskich nie mają charakteru wiążącego, choć z pewnością mają istotne znaczenie polityczne i moralne²⁷⁹. Opinie te pozwalają wywieść wniosek, że przynajmniej

²⁷⁶ Na konieczność dokonywania tego rodzaju ocen wskazuje I. Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, The Hague 1998, s. 212, zdaniem którego jest to „normalne i niezbędne”, a fakt, że czynią to organy o charakterze politycznym nie powinien być obiektem krytyki. Podobnie twierdzi H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge 1948, s. 413: „jako że zwykle obowiązkowa jurysdykcja nie jest przyznana jakimkolwiek trybunałowi międzynarodowemu, same państwa są jednocześnie uprawnione i zmuszone do orzekania w kwestii legalności działań innych państw”. Odmienne: J. W. Halderman, op. cit., s. 700.

²⁷⁷ Por. rezolucje Rady Bezpieczeństwa 402 (1976) i 407 (1977) (*nota bene* niewiążące), w których wyrażono poparcie dla rezolucji Zgromadzenia Ogólnego 31/6A (1976) wzywającej do odmowy uznania Transkei.

²⁷⁸ K. Skubiszewski, *Czy uchwały Zgromadzenia Ogólnego ONZ są źródłem prawa?*, „Państwo i Prawo” 1981, z. 1, s. 30.

²⁷⁹ J. Symonides, *Organizacja Narodów Zjednoczonych...*, s. 34.

w niektórych przypadkach odmowy uznania – np. wspomnianych już bantustanów – nie istniały wiążące rezolucje, które mogłyby nałożyć na członków ONZ obowiązek nieuznawania, a mimo to państwa te w sposób niemal jednomyślny powstrzymywały się od uznania.

Spośród ogółu rezolucji, które mogły stanowić podstawę prawną odmowy uznania, należy więc wyłączyć rezolucje Zgromadzenia Ogólnego. Pozostaje jednak pytanie, czy wszystkie rezolucje Rady Bezpieczeństwa można określić jako posiadające wiążący prawnie charakter. R. Higgins twierdzi, że art. 25 Karty Narodów Zjednoczonych, który stanowi, że „członkowie Organizacji Narodów Zjednoczonych zgadzają się przyjmować i wykonywać decyzje Rady Bezpieczeństwa zgodnie z niniejszą Kartą”, nie wprowadza żadnych ograniczeń w tej kwestii, z wyjątkiem obowiązku nadania rezolucji charakteru decyzji²⁸⁰. Jej zdaniem to, czy dana rezolucja wydana przez Radę posiada formę decyzji, musi być rozstrzygane *ad casum*, w oparciu o analizę m.in. postanowień samej rezolucji i dyskusji prowadzącej do jej przyjęcia²⁸¹. Takie stanowisko zajął również Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w opinii ws. Namibii z 1971 r.²⁸²

Nawet gdyby tak było, taka interpretacja Karty stawiałaby w wątpliwość wiążący charakter przeważającej większości rezolucji wzywających do odmowy uznania, gdyż posługują się one zazwyczaj zwrotem „Rada wzywa...” (*‘the Council calls upon...’*), który to zwrot zdaje się mieć charakter rekomendacji²⁸³. Tym niemniej opinia przeważającej większości państw oraz doktryny jest krytyczna w stosunku do konkluzji wyciągniętych w odniesieniu do mocy wiążącej rezolucji Rady Bezpieczeństwa w opinii w sprawie Namibii. C. Tomuschat argumentuje, że akceptacja konkluzji MTS prowadziłaby do uzyskania przez Radę rozległych kompetencji, zależnych wyłącznie od jej woli, podczas gdy sama Karta w art. 24 nakłada na nią obowiązek utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. W jego opinii art. 25 ma raczej charakter ogólnego przypomnienia, że państwa członkowskie są zobowiązane do poszanowania rezolucji Rady, którym Karta przyznaje skutek wiążący²⁸⁴. Należy więc opowiedzieć się za węższą

²⁸⁰ Por. przedstawione przez nią argumenty w R. Higgins, *The Advisory Opinion on Namibia: Which UN Resolutions Are Binding Under Article 25 of the Charter?*, „International and Comparative Law Quarterly” 1972, t. 21, nr 2, s. 112–115.

²⁸¹ *Ibidem*, s. 114.

²⁸² *International status of South-West Africa, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1950, s. 52–53. Podziela ustalenia MTS G. Fischer, op. cit., s. 69–70, który uważa, że fakt jednomyślnej odmowy uznania stanowiska RPA w stosunku do Namibii przez społeczność międzynarodową świadczył o tym, że państwa milcząco przyjęły obowiązek wynikający z niewiążącej rezolucji 276 (1970).

²⁸³ Tak J. W. Halderman, op. cit., s. 693.

²⁸⁴ C. Tomuschat, *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*,

interpretacją, zgodnie z którą „przyjmuje się, że wiążący charakter mają tylko decyzje podejmowane w ramach rozdziału VII, dotyczące akcji podejmowanych w razie zagrożenia pokoju, naruszenia pokoju i aktów agresji”²⁸⁵. Oznacza to, że wyłącznie rezolucje uchwalane w oparciu o rozdział VII Karty mogą nakładać na członków ONZ obowiązki o charakterze prawnym, także w zakresie narzucenia im obowiązku nieuznawania²⁸⁶. Takie było m.in. stanowisko Australii, która w sprawie Timoru Wschodniego argumentowała, że nie spoczywał na niej obowiązek odmowy uznania, gdyż nie doszło w tej kwestii do przyjęcia przez Radę wiążących prawnie rezolucji²⁸⁷.

Zaprezentowana interpretacja mocy wiążącej rezolucji Rady Bezpieczeństwa budzi, niestety, ponownie problemy natury praktycznej dotyczące tego, czy i od kiedy należy traktować wezwania do odmowy uznania danego podmiotu czy sytuacji terytorialnej jako wiążące. Problem ten przeanalizowany zostanie tutaj krótko na podstawie rezolucji wzywających do nieuznawania Rodezji, niemniej dokonane ustalenia będą odnosiły się do pozostałych podobnych sytuacji faktycznych, np. nieuznawania Tureckiej Republiki Cypru Północnego²⁸⁸. Otóż pierwsza rezolucja wzywająca do odmowy uznania Rodezji, rezolucja 216, składała się wyłącznie z dwóch akapitów, w których pojawiał się zwrot „decyduje” (*‘decides’*), typowy dla dokumentów wydawanych w oparciu o Rozdział VII Karty Narodów Zjednoczonych i prawnie wiążących na podstawie jej art. 25. Jak jednak słusznie zauważa J. Hopkins, zgodnie z art. 39 Karty decyzje mogą być wydawane wyłącznie po zakwalifikowaniu przez Radę Bezpieczeństwa danej sytuacji jako „zagrożenia lub naruszenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa”, a tymczasem w rezolucji nie było na ten temat ani słowa. Wprawdzie można argumentować, że przyjęta tego samego dnia rezolucja 217 czyniła zadość temu obowiązkowi, stwierdzając, że „kontynuacja [sytuacji w Rodezji] stanowi zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa” (*its continuance in time*

„Recueil des Cours” 1993, t. 241, s. 333.

²⁸⁵ J. Symonides, *Organizacja Narodów Zjednoczonych...*, s. 42. Podobnie S. K. N. Blay, op. cit., s. 92–94.

²⁸⁶ Tak uważa D. J. Devine, *The Requirements of Statehood...*, s. 416.

²⁸⁷ *Public sitting held on Thursday 9 February 1995, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Bedjaoui presiding, in the case concerning East Timor (Portugal v. Australia)*, CR 95/10, s. 20 i n. Sam przypadek Timoru nie zostaje omówiony szerzej w niniejszej pracy ze względu na fakt, że dotyczył on zbiorowej odmowy uznania nielegalnego nabytku terytorialnego, a nie państwa.

²⁸⁸ Analizę obowiązku odmowy uznania TRCP w oparciu o niewiążącą rezolucję 541 (1983) przeprowadza zresztą S. K. N. Blay, op. cit., s. 92–97. Jako że dochodzi do podobnych konkluzji co autor niniejszej pracy, można się domyślać, że podobne stanowisko zająłby również w odniesieniu do niewiążącej rezolucji 550 (1984) przyjętej rok po ogłoszeniu przez niego artykułu.

constitutes a threat to international peace and security)), ale po pierwsze, została ona przyjęta bezpośrednio po rezolucji 216, a nie przed nią, co należy uznać co najmniej za niedopatrzenie z punktu widzenia formalnego, a po drugie, znaczenie tego zwrotu nie było jasne i raczej zapowiadało, że omawiana sytuacja może zostać uznana za takie zagrożenie w przyszłości. Zdaniem J. Hopkinsa świadczy to o tym, że rezolucja 216 nie posiadała mocy wiążącej²⁸⁹, a pierwszą rezolucją, której wiążący charakter nie ulegał wątpliwości, była dopiero nakładająca sankcje ekonomiczne rezolucja 232, w której pojawiało się wyraźne nawiązanie do rozdziału VII Karty oraz jej art. 39 i 41. Nie zawierała ona jednakże wezwania do nieuznawania Rodezji, a analiza kolejnych rezolucji wskazuje, że taki obowiązek nałożyła na członków ONZ dopiero rezolucja 277, która również została podjęta w oparciu o rozdział VII i w sposób jednoznaczny nakazała członkom ONZ, by odmówili Rodezji uznania: „[Rada] decyduje... że państwa członkowskie powinny powstrzymać się od uznawania tego nielegalnego reżimu” (*decides that Member States shall refrain from recognizing this illegal régime*)²⁹⁰.

Przedstawiona sytuacja oznaczałaby, że przez blisko 5 lat Rodezja była nieuznawana przez członków ONZ wyłącznie w oparciu o niewiążącą rezolucję Rady Bezpieczeństwa. Sytuacja ta może i powinna budzić zdziwienie. Jeszcze bardziej dziwne jest to, że państwa, które w momencie uchwalania odnośnych rezolucji nie były członkami organizacji – przykładowo: Szwajcaria, RFN i NRD w przypadku Rodezji, Korea Północna i Południowa w przypadku TRCP – również nie uznały podmiotów, którym odmówiła uznania ONZ, mimo że akty prawne tej organizacji nie mogły w ogóle mieć do nich zastosowania²⁹¹. Najbardziej kontrowersyjna w przypadku omawianej koncepcji jest jednak kwestia naruszenia norm materialnych stanowiących przesłankę odmowy uznania przez podmioty, którym uznania odmówiono. Nie sposób bowiem wyjaśnić, dlaczego nowo powstałe państwa miałyby być związane normami, o których naruszenie w momencie ich powstania je oskarżano, wynikającymi wyłącznie z rezolucji ONZ, skoro nie były członkami tej organizacji (a co więcej, rezolucje przeważnie wydawano już po ich utworzeniu).

²⁸⁹ J. Hopkins, *International Law-Southern Rhodesia-United Nations-Security Council*, „Cambridge Law Journal” 1967, t. 25, nr 1, s. 2–3; podobnie M. Akehurst, op. cit., s. 55, J. Nkala, op. cit., s. 78–79 i J.W. Halderman, op. cit., s. 684–689.

²⁹⁰ J. Nkala błędnie twierdzi, że dopiero rezolucja 288/1970 uczyniła nieuznawanie obowiązkiem o wiążącym charakterze, por. J. Nkala, op. cit., s. 86.

²⁹¹ Jedyńy artykuł Karty Narodów Zjednoczonych, jaki można by przywołać w tym kontekście, tj. art. 2.6, trudno uznać nawet za pośrednio wiążący państwa niebędące członkami ONZ.

6.2. Karta Narodów Zjednoczonych i międzynarodowe zobowiązania traktatowe jako podstawa obowiązku odmowy uznania

Zagadnienie formalnej podstawy odmowy uznania podmiotów opisywanych w niniejszej pracy można analizować także na inne sposoby. Pierwszy z nich odwołuje się bezpośrednio do koncepcji interpretacyjnej, która zrodziła się jeszcze w okresie Ligi Narodów i odnosiła się do opisanej w rozdziale pierwszym rezolucji Zgromadzenia Ligi przyjętej 11 marca 1932 r., a wyrażona była m.in. w Budapeszteńskich Artykułach Interpretacyjnych ILA oraz pracach Q. Wrighta i M. Hudsona. Zakłada ona, że konsekwencje wynikające z uznania określonych podmiotów w określonych sytuacjach mogą być nie do pogodzenia z obowiązkami państw-stron konkretnych umów międzynarodowych. Strony tych umów są wówczas zobowiązane do „niewspierania lub nieakceptowania działań lub sytuacji sprzecznych z danym traktatem”²⁹², co czyni koniecznym obowiązek odmowy uznania tych podmiotów. Poniżej zostaną kolejno omówione główne normy traktatowe odnoszące się do materialnych podstaw nieuznawania, do których zaliczono na początku niniejszego rozdziału cztery zasady: zakaz użycia siły, zasadę samostanowienia narodów, zasadę integralności terytorialnej oraz zakaz apartheidu i segregacji rasowej. Zamierzeniem tego przeglądu będzie przesłedzenie ugruntowania tych czterech zasad w umowach międzynarodowych i wyjaśnienie kwestii, czy można mówić o istnieniu wynikającego z tych umów obowiązku odmowy uznania. Należy z góry zaznaczyć, że analiza poniższa nie będzie miała charakteru wyczerpującego, gdyż wymagałaby ona znacznego wykroczenia poza ramy pracy.

6.2.1. Ugruntowanie podstaw materialnych odmowy uznania w umowach międzynarodowych o charakterze globalnym i regionalnym

a) zakaz użycia siły

Zakaz użycia siły w stosunkach między państwami jest jedną z najbardziej podstawowych zasad współczesnego prawa międzynarodowego. Zgodnie z art. 2 ust. 4 Karty wszyscy członkowie ONZ zobowiązani są do powstrzymania się „od groźby użycia siły lub użycia jej przeciwko integralności terytorialnej lub niezawisłości politycznej któregośkolwiek państwa bądź w jakikolwiek inny sposób niezgodny z celami Organizacji Narodów Zjednoczonych”²⁹³. Jako że podstawowym celem ONZ, wymienionym w art. 1 ust. 1 Karty, jest „utrzymanie

²⁹² Tak I. Brownlie, *Principles of public international law*, Oxford 2003, s. 95.

²⁹³ Karta Narodów Zjednoczonych, [w:] S. Bieliń (oprac.), op. cit., s. 33–53. Dopełnieniem tego zakazu jest zobowiązanie członków Organizacji do załatwiania sporów między sobą środkami pokojowymi, zawarte w art. 2 ust. 3 Karty.

międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa”, zakaz ten należy uznać za fundament Organizacji Narodów Zjednoczonych jako systemu bezpieczeństwa zbiorowego. Jednocześnie Karta dopuszcza wyłącznie dwa wyjątki od zasady ogólnej: przewidziane w art. 51 prawo do indywidualnej lub zbiorowej samoobrony oraz zastosowanie sankcji wojskowych przez Radę Bezpieczeństwa zgodnie z art. 42²⁹⁴. Użycie siły przeciwko innemu państwu jest również sprzeczne z Deklaracją zasad prawa międzynarodowego dotyczących przyjaznych stosunków i współdziałania państw zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych z 1970 r.²⁹⁵, która często określana jest jako interpretacja autentyczna Karty²⁹⁶. Pierwsza z siedmiu zasad zawartych w deklaracji stanowi, że „państwa w ich stosunkach międzynarodowych powinny powstrzymać się od groźby lub użycia siły przeciw integralności terytorialnej lub niepodległości politycznej jakiegokolwiek państwa, lub w inny sposób niezgodny z celami Narodów Zjednoczonych”²⁹⁷. Co więcej, podkreśla ona, że terytorium danego państwa „nie może być przedmiotem nabycia przez inne państwo w wyniku groźby lub użycia siły” i że „żadne nabytki terytorialne wynikające z groźby lub użycia siły nie mogą być uznane za legalne”.

Karta Narodów Zjednoczonych nie jest jednak wyłącznym źródłem ww. zakazu. Znajduje się on również w art. 1 najstarszego traktatu wprowadzającego tego rodzaju postanowienie, Paktu Brianda-Kellogga z 1928 r. Choć wiele istniejących obecnie państw nie jest jego stronami, to jednak sam pakt do dnia dzisiejszego formalnie nie wygasł i w odniesieniu do jego stron nadal ma charakter wiążący²⁹⁸. Podobna sytuacja ma zresztą miejsce w przypadku traktatów regionalnych zawieranych w pierwszej połowie XX w. przez państwa zachodniej hemisfery²⁹⁹, które posiadają dodatkowo konkretne postanowienia dotyczące

²⁹⁴ J. Symonides, *Organizacja Narodów Zjednoczonych...*, s. 29. Trzecim, w zasadzie pomijanym obecnie wyjątkiem z racji jego nieadekwatności do współczesnych realiów, jest postanowienie art. 107, na podstawie którego dopuszczalne jest podejmowanie działań (w tym także zbrojnych) w stosunku do „jakiegokolwiek państwa, które podczas drugiej wojny światowej było nieprzyjacielem któregośkolwiek sygnatariusza Karty”.

²⁹⁵ Dalej jako „Deklaracja zasad prawa międzynarodowego”.

²⁹⁶ Por. np. L. Antonowicz, *Samostanowienie narodów jako zasada prawa międzynarodowego*, „Annales UMCS, Sectio G (Ius)” 1996, nr 43, s. 70.

²⁹⁷ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 2625 (XXV) (1970) Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

²⁹⁸ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 681. Aktualne powinny być więc również uwagi przedstawicieli doktryny odnoszące się do niego.

²⁹⁹ Por. ich listę w United States Department of State, *Treaties in Force. A List of Treaties and Other International Agreements of the United States in Force on January 1, 2012*, s. 436–438, <http://www.state.gov/documents/organization/202293.pdf>

samej odmowy uznania nielegalnych nabytków terytorialnych. I tak na przykład w Traktacie Antywojennym o Nieagresji i Koncyliacji (tzw. Pakt Saavedry-Lamas) z 1933 r., oprócz potępienia wojny zawartego w art. 1 i zobowiązania stron do rozstrzygania sporów środkami pokojowymi znajduje się oświadczenie, że strony „nie będą uznawać jakiegokolwiek układu terytorialnego, który nie został osiągnięty przy pomocy środków pokojowych, ani nie będą uznawać ważności zajęcia lub nabycia terytorium uzyskanego przy pomocy siły” (art. 2)³⁰⁰. Art. 11 Konwencji o prawach i obowiązkach państw (tzw. Konwencji z Montevideo) z 1933 r. stanowi z kolei, że „państwa umawiające się przyjmują ostatecznie jako zasadę swego postępowania ściśle zobowiązanie nieuznawania nabytków terytorialnych lub szczególnych korzyści, które byłyby osiągnięte przy zastosowaniu przemocy”³⁰¹, zaś art. 21 Karty Organizacji Państw Amerykańskich (OPA) z 1948 r. przewiduje: „żadne nabytki terytorialne ani żadne szczególne korzyści, uzyskane bądź przy użyciu siły, bądź innych sposobów przymusu, nie będą uznane”³⁰². Zakaz użycia siły jest również zawarty w szeregu innych traktatów o zasięgu regionalnym, które były w mocy w momencie uchwalania rezolucji wzywających do odmowy uznania opisywanych wyżej podmiotów, m.in. w art. 5 Paktu Ligi Państw Arabskich z 1945 r. i art. 2 pkt e) Traktatu o dobrych stosunkach i współpracy między państwami ASEAN z 1976 r.³⁰³, a także w istotnych dokumentach o charakterze politycznym, takich jak Akt Końcowy KBWE z 1975 r. Znajduje się także w zawieranych współcześnie umowach, w tym w art. 4 pkt f) Aktu Tworzącego Unię Afrykańską z 2000 r., art. 2 ust. 3 Karty Organizacji Współpracy Islamskiej i art. 2 ust. 2 pkt c) Karty ASEAN z 2008 r.³⁰⁴

³⁰⁰ B. Wiewióra, *Uznanie nabytków terytorialnych w prawie międzynarodowym*, Poznań 1961, s. 91–92. Autor błędnie podaje 3 jako numer artykułu zawierającego wymienione zobowiązanie. Należy podkreślić, że zakres podmiotowy tego traktatu nie był ograniczony wyłącznie do członków Organizacji Państw Amerykańskich i w związku z tym jego stronami są także m.in. Bułgaria, Czechy, Finlandia, Norwegia, Rumunia, Słowacja, Turcja i Włochy, por. United States Department of State, *Treaties in Force...*, s. 438.

³⁰¹ B. Wiewióra, op. cit., s. 92–93.

³⁰² Ibidem, s. 93. Autor błędnie określa ten przepis jako art. 17.

³⁰³ Pact of the League of Arab States. Signed at Cairo, on March 22 of 1945, „United Nations Treaty Series”, t. 70, s. 237 i n.; Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia. Concluded at Denpasar, Bali, on 24 February 1976, „United Nations Treaty Series”, t. 1025, s. 319 i n.

³⁰⁴ Constitutive Act of the African Union. Lomé, 11 July 2000, „United Nations Treaty Series”, t. 2158, s. 33 i n.

Charter of the Islamic Conference. Adopted by the Third Islamic Conference of Foreign Ministers at Djidda, on 4 March 1972, „United Nations Treaty Series”, t. 914, s. 111 i n.; Charter of the Association of Southeast Asian Nations (with annexes). Singapore, 20 November 2007, „United Nations Treaty Series”, t. 2624, s. 225 i n.

b) zasada samostanowienia

Zasada samostanowienia i korespondujące z nią prawo również wywodzi się bezpośrednio z Karty Narodów Zjednoczonych. Odmienne jednak niż w przypadku zakazu użycia siły, nie jest ona w karcie w żaden sposób zdefiniowana, a jedynie wzmiankowana w art. 1 ust. 2, zgodnie z którym jednym z celów ONZ jest dążenie do „rozwoju przyjaznych stosunków pomiędzy narodami, opartych na poszanowaniu zasady równouprawnienia i samostanowienia narodów” oraz w art. 55, który przewiduje, że ONZ będzie dążyć do stworzenia warunków niezbędnych „do pokojowych i przyjaznych stosunków między narodami, opartych na poszanowaniu zasady równouprawnienia i samostanowienia narodów”³⁰⁵. Uzupełniają postanowienia Karty dwie deklaracje, które choć same nie mają charakteru wiążącego, często traktowane są przez doktrynę jako stanowiące wykładnię autentyczną Karty³⁰⁶. Pierwszą z nich jest Deklaracja w sprawie przyznania niepodległości krajom i ludom kolonialnym z 1960 r., zgodnie z którą „wszystkie narody mają prawo do samostanowienia”, a „na terytoriach powierniczych i niesamodzielnych oraz na wszelkich innych, terytoriach, które nie uzyskały jeszcze niepodległości, należy niezwłocznie poczynić kroki, mające na celu przekazanie narodom i ludom terytoriów wszystkich uprawnień bez żadnych warunków lub zastrzeżeń, zgodnie z ich swobodnie wyrażoną wolą i życzeniem, bez względu na rasę, wyznanie lub kolor skóry, by dać im możliwość korzystania z całkowitej niepodległości i wolności”³⁰⁷. Drugą deklaracją interpretującą treść zasady samostanowienia wyrażonej w Karcie Narodów Zjednoczonych jest wspomniana już Deklaracja zasad prawa międzynarodowego z 1970 r. Stanowi ona, że „każde państwo ma obowiązek popierać, drogą wspólną i indy-

³⁰⁵ Karta Narodów Zjednoczonych, [w:] S. Bieleń (oprac.), *Prawo w stosunkach międzynarodowych. Wybór dokumentów*, Warszawa 1998, s. 33–53. Należy zauważyć brak konsekwencji terminologicznej w tekście polskiego tłumaczenia. W rzeczywistości powinno się ono posługiwać pojęciem samostanowienia ludów, a nie narodów, gdyż w obu wymienianych artykułach pojawia się pojęcie *self-determination of peoples*, występujące również w innych jej miejscach, chociażby preambule (My, ludy Narodów Zjednoczonych, ang. *We, the peoples of the United Nations*) i jest tam tłumaczone właśnie jako „ludy”. Na fakt ten zwraca uwagę m.in. L. Dembiński, *Samostanowienie w prawie i praktyce ONZ*, Warszawa 1969, s. 41. W niniejszej pracy pojęcie samostanowienia narodów jest wykorzystywane wyłącznie ze względu na utrwaloną praktykę jego użycia w polskiej literaturze prawniczej.

³⁰⁶ Tak np. w odniesieniu do Deklaracji zasad prawa międzynarodowego: L. Antonowicz, *Samostanowienie narodów...*, s. 70, a w odniesieniu do Deklaracji w sprawie przyznania niepodległości krajom i ludom kolonialnym: J. Castaneda, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, New York-London 1969, s. 174–175.

³⁰⁷ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 1514 (XV) (1960) Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples.

widualnej akcji, realizację zasady równouprawnienia i samostanowienia ludów” oraz wstrzymać się „od jakiejkolwiek akcji przymusowej, która pozbawia ludy, o których mowa w rozwinięciu zasady równouprawnienia i samostanowienia, ich prawa do samostanowienia i wolności oraz niepodległości”, a także głosi, że „poddanie ludów obcemu panowaniu i wyzyskowi stanowi pogwałcenie tej zasady jak również zaprzeczenie podstawowych praw człowieka, i jest sprzeczne z Kartą”³⁰⁸.

Jeżeli chodzi o inne niż Karta źródła o charakterze wiążącym, niezwykle ważną rolę odgrywają Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r., które w identycznych art. 1 ust. 1 potwierdzają prawo wszystkich narodów do samostanowienia, a w art. 1 ust. 3 nakładają na państwa odpowiedzialne za administrację terytoriów niesamodzielnych i terytoriów powierniczych obowiązek popierania prawa do samostanowienia i jego poszanowania zgodnie z postanowieniami Karty Narodów Zjednoczonych³⁰⁹. Obowiązek poszanowania prawa do samostanowienia stosunkowo rzadko pojawia się natomiast w różnego rodzaju umowach regionalnych, znaleźć można go jednak np. w Afrykańskiej Karcie Praw Człowieka i Ludów z 1981 r., której art. 20 stanowi, że wszystkie ludy mają niekwestionowane i niezbywalne prawo do samostanowienia, a ludy kolonizowane i uciskane powinny mieć prawo do uwolnienia się z więzów dominacji poprzez odwołanie się do jakichkolwiek środków uznanych przez społeczność międzynarodową. Przyznaje on również ludom prawo do pomocy ze strony państw-stron teŝe Karty w walce wyzwolenczej przeciwko zewnętrznej dominacji³¹⁰.

c) zasada integralności terytorialnej

Zasada integralności terytorialnej w Karcie Narodów Zjednoczonych pojawia się w kontekście zakazu uŝycia siły, gdyŝ jak stanowi art. 2 ust. 4 tego traktatu, członkowie ONZ są zobowiązani do powstrzymania się od groŝby uŝycia siły lub jej uŝycia, m.in. właśnie przeciwko integralności terytorialnej innych państw. Podobnie jednak jak w przypadku samostanowienia narodów, Karta w ŝaden sposób nie wyjaśnia treści tej zasady. Pomocą w tym względzie jest okre-

³⁰⁸ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 2625 (XXV) (1970) Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

³⁰⁹ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167. Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, Dz.U. 1977 Nr 38, poz. 169.

³¹⁰ African Charter on Human and Peoples' Rights. Concluded at Nairobi on 27 June 1981, „United Nations Treaty Series”, t. 1520, s. 245 i n.

ślona już jako interpretacja autentyczna Karty Deklaracja zasad prawa międzynarodowego z 1970 r., która odwołuje się do niej trzykrotnie. Po pierwsze, uznaje ją za element innej niezwykle ważnej zasady – zasady suwerennej równości państw – i określa jako nienaruszalną. Po drugie, odnosi się do niej w kontekście zasady powstrzymywania się od groźby lub użycia siły. Po trzecie wreszcie, wspomina ją przy okazji zasady samostanowienia, która nie powinna być interpretowana jako upoważniająca lub zachęcająca „do jakiejkolwiek działalności, która by rozbijała lub naruszała, w całości lub w części, integralność terytorialną lub jedność polityczną suwerennych i niepodległych państw, postępujących zgodnie z zasadą równouprawnienia i samostanowienia ludów, jak to zostało wyżej opisane, a zatem rządzonych przez rząd reprezentujący cały lud należący do danego terytorium bez względu na rasę, wyznanie lub kolor skóry”³¹¹.

Tym niemniej nie tylko Karta stanowi źródło obowiązku poszanowania integralności terytorialnej. Art. 3 pkt b) Aktu Tworzącego Unię Afrykańską nakazuje organizacji – podobnie jak wcześniejszy art. 2 ust. 1 Karty Organizacji Jedności Afrykańskiej (OJA) z 1963 r. – bronić integralności terytorialnej jej państw członkowskich (acz co zaskakujące, w Akcie Tworzącym UA nie znalazło się odrębne postanowienie wyrażone wcześniej w art. 3 ust. 3 Karty OJA, zgodnie z którym państwa członkowskie miały obowiązek poszanowania suwerenności i integralności terytorialnej innych członków OJA)³¹². Art. 1 Karty Organizacji Państw Amerykańskich określa jako jeden z celów tej organizacji obronę integralności terytorialnej jej członków, zaś zgodnie z art. 24 każdy akt agresji wobec integralności terytorialnej lub nienaruszalności terytorium jednego z państw OPA winien być uważany za akt agresji wobec pozostałych członków tej organizacji³¹³. Podobnie art. 2 ust. 2 pkt a) i k) Karty ASEAN zobowiązują państwa członkowskie tej organizacji do wzajemnego poszanowania integralności terytorialnej oraz powstrzymania się od udziału w jakiejkolwiek polityce lub działaniach, które zagrażałyby integralności terytorialnej innych członków ASEAN³¹⁴.

³¹¹ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego 2625 (XXV) (1970) Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

³¹² Constitutive Act of the African Union, op. cit.; Charter of the Organization of African Unity. Done at Addis Ababa on 25 May 1963, „United Nations Treaty Series”, t. 479, s. 70 i n.

³¹³ Charter of the Organization of American States. Signed at Bogota, on 30 April 1948, „United Nations Treaty Series”, t. 119, s. 48 i n.

³¹⁴ Charter of the Association of Southeast Asian Nations, op. cit.

d) zakaz apartheidu i segregacji rasowej

Ostatnią z analizowanych norm stanowiących materialne podstawy odmowy uznania jest zakaz segregacji rasowej. Zakaz ten, w odróżnieniu od poprzednich zasad, nie jest wymieniony w Karcie, choć art. 1 ust. 3 Karty wyraża wolę popierania przez ONZ praw człowieka i zachęcania do ich poszanowania „bez względu na różnice rasy, płci, języka lub wyznania”³¹⁵. Podobnie jak poprzednie normy można go jednak odnaleźć w szeregu umów międzynarodowych o charakterze powszechnym i regionalnym. Na tym pierwszym szczeblu najważniejszą rolę zajmują z pewnością Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r. Oba zawierają identyczny w swoim brzmieniu przepis stanowiący, że każde państwo-strona zobowiązuje się „przestrzegać i zapewnić wszystkim osobom, które znajdują się na jego terytorium i podlegają jego jurysdykcji, prawa uznane w niniejszym Pakcie, bez względu na jakiekolwiek różnice, takie jak: rasa, kolor skóry (...)”³¹⁶. Inną umową o równie szerokim zakresie oddziaływania jest Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1966 r., której art. 2 ust. 1 stanowi, że „Państwa Strony Konwencji potępiają dyskryminację rasową i zobowiązują się prowadzić przy pomocy wszelkich właściwych środków i bezzwłocznie politykę zmierzającą do likwidacji dyskryminacji rasowej we wszystkich jej formach”³¹⁷.

Oczywiście zakazy dyskryminacji rasowej znajdują się również w szeregu traktatów o zasięgu regionalnym. Najstarszym z nich jest Europejska Konwencja Praw Człowieka z 1950 r., której art. 14 przewiduje, że korzystanie z praw i wolności w niej wymienionych „powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry (...)”³¹⁸. Zbliżone postanowienia zawierają także m.in. art. 1 ust. 1 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka (tzw. Pakt z San José) z 1969 r. oraz art. 2 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów z 1981 r.³¹⁹

³¹⁵ Karta Narodów Zjednoczonych, [w:] S. Bieleń (oprac.), op. cit., s. 33–53.

³¹⁶ Art. 2 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, op. cit.; art. 2 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, op. cit.

³¹⁷ Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej, Dz.U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187.

³¹⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

³¹⁹ American Convention on Human Rights: „Pact of San José, Costa Rica”. Signed at San José, Costa Rica, on 22 November 1969, „United Nations Treaty Series”, t. 1144, s. 144 i n.; African Charter on Human and Peoples’ Rights, op. cit.

Zakaz apartheidu wprowadza z kolei Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu i karaniu zbrodni apartheidu z 1973 r., w której art. 1 ust. 1 apartheid został określony jako „zbrodnia przeciwko ludzkości”, a „nieludzkie czyny wynikające z polityki i praktyki apartheidu oraz podobną politykę i praktyki segregacji i dyskryminacji rasowej” uznano za „zbrodnie naruszające normy prawa międzynarodowego, a w szczególności cele i zasady Karty Narodów Zjednoczonych”³²⁰. Przejawem zdecydowanego potępienia apartheidu jest również art. 7 Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego z 1998 r.³²¹, który zalicza „prześladowanie jakiegokolwiek możliwej do zidentyfikowania grupy lub zbiorowości z powodów rasowych” oraz „zbrodnię apartheidu” do kategorii zbrodni przeciwko ludzkości³²².

6.2.2. Wnioski

W oparciu o przedstawione powyżej zestawienie można sformułować szereg konkluzji. Po pierwsze, jak się wydaje zakaz użycia siły oraz zasada integralności terytorialnej są zawarte w większej liczbie umów międzynarodowych niż zasada samostanowienia narodów oraz zakaz apartheidu i dyskryminacji rasowej, co wynika ze ściślejszego powiązania tych dwóch pierwszych z tradycyjnie rozumianą suwerennością państwową i klasycznym prawem międzynarodowym. Można na tej podstawie założyć – szczególnie jeśli weźmie się pod uwagę sposób, w jakim odwołuje się do tych zasad Karta Narodów Zjednoczonych jako umowa o najbardziej powszechnym zakresie podmiotowym – że większa liczba państw jest bezwzględnie zobowiązana traktatowo do ich poszanowania. Po drugie, sformułowanie większości postanowień umownych – z wyjątkiem tych, które dotyczą użycia siły w systemie międzyamerykańskim – nie pozwala wyciągnąć jednoznacznych wniosków w kwestii obowiązku odmowy uznania ciążącego na stronach odnośnych traktatów. Ponownie wydaje się, że łatwiej będzie wywodzić istnienie takiego obowiązku w przypadku postanowień traktatowych dotyczących zakazu użycia siły i zasady integralności terytorialnej, zaś

³²⁰ Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu i karaniu zbrodni apartheidu, Dz.U. z 1976 r. Nr 32, poz. 186.

³²¹ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708.

³²² Apartheid i dyskryminację rasową potępia również szereg niewiążących rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ, takich jak rezolucja 2142 (XII) (1966) potępiająca dyskryminację rasową i apartheid, rezolucje 2202 (XXI) (1966) i 2292 (XXVII) (1971) piętnujące apartheid jako zbrodnię przeciwko ludzkości czy rezolucja 2545 (XXIV) (1971) potępiająca praktyki nazizmu i rasizmu. Por. J. Balicki, op. cit., s. 87–96. Bez wątpienia ważna jest również tutaj Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r., której art. 2 gwarantuje zakaz dyskryminacji m.in. ze względu na rasę i kolor skóry.

trudniej w przypadku tych odnoszących się do prawa do samostanowienia narodów i zakazu dyskryminacji rasowej.

Analizowana koncepcja prawnej podstawy odmowy uznania budzi jednak pewne zastrzeżenia. Przede wszystkim nie tłumaczy, dlaczego naruszenia postanowień tych, a nie innych traktatów miałyby rodzić konieczność nieuznawania. Jeszcze trudniej jest w jej świetle wyjaśnić sytuacje, w których doszło do odmowy uznania, mimo że w chwili przyjmowania przez ONZ rezolucji wzywających do nieuznawania wielu członków organizacji nie było związanych wymienionymi wcześniej umowami międzynarodowymi. Problem ten jest szczególnie zauważalny w przypadku pierwszych rezolucji dotyczących odmowy uznania Rodezji, które zostały przyjęte wiele lat przed zawarciem Międzynarodowej konwencji o zwalczaniu i karaniu zbrodni apartheidu oraz większości regionalnych instrumentów dotyczących ochrony praw człowieka. Co więcej, nieliczne traktaty dotyczące prawa do samostanowienia i dyskryminacji rasowej, które zostały wystawione do podpisu pod koniec lat 60., do czasu uchwalenia omawianych rezolucji nie weszły w życie – w przypadku Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej nastąpiło to dopiero w 1969 r., a obu Paktów Praw Człowieka – w 1976 r.³²³ Nie można więc argumentować, że obowiązek odmowy uznania w tym przypadku wynikał bezpośrednio z traktatów, skoro wiele państw nie było związanych normami, które taki obowiązek mogłyby za sobą pociągać. Trudno bowiem argumentować, by mógł on wypływać z samej tylko Karty Narodów Zjednoczonych, której postanowienia w odniesieniu do zasady samostanowienia czy zakazu dyskryminacji rasowej są lakoniczne, a deklaracje stanowiące ich interpretację mają niewiążący charakter i ich status jako wykładni autentycznej Karty zależy w dużej mierze od dobrej woli państw.

Te wszystkie czynniki sprawiają, że należy co do zasady, acz nie w całości, odrzucić teorię, zgodnie z którą rezolucje ONZ wzywające do odmowy uznania omawianych w niniejszej pracy podmiotów deklarowały istnienie zobowiązań płynących bezpośrednio z umów międzynarodowych. Z całą pewnością w niektórych przypadkach takie obowiązki mogły skłaniać określone państwa do poparcia przyjęcia tychże rezolucji, a następnie do realizacji ich postanowień – dotyczy to jednak raczej tych sytuacji, w których dochodziło do naruszenia zakazu użycia siły i nakazu poszanowania integralności terytorialnej, czyli tych, w których w grę mogło wchodzić zastosowanie doktryny Stimsona w jej najbardziej pierwotnym znaczeniu (i przede wszystkim państw amerykańskich, na których spoczywały względnie jednoznaczne zobowiązania w tym zakresie).

³²³ Strona Rady Praw Człowieka ONZ, http://www.unic.un.org.pl/rada_praw/polska_kandydatem.php

Taka interpretacja wydaje się zgodna z opinią doktryny, która pomimo czasem stosowanych generalizacji w zasadzie nie odnosi istnienia obowiązku odmowy uznania wynikającego bezpośrednio z faktu bycia stroną konkretnych traktatów do innych norm materialnych niż zakaz użycia siły i zasada integralności terytorialnej. Tak czyni np. I. Brownlie, który twierdzi, że zasada, że tytuł do terytorium nie może być uzyskany w drodze przejścia terytorium w wyniku użycia siły lub groźby jej użycia jest „następstwem” (*corollary*) Paktu Brianda-Kellogga i art. 2 ust. 4 Karty Narodów Zjednoczonych³²⁴. Podobnie również B. Wiewióra określa zasadę nieuznawania jako wynikającą ze zobowiązania do pokojowego regulowania sporów, zakazu uciekania się do wojny i zasady integralności terytorialnej zawartych w Karcie Narodów Zjednoczonych³²⁵. W takim ujęciu rezolucje przyjmowane przez organy ONZ stanowią swego rodzaju potwierdzenie istnienia wynikającego z tych umów obowiązku³²⁶.

Podobnie jak metoda interpretacyjna przedstawiona w poprzednim podrozdziale, koncepcja odwołująca się do istnienia obowiązku odmowy nieuznawania jako bezpośredniego następstwa związania państw-stron odmawiających uznania konkretnymi umowami międzynarodowymi nie daje, niestety, odpowiedzi na pytanie o przyczynę związania nowo powstającego państwa normami zawartymi w traktatach wiążących inne państwa, w stosunku do których pozostaje ono stroną trzecią.

6.3. Międzynarodowe prawo zwyczajowe oraz normy *ius cogens* jako potencjalne podstawy formalne obowiązku odmowy uznania

Kolejną możliwością wyjaśnienia istnienia obowiązku nieuznawania wyrażonego w przedstawionych wcześniej rezolucjach Rady Bezpieczeństwa i Zgromadzenia Ogólnego jest przyjęcie, że rodzi się on w przypadku naruszenia w procesie powstawania nowego państwa prawa zwyczajowego. W takim ujęciu rezolucje miałyby wyłącznie charakter deklaratoryjny w stosunku do istniejących wcześniej zobowiązań o charakterze zwyczajowym. Ta interpretacja praktyki ONZ w odniesieniu do państw nieuznawanych posiada pewne zalety w porównaniu z dwiema poprzednimi koncepcjami. Co do zasady uniwersalny charakter norm prawa zwyczajowego pozwala bowiem zrozumieć, dlaczego państwa

³²⁴ I. Brownlie, *The Rule of Law...*, s. 196. Podobnie Ch. Greenwood, *Iraq's Invasion of Kuwait: Some Legal Issues*, „The World Today” 1991, t. 47, nr 3, s. 39 i J. Castaneda, op. cit., s. 190, którzy również używają w tym właśnie kontekście zwrotu *corollary*. Tak również MTS w sprawie budowy muru na okupowanych terytoriach palestyńskich: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, ICJ Reports 2004, s. 171.

³²⁵ B. Wiewióra, op. cit., s. 94–95.

³²⁶ Tak J. Castaneda, op. cit., s. 190–191.

członkowskie ONZ odmawiały uznania określonych podmiotów mimo braku ciężących na nich wyraźnych zobowiązań traktatowych oraz wiążących rezolucji Rady Bezpieczeństwa. Umożliwia też wyjaśnienie, dlaczego odmowa uznania była utrzymywana również przez państwa pozostające poza ONZ, a także w większości przypadków uzasadnia, dlaczego normy będące podstawą odmowy uznania wiązały państwa, którym uznania odmówiono (zgodnie z przeważającym w doktrynie stanowiskiem nowe państwa są związane normami prawa zwyczajowego już w momencie ich powstawania)³²⁷.

Ponownie rodzi się jednak problem, podobnie jak w przypadku koncepcji poprzedniej, dlaczego naruszenie tylko niektórych spośród wielu norm zwyczajowego prawa międzynarodowego miałoby skutkować powstaniem obowiązku nieuznawania i pociągać za sobą określoną reakcję państw i ONZ. Jeszcze bardziej kłopotliwy jest fakt, że jak słusznie zauważa M. Witkin, norma tego typu „zasadniczo nie stosuje się do państwa, które konsekwentnie sprzeciwia się ważności praktyki w danej kwestii”³²⁸. Tymczasem niektóre rezolucje analizowane w niniejszej pracy wyrażały potępienie w stosunku do działań podmiotów, które systematycznie negowały istnienie materialnych norm stanowiących podstawę tych instrumentów prawnych. Najbardziej ewidentnym przykładem pozwalającym zilustrować ten problem są rezolucje wydawane w stosunku do RPA w związku z tworzeniem przez nią bantustanów i wzywające do odmowy ich uznania. Będący ich główną podstawą materialną zakaz dyskryminacji rasowej był przedmiotem konsekwentnego sprzeciwu ze strony RPA, stale głoszącej w Zgromadzeniu Ogólnym przeciwko rezolucjom potępiającym apartheid i niebędącej stroną żadnego z traktatów chroniących prawa człowieka, a problem dyskryminacji rasowej uważającej za należący do jej kompetencji wewnętrznej³²⁹. Gdyby nawet uznać, że w latach 1976–1977, kiedy wydawano pierwsze rezolucje potępiające tworzenie bantustanów i odmawiające ich uznania, zakaz apartheidu i dyskryminacji rasowej stanowiły część prawa zwyczajowego – co nie jest bezpodstawne – nie można twierdzić, że RPA była nim związana.

Wydaje się więc, że formalną podstawę obowiązku odmowy uznania, którego wyrazem były rezolucje Zgromadzenia Ogólnego i Rady Bezpieczeństwa, należy ująć w sposób nieco węższy – przyjmując, że stanowiły ją naruszenia podstawowych norm międzynarodowego porządku prawnego, tj. norm *ius cogens*³³⁰ (norm imperatywnych, norm peremptoryjnych). Jak stanowi art. 53 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r., „imperatywną normą powszechnego

³²⁷ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 89.

³²⁸ M. F. Witkin, *op. cit.*, s. 625.

³²⁹ Ibidem, s. 626.

³³⁰ Tak po raz pierwszy J. Dugard, *Recognition and the United Nations...*, s. 132 i n.

prawa międzynarodowego jest norma przyjęta i uznana przez międzynarodową społeczność państw jako całość za normę, od której żadne odstępstwo nie jest dozwolone i która może być zmieniona jedynie przez późniejszą normę postępowania prawa międzynarodowego o tym samym charakterze”. Data otwarcia do podpisu wspomnianej konwencji nasuwa w sposób naturalny pytanie, jak można było opierać rezolucje wydane w 1961 czy 1965 r. na koncepcji, która została sformułowana kilka lat później? Otóż wprawdzie pojęcie norm imperatywnych pojawiło się w umowie międzynarodowej po raz pierwszy rzeczywiście dopiero w Konwencji wiedeńskiej, to jednak ich istnienie było wskazywane przez doktrynę dużo wcześniej. Choć w trakcie konferencji w Wiedniu ze strony niektórych państw podnoszone były głosy, że to koncepcja niedostatecznie ukształtowana, przedstawiciele innych argumentowali za koniecznością jej przyjęcia, powołując się na pisma takich autorów, jak Grocjusz, Wolff czy Vattel³³¹.

Normy *ius cogens* zdefiniowane w konwencji odnoszą się wyłącznie do prawa traktatowego i powodują bezwzględną nieważność umów międzynarodowych, które są z nimi sprzeczne. Powstaje więc pytanie, czy można mówić o istnieniu tego rodzaju norm poza sferą stosunków traktatowych. Choć zdania w tej kwestii są podzielone, wielu przedstawicieli doktryny, takich jak B. Simma, E. Suy, A. Gomez Robledo, H. Lauterpacht, G. Fitzmaurice, A. Orakhelashvili opowiada się za tym, że koncepcja *ius cogens* nie powinna być ograniczona do prawa traktatów³³². Jak stwierdza Suy: „Jeśli międzynarodowe *ius cogens* istnieje, musi, w gruncie rzeczy, czynić nieważnym każdy akt prawny i działanie państw, którego przedmiot jest bezprawny”³³³. Stanowisko takie zajęła również Komisja Prawa Międzynarodowego ONZ w projekcie artykułów o odpowiedzialności państw³³⁴; potwierdzają je także m.in. wyrok Międzynarodowego Trybunału Kar-

³³¹ Por. *United Nations Conference on the Law of Treaties. Official Records*, First Session, Vienna, 26 March–24 May 1968, A/CONF.39/11, s. 293–333. Pierwsza praca zbiorowa w całości poświęcona normom *iuris cogentis*, *The Concept of Jus Cogens in International Law*, została wydana w 1967 r. przez Carnegie Endowment for International Peace.

³³² B. Simma, *From Bilateralism to Community Interest in International Law*, „Recueil des Cours” 1994, t. 250, s. 288; opinie H. Lauterpachta, G. Fitzmaurice’a oraz A. Gomez-Robledo za: A. Gomez Robledo, *Le Jus Cogens International: sa genèse, sa nature, ses fonctions*, „Recueil des Cours” 1981, t. 172, s. 193–196; E. Suy, *The Concept of Jus Cogens in Public International Law*, [w:] Carnegie Endowment for International Peace, *The Concept of Jus Cogens in International Law*, Geneva 1967, s. 75, A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford 2008, s. 216.

³³³ E. Suy, op. cit., s. 75.

³³⁴ Por. zwłaszcza art. 40 i 41 projektu. International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

nego dla Byłej Jugosławii w sprawie Prosecutor v. Anto Furundžija³³⁵ oraz opinia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie zgodności z prawem międzynarodowym jednostronnej deklaracji niepodległości Kosowa³³⁶.

Krytycy takiego podejścia skupiają się przede wszystkim na skutkach zastosowania *ius cogens* poza sferą umów międzynarodowych, jak np. J. Sztucki, który krytykując koncepcję odmowy uznania w oparciu o normy *ius cogens* stwierdza: „jeżeli okoliczności umożliwiają *restitutio in integrum*, może ono być osiągnięte bez odwoływania się do koncepcji *ius cogens*; jeśli nie jest to możliwe, to powołanie się na *ius cogens* i tak niczego nie zmieni. (...) Jeżeli konsekwencje nielegalnego jednostronnego działania są nieodwracalne, pozostaną takie nawet jeśli dojdzie do powołania się na *ius cogens*”³³⁷. Kwestie skutków wykraczają poza zakres niniejszej pracy, jednakże zaprezentowane rozumowanie należy określić jako błędne i wynikające z niezrozumienia sensu i istoty obowiązku nieuznawania, którego zadaniem jest właśnie konserwacja określonego stanu prawnego bez względu na trwałość sprzecznej z nim sytuacji faktycznej³³⁸.

Kwestia norm peremptoryjnych jako formalnej podstawy nieuznawania budzi jednak dalsze wątpliwości. Jak wynika z przytoczonej definicji, norma taka powinna być „uznana przez międzynarodową społeczność państw jako całość”. Tymczasem, jak już wskazano wcześniej, RPA odmawiała uznania istnienia normy międzynarodowego prawa zwyczajowego zakazującej apartheidu i dyskryminacji rasowej. Powstaje więc pytanie, czy istnieje możliwość pogodzenia tych dwóch pozornie sprzecznych kwestii. Problem określenia, co składa się na „międzynarodową społeczność państw” został poruszony w trakcie prac nad ostatecznym tekstem konwencji o prawie traktatów przez przedstawiciela Chile, który zwrócił się z prośbą do przewodniczącego Komitetu redakcyjnego konferencji, M. Yasseena, z prośbą o wyjaśnienie znaczenia tego pojęcia. W odpowiedzi na to przewodniczący oświadczył, że do ukształtowania się normy peremptoryjnej wystarczy, by została ona zaakceptowana i uznana za taką przez bardzo dużą większość (*a very large majority*), co oznacza, że jeśli jedno izolowane państwo

³³⁵ Wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Byłej Jugosławii w sprawie *Prosecutor v. Anto Furundžija*, IT-95-17/1-T, s. 55, 58–61.

³³⁶ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo...*, s. 30–31. Należy podkreślić, że w opinii tej Trybunał w sposób jednoznaczny stwierdził, że naruszenia norm *ius cogens* były przyczyną odmowy uznania Rodezji Południowej, TRCP oraz Republiki Serbskiej.

³³⁷ J. Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties. A Critical Appraisal*, Wien-New York 1974, s. 69.

³³⁸ Przykłady takie jak Rodezji czy bantustanów wyraźnie dowodzą, że odmowa uznania ma charakter środka o długofalowym zastosowaniu, co nie znaczy, że zawsze okazuje się skuteczna.

sprzeciwu się zaakceptowaniu peremptoryjnego charakteru normy, lub jeśli takie państwo zostanie poparte przez bardzo niewielką liczbę państw (*a very small number of States*), nie będzie to miało wpływu na akceptację i uznanie peremptoryjnego charakteru takiej normy przez społeczność międzynarodową jako całość³³⁹. Stanowisko przewodniczącego podzieliło, w bardziej lub mniej wyraźny sposób, kilku innych przedstawicieli³⁴⁰, choć zauważalne były też głosy krytyczne w odniesieniu do niejednoznaczności tego zwrotu³⁴¹. Szczególnie krytyczna Francja dążyła wręcz do wprowadzenia poprawki, zgodnie z którą nie można by było stosować normy *ius cogens* w stosunku do państwa, które udowodniłoby, że nie zaakceptowało w sposób wyraźny peremptoryjnego charakteru takiej normy. Znamienne jest jednakże, że propozycja francuska nie została nawet oficjalnie zgłoszona, gdyż nie poparła jej wystarczająca liczba państw uczestniczących w konferencji³⁴².

Stanowisko przewodniczącego Yasseena spotyka się generalnie z akceptacją doktryny, choć niektórzy idą wręcz o krok dalej. Zdaniem C. Rozakisa, żadne pojedyncze państwo nie może mieć prawa weta przy określaniu danej normy jako normy *ius cogens* – tj. nie może kwestionować wiążącego peremptoryjnego charakteru takiej normy, nawet jeśli dowiedzie, że jej nie zaakceptowało lub wręcz sprzeciwiało się jej³⁴³. Pogląd ten, aczkolwiek co do zasady słuszny, wydaje się nie do końca uwzględniać realia – ze względów praktycznych nie może on odnosić się do państw, których współpraca w danej dziedzinie obrotu międzynarodowego jest niezbędna dla realizacji celu danej normy. Nie sposób wyobrazić sobie na przykład wytworzenia się normy peremptoryjnej w dziedzinie pokoju i bezpieczeństwa, w stosunku do której sprzeciw zgłaszałyby Stany Zjednoczone czy Rosja³⁴⁴. Należy więc opowiedzieć się za nieco bardziej umiarkowanym

³³⁹ Por. *United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records*, First Session, op. cit., s. 472.

³⁴⁰ Tak Ghana i Cypr, które stwierdziły, że akceptują wyjaśnienia przewodniczącego, por. ibidem, s. 472–473, a także Libia („rzeczywista jednomyślność” nie jest niezbędna, wymagana jest „przeważająca większość”) oraz USA (wymagany jest, „jako minimum, brak sprzeciwu jakiegokolwiek istotnego elementu społeczności międzynarodowej”).

Por. *United Nations Conference on the Law of Treaties. Official Records*, Second Session, Vienna, 9 April–22 May 1969, A/CONF.39/11/Add.1, s. 102–106.

³⁴¹ Zwłaszcza ze strony przedstawicieli Francji i Wielkiej Brytanii. Por. *United Nations Conference on the Law of Treaties. Official Records*, Second Session..., s. 93–98.

³⁴² O. Deleau, *Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités*, „Annuaire français de droit international” 1969, t. 15, s. 19–20.

³⁴³ C. L. Rozakis, *The Concept of „Jus Cogens” in the Law of Treaties*, Amsterdam 1976, s. 77–178.

³⁴⁴ Por. G. J. H. van Hoof, *Rethinking the sources of international law*, Deventer 1983, s. 160.

poglądem B. Simmy, który, potwierdzając, że jedno państwo lub niewielka ich liczba nie mogą przeszkodzić ukształtowaniu się normy peremptoryjnej stwierdza, że „uznanie przez społeczność międzynarodową jako całość” wymaga uznania przez bardzo znaczną większość, odzwierciedlającą przy tym „niezbędne elementy” tej społeczności³⁴⁵. Kwestia, czy dane państwo sprzeciwiające się lub niewielka ich grupa może zostać pominięta, musi być każdorazowo rozstrzygana indywidualnie³⁴⁶, ale konieczna jest w tej materii daleko posunięta wstrzeźliwość.

Za wskazaną interpretacją koncepcji powstawania i mocy wiążącej norm *ius cogens* przemawiają przede wszystkim względy celowościowe. Normy peremptoryjne mają za zadanie chronić podstawowe interesy społeczności międzynarodowej, niekoniecznie pokrywające się w całości z indywidualnymi interesami poszczególnych państw³⁴⁷. Możliwość wyłączenia zastosowania norm *ius cogens* przez pojedyncze państwa w stosunku do nich byłaby sprzeczna z podstawowym celem istnienia tychże norm, jakim jest zachowanie spójności międzynarodowego porządku prawnego w tych obszarach, gdzie względy kolektywne powinny przeważać nad interesami indywidualnymi³⁴⁸. Rozsądnie brzmi także argument systemowy: jeśli przyjmie się, że dla ukształtowania się normy imperatywnej i uzyskania przez nią charakteru wiążącego w stosunku do wszystkich członków społeczności międzynarodowej niezbędna jest zgoda każdego państwa, znalezienie różnicy między nią a tradycyjnym prawem zwyczajowym nie będzie możliwe³⁴⁹. Wracając do wspomnianego kazusu Republiki Południowej Afryki: odmowa uznania przez nią normy międzynarodowego prawa zwyczajowego zakazującej apartheidu i dyskryminacji rasowej nie mogła w świetle powyższych rozważań zapobiec jej związaniu taką samą normą o charakterze *ius cogens*, szczególnie jeśli weźmie się pod uwagę międzynarodową izolację RPA w omawianym okresie, spowodowaną właśnie prowadzoną przez nią polityką apartheidu.

Nawet jeśli dla ukształtowania się normy peremptoryjnej nie jest konieczna absolutna jednomyślność, jak powyżej dowiedziono, nierozstrzygnięta pozostaje kwestia, czy w momencie przyjmowania rezolucji można było uważać za normy imperatywne cztery zasady prawne uznane za materialne podstawy odmowy uznania na początku niniejszego rozdziału: zakaz użycia siły lub

³⁴⁵ B. Simma, op. cit., s. 290–291.

³⁴⁶ G. J. H. van Hoof, op. cit., s. 162.

³⁴⁷ A. Orakhelashvili, op. cit., s. 104.

³⁴⁸ Por. C. L. Rozakis, op. cit., s. 78, G. J. H. van Hoof, op. cit., s. 161–162.

³⁴⁹ M. Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge 2006, s. 324.

groźby jej użycia, samostanowienie narodów, zakaz apartheidu i innych form dyskryminacji rasowej oraz integralność terytorialną. Za ich peremptoryjnym charakterem przemawiają opinie przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego, zajmujących się problematyką norm *iuris cogens*, lecz niestety nie są one jednomyślne. I tak na przykład L. Alexidze i J. Dugard zaliczają do norm *iuris cogens* wszystkie cztery wymienione zasady, A. Orakhelashvili – pierwsze dwie, a E. Suy tylko pierwszą³⁵⁰.

Niezbędne wydaje się więc posłużenie się analizą czynników, które mogłyby dowieść imperatywnego charakteru omawianych norm. Z całą pewnością jednym z takich czynników może być ich kluczowe usytuowanie w dziesiątkach umów międzynarodowych, z których wiele zostało przeanalizowanych powyżej, w tym tak podstawowych, jak Karta Narodów Zjednoczonych, wśród najistotniejszych i najbardziej podstawowych zasad. Istotne jest również zachowanie państw, które generalnie potwierdza poszanowanie tych norm i ogromne znaczenie do nich przywiązywane. Nawet jeżeli były one łamane, państwa starały się uzasadnić dokonywane przez siebie naruszenia w świetle prawa międzynarodowego, powołując się na inne zasady lub normy o takim charakterze – np. RPA, tworząc bantustany w sprzeczności z zakazem apartheidu i dyskryminacji rasowej, argumentowała, że czyniła to w celu umożliwienia samostanowienia ich mieszkańców³⁵¹.

Ważnym argumentem przemawiającym za peremptoryjnym charakterem omawianych norm mogą być także opinie i orzeczenia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. W wyroku w sprawie *Barcelona Traction* z 1970 r. Trybunał określił jako obowiązki państw w stosunku do „społeczności międzynarodowej jako całości”, których poszanowanie jest „troską wszystkich państw” (normy *erga omnes*) takie normy jak zakaz agresji i ludobójstwa, a także zakaz niewolnictwa i dyskryminacji rasowej³⁵². W orzeczeniu w sprawie Nikaragui z 1986 r. uznał zakaz użycia siły nie tylko za zasadę międzynarodowego prawa

³⁵⁰ L. Alexidze, *Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law*, „Recueil des Cours” 1981, t. 172, s. 260–263, J. Dugard, *Recognition and the United Nations...*, s. 152–164 (w odniesieniu do pierwszych trzech) i *Separate Opinion of Judge ad hoc Dugard* w odniesieniu do decyzji dotyczącej zarządzenia środków tymczasowych w sprawie *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, <http://www.icj-cij.org/docket/files/150/16338.pdf> (co do czwartej z zasad), A. Orakhelashvili, *op. cit.*, s. 218 (aczkolwiek zakaz apartheidu i segregacji rasowej mieszczą się niewątpliwie w grupie podstawowych praw człowieka, które jego zdaniem również mają charakter peremptoryjny, por. *ibidem*, s. 53–59), E. Suy, *op. cit.*, s. 73.

³⁵¹ D. J. Devine, *International Law Tensions...*, s. 174–175.

³⁵² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, ICJ Reports 1970, s. 32.

zwyczajowego, ale także normę *ius cogens*, choć dokonał tego w sposób niebezpośredni, powołując się na ustalenia Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ w tej kwestii oraz oświadczenia obu stron sporu, Nikaragui i Stanów Zjednoczonych³⁵³ – fakt ten potwierdził, już w sposób wyraźny, dopiero w opinii dotyczącej zgodności z prawem jednostronnej deklaracji niepodległości Kosowa z 2010 r.³⁵⁴ W sprawie Timoru Wschodniego z 1995 r. MTS wskazał na charakter *erga omnes* prawa do samostanowienia³⁵⁵, co stwierdził również w roku 2004 w sprawie muru na okupowanych terytoriach palestyńskich³⁵⁶. W tej ostatniej określił również zakaz użycia siły oraz nielegalność nabytków terytorialnych wynikających z użycia siły lub groźby jej użycia jako normy zwyczajowego prawa międzynarodowego³⁵⁷.

Należy zauważyć, że Trybunał ani razu nie nazwał wymienionych powyżej norm – z wyjątkiem zakazu użycia siły – normami peremptoryjnymi. MTS wykazuje się bowiem wielką ostrożnością w posługiwaniu się konstrukcją norm o charakterze *ius cogens*³⁵⁸, co można odczytać jako obawę, by nie zostać posądzonym o nadużywanie swoich uprawnień. Tym niemniej zauważył on nie tylko zwyczajowy charakter dwóch pozostałych materialnych podstaw odmowy uznania, ale również fakt ich obowiązywania *erga omnes*, co oznacza, że uznał je za normy ustanowione w celu ochrony ważnego interesu wspólnego, których ochrona leży w interesie wszystkich państw³⁵⁹. To z kolei może w sposób pośredni stanowić dowód świadczący o ich charakterze peremptoryjnym, gdyż każda norma *ius cogens* posiada charakter *erga omnes* (ale nie odwrotnie)³⁶⁰.

Gwoli sprawiedliwości należy zauważyć, że niemal wszystkie wspomniane orzeczenia zostały wydane już po przyjęciu większości rezolucji wzywających

³⁵³ *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment*, ICJ Reports 1986, s. 100–101. Podobne opinie wygłaszają również inne państwa, np. Bośnia i Hercegowina argumentowała w sprawie ludobójstwa bośniackiego, że utworzenie państwa z naruszeniem zakazu użycia siły lub innych norm *ius cogens*, jak zakaz apartheidu czy zakaz popełniania ludobójstwa, nie może mieć konsekwencji prawnych, wywodząc z tego wniosek, że Republika Serbska nie miała osobowości prawnomiędzynarodowej. Por. T. D. Grant, *Territorial Status, Recognition...*, s. 323.

³⁵⁴ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo...*, s. 30–31.

³⁵⁵ *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment*, ICJ Reports 1995, s. 102.

³⁵⁶ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, ICJ Reports 2004, s. 199.

³⁵⁷ *Ibidem*, s. 171.

³⁵⁸ W. Czapliński, A. Wyrozumska, op. cit., s. 20–24.

³⁵⁹ *Ibidem*, s. 25–26.

³⁶⁰ *Ibidem*, s. 25–26, B. Simma, op. cit., s. 299–300.

do odmowy uznania. O ile więc z całą pewnością stanowią istotną przesłankę potwierdzającą peremptoryjny charakter norm prawa materialnego, które zidentyfikowano jako będące podstawami nieuznawania państw, o tyle nie stanowią w sposób bezwzględny dowodu na imperatywność tych norm w okresie wydawania odnośnych rezolucji. Niemniej jednak trudno zarazem wskazać dowody, które w sposób jednoznaczny pozwoliłyby zanegować tę hipotezę.

Podsumowanie

Zbiorowa odmowa uznania przez międzynarodowe organizacje uniwersalne stanowi bez wątpienia zjawisko złożone. Przed II wojną światową została ona zastosowana przez Ligę Narodów wyłącznie w jednym przypadku i spotkała się z wieloma głosami krytycznymi ze strony doktryny, w dużej mierze ze względu na brak jednoznacznej, niebudzącej wątpliwości podstawy prawnej. W latach 60. XX wieku po ten stosunkowo kontrowersyjny instrument sięgnęła Organizacja Narodów Zjednoczonych, wykorzystując go z nieco mniejszą powściągliwością, a jednocześnie w większości przypadków osiągając zamierzony efekt. Kwestia podstaw prawnych działań ONZ, mimo większej ilości możliwych do przeanalizowania sytuacji, budzi jednak niewiele mniejsze trudności interpretacyjne.

Przynajmniej w części opisanych przypadków istotną rolę w osiągnięciu jednolitego stanowiska w ramach ONZ w odniesieniu do poszczególnych problemów odegrały, obok czynników prawnych, także czynniki polityczne. Przykładowo, w uzyskaniu poparcia wielu państw dla rezolucji wzywających do odmowy uznania podmiotów, które powstały niezgodnie z zakazem użycia siły i zasadą integralności terytorialnej mogło pomóc dążenie tych państw do zapewnienia sobie bezpieczeństwa oraz ochrony integralności terytorialnej własnego terytorium. Tym niemniej we wszystkich omawianych rezolucjach pojawiały się odniesienia do problemu legalności czy zgodności z prawem nowo powstałych państw i to one stały się głównym przedmiotem analizy. Fakt, że rezolucje te były przyjmowane praktycznie całkowicie jednomyślnie przez państwa bloku zachodniego, wschodniego i państwa trzeciego świata, sugeruje istnienie pewnych nadrzędnych wartości czy zasad prawnych, wokół których ogniskował się konsensus całej społeczności międzynarodowej.

Z punktu widzenia omawianego zagadnienia zasadne wydaje się rozróżnienie dwóch elementów podstawy prawnej, materialnego i formalnego. Jeżeli chodzi o materialne przesłanki odmowy uznania, w świetle dokonanych badań należy do nich zaliczyć naruszenia czterech zasad o fundamentalnym znaczeniu dla współczesnego prawa międzynarodowego, tj. zakazu użycia siły, zasady

integralności terytorialnej, zasady samostanowienia oraz zakazu apartheidu i segregacji rasowej. Przyjmowane przez Zgromadzenie Ogólne i Radę Bezpieczeństwa ONZ rezolucje właściwie nie pozostawiają wątpliwości co do kluczowego znaczenia pogwałcenia tych zasad dla podjęcia przez organy ONZ decyzji o wezwaniu do odmowy uznania. Podstawy materialne nie budzą więc zasadniczo kontrowersji.

Dużo więcej pytań pojawia się w odniesieniu do podstaw formalnych, tj. źródła norm powodujących powstanie obowiązku prawnego odmowy uznania określonych podmiotów, a zarazem skutkujących podnoszoną w rezolucjach ONZ nielegalnością utworzenia nowych państw. Na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać, że obowiązek odmowy uznania sytuacji nielegalnych wynika ze związania rezolucjami Rady Bezpieczeństwa, a w związku z tym w wypadku ich nieprzyjęcia w konkretnej sprawie państwa członkowskie ONZ mają swobodę decydowania o uznaniu bądź jego odmowie. Takie podejście nie pozwala jednak wytłumaczyć ich praktycznie całkowitej jednomyślności w sytuacjach, w których nieuznawanie było koordynowane wyłącznie w oparciu o niewiążące rezolucje. Niezrozumiałe jest również w jego świetle, dlaczego rezolucje miałyby wpływać na ocenę zgodności z prawem międzynarodowym utworzenia państw, które w chwili powstania siłą rzeczy nie były członkami ONZ.

Zgodnie z opinią niektórych przedstawicieli doktryny obowiązek nieuznawania wynika z konieczności postępowania przez państwa w sposób zgodny ze zobowiązaniami zawartymi w wiążących je traktatach. To właśnie ta konieczność stanowiła według nich przyczynę odmowy uznania i pośrednie uzasadnienie działań podjętych przez ONZ. Problem jednak w tym, że w okresie, w którym miała miejsce większość omawianych przypadków odmowy uznania, znaczna część państw nie była związana umowami, które mogłyby nakładać tego rodzaju zobowiązania – przynajmniej w odniesieniu do poszanowania zasady samostanowienia oraz zakazu apartheidu i dyskryminacji rasowej (abstrahując od bardzo lakonicznej w tym zakresie Karty Narodów Zjednoczonych). Wydaje się więc, że koncepcja ta pozwala uzasadnić wyłącznie część analizowanych przypadków, a mianowicie te, w których doszło do naruszenia zakazu użycia siły i zasady integralności terytorialnej. Podobnie jak poprzednia nie wyjaśnia ona również, dlaczego naruszenie wymienionych wyżej norm materialnych miałyby odnosić się do nowo powstałych państw niebędących stronami odnośnych traktatów.

Nie do końca słuszne jest także wskazywanie jako przyczyny odmowy uznania na forum ONZ naruszeń norm prawa zwyczajowego, gdyż nie sposób wówczas wyjaśnić, dlaczego miałyby za ich łamanie odpowiadać państwa, które konsekwentnie kwestionowały prawny charakter tych norm od samego początku

ich kształtowania się. Najbardziej adekwatną do praktyki ONZ okazuje się więc koncepcja, zgodnie z którą podstawą odmowy uznania dokonywanej przez Radę Bezpieczeństwa lub Zgromadzenie Ogólne jest niezgodność utworzenia państwa z normami o charakterze *ius cogens*. Jak zauważono, szereg istotnych czynników zdaje się potwierdzać hipotezę, że cztery zasady, których naruszenie stanowiło materialne przesłanki nieuznawania w chwili przyjmowania przez Zgromadzenie Ogólne czy Radę Bezpieczeństwa omawianych rezolucji, mogły mieć taki charakter. Taka interpretacja pozwala w sposób przekonujący wytłumaczyć, dlaczego państwa powstrzymywały się od uznania sytuacji niezgodnych z prawem międzynarodowym pomimo często niejednoznacznego języka kierowanych do nich rezolucji czy też ich niewiążącego charakteru³⁶¹. Umożliwia także wyjaśnienie, dlaczego państwa pozostające poza ONZ reagowały w ten sam sposób co członkowie ONZ, chociaż nie ciążyły na nich obowiązki wynikające z członkostwa w Organizacji, a także dlaczego to te, a nie inne normy materialne prawa międzynarodowego stały się podstawą odmowy uznania. Czyni też wreszcie możliwym zrozumienie, w jak sposób pewnymi normami mogły być objęte także nowo powstające podmioty kwestionujące ich prawny charakter.

Przedstawione wnioski bynajmniej nie oznaczają, że obowiązki państw odmawiających uznania określonych podmiotów roszczących sobie przymiot państwowości miały zawsze wyłącznie jedno źródło. Wręcz przeciwnie, w sytuacjach, w których dochodziło do wydania wiążących rezolucji Rady Bezpieczeństwa, członkowie ONZ byli niejako zobowiązani podwójnie, a jeśli wiązało ich w danej kwestii również międzynarodowe prawo zwyczajowe – nawet potrójnie. Uzasadnione jest też twierdzenie, że gdy naruszenie dotyczyło norm zakazujących użycia siły i zasady integralności terytorialnej, co najmniej część państw mogła uważać się także za związaną obowiązkami wynikającymi bezpośrednio z treści wiążących je umów międzynarodowych. W przypadku np. odmowy uznania Tureckiej Republiki Cypru Północnego oznaczałoby to wręcz, przynajmniej w odniesieniu do niektórych państw, istnienie poczwórnej formalnej podstawy odmowy uznania. Oczywiście niezależnie od tego, czy wiążący charakter obowiązku nieuznawania w omówionych przypadkach wynikał z jednej, dwóch czy większej liczby podstaw formalnych, pozostawał taki sam. Z całą pewnością jednak ich zbieg zwiększał szansę zapewnienia zgodności z prawem międzynarodowym. Praktycznie powszechne przestrzeganie obowiązku zbiorowego

³⁶¹ Por. T. Christakis, *L'obligation de non-reconnaissance des situations créées par le recours illicite à la force ou d'autres actes enfreignant des règles fondamentales*, [w:] Ch. Tomuschat, J.-M. Thouvenin, *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden 2006, s. 142. *Nota bene* przypadek odmowy uznania Mandżukuo przez Ligę Narodów raczej nie koresponduje z tą koncepcją.

nieuznawania wyrażonego *explicite* w przyjmowanych rezolucjach ONZ wynikało więc nie tylko z treści samych rezolucji, ale także z faktu związania państw podobnymi obowiązkami o charakterze materialnym wynikającymi z różnych źródeł formalnych.

Niewątpliwie w interesie społeczności międzynarodowej leży reagowanie na poważne naruszenia prawa międzynarodowego zachodzące w związku z procesami państwowotwórczymi. Powyższe ustalenia nie oznaczają jednak, że w przyszłości w każdym przypadku domniemanej niezgodności powstania nowego państwa z prawem międzynarodowym dojdzie do przyjęcia przez ONZ rezolucji wzywających do odmowy jego uznania i negujących jego państwowy status. Wynika to z jednej strony z różnego rodzaju czynników politycznych, a z drugiej – z występujących między państwami członkowskimi organizacji rozbieżności co do oceny prawnej określonych wydarzeń.

LEGAL BASIS OF COLLECTIVE NON-RECOGNITION OF STATES BY INTERNATIONAL UNIVERSAL ORGANISATIONS – CASE STUDY

The article aims to study the cases of collective non-recognition of certain States by the League of Nations and the United Nations, and to determine the legal basis of the measures adopted. The author divides the legal grounds for non-recognition into substantive and formal ones. In the course of the case study, four substantive grounds are identified, more than one of which was violated during the process of creation of each non-recognized State: the ban on the use of force, the territorial integrity of States, the right to self-determination and the prohibition of apartheid and racial discrimination. The examination of formal grounds reveals that the virtually universal compliance with UN calls might have been driven not only by binding resolutions but also by the treaties, customary norms and peremptory norms, binding different UN members and non-members to a varying extent. Still, since the non-recognized States were neither members of the UN nor were bound by respective treaties, the illegality of their creation may only be explained with reference to violation of the peremptory norms and, in some cases, of the customary norms of international law.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (195) 2013
Warszawa 2013

Marcin Aślanowicz ■

STATUS ARBITRA W POSTĘPOWANIU ARBITRAŻOWYM

1. Uwagi wstępne

Sądownictwo arbitrażowe bywa często określane jako „wymiar sprawiedliwości dla gentlemanów”, co skłaniać może do refleksji o niewystępowaniu w jego toku problemów proceduralnych o tak istotnym znaczeniu dla wyniku sprawy, jak w przypadku postępowań toczonych przed sądami powszechnymi. Praktyka pokazuje tymczasem, iż w postępowaniach arbitrażowych nieco różni się jedynie rodzaj spornych kwestii procesowych, podczas gdy ich wpływ na ostateczne rozstrzygnięcie także jest znaczący. Spośród kwestii formalnych najważniejsze znaczenie wydaje się przy tym odgrywać status arbitrów orzekających w sprawie.

Zważywszy na – w praktyce – jednoinstancyjność postępowania arbitrażowego¹ oraz ograniczoną, enumeratywnie wyliczoną, liczbę zdefiniowanych w art. 1206 KPC przesłanek pozwalających na wniesienie skargi o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego, ścisłe przestrzeganie przez arbitrów zasad bezstronności i niezależności odgrywa fundamentalne znaczenie. Ewentualne naruszenie tych zasad podważyć może zaufanie stron nie tylko do zespołu orzekającego w konkretnej sprawie, ale także do postępowania arbitrażowego w ogólności. W konsekwencji, za jedynie częściowe *remedium* uznać należy ewentualną próbę wyłączenia arbitra, stanowiącą z reguły wyraz wysiłków zmierzających do

¹ Strony bardzo rzadko korzystają z przysługującego im na podstawie art. 1205 par. 2 KPC uprawnienia do ustalenia, że postępowanie przed sądem polubownym obejmować będzie więcej niż jedną instancję.

sanowania błędów popełnionych w czasie konstituowania się zespołu orzekającego.

Mając powyższe na uwadze, celem niniejszego opracowania jest dokonanie analizy kluczowych oczekiwań formalnych wobec arbitrów, jak też rozważenie wybranych zagadnień związanych z instytucją wyłączenia arbitra – rozumianej jako gwarant zachowania przez niego bezstronności i niezależności. Analiza ta ma, w swoim zamierzeniu, pomóc w określeniu statusu arbitra w postępowaniu arbitrażowym.

2. Kwalifikacje wymagane od arbitra

Zgodnie z art. 1170 par. 1 KPC, arbitrem może być osoba fizyczna bez względu na obywatelstwo, mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Oznacza to, iż polski ustawodawca nie wprowadza żadnych ograniczeń formalnych w stosunku do (kandydatów na) arbitrów² – może więc nim być także osoba nie posiadająca wykształcenia prawniczego lub cudzoziemiec³. Jedyne wyłączenie podmiotowe przyjęte zostało w art. 1170 par. 2 KPC, który zakazuje powoływania na stanowisko arbitra sędziów państwowych, co nie dotyczy jednak sędziów w stanie spoczynku.

Regulaminy większości stałych sądów arbitrażowych nie wprowadzają dodatkowych warunków, które musi spełnić kandydat na arbitra, aby uzyskać powołanie, uwypuklając jedynie obowiązek zachowania przez arbitra bezstronności i niezależności⁴. Niektóre z nich dodatkowo podkreślają jedynie, iż arbitrem może być wyłącznie osoba dająca rękojmię należytego wykonywania powierzonych czynności⁵ czy też osoba przestrzegająca zasad etyki⁶. Obowiązek

² Także większość obcych systemów prawnych nie wprowadza wymogów formalnych w stosunku do kwalifikacji arbitra, por. M. Tomaszewski, *Przyczyny wyłączenia arbitra w świetle prawa polskiego*, [w:] *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku*, Księga pamiątkowa dedykowana dr hab. T. Szurskiemu, Warszawa 2008, s. 257.

³ Praktyka postępowań arbitrażowych prowadzonych zgodnie z KPC (tj. na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej), wskazuje jednak, iż zarówno osoby nie posiadające wykształcenia prawniczego, jak i cudzoziemcy są stosunkowo rzadko powoływani na arbitrów, także w przypadku prowadzenia postępowań z udziałem podmiotów zagranicznych.

⁴ Por. par. 16 ust. 1 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy KIG w Warszawie, art. 11 ust. 1 Regulaminu ICC, art. 14 pkt 2 Regulaminu SCC, art. 7 ust. 1 Regulaminu VIAC, zob. też art. 11 Regulaminu UNCITRAL.

⁵ Por. par. 7 Regulaminu Sądu Polubownego (Arbitrażowego) przy Związku Banków Polskich.

⁶ Por. par. 8 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan – odnoszący

spełnienia tych przesłanek można jednak wywieść z zasad ogólnych postępowania arbitrażowego, przez co wskazane zapisy w zasadzie nie zastrzegają wymogów obowiązujących wobec arbitrów.

Regulaminem idącym nieco dalej w określeniu kwalifikacji wymaganych od arbitra jest Regulamin LCIA, który w art. 5 ust. 2 wskazuje, iż na arbitra nie może zostać powołana osoba będąca pełnomocnikiem strony oraz osoba, która doradzała stronie co do przedmiotu sporu lub wyniku postępowania. Podkreślanie tego wymogu wydaje się jednak zbędne w świetle regulacji art. 1.4. Czerwonej Listy Bezwzględnej oraz art. 2.1. Czerwonej Listy Względnej Wytycznych IBA dotyczących konfliktów interesów w międzynarodowym arbitrażu handlowym („Wytyczne IBA”), które jednoznacznie nie dopuszczają (również) takich sytuacji.

Strony postępowania mogą określić szczególne kwalifikacje, którymi winien charakteryzować się wyznaczony arbiter (arbitrzy)⁷. Kwalifikacje takie zostają z reguły szczegółowo zdefiniowane już w umowie stron zawierającej klauzulę arbitrażową, wprowadza się je zaś przede wszystkim w sytuacjach, w których rozstrzygnięcie sporu wymaga znajomości określonych języków obcych czy też wskazanej narodowości. W praktyce spotyka się także wymóg posiadania specjalistycznej (poza prawnej) wiedzy fachowej – takie sytuacje należy jednak uznać za stosunkowo rzadkie, gdyż najczęściej wsparcie biegłego pozwala na rozwiązanie tych aspektów sporu, które wymagają wiadomości specjalnych.

Mając powyższe na względzie przyjąć należy, iż ani przepisy KPC, ani przepisy regulaminów sądów arbitrażowych nie wprowadzają daleko posuniętych wymogów formalnych wobec kandydatów na arbitrów – choć przesłanką uniemożliwiającą powołanie (bądź skutkującą odwołaniem z funkcji) pozostawać będzie brak bezstronności lub niezależności arbitra. Znaczenie tych cech uwypukla także regulacja art. 1173 par. 1 KPC, zgodnie z którym, powołując arbitra, sąd bierze pod uwagę „kwalifikacje, jakie arbiter powinien mieć stosownie do porozumienia stron, oraz inne okoliczności, które zapewniają powołanie na arbitra osoby niezależnej i bezstronnej”.

W niektórych postępowaniach arbitrażowych istotne znaczenie odgrywa narodowość arbitra lub jego język ojczysty – czemu strony często dają wyraz już w treści klauzuli arbitrażowej. Sąd arbitrażowy (w sytuacji, gdy wymóg taki

się do zasad etyki uchwalonych przez Komitet Arbitrażowy, pozostający organem arbitrażowym tego Sądu.

⁷ W doktrynie wskazuje się niekiedy na konieczność wykazywania przez arbitra także szeregu cech osobistych, takich jak np. asertywność, odpowiedni poziom doświadczenia, odpowiedni wiek czy też stan zdrowia, por. A. Kąkolecki, *Kwalifikacje i wyłączenie sędziów sądu polubownego (arbitrów)*, „Radca Prawny” nr 4/2006, s. 91 i n. Większości z tych cech nie sposób jednak byłoby uznać za dające się precyzyjnie zdefiniować kwalifikacje, które miałyby posiadać arbiter (arbitrzy) w danej sprawie.

dotyczy arbitra jedyne) bądź zespół orzekający (w sytuacji, gdy wymóg odnosi się do arbitra przewodniczącego) pozostaje wówczas związany decyzją stron co do wskazanej narodowości lub języka ojczystego arbitra.

Znaczenie kwestii narodowości arbitra w sporach międzynarodowych dostrzegł także polski ustawodawca, wskazując w art. 1173 par. 2 KPC, iż powołując jedynego arbitra albo arbitra przewodniczącego w sporze między stronami mającymi miejsce zamieszkania lub siedzibę w różnych państwach, sąd (państwowy) powinien rozważyć potrzebę powołania osoby niezwiązanej z żadnym z tych państw. Pomimo iż przepis ten nie nakazuje wprost sądowi powołania arbitra niezwiązanego z żadnym z państw, w których ma miejsce zamieszkania lub siedzibę jedna ze stron, to przyjąć należy, iż ewentualne „nierozważenie” (rozumiane jako nieuwzględnienie) potrzeby powołania arbitra neutralnego „państwowo” stanowić będzie podstawę do ewentualnego późniejszego żądania jego wyłączenia⁸.

Analizowane powyżej cechy, wymagane od arbitrów przez niemal wszystkie regulaminy stałych sądów arbitrażowych, jak również przez Regulamin UNCITRAL, nie wyczerpują oczekiwań kierowanych w odniesieniu do arbitrów – w doktrynie prawa podnosi się bowiem niekiedy⁹, iż w zasadzie powinno się mówić o „dziesięciu przykazaniach”, którymi musi kierować się arbiter – tj. także prawości, uczciwości, poufności, wolności, godności, rzetelności, sumienności oraz odpowiedzialności. Z oczywistych względów „przykazania” te stanowią jednak bardziej wyraz oczekiwań moralnych adresowanych wobec arbitrów, a nie zestawienia kwalifikacji sprawdzanych przed powołaniem.

W praktyce arbitrażowej pojawia się także oczekiwanie zachowania przez arbitrów tzw. „*integrity*”¹⁰. Pojęcie to nie znajduje swojego polskiego odpowiednika, jednak może być rozumiane jako „cecha przypisywana najlepszym arbitrom, oznaczająca ich prawość, niezłomną uczciwość, honor, wierność zasadom moralnym, obejmująca, lecz nie wyczerpująca, bezstronności i niezależności”¹¹. Pomi-

⁸ Tak trafnie A. Kurowska, *Komentarz do zmiany art. 1173 KPC wprowadzonej przez Dz. U. 2005, Nr 178, poz. 1478, komentarz LEX*, nb. 1.

⁹¹⁶ Zob. P. Nowaczyk, *Wystąpienie na konferencji Międzynarodowego Instytutu Arbitrażowo – Mediacyjnego „Ius et Lex” 14 czerwca 2007 – „Etyka, niezależność i bezstronność w Arbitrażu. Rzeczywistość czy fikcja?”*, „Biuletyn Arbitrażowy nr 4/2007, s. 12.

¹⁰ Por. P. Nowaczyk, *Konferencja w Sądzie Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej w sprawie bezstronności, niezależności i wyłączenia arbitrów*, „Biuletyn Arbitrażowy” nr 1/2012, s. 54.

¹¹ Tłumaczenie zgodnie z Wielojęzycznym słownikiem arbitrażu i ADR, Warszawa 2008, s. 83, w ślad za P. Nowaczykiem, jw., s. 54.

mo, że regulaminy najważniejszych europejskich stałych sądów arbitrażowych¹² ani też Regulamin UNCITRAL nie wprowadzają wprost takiego wymogu, to przyjąć należy, iż ma stanowić on wyraz oczekiwania w stosunku do wszystkich powoływanych arbitrów. Oczekiwanie to jest też odzwierciedlone w brzmieniu wytycznych IBA dotyczących konfliktu interesów w międzynarodowym arbitrażu handlowym oraz w ogólnie stosowanych wobec arbitrów standardach.

Spełnienie kwalifikacji wymaganych od arbitra stanowi warunek uzależniający nominację. Ewentualne niedochowanie obowiązujących wymogów może zaś stanowić podstawę do skutecznego żądania wyłączenia arbitra – stąd zapewnienie ich dochowania pozostaje w interesie wszystkich stron postępowania, jak również zespołu orzekającego i sądu arbitrażowego.

3. Bezstronność oraz niezależność arbitra

Traktowanie bezstronności i niezależności jako podstawowych cech arbitra uznawane jest w doktrynie prawa oraz w orzecznictwie za oczywistość oraz punkt wyjścia do dalszych rozważań nad pozostałymi cechami, którymi powinien charakteryzować się arbiter¹³. Już pierwsza ogólna zasada ogólnych standardów IBA wskazuje, iż „każdy arbiter będzie bezstronny i niezależny wobec stron w momencie przyjmowania funkcji arbitra i pozostanie bezstronny oraz niezależny przez cały okres postępowania arbitrażowego aż do wydania końcowego wyroku lub jakiegokolwiek innego ostatecznego zakończenia postępowania”. Także regulaminy stałych sądów arbitrażowych – zarówno polskich¹⁴, jak i zagranicznych¹⁵ – wprost nakazują zachowanie przez arbitra bezstronności oraz niezależności, z reguły wskazując jednocześnie, iż ewentualne naruszenie tych zasad jest rozumiane jako uzasadniona podstawa wniosku o wyłączenie arbitra.

¹² Por. choćby regulaminy arbitrażowe LCIA, VIAC, ICC, SCC.

¹³ Nie we wszystkich systemach prawnych oczekuje się jednak od arbitra zarówno bezstronności, jak i niezależności: zob. szerzej M. Tomaszewski, op. cit., s. 246, który wskazuje na art. 24 ust. 1 lit. a angielskiej ustawy o arbitrażu z 1996 roku oraz art. 8 szwedzkiej ustawy arbitrażowej z 1999 roku – jako wymagającej jedynie bezstronności oraz art. 180 ust. 1 lit. c szwajcarskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym – jako wymagającej jedynie niezależności.

¹⁴ Por. par. 16 ust. 2 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy KIG w Warszawie, par. 29 ust. 1 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan, par. 8 ust. 1–2 Regulaminu Sądu Polubownego (Arbitrażowego) przy Związku Banków Polskich.

¹⁵ Por. art. 15 pkt 1 Regulaminu SCC, art. 5 ust. 2 Regulaminu LCIA, art. 11 ust. 1 Regulaminu ICC, art. 7 ust. 4 Regulaminu VIAC, zob. też art. 12 ust. 1 Regulaminu UNCITRAL.

Wiążące arbitrow zasady etyki¹⁶ za bezstronność uznają zaś niepozostawanie ze stroną postępowania lub jej pełnomocnikiem w takim stosunku, który mógłby wywoływać wątpliwość co do jego obiektywizmu (w szczególności świadczenie jakiegokolwiek usługi na rzecz strony postępowania), a jako niezależność (niezawisłość) orzekanie na podstawie prawa i swojego wewnętrznego przekonania, niedopuszczanie do sytuacji ulegania co do sposobu rozstrzygnięcia sprawy czy też uzależnienia od stron postępowania.

Zwraca jednak jednocześnie uwagę nieostrość obu tych pojęć oraz brak ich definicji legalnej¹⁷. W konsekwencji istotną pomoc w próbie ich zdefiniowania stanowić musi zarówno doktryna prawa, jak i orzecznictwo, w tym także wyroki zapadłe w odniesieniu do instytucji wyłączenia sędziego sądu powszechnego.

W powyższym kontekście, na szczególną uwagę zasługuje postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2007 roku¹⁸, w którym podkreślono, że instytucja wyłączenia sędziego, trwale związana z zasadą bezstronności i stanowiąca jeden z istotnych elementów niezawisłości, spełnia w procesie sądowym bardzo ważne funkcje: z jednej strony zapewnia obiektywizm orzekania oraz utwierdza zaufanie do sądu, z drugiej natomiast zwalnia sędziego od rozwiązywania trudnych konfliktów sumienia. Sąd Najwyższy wyjaśnił przy tym, że pojęcie „stosunek osobisty” obejmuje stosunek emocjonalny, gospodarczy, zależność służbową zachodzącą pomiędzy sędzią a stroną lub jej przedstawicielem oraz wskazał na konieczność odróżnienia kontaktów urzędowych łączących sędziów z innymi osobami w związku z wykonywanymi przez te osoby obowiązkami zawodowymi (jak np. z adwokatami, ławnikami, prokuratorami, radcami prawnymi, kuratorami itp.) od stosunków osobistych natury emocjonalnej (np. pokrewieństwa, przyjaźni) lub gospodarczej (osobiste powiązania majątkowe, kredytowe itp.). Tylko te drugie mają zaś charakter stosunków osobistych, które mogą wywoływać wątpliwości co do bezstronności sędziego.

Z orzeczenia tego jednoznacznie wynika konieczność dokonania rozróżnienia pomiędzy relacjami „nie-osobistymi” łączącymi arbitra oraz stronę postępowania (lub jej pełnomocnika) oraz relacjami „osobistymi”. O ile te pierwsze występują i mogą występować, nie powodując uszczerbku dla pozycji arbitra jako niezależnego sędziego w postępowaniu arbitrażowym, o tyle wystąpienie tych

¹⁶ Por. choćby art. 2–3 Kodeksu Etyki Arbitra Sądu Arbitrażowego przy KIG w Warszawie, czy też par. 2 Zasad Etyki Arbitra Sądu Polubownego (Arbitrażowego) przy Związku Banków Polskich.

¹⁷ Sygnalizuje to T. Ereciński, [w:] *Proces cywilny. Nauka – kodyfikacja – praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, (red. P. Grzegorzczak, K. Knoppek, M. Walasik), Warszawa 2012, s. 847.

¹⁸ Sygn. akt II CZ 13/07, LEX nr 979615.

drugich niemal automatycznie arbitra dyskwalifikuje. W tym kontekście kluczowe pozostaje oczywiście zdefiniowanie, jaki dokładnie charakter mają w danym przypadku stosunki strony i arbitra oraz na ile stosunki te wykraczają poza relacje o charakterze *stricte* służbowym lub zawodowym. Instrumentami prawnymi zapewniającymi dokonanie należytej ich oceny przez wszystkie osoby i strony zaangażowane w postępowanie arbitrażowe pozostaje obowiązek arbitra ujawnienia wszystkich okoliczności mogących wywoływać uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności lub niezależności, jak również instytucja wyłączenia arbitra¹⁹. Wytyczne IBA dotyczące konfliktów interesów w międzynarodowym arbitrażu handlowym, jak również (niektóre)²⁰ wzory oświadczeń o niezależności i bezstronności arbitra składanych przez arbitrów przed udostępnieniem im akt sprawy stwarzają pewien punkt odniesienia co do zakresu ujawnienia, jednak – choćby ze względu na bogactwo potencjalnych sytuacji życiowych – ostateczny wyznacznik w tym zakresie każdorazowo stanowić będzie zdroworozsądkowa ocena dokonywana przez arbitra.

Jak słusznie podkreśla się w literaturze przedmiotu²¹, sam fakt istnienia (wcześniejszej) relacji pomiędzy arbitrem a stroną postępowania nie wyklucza (późniejszego) orzekania przez arbitra w toku postępowania w sposób bezstronny i niezależny. Jeżeli więc nie zachodzą przesłanki bezwzględnie uniemożliwiające powołanie arbitra (jak np. istnienie pomiędzy nim a stroną postępowania lub jej pełnomocnikiem związków rodzinnych), to ujawnienie wszystkich okoliczności mogących mieć znaczenie dla oceny jego bezstronności i niezależności służyć ma przede wszystkim zbudowaniu wzajemnego zaufania pomiędzy wszystkimi uczestnikami postępowania arbitrażowego²². Co równie ważne, możliwie rygorystyczne przestrzeganie zasad bezstronności i niezależności arbitra gwarantuje sprawne prowadzenie postępowania arbitrażowego – a to przede wszystkim dzięki możliwości uniknięcia ewentualnego postępowania o wyłączenie arbitra oraz związanego z tym (także w razie oddalenia wniosku) przedłużenia biegu sprawy.

¹⁹ Por. K. Zawiślak, *Receptum arbitrii*, Warszawa 2012, s. 61 i n. Zagadnieniom tym poświęcony jest, odpowiednio, punkt 6 i 7 niniejszych rozważań.

²⁰ Mowa tu przede wszystkim o tych z wzorów deklaracji (np. przyjętej do stosowania przez Sąd Arbitrażowy przy PKPP Lewiatan), które zawierają wytyczne lub wskazówki odnoszące się do informacji niezbędnych do ujawnienia dla zagwarantowania bezstronności i niezależności arbitra.

²¹ Por. Y. Derain, E. Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, The Hague 1998, s. 110.

²² Ibidem oraz powołana tam literatura, zob. w szczególności F. Eisemann, *Déontologie de l'Arbitre Commercial International*, Rev. Arb (1969), s. 217 oraz Hascher, *ICC Practice In Relation to the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators*, ICC Ct. Bull., Vol. 6, No. 2 (1995), s. 11.

Z chwilą powołania arbiter staje się arbitrem wszystkich stron postępowania, zobowiązanym w równym stopniu do reprezentowania interesów powołującej go strony, jak i interesów strony przeciwnej. To właśnie fakt braku zależności arbitra od powołującej go strony stanowi kluczową gwarancję zachowania jego bezstronności i niezawisłości. Takie rozumienie istoty charakteru bezstronności i niezależności arbitra było już prezentowane w orzecznictwie przedwojennym: jak stwierdził bowiem Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 9 stycznia 1935 roku²³, „sędzia polubowny nie jest sędzią jednej strony, lecz obu stron (i dlatego brak zaufania jednej strony nie może stanowić ważnej przyczyny zrzeczenia się przez sędziego polubownego przyjętego na się obowiązku)”.

Także obecnie przedstawiciele doktryny prawa podkreślają konieczność akcentowania braku zależności arbitra od powołującej go strony, w trakcie całego biegu postępowania²⁴. Tylko takie działania gwarantować bowiem mogą wydanie sprawiedliwego rozstrzygnięcia w sprawie, z poszanowaniem zasad prowadzonego postępowania²⁵. W praktyce występować może jednak szereg współzależności interesów pomiędzy arbitrem a stroną, które potencjalnie mogłyby rzutować tak na przebieg postępowania, jak i na wydane w nim rozstrzygnięcie. Rolą arbitra zawsze pozostawać więc będzie odpowiednio wczesne zidentyfikowanie takich zagrożeń oraz przedstawienie (ujawnienie) ich stronom bądź też, w sytuacji zasadniczo uniemożliwiającej bezstronne i niezawisłe wykonywanie powierzonej funkcji – niewyrażenie zgody na proponowaną nominację.

Interesującym zagadnieniem związanym z analizą zakresu pojęć bezstronności i niezależności jest przypadek częstego (regularnego) powoływania przez tę samą stronę, w różnych postępowaniach, tego samego arbitra. Pomimo bowiem oczywistego faktu, iż sam akt powołania nie prowadzi do powstania stosunku zależności pomiędzy stroną a arbitrem, to rozważenia wymaga, czy swoisty stosunek zależności nie rodzi się w wyniku powtarzalnych powołań, gdy arbiter może powziąć interes w dalszym utrzymywaniu takiego stanu rzeczy²⁶. Pytanie to

²³ Sygn. akt II C 2194/34, opubl. OSN(C) Nr 7/1935, poz. 289, LEX nr 380483.

²⁴ Por. P. Nowaczyk, *Konferencja w Sądzie Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie w sprawie bezstronności, niezależności i wyłączenia arbitrów*, Biuletyn Arbitrażowy nr 1/2012, s. 36.

²⁵ Powszechnie przyjmuje się, iż arbitra nie można uważać za rzecznika, przedstawiciela czy pełnomocnika strony, jako że sędzia polubowny nie stoi na straży interesów strony, która go wybrała, por. E. Zielińska, *Pozycja arbitra w sądzie polubownym*. [w:] *Prace Laureatów Konkursu im. Prof. Jerzego Jakubowskiego*, Warszawa 2007, s. 213.

²⁶ Ze względu na istotnie odmienny charakter relacji pomiędzy stroną a sędzią (w postępowaniu przed sądem powszechnym) oraz stroną a arbitrem (w postępowaniu przed sądem arbitrażowym) trudno posiłkować się judykaturą dla próby oceny wskazanego zagadnienia. Na marginesie można jednak odnieść się do sentencji wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2002 roku (sygn. akt II UKN 307/01, LEX nr 81954),

pozostaje szczególnie aktualne w arbitrażu międzynarodowym, w którym istnieje wąski krąg arbitrów, dla których motywacja do bycia powołanym w charakterze arbitra do rozstrzygania kolejnych sporów jest szczególnie silna²⁷.

Próba ochrony przez arbitra wskazanego interesu w bezpośredni sposób godziłaby zaś przede wszystkim w jego zobowiązanie do zachowania bezstronności. Najtrudniejszym zadaniem w tym kontekście pozostaje więc precyzyjne określenie chwili, w której arbiter traci bezstronność ze względu na dążenie do zapewnienia sobie (możliwości) ponownego wyboru, a co za tym idzie, traci legitymację moralną do (dalszego) wykonywania swojej funkcji. Przyjęcie ogólnej zasady, która mogłaby mieć zastosowanie do analizowanej sytuacji, wydaje się trudne – wymagałoby to bowiem precyzyjnego określenia liczby postępowań, w których arbiter może reprezentować w określonym horyzoncie czasowym nie tylko dany podmiot, ale też wszelkie inne podmioty należące do jego grupy kapitałowej.

Istotny punkt odniesienia stanowi tutaj regulacja Pomarańczowej Listy Wytycznych IBA, która jako sytuacje mogące w oczach stron prowadzić do uzasadnionych wątpliwości co do bezstronności lub niezależności arbitra wskazuje w szczególności: w art. 3.1.2., iż „w okresie ostatnich trzech lat arbiter występował jako pełnomocnik jednej ze stron lub podmiotu stowarzyszonego z jedną ze stron w niemającej związku sprawie”, w art. 3.1.3., iż „w okresie ostatnich trzech lat arbiter został powołany do pełnienia funkcji arbitra dwukrotnie lub częściej przez jedną ze stron lub podmiot stowarzyszony ze stroną”, zaś w art. 3.2.3., iż „arbiter lub firma arbitra reprezentuje regularnie stronę lub podmiot stowarzyszony w arbitrażu, ale nie jest zaangażowany w obecny spór”.

Regulację powyższą można jednak uznać za niewyczerpującą z kilku istotnych przyczyn. Po pierwsze, zakres przedmiotowy pojęcia „podmiotu stowarzyszonego” budzi istotne wątpliwości²⁸. Po drugie, nie jest jasne (zwłaszcza w przypadku międzynarodowych kancelarii prawnych), jak należy rozumieć pojęcie „firmy arbitra” – tj. czy wąsko, jako konkretną spółkę osobową w ramach

w którym stwierdzono, iż sędzianie podlega wyłączeniu z tej przyczyny, że poprzednio orzekał w innej sprawie między tymi samymi stronami. Orzeczenie to zdaje się przede wszystkim potwierdzać jednak brak stosunku zależności pomiędzy stroną a sędzią, niezależnie od okoliczności, w tym także częstotliwości ich współwystępowania w procesie.

²⁷ Zob. też A. Szumański, [w:] P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska, *Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 189, nb. 78 oraz powołana tam literatura: J. Paulsson, *Ethics, Elitism, Eligibility*, *Journal of International Arbitration* 1997, vol. 14, No. 4, s. 13–21 oraz D. Hacking, *Ethics, Elitism, Eligibility: A Response*, *Journal of International Arbitration* 1998, vol. 15, No. 4, s. 73–79.

²⁸ Przypis do art. 2.3.4. Czerwonej Listy Względnej wskazuje, iż „w kontekście wszystkich List Zastosowania, termin „podmiot stowarzyszony” obejmuje wszelkie spółki z jednej grupy spółek, włączając w to spółkę macierzystą”, jednak ze względu na brak w Listach Zastosowania definicji „grupy spółek” termin ten pozostaje nieostry.

której arbiter świadczy swoje usługi, czy też szeroko, jako wszystkie spółki (często – formalnie – nie powiązane ze sobą ani osobowo, ani kapitałowo), należące do danej sieci. Po trzecie, w ramach jednego „sporu” (w rozumieniu art. 3.2.3. Pomarańczowej Listy Wytycznych IBA) toczyć się może szereg postępowań arbitrażowych i sądowych, co ponownie rodzić będzie pytanie o moment, w którym powtarzalność reprezentacji powinna zostać przez arbitra ujawniona. Po czwarte wreszcie, Wytyczne IBA nie precyzują, co oznacza „regularne” reprezentowanie strony lub jej podmiotu stowarzyszonego w arbitrażu przez arbitra lub firmę arbitra. Mając wszystkie powyższe kwestie na uwadze, trudność ustalenia istnienia lub nieistnienia podstaw do ujawnienia okoliczności mogących wywoływać uzasadnione wątpliwości co do bezstronności arbitra wydaje się być znacząca.

Podobne wątpliwości pojawiają się także w przypadku powtarzającego się powoływania arbitra przez tego samego pełnomocnika lub tę samą firmę prawniczą. Zgodnie z art. 3.3.7. Pomarańczowej Listy Wytycznych IBA, dopiero czwarte takie powołanie powodować będzie obowiązek ujawnienia. Potencjalne (sygnałizowane powyżej) rozbieżności w rozumieniu pojęcia „firmy prawniczej” mogą jednak prowadzić do powstania kontrowersji co do istnienia lub nieistnienia podstaw zarzutów dotyczących braku bezstronności arbitra²⁹.

Zasygnalizowane powyżej wątpliwości co do spełnienia przez arbitra wymogu bezstronności i niezależności dodatkowo potwierdzają konieczność sumiennego przestrzegania wszelkich zasad dotyczących unikania sytuacji konfliktu interesów. Jedynie takie działanie, połączone z rzetelnie prowadzonymi postępowaniami o wyłączenie arbitra, gwarantować bowiem będą należyty i sprawiedliwy przebieg postępowania arbitrażowego.

²⁹ Wskazać dodatkowo należy, iż większość międzynarodowych kancelarii prawnych nie dysponuje instrumentami umożliwiającymi ustalenie, ile razy dana osoba była powoływana na arbitra przez prawników z różnych biur w różnych jurysdykcjach – co oznacza, że wiedzą w tym zakresie może dysponować jedynie sam arbiter. Interesujące wywody dotyczące praktyki funkcjonowania dużych kancelarii oraz związanego z tym zagadnienia konfliktu interesów przedstawia M. Jamka, *Konferencja w Sądzie Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie w sprawie bezstronności, niezależności i wyłączenia arbitrów*, „Biuletyn Arbitrażowy” nr 1/2012, s. 38–39.

4. Wytyczne IBA dotyczące konfliktów interesów w międzynarodowym arbitrażu handlowym³⁰

W dniu 22 maja 2004 roku *International Bar Association* przyjął wytyczne dotyczące konfliktów interesów w międzynarodowym arbitrażu („*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*”), które zastąpiły obowiązujące od 1987 roku Zasady Etyki Zawodowej dla Międzynarodowych Arbitrów („*IBA Rules of Ethics for International Arbitrators*”)³¹. Jak zostało podkreślone we wstępie do Wytycznych IBA, celem przyjęcia tej regulacji było przede wszystkim pokonanie przeszkód w prowadzeniu międzynarodowych postępowań arbitrażowych, wynikających ze stale rosnących konfliktów interesów. Zgodnie z zamierzeniami Grupy Roboczej Komisji ds. Arbitrażu i Alternatywnego Rozstrzygania Sporów przy IBA, która opracowała Wytyczne IBA, te skutecznie służą obecnie pomocą stronom, praktykom, arbitrom, instytucjom i sądom w procesie podejmowania decyzji w kwestiach dotyczących bezstronności, niezależności, ujawniania, sprzeciwów i wniosków o wyłączenie. Znaczenia Wytycznych IBA dowodzi fakt, iż stały się one podstawowym punktem odniesienia w kwestiach objętych swoją regulacją – zarówno w arbitrażu międzynarodowym, jak i w Polsce³². Co więcej, zastosowanie Wytycznych IBA nie jest ograniczone do arbitrażu handlowego, a pozostaje stosowane także w przypadku arbitrażu inwestycyjnego.

Wytyczne IBA zostały podzielone na dwie części – Część I, zawierającą Ogólne Standardy dotyczące bezstronności, niezależności i ujawniania, oraz Część II, odnoszącą się do Praktycznego zastosowania Ogólnych Standardów.

³⁰ Szczegółowa analiza kluczowych zagadnień związanych z Wytycznymi IBA oraz ich praktycznym zastosowaniem będzie przedmiotem odrębnej publikacji autora. W ramach niniejszego artykułu ograniczono się do zasygnalizowania jedynie wybranych, najbardziej istotnych kwestii porządkowych i prawnych, związanych z opisywaną regulacją.

³¹ Zasady Etyki Zawodowej zachowują jednak swoją moc w odniesieniu do spraw nieuregulowanych w Wytycznych IBA. Ze względu na zdecydowanie bardziej kompleksowy charakter regulacji Wytycznych IBA, Zasady Etyki Zawodowej mają obecnie jedynie niewielkie znaczenie praktyczne.

³² Jak podnosi się w literaturze przedmiotu, Wytyczne IBA nie mają charakteru prawa stanowionego, niemniej jednak orzecznictwo wielu krajów odnosi się do nich jako do spisanych zwyczajów, por. B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz, *Kilka uwag w przedmiocie konfliktu interesów w przypadku arbitrów pochodzących z wieloosobowych kancelarii prawnych* [w:] *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku, Księga pamiątkowa dedykowana dr hab. T. Szurkiewiczowi*, Warszawa 2008, s. 21 oraz cytowane tam M. Hwang, *Arbitrators and Barristers in the Same Chambers – an Unsuccessful Challenge*, „*Business Law International*”, Vol. 6, No. 2, s. 237 i n. W konsekwencji przyjąć można, iż Wytyczne IBA powinny być traktowane jako w pełni uznane źródło prawa.

Część I Wytycznych IBA złożona jest z siedmiu Ogólnych Standardów, przy czym do każdego z nich zostały przedstawione objaśnienia Grupy Roboczej. Każdy z Ogólnych Standardów odgrywa istotną rolę z punktu widzenia statusu arbitra w postępowaniu arbitrażowym. Na szczególną uwagę zasługuje Ogólny Standard nr 1, zgodnie z którym każdy arbiter będzie bezstronny i niezależny wobec stron w momencie przyjmowania funkcji arbitra i pozostanie bezstronny oraz niezależny przez cały okres postępowania arbitrażowego aż do wydania końcowego wyroku lub jakiegokolwiek innego ostatecznego rozstrzygnięcia postępowania. Standard ten stanowi wyraz kluczowej zasady bezstronności i niezależności arbitrów w każdym rodzaju postępowania arbitrażowego, prowadzonego na każdym forum.

Równie doniosłe znaczenie odgrywa Ogólny Standard nr 2 (a), w powiązaniu z 2 (c). Na ich podstawie arbiter zobowiązany jest do odmówienia przyjęcia funkcji arbitra lub, w przypadku gdy arbitraż już się rozpoczął, odmówienia dalszego wykonywania swoich obowiązków w przypadku, gdy ma on jakiegokolwiek wątpliwości co do możliwości bycia bezstronnym i niezależnym. Wątpliwości uznaje się przy tym za uzasadnione wówczas, gdy rozsądna i poinformowana osoba trzecia mogłaby dojść do wniosku, że istnieje prawdopodobieństwo, iż na decyzję podejmowaną przez arbitra mogą mieć wpływ inne czynniki niż istota sprawy przedstawiona przez strony. Niezależnie więc od obowiązku dokonania przez arbitra subiektywnej weryfikacji ewentualnego zajścia przesłanek mogących podważyć jego bezstronność lub niezależność, ostateczne rozstrzygnięcie w tym zakresie będzie zapadać przy użyciu kryteriów obiektywnych.

Część II Wytycznych IBA składa się z czterech List Zastosowania, ułatwiających weryfikację i ocenę zajścia przesłanek prowadzących lub mogących prowadzić do powstania konfliktu interesów. Czerwona Lista Bezwzględna odnosi się do stanu nieusuwalnego konfliktu interesów – uniemożliwiającego wykonywanie funkcji arbitra ze względu na doprowadzenie do sytuacji bycia sędzią we własnej sprawie. Czerwona Lista Względna zawiera wyliczenie poważnych przeszkód w wykonywaniu funkcji arbitra, które mogą jednak zostać skutecznie pominięte w drodze świadomej decyzji podjętej przez strony. Najwięcej potencjalnych kontrowersji związanych pozostaje z wyliczeniem okoliczności zawartych na Liście Pomarańczowej, tj. sytuacji, które mogą prowadzić do uzasadnionych wątpliwości co do bezstronności lub niezależności arbitra, a arbiter zobowiązany jest do ich ujawnienia. Ujawnienie takie ma przy tym cel przede wszystkim informacyjny (umożliwiający stronom ewentualne dalsze zbadanie zasygnalizowanych przez arbitra okoliczności), zaś w razie braku sprzeciwu stron co do wyboru arbitra w określonym terminie po dokonaniu ujawnienia przyjmuje się,

iż może on wykonywać swoją funkcję. Zielona Lista zawiera zaś katalog sytuacji, w których, z obiektywnego punktu widzenia, nie istnieje potencjalny ani też rzeczywisty konflikt interesów, w konsekwencji czego do uznania arbitra pozostaje ich ujawnienie bądź brak ujawnienia (przy czym ewentualny brak ujawnienia nie będzie wywoływał negatywnych konsekwencji procesowych).

W razie rozbieżności interpretacyjnych pomiędzy Częścią I oraz Częścią II Wytucznych IBA nadrzędną rangę mają Ogólne Standardy. Zasada ta ma bardzo istotne znaczenie, przede wszystkim ze względu na fakt, iż Listy Zastosowania nie zawierają wyczerpującego wyliczenia wszelkich sytuacji, które mogą potencjalnie pojawić się w praktyce arbitrażowej. W każdym przypadku natomiast ocena zajścia przesłanek mogących stanowić konflikt interesów dokonywana jest (powinna być) przez niezależny organ w postępowaniu arbitrażowym, z punktu widzenia „rozsądnej” osoby trzeciej posiadającej wiedzę na temat odnośnych faktów (por. też Ogólny Standard 2 (b)).

Podkreślić należy, iż pomimo braku wyczerpującego charakteru unormowania zawartego w Listach Zastosowania, jak również przede wszystkim ramowego charakteru Ogólnych Standardów, Wytuczne IBA stanowią powszechny punkt odniesienia – zarówno w arbitrażu międzynarodowym, jak i krajowym. W światowej praktyce arbitrażowej nie powstała dotychczas bardziej kompleksowa regulacja odnosząca się do kwestii konfliktu interesów. W konsekwencji badanie ewentualnego braku bezstronności lub niezależności arbitra, a co za tym idzie, weryfikacja podstaw jego wyłączenia odbywa się przede wszystkim w oparciu o Wytuczne IBA.

5. Obowiązek ujawnienia okoliczności mogących wywoływać uzasadnione wątpliwości co do bezstronności lub niezależności arbitra

Bardzo istotnym instrumentem prawnym, mającym gwarantować zachowanie bezstronności oraz niezależności arbitra, pozostaje obowiązek niezwłocznego ujawnienia stronom wszystkich okoliczności, które mogłyby wzbudzić wątpliwości co do jej bezstronności lub niezależności. Obowiązek takiego ujawnienia przewiduje wprost art. 1174 par. 1 KPC, jak również regulaminy stałych sądów arbitrażowych oraz regulamin UNCITRAL.

Kluczowe pozostaje określenie zakresu informacji podlegających ujawnieniu – takich, które są (potencjalnie) relewantne w okolicznościach danej sprawy. W związku z tym równie ważne jest zdefiniowanie kryteriów, według których należy dokonać oceny celowości dokonywania ujawnienia.

W praktyce arbitrażowej przyjmuje się, iż kryteria te mogą zostać ocenione obiektywnie lub subiektywnie³³.

Jako przykład regulacji wprowadzającej obiektywną ocenę spełnienia analizowanych kryteriów wskazuje się art. 12 (1) Ustawy Modelowej UNCITRAL, literalnie powtórzony w art. 11 Regulaminu UNCITRAL. Zgodnie z jego treścią, w przypadku gdy do danej osoby zwrócono się w związku z możliwością powołania jej do pełnienia funkcji arbitra, osoba ta ujawnia wszystkie okoliczności mogące wzbudzać uzasadnione wątpliwości co do jej bezstronności lub niezależności. Z chwilą zaś powołania arbitra oraz w całym okresie postępowania arbitrażowego arbiter niezwłocznie ujawnia wszystkie takie okoliczności stronom i pozostałym arbitrom, chyba że strony zostały już przez niego poinformowane o tych okolicznościach. Z postanowień tych jednoznacznie wynika więc konieczność weryfikacji bezstronności i niezależności (potencjalnego) arbitra przede wszystkim z punktu widzenia osoby trzeciej, jako zewnętrznego i obiektywnego obserwatora.

W praktyce stosowania zobowiązania do ujawnienia okoliczności mogących wzbudzić wątpliwości co do bezstronności lub niezależności arbitra, przy próbie wykorzystania obiektywnej oceny pojawić się mogą jednak daleko idące wątpliwości. Z tego względu przeważa raczej pogląd o potrzebie stosowania subiektywnych kryteriów oceny – sprowadzających się do oceny dokonywanej z punktu widzenia stron oraz kandydata na arbitra. Taki właśnie model przyjęty został choćby w Wytycznych IBA czy też w Regulaminie ICC (art. 11 ust. 2). Ewentualna wadliwość subiektywnych wniosków strony lub arbitra co do braku podstaw do kwestionowania bezstronności lub niezależności arbitra, pozostawac będzie otwarta do weryfikacji dokonywanej już obiektywnie – w razie wszczęcia postępowania o wyłączenie arbitra.

Katalog zdarzeń mogących mieć potencjalny wpływ – przede wszystkim w subiektywnej ocenie strony lub jej pełnomocnika – na brak bezstronności lub niezależności arbitra jest szeroki. Właśnie dlatego wiodące międzynarodowe instytucje arbitrażowe³⁴ przyjęły taki wzór deklaracji bezstronności arbitra, w którym do uznania arbitra pozostaje wskazanie wszelkich okoliczności z jego życia, które w jakimkolwiek zakresie mogłyby naruszać jego bezstronność i wiązać go ze stroną lub jej pełnomocnikiem. Arbiter dokonuje więc własnej oceny, czy dana okoliczność ma lub może mieć znaczenie dla postrzegania jego bezstronności,

³³ Por. K. Bilewska, D. Paczoska, *Bezstronność oraz niezależność arbitra*, Kwartalnik „ADR” nr 1 (5) / 2009, s. 18.

³⁴ Por. choćby treść *Statement of Acceptance and Declaration of Impartiality and Independence* obowiązujące w World Intellectual Property Organization (WIPO) w Genewie czy też *Statement of Acceptance, Availability and Independence* obowiązujące w ICC w Paryżu.

a co za tym idzie, czy powinna zostać ujawniona stronom. W składanej przez arbitra deklaracji zawarte jest oświadczenie, że „według jego najlepszej wiedzy, nie ma faktów lub okoliczności, przeszłych lub obecnych, które mogłyby mieć wpływ na ocenę jego bezstronności w oczach którejkolwiek ze stron”³⁵, bądź też oświadczenie o ujawnieniu wszystkich takich „faktów lub okoliczności” – przy czym stopień szczegółowości ujawnienia pozostaje do wyłącznego (subiektywnego) uznania arbitra.

Nie wszystkie instytucje arbitrażowe pozostawiają do wyłącznej oceny arbitra ocenę zakresu i stopnia szczegółowości ujawnienia. Przykładowo, wzór deklaracji arbitra obowiązujący w Sądzie Arbitrażowym przy PKPP Lewiatan zawiera dosyć precyzyjną definicję bezstronności i niezależności arbitra, z której wynika, jakie okoliczności powinny zostać wzięte pod uwagę przy dokonywaniu ujawnienia³⁶. W każdym przypadku jednak gwarantem należytego i kompleksowego ujawnienia wszelkich istotnych okoliczności przez arbitra, a co za tym idzie, zachowania jego bezstronności i niezależności, pozostawać będzie przede wszystkim instytucja wyłączenia arbitra.

6. Instytucja wyłączenia arbitra jako gwarant zachowania bezstronności i niezależności

Należyte i sumienne wykonanie przez arbitra obowiązku ujawnienia wszelkich okoliczności mogących wywoływać uzasadnione wątpliwości co do

³⁵ Zgodnie z brzmieniem *Statement of Acceptance, Availability and Independence* obowiązującego w ICC w Paryżu oświadczenie kandydata na arbitra zawiera stwierdzenie: „to the best of my knowledge, there are no facts or circumstances, past or present, that need to be disclosed because they might be of such nature as to call into question my independence in the eyes of any of the parties”.

³⁶ Załącznik 4 do Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan wskazuje, że „Arbiter powinien ujawnić wszelkie okoliczności mogące budzić wątpliwości co do jego bezstronności lub niezależności. Przy ocenie bezstronności i niezależności arbitra stosuje się jako minimalny standard Wytyczne Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawników dotyczące konfliktu interesów w międzynarodowym arbitrażu handlowym. Wątpliwości co do bezstronności lub niezależności arbitra mogą się pojawiać, gdy pomiędzy arbitrem a stroną lub podmiotami z nią w jakikolwiek sposób związanymi istniała lub istnieje bezpośrednia lub pośrednia relacja majątkowa, zawodowa, osobista lub jakiegokolwiek innego rodzaju. W razie wątpliwości arbiter ujawnia wszelkie okoliczności, które mogą budzić wątpliwości co do jego bezstronności lub niezależności. Ujawnienie tych okoliczności powinno być kompletne i szczegółowe, a także zawierać, między innymi, informacje dotyczące uzgodnień finansowych, danych osobowych, okresu, w którym zachodziła budząca wątpliwość relacja i innych relewantnych okoliczności”.

jego bezstronności lub niezależności ma fundamentalne znaczenie dla prawidłowego przebiegu postępowania arbitrażowego. Dokonanie takiego ujawnienia nie tylko bowiem buduje zaufanie między stronami oraz wybranymi przez nie arbitrami³⁷, ale także zapewnia prawidłowe (i nie podlegające późniejszemu kwestionowaniu) ukonstytuowanie się zespołu orzekającego. Kluczową kwestią w tym kontekście pozostaje przewidziany przez regulaminy stałych sądów arbitrażowych krótki termin na złożenie wniosku o wyłączenie arbitra, liczony od daty powzięcia wiadomości o podstawach jego wyłączenia³⁸. W przypadku niezłożenia żądania wyłączenia w tym terminie przyjmuje się, iż strona zrzekła się uprawnienia do żądania wyłączenia (o czym bardziej szczegółowo jest mowa w punkcie 7b poniżej).

Ewentualne uchybienie przez arbitra obowiązкови ujawnienia wszelkich istotnych okoliczności dotyczących jego bezstronności lub niezależności już na samym początku postępowania może wyrzucić istotny negatywny wpływ na jego dalszy bieg. Strony nie są bowiem ograniczone czasowo w prawie zgłoszenia żądania wyłączenia arbitra na jakimkolwiek (późniejszym) etapie postępowania, przyjmując oczywiście, że wniosek jest złożony w odpowiednim czasie po uzyskaniu wiedzy stanowiącej jego podstawę. Oznacza to, iż nawet przed samym zamknięciem rozprawy bądź wręcz już po jej zamknięciu, a przed wydaniem wyroku, wniosek o wyłączenia arbitra będzie mógł zostać złożony – a powinien on zostać rozpoznany przed ogłoszeniem rozstrzygnięcia w sprawie. Fundamentalnym zagadnieniem pozostaje tu jednak ocena konsekwencji procesowych wynikających tak z samego faktu złożenia wniosku o wyłączenie arbitra, jak i z wyłączenia arbitra na zaawansowanym etapie postępowania arbitrażowego.

³⁷ Zob. szerzej P. Nowaczyk, *Wystąpienie na konferencji Międzynarodowego Instytutu Arbitrażowo-Mediacyjnego „Ius et Lex” 14 czerwca 2007 – „Etyka, niezależność i bezstronność w Arbitrażu. Rzeczywistość czy fikcja?”*, „Biuletyn Arbitrażowy” nr 4/2007, s. 9.

³⁸ O ile termin ten w przypadku największych polskich stałych sądów arbitrażowych wynosi 14 dni (par. 25 ust. 3 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy KIG w Warszawie, par. 8 ust. 4 Regulaminu Sądu Polubownego (Arbitrażowego) przy Związku Banków Polskich, par. 30 ust. 2 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan), o tyle w przypadku zagranicznych sądów arbitrażowych pozostaje zróżnicowany, i tak, przykładowo: art. 15 pkt 2 Regulaminu SCC oraz art. 10 ust. 4 Regulaminu LCIA przewiduje termin 15 dni, ICC – 30 dni (art. 14 ust. 2 Regulaminu), zaś VIAC nakazuje złożenie wniosku o wyłączenie arbitra „niezwłocznie” po powzięciu wiadomości o podstawach wyłączenia (art. 16 ust. 2 Regulaminu). Także Regulamin UNCITRAL wprowadza termin 15 dni na złożenie wniosku o wyłączenie arbitra, licząc od daty otrzymania przez stronę powiadomienia o jego powołaniu bądź daty powzięcia wiadomości o zajściu przesłanek uzasadniających wniosek (por. art. 13 ust. 1).

Praktyka większości sądów arbitrażowych idzie raczej w kierunku kontynuowania postępowania pomimo złożenia przez stronę wniosku o wyłączenie arbitra. Rozwiązanie takie należy uznać za, co do zasady, słuszne, jako że wynika ono z przekonania, że do czasu wykazania ewentualnego braku bezstronności lub niezależności arbitra domniemywać trzeba zachowanie przez niego wszelkich niezbędnych kwalifikacji. Co więcej, w uzasadnionym interesie obu stron (w tym zwłaszcza strony niekwestionującej zasadności powołania arbitra) pozostawać powinno nieprzerwane kontynuowanie postępowania – tak aby złożony wniosek nie powodował opóźnień rozpoznania sprawy. Niemniej jednak unormowania poszczególnych regulaminów sądów arbitrażowych dotyczących tej kwestii zauważalnie różnią się od siebie.

Par. 25 ust. 7 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy KIG stanowi, że „złożenie wniosku o wyłączenie arbitra nie ma wpływu na bieg postępowania, chyba że Zespół Orzekający postanowi inaczej”. Także art. 16 ust. 4 Regulaminu VIAC nakazuje dalsze prowadzenie postępowania, pomimo złożenia wniosku o wyłączenie arbitra, choć jednocześnie wyłącza wprost możliwość wydania wyroku przed ostatecznym rozstrzygnięciem przez Radę Arbitrażową złożonego żądania wyłączenia arbitra. Regulaminy Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan oraz Sądu Polubownego (Arbitrażowego) przy Związku Banków Polskich, jak też Regulamin UNCITRAL omawianej kwestii nie regulują – co nie uchybia jednak możliwości wstrzymania przez zespół orzekający dalszego biegu postępowania (będącego *de facto* jego zawieszeniem) w razie wpływu wniosku o wyłączenie arbitra.

Zupełnie inną konstrukcję prawną przyjmuje tymczasem Regulamin SCC, który w art. 17 pkt 2 przyznaje Radzie Dyrektorów prawo podjęcia decyzji o dalszym kontynuowaniu postępowania przez pozostałych arbitrów – co w istocie oznacza prowadzenie postępowania przez zespół orzekający złożony z dwóch arbitrów – do czasu zastąpienia arbitra wobec którego został złożony wniosek o wyłączenie przez nowego arbitra bądź też do czasu oddalenia tego wniosku. Zbliżone rozwiązanie wprowadza także art. 15 ust. 4 Regulaminu ICC – choć możliwość kontynuowania postępowania przez Trybunał Arbitrażowy w węższym składzie ograniczona jest do sytuacji, w której wyłączenie nastąpiło już po zamknięciu rozprawy.

O ile konsekwencje procesowe wniosku o wyłączenie arbitra pozostają raczej krótkotrwałe, o tyle ewentualne uznanie zasadności takiego wniosku ma nadzwyczaj istotne znaczenie dla dalszego biegu postępowania, a także dla sposobu rozstrzygnięcia sprawy. Przyjęcie optymalnego rozwiązania w tym zakresie wymaga zaś pogodzenia ze sobą dwóch – zdawałoby się sprzecznych – interesów, tj. priorytetu ekonomiki postępowania (a więc uznania konieczności dalszego prowadzenia postępowania przez zespół orzekający w nowym składzie) oraz

priorytetu bezpośredniości postępowania (a więc uznania konieczności powtórzenia wszystkich lub wybranych czynności procesowych, w związku z dokonaną zmianą w składzie osobowym arbitrów)³⁹. Mając na względzie oczywistą, daleko posuniętą specyfikę poszczególnych spraw, wydaje się, że przyjęcie jednej reguły mającej bezwzględne zastosowanie w odniesieniu do każdego postępowania byłoby rozwiązaniem błędnym, a bardziej celowe jest pozostawienie zespołowi orzekającemu (ewentualnie właściwym organom arbitrażowym) swobody decyzyjnej w tym zakresie⁴⁰. Takie właśnie rozwiązanie przewiduje też większość regulaminów stałych sądów arbitrażowych, zgodnie z którymi to zespół orzekający (w nowym składzie) decyduje o powtórzeniu całości lub części postępowania z udziałem nowego arbitra⁴¹.

W niektórych regulaminach sądów arbitrażowych⁴² daje się zauważyć różnicowanie konsekwencji procesowych wyłączenia arbitra w zależności od

³⁹ W doktrynie prawa sygnalizuje się, iż w razie przyjęcia zasady dalszego prowadzenia postępowania arbitrażowego przez zespół orzekający, w którym arbitra wyłączonego zastąpił arbiter zastępczy, nie można uniknąć ryzyka skargi o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego lub odmowę jego uznania albo stwierdzenia wykonalności, ze względu na fakt, iż strona była pozbawiona możliwości obrony swoich praw przed sądem arbitrażowym, gdyż dowody czy argumenty przedstawione sądowi arbitrażowemu z udziałem dawnego arbitra mogą nie być znane arbitrowi zastępczemu, który będzie uczestniczył w wydaniu wyroku, por. A. Szumański [w:] P. Nowaczyk, A. Szumański, M. Szymańska, *Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 238, nb. 8. Wydaje się, że taki wywód (strony składającej skargę o uchylenie wyroku sądu arbitrażowego lub odmowę jego uznania albo stwierdzenia wykonalności) byłby o tyle nieuzasadniony, że arbiter uczestniczący w wydaniu wyroku oraz go podpisujący potwierdza jednocześnie swoją pełną znajomość całości materiału dowodowego sprawy, na co jego ewentualna absencja w niektórych z podejmowanych w toku postępowania czynności nie ma i nie może mieć wpływu.

⁴⁰ Za niepozbawioną podstaw można także uznać argumentację przemawiającą za koniecznością „płynnego” kontynuowania postępowania arbitrażowego, bez powtarzania jakichkolwiek czynności – takie właśnie rozwiązanie stosowane jest bowiem w postępowaniu cywilnym przed sądem powszechnym.

⁴¹ Por. np. par. 26 ust. 6 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy KIG, par. 34 zdanie drugie Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan, par. 15 ust. 4 Regulaminu ICC, art. 12 Regulaminu LCIA, art. 17 pkt 3 Regulaminu SCC, art. 18 ust. 2 Regulaminu VIAC.

⁴² Por. np. par. 34 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy PKPP Lewiatan: który statuuje – w zdaniu pierwszym – prawo zastępczego arbitra przewodniczącego oraz zastępczego arbitra jedyne do zarządzenia powtórzenia przeprowadzonych uprzednio posiedzeń lub oględzin, podczas gdy – w zdaniu drugim – wprowadza ogólną zasadę dalszego prowadzenia postępowania „we wszystkich innych wypadkach”, jeżeli zespół orzekający nie postanowi inaczej. Zauważyć przy tym można, iż odmiennosc reżimów dotyczących tych sytuacji pozostaje relatywnie niewielka – w każdej z nich możliwe pozostaje bowiem zarówno dalsze prowadzenie postępowania, jak i powtórzenie wybranych czynności.

tego, czy wyłączony arbiter był arbitrem bocznym trzyosobowego (lub większego) zespołu orzekającego, czy też był to arbiter jedyny lub arbiter przewodniczący. Zróżnicowanie to pozostaje jednak raczej nieuzasadnione – dopuszczając bowiem możliwość (współ)wydania rozstrzygnięcia w sprawie przez arbitra zastępczego powołanego w toku postępowania, brak jest podstaw do niedopuszczenia takiej możliwości, w sytuacji gdy jest to arbiter jedyny lub arbiter przewodniczący. Ewolucję odzwierciedlającą taki punkt widzenia przeszli też twórcy Regulaminu UNCITRAL. Zgodnie bowiem z jego pierwotną wersją z 1976 roku⁴³, w przypadku zastąpienia arbitra jedynego lub arbitra przewodniczącego wszelkie uprzednio odbyte rozprawy miały zostać powtórzone, zaś w przypadku zastąpienia innego arbitra uprzednie rozprawy mogły być powtórzone, według uznania zespołu orzekającego (art. 14). Tymczasem zgodnie z obecnie obowiązującą wersją Regulaminu z 2010 roku⁴⁴, w przypadku zastąpienia arbitra, postępowanie zostaje podjęte od momentu, w którym arbiter wyłączony zaprzestał wykonywania swojej funkcji, o ile zespół orzekający nie postanowi inaczej – przy czym brak jest rozróżnienia pomiędzy sytuacją wyłączenia arbitra jedynego lub arbitra przewodniczącego a sytuacją wyłączenia arbitra bocznego (art. 15).

7. Wyłączenie arbitra⁴⁵

a. Aspekty materialne

W międzynarodowej doktrynie prawa wyróżnia się dwie podstawowe przyczyny mogące stanowić podstawę wyłączenia arbitra: tj. zajście okoliczności budzących uzasadnione wątpliwości co do bezstronności lub niezależności arbitra oraz brak kwalifikacji arbitra określonych w umowie⁴⁶. Zgodnie

⁴³ Przyjętego na mocy rezolucji nr 31/98 uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych w dniu 15 grudnia 1976 roku.

⁴⁴ Przyjętego na mocy rezolucji nr 65/22 uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych w dniu 6 grudnia 2010 roku.

⁴⁵ W niniejszym opracowaniu zostały zawarte wyłącznie uwagi dotyczące wyłączenia arbitra, nie są tu zaś analizowane zagadnienia związane ze zmianą składu osobowego sądu polubownego z innych przyczyn (w tym w wyniku ustąpienia arbitra bądź też jego odwołania na zgodny wniosek stron), czy też konsekwencjami prawnymi takich zmian (w tym orzekaniem przez tzw. „kadłubowe” zespoły orzekające oraz powołaniem arbitra zastępczego).

⁴⁶ Niektórzy przedstawiciele doktryny wprowadzają podział na obiektywny i subiektywny charakter przesłanek wyłączenia arbitra, zaliczając do tych pierwszych brak kwalifikacji określonych w umowie stron oraz niezależność, zaś do tych drugich brak bezstronności, por. M. Uliasz, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008,

z międzynarodowymi standardami, polski ustawodawca wskazał w art. 1174 par. 2 zdanie pierwsze KPC właśnie te przesłanki jako mogące uzasadniać żądanie wyłączenia arbitra, określając przy tym ich katalog jako zamknięty.

Jak podnosi się w piśmiennictwie (a co wynika też z literalnej wykładni art. 1174 par. 2 KPC), w postępowaniu przed sądami polubownymi nie występuje instytucja wyłączenia arbitra lub arbitra przewodniczącego z mocy samej ustawy – na wzór regulacji zawartej w art. 48 par. 1 KPC⁴⁷. Jednocześnie nowelizacja KPC z 2005 roku⁴⁸ uchyliła regulację art. 703 par. 1 KPC, zgodnie z którą strona mogła żądać wyłączenia arbitra lub superarbitra z tych samych przyczyn, które uzasadniają wyłączenie sędziego⁴⁹. Niemniej jednak dla badania „okoliczności, które budzą uzasadnione wątpliwości co do bezstronności lub niezależności arbitra” istotną pomoc stanowić może tak orzecznictwo, jak i dorobek doktryny związany z wyłączeniem sędziego na gruncie art. 48–49 KPC⁵⁰.

Na wstępie podkreślenia wymaga, iż określone w art. 48 par. 1 KPC przesłanki wyłączenia sędziego z mocy samej ustawy stanowią odzwierciedlenie standardów stosowanych w krajowych i międzynarodowych postępowaniach arbitrażowych, skutkujących – co do reguły – wyłączeniem arbitra. Także regulacja art. 49 KPC, nakazująca wyłączenie sędziego na jego żądanie lub na wniosek strony, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego w danej sprawie, w pełni odpowiada zasadom stosowanym przez sądy arbitrażowe.

Przesłanki wyłączenia sędziego określone w art. 48 par. 1 pkt 1 KPC (tj. fakt bycia przez sędziego stroną lub pozostawania przez niego z jedną ze stron w takim stosunku prawnym, że wynik sprawy oddziaływa na jego prawa lub obowiązki⁵¹) oraz w art. 48 par. 1 pkt 4 KPC (tj. fakt pozostawania przez

s. 1558–1559, nb. 4. Wydaje się jednak, że tego rodzaju podział ma walor przede wszystkim naukowy, zaś w mniejszym stopniu praktyczny.

⁴⁷ Por. A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, Warszawa 2011, s. 1657.

⁴⁸ Art. 1 pkt 4 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 178 z 2005 roku, poz. 1478).

⁴⁹ Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na interesujący wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 września 1999 roku (a więc wydany na gruncie przepisów obowiązujących przed nowelizacją KPC z 2005 roku, sygn. akt I CKN 141/98, opubl. OSNC nr 4/2000, poz. 65), w którym przyjęto, iż w postępowaniu przed sądem polubownym wyłączenie arbitra lub superarbitra z przyczyn, które uzasadniają wyłączenie sędziego, może nastąpić tylko na wniosek strony.

⁵⁰ Tak trafnie R. Morek, *Mediacja i arbitraż (art. 183(1) – 183 (15), 1154–1217 KPC)*, Warszawa 2006, s. 185, nb. 3.

⁵¹ Orzecznictwo Sądu Najwyższego idzie przy tym raczej w kierunku literalnej, bądź wręcz zawężającej wykładni tego postanowienia – jak wskazał bowiem SN w wyroku

sędziego pełnomocnikiem albo radcą prawnym jednej ze stron) odzwierciedla art. 1.1. Czerwonej Listy Bezwzględnej Wytycznych IBA (wskazujący na istnienie tożsamości strony z arbitrem lub sytuacji, gdy arbiter jest pełnomocnikiem podmiotu będącego stroną arbitrażu) oraz art. 1.3. Czerwonej Listy Bezwzględnej Wytycznych IBA (wskazujący na posiadanie przez arbitra znaczącego interesu finansowego w jednej ze stron lub w wyniku sprawy).

Nieco odmiennie uregulowana jest kwestia wyłączenia sędziego w stosunku do wyłączenia arbitra, ze względu na powiązania osobowe ze stronami postępowania. O ile bowiem przepisy KPC bardzo precyzyjnie i jednoznacznie definiują stopień pokrewieństwa sędziego ze stroną uniemożliwiający mu orzekanie⁵², o tyle Wytyczne IBA posługują się raczej podejściem funkcjonalnym w tym zakresie. I tak, wyłączenie arbitra z mocy ustawy następuje w sprawach małżonka sędziego, jego krewnych lub powinowatych w linii prostej, krewnych bocznych do czwartego stopnia i powinowatych bocznych do drugiego stopnia (art. 48 par. 1 pkt 2 KPC) oraz w sprawach osób związanych z nim z tytułu przysposobienia, opieki lub kurateli (art. 48 par. 1 pkt 3 KPC). Art. 2.2.2. Czerwonej Listy Względnej Wytycznych IBA wskazuje natomiast na posiadanie przez bliskiego członka rodziny⁵³ arbitra znaczącego interesu finansowego w wyniku sporu, zaś art. 2.2.3. Czerwonej Listy Względnej odwołuje się do istnienia bliskiego stosunku arbitra lub jego bliskiego członka rodziny z osobą trzecią, której może przysługiwać prawo regresu w odniesieniu do osoby przegrywającej spór. Można więc przyjąć, że od strony formalnej wymogi bezwzględne w stosunku do sędziów pozostają dalej idące aniżeli te w stosunku do arbitrów – choć praktyka orzecznicza organów arbitrażowych podejmujących decyzje o wyłączeniu arbitra dowodzi raczej jeszcze większego rygoryzmu stosowanego w postępowaniach arbitrażowych⁵⁴.

Ocena charakteru stosunków osobistych łączących arbitra oraz stronę postępowania (lub jej pełnomocnika) mogących stanowić podstawę do jego ewentualnego wyłączenia pozostaje zadaniem szczególnie trudnym, zwłaszcza

z dnia 20 stycznia 2009 roku (II CSK 229/08, LEX 527196), w przepisie tym mowa jest o „wypadku o bezpośrednim oddziaływaniu zapadłego wyroku na stosunek prawny istniejący pomiędzy sędzią a jedną ze stron, który sprawę miałby rozstrzygnąć”.

⁵² Pomimo tego, w praktyce pojawiają się wątpliwości co do zakresu powiązań osobowych powodujących konieczność wyłączenia sędziego – por. choćby postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 1973 roku (II CZ 9/73, LEX 7217), w którym stwierdzono, iż stosunek osobisty pomiędzy stronami procesowymi a pracownikami administracyjnymi sądu jest bez znaczenia dla kwestii wyłączenia sędziego.

⁵³ Jak wskazuje się w kontekście wszystkich List Zastosowania, termin „bliski członek rodziny” oznacza małżonka, rodzeństwo, dziecko, rodzica lub życiowego partnera, jest więc istotnie węższy aniżeli krąg osób wskazany w art. 48 par. 1 pkt 2 – 3 KPC.

⁵⁴ Zagadnienie to będzie przedmiotem odrębnej analizy i publikacji autora.

w razie braku pomiędzy nimi powiązań rodzinnych lub prawnych. Pewien punkt odniesienia mogą stanowić tu Wytyczne IBA.

Art. 3.4.3. Pomarańczowej Listy za okoliczności mogące w oczach stron prowadzić do uzasadnionych wątpliwości co do bezstronności lub niezależności arbitra uznaje bliską osobistą przyjaźń pomiędzy arbitrem a menadżerem lub członkiem zarządu bądź rady nadzorczej, lub jakąkolwiek osobą posiadającą temu podobny wpływ kontrolny na jedną ze stron lub podmiot stowarzyszony z jedną ze stron, lub świadkiem bądź biegłym, o czym świadczy fakt, iż arbiter i taki członek zarządu, menadżer, inna osoba, świadek lub biegły regularnie spędzają ze sobą dużo czasu w sprawach niezwiązanych z obowiązkami wynikającymi z pracy zawodowej lub działalnością stowarzyszeń zawodowych lub organizacji społecznych. Przepis ten zawiera więc szereg pojęć nieostrych („bliska osobista przyjaźń”, „dużo czasu”), które stanowić mogą podstawę do daleko posuniętych rozbieżności interpretacyjnych. W konsekwencji trudno precyzyjnie określić, jaki dokładnie rodzaj relacji pomiędzy arbitrem a stroną lub jej przedstawicielem podważać może bezstronność lub niezależność arbitra – zależeć to będzie od każdego stanu faktycznego oraz oceny tak arbitra i stron, jak i odpowiedniego organu podejmującego decyzje co do ewentualnego wyłączenia arbitra.

Zielona Lista Wytycznych IBA w jeszcze bardziej ograniczony sposób odnosi się od kwestii stosunków łączących arbitra ze stroną postępowania. Art. 4.5. Zielonej Listy za sytuację, w której z obiektywnego punktu widzenia nie istnieje ani potencjalny, ani też rzeczywisty konflikt interesów, jednak która może zostać ujawniona, uznaje wstępny kontakt ze stroną powołującą lub podmiotem stowarzyszonym ze stroną powołującą (lub odnośnymi pełnomocnikami) przed powołaniem, jeżeli kontakt ten ograniczał się do kwestii kwalifikacji i możliwości pełnienia funkcji arbitra albo do nazwisk potencjalnych kandydatów na arbitra przewodniczącego i nie wdawał się w aspekty merytoryczne ani proceduralne sporu. Także ten zapis nie przesądza więc jasno, jaki rodzaj stosunków osobistych arbitra i strony podważa lub może podważać bezstronność lub niezależność arbitra, w przypadku gdy nie występują powiązania rodzinne lub prawne.

Mając powyższe wątpliwości na względzie, na szczególną uwagę zasługuje postanowienie wydane przez Sąd Apelacyjny w Rzeszowie w dniu 24 sierpnia 2012 roku⁵⁵, w którym stwierdzono, iż sędzia nie może być wyłączony od rozpoznania sprawy zawsze w sytuacji, gdy zna osoby będące uczestnikami postępowania, o ile ta znajomość nie ma charakteru mogącego doprowadzić do powstania u obiektywnego, niezainteresowanego w sprawie, zewnętrznego obserwatora

⁵⁵ Sygn. akt I ACz 509/12, LEX nr 1216359.

uzasadnionych wątpliwości co do bezstronności sędziego. Wydaje się, że właśnie taka definicja charakteru stosunków osobistych arbitra i stron najbardziej trafnie określa przesłanki mogące stanowić podstawę do uznania tych stosunków za mogą naruszać bezstronność i niezawisłość arbitra.

Pomimo oczywistej odmienności struktury i zasad funkcjonowania sądów powszechnych oraz sądów polubownych przyjąć można, iż także przesłanki wyłączenia sędziego określone w art. 48 par. 1 pkt 5 KPC (tj. w sprawach, w których w instancji niższej brał on udział w wydaniu zaskarżonego orzeczenia, jako też w sprawach o ważność aktu prawnego z jego udziałem sporządzonego lub przez niego rozpoznanego oraz w sprawach, w których występował jako prokurator), jak również określone w art. 48 par. 1 pkt 6 KPC (tj. w sprawach o odszkodowanie z tytułu szkody wyrządzonej przez wydanie prawomocnego orzeczenia niezgodnego z prawem, jeżeli sędzia brał udział w wydaniu tego orzeczenia) pozostają odzwierciedlone w Wytycznych IBA – art. 2.1.2. Czerwonej Listy Względnej odnosi się bowiem do wszystkich sytuacji, w których arbiter był uprzednio zaangażowany w sprawę.

Zajście drugiej z przyczyn skutkujących, na mocy art. 1174 par. 2 zdanie pierwsze KPC, wyłączeniem arbitra – tj. brak kwalifikacji arbitra – pozostaje w praktyce orzeczniczej sądów arbitrażowych zdarzeniem bardzo rzadkim⁵⁶. Wynika to przede wszystkim z faktu, iż strony sporadycznie wprowadzają w przytaczanych przez siebie zapisach na sąd polubowny dodatkowe wymogi, które powinien spełnić arbiter. Co równie ważne, zastosowanie omawianej przesłanki wyłączenia arbitra miałoby przede wszystkim miejsce w przypadku powoływania arbitra przez sąd na mocy art. 1172 KPC (tj. w sytuacji, gdy według umowy stron arbitra ma powołać osoba trzecia, która nie dokonała tego w terminie przez strony określonym, a gdy strony tego terminu nie określiły, w terminie miesiąca od dnia wezwania jej, aby to uczyniła)⁵⁷, gdyż strona powołująca z reguły dokłada wszelkich starań zmierzających do uwzględnienia koniecznych kwalifikacji arbitra, które ta strona sama wcześniej określiła.

Zgodnie z art. 1174 par. 2 zdanie drugie KPC, wyłączenia arbitra, którego strona sama powołała lub w powołaniu którego uczestniczyła, może ona żądać tylko z przyczyn, o których dowiedziała się po jego powołaniu. Regulacja ta koresponduje z analizowanym powyżej, wynikającym z art. 1174 par. 1 KPC,

⁵⁶ Z oczywistych względów tego rodzaju przesłanka wyłączenia sędziego nie została wprowadzona przez ustawodawcę.

⁵⁷ Sąd powszechny pozostaje także zobowiązany – na mocy art. 1173 par. 1 KPC – do wzięcia pod uwagę kwalifikacji, jakie arbiter powinien mieć stosownie do porozumienia stron (oraz innych okoliczności, które zapewniają powołanie na arbitra osoby niezależnej i bezstronnej).

obowiązkiem niezwłocznego ujawnienia przez osobę powołaną na arbitra wszystkich okoliczności, które mogłyby budzić wątpliwości co do jej bezstronności lub niezależności – niezależnie od tego, czy okoliczności te ujawniły się jeszcze przed powołaniem arbitra, czy też już po przyjęciu przez niego funkcji⁵⁸. Zwraca w tym kontekście uwagę doniosły wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2010 roku⁵⁹, w którym stwierdzono m.in., iż brak bezstronności powoduje, że wyrok sądu polubownego jest sprzeczny z zasadami porządku publicznego, zaś niewyłączenie się ze sprawy przez arbitra wbrew obowiązującemu w sądzie polubownym regulaminowi i niewyjawienie charakteru znajomości z jedną ze stron pozbawia drugą stronę oceny, czy skład sądu jest właściwy. Kluczową kwestią, na którą zdaje się tutaj kłaść nacisk Sąd Najwyższy, pozostaje zaakcentowanie obowiązku ujawnienia przez arbitra wszelkich okoliczności mogących potencjalnie podważyć jego całkowitą bezstronność w sprawie, już na samym początku postępowania – tj. bezpośrednio po dokonanej przez strony (lub przez arbitrów – w przypadku wyboru arbitra przewodniczącego) nominacji. Obowiązek ten pozostaje przy tym ściśle powiązany zarówno z krótkimi terminami na złożenie wniosku o wyłączenie arbitra, liczonymi od daty powzięcia wiadomości o ewentualnych podstawach do jego wyłączenia, jak i z realizacją jednego z podstawowych założeń postępowania arbitrażowego – tj. szybkości postępowania (któremu sprzeciwiałoby się rozpoznawanie wniosku o wyłączenie arbitra na zaawansowanym etapie rozpoznania sprawy).

b. Aspekty formalne

Obok przesłanek materialno-prawnych, warunkujących skuteczne żądanie wyłączenia arbitra, wnioskodawca zobowiązany jest także do spełnienia wymogów formalnych. Wymogi te związane są przede wszystkim z obowiązkiem złożenia żądania w określonym terminie, liczonym od daty powzięcia wiadomości o przyczynach stanowiących podstawę wyłączenia.

Art. 1174 par. 2 zdanie drugie KPC przyznaje stronie, która powołała arbitra lub w powołaniu którego uczestniczyła prawo żądania jego wyłączenia wyłącznie z przyczyn, o których dowiedziała się po jego powołaniu. *A contrario* przyjąć więc należy, iż strona, które nie powołała arbitra lub w powołaniu którego nie uczestniczyła, może żądać jego wyłączenia w każdym czasie. Bardziej szczegółową regulację w tym zakresie wprowadza Regulamin Arbitrażowy UNCITRAL oraz regulaminy wielu stałych sądów arbitrażowych.

⁵⁸ Por. A. Jakubecki, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. V, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, LEX 2012, Komentarz do art. 1174, nb. 5.

⁵⁹ Sygn. akt I CSK 535/09, opubl. LEX nr 602748.

Zgodnie z art. 13 ust. 1 Regulaminu UNCITRAL, strona może żądać wyłączenia arbitra w terminie 15 dni od daty powzięcia wiedzy o nominacji arbitra lub też o zaistnieniu przyczyn uzasadniających wyłączenie (określonych w art. 11–12). Regulamin UNCITRAL nie określa rygoru, pod jakim powyższy termin został zastrzeżony – uzasadniona więc wydaje się teza, iż jest to jedynie termin instrukcyjny, zaś jego ewentualne przekroczenie nie powoduje utraty prawa do żądania wyłączenia arbitra również w razie podniesienia tego żądania na dowolnie późniejszym etapie postępowania arbitrażowego.

Podobne rozwiązanie – polegające na niewprowadzeniu sankcji z tytułu ewentualnego przekroczenia terminu wniesienia żądania wyłączenia arbitra – zostało przyjęte m.in. w art. 10.4. Regulaminu Sądu Międzynarodowego Arbitrażu w Londynie (LCIA)⁶⁰, art. 16 ust. 1–2 Regulaminu Arbitrażu i Koncyliacji Międzynarodowego Centrum Arbitrażowego Austriackiej Federalnej Izby Gospodarczej w Wiedniu (VIAC)⁶¹, czy też par. 30–31 Regulaminu Arbitrażowego Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych „Lewiatan”.

Inny model konstrukcyjny wprowadzony został przez Regulamin Arbitrażowy Międzynarodowej Izby Handlowej w Paryżu (ICC), który stwierdza w art. 14 ust. 2, iż „żądanie wyłączenia arbitra jest dopuszczalne” jedynie w przypadku jego złożenia w terminie 30 dni od daty uzyskania przez stronę informacji o nominacji lub potwierdzeniu wyboru arbitra bądź też powzięcia wiedzy o zaistnieniu przyczyn uzasadniających jego wyłączenie. Z postanowienia tego jednoznacznie wynika rygor utraty prawa powoływania się na okoliczności mogące stanowić podstawę do wyłączenia arbitra, w razie niepodniesienia ich w określonym w Regulaminie terminie.

Podobną konstrukcję przyjmuje par. 25 ust. 3 Regulaminu Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie (KIG) oraz par. 8 ust. 4 Regulaminu Sądu Polubownego (Arbitrażowego) przy Związku Banków Polskich, zgodnie z którą strona może żądać wyłączenia arbitra w terminie dwóch tygodni od powzięcia wiadomości o podstawie jego wyłączenia, zaś po upływie tego terminu uważa się, że strona zrzekła się uprawnienia do żądania wyłączenia arbitra na tej podstawie.

⁶⁰ Wniosek co do instrukcyjnego charakteru omawianego terminu w Regulaminie LCIA dodatkowo uzasadnia analiza innych postanowień tegoż – por. choćby art. 11 ust. 2, który *expressis verbis* przewiduje, iż w razie niedokonania przez stronę wyboru arbitra zastępczego w określonym terminie, uznaje się, iż strona zrzekła się prawa do dokonania takiego wyboru.

⁶¹ Regulamin VIAC nakazuje przy tym „niezwłoczne” poinformowanie przez stronę Sekretarza Generalnego VIAC o powzięciu wiadomości o braku bezstronności lub niezależności arbitra, lub też o jego działaniu naruszającym umowę stron.

Interesującym zagadnieniem związanym z omawianą problematyką jest określenie instrumentów prawnych przysługujących stronie sprzeciwiającej się żądaniu wyłączenia arbitra przez drugą stronę, w sytuacji, w której wniosek ten został złożony po upływie terminu określonego w danym regulaminie, a odpowiedni organ arbitrażowy nie uwzględnił zarzutu uchybienia terminu⁶². Zauważyć w tym kontekście przede wszystkim należy, iż obowiązki proceduralne organów arbitrażowych są, w przypadku obu omawianych tu regulaminów, określone bardzo wąsko. Zgodnie bowiem z art. 14 ust. 3 Regulaminu ICC, Międzynarodowy Sąd Arbitrażowy zobowiązany jest jedynie do „podjęcia decyzji” w przedmiocie dopuszczalności i zasadności złożonego wniosku o wyłączenie arbitra, nie jest przy tym związany żadnym terminem przy podjęciu decyzji w tym zakresie, nie ma też obowiązku uzasadnienia swojej decyzji. Podobnie skonstruowany został Regulamin Sądu Arbitrażowego przy KIG, który stwierdza jedynie w par. 25 ust. 6, iż „Rada Arbitrażowa rozstrzyga w przedmiocie wniosku o wyłączenie arbitra w formie postanowienia, które nie wymaga uzasadnienia”.

Mając na względzie fakt, iż ani Regulamin ICC, ani Regulamin Sądu Arbitrażowego przy KIG nie przewidują środka odwoławczego od podjętej decyzji w przedmiocie żądania wyłączenia arbitra, przyjąć trzeba, iż ewentualne naruszenie procedury przez organ arbitrażowy nie będzie uprawniało strony do podjęcia żadnych niezwłocznych działań prawnych – ani przed sądem polubownym, ani też przed sądem powszechnym⁶³. W konsekwencji za jedyną podstawę prawną, na której strona sprzeciwiająca się postanowieniu o wyłączeniu arbitra wydanemu pomimo uchybienia przez wnioskodawcę określonej terminowi (czy też uchybienia innym, wynikającym z właściwego regulaminu, wymogom formalnym) mogłaby się oprzeć, trzeba uznać art. 1206 par. 1 pkt 4 KPC, a więc złożenie skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego ze względu na niezachowanie wymagań co do składu tego sądu lub podstawowych zasad postępowania przed tym sądem, wynikających z ustawy lub określonych przez strony⁶⁴.

⁶² Kwestia ta zachowuje swoją aktualność oczywiście w odniesieniu do tych regulaminów, w których przewidziana jest sankcja za niedochowanie przewidzianego terminu, w pozostałych przypadkach bowiem – jak wskazano powyżej – przyjąć należy, iż określony termin należy traktować jedynie jako instrukcyjny.

⁶³ Art. 1176 KPC dopuszcza ingerencję sądu powszechnego jedynie w dwóch przypadkach: tj. jeżeli w terminie miesiąca od dnia, w którym strona zgłosiła do sądu polubownego żądanie wyłączenia arbitra w trybie określonym przez strony, arbiter nie zostanie wyłączony (par. 2). oraz jeżeli w terminie dwóch tygodni od dnia, w którym doręczono arbitrowi zawiadomienie o żądaniu jego wyłączenia, arbiter ten nie ustąpi lub nie zostanie odwołany na mocy zgodnych oświadczeń stron złożonych na piśmie (par. 4).

⁶⁴ W opinii autora, jako „zasady postępowania przed sądem określone przez stro-

Pomimo iż brak jest orzeczeń sądowych mogących stanowić punkt odniesienia do oceny skuteczności tego rodzaju skarg, to zasadnym wydaje się przyjęcie relatywnie niskich szans ich powodzenia. Sąd powszechny będzie bowiem raczej traktował naruszenie przez organ arbitrażowy wymogów proceduralnych związanych z wyłączeniem arbitra jako wadliwość postępowania mniejszej wagi, a nie naruszenie podstawowych zasad postępowania.

Zważywszy na wskazane okoliczności, przyjąć trzeba, iż rozstrzygnięcie właściwego organu arbitrażowego w przedmiocie wyłączenia arbitra, pomimo zakreslenia ogólnych ram postępowania w tym zakresie przez właściwe regulacje arbitrażowe, ma charakter co do zasady dyskrecyjny i nie podlega ani „drugoinstancyjnej” kontroli arbitrażowej⁶⁵ (rozumianej jako ewentualną weryfikację choćby formalnej poprawności podjętej decyzji przez inny organ arbitrażowy), ani kontroli ze strony sądu powszechnego – o ile oczywiście wniosek o wyłączenie arbitra został uznany. Odmierna sytuacja ma miejsce wyłącznie w razie nieuznania wniosku o wyłączenia arbitra w takim przypadku wnioskodawcy przysługuje bowiem prawo wystąpienia o wyłączenie arbitra do sądu powszechnego, na zasadzie określonej w art. 1176 par. 2 KPC.

8. Niezachowanie wymagań co do składu sądu polubownego (wyłączenie arbitra) a skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 17 września 1956 roku⁶⁶, pogwałcenie przepisów o składzie sądu polubownego stanowi bezwzględną przyczynę uzasadniającą w każdym wypadku uchylenie orzeczenia sądu polubownego. Orzeczenie to, choć zapadłe na gruncie przepisów obowiązujących w 1956 roku, w pełni zachowuje swoją aktualność.

O ile jednak art. 510 par. 1 pkt 3 Kodeksu postępowania cywilnego z 29 listopada 1930 roku⁶⁷ (pozostającego w mocy w dacie wydania wskazanego

ny”, należy także rozumieć zasady określone w regulaminie tego stałego sądu arbitrażowego, którego rozstrzygnięciu poddaje się strona postępowania.

⁶⁵ Za pewien wyjątek od tej reguły można uznać ewentualne (ponowne) badanie podstaw dokonanego wyłączenia arbitra, w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego przez drugą instancję Sądu Polubownego przy Związku Banków Polskich, zgodnie z par. 42–48 Regulaminu tegoż Sądu.

⁶⁶ Sygn. akt III CR 505/56, opubl. OSNCK nr 2/1957, poz. 59.

⁶⁷ Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, strona miała prawo żądania uchylenia wyroku sądu polubownego, jeżeli nie zachowano przepisów o postępowaniu przed sądem polubownym przewidzianych w zapisie lub w ustawie; co dotyczyło zwłaszcza przepisów

orzeczenia – tj. w 1956 roku) jako podstawę uzasadniającą żądanie uchylenia wyroku sądu polubownego wskazywał *expressis verbis* (m.in.) niezachowanie przepisów dotyczących wyłączenia sędziów sądu polubownego⁶⁸, o tyle obecnie obowiązujące przepisy prawa (w tym zwłaszcza regulacja art. 1206 par. 1 pkt 4 KPC), ani też orzecznictwo Sądu Najwyższego nie rozstrzyga jednoznacznie, czy niezachowanie odpowiednich (arbitrażowych) przepisów postępowania, dotyczących wyłączenia arbitra, należy rozumieć również jako niezachowanie wymagań co do składu sądu polubownego. Nie jest także jasne, jak ciężkie naruszenie wskazanych zasad postępowania odnoszących się do wyłączenia arbitra mogłoby stanowić (wystarczającą) podstawę do żądania uchylenia wyroku sądu polubownego. Brak jest w konsekwencji jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy wydanie wyroku przez sąd polubowny, w składzie którego pozostawał arbitra, co do którego istniały podstawy wyłączenia, a który mimo tego nie został wyłączony, uzasadnia skargę o uchylenie wydanego w ten sposób wyroku sądu polubownego, na podstawie art. 1206 par. 1 pkt 4 KPC. Mimo tego – opierając się na wykładni funkcjonalnej omawianego przepisu – przyjąć należy pozytywne rozstrzygnięcie tej wątpliwości.

W doktrynie prawa sygnalizuje się⁶⁹, iż warunkiem podniesienia kwestii wyłączenia arbitra w skardze o uchylenie wyroku sądu polubownego jest uprzednie wyczerpanie postępowania o wyłączenie arbitra przed sądem powszechnym. Z poglądem tym trudno się jednak w pełni zgodzić. Po pierwsze bowiem, art. 1206 par. 1 pkt 4 KPC nie wprowadza wprost takiego wymogu ani nie zawiera odniesienia do procedury unormowanej w art. 1176 KPC. Po drugie zaś, przyjęcie wskazanego poglądu oznaczałoby, że kwestia istnienia okoliczności uzasadniających wyłączenie arbitra mogłaby (a wręcz musiałyby) być rozpoznawana przez sądy powszechne aż cztery razy⁷⁰.

Stwierdzenie przez sąd powszechny niezachowania wymagań co do składu sądu polubownego równoznaczne jest z uchyleniem wyroku tego sądu, a więc utratą jego bytu prawnego. W konsekwencji konieczne staje się powtórzenie

o składzie sądu, głosowaniu, wyłączeniu sędziów i wyroku.

⁶⁸ Także art. 712 par. 1 pkt 3 KPC, uchylony z dniem 17 października 2005 roku na mocy ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, jako podstawę uzasadniającą skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego wskazywał niezachowanie przepisów dotyczących wyłączenia sędziego.

⁶⁹ Por. T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2006, s. 402.

⁷⁰ Tak słusznie P. Pietkiewicz, *Wyłączenie arbitra. Wybrane problemy proceduralne na tle przepisów Części piątej Kodeksu postępowania cywilnego polskiego* [w:] *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku, Księga pamiątkowa dedykowana dr hab. T. Szurkowskiemu*, Warszawa 2008, s. 148.

postępowania przeprowadzonego przed sądem polubownym (o ile powód zdecydował się na ponowne podjęcie próby dochodzenia swojego roszczenia)⁷¹. Sąd polubowny w nowym składzie może jednak oprzeć się na ustaleniach poczynionych w toku „pierwotnego” postępowania, o ile nie sprzeciwiają się temu postanowienia regulaminu arbitrażowego mającego zastosowanie w danej sprawie. W takim przypadku powtarzane postępowanie arbitrażowe zbliżałoby się w swojej istocie do ponownego rozpoznawania przez sąd powszechny pierwszej instancji istoty sprawy w sytuacji uchylenia zaskarżonego wyroku przez sąd drugiej instancji na zasadzie określonej w art. 386 par. 4 KPC.

Ewentualne zaprzestanie wykonywania swojej funkcji przez arbitra, którego podstawy powołania były kwestionowane, wyłącza możliwość skutecznego podniesienia skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego na podstawie art. 1206 par. 1 pkt 4 KPC – niezależnie od tego czy arbiter przestał pełnić swoją funkcję w wyniku ustąpienia (dopuszczalnego w każdym czasie, zgodnie z art. 1175 KPC), w wyniku wyłączenia przez odpowiedni organ arbitrażowy (zgodnie z mającym zastosowanie w danym przypadku regulaminem sądu arbitrażowego), czy też w wyniku wyłączenia przez sąd powszechny, zgodnie z art. 1176 KPC.

9. Uwagi końcowe

Zachowanie przez arbitrów najwyższych standardów prawnych i etycznych daje rękojmię należytego przebiegu postępowania arbitrażowego. W określeniu tych standardów ogromną rolę odgrywają Wytyczne IBA, jednak kluczowe znaczenie mieć zawsze będzie subiektywna rygorystyczna samoocena, dokonywana przez kandydatów na arbitrów. Tylko w razie tak dokonywanej samooceny, strony postępowania zyskają gwarancję bezstronności i niezależności arbitrów w całym toku postępowania.

Badanie liczby składanych do stałych sądów arbitrażowych wniosków o wyłączenie arbitra wskazuje na to, iż strony raczej rzadko korzystają z tej instytucji. Mimo tego, to właśnie ten instrument prawny uznać należy za najbardziej skuteczny gwarant przestrzegania przyjętych zasad prowadzenia postępowania arbitrażowego.

⁷¹ Zwraca przy tym uwagę brak w regulaminach stałych sądów arbitrażowych odpowiednika art. 386 par. 5 KPC, tj. nakazu ponownego rozpoznania sprawy przez sąd w innym składzie. Oznacza to, iż poza wyłączonym arbitrem sprawę może rozpoznawać zespół orzekający złożony z tych samych arbitrów, którzy wcześniej wydali uchylony następnie wyrok.

STATUS OF THE ARBITRATOR IN THE ARBITRATION PROCEEDINGS

Arbitration is frequently described as “justice for gentlemen”, which can suggest an absence of procedural issues of such significance to the outcome of the case as in the case of proceedings before common courts. Meanwhile, experience shows that only the types of disputed procedural issues differ slightly in arbitration, while their impact on the outcome is also significant. Of the formal issues, the most important seems to be the status of the arbitrators adjudicating in the case.

Given that, in practice, arbitration is of a single instance and has a limited, exhaustively itemized number of premises specified in Article 1206 of the Civil Procedures Code for lodging a complaint to set aside an arbitral award, strict adherence by arbitrators to the principles of impartiality and independence is of fundamental importance. A possible breach of these principles can undermine the confidence of the parties not only in the arbitral panel in a specific case, but also in arbitration in general. Consequently, a possible attempt to remove an arbitrator, as a rule, constituting the manifestation of efforts to eliminate errors made while the arbitral panel was being constituted, is considered only a partial remedy.

Therefore, the objective of the study is to analyse the key formal expectations of arbitrators, as well as consider selected issues related to the institution of the removal of an arbitrator - understood as a guarantee of his impartiality and independence. The intention of this analysis is to help define the status of an arbitrator in arbitration proceedings.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (195) 2013
Warszawa 2013

Marcin Michał Wiszowaty ■

STANOWE KOMISJE ETYKI W USA JAKO PRZYKŁAD ORGANÓW OBYWATELSKIEGO AUDYTU ETYCZNEGO – USTRÓJ, KOMPETENCJE, ZNACZENIE

1. Zagadnienie etyki w polityce to temat stale poruszany zarówno w dyskusji naukowej, jak i debacie publicznej. Kwestia, czy polityka jest i powinna być etyczna, dzieli jej uczestników od czasów starożytnych. Chociaż autorstwo koncepcji oddzielenia moralności od polityki przypisuje się Machiavellemu, już czołowy ateński stoik, Chryzyp z Soloi miał stwierdzić, że o ile niegodziwość w polityce byłaby niemila bogom, o tyle godziwe zachowanie polityka nie spodobałoby się współobywatelom. Z kolei Arystoteles uważał rozważania nad moralnością za część nauki o państwie, a moralność za nieodłączną cechę polityka¹.

Jedną z cech demokracji jest jej konfliktogeny potencjał, który wynika z promowanych przez nią wartości (tolerancja, sprawiedliwość, przyrodzona godność człowieka, jego autonomia i prawo do samorealizacji)². Jednostka, co do zasady, dąży do zaspokojenia własnych potrzeb. Tymczasem interes państwa wymaga często ograniczenia korzyści jednostek, co może prowadzić do dysonansu aksjologicznego, czyli konfliktu wartości jednostki i państwa³.

Rozumienie polityki jako sztuki rządzenia państwem, umiejętności osiągnięcia kompromisu czy realizacji dobra wspólnego ustępuje postrzeganiu jej

¹ A. Chmielewski, *Polityka i etyka Alasdaira MacIntyre'a*, [w:] Alasdair MacIntyre. *Etyka i polityka*, Warszawa 2009, s. 8.

² E. Nowak, K. Cern, *Ethos w życiu publicznym*, Warszawa 2008, s. 13–14.

³ W. Gasparski, *Prakseologiczne i etyczne wymiary funkcjonowania administracji*, [w:] *Etyka i polityka*, pod red. D. Probuckiej, Kraków 2005, s. 217.

jako walki o zwycięstwo, czyli zdobycie i utrzymanie władzy, prowadzonej *per fas et nefas*. W walce tej moralności używa się instrumentalnie, aby piętnować zachowania przeciwników politycznych⁴. Bez punktu odniesienia w postaci jednoznacznie określonych zasad moralnych, każdy człowiek będzie wyznawał własną etykę i na tej podstawie oceniał zachowanie własne i cudze. Etyka jest bowiem jedynie refleksją o moralności⁵. Rolę drogowskazu etycznego w państwie demokratycznym pełni konstytucja, jednak bez odpowiednich gwarancji głoszone przez nią wartości pozostają w sferze deklaracji.

Jednym z istotnych elementów strategii państwa demokratycznego winno być zapewnienie przestrzegania standardów etycznych w działalności administracji państwowej. Etyka zachowań polityków i urzędników jest przedmiotem wysokiej wrażliwości społecznej. Skoro państwo wymaga od obywateli zachowywania standardów etycznych, to takie same, jeśli nie wyższe standardy powinni zachowywać jego funkcjonariusze. Celem regulacji etycznej jest bowiem, jak lapidarnie stwierdził W. Abney: „udzielanie urzędnikom państwowym [...] wskazówek, jak mają postępować, w jaki sposób realizować zadania, dla których została powołana konstytucja”⁶. Organy i urzędy publiczne powinny cieszyć się zaufaniem publicznym wynikającym z przekonania obywateli, że działają one w najlepszym interesie narodu, a nie w swoim własnym. Lojalność obywateli i gotowość do utożsamiania się z celami państwa przydaje władzy legitymacji i skuteczności, a państwu trwałości. Egzekwowaniu etyki funkcjonariuszy państwowych służą regulacje i organy kontroli określane ogólnie jako „audyt etyczny”⁷.

2. Niniejszy artykuł prezentuje instytucję, która stanowi rzadki przykład organu kontroli polityków sprawowanej przez obywateli. Amerykańskie stanowe komisje etyki są prawie nieobecne w polskiej literaturze konstytucyjnoprawnej. Nie doszło do tej pory do szerszej prezentacji zagadnień ustrojowych związanych z działalnością komisji – zasad ich kreacji, składu, pozycji ustrojowej oraz kompetencji. Tym zagadnieniom poświęcony jest niniejszy artykuł. W końcowej części zostanie zawarta ocena i próba spojrzenia na tę oryginalną instytucję jako źródło ewentualnych inspiracji dla rozwiązań polskich. Mam nadzieję, że stanowe komisje etyki zainteresują także innych badaczy, którzy uzupełnią i pogłębią polski stan wiedzy na temat tej ciekawej instytucji. Bez wątpienia na to zasługuje.

⁴ Zob. B. Łagowski, *Etyka polityczna w warunkach konfliktu*, [w:] *Etyka w polityce*, Kraków 1997, s. 35–38.

⁵ A. Chmielewski, op. cit., s. 17.

⁶ W. Abney, *Prawo o zasady etyczne w działalności publicznej*, [w:] *Etyka w polityce*, Kraków 1997, s. 61.

⁷ W. Gasparski, op. cit., s. 224–225.

Sygnalizuję, że z powodów redakcyjnych nazwy stanów będą w wyliczeniach podawane w formie dwuliterowych kodów ANSI (*American National Standards Institute*) stosowanych przez amerykańską administrację rządową.

3. Początki regulacji prawnej etyki funkcjonariuszy publicznych datuje się w USA na początek XIX w. Narodziny specjalnych, apolitycznych organów egzekwujących reguły etyki przypadają dopiero na lata 60. i 70. XX wieku. Pierwsza regulacja zasad etyki w Kongresie USA pochodzi z 1977 r., a dotyczący działalności egzekutywy *Ethics in Government Act* przyjęto w 1978 r.

Amerykańska doktryna podaje kilka powodów takiego stanu rzeczy. Przede wszystkim sami politycy nie są przychylni uchwalaniu przepisów, które poważnie ograniczają ich swobodę. Reguły etyczne utrudniają, a często w ogóle uniemożliwiają politykowi kontakty z lobbystami, zawieranie korzystnych dla późniejszej kariery znajomości czy uzyskiwanie korzyści majątkowych za przychyłność dla określonych projektów politycznych. Niezależne organy, które egzekwują zasady etyki, spotykają się z dezaprobatą polityków. Najlepszym dowodem jest fakt braku takiego organu w Kongresie USA, pomimo prób jego powołania. Na straży etyki kongresmanów stoją wewnętrzne, złożone z deputowanych komisje, osobne dla każdej z izb. Politycy są więc w tej dziedzinie sędziami we własnych sprawach, co jest dla nich stanem najbardziej pożądanym. Jest to klasyczny przykład konfliktu interesów.

W USA funkcjonują jednak także „niezależne” komisje etyki. Amerykańska doktryna podaje kilka powodów. Wśród nich niekwestionowane pierwsze miejsce zajmują nagłośnione przez media afery korupcyjne z udziałem polityków. Najczęstszą reakcją rządzących było powoływanie specjalnych komisji i uchwalanie kodeksów etyki. Co ciekawe, nie była to realizacja żądań obywateli, ale pomysł samych polityków, którzy w ten sposób chcieli oczyścić się z zarzutów – aktualnych lub potencjalnych – i zadeklarować gotowość poddania się weryfikacji⁸. Przykładem wydarzenia, które znacząco wpłynęło na regulacje federalne i stanowe, była „afery Watergate”⁹. Do innych czynników sprzyjających tworzeniu stanowych komisji etyki zalicza się: wzajemną inspirację stanów, zamożność stanu (im wyższa, tym większa wola powołania komisji), aktualny kształt sceny politycznej (im większa konkurencja między rządem a partią opozycyjną, tym większa popularność projektów populistycznych, jak powołanie komisji). Ciekawym czynnikiem jest wysokość zarobków polityków. Wbrew pozorom, jak

⁸ B. A. Rosenson, *Against. Their Apparent Self-Interest: The Authorization of Independent. State. Legislative Ethics Commissions, 1973–96*, „State Politics and Policy Quarterly”, 2003, vol. 3, nr 1, s. 45, 56.

⁹ S. C. Gilman, *Government Ethics: If Only Angels Were to Govern !*, „Phi Kappa Phi Forum”, 2003, vol. 83, issue 2, s. 30.

dowodzą badania, wysokość zarobków deputowanych jest odwrotnie proporcjonalna do gotowości poddawania się kontroli komisji etyki¹⁰.

4. Pierwsze stanowe komisje etyki powstały w stanach New Jersey i Hawaje w 1968 r. W 1980 r. istniały w 22 stanach. Obecnie działają w większości stanów USA¹¹. Komisje te mają również swój odpowiednik na poziomie lokalnym (samorządowym) i federalnym¹², chociaż wyraźnie podkreśla się, że regulacja federalna miała znikomy wpływ na kształt regulacji stanowych¹³. Dodatkowo, w parlamentach większości stanów funkcjonują wewnętrzne komisje etyki. Brak polskiego odpowiednika dla angielskiego rozróżnienia na „*committee*” („komisja” – parlamentarna) i „*commission*” („komisja” – stanowa) może prowadzić do nieporozumień. Dlatego, a także ponieważ komisje parlamentarne podejmują podobną działalność i często współpracują z komisjami stanowymi, warto poświęcić im trochę miejsca.

Podstawową różnicą między oboma typami komisji jest fakt, że o ile w skład organów parlamentu wchodzić nieomal wyłącznie deputowani, o tyle szeregi komisji stanowych co do zasady zamknięte są dla polityków, urzędników i funkcjonariuszy partyjnych. Parlamentarne komisje etyki mają najczęściej charakter stały („*standing committee*”). Część regulaminów izb parlamentów stanowych przewiduje możliwość powołania komisji nadzwyczajnych (specjalnych) lub *ad hoc* – zamiast komisji stałej (np. CO¹⁴, ID¹⁵, KS, LA, MA, SD). W stanie Montana w obu izbach istnieją, co prawda, komisje stałe, ale zwoływane przez przewodniczącego tylko w razie potrzeby¹⁶.

W przypadku dwuizbowych parlamentów stanowych w części z nich odrębne komisje (zazwyczaj o bliźniaczym ustroju i stałym charakterze) działają w każdej z izb (np. CA, DE, IN, IA, ME, MS, MO, PA, SC, TN, UT, VA¹⁷, WY) lub

¹⁰ B. A. Rosenson, op. cit. s. 46–49, 54.

¹¹ M. Comlossy, P. Kerns, *Commissions restore trust*, „State Legislatures”, July–August, 2011, s. 44.

¹² US Office of Government Ethics zajmuje się działalnością funkcjonariuszy centralnych organów władzy wykonawczej, Federal Election Commission – etyką w wyborach federalnych. Na straży etyki w działaniach federalnej legislatury czuwają komisje parlamentarne – osobna w Senacie i Izbie Reprezentantów.

¹³ B. A. Rosenson, op. cit. s. 53.

¹⁴ Colorado House Rule 49 „*Committee on Ethics*”, Colorado Senate Rule 43.

¹⁵ House Rule 76, Senate Rule 53.

¹⁶ Senate Rules: 30–10, 30–20, 30–160, House Rule 30–10.

¹⁷ W stanie Virginia kwestie etyki powierzono w każdej z izb parlamentu dwóm komisjom stałym (Ethics Advisory Panel oraz do spraw wyborów i przywilejów – Privileges and Election Committee), a ponadto w Izbie Reprezentantów istnieje podkomisja ds. standardów zachowania w ramach Komisji Regulaminowej (*Rules Committee*). Zob. House Rule 23, 24, Senate Rules Art. VI § 18(h), Art. VIII § 20., Va. Code Ann., § 30–112, §30–114, §30–116.

tylko w jednej¹⁸. W legislatywie stanu Floryda¹⁹ i Texas²⁰ kwestiami etyki zajmuje się stała senacka komisja regulaminowa, która nie ma odpowiednika w drugiej izbie, gdzie można powołać jedynie komisję etyki *ad hoc* (jej skład ustala i powołuje Speaker izby). Na Hawajach jest odwrotnie (stała, mieszana komisja w Izbie Reprezentantów i *ad hoc* w Senacie). W Minnesocie funkcjonuje stała komisja w Izbie Reprezentantów, a w Senacie – stała podkomisja w ramach Komisji ds. Regulaminowych i Administracyjnych²¹ (w NM – odwrotnie). W stanie Alabama istnieje tylko komisja senacka, stała, z brakiem chociażby komisji *ad hoc* w drugiej izbie²². W Wisconsin odwrotnie, a w stanie Oregon komisja *ad hoc* może być powoływana tylko w Senacie²³.

Skład komisji powołuje co do zasady przewodniczący (Speaker) izby. Rządziej wybiera go cała izba. Kadencja komisji pokrywa się zazwyczaj z kadencją izby, ale bywa krótsza.

Nierzadkim przypadkiem jest brak jakiejkolwiek wyspecjalizowanej komisji ds. etyki w parlamencie (w 11 stanach: AR, CT, IL, KY, MI, NE, NY, ND, OK, RI, VT). O ile, wśród nich, w regulaminie Senatu Arkansas i Izby Reprezentantów Illinois przewidziano nadzwyczajną procedurę, która umożliwia skierowanie kwestii naruszenia zasad etyki przez senatora Arkansas²⁴ pod obrady całej izby lub utworzenie specjalnej komisji śledczej *ad hoc* przez spikera Izby w Illinois²⁵, o tyle w pozostałych nie przewidziano nawet takiej możliwości. Wszelkie kwestie dotyczące etyki w życiu publicznym przekazano stanowej komisji etyki, względnie – zajmują się nimi inne komisje, wedle uznania spikera izby (Oregon).

Standardowym rozwiązaniem jest ustalenie parytetów partyjnych w składzie komisji w taki sposób, aby żadna partia nie posiadała przeważającej większości, a ponadto, aby swoich przedstawicieli miały również grupy mniejszościowe. Przykładowo skład senackiej komisji ds. etyki w stanie Alabama musi zawierać po jednym przedstawicielu ugrupowań mniejszości oraz czarnoskórych deputowanych.

Ciekawym i rzadkim rozwiązaniem są parlamentarne komisje mieszane, które składają się z przedstawicieli obu izb, a także z członków pochodzących

¹⁸ Stałe komisje ds. etyki działają ponadto w Senatach: Portoryko i Amerykańskich Wypł Dziwicznych.

¹⁹ Senate Rules: 1.41, 1.42, 9, House Rules: 17.2, 17.3, 18.2.

²⁰ Tex. Gov't Code Ann. § 301.017, House Rule 3–15 i 4–2.

²¹ Senate Rule 55, House Rule 6.10.

²² Rules of The Senate of Alabama, Rule 48 (22).

²³ Senate Rule 3.33, 18.01–18.09.

²⁴ Arkansas 2013 Senate Rules, Rule 24.08 – 24.09.

²⁵ House Rule 91–97. 5 ILCS 430/25–5 (Ch. 5–430, Art. 25–5).

spoza legislatywy. W New Hampshire skład komisji tworzy 4 deputowanych i 3 obywateli spoza składu parlamentu²⁶. W stanie Alaska obywateli (5) jest więcej niż deputowanych (po 2 z każdej izby), a także zasiadają oni w komisji przez dłuższą kadencję (odpowiednio: 3 lata i 2 lata). Tylko członek komisji pochodzący spoza składu parlamentu może jej przewodniczyć. Komisja dzieli się na dwie podkomisje – dla każdej z izb. W ich skład wchodzi wszyscy członkowie nie-deputowani oraz dodatkowo dwóch przedstawicieli danej izby²⁷.

W Georgii, obok osobnych komisji ds. etyki w każdej z izb parlamentu, funkcjonuje komisja wspólna („*Joint Legislative Ethics Committee*”). Jej skład tworzą w równej liczbie przedstawiciele obu izb – po 2 z partii rządzącej i partii opozycyjnej oraz przewodniczący obu izb. Co ciekawe, obaj przewodniczący izb parlamentarnych są współprzewodniczącymi komisji. Prowadzą jej obrady na zmianę, w latach parzystych i nieparzystych²⁸.

W stanach: MD, NJ, NC, OH, WA, WV przewidziano wyłącznie komisję wspólną, bez odrębnych komisji ds. etyki dla każdej z izb. W skład 14-osobowej komisji w Maryland wchodzi, oprócz 6 deputowanych z każdej izb, przewodniczący tych izb, z urzędu i bez prawa głosu. Obaj, wspólnie powołują przewodniczącego i jego zastępcę²⁹.

Komisje parlamentarne (stałe i *ad hoc*) działają z reguły na wniosek, w sprawach dotyczących naruszeń zasad etyki przez deputowanych, ale także przez personel administracyjny organów legislatywy. Mają prawo do wzywania świadków w celu złożenia wyjaśnień, zazwyczaj pod przysięgą. Obowiązkowym elementem procedury wyjaśniającej bywa także wysłuchanie publiczne organizowane na wstępnym etapie postępowania (np. AR³⁰). Komisje stałe z własnej inicjatywy wydają i nowelizują kodeksy etyki, zazwyczaj osobno dla każdej z izb. Część komisji ma prawo do nakładania kar o charakterze regulaminowym. W sprawach poważniejszych naruszeń zasad etyki określonych w aktach o charakterze ustawowym i nakładania sankcji właściwe są na ogół komisje stanowe.

5. Stanowe komisje etyki istnieją obecnie w 41 stanach amerykańskich (nie powołano ich tylko w 9: AZ, ID, NH, NM, ND, SD, VT, VA i WY).

Zakres podmiotowy działania niemal wszystkich komisji obejmuje funkcjonariuszy władzy wykonawczej³¹ (40 stanów) i ustawodawczej (35), rzadziej –

²⁶ N.H. Rev. Stat. Ann., § 14-B:2.

²⁷ Alaska Statutes 2012, Section 24.60.130.

²⁸ Ga. Code Ann., § 45–10–91 (Title 45, Ch. 10, Art. 2, Part 6).

²⁹ MD Code, § 2–703.

³⁰ Ariz. Rev. Stat., Title 38, Ch. 3, Art. 8.1, § 38–519.

³¹ W stanie Michigan jurysdykcją State Board of Ethics objęci się tylko pracownicy władz stanowych pionu wykonawczego oraz osoby mianowane z wyłączeniem pochodzących z wyboru.

tylko jednej. W tym drugim wypadku w kilku stanach kompetencje wyłączne wobec deputowanych posiadają wyspecjalizowane komisje parlamentarne, wspomniane wyżej. Większość komisji stanowych zajmuje się także działalnością lobbystów (30 stanów) oraz kandydatów na urzędy publiczne (28 stanów). W 23 stanach, a więc nieco poniżej połowy, kontroli stanowych komisji etyki podlegają urzędnicy organów władzy lokalnej. Tylko w 9 stanach jurysdykcja komisji obejmuje dostawców towarów i usług świadczonych na rzecz organów władzy publicznej³².

Celem istnienia komisji ds. etyki jest zapewnienie przestrzegania przepisów odnoszących się do kwestii etycznych w działalności osób pełniących funkcje publiczne (dodatkowo również kandydatów ubiegających się o te funkcje oraz lobbystów jako wywierających wpływ na funkcjonariuszy publicznych). Każdy stan reguluje kwestie etyczne w sposób i w zakresie przez siebie uznany za właściwy, można jednak mówić o ogólnym standardzie takich zachowań i wymogów ustawodawcy. Do najczęstszych kwestii poruszanych w regulacjach dotyczących etyki należą: przeciwdziałanie i ewentualnie sankcjonowanie konfliktu interesów (np. w zakresie decyzji legislatury podejmowanych w interesie deputowanego), ograniczenia w zakresie przyjmowania korzyści majątkowych (honoraria, bilety na wydarzenia kulturalne i sportowe, udział w kolacjach, przyjęciach, konferencjach i innych atrakcjach towarzyskich, finansowanie podróży urzędnika, stypendia i pożyczki itp.), egzekwowanie zasady „drzwi obrotowych” (zakazu wykonywania określonej działalności zawodowej w wyznaczonym okresie po, ewentualnie również przed objęciem funkcji publicznej), korzystanie ze środków i majątku państwowego, zamówienia publiczne z udziałem firm związanych z urzędnikiem, przestępstwa (łapownictwo, płatna protekcja, dezinformacja lub naruszanie tajemnicy służbowej), wreszcie – egzekwowanie przestrzegania zasady jawności życia publicznego w sferze majątkowej (oświadczenia majątkowe, rejestry korzyści, rejestr współpracowników itp.).

Szczegółowe kompetencje i zadania komisji można podzielić na związane z: obsługą procedur sprawozdawczych, funkcją edukacyjno-popularyzatorską, sprawozdawczą, a także proceduralno-śledczą.

Komisje posiadają kompetencje do sporządzania wzorów formularzy sprawozdawczych dotyczących działań i faktów podlegających ujawnieniu (37 stanów) i instrukcji ich wypełnienia (33 stanów). Komisje większości stanów mają również uprawnienia do badania poprawności składanych raportów oraz spełnienia wymogów w zakresie ich złożenia (zachowanie terminów, kompletność

³² CO, GA, IN, LO, MA, NJ, OH, TX. W stanie Maryland komisja ma jedynie obowiązek opublikowania corocznie listy podmiotów, które współpracują z władzami stanowymi w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej.

formularza i wymaganych załączników). Zakres uprawnień poszczególnych komisji jest w tej kwestii bardzo zróżnicowany. Po pierwsze – w części z 34 stanów, gdzie taka kontrola się odbywa, ma ona charakter wyrywkowy (np. Texas) albo określony procentowo (Waszyngton), a w części stanów obejmuje wszystkie złożone formularze³³. Kontrola ma zazwyczaj charakter formalny (sprawdzeniu podlega kompletność formularza i załączników), ale w części stanów komisje przeprowadzają kontrole audytorskie (np. MA, MN). Komisje w 38 stanach mają prawo do wzywania świadków i żądania złożenia stosownych wyjaśnień. W 20 stanach komisje mają ponadto prawo do wydawania decyzji, którym sąd nadaje klauzulę wykonalności.

44 stanowe komisje organizują kursy i szkolenia w zakresie etyki urzędniczej. W większości takie szkolenia mają charakter obowiązkowy – zarówno dla adresatów, jak i dla samych komisji³⁴. Szkolenia organizują również komisje (16), które nie są do tego zobligowane przez przepisy. Obejmują nie tylko pracowników etatowych, ale także funkcjonariuszy pochodzących z wyboru. Szkolenia obejmują: funkcjonariuszy władzy wykonawczej (w 32 stanach), pracowników urzędów obsługujących organy władzy wykonawczej (29 stanów), deputowanych do parlamentów stanowych (32 stany), pracowników parlamentów (25), funkcjonariuszy i pracowników samorządowych (19).

Szkoleniami objęci są także lobbyści (25 stanów), a nawet ich zleceniodawcy. W stanie Alaska jest to obowiązek (w stanie Maryland dla lobbystów, których aktywność obejmuje dwie kolejne sesje parlamentu, ale już nie dla zleceniodawców). W pozostałych stanach, które organizują szkolenia dla lobbystów, są one dobrowolne. Większość kursów organizowanych dla urzędników i funkcjonariuszy obejmuje regulacje lobbujące.

Publikowanie corocznych raportów dotyczących przestrzegania norm etycznych w życiu publicznym jest obowiązkowym zadaniem komisji w 26 stanach.

W 9 stanach³⁵ (łącznie 13 komisji) można już składać skargi na naruszenie norm etycznych za pośrednictwem internetu. W stanie Massachusetts skargę można złożyć również za pośrednictwem e-maila lub telefonicznie³⁶. Przepisy

³³ AK, SC, MD, MA, PA, RI, TN.

³⁴ Przykładowo w stanie Massachusetts szkolenie dotyczące kwestii etycznych ze szczególnym uwzględnieniem konfliktu interesów musi odbyć każdy pracownik urzędów publicznych szczebla stanowego, powiatowego i miejskiego. Co roku agencje stanowe mają obowiązek przekazać każdemu pracownikowi zestawienie przepisów regulujących kwestie etyczne. Każdy pracownik musi odbyć szkolenie online na stronie komisji (*General Laws of Massachusetts*, Part IV, Title I, Ch. 268A, sec 28).

³⁵ AL, IL (obie komisje), IN (2), MA, MI, MT, NJ (1), NY (1), WA (2), WI.

³⁶ Na stronie internetowej komisji podano numer telefonu, pod którym można

w większości stanów nadal wymagają, aby skargi były składane osobiście lub za pośrednictwem tradycyjnej poczty. Większość komisji opublikowała na swoich stronach instrukcje dotyczące składania oświadczeń, raportów, skarg oraz wymogów, jakie przed urzędnikami i funkcjonariuszami publicznymi stawia prawo w kwestii etyki.

Odrębnym zagadnieniem są opinie wydawane przez komisje, a dotyczące zasad etycznych. Najczęściej mają one charakter aktów wiążącej dla adresata wykładni norm. Co do zasady opinie są publikowane, przy czym w 14 stanach³⁷ utajnia się dane podmiotu, którego pytanie lub wniosek był podstawą sformułowania opinii. W Pennsylvanii i Karolinie Płd. wnioskodawca może zastrzec, aby odpowiedź na jego pytanie została utajniona. W Delaware, na Hawajach i Nevadzie publikuje się tylko streszczenie opinii. W 14 stanach opinie mają charakter ostateczny i ustalają obowiązującą wykładnię aktów prawnych³⁸. W większości stanów można się jednak od nich odwołać do sądu (w zależności od stanu są to sądy różnego szczebla – od sądów najniższej instancji po sądy najwyższe (np. AK, CT, MA). W 4 stanach (GA, IL, NV, WA) opinie komisji etyki podlegają procedurze „*judicial review*”.

Nieomal wszystkie komisje stanowe (z wyjątkiem czterech: DE, IL, TN, UT³⁹) posiadają uprawnienia do przyjmowania i rozpatrywania skarg na naruszenia zasad etyki.

Przeszło 30 komisji posiada kompetencje do ścigania naruszeń zasad etyki. Komisje w 6 stanach nie mają w ogóle takich uprawnień⁴⁰, a w 7 stanach mogą złożyć wniosek o wszczęcie śledztwa przez odpowiedni organ (np. parlament lub gubernatora)⁴¹. W przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów dotyczących etyki większość komisji posiada uprawnienia do nakładania odpowiednich kar. Komisje w 12 stanach nie mają pełnych kompetencji do nakładania sankcji i w sprawach poważniejszych naruszeń prawa (wnioskują o to do odpowiednich organów). Komisje w 4 stanach (FL, MI, OH i OK) w ogóle nie mają uprawnień do nakładania sankcji. Sankcje różnią się w zależności od stanu i zależą od typu i skali naruszenia oraz podmiotu naruszającego. Do typowych sankcji

zgłaszać skargi w dni powszednie w godzinach 12:00–17:00 (zob. <http://www.mass.gov/ethics/commission-services/complaints/file-a-complaint.html>).

³⁷ AL (2), KY, NY, FL, IL, ME, MD, MA, MN, MS, MO, NC, TX, WV.

³⁸ AL, AK (1), CA, CO, DE, IN (1), KY (1), MD, MI, MN, OK, TX, WV, WI.

³⁹ W Illinois i Tennessee uprawnienia takie przyznano odpowiednim organom kontrolnym (*state attorney general, legislative attorney general, executive inspectors general*).

⁴⁰ AL, IL, KS, MS, OH, TN.

⁴¹ HI, IN, LO, ME, MO, NC, OR. W stanie Louisiana nakładaniem kar, na wniosek komisji, zajmuje się Rada Orzecznicza ds. Etyki złożona z 3 sędziów sądów administracyjnych.

należą: nagana, zwrócenie uwagi, odszkodowanie, zadośćuczynienie, zawieszenie uprawnień, sankcje dyscyplinarne, zwolnienie z pracy⁴². Najczęściej występującą (35 stanów) w regulacjach sankcją jest kara finansowa. Jeżeli naruszenie przepisów dotyczących etyki wypełnia znamiona przestępstwa (lub wykroczenia), odpowiedni organ może nałożyć sankcję karną. Przeważają kary grzywny w wysokości (w zależności od typu przestępstwa lub wykroczenia) maksymalnie od 200 USD (Dakota Pd.) do 750.000 USD (Colorado), a także kary pozbawienia wolności na okres maksymalnie od 30 dni (Dakota Pd.) do 20 lat (Alabama)⁴³.

Ważną kwestią jest ustalenie, kto może inicjować postępowanie komisji. W 34 stanach może to uczynić „ktokolwiek” („*anyone*”). W stanie Ohio wystarczy „posiadanie stosownej wiedzy”. W Missouri skargę może zgłosić każda osoba fizyczna. W Tennessee musi posiadać obywatelstwo stanowe. Wnioskodawca w Teksasie musi być albo rezydentem, albo posiadać nieruchomość na terenie stanu. Część komisji ma prawo wszcząć postępowanie na podstawie anonimowego zgłoszenia⁴⁴.

W zależności od stanu postępowanie może być wszczęte także: z urzędu przez komisję (w 20 stanach), na wniosek jej członka (40 stanów), funkcjonariusza publicznego (38) lub urzędnika (36). Przepisy stanu Utah wymagają, aby skargę na deputowanego złożyło przynajmniej 2 innych deputowanych z tej samej izby lub co najmniej dwie osoby figurujące w rejestrze wyborców do danej izby.

6. Zasadą jest istnienie jednej stanowej komisji ds. etyki. Rzadziej spotyka się osobne komisje ds. poszczególnych władz (np. 2 w stanie NY⁴⁵, IL, IN, KY i aż 3 w stanie Waszyngton⁴⁶). W stanie Wisconsin w 2008 r. doszło do scalenia w jeden organ 2 dotychczasowych komisji. Z kolei *Office of Governmental Accountability*, który utworzono w stanie Connecticut w 2011 r., powstał z połącze-

⁴² Do innych sankcji należą: obowiązek zwrotu świadczeń i korzyści uzyskanych bezpodstawnie lub z naruszeniem prawa, pozbawienie funkcji kierowniczych w partii, klubie parlamentarnym lub komisji (AL), kara finansowa w wysokości podwójnej wartości przyjętej nielegalnie korzyści (CO).

⁴³ Na podstawie danych: *Criminal Penalties for Public Corruption/Violations of State Ethics Laws* (National Conference of State Legislatures, <http://www.ncsl.org>, odczyt: 2.7.2013).

⁴⁴ M. D. Bradbury, *Toward a Cost-Effectiveness Assessment of State Ethics Commissions. An Analysis of Enforcement Outputs*, „Public Integrity”, 2007 (Fall), vol. 9, nr 4, s. 339.

⁴⁵ The New York State Joint Commission on Public Ethics i NYS Legislative Ethics Commission.

⁴⁶ Washington State Legislative Ethics Board, WA Public Disclosure Commission i WA Executive Ethics Board.

nia dotychczasowych 9 niezależnych agencji zajmujących się różnymi aspektami etyki w życiu publicznym.

Ustrojowe usytuowanie komisji stanowych jest zróżnicowane. Część z nich posiada status naczelných organów konstytucyjnych (CO⁴⁷, TX⁴⁸, UT⁴⁹). Większość to agencje rządowe, zaliczane do pionu władzy wykonawczej, których jurysdykcja wykracza poza egzekutywę (obejmuje legislatorów, kandydatów na urzędy publiczne i lobbystów).

Kadencja Komisji wynosi od 2 (KS, FL) do 7 lat (DE). Najczęściej są to 4 lata (CA, CO, CT, HI, IL, IN, KY, MI, MN, MS, MO, NV, NC, OR, TN, TX). Skład komisji tworzy najczęściej 5 lub 9 osób. Liczebność niektórych komisji sięga nawet 12 (WV) i 14 osób (NY). Oryginalne rozwiązanie przyjęto w Montanie, jedynym stanie, w którym powołano 1-osobowy organ ds. etyki⁵⁰.

Członkowie pełnią swoją funkcję z możliwością jednej reelekcji (WV⁵¹, TX, TN, PA, OK, NV, MD, ME, LA, IL – tylko komisja ds. legislatury, HI, FL) lub bez takiej możliwości (AR, AL, CA, CT, MA, MT, NE, NC, OR, RI). W 7 stanach istnieje możliwość nieograniczonych reelekcji, przy czym dotyczy to zarówno kadencji 6-letnich (IA, OH), jak i 2-letnich (Kansas). W stanie Georgia kadencja jest zróżnicowana: 1 z członków wybierany jest na 2 lata, 2 na 3 lata i 2 na 4 lata (podobnie w stanie Alaska – kadencje różnią się w zależności od kategorii członka).

Interesująco kształtuje się kwestia składu komisji. Każdy stan wprowadził w tej mierze własne, oryginalne rozwiązania. Szczegółowe procedury powoływania członków komisji i wymogi dotyczące kandydatów mają zapewnić ich wysoki poziom etyczny. Cechą charakterystyczną komisji jest fakt, że ich członkowie nie mogą być aktywnymi politykami – deputowanymi do parlamentu, funkcjonariuszami lub pracownikami partii politycznych czy członkami rządu⁵². Kandydat na członka komisji co do zasady musi się legitymować obywatelstwem amerykańskim i rezydenturą w danym stanie. Część przepisów wymaga ponadto,

⁴⁷ Art. XXIX Konstytucji Stanu Colorado z 1876 r., dodany w 2006 r.

⁴⁸ Art. 3 Sec. 24A Konstytucji Teksasu z 1876 r.

⁴⁹ Art. VI, sec. 10 Konstytucji Utah z 1895 r. Konstytucjonalizacja komisji nastąpiła w 2010 r. w wyniku nowelizacji konstytucji (B. Loomis, *Voters approve ethics, other amendments*, „The Salt Lake Tribune”, 2.11.2010, <http://archive.sltrib.com/article.php?id=11832170&itype=storyID>, odczyt: 3.7.2013).

⁵⁰ *Commissioner for Political Practice* (Mont. Code Ann., § 13–37–101).

⁵¹ W. V. Code, § 6B–2–1.

⁵² Wyjątek znajdujemy w stanie Colorado, gdzie czterech członków komisji powołanych przez organy stanowe, wybiera wspólnie piątego – który musi być funkcjonariuszem lub pracownikiem organów stanowych. W stanie Michigan w skład komisji wchodzi *ex officio attorney general*, ale bez prawa głosu.

aby posiadał czynne prawo wyborcze. Spotykamy także dodatkowe, zastrzone wymogi. W stanie Kentucky zakaz kandydowania obejmuje także małżonka i dzieci osoby, której nie wolno kandydować⁵³. Członek komisji etyki stanu Wisconsin nie może być członkiem partii politycznej, a ponadto może to być wyłącznie osoba, która pełniła w przeszłości funkcję sędziego z wyboru. W stanie Nevada wśród osób powoływanych przez gubernatora i legislaturę (każdy po 4 osoby) – 2 muszą być byłymi urzędnikami publicznymi, a 1 posiadać uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata⁵⁴. Regulacja w stanie Minnesota jest wyjątkowo szczegółowa – wśród 6 członków komisji musi znaleźć się 1 były deputowany z tej samej partii, co aktualny gubernator, 2 osoby, które nie pełniły żadnej funkcji publicznej w ciągu minionych 3 lat, 2 pozostali członkowie nie mogą popierać tej samej partii politycznej. W stanie Utah wszyscy członkowie komisji muszą legitymować się odpowiednim stażem zawodowym – wśród 5 członków musi znaleźć się 3 byłych sędziów i 2 byłych deputowanych. Żaden z członków oczywiście nie może być lobbystą. Skład komisji musi zatwierdzić większością 3/5 głosów każda z izb stanowej legislatury⁵⁵.

W powoływaniu składu komisji najczęściej bierze udział gubernator, a także parlament (na ogół w osobach przewodniczących izb). W kilku stanach dodatkowo – organy władzy sędziowsko-kontrolnej: *attorney general*, *chief justice*, *state secretary*, czy *state controller*. W kilku stanach (m.in. AK, AL, MD, MO, OH, WV) skład Komisji musi zatwierdzić cały parlament lub jedna z izb (najczęściej senat). O ile członek nie może być funkcjonariuszem partii politycznej, w wielu stanach to partie wskazują listy kandydatów, z których organ powołujący wybiera i powołuje członków (w stanie Alaska – 4 partie, które uzyskały najlepsze wyniki w minionych wyborach gubernatorskich⁵⁶). W stanie Louisiana kandydatów na członków komisji wskazuje 8 prywatnych uniwersytetów⁵⁷.

Wśród przepisów dotyczących powoływania składu komisji często spotyka się klauzule parytetowe, czasami bardzo szczegółowe. Przykładowo – w stanie Arkansas w skład komisji wchodzić musi co najmniej 1 przedstawiciel mniejszości etnicznej (rasowej), 1 kobieta oraz 1 przedstawiciel partii mniejszościowej w

⁵³ Chodzi o członków rodziny: lobbyisty i jego zleceniodawcy, deputowanego do parlamentu stanowego i kandydata na urząd publiczny (Ky. Rev. Stat., § 6.651 (5)).

⁵⁴ NRS § 281A.200 (1).

⁵⁵ Minn. Stat. § 10A.02.

⁵⁶ Zasada ta dotyczy tylko Alaska Public Offices Commission – jednej z dwóch działających w tym stanie (Ak. Stat. § 15.13.020).

⁵⁷ Uniwersytety tworzą komitet nominacyjny, który przedstawia po 5 kandydatów na każde miejsce w komisji, z których uprawniony organ wybiera i powołuje członka komisji (La. Rev. Stat. Ann. § 42:1132 (B) (2) (a) (i)).

parlamencie⁵⁸. W stanie California, jeśli funkcje związane z prawem do powołania członków komisji (*attorney general*, *state secretary*, *state controller*) pełnią członkowie tej samej partii (jej zawdzięczają swoją nominację), sekretarz stanu powołuje członka komisji z listy przedstawionej przez którąkolwiek inną partię⁵⁹. Pilnuje się, aby pełnego składu komisji nie tworzyli członkowie związani z jedną partią polityczną (w wielu stanach dopuszcza się sytuację niewielkiej przewagi zwolenników jednej z partii wśród członków komisji). W stanie Kansas po jednym członku wskazują przewodniczący partii opozycyjnych w każdej z izb parlamentu (*minority leader*)⁶⁰. W kilku stanach, m.in. Louisiana i Karolina Płd., przestrzega się również parytetu geograficznego – kandydaci powoływani przez gubernatora muszą pochodzić z wszystkich okręgów wyborczych. W stanie Wirginia Płn. w komisji zasiadać może nie więcej niż 1 członek z każdego okręgu wyborczego.

Charakterystyczna dla regulacji amerykańskich klauzula „drzwi obrotowych” przejawia się w ustanawianiu okresów karencji dla byłych urzędników lub funkcjonariuszy partyjnych ubiegających się o wybór do komisji. Np. w stanie Pennsylvania jest to okres 1 roku, a w stanie Georgia aż 5 lat⁶¹. W stanie Texas ustanowiono zakaz *pro futuro* – były członek Komisji nie może ubiegać się o urząd pochodzący z wyboru przez 12 miesięcy po zakończeniu członkostwa w komisji.

7. Pełna ocena działalności komisji znacznie przekracza ramy niniejszego opracowania, co wymusza ograniczenie się do podstawowych twierdzeń w oparciu o badania amerykańskie⁶².

⁵⁸ Ark. Code. Ann. § 7–6–217.

⁵⁹ Cal. Govt. Code § 83102 (b).

⁶⁰ Kan. Stat. Ann., § 25–4119a (b).

⁶¹ Ga. Code Ann., § 21–5–4 (d) (1).

⁶² Warto wskazać pozycje uważane za podstawowe i najwyżej cenione. Oprócz już przywoływanych w tej pracy, również: M. R. Goodman, T. J. Holp, K. M. Ludwig, *Understanding State Legislative Ethics Reform: The Importance of Political and Institutional Culture*, [w:] „Public Integrity Annual”, Lexington 1996. D. E. Freel, *Comparing State Ethics Laws and Ethics Trends and Issues*, [w:] „The Book of the States”, vol. 36, ss. 283–302, Lexington 2004, Idem: *Trends and Issues in State Ethics Agencies* [w:] *Ibidem*, vol. 37, ss. 366–373, Lexington 2005, G. C. Mackenzie, *Scandal Proof: Do Ethics Laws Make Government Ethical?* Waszyngton 2002, C. Lewis, S. C. Gilman, *The Ethics Challenge in Public Service: A Problem Solving Guide*, San Francisco 2005, R. W. Smith, *Enforcement or Ethical Capacity: Considering the Role of State Ethics Commissions at the Millenium*, „Public Administration Review”, 2003, Issue 63, nr 3. Co roku Council on Governmental Ethics Law (COGEL) publikuje błękitne księgi („Blue Book”) – kompendium dotyczące stanowych regulacji i agencji etycznych.

Nie ulega wątpliwości, że już samo istnienie komisji wzmacnia zaufanie obywateli do władz. Krytycy regulacji etycznych zwracają jednak uwagę na fakt, że leżąca u ich podstaw, u zarania, zasada „im więcej regulacji etycznych, tym wyższa etyka” nie jest bezwzględna receptą na sukces i nie zawsze się sprawdza⁶³. Wiele regulacji jest niepotrzebnie restrykcyjnych, a wręcz uciążliwych dla urzędników, którzy muszą wielokrotnie spełniać te same wymogi sprawozdawcze, np. pełniąc różne funkcje. Świadomość norm etycznych wśród funkcjonariuszy publicznych, szczególnie tych pochodzących z wyboru i pełniących swoją funkcję jedynie czasowo, jest niedostateczna za sprawą nie dość skutecznego systemu szkoleń. Ta sytuacja, w warunkach posługiwania się przez prawodawcę pojęciami tak niejasnymi, jak „konflikt interesów”, sprawia, że przekraczanie norm etycznych zdarza się bardzo często. Jednocześnie są wciąż sfery działania władz publicznych, które nie są objęte ścisłą kontrolą. Chodzi tutaj szczególnie o władzę sądowniczą. Poza sądami federalnymi większość sędziów stanowych pochodzi z wyboru, co stanowi pole do licznych nadużyć⁶⁴. Te kwestie nadal czekają na stosowną regulację.

Jednocześnie zauważa się swoistą grę między komisjami a politykami i urzędnikami, którzy próbują poluzowywać narzucone im więzy. Do najprostszych sposobów należy redukcja budżetów i zatrudnienia w komisjach, które w istotny sposób rzutują na ich skuteczność. Pod hasłem szukania oszczędności i redukcji biurokracji rozwiązuje się wyspecjalizowane agencje⁶⁵ lub łączy je (*vide supra*: 1 w miejsce 9 agencji w stanie Connecticut). W sytuacjach skrajnych funkcjonariusze państwowi kierują sprawy na drogę sądową. Rezultaty takich działań są zróżnicowane. Uchylenie przez legislaturę stanu Oklahoma pierwszego kodeksu etyki przyjętego przez stanową komisję w 1991 r. doprowadziło do przeniesienia sporu na salę sądową. Sąd przyznał rację komisji⁶⁶. Zarzut niekonstytucyjności doprowadził m.in. do wyroku Sądu Najwyższego Rhode Island znacznie ograniczającego uprawnienia śledcze tamtejszej komisji w zakresie monitorowania postępowania ustawodawczego, uznając je za niekonstytucyjne (parlament obecnej kadencji rozważa zmianę konstytucji stanowej umożliwiającą przywrócenie komisji jej uprawnień). Sąd Najwyższy stanu Nevada uznał, że stanowy kodeks etyczny ogranicza wolność słowa deputowanych wykonujących swoje obowiązki. W efekcie odwołania się komisji do federalnego Sądu Najwyższego, ten w 2011 r. odrzucił zarzut, że reguły etyczne dotyczące wyłączenia

⁶³ M. D. Bradbury, op. cit., s. 334.

⁶⁴ S. C. Gilman, *Government...*, s. 32.

⁶⁵ M. Comlossy, P. Kerns, op. cit., s. 45.

⁶⁶ E. N. Carney, *Stronger in the States*, „National Journal”, 2007, vol. 39, issue 13, s. 40.

deputowanego od udziału w postępowaniu ustawodawczym, z którym wiąże osobisty interes, naruszają pierwszą poprawkę do konstytucji USA⁶⁷.

Skuteczność komisji stanowych jest pochodną zakresu jej uprawnień i właściwości. Obecnie za najbardziej restrykcyjne uchodzą przepisy stanu Kentucky. W 2012 r. orzeczono tam najwyższą w historii stanu karę za naruszenie zasad etyki wobec 2 urzędników (departamentów rolnictwa i ochrony przyrody)⁶⁸. W stanie Pennsylvania rocznie ok. 150.000 funkcjonariuszy składa obowiązkowe raporty wynikające z kodeksów etycznych⁶⁹. Znane są spektakularne sukcesy w postaci wykrycia i ukarania zachowań niezgodnych z normami etyki. Wśród przykładów warto wskazać gubernatora stanu Alabama usuniętego z urzędu w 1993 r.⁷⁰ Porównanie aktywności komisji wymaga przypomnienia, że różny jest zakres ich właściwości, a nawet różne są możliwości wszczęcia postępowania (na wniosek, z urzędu). Z tym zastrzeżeniem podajmy, że na podstawie danych z lat 2002–2004 najwięcej śledztw wszczęła komisja w stanie Alabama (329), a najmniej w Minnesocie (2) i Iowa (5)⁷¹.

Szczegółowa analiza naruszeń kodeksów etyki dokonana przez M. D. Bradbury'ego przyniosła bardzo ciekawe wnioski. Liczba nadużyć o charakterze wykroczeń i przestępstw była prawie identyczna. Naruszenia norm zdarzały się liczbowo tylu politykom z wyboru, co powołanym oraz etatowym pracownikom administracji, przy czym ze względu na różną liczebność tych grup najgorzej statystycznie wypadli politycy wybierani. Do najczęstszych naruszeń prawa należał konflikt interesów: zatrudnienie członka rodziny lub ułatwienie zawarcia kontraktu rządowego, nawiązanie niedozwolonych, bliskich relacji z prywatnymi przedsiębiorcami, wyłudzenie środków publicznych na zwrot nieponiesionych kosztów, korzystanie ze środków publicznych w prywatnym celu⁷².

7. Odnosząc podane przykłady do polskiej praktyki można dojść do wniosku, że kwestia etyki polityków jest uniwersalnym problemem demokracji. Pomimo różnic w kulturze politycznej i systemie prawnym, dzielących USA i Polskę, można dostrzec wśród omówionych rozwiązań takie, które mogą stanowić inspirację dla naszych regulacji lub wprost – nadają się do przeniesienia na nasz grunt.

⁶⁷ *Nevada Commission on Ethics vs. Carrigan*. Na temat spraw wygranych i przegranych przez Komisję stanu Alabama, zob.: J. L. Sumner Jr., *The Alabama Ethics Law: A Retrospective*, „The Alabama Lawyer”, 1999 (July), s. 234–235.

⁶⁸ Obaj zostali skazani na karę 10.000 dolarów grzywny (*Ethics Commission an important watchdog*, „Messenger-Inquirer”, Owensboro, Kentucky, 10.12.2012).

⁶⁹ M. D. Bradbury, op. cit., s. 343.

⁷⁰ J. L. Sumner Jr., op. cit., s. 267.

⁷¹ M. D. Bradbury, op. cit., s. 340.

⁷² Ibidem, s. 343–345.

Wprowadzenie w Polsce pozaparlamentarnej komisji etyki w kształcie przyjętym w USA wymagałoby zmian w Konstytucji (zasada autonomii parlamentu, autonomii izb parlamentu, mandatu wolnego). To, że nie są one w Polsce zbyt realne, nie zmienia faktu, że pomysł obywatelskiego składu organu odpowiedzialnego za nadzór i egzekwowanie etyki funkcjonariuszy i urzędników państwowych uznać należy za ciekawy i w pełni zgodny z ideą demokracji, a do tego przeciwdziałający niewątpliwemu konfliktowi interesów, w jaki popadają politycy oceniający sami siebie. Symboliczne sankcje nakładane przez sejmową Komisję Etyki Poselskiej czy brak efektywnego nadzoru nad rozbudowanym aparatem urzędniczym, szczególnie rozlicznych agencji rządowych, to problemy, które zasługują na rozwiązanie.

Odnosząc się jedynie do komisji etyki poselskiej, uważam, że odpowiednia modyfikacja jej kształtu w oparciu o amerykańskie wzory mogłaby zwiększyć jej skuteczność, a także stanowić chociażby częściową realizację udziału obywateli w nadzorowaniu deputowanych. Za zasadne uważam przede wszystkim zaostreżenie katalogu kar, jakimi dysponuje poselska komisja etyki, o kary finansowe, karę pozbawienia funkcji pełnionej w komisji sejmowej (np. przewodniczącego), władzach klubu i organach Sejmu. Niemożność powołania sejmowej komisji mieszanej z udziałem osób spoza składu Sejmu możnaby złagodzić konstytucyjnym konwenansem polegającym na zapraszaniu na posiedzenia komisji przedstawicieli społeczeństwa. Czynniki obywatelski w pracach Komisji Etyki uległby zwiększeniu za sprawą przyznania jej kompetencji do organizowania wysłuchań publicznych oraz wszczynania postępowania na wniosek grupy obywateli.

Zjawiskiem zauważalnym w Polsce jest kryzys systemu wartości odnoszących się do życia publicznego, przejawiający się w daleko idącym upolitycznieniu tego życia. Jak stwierdził J. Ciemniowski, prowadzi to do sytuacji, w której w sferze publicznej nie ocenia się zachowań w kategoriach dobra i zła. Nie chodzi o to, czy czyn, który ktoś popełnił był naganny, ale o to, kto go popełnił⁷³. Podobna sytuacja ma miejsce również w USA, gdzie silne upartyjnienie życia politycznego prowadzi do wielu patologii w życiu publicznym⁷⁴.

Zarówno polski, jak i amerykański polityk mają ten sam problem z właściwą oceną sytuacji pod kątem potencjalnego konfliktu interesów⁷⁵. Elementem

⁷³ J. Ciemniowski, *Prawo a zasady etyczne w działalności publicznej*, [w:] *Etyka w polityce*, Kraków 1997, s. 59–60.

⁷⁴ Zob. np. o sporach Demokratów z Republikanami: S. C. Gilman, *Government...*, s. 31–32.

⁷⁵ Na ten ważny aspekt zwracał przed laty uwagę w polskiej literaturze J. Jaskiernia, który proponował transparentność (ujawnianie, kogo poseł reprezentuje), ale nie zupełny zakaz reprezentowania przez posła interesów, byleby nie dochodziło do ewidentnego konfliktu interesu partykularnego z dobrem ogółu (zob. Idem, *Etyka parlamenta-*

działania amerykańskich komisji, którego przeniesienie na grunt polski byłoby najłatwiejsze, a wydaje się bardzo potrzebne, jest ustanowienie obowiązkowych i regularnych szkoleń, które pozwoliłyby urzędnikom, a także politykom na ustalenie, jakie zachowania są nieetyczne. Moim zdaniem, powołanie organu lub chociażby dodatkowe wyposażenie istniejących organów w kompetencje edukacyjno-konsultacyjne dałoby szansę posłowi do zasięgnięcia porady *ex ante* na wzór amerykańskich odpowiedzi na pytania urzędników w trybie prewencyjnym („*before-the-act*”).

Aby jednak politycy, w tym deputowani oraz urzędnicy, czuli się do tego zobligowani, należy zadbać nie tylko o elementy prewencyjne (system szkoleń i konsultacji), ale wzmocnić także elementy represyjne (surowsze sankcje za naruszanie zasad etycznych), poszerzyć grono osób podlegających kontroli i zwiększyć rolę obywateli w instytucjonalnym „audycie etycznym”.

US STATE ETHICS COMMISSIONS AS AN EXAMPLE OF CIVIC BODY OF ETHICS AUDIT: ORGANIZATION, COMPETENCE, FUNCTIONING

State ethics commissions are an interesting example of political ethics control exercised by the citizens. Politicians prefer self-monitoring committees. They are rather reluctant to independent commissions, as evidenced by their attempts to limit its powers, or even to terminate it. Pleas of unconstitutionality made by persons subject to the jurisdiction of the commissions led to a questioning by state supreme court the powers of the commission. Commissions, however, have had some success.

State ethics commissions are almost absent in the Polish constitutional legal literature. Objective of this paper is to present political issues related to activities of the commissions – the principles of creation, the constitutional status and competence. At the end the author has evaluated the activities of the commissions on the basis of their practical functioning. The author also attempts to look at this interesting institution from the Polish perspective, as possible source of inspiration for particular Polish solutions and regulations.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (195) 2013
Warszawa 2013

Joanna Uchańska ■

WPROWADZENIE DO ZASAD MORALNOŚCI I PRAWODAWSTWA WEDŁUG JEROME BENTHAMA JAKO PRZYCZYNEK DO DYSKUSJI O INTERESIE PUBLICZNYM I JEGO ZNACZENIU DLA AKSJOLOGII PRAWA PATENTOWEGO I KONKURENCJI

W literaturze częstokroć dyskutuje się tezę o odwiecznym, pozornym lub rzeczywistym, „konflikcie”: interes jednostki *v.* interes publiczny. Jednym z interesujących pojęć, wprowadzie nie najważniejszym w całym dyskursie jednego z najwybitniejszych obok Davida Hume’a oraz Anthony’ego Shaftesbury’ego przedstawiciela utilitaryzmu – J. Benthama pt. *„Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa”*, ale jednak mających zasadnicze przełożenie na kształtowanie się prawodawstwa, jest właśnie pojęcie interesu społeczeństwa. J. Bentham wielokroć w swojej pracy nawiązuje do rzeczonego terminu. Jego zdaniem nie ma sprzeczności między interesem jednostki a interesem społecznym, ponieważ jak później twierdził John S. Mill, społeczeństwo przenika wzajemna życzliwość, a potępienie ze strony otoczenia i przysparzanie cierpienia bliźnim nie mogą nikomu sprawiać przyjemności¹. Niniejsze opracowanie prezentuje tematykę współczesnego utilitaryzmu w wydaniu J. Benthama, które jest pretekstem oraz swoistym fundamentem do omówienia węzłowych zagadnień pojęcia interesu

¹ Tak J. S. Mill, *Encyclopaedia Britannica*, 1821 r. Tak samo Mandevill, *Bajka o pszczołach* [oryg. *The Fable of the Bees: or Private Vices, Publick Benefits*], Londyn 1729. Pochwalając egoizm, wskazał na płynące z niego istotne korzyści dla ogółu.

publicznego i jego rozumienia na tle podstaw aksjologicznych prawa konkurencji oraz prawa patentowego, nade wszystko, odwołując się do zasady proporcjonalności (w oparciu o teorię jedności opisującą relację interesu publicznego i prywatnego), która jest kluczem do rozwiązania pozornego styku, a wręcz konfliktu między prawem konkurencji a prawem własności intelektualnej. Reguła proporcjonalności ukazuje się zatem bez wątpienia jako narzędzie współczesnego utilitaryzmu.

Obraz interesu społecznego według J. Benthama

Już na początku wspomnianego dyskursu J. Bentham prezentuje zarys interesu publicznego, określający filary zasad utilitaryzmu. Pragnąc udowodnić uniwersalizm owej reguły, wskazuje na zasadę użyteczności jako aprobującej lub ganiącej wszelkie działania jednostki prywatnej, ale także i rządu – a więc tego, który reprezentuje interes publiczny. Skoro działania zgodne z zasadą użyteczności w odniesieniu do społeczeństwa mają w większym stopniu zdążać do pomnożenia jego szczęścia niż do jego zmniejszania, to tak samo przejawia się działanie rządu, będące li tylko działaniem wykonawczym przez konkretną osobę. Zdaniem Benthama przez użyteczność należy rozumieć „tę właściwość jakiegoś przedmiotu, dzięki której sprzyja ona wytwarzaniu korzyści, zysku, przyjemności dobra lub szczęścia (...) lub (...) zapobiega powstawaniu szkody, przykrości, zła lub nieszczęścia zainteresowanej strony”. Utylitarysta pojmuje owo szczęście poprzez pryzmat: szczęścia społeczeństwa lub szczęścia jednostki.

Filozof, przeciwstawiwszy teorii utilitaryzmu zasady ascetyzmu (pochwalające czyny zmierzające do zmniejszania szczęścia, a ganiące te, które zmierzają do jego pomnożenia), podkreśla, że to utilitaryzm jest jedyną właściwą koncepcją przy sprawowaniu władzy. Udowadnia, że nawet jeśli władzę sprawowali asceci, to ich działania były inspirowane zasadą utilitaryzmu. Podaje przykład sprawowania rządów w starożytnej Sparcie, gdzie nawet częściowo była stosowana zasada ascetyzmu, jednak celem ustroju było zagwarantowanie bezpieczeństwa, a więc zastosowanie zasady użyteczności. J. Bentham udowadnia dalej, że szczęściem jednostek jest właśnie przyjemność i bezpieczeństwo. Nade wszystko tę zasadę uważa za nadrzędną (jedyną), którą winien kierować się prawodawca.

J. Bentham akcentuje interes społeczeństwa jako ogólny termin nauki o moralności. Samo społeczeństwo określa jako ciało, złożone z indywidualnych osób, zaś interes społeczeństwa jako sumę interesów składających się na nie jednostek. We wstępie pracy filozof jednak nie zaznacza, by interes ów z uwagi na efekt synergii zawierał coś jeszcze, wydaje się, że w ten sposób nie różnicuje go.

Nie sposób zgodzić się jednak z takim rozumieniem tego interesu. Oczywiście nie można, popadłszy w skrajność, skonstatować, by interes społeczeństwa stał *per se* w opozycji do interesu jednostki. Nie można także orzec, że J. Bentham posłużył się zbytnim uproszczeniem, jakoby widział relację między interesem publicznym i interesem prywatnym, przez pryzmat teorii nadrzędności lub teorii wspólnego interesu². Wprawdzie wydaje się tak także później przy rozważaniach w przedmiocie podziału przestępstw, jednak jest to jedynie mylne wrażenie. Interes jednostki Bentham tłumaczył bowiem jako przyczynę „do powiększania całkowitej sumy jej [przyp. J. U. jednostki] przyjemności lub (...) zmniejsza całkowitą sumę jej przykrości”. Bentham uważał, że nie można mówić o interesie całego społeczeństwa, bez jednoczesnego wskazania i zrozumienia, czym jest interes jednostki³.

Interes konsumentów i interes przedsiębiorców(?)

J. Bentham, na pozór jedynie niesłusznie, stawia tezę, że interes jednostki i interes społeczeństwa zmierzają w tym samym kierunku. Przykładowo w prywatnym interesie przedsiębiorcy leży w ogólności pomnażanie zysków, takie prowadzenie działalności gospodarczej, które przy równoczesnym zmniejszaniu kosztów maksymalizuje jego zyski. W interesie zaś społeczeństwa (np. konsumentów) leży nabywanie jak najtaniej towarów o jak najwyższej jakości⁴.

Pozornie jednak nie jest tak, że interesy te są kontradiktoryjne⁵. Może jednak fałszywie uważają Ci, że mamy do czynienia ze wspólnym (publicznym)

² Zostały wyjaśnione w dalszej części tekstu. Zob. szeroko na temat relacji interesu publicznego i interesu prywatnego V. Held, *The Public Interest and Individual Interest*, New York 1970.

³ J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, Rozdział I, teza 5.

⁴ Wykluczywszy dwie grupy konsumentów, ponieważ zachowują się na rynku atypowo, a więc zgodnie z paradoksem Giffena (sytuacja ekonomiczna, w której popyt na dane dobro wzrasta pomimo wzrostu ceny; dotyczy to konsumentów o bardzo niskich dochodach, gdy wzrastają ceny dóbr niższego rzędu, dlatego popyt rośnie) albo zgodnie z paradoksem Veblena (wzrost wielkości popytu na dobra luksusowe mimo wzrostu ich cen; jest to tzw. konsumpcja na pokaz).

⁵ H. Żakowska-Henzler słusznie zauważa, iż „jakkolwiek bowiem istotę interesu publicznego charakteryzuje także jego przeciwstawienie interesowi indywidualnemu, prywatnemu czy lokalnemu, to do kategorii potrzeb, których zaspokojenia wymaga interes publiczny, należą także i takie, które są istotne z punktu widzenia interesów indywidualnych lub lokalnych, nawet jeśli nie są to potrzeby odczuwane przez ogół czy większość społeczności”. H. Żakowska-Henzler, *Nadużycie patentu*, „SPP” 2010, nr 1, s. 104, przyp. 48.

interesem konsumentów, a pojedynczym (prywatnym) interesem przedsiębiorcy, czy też prywatnym interesem konsumenta⁶. Kierując się tezą J. Benthamy, należy wskazać inaczej: mamy do czynienia z następującą sytuacją:

- A. INTERES PRZEDSIĘBIORCY → MAKSYMALIZACJA ZYSKÓW przy MINIMALIZACJI KOSZTÓW⁷
- B. INTERES KONSUMENTA → MAKSYMALIZACJA JAKOŚCI przy MINIMALIZACJI CENY (KOSZTÓW)

Interesem publicznym będzie zaś suma A + B, której w tym miejscu nie sposób definiować, ale bez wątplenia suma ta idzie w parze ze stwierdzeniem

⁶ Interes konsumentów najczęściej utożsamiony jest tutaj z interesem powszechnym z uwagi na fakt, iż: po pierwsze, każdy jest konsumentem, po drugie, interesy konsumentów są tożsame, wspólne. Interes przedsiębiorcy jest zaś interesem indywidualnym, jednostkowym, ponieważ po pierwsze, nie każdy jest przedsiębiorcą, po drugie, pomiędzy pojedynczymi przedsiębiorcami działającymi na tym samym, właściwym rynku istnieje spory konflikt interesów. Wspólnym interesem wszystkich przedsiębiorców nie jest także istnienie reguł konkurencji. Zawsze bowiem będą tacy przedsiębiorcy, dążący do absolutnej dominacji rynku, dla których reguły konkurencji będą przeszkodą. Tendencja ku stworzeniu powszechnej konkurencji wydaje się być jednak właśnie wspólnym pożytkiem, kiedy więksi przedsiębiorcy, rezygnując ze swej monopolistycznej pozycji (nie mówimy tutaj o monopolistach państwowych) oraz rezygnacji z części zysków, pozwalają wprowadzić na działalność mniejszych podmiotów, jednak służy to także ich interesom. Gwarantuje im bowiem pewność, iż w sytuacji utraty ich pozycji (także z przyczyn *vis major*) także wobec nich będą działać te same reguły zezwalające im na udział w rynku. Zazwyczaj mówi się o zbiorowym interesie konsumentów, jako części interesu publicznego, i chociaż zastrzega się, że odnosi się to do nieokreślonego, szerokiego kręgu osób, a nie zdefiniowanej grupy konsumentów i ich indywidualnych interesów, to raczej nie mówi się o zbiorowym interesie przedsiębiorców, stawiając ich zawsze osobno w opozycji do interesu konsumentów. Tak przynajmniej czyni się, opisując konkurencję m.in. jako mechanizm rywalizacji samodzielnych przedsiębiorców. Ochroną „zbiorowego interesu przedsiębiorców” nie zajmuje się także ochrona konkurencji, gdyż dotyczy ona tak interesów przedsiębiorców, jak i konsumentów, traktowanych jako ogół. Zob. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 26 kwietnia 2006 r., XVII Ama 101/04, Dz.Urz. UOKiK Nr 3, poz. 46; K. Kochutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, Art. 1, Teza 1; T. Skoczny, D. Miąsik [w:], T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, Komentarz*, Warszawa 2009, Art. 1, Teza 43. Przeciwnie jednak twierdzi się, że „w Polsce konkurencja powinna być chroniona dlatego, że zapewnia najwyższy możliwy poziom dobrobytu (zaspokojenia interesów) konsumentów, a w konsekwencji „[p]olityka ochrony rynku przed ograniczeniami konkurencji oraz stwarzania warunków dla jej rozwoju powinna (...) zawsze uwzględniać ostateczny cel, jakim są interesy konsumentów”. Tak Prezes UOKiK C. Banasiński w wywiadzie dla redakcji Biuletynu „Prawo konkurencji na co dzień”; za: T. Skoczny, D. Miąsik [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa...*, Warszawa 2009, Art. 1, Teza 65.

⁷ O priorytetowym zmniejszaniu kosztów produkcji nad ewentualnym tworzeniem nowych produktów w związku ze zjawiskiem innowacyjności B. Godin, „*Innovation Studies*”: *The Invention of Speciality*, Minerva 2012, Nr 50, s. 414.

Benthama, iż „tendencja do pomnożenia szczęścia społeczeństwa⁸ jest większa od ewentualnej tendencji zmniejszania go”⁹. Przez pryzmat ten zauważamy dopiero, że realizując niniejszą zasadę, szczęście społeczeństwa i jednostki można określić w następujący sposób: $x \rightarrow y$, gdy x oznacza szczęście społeczeństwa, zaś y szczęście jednostki, zaś $x < y$, a $x^1 + x^{1+n} > y$. Realizacja interesu społeczeństwa jest więc możliwa jedynie przy każdorazowym kumulowaniu wszystkich interesów jednostek i wżeniu ich. Oznacza ono normatywną wskazówkę powinnościową wyznaczającą zakres i treść wartości uznawanych przez daną społeczność za zasługujące na ochronę bez względu na indywidualne przekonania jednostek. Konsekwentnie zatem interes publiczny to „interes całego społeczeństwa lub interes wielu niezindywidualizowanych podmiotów traktowanych wspólnie jako jeden podmiot¹⁰. Innymi zaś słowy, będzie to kompromis między tym, co istotne z punktu widzenia istnienia państwa, a sferą interesów prywatnych, przy czym „wartości pierwszego rodzaju w sposób pośredni służą realizacji interesów indywidualnych, mając w gruncie rzeczy względem tych ostatnich charakter instrumentalny”¹¹.

Wydaje się jednak, że jednoczesne gwarantowanie wszystkich interesów jednostek (a więc interesu społeczeństwa) wymaga każdorazowego miarkowania interesów jednostek badanych na konkretną chwilę dokonywania tej oceny. Wynika to stąd, że mamy do czynienia z różnym rozumieniem szczęścia (szczęście osobiste, rodzinne, zawodowe, narodowe, dobrobyt itd.), a w dodatku rozumieniem subiektywnym i czasowym, a więc takim, które jest szczęściem w konkretnej chwili. Jeśli jednak powiemy (za Platonem), że szczęście jest pojęciem jako takim, rozumianym obiektywnie, niezmiennym w swej postaci i znaczeniu, to interes jednostki, niezależnie jak należałoby go miarkować i oceniać, zawsze będzie zbieżny z interesem publicznym. Kontynuując przykład pozornego konfliktu przedsiębiorców i konsumentów, przy założeniu, że nie mamy do czynienia z paradoksem Veblena lub Giffena¹², można wykazać, że chwilowa rezygnacja przez przedsiębiorców z zupełnej maksymalizacji zysków, a więc przy ustaleniu najwyższych możliwych cen, prowadzi do sytuacji, w której większa część środków zostaje u konsumentów, którzy z pewnością będą mogli dokonać

⁸ W skład którego wchodzi i przedsiębiorcy, i konsumenci, a obie te grupy wypełniają ten zbiór, co więcej przedsiębiorcy w różnym czasie będą także konsumentami, ale nie odwrotnie, ponieważ nie każdy konsument jest przedsiębiorcą. Nadto w danej konkretnej chwili przedsiębiorca nigdy nie będzie jednocześnie konsumentem i odwrotnie.

⁹ J. Bentham, *op. cit.*, Rozdział I, Teza VI.

¹⁰ J. Boć, *Prawo administracyjne*, Wrocław 2000, s. 24–26.

¹¹ E. Wieczorek, *Niektóre aspekty ochrony konsumentów w świetle ustawy – Prawo działalności gospodarczej*, „SP 2000”, nr 7, s. 625.

¹² Zob. przyp. 4.

kolejnego zakupu i kolejnego, i kolejnego, pozwoliwszy sobie na zwielokrotnianie konsumpcji dóbr (towarów i usług). Prowadząc jednak takie wnioskowanie, poczynawszy od następującego: jeśli pozwolimy na rezygnację z pełnej minimalizacji kosztów nabycia pewnych dóbr, a więc zwiększymy tendencję do maksymalizacji zysków, gwarantujemy stały dostęp do tych dóbr. Nade wszystko tylko przy tendencji maksymalizacji zysków przedsiębiorców i minimalizacji ich kosztów możemy oczekiwać tendencji maksymalizacji jakości produktów, a tym samym przy jednoczesnej tendencji maksymalizacji jakości produktów, można zaś oczekiwać tendencji zwiększania zysków przedsiębiorców. Interes publiczny rozumiany jako równowaga interesów¹³ jest realizowany poprzez zasadę proporcjonalności¹⁴, opiera się poniekąd na rywalizacji konkurencyjnych roszczeń, które jednak skupione są wokół wspólnych wartości. Jest to jednak jeden z modeli, tzw. teoria jedności (z ang. *unitary conception*), chociaż model zupełnie różny od dwóch pozostałych, które wykształciły się w odpowiedzi na pytanie dotyczące opisanego relacji na linii interes publiczny – interes prywatny. Jeden z nich mówi o nadrzędności interesu publicznego. U podłoża tej teorii stoi założenie o tym, iż interes publiczny jest to suma interesów indywidualnych reprezentowanych przez większość, eliminując interesy mniejszości. Druga z teorii – wspólnego interesu – zakłada, że interesy mniejszości nie mogą być pomijane¹⁵.

Najtrafniej jednak: poszukiwanie szczęścia w państwie demokratycznym jest prawdopodobne li tylko „jedynie za pomocą metody polegającej na szukaniu równowagi pomiędzy interesami znajdującymi się w konflikcie”¹⁶, a więc z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, gdzie interes publiczny vs. prywatny widziany jest przez pryzmat teorii jedności.

¹³ A. Michalak, *Interes publiczny i jego oddziaływanie na powstanie, treść i wykonywanie praw własności intelektualnej*, Warszawa 2012, s. 79 i literatura tam podana.

¹⁴ T. Gizbert-Studnicki posługuje się w tym kontekście pojęciem konfliktu dóbr. Wskazuje, że w sytuacji, w której jednoczesne urzeczywistnienie w pełnym zakresie wszystkich dóbr nie jest możliwe, rozwiązanie następuje poprzez poświęcenie, w pewnym stopniu, jednych dóbr dla umożliwienia realizacji, w pewnym stopniu, innych kolidujących dóbr. Por. T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, nr 1, s. 2.

¹⁵ V. Held, *The Public Interest and Individual Interest*, New York 1970.

¹⁶ F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles 1990, s. 686 za: J. van Compernelle, *Vers une nouvelle définition de la fonction de juger: du syllogisme à la pondération des intérêts*, [w:] *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage François Rigaux*, Bruxelles 1993, s. 505. Za A. Frąckowiak-Adamską, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobody rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 4.

Podstawy aksjologiczne prawa patentowego

Powszechnie wiadomo, że prawo patentowe pozostaje komplementarne¹⁷ z prawem konkurencji, gdyż jeden, jak i drugi system służą rozwiązywaniu problemu niedoskonałości rynku¹⁸. Komplementarność polega na tym, iż prawo patentowe jest zainteresowane bardziej dobrami niematerialnymi – bez rzeczowego substratu, podczas gdy prawo konkurencji interesuje się już tym, co na rynku jest¹⁹. Odpowiada to także rozróżnieniu poczynionemu przez Ch. Freemana między wynalazkiem a innowacją (z ang. *invention & innovation*)²⁰. By jednak lepiej zrozumieć wspólne ich zależności i relacje, można rozpocząć rozważania od przedstawienia pierwotnych ocen, które stały u podłoża ustanowienia praw patentowego i prawa konkurencji.

I tak, uzasadniając potrzebę ochrony patentowej, należy przede wszystkim przedstawić argumenty natury etycznej i ekonomicznej. F. Machlup w Raporcie przedłożonym Senatowi Stanów Zjednoczonych w 1958 roku przedstawił cztery teorie potwierdzające celowość udzielenia wynalazcy czy innym uprawnionym prawa wyłącznego. Mowa tu mianowicie o: (1) teorii prawa naturalnego, (2) teorii nagrody²¹, (3) teorii zachęty i (4) teorii umowy i ujawnienia²². Dwie pierwsze to teorie prawnonaturalne, tj. oparte na aspektach etycznych, zaś dwie następne

¹⁷ D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2012, s. 325.

¹⁸ K. Czepracka, *Intellectual property and the limits of antitrust. A comparative study of US and EU approaches*, Cheltenham 2009, s. 36.

¹⁹ R. Skubisz, *Własność przemysłowa w systemie prawa*, „System Prawa Prywatnego” 2010, z. 4(19), 2011 z. 1(20), s. 32–33.

²⁰ Ch. Freeman, *The economics of industrial innovation*, Harmondsworth: Penguin Books, 1974, s. 22.

²¹ Inaczej rekompensata dla twórcy za dokonanie wynalazku z korzyścią dla społeczeństwa.

²² Najpełniej F. Machlup, *An Economic Review of the Patent System* [w:] *Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary United States Senate. 85th Congress, 2nd Session. S. Res. 236. Study No. 15*. Washington 1958, p. 21; Także, idem, *Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts*, cz. I, s. 373 i n.; cz. 2, s. 473 i n.; cz. 3, s. 524 i n., GRUR Int. 1961; Zob. także zamiast wielu F.-K. Beier, *Die herkömmlichen Patentrechtstheorien und sozialistische Konzeption des Erfinderrecht*, GRUR Int. 1970 nr 1, s. 1 i n.; idem, *Wettbewerbsfreiheit und Patentschutz zur geschichtlichen Entwicklung des deutschen Patentrechts*, GRUR 1978, Nr 3, s. 123 i n. oraz F.-K. Beier, J. Straus, *Das Patentwesen und seine Informationsfunktion – gestern und heute*, GRUR 1978, s. 282 i n.

jako ekonomiczne²³, a więc biorące pod uwagę interes publiczny²⁴. W literaturze wyróżniono także teorię inwestycji²⁵ oraz koncepcję konkurencji badawczej²⁶. Z punktu widzenia skutków rozwoju techniki wskazuje się, że ochrona patentowa stanowi bodziec do transformacji wynalazków w fazę innowacji oraz środków umożliwiające wyłączną eksploatację nowo odkrytego „technicznego złoza”. System patentowy stanowi także instrument realizowania polityki gospodarczej państwa w zakresie postępu technicznego, instrument realizacji innych polityk (ochrony zdrowia i środowiska), a także stymulator inwestycji zagranicznych, transferu technologii, prowadzenia lokalnych prac badawczo-rozwojowych. Jednak co wydaje się najistotniejsze, to okoliczność, iż „funkcją prawa własności intelektualnej w najogólniejszym ujęciu jest zachęcanie do angażowania się wszystkich członków społeczeństwa w działalność intelektualną, prowadzącą do poprawy warunków życia ogółu”²⁷.

Nadto Bentham prezentuje ciekawe, acz spójne z całą koncepcją, spojrzenie na sens pracy. Jego zdaniem „nie ma znaczenia, w jaki sposób praca się odbywa ani jakie jest jej zadanie, byleby dawała dochód”²⁸.

W literaturze wskazuje się, iż ochrona prawnopatentowa jest wyrazem naturalnego prawa twórcy do płodów własnego umysłu, a więc naturalnego prawa twórcy do wynalazku, która ma stanowić rekompensatę dla twórcy za jego dokonania²⁹, a więc rekompensatę jego pracy. Zgodnie z teorią naturalnego prawa twórcy do wynalazku, jest on moralnie upoważniony do przedmiotów swojej własności intelektualnej, gdyż „twórcom przynależy w odniesieniu do ich pomysłów naturalne prawo własności, które musi być respektowane przez innych”³⁰. W preambule do ustawy patentowej z 1791 roku odwołano się do naturalnych praw twórcy do każdego nowego pomysłu³¹. Interes twórcy, tj. interes jednostki,

²³ Wydaje się, że odwołując się do koncepcji racjonalności prawa, można nazwać je odpowiednio metafizyczną i instrumentalną. Za W. Załuski, *Racjonalność prawa (Rationality of Law)*, [w:] *Leksykon socjologii prawa*, Wydawnictwo C.H. Beck, planowany rok wydania: 2012 [w:] *Academia.edu*: http://www.academia.edu/936871/Racjonalnosc_prawa_Rationality_of_the_Law_

²⁴ M. du Vall, *Prawo patentowe*, Warszawa 2008, s. 129–134.

²⁵ F. Pollaud-Dulian: *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, p. 5; N. Dreyfus, B. Thomas, *Marques dessins et modèles, stratégie de protection, de défense et de valorisation*. Delmas 2002, s. 11.

²⁶ T. Calame, *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Vol. IV, Bâle 2006, s. 8.

²⁷ D. Miąsik, *Op. cit.*, s. 38.

²⁸ J. Bentham, *Op. cit.*, s. 84.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ R. Skubisz, *Op. cit.*, s. 87.

³¹ Tak też już Galileo Galilei w 1593 roku w petycji do Republiki Weneckiej, gdzie

jest ze wszech miar pierwszoplanowy, co może być rozumiane jako ochrona prawa podstawowego – własności. *Ergo* ochrona ta leży w interesie publicznym³².

Teoria nagrody ma zaś na celu wynagrodzenie wynalazcy za przyczynienie się do postępu naukowego lub technicznego. A. Smith uważał system patentowy za uczciwy mechanizm wynagradzania przez społeczeństwo wynalazcom³³, określane mianem „sprawiedliwości dystrybtywnej”, nieuczciwym bowiem byłoby swobodne korzystanie przez wszystkich z tego, co własnym wysiłkiem i nakładem środków uzyskał twórca³⁴. Trybunał Sprawiedliwości UE w swoim orzecznictwie, wypowiadając się na temat *ratio legis* systemu patentowego, wyraził pogląd, że „celem patentu jest <<wynagrodzenie twórczego wysiłku wynalazcy>>”³⁵.

Powyższe teorie należy skonfrontować z benthamowskim rozumieniem pojęcia dobrobytu, który rozumie jako „przyjemności, które można wydobywać ze świadomości posiadania rzeczy mogących być narzędziami rozkoszy lub bezpieczeństwa, zwłaszcza w okresie, gdyśmy je świeżo nabyli”³⁶.

Opisywane teorie prawnonaturalne zostały w literaturze skrytykowane, gdyż wyłączność przyznana jednej osobie może spowodować znaczne straty społeczne³⁷. Podnoszono więc inne sposoby rekompensaty twórcy. Takie stanowisko jest wyrazem rozważenia interesów publicznych przy ocenie przysługujących twórcom praw.

W kontekście teorii prawnonaturalnych należy podkreślić, że prawo wyłączne nie pozwoli jednak korzystać wynalazcy z przedmiotu ochrony w sposób nieograniczony. Wynika to bowiem z faktu, iż patent jest wyjątkiem od zasady. Zasadą jest bowiem swobodny dostęp do powstałych wynalazków. Jeśli uprawniony podmiot nie wnioskuje o przyznanie (ograniczonej terytorialnie i czasowo) ochrony, wynalazek ten przy braku zastosowania innych środków, jak np. ochro-

podnosi, że wynalazek, którego dokonał znacznym wysiłkiem i przy znacznych nakładach, jest jego własnością i nie może stanowić wspólnego dobra, z którego mógłby korzystać każdy zainteresowany.

³² D. Miąsik, Op. cit., s. 73.

³³ A. Mossoff, *Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History 1550 – 1800*, „Hastings Law Journal” 2001, vol. 52, s. 1315.

³⁴ S. Sterckx, *The Ethics of Patenting – Uneasy Justification* [w:] *Death of Patents*, London 2005, s. 192, cyt. za M. du Vall, Op. cit., s. 131.

³⁵ Zob. wyrok TS UE z 31.10.1974 r. w sprawie 15/74, *Centrafarm v. Sterling Drug*, Zb. Orz. 1974, s. 1147, pkt 9 oraz wyrok TS UE z 9.07.1985 r. w sprawie 19/84, *Pharmon BV v. Hoechst AG*, Zb. Orz. 1985, s. 2281, pkt 26. Zob. szerzej R. Skubisz, Op. cit. s. 88, zwłaszcza przyp. 302.

³⁶ J. Bentham, Op. cit., s. 59.

³⁷ F. Machlup, E. Penrose, *The Patent Controversary in the Nineteenth Century*, „The Journal of Economic History” 1950, vol. 10, s. 26–27.

na środkami know-how, stanie się automatycznie dobrem wspólnym. Wszystko, co zostaje stworzone, a nie jest mu przyznana właściwa ochrona, czy sam twórca nie podejmie właściwych środków zaradczych czy ochronnych, należy do domeny publicznej. Nade wszystko właściwy organ (tu Urząd Patentowy RP), badając wniosek o przyznanie patentu, ma na względzie zwłaszcza interes społeczny i słuszny interes obywateli. Wymaganie to nakłada przepis art. 7 K.P.A. z uwagi na okoliczność, że postępowanie to jest postępowaniem administracyjnym. Co więcej, zgodnie z art. 68 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej³⁸ zakłada, iż uprawniony z patentu lub licencji nie może nadużywać swego prawa, w szczególności przez uniemożliwianie korzystania z wynalazku przez osobę trzecią, jeżeli jest ono konieczne do zaspokojenia potrzeb rynku krajowego, a zwłaszcza gdy wymaga tego interes publiczny, wyrób zaś jest dostępny w niedostatecznej ilości lub jakości albo po nadmiernie wysokich cenach. Obrona interesu publicznego uzasadnia także m.in. instytucję licencji przymusowej³⁹.

Nadto mogłoby się jednak wydawać, że niniejsze założenie nie jest sprzeczne z przyrównywanym do patentu prawem własności⁴⁰. Otóż jeśli powiemy, że wszystko, co istnieje, należy do domeny publicznej, a tylko pewne konstrukcje pozwalają wyodrębnić z całości pewne „cegiełki – prawa”, to jakkolwiek dane prawo będzie szerokie w swej konstrukcji, to zawsze będzie wyjątkiem i taką wiązką uprawnień, jaka została przyznana na mocy danego uprawnienia. Toteż prawo naturalne twórcy będzie zawsze stać w opozycji do prawa innych ludzi, do powielania znajdujących się w obrocie wyrobów, *ergo* będzie sprzeczne z prawem do swobodnego handlu. Nadto przedmiotem własności może być tylko taki przedmiot, który może być w posiadaniu jedynie przez właściciela. Ostatnim, jednak nie mniej ważnym argumentem, jest okoliczność, iż skoro patent jest ograniczony zarówno terytorialnie, jak i czasowo, to o prawie naturalnym twórcy mowy być nie może⁴¹.

Teorie natury ekonomicznej podkreślają znaczenie systemu patentowego jako zachęty do dokonywania wynalazków i ich stworzenia, ujawnienia, rozpowszechniania. Tutaj ujawnia się rola zasady proporcjonalności w związku z przyznaniem uprawnionemu ochrony. Ochrona patentowa stanowi bodziec dla

³⁸ T. jedn. Dz.U.2003 Nr 119, poz. 1117 ze zm.

³⁹ A. Michalak, Op. cit., s. 39.

⁴⁰ Pogląd o bardzo długiej tradycji, obecny zwłaszcza wśród prawników oraz filozofów w związku z wielkim sporem o prawo patentowe i dyskusją nad jego kształtem w XIX wieku. C. Le Hardy de Beaulieu, *La Propriété des inventions est un propriété comme une autre*, *Journal des economists*, XII (3rd Ser.) (1869), s. 251–259; zaF. Machlup, E. Penrose, Op. cit., s. 11.

⁴¹ Por. S. Sterckx, Op. cit., s. 187–188.

transformacji wynalazku do stadium innowacji oraz umożliwia eksploatację nowego „technicznego złoza”⁴². Twierdzi się bowiem, iż bez prawa patentowego społeczeństwo nie dokonałoby tak istotnego skoku rozwojowego i ekonomicznego. Skoro prawo patentowe jest motorem innowacji⁴³, dlatego słusznym jest ustanowienie i utrzymywanie ochrony patentowej.

Pierwsza teoria zachęty ma swoje doniosłe znaczenie ekonomiczne. Otóż stworzenie, wytworzenie wynalazku, a więc samego modelu postępowania, pociąga za sobą częstokroć niebagatelne koszty prac badawczych. Zatem ludzie lub przedsiębiorstwa chętniej będą inwestować swoje zasoby (materialne i intelektualne) w badania naukowe, jeśli zostanie im zagwarantowane prawo wyłączności do korzystania z powstałych wynalazków⁴⁴. Obecnie pilna jest aktualizacja i uściślenie tego stanowiska. Otóż skoro większość wynalazków ma charakter pracowniczy, nie tyle chodzi o pobudzenie twórców do dokonywania wynalazków, co o skłonienie przedsiębiorców do łożenia na badania i rozwój, a także do inwestowania w nowe technologie⁴⁵. Teoria zachęty pozostaje w ścisłym związku z teorią nagrody, ponieważ obie teorie wspólnie wyrażają myśl stymulowania postępu technicznego przez system patentowy⁴⁶. Konieczność stymulowania pozostaje nadal aktualna, mimo iż mamy do czynienia z największym i najszybszym rozwojem wielu branż. Jednakże tworzenie nowych wynalazków zwłaszcza na rynku biotechnologicznym, farmaceutycznym i teleinformatycznym jest bardzo czasochłonne i kapitałochłonne, co zwłaszcza uzasadnia ekonomiczne teorie przemawiające za utrzymywaniem ochrony patentowej⁴⁷.

Kolejna teoria umowy i ujawnienia skupia się na zachęcaniu wynalazców do ujawnienia (udostępnienia) społeczeństwu nowych rezultatów swojej pracy – rozwiązań technicznych (szczególnie poprzez zgłaszanie ich we właściwej instytucji). Logiczną konsekwencją tej teorii będzie zaś przyznanie patentu osobie, które pierwsza dokonała zgłoszenia wynalazku⁴⁸. Chodzi tu mianowicie o nagrodzenie tego, kto pierwszy zgłosił (udostępnił) wynalazek, a nie go

⁴² M. du Vall, Op. cit., s. 129 i 134–135.

⁴³ J. Koopman, *Biotechnology, Patent Law and Piracy: Mirroring the Interests in Resources of Life and Culture*, Konferencja Ius Commune Research School workshop on Intellectual Property in Edinburgh University School of Law, 19–20 June 2003, s. 16.

⁴⁴ R. Skubisz, Op. cit., s. 87 oraz F. Wambugu, *Biotechnology for sustainable agricultural development in Africa: Opportunities and challenges* [w:] Charles R. McManis (red.), *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, London 2007, s. 177.

⁴⁵ M. du Vall, Op. cit., s. 132.

⁴⁶ Ibidem, s. 88.

⁴⁷ Zob. G. Dutfield, *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries. Past, Present and Future*, Hackensack/London, 2009, s. 193–194.

⁴⁸ Mowa tu o zasadzie pierwszeństwa zgłoszenia.

dokonał⁴⁹.⁵⁰ Społeczeństwo będzie dążyć jednak do jak najwęższego zakreszenia praw ochronnych przyznanych uprawnionemu. Wobec tego będzie chciało w pełni czerpać z danego, już wskazując *in concreto*, rozwiązania. Skoro jednak prawo do czerpania korzyści ma zostać przyznane konkretnemu podmiotowi, to najlepiej, by możliwość dostępu społeczeństwa do wynalazku była jak najtańsza.

Kolejna teoria ochrony inwestycji zakłada, iż ochrona praw wyłącznych jest uzasadniona nakładami inwestycyjnymi. Jej zwolennicy głoszą, że powinno być chronione patentem wyłącznym wszystko, co zasługuje na kopiowanie. Takie rozumienie tej teorii spotkało się jednak z uzasadnioną krytyką⁵¹.

Koncepcja konkurencji badawczej skupia się z kolei na relacjach panujących pomiędzy trzema płaszczyznami: konsumpcji, produkcji i dokonywania innowacji, na zasadzie sprzężenia zwrotnego. Działalność produkcyjna rozwija się tylko dlatego, że w następstwie niedoboru zostaje ograniczona konsumpcja, zaś działalność innowacyjna rozwija się, ponieważ zostaje ograniczone wykorzystanie innowacji w działalności produkcyjnej. System patentowy ma właśnie ograniczać wykorzystanie innowacji w produkcji, stąd motywować działalność badawczą. *Ergo* stymuluje konkurencję na poziomie badań i wdrożeń oraz postępu techniczny⁵².

Z praktycznego punktu widzenia, przedsiębiorca będzie co do zasady dążył do jak najrychlejszego wprowadzenia wynalazku w fazę produkcji celem zwrotu kosztów wyłożonych na badania. Jest to jednak tylko pewne pierwotne założenie, gdyż w rzeczywistości większość opatentowanych wynalazków nigdy nie będzie przedmiotem produkcji⁵³, gdyż może być nieopłacalna, dlatego że nie spotka się z popytem na dany produkt. Niemniej samo poszukiwanie produktu, który ma nieść ze sobą sukces związany z prowadzonymi badaniami, jest korzystny dla rozwoju nauki i stąd zaspokojony zostaje powszechny głód wiedzy i postępu korzystny społecznie. System patentowy stanowi bodziec do transformacji wynalazków do stadium innowacji, skupia się na doprowadzeniu wynalazku do

⁴⁹ R. Skubisz, *Op. cit.*, s. 87.

⁵⁰ Stąd ta teoria wydaje się być sprzeczna z teorią nagrody. Wskazuje się, że traktowanie ochrony patentowej jako rekompensaty dla twórcy za dokonanie wynalazku jest chybione także z tego powodu, iż patent uzyskuje nie ten, kto rozwiązania wymyślił, lecz ten, kto pierwszy zgłosił je do ochrony. Tak W. Cornisch, D. Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, London 1996, pkt 3–36.

⁵¹ Zob. F. Pollaud-Dulian, *Op. cit.*, s. 5; N. Dreyfus, B. Thomas, *Op. cit.*, s. 11.

⁵² Zob. zamiast wielu M. Lechmann, *Eigentum, Geistiges Eigentum*, s. 360 i n. i powołane tam obszerne piśmiennictwo; także T. Calame [w:] *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, t. IV, s. 8.

⁵³ R. Skubisz, *Op. cit.*, s. 91.

etapu komercjalizacji⁵⁴. Zakłada zachęcanie przedsiębiorców do inwestowania w innowacje technologiczne i poniesienia nakładów na rozwój wynalazków, które zwykle co najmniej trzykrotnie przewyższają kwoty wydatkowane na ich dokonanie⁵⁵. System patentowy umożliwia wyłączną eksploatację nowo odkrytego „technicznego złoza”. Zakłada pozostawienie go już chronionego patentem do czasowej eksploatacji uprawnionego⁵⁶.

Prawo patentowe to także instrument realizacji polityki gospodarczej państwa w zakresie postępu technicznego. Otóż przedsiębiorcy coraz większą wagę przywiązują do innowacji i rozwoju technologii. O wartości przedsiębiorstwa świadczą także wchodzące w jego skład patenty i inne prawa własności przemysłowej⁵⁷. Znaczące inwestycje w nowe technologie zauważa się zwłaszcza w dziedzinie biotechnologii, farmacji oraz przekazie dźwięku i obrazu⁵⁸. System ochrony patentowej związany jest z polityką gospodarczą państwa. Ma wpływ na rozwój konkurencyjności przedsiębiorstw i wprowadzanie innowacji. Jednym z rodzajów innowacji jest tzw. techniczny wynalazek, a więc taki, który uległ komercjalizacji. Dzięki takim wynalazkom, które zostały rozpowszechnione w postaci nowych i zaawansowanych produktów czy procesów, można opisać postęp w nauce⁵⁹. Jednakże mówiąc o wynalazku, który spełnia m.in. cechę poziomu wynalazczego, oraz innowacji, zawsze należy je ściśle rozróżniać⁶⁰. Wynalazek jest czymś więcej niż ideą, pomysłem, koncepcją, ale także czymś mniej niż pełny produkt lub proces oferowany konsumentom⁶¹.

Jakkolwiek część wynalazków nie przekłada się na rozwój gospodarczy, to ich produkcja jest istotna z punktu widzenia dóbr, takich jak życie czy zdrowie, a więc doniosłych społecznie. Zatem wiele wynalazków jest paletą innowacji dla medycyny czy ochrony środowiska. System patentowy realizuje więc także inne cele poza gospodarczymi. Przykładowo badania i produkcja leków na malarię czy śpiączkę afrykańską są z punktu widzenia gospodarki zupełnie nieopłacalne. Lekarstwa te nie spotkają się z masową konsumpcją. Jedynym

⁵⁴ E. Chege Kamau, *A Hard Patent System: An Impediment to Technological (Economic) Development in Less Developed Countries. The Role of the European Union in Spurring Development in African, Caribbean and Pacific Countries*, Baden – Baden 2004, s. 51.

⁵⁵ E. Chege Kamau, *Ibidem*, s. 52, zwłaszcza przyp. 41.

⁵⁶ E. W. Kitch, *The Nature and Function of Patent System*, „Journal of Law and Economics” 1977, nr 20, s. 268.

⁵⁷ Tak art. 55¹ pkt 6 K.C.

⁵⁸ W. Cornish, D. Llewelyn, *Intellectual Property*, s. 141–142.

⁵⁹ Ch. Freeman, *The economics of industrial innovation*, Harmondsworth, Penguin Books, 1974, p. 18

⁶⁰ *Ibidem*, s. 22

⁶¹ C. F. Carter, B. R. Williams, *Industry and technical progress, Factors governing the speed of application of science*, London, Oxford University Press, 1957, s. 108.

podmiotem, który będzie bezpośrednim nabywcą takich leków stanie się rząd danego państwa czy organizacje rządowe lub pozarządowe (takie jak fundacje czy stowarzyszenia). Niestety, wspomniane choroby występują w państwach o jednym z najniższych produktów PKB na świecie⁶², więc finansowanie ich może nie rekompensować w pełni nakładów na badania. Stąd system patentowy stanowi stymulator poszukiwania nowych produktów farmaceutycznych, także dla leków, których produkcja jest ekonomicznie nieopłacalna⁶³. Gwarantuje bowiem pewne zabezpieczenie ekonomiczne dla przedsiębiorców. Gdyby takiej ochrony nie było, przedsiębiorcy nie prowadziliby badań w tym zakresie w ogóle⁶⁴. Jak wskazuje T. Zimny: „trudno oczekiwać, aby przedsiębiorcy sprzedawali swoje produkty po obniżonej cenie w imię jakiegoś dobra wyższego. Jeżeli zachodzi potrzeba dostarczenia określonych produktów osobom, których na nie nie stać, to należy znaleźć podmiot, który dystrybucję tych produktów sfinansuje”⁶⁵.

Co więcej, istnienie i jakość ochrony patentowej jest jednym z czynników lokowania inwestycji zagranicznych i rozwoju nie tylko w krajach słabo rozwiniętych⁶⁶, ale także wysoko rozwiniętych. Otóż te ostatnie dążą do podwyższenia sprzedaży ich dóbr właśnie w krajach rozwijających. Zgodnie z wypowiedzią senatora Richarda G. Lugar (USA) jedną z przyczyn wprowadzenia *African Growth and Opportunity Act* z 18 maja 2000r.⁶⁷ było wspomaganie dążeń USA

⁶² Narażeni na zachorowania na malarię i śmierć z jej powodu są zwłaszcza obywatele krajów rejonu Sahary Południowej. Zob. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs094/en/index.html>

⁶³ Badania takie przykładowo prowadzi farmaceutyczna organizacja non-profit – Instytut One World Health, która odkryła i opatentowała terapię antypasożytniczą. Rozwój nad nią nie jest jednak prowadzony. Organizacja prowadzi jednak rozmowy w tym zakresie celem udostępnienia substancji na zasadzie nieodpłatnej lub o niskiej wartości licencji. King Steven R., *Commentary in Biodiversity, Biotechnology and Traditional Knowledge Protection: A Private Sector Perspective* [w:] McManis Charles R. (red.), *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, London 2007, s. 432.

⁶⁴ E. Chege Kamau, op. cit., s. 58.

⁶⁵ T. Zimny, *Problemy moralne związane z inżynierią genetyczną* [w:] T. Twardowski (red.), *Aspekty społeczne i prawne biotechnologii*, Warszawa 2012, s. 269.

⁶⁶ Chociaż nadmierne wzmocnianie ochrony patentowej w krajach rozwijających się może stanowić dla nich zagrożenie z uwagi na niewielkie możliwości prowadzenia inwestycji w rozwój nowych technologii, przemysłu i innych gałęzi gospodarki. Podobnie S. Boettiger, K. Schubert, *Agricultural biotechnology and developing countries: The public intellectual property resource for agricultural (PIPRA)* [w:] McManis Charles R. (red.), *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, London 2007, s. 193.

⁶⁷ Ustawa o szansach i rozwoju Afryki, dostępna na <http://www.agoa.gov/build/>

w konkurowaniu z krajami UE w dostarczaniu do krajów afrykańskich maszyn, elektroniki, usług finansowych oraz produktów rolniczych. Bardziej zamożne kraje rozwijające się mogą bowiem pozwolić sobie na zakupów produktów pochodzących z krajów rozwiniętych gospodarczo⁶⁸.⁶⁹

Nie można także nie wspomnieć o funkcji systemu patentowego jako stymulatora transferu technologii. Jakkolwiek jest to jeden z argumentów przemawiających za transferem technologii do krajów rozwijających się, jednakże jeszcze w większości krajów tzw. biednego Południa ochrona patentowa ma znaczenie jedynie dla ochrony importu gotowych wyrobów⁷⁰. Możliwość patentowania jest także stymulatorem prowadzenia lokalnych prac badawczo-rozwojowych, które prowadzi się jednak głównie w krajach wysoko rozwiniętych oraz w krajach, gdzie taka ochrona jest gwarantowana⁷¹.

Co może być czasem zaskoczeniem, idea praw wyłącznych celem ochrony dóbr niematerialnych sięga aż starożytnej Grecji⁷², a okres pełnego rozkwitu datuje się na XIX w., tj. erę internacjonalizacji ochrony patentowej⁷³. Tak długa historia wydaje się przekonywać o nieodzowności systemu, który nie jest jednak wolny od krytyki. Przeciwnicy, zwłaszcza przełomu XIX i XX w., wywodzący się z szeregów liberalnych ekonomistów, głosili, iż system ów jest sprzeczny z zasadami wolnej konkurencji. Niechęć ta miała wpływ na uchylene w 1869 r.⁷⁴

groups/public/@agoa_main/documents/webcontent/agoa_main_002118.pdf.

⁶⁸ P. Robbins, *Stolen Fruits. The Tropical Commodities Disaster*, London/New York, 2003, s. 90–91.

⁶⁹ Zob. zamiast wielu M. du Vall, Op. cit., s. 137; por. także K. Idris, *Intellectual Property. A Power Tool for Economic Growth*, 2nd Ed., WIPO Publication No. 888.1, Genève 2003, s. 4.

⁷⁰ Por. H. G. Hilpert, *TRIPS und das Interesse der Entwicklungsländer am Schutz von Immaterialgüterrechten im ökonomischer Sicht*, GRUR Int. 1998, nr 2, s. 57.

⁷¹ Por. H. G. Hilpert, Ibidem, s. 59.

⁷² Mowa tutaj o prawie wyłącznym dla „wynalazcy” przepisu na potrawę, który z wyłączeniem innych osób mógł korzystać z niej przez rok. Prawo przyznawane było na południowym cyplu Italii – kolonii Sybaris. Tak H. Bluhm, *Die Entstehung des ersten gesamtdeutschen Patentgesetz*, GRUR 1952, nr 8–9, s. 341.

⁷³ Okres polegający na stworzeniu mechanizmów umożliwiających uzyskiwanie ochrony na ten sam wynalazek w wielu krajach. Zob. zamiast wielu szeroko na ten temat za M. du Vall, op. cit., s. 48–73.

⁷⁴ Należy mieć jednak na uwadze, iż ustawa holenderska nie spełniała podstawowych przesłanek uzasadniających wprowadzenie ochrony patentowej. M.in. nie wymagano od wynalazcy sporządzenia opisu czy dostarczenia rysunków. Publikacje danych ukazywały się zwykle dopiero po upływie 15-letniej ochrony, inne zaś w ogóle pozostawały nieujawnione. Stąd regulacja nie spełniała wymogu ujawnienia wynalazku społeczeństwu, tym samym jakkolwiek regulacja mogła motywować wynalazców, to z punktu widzenia społeczeństwa była zupełnie nieprzydatna, a wręcz zbędna, czy nawet szkodliwa. Zob. M. du Vall, Ibidem, s. 46–47.

obowiązującej ustawy patentowej w Holandii oraz opóźnienie jej wprowadzenia w Niemczech i Szwajcarii⁷⁵.

Wprawdzie korzyści płynące z utrzymywania systemu patentowego nie są empirycznie weryfikowalne, jednak zdaniem F. Machlupa „jeśli nie byłoby ochrony patentowej, to byłoby nieodpowiedzialne zalecenie przyjęcia systemu patentowego przy współczesnym rozpoznaniu jego skutków gospodarczych. Ponieważ jednak od dłuższego czasu istnieje system patentowy, to byłoby również nieodpowiedzialne zalecenie jego likwidacji przy współczesnym stanie wiedzy”⁷⁶.

Inny zaś pogląd wyraża R. Skubisz, który poza sporem pozostawia przydatność systemu patentowego, jednakże wskazuje, iż nie ma dowodów, iż przyjęta obecnie regulacja jest optymalna, zwłaszcza co do czasu i przedmiotu ochrony, co dotyczy się także relacji patentu jako prawa wyłącznego do prawa antymonopolowego⁷⁷.

Jakkolwiek istotnie nie ma dowodów w postaci badań na temat realnego wzrostu gospodarki za przyczyną systemu patentowego, to wszelkie przykłady działalności przedsiębiorców kierujących się zyskiem z prowadzonych przez siebie badań wskazują na jego przydatność społeczeństwu. Co jednak nie zacierają postulatów rewizji przepisów o zakresie ochrony, dozwolonym użytku czy licencjonowaniu (zwłaszcza leków), także w kontekście nadużycia patentu.

Realizacja interesu społeczeństwa w prawie konkurencji

Jak wspomniano wcześniej prawo patentowe i antymonopolowe są komplementarne. Prawo konkurencji może zatem ingerować w prawo patentowe, gdy jest ono przedmiotem nadużyć używane tak, że zakazywanie innym wchodzenia w sferę wyłączności powoduje perturbacje na rynku. Zatem prawo ochrony konkurencji jest bardziej prawem publicznym (chroniącym interes publiczny) niż prywatnym (stojącym na straży interesów prywatnych). Chociaż prawo konkurencji jest kompatybilne, to przeciwnie zaś do teorii na temat prawa patentowego, utrzymuje się uzasadnienie dotyczące prawa konkurencji. Otóż prawo ochrony konkurencji zalicza się tradycyjnie do prawa gospodarczego publicznego, ponieważ nie chroni praw podmiotowych uczestników rynku, lecz interes społeczeństwa. Jest tak nawet, jeśli utrzymywać, że wśród jego trzech podstaw aksjo-

⁷⁵ Ustawa patentowa dwukrotnie odrzucona w referendach w 1866 r. i 1882 r. Uchwalona dopiero w 1887 r.

⁷⁶ F. Machlup, *Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts*, cz. 3, s. 537. Zdanie aprobujące powołany pogląd M. du Vall, op cit., s. 146.

⁷⁷ R. Skubisz, op. cit., s. 92.

logicznych jest dobrobyt konsumentów (z ang. *consumer welfare*)⁷⁸, gdyż należy rozumieć go holistycznie, jako wyrażający się w zapewnieniu im niskich cen i wysokiej jakości oraz szerokiego wyboru rozwijanych przez innowacje towarów. Gwoli ścisłości akcenty, zwłaszcza lansowane przez Komisję Europejską, położono na cel ochrony przez prawo konkurencji interesów konsumentów, które pierwotnie były uwzględniane jedynie w sposób pośredni⁷⁹. Ochrona zbiorowych interesów konsumentów wpisuje się zatem w mającą szerszy zakres problematykę ochrony interesu publicznego⁸⁰.

Jednakże nie można z pola widzenia tracić swoistego dychotomicznego charakteru prawa konkurencji, a więc tego, że organy antymonopolowe, które działając, muszą kierować się interesem publicznym (inaczej nie mogą podejmować swoich działań), na rzecz efektywnego „funkcjonowania mechanizmów konkurencji służą wszystkim indywidualnym uczestnikom obrotu, podobnie jak prywatne działania przeciw naruszeniom zasad uczciwej rywalizacji rynkowej w konsekwencji wpływają na jakość konkurencji na rynku”⁸¹. Niewątpliwie ten dychotomiczny charakter należy przede wszystkim rozumieć w zgodzie z priorytetem ekonomicznym prawa konkurencji⁸².

Naruszenie praw lub interesów jednostki nie jest wystarczającą przesłanką naruszenia zakazów ustanowionych w prawie ochrony konkurencji⁸³. Wynika to z istoty samego mechanizmu konkurencji, z założenia o ponoszeniu uszczerbku majątkowego przez tych uczestników rynku, którzy nie nadążają za zachodzącymi na nim zmianami. Interesy poszczególnych aktorów rynku chronione są przez przepisy prawa ochrony konkurencji tylko w takim zakresie, w jakim godzące w nie zachowania innych uczestników rynku są niezgodne z interesem publicznym. Trzeba to zatem rozumieć w ten sposób, iż „publiczny” oznacza, że interes ten dotyczy ogółu, nieokreślonej z góry liczby osób, niemniej naruszenie interesu indywidualnego nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia interesu publicznego⁸⁴. Interes ten odnosi się bowiem do funkcyjno-

⁷⁸ D. Mąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności przemysłowej*, Warszawa 2012, s. 160 i n.

⁷⁹ R. Stefanicki, *Prawo uczciwej konkurencji a ochrona konsumentów w świetle ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, „SPP” 2011, nr 2, s. 37.

⁸⁰ A. Żurawik, *Interes publiczny w prawie gospodarczym*, Warszawa 2013, s. 297 i n.

⁸¹ A. Jurkowska, *Prywatnoprawne wdrażanie wspólnotowego prawa konkurencji*, Warszawa 2004, s. 2.

⁸² M. Szydło, *Łączenie się spółek akcyjnych*, s. 27; zob. M. E. Stucke, *Behavioral Economists*, s. 513 i n.

⁸³ S. Gronowski, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym – komentarz*, Warszawa 1999, s. 25.

⁸⁴ Wyrok SA w Warszawie z 5.06.2007 r., VI ACa 1084/06, niepubl. oraz wyrok SOKiK z 16.11.2005 r., XVII AMA 97/04, Dz.Urz. UOKiK 2006, Nr 1, poz. 16.

wania samego mechanizmu konkurencji, a nie do jego wpływu na prawa majątkowe lub interesy faktyczne jednostek⁸⁵. Ochronie poddany jest także dobrobyt jako taki, a zatem interes ogólny, wyrażający się w realizacji interesów producentów.

Ochrona konkurencji polega zatem, po pierwsze, na identyfikowaniu cech wspólnych procesu konkurencji sprowadzonej do współzawodnictwa, rywalizacji samodzielnych podmiotów o dostęp do zasobów dóbr materialnych, technologii i wiedzy lub innych wartości mających tę cechę, że występują w ograniczonych ilościach⁸⁶, a zatem koordynacji postępowania w tym zakresie uczestników rynku⁸⁷. Po drugie, skoro konkurencja jest mechanizmem alokacji zasobów między uczestnikami obrotu gospodarczego tak przedsiębiorcami, jak i konsumentami, to rywalizacja o dostęp do dóbr rzadkich prowadzi do wzrostu efektywności, w tym gospodarczej⁸⁸. Jednakże o rozdziale i użyciu dóbr decyduje rynek, a „dzięki konkurencji konsumenci otrzymują produkty, które odpowiadają ich oczekiwaniom, co do ceny, jakości, właściwości i przeznaczenia”⁸⁹. W ten sposób można pilnie stwierdzić, że system konkurencji chroni jej efektywność⁹⁰, a nie konkurencję jako taką⁹¹, co uzasadnia twierdzenie o jej funkcji dostosowawczej.

Uwagi końcowe

J. Bentham w swym dziele prezentuje wzór postępowania oceny działania pod kątem tendencji pomnażania szczęścia przy jednoczesnej inklinacji do zmniejszania przykrości. Otóż oceniając ogólny interes społeczny, należy dokończyć tego przez pryzmat jednostki. A więc:

- 1) ocenić bezpośrednią wartość, jaka przynosi dane działanie;
- 2) ocenić bezpośrednią przykrość wywołaną przez dane działanie;

⁸⁵ T. Kosikowski, T. Ławicki, *Ochrona prawna konkurencji i zwalczania praktyk monopolistycznych*, Warszawa 1994, s. 21.

⁸⁶ A. Stawicki, E. Stawicka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, LEX, 2011.

⁸⁷ A. Szafrąński, Z. Szażyk, *Publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2011, s. 382.

⁸⁸ R. Stefanicki, *Prawo uczciwej konkurencji a ochrona konsumentów w świetle ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym*, „SPP” 2011, nr 2, s. 37.

⁸⁹ D. Miąsik, op. cit., s. 33.

⁹⁰ Zapewnienie mechanizmu skutecznej konkurencji rynkowej poprzez przeciwdziałanie praktykom ograniczającym konkurencję i antykonkurencyjnym koncentracjom (zob. niżej, Nb 94–95; zob. również wyr. SAMop XVII Ama 60/98; dec. Prezesa UOKiK z 30.09.2008 r., Nr RPZ–34/2008, Dz.Urz. UOKiK Nr 4, poz. 36; dec. Prezesa UOKiK z 31.12.2008 r., Nr RLU–63/2008).

⁹¹ E. Jantoń-Drozdowska, *Ekonomiczne przesłanki antymonopolowej oceny koncentracji* [w:] *Konkurencja w gospodarce współczesnej*.

- 3) ocenić kolejną wartość zaraz po pierwszej;
- 4) ocenić kolejną przykrość wywołaną zaraz po pierwszej;
- 5) następnie należy zsumować ze sobą przykrości i osobno zsumować przyjemności. W wyniku rachunku wybrać dane działanie, jeśli rachunek przyjemności jest większy.
- 6) Ustalić, jaka liczba osób i ich interesy będą zaspokojone. Zaraz potem trzeba sprawdzić, czy występuje nadwyżka szczęścia, czy zła i w ten sposób ocenić ogólną tendencję dla tej grupy (tego społeczeństwa)⁹². Demonstrowany model postępowania jest wyrazem stosowania zasady proporcjonalności.

Konsekwentnie więc należy twierdzić, że owym ważeniem interesów jest zasada proporcjonalności, która już według Arystotelesa była podstawą szczęścia (tzw. złoty środek). Do fundamentów zasady proporcjonalności zaliczamy „pojęcie „właściwego odkupienia” (łac. *iustitia vindicativa*) – zakładającego odpowiedzialność odszkodowania do skali wyrządzonej krzywdy oraz „sprawiedliwości rozdzielczej” (łac. *ius distributiva*) – postulującej właściwy rozdział ciężarów w społeczeństwie”⁹³.

Prezentowane gałęzie prawa patentowego oraz prawa ochrony konkurencji są odzwierciedleniem dbałości ustawodawcy o zagwarantowanie społeczeństwu dobrobytu, a więc przysporzenia majątkowego poprzez gospodarność i zapobiegliwość podejmowanych działań. Prawo ochrony konkurencji jest prawem publicznym, prawo patentowe uznaje się w głównej mierze za prywatne, chociaż nadanie prawa toczy się według zasad publicznoprawnych. Mimo to w tych dwóch systemach ścierają się dwa gatunkowo różne interesy ekonomiczne: społeczeństwa i jednostki. Jednak jak wskazano powyżej, w obydwu przypadkach w ostateczności celem jest zagwarantowanie, posługując się językiem Bentham, przyjemności, dobrobytu społeczeństwu. Jak wskazano na początku, interes jednostki i społeczny nie są antynomiczne. Wręcz odwrotnie, służą osiągnięciu wspólnego szczęścia, a kluczem do tego jest zasada proporcjonalności.

⁹² Wydaje się, że Bentham nie wyróżnia zawsze jednego społeczeństwa jako wszystkich ludzi. Częstokroć bowiem mówi o tym społeczeństwie, którego interesy jednostek właśnie są oceniane.

⁹³ Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, przekł. D. Gromska, Warszawa 1996, rozdz. 5, s. 159 i n. Więcej o starożytnych korzeniach zasady proporcjonalności por. A. N. Georgiadou, *Le principe de la proportionnalité dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1995, nr 4, s. 533 i n. O miejscu, jakie zajmowała w greckiej filozofii sprawiedliwości idea proporcjonalności, por. S. Bratkowski, *Prehistoria poczucia sprawiedliwości. Greckie początki „ius”, „Ius et Lex”* 2002, nr 1, s. 87–105. Za Frąckowiak – Adamska, op.cit, s.

INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION

The paper in-question presents the theme of the modern utilitarianism with the release of J. Bentham, which is a crucial issue to discuss the concept of the public interest and understanding the background of axiological foundations of competition law and patent law. The idea of the eternal „conflict”: the private interests versus the public interest, is presented in the literature frequently. J. Bentham in his principal work: „Introduction to the Principles of Morals and Legislation” made remarks on the interests of society. According to Bentham, however, there is no contradiction between the interests of individual and social interests because, as John Stuart Mill claimed later: the mutual kindness permeates society and the condemnation from the environment and gathering of suffering neighbor, cannot anyone give pleasure. The view of these two seem to be correct, especially through the prism of the present legislation and the case-law and their using the principle of proportionality, which is the key to resolving the alleged conflict between aforementioned interests. The rule of proportionality is exposed as a tool of the modern utilitarianism. In the light of primary understanding of competition law and industrial property law above- mentioned issues are presented in this paper.

Informacje dla Autorów

1. Objętość tekstów nadsyłanych do kwartalnika „Studia Prawnicze” powinna wynosić od 20 000 do 80 000 znaków typograficznych (w tym przypisy).
2. Nadsyłane materiały powinny uwzględniać szczegółowe zalecenia edytorskie, stosowane przez „Studia Prawnicze”. Ułatwi i przyspieszy to prace redakcyjne.
3. Do artykułu należy dołączyć streszczenie oraz tytuł opracowania w języku angielskim (o objętości od 800 do 1200 znaków łącznie ze spacją).
4. Tekst należy nadesłać w postaci zapisu elektronicznego w programie Word, jako załącznik w poczcie elektronicznej oraz komputerowy wydruk, podpisany własnoręcznie przez Autora (wydruk komputerowy należy nadesłać na adres: Kwartalnik „Studia Prawnicze”, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa, e-mail: inp@inp.pan.pl).
5. Przyjmowane będą jedynie materiały oryginalne, które nie były wcześniej nigdzie publikowane.
6. Do przesłanych materiałów należy osobno dołączyć dane o Autorze (w szczególności: afiliację, stopień lub tytuł naukowy, numer telefonu kontaktowego, adres poczty elektronicznej i adres domowy), a także oświadczenie, że przedłożony tekst został nadesłany wyłącznie do redakcji „Studiów Prawniczych”.
7. Tytuł opracowania należy ująć w formie najbardziej zwartej. Dopuszczalne są podtytuły.
8. Tabele, gdy są one rzeczywiście niezbędne, należy przysyłać również w formie elektronicznej.
9. W tekście stosowane są przypisy dolne z osobnymi zestawieniami bibliograficznymi.
10. W tekście nie należy stosować podkreśleń ani pogrubień. Wyróżnienie fragmentu tekstu jest wyjątkowo możliwe przez zwiększenie odstępu między znakami (tekst rozstrzelony). Zwroty obcojęzyczne (np. *prima facie*, *de lege lata*) należy wyróżnić kursywą, natomiast cytaty – zapisać w cudzysłowach. Cytat w cytacie zaznacza się cudzysłowem ostro kątnym (« ... »).
12. Redakcja nie zwraca Autorom nadesłanych materiałów.
13. Prosimy Autorów o niekierowanie do Redakcji propozycji nawiązania stałej współpracy. Nie jest to możliwe.
14. Wszystkie materiały podlegają opracowaniu redakcyjnemu. Autor otrzymuje tekst do korekty. W przypadku nieodesłania korekty autorskiej w terminie materiał jest kierowany do publikacji bez poprawek Autora.
15. Teksty, które nie spełniają podstawowych wymogów poprawności językowej, nie będą przyjmowane.
16. Wszelkie wykryte naruszenia prawa autorskiego lub zasad etyki i rzetelności naukowej będą demaskowane i dokumentowane.

SZCZEGÓŁOWE ZALECENIA EDYTORSKIE DLA AUTORÓW

1. Tekst nadesłany do „Studiów Prawniczych” powinien mieć następujące parametry: czcionka 12 pkt (Times New Roman); interlinia 1,5; wcięcie akapitowe 1,25 cm; wyrównanie do lewego i prawego marginesu. Należy wprowadzić numerację stron.
2. W tekście należy stosować przypisy dolne o następujących parametrach: czcionka 10 pkt (Times New Roman); interlinia 1,0; brak wcięcia akapitowego; wyrównanie do lewego i prawego marginesu.
3. Przypisy powinny być ponumerowane liczbami arabskimi. Stosuje się numerację ciągłą zaczynającą się od 1.

PROCEDURA RECENZYJNA

1. Wszystkie materiały wpływające do „Studiów Prawniczych” są poddawane ocenie wydawniczej dokonywanej przez członków Komitetu Redakcyjnego. W wyjątkowych przypadkach Redakcja może zwrócić się z prośbą o ocenę do osób spoza Komitetu.
2. Artykuły są recenzowane przez co najmniej dwóch członków Komitetu Redakcyjnego. Ocenie podlegają wszystkie aspekty warsztatu naukowego.
3. Okres oczekiwania na ocenę wynosi ok. 8 tygodni. Po tym terminie Autor jest proszony o kontakt telefoniczny lub mailowy z Redakcją.
4. Ocena może mieć postać: a) recenzji pozytywnej; b) recenzji pozytywnej pod warunkiem dokonania określonych zmian; c) recenzji odmownej.
5. Tożsamość Recenzentów poszczególnych materiałów nie jest ujawniana Autorom.