

Ludobójstwo a immunitet państwa. Ewolucja judykatury amerykańskiej w zakresie procesów cywilnych wytaczanych obcemu państwu z tytułu zbrodni ludobójstwa

ALEKSANDER GUBRYNOWICZ*

STRESZCZENIE

W niniejszym opracowaniu usiłuję odpowiedzieć na pytanie, czy (a jeśli tak, to w jakim zakresie) praktyka sądów amerykańskich w sporach cywilnych wytaczanych obcym państwom z tytułu dokonanego przez ich organy ludobójstwa może przyczynić się do skryształizowania w prawie międzynarodowym ogólnej reguły, na mocy której sąd krajowy miałby prawo odmówić przyznania państwu pozwanemu immunitetu w przypadku, gdy roszczenie powodów wywodzone jest ze zdarzeń określonych w art. II konwencji z 1948 r.¹. Rozważania zostały podzielone na trzy części. W pierwszej przypominam najważniejsze etapy rozwoju instytucji immunitetu państwa. W drugiej omawiam przepisy FSIA i judykaturę USA w zakresie sporów cywilnych wytaczanych obcym państwom przez ofiary ludobójstwa do końca ubiegłej dekady. Część trzecia poświęcona jest nowym tendencjom

* Dr hab. Aleksander Gubrynowicz, adiunkt w Instytucie Prawa Międzynarodowego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, ORCID 0000-0003-3003-2727.

¹ Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 9 grudnia 1948 r. (ratyfikowana zgodnie z ustawą z dnia 18 lipca 1950 r.), Dz. U. z 1952 r. Nr 2, poz. 9.

w orzecznictwie USA w przypadku sporów, o których mowa powyżej². Artykuł kończy się konkluzją, że uwzględnwszy specyfikę amerykańską i mając na uwadze aktualny stan prawa międzynarodowego, na postawione wyżej pytanie badawcze należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Słowa kluczowe: ludobójstwo, immunitet państwa, Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa

I. NAJWAŻNIEJSZE ETAPY ROZWOJU INSTYTUCJI IMMUNITETU PAŃSTWA

Poszczególne etapy rozwoju instytucji immunitetu państwa są na ogół znane³. Począwszy od postanowienia Sądu Najwyższego USA z 1812 r. w sprawie *Schooner Exchange*⁴ do lat 80. XIX w., sądy przyznawały pozwanym suwerenom immunitet nieograniczony. Począwszy od 1880 r. sądy Włoch i Belgii próbowały zawęzić ten zakres⁵, jednak początkowo większość państw podchodziła do tych prób sceptycznie. Od lat 50. XX w., sądy USA i państw Europy zachodniej zaczęły rozróżniać akty dokonane w imieniu państwa na *acta iure imperii* i *acta iure gestionis*⁶, a z biegiem czasu podobny trend pojawił się również w niektórych sądach pozaeuropejskich. Zastosowanie tego kryterium budziło jednak w praktyce wiele wątpliwości,

² Mowa o następujących orzeczeniach: de Csepel et al v. Republic of Hungary et al 808 F. Supp. 2d 113 (D.D.C. 2011); (dalej: de Csepel I); de Csepel et al v. Republic of Hungary et al, 714 F.3d 591 (D. C. Cir.2013) (dalej: de Csepel II); de Csepel et al v. Republic of Hungary et al 169 F. Supp.3d143 (D. D.C. 2016),(dalej: de Csepel III); de Csepel et al v. Republic of Hungary et al, 859 F.3d 1094 (D.C.Cir. 2017) (dalej: de Csepel IV); *Simon v. Republic of Hungary*, 37 F.Supp.3d 381 (D.D.C. 2014); (dalej: *Simon I*); *Simon v. Republic of Hungary* 812 F.3d 127 (D.C. Cir. 2016) (dalej: *Simon II*); *Simon vs Republic of Hungary*, 277 F. Supp. 3d 42 (D.D.C. 2017)(dalej: *Simon III*); *Simon v. Republic of Hungary*, No. 17-7146 (D.C.Cir. 2018) (dalej: *Simon IV*); *Abelesz et all vs Nemzeti Bank* 692 F.3d 661 (7th Cir. 2012) (dalej: *Abelesz*); *Fischer v. Magyar Államvasutak Zrt.* 777 F.3d 847 (7th Cir. 2015) (dalej: *Fischer*); *Davoyan v. Republic Turkey* 116 F. Supp. 3d 1084 (C.D. Cal. 2013) (dalej: *Davoyan*); *Philipp v. Federal Republic of Germany*, *Philipp v. Federal Republic of Germany*, 248 F. Supp. 3d 59 (D.D.C. 2017) (dalej: *Philipp I*); *Philipp v. Federal Republic of Germany*, 894 F.3d 406 (D.C. Cir. 2018) (dalej: *Philipp II*); *Vekuii Rukoro et al vs Federal Republic of Germany*, No. 17 CV 62-LTS (S.D.N.Y. Mar. 6, 2019) (dalej: *Rukoro*).

³ Por. H. Fox, Ph. Webb, *The Law of State Immunity* (3rd ed.) OUP 2013, s. 26-48; P. Grzegorzczuk, *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010, s. 93-133; H. Damian, *Staatenimmunität und Gerichtszwang*, Berlin-Heidelberg-New York-Tokio 1985, s. 5-10.

⁴ Szerzej o tej sprawie por. A. Gubrynowicz, *Od Grocjusza do Laurenta. Kształtowanie się doktryny nieograniczonego immunitetu państwa w nauce prawa i orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2016, s. 238.

⁵ Por pkt 3.3 wyroku nr 238/14, w którym Corte Costituzionale przypomniał włoski dorobek orzeczniczy w tej materii, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf (dostęp: 1 marca 2018 r.).

⁶ W przypadku USA za przełom uważa się tzw. Tate Letter z 1952, w którym Departament Stanu ogłosił koniec epoki immunitetu nieograniczonego (tzw. *absolutist doctrine*) i przyjęcie doktryny immunitetu ograniczonego (*restrictive doctrine*) H. Fox, Ph. Webb, *The Law...*, s. 145 i n.

a niektóre państwa, jak np. ChRL, także dziś są przeciwne tej koncepcji⁷. Z uwagi na zróżnicowane praktyki państw, podjęte przez KPM ONZ prace kodyfikacyjne dotyczące tej materii zakończyły się fiaskiem. Wprawdzie w 2004 r. udało się wyłożyć do podpisu Konwencję z 2 grudnia 2004 r. o immunitetach jurysdykcyjnych państw oraz ich majątku⁸, jednak nie doczekała się ona – jak dotąd – zbyt wielu ratyfikacji⁹, a jej znaczenie dla obrotu jest mocno ograniczone.

Po upadku ZSRR dyskusja o immunitacie państwa wyraźnie zogniskowała się wokół zagadnień ekscepcji w przypadku ciężkiego naruszenia praw jednostki chronionych z mocy prawa międzynarodowego. Debata ta, mimo że zaowocowała obfitą literaturą¹⁰, przyniosła – jak dotąd – rezultaty mniejsze od oczekiwanych. W czasie prac nad projektem konwencji z 2004 r. część członków KPM ONZ bezskutecznie domagała się wprowadzenia takiego wyjątku¹¹. Ponadto, choć sama konwencja milczy na temat zastosowania jej przepisów do zdarzeń powstałych w czasie konfliktów zbrojnych, to jednak okoliczności towarzyszące jej wyłożeniu do podpisu, treść art. 12 i praktyka państw zdają się jednoznacznie wykluczać taką

⁷ Zob. *Restatement of the Law Fourth, Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of The United States, Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity*, The American Law Institute Publishers, Saint Paul, Mn, USA, 2018, Part IV, Chapter 5 (dalej: *Restatement IV*) § 454, s. 354.

⁸ Zob. *UN General Assembly, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 2 December 2004, A/RES/59/38, <https://www.refworld.org/docid/4280737b4.html> (dostęp: 18 marca 2019 r.).

⁹ Wedle stanu na 13 marca 2019 r. konwencję podpisało 28 państw, a 22 ją ratyfikowały. Informacja za: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en (12.03. 2019).

¹⁰ Szerzej na ten temat por. np. A. Bianchi, *Serious violations of human rights and foreign states' accountability before municipal courts. Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* The Hague London, New York: Kluwer Law International, 2003, s. 149-181; L.M. Caplan, *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, [w:] *AJIL* 1997 (Oct., 2003) 4 p. 744; M. Reimann, *A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Prinz v. Federal Republic of Germany*, [w:] *Mich. J., Int'l L.* 403 (1995); I. Pingel, *L'immunité des États*, [w:] Ch. Tomuschat and J.-M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden Brill, 2006; N. Roht-Arriaza, *The Foreign Sovereign Immunities Act and Human Rights Violations: One Step Forward, Two Steps Back*, Berkeley J. Int'l Law 16 (1998)71.

¹¹ Zob. Ch.K. Hall, *UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol*, *The International and Comparative Law Quarterly* 55 (Apr., 2006)2, s. 412, 425 i n.; por. także H. Fox, Ph. Webb, *The Law...*, s. 317 i n. Odmienne jednak R. O'Keffe, Ch.J. Tams (ed.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Properties* OUP, s. 26 i n. (traktując tę kwestię bardziej jako otwartą).

możliwość¹². Orzecznictwo sądów krajowych – wsparte przez judykaturę ETPC¹³ – w zdecydowanej większości stoi na stanowisku, że nawet wtedy, gdy zaskarżony akt, będący aktem władczym, wyczerpuje znamiona zbrodni wojennej, to państwu, którego organy ją popełniły, przysługuje immunitet i ciężar moralny zarzucanego czynu nie jest w stanie zmienić tej kwalifikacji¹⁴. Chociaż zatem w judykaturze niektórych państw zdarzały się rozstrzygnięcia odmienne¹⁵, to nigdy nie były one (i nadal nie są) wystarczająco liczne, aby efektywnie wpłynąć na dotychczasowy zakres immunitetu¹⁶. Obowiązujące *status quo* dodatkowo umocnił zapadły w 2012 r. wyrok MTS¹⁷, w którym Trybunał rozstrzygnął spór powstały wskutek prób zajęcia pomieszczeń Goethe Institute we Włoszech przez lokalne organy egzekucyjne. Usiłowały one w ten sposób zmusić RFN do zapłacenia zasądzonego wcześniej przez sądy włoskie odszkodowania z tytułu zbrodni popełnionych w latach 1943-1945 przez organy III Rzeszy. MTS, poza tym że – uznając działania Włoch za bezprawne – przyznał rację skarżącym Niemcom, zwrócił dodatkowo uwagę m.in. na następujące kwestie.

1) W ocenie MTS źródłem immunitetu państwa był (i nadal jest) zwyczaj, a więc norma typu *lex perfecta*. W rezultacie przepisy prawa krajowego, powinny być tak ukształtowane, by prawo państw do immunitetu było w pełni respektowane

¹² Zob. H. Fox, Ph. Webb *The Law...*, s. 316 i n., 476.

¹³ Por. wyroki: *Al-Adsani v. The United Kingdom* (dec.), no. 35763/97, ECtHR, 21 November 2001, *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany* (dec.), no. 59021/00 (ECtHR, 12 December 2002). Z późniejszego okresu por. *Jones and Others v The United Kingdom* App nos. 34356/06 and 40528/06 (ECtHR, 14 January 2014) pkt 198, w której ETPC podtrzymała *dicta* swoich wcześniejszych wyroków (por. *ibidem*, pkt 195 i 198).

¹⁴ Na stanowisku tym stoi również SN RP *Winicjusz N. v. Republika Federalna Niemiec – Federalny Urząd Kanclerski w Berlinie* – postanowienie z 29.10.2010 r., IV CSK 465/09; por. M. Kałduński, *State immunity and war crimes: the Polish Supreme Court on the Natoniewski case*, [w:] PYIL XXX, s. 260, który krytykując to stanowisko, zwraca jednocześnie uwagę, że: *The decision as such reflects contemporary international law practice*; por. też M. Kałduński, *Immunitet państwa w prawie międzynarodowym w kontekście zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości*, „Zeszyty Prawnicze” 2018, nr 2(58), s. 93 (przewidując wszakże, iż „w przyszłości możliwe będzie rozstrzygnięcie spraw związanych z dokonaniem zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości przez sądy państwa forum”).

¹⁵ Por. *Ferrini, Sentenza della Corte di cassazione n. 1136/2014* oraz wyrok greckiego SN (Areios Pagos) 11/2000 (288933) z 4.05 w sprawie znanej jako *Prefecture of Voiotia vs Federal Republic of Germany* lub *Distomo massacre case* (angielskie tłumaczenie dostępne na stronach Tobias Asser Institute <http://www.internationalcrimesdatabase.org/case/3247> – dostęp: 8 marca 2019 r.).

¹⁶ Szerzej na temat spraw *Ferrini* i *Distomo* por. M. Kałduński, *Immunitet państwa...*, s. 75-79; M. Kloth, *Immunities and the Right of Access to Court under Article 6 of the European Convention on Human Rights* Martinus Nijhoff Publishers 2010, s. 92-100; P. De Sena and F. De Vittor, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case 16(2005) 1 (passim)*.

¹⁷ Zob. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, s. 99 (dalej: *Jurisdictional Immunities...*).

- przez lokalne organy¹⁸. Jednocześnie zdystansował się on od koncepcji uznających *comity of nations* za wyłączne źródło tej instytucji¹⁹.
- 2) Sędziowie z Hagi – tyleż pośrednio, co wyraźnie – odrzucili pogląd Włoch, że zdarzenia będące tłem sporu (a więc niemieckie zbrodnie z okresu II wojny światowej) można uznać za pogwałcenie *ius cogens*²⁰. Nie jest więc jasne, czy – zdaniem MTS – popełnienie zbrodni wojennej jest tożsame z naruszeniem norm peremptoryjnych²¹. W konsekwencji jedyną normą prawa międzynarodowego, o której dotychczas Trybunał orzekł wyraźnie, że spełnia przesłanki *ius cogens*, jest zakaz ludobójstwa²².
 - 3) MTS podkreślił, powołując się w tej kwestii m.in. na wyrok SN RP w sprawie Natoniewskiego, że bezprawność aktu dokonanego przez państwa pozwane nie wyklucza objęcia go zakresem *acta iure imperii*, a zatem – zgodnie z ogólną tendencją orzecznictwa sądów krajowych – państwo *forum* ma obowiązek przyznać państwu pozwanemu immunitet nawet wówczas, gdy roszczenie wywodzone jest ze zdarzeń będących naruszeniem *ius cogens*²³.
 - 4) Trybunał odrzucił pogląd, iż w przypadku, gdy delikt skutkujący śmiercią, szkodą na osobie lub szkodą majątkową został popełniony przez organy państwa pozwanego na terytorium państwa *forum*, to sąd może wówczas odmówić przyznania immunitetu²⁴. Ponadto gdy dany akt zostaje dokonany przez siły zbrojne strony pozwanej w czasie konfliktu zbrojnego, zastosowanie tzw. ekscepcji deliktowej w ogóle nie wchodzi w rachubę²⁵.
 - 5) Włochy twierdziły, że skoro przepisy o rekompensatach dla ofiar pracy przymusowej obowiązujące w Niemczech są dla byłych jeńców włoskich skrajnie niekorzystne, a dochodzenie roszczeń przed sądami tego kraju nie rokuje żadnych szans na pozytywne załatwienie sprawy, to w takiej sytuacji włoskie sądy cywilne stają się władne – na zasadzie *ultima ratio* – odmówić przyznania

¹⁸ Zob. *Jurisdictional Immunities...*, pkt 56 i 57.

¹⁹ *Ibidem*, pkt 53.

²⁰ Zob. *Jurisdictional Immunities...*, pkt 92.

²¹ Por. pkt 93 **Assuming for this purpose** (podkr. A.G.) *that the rules of the law of armed conflict which prohibit the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour are rules of jus cogens, there is no conflict between those rules and the rules on State immunity.*

²² *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, pkt 64.*

²³ Zob. *Jurisdictional Immunities...*, pkt 60, 74, 75, 77, 92 i 93. *The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful, ibidem, s. 93.*

²⁴ W tym sensie por. *ibidem*, s. 61.

²⁵ *Ibidem*, pkt 63 i 78.

RFN immunitetu i prowadzić postępowanie na zasadach ogólnych. W ocenie MTS jest to pogląd błędny, gdyż uwzględniając nawet całokształt szczególnych okoliczności sprawy²⁶, brak adekwatnego *forum* nie usprawiedliwia łamania obowiązujących norm prawa międzynarodowego²⁷. Z uwagi na powyższe Trybunał zachęcił oba państwa do rozwiązania przedłożonego mu sporu na drodze negocjacji²⁸.

W 2014 r. włoski Sąd Konstytucyjny (*Corte Costituzionale*; dalej: SK) wydał wyrok (*Sentenza*) nr 238²⁹, w którym uznał wiele przepisów, w tym m.in. ustawę 5/2013 implementującą orzeczenie MTS z 2012 r., za sprzeczne z Konstytucją z 1947 r. Nie podejmując już dyskusji na temat ekscypcji praw człowieka jako dopuszczalnego prawem międzynarodowym wyjątku od immunitetu państwa, SK całą swoją uwagę skupił na kontroli konstytucyjności prawa³⁰. W jego ocenie, chociaż art. 10 ust. 1 Konstytucji inkorporuje do prawa Włoch ogólnie uznane normy prawa międzynarodowego (a więc także immunitet państwa), to nieprzekraczalną granicą dla tej inkorporacji są fundamentalne wartości prawne Republiki, do których należą m.in. art. 2 i art. 24 Konstytucji gwarantujące godność osoby ludzkiej (art. 2) oraz dostęp do sądu (art. 24). W rezultacie, zdaniem SK, akceptacja wyroku MTS oznaczałaby, że prawa te doznałyby ograniczeń, co jest nie do pogodzenia z zasadą proporcjonalności³¹. W ocenie SK ograniczenie praw i swobód obywatelskich (w tym prawa do sądu) jest oczywiście dopuszczalne. Zważywszy jednak że immunitet – tak jak instytucję tę postrzega MTS – oznacza

²⁶ MTS wiedział, że kilka lat wcześniej byli jeńcy wojenni złożyli skargę przeciwko RFN przed ETPC, lecz Trybunał w Strasburgu uznał się za niekompetentny *ratione temporis* (*Associazione Nazionale Reduci dalla Prigionia, dall'Internamento e dalla Guerra di Liberazione and 275 Others v. Germany*, App. No. 45563/04 (decision as to the admissibility) ECtHR, 4 September 2007, pkt 1). MTS wyraził również pogląd, że przepisy niemieckie, które wykluczały takie osoby z jakichkolwiek mechanizmów kompensacyjnych, są niesprawiedliwe, por. *Jurisdictional immunities...*, pkt 28, 99.

²⁷ Zob. *Jurisdictional immunities...*, pkt 100 i 101.

²⁸ Zob. *ibidem*, s. 104.

²⁹ Tekst wyroku po angielsku dostępny na stronie: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf (dostęp: 28 lutego 2018).

³⁰ G. Borgero, *The Legal Implications of Sentenza No. 238/2014 by Italy's Constitutional Court for Italian Municipal Judges: Is Overcoming the „Triepelian Approach” Possible?*, ZaöRV 76 (2016), s. 205 i n.; P. De Sena, *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: a tentative analysis under international law*, [w:] *Seqüência (Florianópolis)*, n. 74, dez. 2016, s.104. Odmiennie jednak E. Cannizzaro, który wskazuje, że na gruncie wyroku 238/2014 włoski SK wyraził rzeczywistą wolę zmiany obowiązującego zakresu immunitetu, niemniej jednak z uwagi na niesprzyjające okoliczności zewnętrzne (tj. wyrok MTS z 2012 r. oraz brak szerszej praktyki) musiał ograniczyć zakres swoich ambicji, E. Cannizzaro, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: The decision of the Italian Constitutional Court no 238 of 2014*, „Rivista di Diritto Internazionale” Anno XCVIII, Fasc. S1S-S2015, s. 128).

³¹ Zob. *Sentenza 238/2014* pkt 3.4 i 5.1.

„absolutne poświęcenie” praw z art. 24 Konstytucji³², ograniczenie takie byłoby uzasadnione tylko wówczas, gdyby akt pozwanego państwa – był aktem władczym. Tymczasem zdaniem SK *acta* będące zbrodnią przeciwko ludzkości lub zbrodnią wojenną z natury rzeczy nie mogą wejść w zakres *acta iure imperii*, nawet jeżeli zostały dokonane przez członków obcych sił zbrojnych w czasie konfliktu zbrojnego³³. Szczególny ciężar moralny takich działań nakazuje wyłączyć je z zakresu aktów władczych i tym samym odmówić przyznania immunitetu stronie pozwanej³⁴.

Powyższy wyrok wywołał lawinę komentarzy³⁵, z których większość uznała go za sprzeczny z prawem międzynarodowym³⁶. Nie jest jednak jasne, czy włoski SK doszedłby do tak drastycznych wniosków, gdyby nie to, że choć MTS przyznał rację Niemcom, to zalecił stronom dalsze rokowania³⁷, które nigdy jednak nie zostały podjęte³⁸. W tej sytuacji – pamiętając o nieudanych próbach dochodzenia roszczeń przed sądami niemieckimi oraz ETPC i idąc wyraźnie pod prąd literze wyroku MTS – SK raz jeszcze wyraźnie podkreślił, że dla byłych jeńców sądy włoskie stanowią jedyne na świecie forum, przed którym mogą próbować dochodzić swoich roszczeń³⁹. Być może właśnie dlatego (a także aby osadzić gwarancje konstytucyjne w szerszym kontekście międzynarodowoprawnym) *Sentenza* 238/2014 sporo miejsca poświęca dostępowi do sądu w świetle MPPCiP oraz KPP UE, jak również podkreśla znaczenie sprawy *Kadi*, w której ETS uznał rozporządzenie wydane

³² Zob. *Sentenza* 238/2014 pkt 3.4.

³³ Zob. *ibidem*.

³⁴ *The immunity of the foreign State from the jurisdiction of the Italian judge granted by Articles 2 and 24 Constitution protects the [sovereign] function [of State]. It does not protect behaviors that do not represent the typical exercise of governmental powers, but are explicitly considered and qualified unlawful* (podkr. AG) *since they are in breach of inviolable rights*, *Sentenza* 238/2014 pkt 3.4).

³⁵ Por. F. Fontanelli, *I know it's wrong but I just can't do right. First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court* tekst dostępny na stronie <http://www.diritticomparati.it/i-know-its-wrong-but-i-just-cant-do-right-first-impressions-on-judgment-no-238-of-2014-of-the-italian-constitutional/> (dostęp: 8 marca 2019 r.). E. Cannizzaro, *Jurisdictional...*, s. 126; P. de Sena *The Judgment...*, s. 97-114; G. Boggero *The Legal...*, s. 203-224; Heike Krieger & Andreas Zimmermann *Sentenza 238/2014 of the Italian Constitutional Court and the International Rule of Law* KFG Working Paper Series, No. 15 May 2018, Berlin Potsdam Research Group *The International Rule of Law – Rise or Decline?*, Berlin, May 2018, s. 26.

³⁶ Por. F. Fontanelli *I know...*; por. także Heike Krieger & Andreas Zimmermann *Sentenza 238/2014...*, s. 26 (zarzucając włoskiemu SK, m.in. naruszenie zobowiązań międzynarodowych w zakresie immunitetów); E. Cannizzaro, *Jurisdictional Immunities...*, s. 131 i n.

³⁷ Zob. ICJ, *Jurisdictional Immunities...*, pkt 104.

³⁸ Zob. Ch. Meloni *Jurisdictional Immunity of States: The Italian Constitutional Court v. the International Court of Justice? Brief notes on the Judgment no. 238 of 22 October 2014 of the Italian Constitutional Court*, ZIS 2015, no 6, s. 352.

³⁹ Zob. *Sentenza* 238/2014 pkt 1.2 (*in fine*).

w celu dostosowania prawa Unii do wymagań decyzji ONZ za niezgodne z KPP UE, z uwagi na brak jakiegokolwiek środka ochrony prawnej dla osób dotkniętych sankcjami Rady Bezpieczeństwa⁴⁰.

Mimo że – od strony czysto ludzkiej rzecz ujmując – w omawianej sprawie brak forum był bez wątpienia problemem realnym, zwraca uwagę wyraźne ograniczenie *Sentenzy* stanowiące być może najbardziej kontrowersyjny *passus* całego orzeczenia. W pkt. 4.1 SK orzekł, że przepisy implementujące KNZ do prawa włoskiego są sprzeczne z Konstytucją, co odnosi się to tylko art. 94 KNZ i tylko w zakresie, w jakim jest to niezbędne dla wyłączenia skutków prawnych wyroku MTS z 2012 r. Takie kazuistyczne podejście (poza tym, że zostało skrytykowane w nauce prawa)⁴¹ bez wątpienia wpływa negatywnie na aksjologiczną spójność wywodów SK, który gromiąc dotychczasową praktykę obejmującą zakresem aktów władczych również „zbrodnie *iure imperii*”⁴², równolegle wysyła sygnał, iż w sporach o immunitet państwa kierunek judykatury Włoch nie jest (jeszcze?) definitywnie przesądzony. Tak czy inaczej rozstrzygnięcie to pozostaje przypadkiem odosobnionym; nie jest przywoływane w sądach innych państw, a dodatkowo przyczyniło się ono do dezintegracji orzecznictwa sądów włoskich⁴³. W chwili obecnej część sądów byłaby gotowa podporządkować się woli SK, inne zaś nadal oddalają powództwa wnoszone przeciwko Niemcom⁴⁴. Rząd w Berlinie wszelkie toczące się we Włoszech postępowania z tytułu zbrodni z okresu II wojny światowej traktuje zaś jako nielegalne i, odmawiając w nich uczestnictwa w jakiegokolwiek formie, poprzestaje na składaniu protestów do włoskiego MSZ⁴⁵.

⁴⁰ EU Court of Justice, Judgment of 3 September 2008, cases C-402 P and 415/05 P, paras. 316 ff., 320 ff (*Sentenza* 238/2014 pkt 3.4).

⁴¹ E. Cannizzaro, s. 131 i n.; F. Fontanelli, *I know...*

⁴² Por. N. Colacino, *La conferma della regola attraverso l'eccezione? Immunità statale ed esercizio della giurisdizione sui „crimina” iure imperii*, „*Questione Justizia*” 2015, no 1, s. 75.

⁴³ W czasie rozprawy przed SK rząd włoski bronił przepisów, których konstytucyjność kwestionował zadający pytanie sąd z Florencji (*Sentenza* 238/2014 pkt 2.2). Ponadto wyrok TK zapadł w momencie, gdy większość sądów zdawała się godzić z rozstrzygnięciem MTS i tym samym spór o immunitet państwa powoli dogasał (por. Ch. Meloni, *Jurisdictional...*, s. 439). Dyskusja rozgorzała jednak z nową siłą właśnie po wydaniu *Sentenza* 238/2014.

⁴⁴ Zob. K. Oellers-Frahm, *A Never-Ending Story: The International Court of Justice – The Italian Constitutional Court – Italian Tribunals and the Question of Immunity*, *ZaöRV* 76 (2016), 193, s. 201 i n.

⁴⁵ Informacja za: <https://www.ejiltalk.org/jurisdictional-immunities-in-the-new-york-southern-district-court-the-case-of-rukoro-et-al-v-federal-republic-of-germany/> (dostęp: 9 marca 2019 r.). Patrz także K. Oellers-Frahm, *A Never-Ending...*, s. 198.

II. PRZEPISY FSIA I JUDYKATURA USA W ZAKRESIE SPORÓW CYWILNYCH WYTACZANYCH PRZEZ OFIARY LUDOBÓJSTWA OBCYM PAŃSTWOM

Począwszy od sprawy *Schooner Exchange*⁴⁶ aż do 1952 r., Stany Zjednoczone przyznawały immunitet nieograniczony⁴⁷. W okresie późniejszym linia orzecznicza zaczęła stopniowo się zmieniać, a w 1976 r. Kongres uchwalił Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA)⁴⁸. Ustawa ta jest dziś dla sądów tego kraju jedyną dopuszczalną podstawą rozstrzygnięcia sporów, w których pozwane państwo powołuje się na immunitet⁴⁹. W swych założeniach miała ona osiągnąć dwa cele: 1) przyjmując za *criterium divisionis* podział na *acta iure imperii* i *acta iure gestionis*, dostosować praktykę USA do standardów prawa międzynarodowego oraz 2) ujednoczyć orzecznictwo w tej materii, które po 1952 r. podlegało dość częstym zmianom⁵⁰. Do 1952 r. USA przyznawały obcym państwom immunitet nieograniczony, dlatego pytanie, czy FSIA można stosować w odniesieniu do zdarzeń poprzedzających datę jej wejścia w życie, było w judykaturze USA nierozstrzygnięte aż do sprawy *Republika Austrii vs Maria Altmann*⁵¹, o której będzie mowa dalej⁵².

Uregulowanie immunitetu państwa w ustawie federalnej niesie ze sobą dla praktyki amerykańskiej poważne konsekwencje, gdyż sędziowie, czując się zobligowani do stosowania FSIA (ewentualnie wcześniejszej judykatury) niezbyt chętnie sięgają do innych źródeł aniżeli prawo krajowe. Jeśli zatem świat akademicki w USA nie neguje tego, że – zgodnie z tezą MTS – źródłem immunitetu państwa jest zwyczaj⁵³, o tyle SN USA od 1983 r. wywodzi go najczęściej z *comity of nations*⁵⁴, co niejednokrotnie wywoływało kontrowersje. Teoretycznie źródła prawa międzynarodowego

⁴⁶ A. Gubrynowicz, *Od Grocjusza...*, s. 253.

⁴⁷ Patrz rozważania w części I, przypis 6.

⁴⁸ 28 U. S. C. 2 §§ 1330, 1332, 1391(f), 1441(d) oraz 1602-1611.

⁴⁹ Por. *Immunity of States from Jurisdiction*, *Introductory note*, [w:] *Restatement IV...*, s. 325.

⁵⁰ 28 U. S. C § 1602 (*Declaration of purpose*). Przed 1976 r. Departament Stanu nadysłał tzw. *Statement of Interest*. Praktyka ta była oceniana krytycznie gdyż powodowała ona, iż treść wyroku w sporach z obcym państwem często była uzależniona od czynników pozaprawnych. Twórcy FSIA liczyli więc na to, że przekazując spory o immunitet do wyłącznej kognicji sądów uda się odpolitycznić orzecznictwo, a zarazem zwiększyć spójność tych rozstrzygnięć, która przed 1976 r. pozostawiała wiele do życzenia. I. Sinclair *Sovereign Immunity: historical perspective and codification efforts*, RdCADI Vol. 167 (1980) tom II, s. 243 i n.

⁵¹ *Republic of Austria vs Maria Altmann* 541 U.S. 677 (dalej: *Altmann III*).

⁵² Zob. M.J. Chorzak, *Clarity and Confusion: Did Republic of Austria v. Altmann Revive State Department Suggestions of Foreign Sovereign Immunity?*, *Duke Law Journal*, Vol. 55, No. 2 (Nov., 2005), s. 379.

⁵³ *Restatement IV...*, Reporters' Note 1, s. 327 (podkreślając znaczenie wyroku MTS z 2012 r.). Patrz także *ibidem*, Reporters' Note 2, s. 328.

⁵⁴ Por. *Verlinden B.V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480 (1983); *Altmann III* (przypis 51).

mogą być wykorzystane jako wskazówki interpretacyjne⁵⁵, lecz praktyka amerykańska sięga do nich rzadko⁵⁶.

Od 1988 r. USA są stroną konwencji z 1948 r., której ratyfikację poprzedziła niezwykle burzliwa, trwająca 40 lat, dyskusja. Przeciwnicy ratyfikacji argumentowali, że może ona zostać wykorzystana jako narzędzie dla niektórych mniejszości etnicznych zamieszkujących USA by m.in. dochodzić roszczeń z tytułu praktykowanej w niektórych stanach do lat 60. segregacji rasowej⁵⁷ albo też jako podstawa prawna odpowiedzialności karnej żołnierzy US Army z tytułu ich działań podejmowanych za granicą⁵⁸. W końcu wraz z dokumentem ratyfikacji rząd USA złożył cały szereg deklaracji interpretacyjnych, których celem było ograniczenie zakresu jej zastosowania (w tym wyraźne oddzielenie przypadków zbrodni wojennych od zbrodni ludobójstwa oraz zawężenie definicji z art. II konwencji z 1948 r.)⁵⁹. W tym samym duchu ukształtowano później przepisy implementujące Konwencję do prawa federalnego⁶⁰. Należy również pamiętać, że Stany Zjednoczone długo ociągały się z ratyfikowaniem kluczowych traktatów praw człowieka (w tym MPPCiP), a stanowisko Waszyngtonu odnośnie do katalogu norm *ius cogens* w prawie międzynarodowym również nie było jasne⁶¹. Dlatego też, gdy w latach 70. podniosły się głosy by wśród wyjątków od ogólnej zasady FSIA, przyznającej immunitet obcym państwom, umieścić *human rights exception*, koncepcje te ani wcześniej, ani później nie doczekały się realizacji⁶². W rezultacie, jeśli w dzisiejszych realiach jakaś osoba (lub grupa osób) chce wytoczyć

⁵⁵ *Restatement IV...*, Reporters' Note 2, s. 328.

⁵⁶ Por. P.R. Dubinsky, *International Law in the Legal System of the United States*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58 (2010) (Suppl.), s. 464-466 (odnotowując narastający krytycyzm w odniesieniu do tradycyjnej teorii inkorporacji prawa zwyczajowego); por. P.R. Dubinsky, *United States*, [w:] D. Shelton (ed.) *International Law and Domestic Legal Systems, Incorporation, Transformation and Persuasion* OUP 2011, s. 648 i n. oraz 656 (odnotowując zmiany w interpretacji samej *comity of nations*).

⁵⁷ Por. L.J. Le Blanc. *The United States and the genocide convention*, Durham, NC: Duke University Press, 1991, s. 6, 41, 101, 104-106, 112 i n.

⁵⁸ Zob. L.J. LeBlanc, *The United States...*, s. 96-99.

⁵⁹ Treść zastrzeżeń i deklaracji interpretacyjnych dostępna jest na stronie UNTS: https://web.archive.org/web/20121020233944/http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&lang=en (dostęp: 9 marca 2019 r.).

⁶⁰ 18 U.S.C §1091. Genocide.

⁶¹ Stany Zjednoczone nie są stroną Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów z 1969 r., ale wydany w 1987 r. Trzeci Restatement stwierdził, że pojęcie *ius cogens* należy rozumieć tak, jak rozumie je KPT (por. *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, ALI 1987, Part I, Chapter I §102 (k) czytany razem z Reporters Notes pkt 6). Załączony komentarz stwierdza, że: *there is general agreement that the principles of the United Nations Charter prohibiting the use of force are jus cogens. (...) It has been suggested that norms that create „international crimes“ and obligate all states to proceed against violations are also peremptory (...) Such norms might include rules prohibiting genocide (...)* (Reporters Notes pkt 6 – podkr. AG.).

⁶² F.J. Djoukeng, *Genocidal Takings and the FSIA: Jurisdictional Limitations*, *Georgetown Law Journal* 106 (2018), s. 1903 i n.

w Stanach Zjednoczonych proces z tytułu szkody doznanej wskutek ludobójstwa, musi ona udowodnić, iż dany przypadek spełnia wszelkie przesłanki jednego z dzieł wyjątków, w których FSIA – na zasadzie odstępstwa od reguły – przewiduje możliwość pociągnięcia obcego państwa do odpowiedzialności cywilnej przed sądem krajowym. Wbrew pozorom nie jest to sprawą łatwą.

W § 1605(a)(1) FSIA przewidziano przypadek zrzeczenia się immunitetu przez państwo pozwane, niemniej jednak – jak dotąd – możliwość ta pozostaje wyłącznie teoretyczna⁶³. Z kolei § 1605(a)(5) tej ustawy, uchylający immunitet w przypadku deliktów popełnionych przez funkcjonariuszy obcego państwa, z reguły nie znajduje zastosowania, gdyż jego zakres ogranicza się do zdarzeń, które mają miejsce na terytorium USA⁶⁴. W sprawie *Princz* powód bezskutecznie próbował powołać się na ekscepcję handlową (§ 1605(a)(2))⁶⁵, a § 1605A (osławiona „klauzula antyterrorystyczna”), z uwagi na konieczność posiadania przez ofiarę w dniu zamachu obywatelstwa USA, również nie jest odpowiedni dla spraw tego typu. W rezultacie ofiarom ludobójstwa nie pozostaje nic innego, jak § 1605 (a) (3), czyli tzw. klauzula ekspropriacyjna. Przepis ten stwierdza, co następuje:

„Sądy w USA mogą sprawować jurysdykcję nad innym państwem w każdym przypadku, w którym przedmiotem sporu są prawa majątkowe odebrane z naruszeniem prawa międzynarodowego, o ile:

- a) majątek ten (lub jakikolwiek majątek wymieniony na majątek odebrany w warunkach, o których mowa powyżej) znajduje się w obrębie terytorium USA w związku z działalnością handlową prowadzoną przez to państwo w Stanach Zjednoczonych lub
- b) majątek ten (lub jakikolwiek majątek wymieniony na majątek odebrany w warunkach, o których mowa powyżej) jest własnością lub jest zarządzany przez osobę prawną lub organ tego państwa (w oryginale: *agency or instrumentality*),

⁶³ W sprawie *Princz przeciwko Niemcom* pochodzący ze Słowacji obywatel USA, pochodzenia żydowskiego argumentował, że w przypadku naruszenia norm *ius cogens* postępowanie przed sądem powinno się toczyć przy założeniu doktryny *implied waiver*. Sąd Apelacyjny nie podzielił tego stanowiska i pozew odrzucił. *Hugo Princz, v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994), 1174, 1176. Por. też wyrok *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992) *if violations of jus cogens committed outside the United States are to be exceptions to immunity, Congress must make them so. ibidem*, 719.

⁶⁴ *Restatement IV*, Part IV Chapter 5, § 457 Reporters' Notes 1, s. 379.

⁶⁵ W sprawie *Princz* powód argumentował, iż jego praca jako przymusowego robotnika na rzecz koncernu *IG Farben* wchodzi w zakres §1605(a)(2). Sąd orzekł jednak, iż przymusowa praca powoda nie spełniła jednego z warunków tego przepisu tj. nie wywołała bezpośredniego skutku na terytorium USA. W efekcie powództwo *Princza* zostało oddalone, por. *Hugo Princz vs Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994) pkt 37. W późniejszych latach ofiary ludobójstwa usiłowały powołać się na tę samą ekscepcję handlową. Jak dotąd jednak – nie były to próby skuteczne (z ostatnich rozstrzygnięć por. *Rukoro*).

które to osoby prawne lub organy prowadzą działalność handlową na terytorium Stanów Zjednoczonych”⁶⁶.

Przepis ten, który – nawiasem mówiąc – nie znajduje swego odpowiednika w legislacji jakiegokolwiek innego państwa⁶⁷, został dodany do FSIA w celu umożliwienia obywatelom USA dochodzenia roszczeń z tytułu wywłaszczeń i konfiskat dokonywanych w latach 60. i 70. m.in. przez władze Kuby⁶⁸ i od zarania dziejów budził kontrowersje. Wywłaszczenie, tak jak pojęcie to rozumie międzynarodowe prawo inwestycyjne, jest *ex natura sua* aktem władczym. Dlatego też aby uniknąć zarzutu, iż poddając sądom amerykańskim ocenę legalności *acta iure imperii* państw obcych, § 1605(a)(3) narusza zobowiązania międzynarodowe USA, wśród przesłanek, które musi udowodnić powód powołujący się na ten wyjątek, umieszczono nie tylko fakt odebrania własności jako taki (ang. *taking*), lecz także i to, że odbierając powodowi jego majątek, pozwane państwo *ipso facto* naruszyło prawo międzynarodowe, a dodatkowo, iż odebrany składnik majątku pozostaje w związku z działalnością typu *gestio* prowadzoną przez państwo lub podległe mu struktury na terytorium USA⁶⁹. Tak czy inaczej *ratio legis* tego przepisu nie miało nic wspólnego ani z ochroną praw człowieka, ani też ze zbrodniami ściganymi z mocy prawa międzynarodowego. Mimo to – jak dotąd – jest to jedyny punkt w FSIA, dzięki któremu w sporach o ludobójstwo sądy amerykańskie czasem uchylają immunitet w zakresie, w jakim dotyczy to fazy rozpoznawczej.

Nie ulega wątpliwości, że w porównaniu z Włochami FSIA tworzy wyraźnie odmienny kontekst prawny. W realiach włoskich aż do *Sentenzy* 238/2014 ofiary niemieckich zbrodni wojennych nie mogły w ogóle dochodzić swoich roszczeń przed sądami krajowymi. Na przeszkodzie nie stały jednak przepisy włoskie, lecz oparty na zwyczaju międzynarodowym immunitet, który we włoskim porządku prawnym mógł zostać pozbawiony mocy wyłącznie przez ustawę lub też na podstawie wyroku SK. W konsekwencji rozważania nauki i judykatury musiały koncentrować swoją uwagę na prawie do sądu, gdyż tylko w ten sposób ofiary zbrodni niemieckich i ich rodziny mogły odblokować drogę dla procesu przeciw RFN. Jednocześnie SK, wydając wyrok 238/2014 i ograniczając jego skutki prawne do przypadków zbrodni wojennych i zbrodni ludobójstwa w odniesieniu do spraw, o których mowa w wyroku MTS z 2012 r., z jednej strony jasno zakreślał krąg podmiotów posiadających

⁶⁶ Tłum. A.G. Wymagania określone w pkt. a i b *in fine* określa się w amerykańskim języku prawniczym zbiorczo jako *nexus* (łącznik) i pojęcie to będzie używane w dalszej części rozważań.

⁶⁷ Zob. H. Fox, Ph. Webb, *The Law...*, s. 267. W konsekwencji pytanie, czy przepis ten jest w ogóle zgodny z prawem międzynarodowym pozostaje sprawą otwartą (por. twierdząco jednak *Restatement IV...*, § 455, s. 373, pkt 15).

⁶⁸ Szerzej na ten temat: F. Djoukeng, *Genocidal Taking...*, s. 1892 i n. i cytowane tam źródła.

⁶⁹ W tym duchu: F. Djoukeng, *Genocidal...*, s. 1899 i n.

czynną legitymację procesową w sporach wytaczanych RFN, z drugiej zaś w postępowaniu rozpoznawczym – na mocy doktryny „zbrodni *iure imperii*” – całkowicie niwelował wszelkie skutki prawne immunitetu⁷⁰. Tymczasem w realiach Stanów Zjednoczonych prawo międzynarodowe nie jest postrzegane ani jako ograniczenie prawa do sądu, ani też jako źródło tego prawa, gdyż o jego zakresie w sporach o immunitet przesądza ustawa federalna, która wprawdzie znacząco ogranicza możliwość dochodzenia roszczeń przez ofiary ludobójstwa, jednak nie zamyka im całkowicie drzwi do sądu. Dodatkowo zaś – właśnie z uwagi na generalny i abstrakcyjny charakter tych unormowań – każdy, kto udowodni, że w danym przypadku przesłanki § 1605(a)(3) są spełnione, może teoretycznie wnieść powództwo przeciwko obcemu państwu. Odmiennie zatem niż we Włoszech przepisy FSIA nie zakreślają ściśle czynnie legitymowanego kręgu podmiotów.

Powyższe uwarunkowania niosą ze sobą jednak pewne immanentne ograniczenia, które powodom włoskim są całkowicie nieznane. We Włoszech bowiem, gdy dana osoba wchodzi w zakres podmiotowy wyznaczony przez *Sentenzę*, wówczas – przynajmniej w teorii – może ona dochodzić od RFN naprawienia szkód w pełnym wymiarze. Tymczasem „inwestorski” charakter § 1605(a)(3) wyklucza z definicji przytłaczającą większość roszczeń niemajątkowych⁷¹. Dodatkowo zaś, o ile sądy włoskie na ogół stoją na stanowisku, iż „zbrodnia *iure imperii*” implikuje odmowę przyznania immunitetu, o tyle w realiach amerykańskich o podobnym automatyzmie nie ma mowy. W świetle FSIA udowodnienie naruszenia prawa międzynarodowego jest bowiem „jedną z” przesłanek, jaką należy udowodnić, by uchylić immunitet – ale nie jedyną. W konsekwencji w realiach amerykańskich można sobie zatem wyobrazić przypadek, w którym państwa A i B zostają pozwane przez dwie odrębne grupy powodów, a rozstrzygający sprawę podtrzymują immunitet wobec państwa A i odmawiają go państwu B, a czynią tak nie dlatego, że wątpią w zasadność zarzutu ludobójstwa, lecz tylko i wyłącznie dlatego, iż powodom w sprawie państwa B udało się zidentyfikować na terytorium USA działalność handlową państwa B (lub struktur mu podległych), podczas gdy w przypadku państwa A takiego łącznika nie udało się wykazać.

⁷⁰ Inna rzecz, że – jak dowodzą badania – w praktyce nie w każdym postępowaniu wytaczanym przeciwko Niemcom przed sądami powszechnymi zapadający wyrok korzysta z tej możliwości w pełnym zakresie (por. K. Oellers-Frahm, *Never-Ending...*, s. 197-201). Na gruncie teorii skutki wyroku SK nie mogą jednak budzić najmniejszych wątpliwości.

⁷¹ Pisząc wprost: paradoks FSIA polega na tym, iż pozwala on ofiarom ludobójstwa dochodzić (czasami) ich praw majątkowych, gdy tymczasem wniesienie powództwa z tytułu dokonanego mordu na najbliższych, pracy przymusowej w obozie czy następstw gwałtu jest w aktualnym stanie prawnym całkowicie wykluczone *Rukoro* przypis 4; *Simon II*, 141; *Abelesz*, s. 697.

Tak więc federalne prawo procesowe daje ofiarom ludobójstwa różne możliwości, które są obwarowane całą gamą rozmaitych wymogów, co powoduje, że wygranie procesu z obcym państwem nie jest sprawą łatwą⁷². Do tego dochodzą również problemy interpretacyjne. O ile pojęcie ekspropriacja⁷³ czy też sformułowanie prawa majątkowe odebrane z naruszeniem prawa międzynarodowego, są stosowane w sądach USA w sposób w miarę jednolity⁷⁴, o tyle kwestia, jakie organy lub osoby prawne będące własnością państwową mogą być traktowane jako *agency* lub *instrumentality*, budzi od lat niejasności zarówno w teorii, jak i w praktyce⁷⁵. Niejasność ta znajduje swoje szczególne odzwierciedlenie w przypadkach, o których mowa w § 1605(a)(3)⁷⁶. W realiach amerykańskich niezależnie od tego państwo pozwane może żądać oddalenia pozwu nie tylko z uwagi na przysługujący mu immunitet, lecz także z mocy doktryny aktu państwa (*act of state doctrine*) albo też przeniesienia postępowania przed jego własny sąd krajowy na mocy doktryny *forum non-conveniens*, względnie też uznania całego sporu za tzw. sprawę polityczną (*political question doctrine*), a więc za niepodlegającą kognicji sądu.

Obok tego w rozumowaniu sądów w sporach o immunitet państwa mogą pojawić się dodatkowe – pozaprawne – elementy. Już w sprawie *Princz* rozstrzygająca większość wyraziła obawę, że w przypadku przyznania powodowi racji, organom USA groziłby swoisty „zalew” pozwami wnoszonymi przez ofiary wszelkich

⁷² Z zestawienia sporządzonego przez sędzię Howell w sprawie *Simon I* wynika jasno, że ofiarom Holokaustu, niezwykle rzadko udawało się wygrać proces z obcym państwem, choć przyczyny odrzucenia pozwu bywały różne. Z uwagi na immunitet oddalono np. powództwo w sprawie *Garb przeciwko Polsce* (*Garb v. Republic of Poland*, 440 F.3d 579, 582 (2d Cir.2006) oraz *Haven v. Rzeczpospolita Polska*, 68 F.Supp. 2d 947, 958 (N.D.Ill.1999) (*Simon I*, s. 405 i n.); *Political question doctrine* znalazła zastosowanie w *Alperin v. Vatican Bank*, 410 F.3d 532, oraz *Whiteman v. Dorotheum GmbH & Co. KG*, 431 F.3d, s. 74 (por. *Simon I*, s. 405 i n.) Z innych powodów por. *Museum of Fine Arts, Bos. v. Seger-Thomschitz*, 623 F.3d 1, 3 (1st Cir.2010), w którym sprawę odrzucono z uwagi na upływ terminów (*Simon I*, s. 406).

⁷³ Przepisy § 1605(a)(3), posługują się pojęciem *taking* obejmującym swoim zakresem wszelkie przypadki pozbawienia majątku obywatela USA z naruszeniem prawa międzynarodowego, tj. nie tylko przypadki wywłaszczenia dokonanego z zachowaniem procedur obowiązujących w państwie pozwanym, ale również wszelkie przypadki arbitralnego pozbawienia majątku dokonane przez organa administracji państwa pozwanego, z naruszeniem przepisów obowiązujących na jego terytorium (tzw. *illegal expropriation*) *House Report (Judiciary Committee) No. 94-1487*, s. 19 i n. Patrz także F. Djoukeng, *Genocidal Taking...*, s. 1896, która powołuje się na *Zappia Middle E. Con, s. Co. v. Emirate of Abu Dhabi*, 215 F.3d 247, 251-252 (2d Cir. 2000).

⁷⁴ Sądy amerykańskie uznają pozbawienie praw majątkowych za sprzeczne z prawem międzynarodowym, o ile są spełnione trzy warunki: pozbawienie nie zostało dokonane na rzecz celu publicznego, nosiło cechy dyskryminacji i nie pociągnęło za sobą wypłaty odszkodowania (por. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964), 429; *Restatement Third of Foreign Relations, Law American Law Institute 1987*, § 712; *Restatement IV...*, § 455, s. 364, pkt c.

⁷⁵ Zob. *Restatement IV...*, § 452 (Comment, and Reporters' notes), s. 329-341.

⁷⁶ Zob. *Restatement IV...*, § 455, s. 369 i n., pkt 8 i 9.

przypadków ciężkich naruszeń praw człowieka niezależnie od miejsca i czasu zdarzeń, z których wywodziłyby one swoje roszczenia. Perspektywa gwałtownego wzrostu obciążenia sądów, jak również ewentualne kłopoty, jakie zjawisko to pociągałoby dla polityki zagranicznej⁷⁷, przyczyniły się w niemałym stopniu do odrzucenia pozwu, choć sąd doskonale wiedział, że *Princz* nie ma żadnego innego forum, gdzie mógłby dochodzić swoich roszczeń. Nawet argument, że sytuacja *Princza* jest szczególna, gdyż przeżył Holokaust⁷⁸, nie zrobił na orzekającej większości najmniejszego wrażenia⁷⁹. W późniejszym orzecznictwie, w sprawie *Simon I*, sędzia Beryl A. Howell, powołując się wprost na ten *casus*⁸⁰, poszła nawet o krok dalej i – wyraźnie dzieląc obawy wyrażane przez niektórych senatorów w czasie debaty ratyfikacyjnej nad konwencją z 1948 r. – stwierdziła, że gdyby przyznać rację powodom, wówczas nie można byłoby wykluczyć, iż ofiary polityki amerykańskiej (np. potomkowie niewolników) zyskałyby dobry powód, by podnieść roszczenia przeciw USA przed zagranicznym sądem⁸¹.

Na tym tle sprawa *Maria Altmann*, zakończona rozstrzygnięciem SN USA, przez wiele lat pozostawała przypadkiem odosobnionym. W tym wypadku przedmiotem sporu były obrazy Gustawa Klimta, będące do 1938 r. własnością fabrykanta Ferdynanda Bloch-Bauera, który z uwagi na żydowskie pochodzenie został zmuszony do opuszczenia najpierw Austrii, później Czechosłowacji, by w 1945 r. zakończyć życie w Szwajcarii. Obrazy te zostały przywłaszczone przez nazistów, którzy później przekazali je Gallerii Belvedere w Wiedniu. Po zakończeniu wojny dyrekcja galerii, mimo iż miała pełną świadomość, że będący w jej posiadaniu przedmiot sporu pochodzi z grabieży prowadzonej przez NSDAP w ramach tzw. aryzacji, nie tylko nie oddała go prawowitym spadkobiercom, lecz za pomocą swoistego szantażu wymusiła zgodę na zrzeczenie się do niego wszelkich roszczeń w zamian za zgodę na wywóz innych dzieł sztuki będących przed 1938 r. w kolekcji Bloch-Bauera. Ostatecznie dopiero po 50 latach, powziąwszy informację o wszystkich okolicznościach sprawy, Maria Altmann wytoczyła proces Austrii przed sądami USA,

⁷⁷ *Hugo Princz vs Federal Republic of Germany* patrz przypis 1 do pkt 50. Na marginesie warto dodać, iż podobne opinie pojawiały się w judykaturze amerykańskiej już wcześniej por. *Verlinden B.V. v. Cent. Bank of Nigeria*, 461 U. S. 480, 490 (1983) (cytując opinię Bruno A. Ristau, Hearing on H.R. 11315, 31).

⁷⁸ Ta ostatnia okoliczność szczególnie mocno została wyartykułowana w zdaniu odrębnym sędzi Wald (por. *ibidem*, pkt 74, 75, 88 i 90).

⁷⁹ Jak napisała sędzia Ginsburg: (...) *we recognize that this suit may represent Mr. Princz's last hope of reparation. Still, we cannot responsibly make the inferential leap that would be required in order to provide him with the federal forum he seeks, idem*, przypis 1 do pkt. 50.

⁸⁰ Zob. *Simon I*, s. 399.

⁸¹ Por. *Simon I*, przyp. 20. Pogląd ten podziela nie tylko znaczna część amerykańskiego sądownictwa, lecz także Departament Stanu, por. M.J. Chorzak, *Clarity...*, s. 402.

i choć nigdy nie został on rozstrzygnięty przez sądy amerykańskie co do *meritum*, to jednak warto zwrócić uwagę na następujące kwestie:

- 1) Sprawę *Altmann* rozpatrywały trzy sądy: sąd okręgowy⁸², IX Sąd Apelacyjny⁸³ i SN USA⁸⁴. W pierwszej i drugiej instancji powódce udało się wygrać, by następnie, wskutek złożonego przez Austrię wniosku o *certiorari*, sprawę rozstrzygnął SN, który jednak ograniczył swoje wywody wyłącznie do problemu dopuszczalności retroakcji FSIA. W opinii Departamentu Stanu, który działał pod silną presją innych państw⁸⁵, dopuszczenie mocy wstecznej tej ustawy niesie potencjał poważnych skutków negatywnych dla stosunków państwa z zagranicą⁸⁶. Za szczególnie groźne Departament uznał rozminięcie się treści wyroku z oczekiwaniami wielu państw europejskich (a oczekiwania te autorzy opinii uznali za *legitime expectations*), które sądziły, że podpisując w latach 50. i 60. XX w. specjalne porozumienia indemnizacyjne, rząd amerykański przejął na siebie obowiązek wypłaty odszkodowań należnych obywatelom USA z tytułu poniesionych przez nich strat w okresie II wojny światowej⁸⁷. Argumenty te nie przekonały SN, którego większość, wnioskując z literalnego brzmienia tekstu ustawy, uznała retroakcję FSIA za dopuszczalną⁸⁸, jednocześnie potwierdzając prawo Departamentu Stanu do przesyłania sądom swoich opinii, w jaki sposób w danym przypadku rozstrzygnąć spór z obcym państwem⁸⁹.
- 2) Sprawa *Altmann* była pierwszym przypadkiem zastosowania § 1605(a)(3) jako podstawy dla roszczeń ofiar II wojny światowej i choć samo pojęcie „ludobójstwo” pojawiało się w orzeczeniach sporadycznie, to jednak sędziowie wiedzieli, iż tłem całego stanu faktycznego był Holokaust. Z czterech przesłanek wymienionych w tym przepisie FSIA niektóre okazały się nadspodziewanie łatwe

⁸² *Altmann vs Republic Austria* 142 F. Supp. 2d 1187 (C. D. Cal. 2001) May 9, 2001 (dalej: *Altmann I*).

⁸³ *Maria v. Altmann, v. Republic of Austria, a Foreign State, and the Austrian Gallery, an Agency of the Republic of Austria*, 317 F.3d 954 (9th Cir. 2002) (dalej: *Altmann II*).

⁸⁴ *Altmann III*.

⁸⁵ Zob. M.J. Chorazak, *Clarity and...*, s. 374.

⁸⁶ *Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioners, Altmann*, s. 541, US 677 (No 03-013) (dalej: *Brief as Amicus Curiae – Altmann* (s. 1).

⁸⁷ Zob. *ibidem*, s. 17 i n.

⁸⁸ *Altmann III*, za przyjęciem wyroku głosowało sześciu z dziewięciu sędziów SN, przy czym dwóch orzekających, którzy poparli większość (tj. Antonin Scalia oraz Samuel Breyer), w zdaniach zbieżnych wyrazili wątpliwości dotyczące niektórych fragmentów uzasadnienia. Sędziowie Kennedy, Thomas i Prezes SN Rehnquist złożyli zdanie odrębne. *Altmann III*, s. 715.

⁸⁹ Jak zauważył sędzia Kennedy, jest to faktyczna rezygnacja z jednego z głównych celów, jaki przyświecał kodyfikatorom FSIA, tj. zapewnienia większej spójności i odpolitycznienia orzecznictwa w sporach o immunitet (*Kennedy J. dissent supra nota*). Według Chorazaka nie jest również jasne, czy stanowisko Departamentu Stanu jest dla sądu prawnie wiążące, a jeszcze więcej wątpliwości rodzi się wówczas, gdy Departament Stanu nie nadeśle swego stanowiska w ogóle (por. M. Chorazak..., s. 391, 403).

do udowodnienia⁹⁰, inne – trudniejsze, lecz wywody sądu okręgowego zmierzające do ustalenia, czy przedmioty sporu zostały powódce odebrane z naruszeniem prawa międzynarodowego, są szczególnie interesujące, gdyż kwalifikacja dokonanego przywłaszczenia wyraźnie podzieliła sądy rozpatrujące tę sprawę. Stosując wspomniany wyżej klasyczny, zaczerpnięty z prawa inwestycyjnego, test⁹¹, sąd okręgowy doszedł do wniosku, że gdy mowa o celu publicznym wywłaszczenia i odszkodowaniu (a raczej ich braku), odpowiedź w przypadku Marii Altmann była prosta⁹². Natomiast analizując aspekt międzynarodowoprawny, sąd okręgowy podkreślił, że zorganizowany przez nazistów rabunek dzieł sztuki z kolekcji osób prywatnych nie był zwykłą kradzieżą, lecz „częścią szerszego programu ludobójstwa europejskiej ludności żydowskiej”⁹³. Wprawdzie używając słowa „ludobójstwo”, sąd ten nie powołał się wprost na żadne konkretne przepisy⁹⁴, ale wydaje się jasne, iż w ten sposób usiłował on podkreślić dyskryminującą cechę działań nazistów i tym samym zaznaczyć, że wymóg naruszenia prawa międzynarodowego, o którym wspomina § 1605(a)(3), jest spełniony. Tok rozumowania sądu apelacyjnego poruszał się po tym samym torze, z tą wszakże różnicą, iż zamiast powoływać się na ludobójstwo, rabunek obrazów zakwalifikowano jako naruszenie Konwencji Haskiej z 1907 r.⁹⁵. Niezależnie od tych rozbieżności (a także innych niejasności, o których będzie mowa dalej) pozostaje poza sporem, że – podobnie jak później włoski SK – ani sąd okręgowy, ani sąd apelacyjny nie były skłonne traktować aktów ludobójstwa ani też (sąd apelacyjny) zbrodni wojennych w kategoriach *acta iure imperii*⁹⁶.

⁹⁰ Powódka bez kłopotu przekonała by sąd, iż przedmiotem postępowania jest żądanie wydania przez pozwaną galerię jej obrazów. Nie było też problemów, by wykazać łącznik pomiędzy terytorium USA a działalnością prowadzoną w Stanach przez stronę pozwaną. Powołując się na sprawę *Siderman de Blake*, 965 F.2d, 699, 712, Sąd Apelacyjny wysnuł wniosek, iż skoro pozwana galeria prowadziła działalność promocyjną na terytorium Stanów Zjednoczonych, a także oferowała w sprzedaży przewodnik po swoich zbiorach, to prowadzi „działalność handlową” i warunek łącznika jest spełniony, zarówno w odniesieniu do Galerii, jak i do pozwanego państwa. Por. *Altmann I*, s. 1205 (patrz także *Altmann II*, s. 969).

⁹¹ Patrz *supra* przyp. 74.

⁹² W świetle stanu faktycznego przyjętego w wyroku *Altmann I* przejęcie przedmiotu sporu nie miało żadnych związków z realizacją celu publicznego; dochód ze sprzedaży zrabowanych obrazów zasilił kasę partyjną NSDAP albo wręcz został przywłaszczony przez poszczególnych nazistów. O odszkodowaniu w ogóle nie było mowy. (*Altmann I*, s. 1203).

⁹³ *Altmann I*, s. 1203.

⁹⁴ Można spekulować, dlaczego tak się stało. Najprawdopodobniej wynikało to z obaw, by z uwagi na wyłożenie do podpisu Konwencji lemkinowskiej w 1948 r. nie narazić orzeczenia na (kolejny) zarzut retroakcji.

⁹⁵ *Altmann II*, s. 965. Z uwagi na datę dokonania przywłaszczenia nie jest to jednak pogląd przekonywujący.

⁹⁶ *Altmann I*, s. 1203, przyp. 17; *Altmann II*, s. 965 i n.

- 3) Choć wykładnia oddzielająca datę zrabowania obrazów przez nazistów (1939 r.) od daty odmowy ich wydania przez galerię (1947 r.), byłaby dla strony pozwanej bez wątpienia korzystniejsza⁹⁷, to sądy nie miały wątpliwości, że pomiędzy obydwoma zdarzeniami istnieje wystarczająco mocny związek przyczynowo-skutkowy, by stan faktyczny sprawy *Altmann* traktować jako część Holokaustu, nawet jeśli termin „Holocaust” został wzmiankowany jedynie raz w orzeczeniu sądu apelacyjnego, a sąd okręgowy nie użył go w ogóle. Tak czy inaczej – w świetle obydwu orzeczeń – ramy czasowe Holokaustu mogą – przynajmniej w niektórych przypadkach – wykroczyć poza okres 1 września 1939 r. – 8 maja 1945 r. Taka wykładnia pozwala na objęcie zakresem postępowania zarówno zdarzeń z lat 30., jak i okresu powojennego, o ile tylko – w ocenie rozstrzygających – dany fakt pozostawał w związku z ludobójstwem ludności żydowskiej⁹⁸.
- 4) Sądy okręgowy i apelacyjny odrzuciły argument pozwanych, iż powództwo Marii Altmann należy oddalić z uwagi na niewyczerpanie środków odwoławczych przewidzianych w prawie austriackim. Oddalono również wniosek o *forum non-conveniens*, co umożliwiłoby rozstrzygnięcie sporu przez sądy w Austrii⁹⁹. Pomijając specyficzne okoliczności sprawy, tj. terminy przedawnienia oraz wysokie koszty procesowe¹⁰⁰, pozostaje poza sporem, iż sąd apelacyjny w ogóle nie wziął pod uwagę argumentów strony pozwanej dotyczących takich kwestii, jak miejsce zamieszkania świadków, dostęp do dokumentów, mogących stanowić dowód w postępowaniu, czy też obawy o wynik zastosowania przez amerykański sąd przepisów austriackich (o ile taka potrzeba pojawiłaby się w czasie procesu)¹⁰¹. Znacznie więcej zrozumienia sąd ten wykazał natomiast dla wieku powódki, a co za tym idzie również trudności, jakie mogłyby powstać dla niej w sytuacji konieczności podróżowania do Austrii, względnie też

⁹⁷ Na rzecz powyższej wykładni mogła przemawiać ważna cezura oddzielająca obydwie wydarzenia tj. koniec II wojny światowej.

⁹⁸ Sąd Apelacyjny stwierdził, iż odmawiając wydania przedmiotu sporu powódce, Galeria Austriacka przedłuża stan bezprawia stworzony przez nazistów (a konkretnie zaś bezprawnego przywłaszczenia) i jednocześnie zakwalifikował postępowanie władz tego kraju jako akt tak mocno związany z okrucieństwami wojny (w oryginale *an act so closely associated with atrocities of the War*), iż Austria nie miała prawa żywić nadziei, iż zostanie on objęty immunitetem w postępowaniu przed amerykańskim organem wymiaru sprawiedliwości. (*Altmann II*, s. 965)

⁹⁹ *Altmann I*, s. 1209-1210, *Altmann II*, s. 959, 972-974.

¹⁰⁰ Por. w tej mierze stanowisko sądu okręgowego *Altmann I*, s. 1209 i opinię sądu apelacyjnego *Altmann II*, s. 961, 972 i n. (w której kwestii terminów przedawnień, a także kosztów postępowania Sąd Apelacyjny nie przyznał pierwszoplanowego znaczenia).

¹⁰¹ Zob. *Altmann II*, s. 973 i n.

dla poszanowania praw obywatelskich, jakie jej przysługiwały jako obywatelce USA, a więc również prawa do procesu przed amerykańskim sądem¹⁰².

Jednak choć we wszystkich trzech rozstrzygnięciach pojawiły się nowe elementy, wyraźnie odbiegające od wcześniejszej judykatury, to znaczenie tych orzeczeń dla późniejszej praktyki pozostawało sporne już od chwili ich wydania. Wątpliwości te wynikały z następujących powodów:

- 1) Choć sąd okręgowy i IX Sąd Apelacyjny odegrały bezspornie rolę pionierów w kształtowaniu orzecznictwa, o którym będzie mowa w części III artykułu, to jednak – z uwagi na panujący w ich uzasadnieniach chaos metodologiczny, błędy w faktografii¹⁰³, brak jasnego stanowiska co do tego, czy naziści, dokonując grabieży obrazów Klimta, dopuścili się zbrodni wojennej, czy też ludobójstwa – omówione rozstrzygnięcia budziły na tyle poważną krytykę, że w swoim wyroku SN nie omieszkął podkreślić, iż – z uwagi na zawężony zakres *certiorari* – w ogóle nie chce wyrażać opinii o tym, czy § 1605 (a) (3) został zastosowany prawidłowo, ani tym bardziej przesądzać, czy w przypadku innych sporów powstałych na tle zdarzeń z okresu poprzedzającego wejście w życie FSIA dopuszczalne jest powoływanie się na klauzulę ekspropriacyjną¹⁰⁴.
- 2) Wszystkie sądy rozpatrujące sprawę Altmann pominęły milczeniem aspekt obywatelstwa powódki naturalizowanej w 1945 r.¹⁰⁵. W teorii bowiem prowadzony przez nią od lat 40. spór z galerią można było interpretować jako spór obywatelki USA z obcym państwem. Pamiętając o tym, że znaczna część, o ile nie większość, ofiar ludobójstw zamieszkujących USA nabyła amerykański paszport wiele lat po tych tragicznych wydarzeniach, jeszcze kilka lat temu czynnik ten – dla przyszłych postępowań – wydawał się nie być pozbawiony

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ W swojej opinii Departament Stanu skrytykował pogląd sądu okręgowego, jakoby przed 1952 r. doktryna immunitetu absolutnego doznawała w praktyce tego resortu jakichś poważniejszych ograniczeń, a także podjęte przez Sąd Apelacyjny próby spekulowania, co zrobiłaby dyplomacja USA, gdyby sprawa *Marii Altmann* stanęła na wokandzie w latach 40., jak również wniosek, że gdyby do tego doszło, Austria w żadnym wypadku nie miałaby prawa oczekiwać, iż władze USA przyznają jej immunitet. Departament cały ten wywód uznał za pozbawiony sensu (*Brief as Amicus Curiae – Altmann...*, s. 8 i s. 20-22, zwracając jednocześnie uwagę SN, iż sądy niższych instancji przyjęły błędnie, że USA w latach 30. i 40. traktowały Austrię jako państwo nieprzyjacielskie (w tym duchu por. *idem*, s. 23, przypis 20).

¹⁰⁴ Zob. *Altmann III*, s. 700 i n.

¹⁰⁵ Zob. *Altmann III*, s. 681.

znaczenia i w 2004 r. – choćby z tego powodu – mogło wydawać się, że *casus* Marii Altmann pozostanie przypadkiem odosobnionym¹⁰⁶.

3) Ze swej strony SN zasygnalizował, że nawet jeśli Austria przegrałaby spór o immunitet, to i tak mogłaby odwołać się do doktryny aktu państwa (*act of state doctrine*)¹⁰⁷. Niezależnie od tego, zdaniem Chorazaka, po wyroku w sprawie *Altmann III*, gdyby sprawa pozostała w amerykańskich sądach, pozwani nadal mogliby powoływać się na *forum non-convenience* czy też doktrynę *political question*¹⁰⁸.

Z uwagi na powyższe wątpliwości, opinie na temat rozstrzygnięć *Altmann I*, *II* i *III* były skrajne. Zdaniem jednych sprawa ta zwiastować miała autentyczny przełom¹⁰⁹, inni zajmowali bardziej zniuansowane stanowisko¹¹⁰, ale byli też i tacy, którzy twierdzili, że *casus* ten utrudni dochodzenie roszczeń ofiarom ludobójstwa (zwłaszcza Holokaustu)¹¹¹. Przez kilka następnych lat, jakie upłynęły od tego wyroku, większość amerykańskiej judykatury zdawała się potwierdzać opinie sceptyków¹¹². Jednak niektóre z zapadających już wówczas rozstrzygnięć (w szczególności sprawa *Cassirer*¹¹³) świadczyły o czymś zgoła odmiennym, tj. o gotowości niektórych sądów do zajęcia znacznie bardziej radykalnego stanowiska, aniżeli uczynili to sędziowie w sprawie *Altmann I* i *II*.

W sprawie *Cassirer* powód wytoczył proces Hiszpanii i galerii Museo Nacional Thyssen Bornemisza w Madrycie. Utrzymywał on, że jeden z obrazów Pissarra

¹⁰⁶ W tym duchu wypowiedział się sędzia SN Breyer, który w zdaniu zbieżnym stwierdził, że (...) *consensus view* that Section 1605(a)(3)'s reference to 'violation of international law' does not cover expropriations of property belonging to a country's own national. 541 U.S. 677, 713 (2004) (Breyer, J. concurring). Ponadto Breyer nie podzielił stanowiska sądu apelacyjnego, dotyczącego obowiązku wyczerpania środków krajowych. *Plaintiff who chose to litigate in this country in disregard of the postdeprivation remedies in the „expropriating” state may have trouble showing „taking in violation of international law”* (*idem*).

¹⁰⁷ Zob. *Altmann III*, s. 715.

¹⁰⁸ Zob. M.J. Chorazak, *Clarity...*, s. 398. Autor ten wręcz twierdził, iż gdyby Austria po wyroku SN odwołała się do *act of state doctrine*, wówczas mogłaby doprowadzić do odrzucenia pozwu (*idem*, s. 399).

¹⁰⁹ Zob. J. Adelman, *Sovereign Immunity Ramification of Altmann*, ILSA Journal of International & Comparative Law 11(2004)173, s. 191 (twierdząc, iż sprawa *Altmann* zrywa ze spuścizną sprawy *Princz* i jest początkiem nowej epoki).

¹¹⁰ Zob. M.J. Chorazak stwierdził: *Essentially, Altmann attempts to resolve the question of whether a suit, involving a unique and historically significant set of facts* (podkr. AG) *arising in the twentieth century, may be brought in the twenty-first century against a foreign state in a federal court* (s. 379), patrz także *idem*, s. 404.

¹¹¹ B. Neuborn, *A Tale of Two Cities: Administering the Holocaust Settlements in Brooklyn and Berlin*, [w:] M.J. Bazylar & R.P. Alford (eds), *Holocaust Restitution: Perspectives on the Litigation and Its Legacy*, NYU Press 2006, s. 74.

¹¹² Por. listę orzeczeń sporządzoną przez sędzię Howell w sprawie *Simon I*, supra nota 80.

¹¹³ *Claude Cassirer v. Kingdom of Spain, et al.*, 461 F. Supp. 2D 1157 (2006) (dalej: *Cassirer I*); *Cassirer v. Kingdom of Spain et al.* 580 F.3d 1048, 1054-55 (9th Cir.2009) (dalej: *Cassirer II*); *Claude Cassirer v. Kingdom of Spain and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, 616 F.3d 1019 (2010) (dalej: *Cassirer III*).

znajduje się tam bezprawnie, gdyż do końca lat 30. XX w. jego właścicielką była babka pana Cassirera, która została zmuszona przez nazistów do sprzedaży tegoż obrazu pod groźbą, iż w przypadku odmowy władze III Rzeszy nie pozwolą jej na wyjazd z Niemiec. Z ciekawszych fragmentów tej sprawy warto zwrócić na następujące kwestie:

- 1) Rozważając problem obywatelstwa powoda, sąd okręgowy w zasadzie przyznał rację Hiszpanom, że na § 1605(a)(3) nie może powoływać się osoba będąca w dniu wywłaszczenia obywatelem państwa pozbawiającego ją majątku. Sędziowie uwzględnili jednak szczególny aspekt legislacji nazistowskiej używającej pojęć „obywatel” (niem. *Reichsbürger*) oraz „osoba przynależąca do państwa” (niem. *Staatsangehörige*), w której czynnikiem przesądzającym o zaliczeniu do pierwszej bądź drugiej grupy było kryterium rasistowskie. Z uwagi na jaskrawą dyskryminację, jaką wprowadzał ten podział, sąd doszedł do wniosku, że w tym przypadku trudno mówić o sporze obywatela z własnym państwem. W ocenie sądu należy przyjąć, iż w takiej sytuacji powód, jako wnuk prawowitej właścicielki obrazu Pissarra, ma prawo dochodzić swoich roszczeń przed sądem amerykańskim, gdyż w chwili wywłaszczenia ani on, ani jego babka nie byli traktowani przez Niemcy jako pełnoprawni obywatele¹¹⁴.
- 2) Specyficzne cechy sprawy *Cassirer*¹¹⁵ nie pozwalają odpowiedzieć w sposób pewny, jak duży wpływ na rozumowanie sędziów i ich konkluzje miało pojęcie ludobójstwa. Wszystkie składy orzekające przyjęły jednak za pewnik, iż odebranie obrazu nastąpiło z naruszeniem prawa międzynarodowego. W sprawie *Cassirer I* sąd poprzestał na ustaleniu, iż przesłanki trójelementowego testu, zastosowane w sprawie *Altmann I*, są spełnione. Inaczej jednak niż w sprawie austriackiej, nie podał żadnych wskazówek, z jakiej normy prawa międzynarodowego obowiązującej w latach 30. XX w. miałyby wynikać zakaz dyskryminacji¹¹⁶. W wyroku *Cassirer III* sąd poprzestał na ogólnej uwadze, iż skoro

¹¹⁴ Zob. *Cassirer I*, s. 1165 i n. Odnosząc się do tego fragmentu, niektórzy z autorów słusznie zauważają, iż w sprawie tej sąd ewidentnie przyjął nie formalną, lecz materialną definicję obywatelstwa; por. Vivian Grosswald Curran, *The Foreign Sovereign Immunities Act's Evolving Genocide Exception* (August 27, 2018). *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 23, 2019, Forthcoming; U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2018-27. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3239554> (dostęp: 1 marca 2019 r.), s. 7.

¹¹⁵ Por. *Cassirer I*, s. 1165 i n., pkt 3.

¹¹⁶ Zob. *Cassirer I*, s. 1170. Dodając również *In any event, „at this jurisdictional stage, we need not decide whether the taking actually violated international law; as long as a `claim is substantial and non-frivolous, it provides a sufficient basis for the exercise of our jurisdiction.”* (...) (*ibidem*, cyt. pominięte).

żadna ze stron nie przeczy, że przejęcie obrazu przez nazistów naruszało prawo międzynarodowe, to nie trzeba w ogóle rozpatrywać tej kwestii¹¹⁷.

- 3) W sprawie *Cassirer* sądy rozważały, czy w świetle faktu, iż organy Hiszpanii nie brały udziału w wymuszeniu przewłaszczenia obrazu na nazistów, dopuszczalne jest kierowanie pozwu nie tylko przeciwko galerii, lecz także przeciw hiszpańskiemu państwu. Na pytanie to sąd okręgowy oraz sąd apelacyjny odpowiedziały twierdząco. Choć konkluzja ta budzi kontrowersje, to jednak w ocenie obu sądów skuteczne pozwanie organu lub osoby prawnej, w której państwo ma pakiet kontrolny, implikuje również możliwość pozwania państwa, jako odrębnej strony postępowania. Argumenty o braku jakiegokolwiek związku pomiędzy Hiszpanią a wymuszeniem z lat 30. odrzucono, zadowolając się twierdzeniem, iż taka jest prawidłowa (literalna) wykładnia FSIA¹¹⁸. Idąc w ślady sprawy *Altmann I*, obydwa sądy podtrzymały liberalną wykładnię wymogu prowadzenia działalności handlowej na terytorium USA (§ 1605(a)(3) *in fine*), a w konsekwencji zakup książek na Amazonie czy też przyznawana firmom amerykańskim zgoda na publikację zdjęć obrazów, jakich udzielała hiszpańska galeria¹¹⁹, okazały się warunkiem wystarczającym, by odmówić immunitetu nie tylko Muzeum, lecz także i Hiszpanii. Argument pozwanych, iż „działalność handlowa” na terytorium USA ma charakter *de minimis*, został w sprawie *Cassirer III* odrzucony¹²⁰.
- 4) Interpretując dogmatycznie FSIA, wszystkie sądy rozpatrujące sprawę *Cassirer* stanęły na stanowisku, że skoro prawodawca amerykański nie uzależnił *explicite* możliwości powołania się na ekscepcję § 1605(a)(3) od wcześniejszego wyczerpania środków krajowych przewidzianych przez prawo państwa pozwanego, to należy przyjąć, iż powód może wnieść powództwo przeciwko niemu niezależnie od tego, czy podjął jakikolwiek wysiłek, by dojść swoich roszczeń przed sądami strony pozwanej, czy też żadnych czynności zmierzających w tym kierunku nie podjął¹²¹.

Podsumowując rozważania niniejszej części, należy stwierdzić, iż – niezależnie od tego, co sądzi się o historii sporów, jakie towarzyszyły procesowi ratyfikacyjnemu konwencji z 1948 r., do końca ubiegłej dekady orzecznictwo USA na ogół utrzymało konserwatywny kurs, którego początków należy upatrywać w sprawie *Princz*. Niemniej jednak takie sprawy jak *Altmann* lub *Cassirer*, mimo iż jeszcze

¹¹⁷ *Ibidem*, s. 1027. W sprawie *Cassirer II*, z uwagi na zakres apelacji, kwestia ta nie była rozpatrywana w ogóle.

¹¹⁸ Zob. *Cassirer I*, s. 1172, przypis 7. Por. *Cassirer II*, s. 1057; *Cassirer III*, s. 1031 i n.

¹¹⁹ Zob. *Cassirer I*, s. 1072-1076; *Cassirer II*, s. 1058 i n.; *Cassirer III*, s. 1032-1034.

¹²⁰ Zob. *Cassirer III*, s. 1032-1034.

¹²¹ Zob. *Cassirer I*, s. 1164; *Cassirer III*, s. 1034 (nieco odmiennie *Cassirer II*, s. 1061-1063).

10 lat temu wydawały się należeć do przypadków odosobnionych, stanowiły zwiastun nowego (i znacznie bardziej radykalnego) kursu judykatury amerykańskiej.

III. NOWE TENDENCJE W ORZECZNICTWIE USA W SPORACH CYWILNYCH WYTACZANYCH OBCYM PAŃSTWOM PRZEZ OFIARY LUDOBÓJSTWA

Wspólnym elementem łączącym wszystkie omawiane niżej rozstrzygnięcia jest stan faktyczny zakwalifikowany *expressis verbis* zarówno przez powodów, jak i amerykańskie sądy jako ludobójstwo. Choć poszczególne sprawy różnią się od siebie pod względem dat¹²², sekwencji zdarzeń, z których powodowie wywiedli swoje roszczenia¹²³, typu powództwa, a także przebiegiem postępowania oraz ostatecznym jego wynikiem, to łączy je typ zbrodni stanowiącej tło historyczne, jak też podstawa prawna wniosku o uchylenie immunitetu (tj. § 1605(a)(3)). Co niezwykle istotne: we wszystkich tych sprawach – poza ważnym wyjątkiem spraw ormiańskich – pozwane rządy powoływały się wyłącznie na FSIA bez podejmowania poważniejszych prób podważenia twierdzeń powodów dotyczących przebiegu zdarzeń oraz kwalifikacji – zarzutu ludobójstwa¹²⁴. Z najważniejszych zmian, jakie przyniósł nowy trend w judykaturze, należy wymienić następujące:

- 1) obywatelstwo posiadane przez powoda w chwili przywłaszczenia jego majątku przestało być czynnikiem przesądzającym o dopuszczalności zastosowania § 1605(a)(3). Jeśli zatem w sprawie *Simon I* sędzia Beryl A. Howell odniosła się do klasycznej interpretacji dość życzliwie¹²⁵, o tyle późniejsze orzecznictwo

¹²² Sprawa *Rukoro* dotyczy wymordowania dwóch plemion afrykańskich w latach 1904-1908 przez niemieckie władze kolonialne. Z kolei sprawa *Davoyan* dotyczy ludobójstwa Ormian w latach 1915-1923, pozostałe sprawy dotyczą roszczeń z tytułu zbrodni Holokaustu.

¹²³ Sprawa *de Csepel* oraz *Philipp* dotyczą dzieł sztuki zrabowanych przez nazistów i węgierskich faszystów, których restytucji domagają się powodowie. W sprawie *Simon* ocaleni z Holokaustu dochodzą roszczeń z tytułu działań organów węgierskich podjętych w ramach organizacji i przeprowadzenia akcji wywózki ludności żydowskiej do Oświęcimia w 1944. W sprawie *Abelesz* powodowie zarzucali stronie pozwanej (Narodowemu Bankowi Węgier oraz innym podmiotom) wzbogacenie się na ich majątku, dokonany na podstawie ustawodawstwa antyżydowskiego obowiązującego na Węgrzech przed 1945 r. W sprawie *Dovayan* powodowie dochodzili roszczeń z tytułu konfiskaty ich nieruchomości położonych na terenie Turcji w ramach planowego wyniszczania ludności ormiańskiej w latach 1915-1923. W sprawie *Rukoro* powodowie domagają się m.in. wydania szczątków osób pomordowanych w czasie pacyfikacji Namibii znajdujących się w Amerykańskim Muzeum Historii Naturalnej oraz odszkodowania za inne poniesione straty (w tym również za szkody, których nie można dochodzić na mocy FSIA).

¹²⁴ Od tego schematu w pewnym stopniu odbiegają sprawa *Philipp* (patrz przyp. 134) oraz *Simon I*. W sprawie *Rukoro* odpowiedzialność moralna została przez Niemcy uznana w specjalnych oświadczeniach wysokiej rangi przedstawicieli władz tego kraju za: *Gerichtliche und außergerichtliche Möglichkeiten der Aufarbeitung kolonialen und rassistisch motivierten Unrechts* 2018; Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Sachverstand WD 2 – 3000 – 016/18, s. 6.

¹²⁵ Por. *Simon I*, s. 422-423.

albo przejęło tezy wyroku *Cassirer*¹²⁶, albo wprost uznało, że obywatelstwo ofiar przestaje odgrywać jakąkolwiek rolę tam, gdzie zaczyna się ludobójstwo. W kluczowej sprawie *Simon II* sędzia Srinivasan stwierdził, że pozbawienie majątku własnych obywateli (*domestic taking*) w zasadzie nie wchodzi w zakres § 1605(a) (3). Jednak gdy działania te podjęto w ramach ludobójstwa, obywatelstwo ofiar przestaje być jakąkolwiek barierą procesową¹²⁷;

- 2) erozja czynnika obywatelstwa niesie poważne konsekwencje dla percepcji traktatów pokojowych i umów indemnizacyjnych, których postanowienia – w świetle nowej interpretacji – mają zdaniem sądów dotyczyć wyłącznie osób będących w 1945 r. obywatelami USA. W efekcie nie stanowią one już przeszkody dla postępowania wytoczonego w sytuacji, gdy *domestic taking* był jednym z przejawów ludobójstwa. Jeśli zatem Węgrzy liczyli, że Traktat Pokojowy z 1947 r. i zawarta z USA w 1973 r. umowa indemnizacyjna będą stanowić – na mocy § 1604 FSIA – skuteczną zaporę przed roszczeniami powodów (a zatem, że umowy te będą traktowane w kategoriach umów nakazujących sądowi USA powstrzymać się od sprawowania jurysdykcji), to taktyka ta zawiodła na całej linii, gdyż poza sprawą *Simon I*, we wszystkich innych rozstrzygnięciach sądy odrzuciły jakiekolwiek argumenty wywodzone z treści obu umów przez stronę pozwaną¹²⁸;
- 3) wbrew wcześniejszej judykaturze, w omawianych sprawach sądy stwierdziły wyraźnie, że do naruszenia prawa międzynarodowego, o którym mowa w § 1605(a) (3), dochodzi zawsze, gdy pozbawienie majątku jest pochodną polityki ludobójstwa¹²⁹. Choć konkretna kwalifikacja samego faktu przejścia bywała różnie oceniana przez poszczególne sądy, to w kluczowej sprawie *Simon II* sędzia Srinivasan zakwalifikował pozbawianie ofiar Holokaustu ich majątku przez organy węgierskie jako akt ludobójstwa w rozumieniu art. II c) Konwencji Lemkinowskiej¹³⁰, określając opisane w pozwie czyny i akty jako *genocidal-taking*. Obecnie wyrok

¹²⁶ Zob. *De Csepel I*, s. 130.

¹²⁷ Zob. *Davoyan*, s. 1101-1102, *Abelesz*, s. 674-75. Por. *Simon II*, Part II B. b.; por. też *Philipp I*, s. 72; *Philipp II*, s. 410 i n. i in. (uznając za precedens wyrok *Simon II*).

¹²⁸ Por. *De Csepel I*, s. 131; *De Csepel II*, s. 17-19, *Simon II*, s. 136-140; *De Csepel III*, s. 164 i n. (uznając za precedens wyrok *Simon II*). Z innych powodów sąd odrzucił próby Niemiec powoływania się na Deklarację Terezińską i tzw. *Washington Principles*, które nawołują m.in. do tworzenia alternatywnych metod rozwiązywania sporów z tytułu roszczeń wnoszonych przez ofiary Holokaustu, zob. *Philipp I*, s. 74 i n.; *Philipp II*, s. 416 i n., jak również próbę powołania się na postanowienia Traktatu Wersalskiego, zob. *Rukoro*, s. 15, przyp. 6.

¹²⁹ *Abelesz I*, s. 675 i n.; *de Csepel I*, s. 129 i n.; *de Csepel II*, s. 598; *Davoyan*, s. 1103; *Simon II*, s. 142-144, por. także *de Csepel III*, s. 163 i n. i *de Csepel IV*, s. 1101 i n.; *Philipp I*, s. 70-72 *Philipp II*, s. 410 i n.; *Rukoro*, s. 14, przyp. 4 (uznając za precedens wyrok *Simon II*).

¹³⁰ Art. IIc, *Rozmyślne stworzenie dla członków grupy warunków życia obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego*, por. *Simon II*, s. 142-144.

- ten, skądinąd budzący wiele kontrowersji¹³¹, jest precedensem i oddziałuje na inne postępowania ze sporą siłą, zdecydowanie wykraczającą poza obszar jurysdykcji District Collumbia Circuit, w którym zapadło wspomniane rozstrzygnięcie¹³²;
- 4) odnośnie do ram czasowych nowa linia orzecznicza w zasadzie odwołuje się do tych, które zostały wyznaczone w pracach historyków¹³³, a w przypadku Holokaustu sądy przejmują „bez skreśleń” poglądy ze sprawy *Altmann I i II* oraz sprawy *Cassirer I*. Próby korekty tej perspektywy podjęte przez Niemcy w sprawie *Philipp I i II* zostały w atmosferze skandalu odrzucone¹³⁴. Na obecnym etapie rozwoju judykatury wydaje się zatem jasne, iż – idąc w ślady wyroku *Altmann II* – w przypadku Holokaustu sądy amerykańskie nie byłyby skłonne uznać daty 8 maja 1945 r. za końcową datę Zagłady ludności żydowskiej w Europie¹³⁵;
- 5) wbrew sugestiom zawartym w orzeczeniu SN *Altmann III*, dotyczącym możliwości powołania się na *act of state doctrine*, jako alternatywną przesłankę odrzucenia powództwa, pozwanym państwom w żadnej z omawianych spraw – z różnych powodów – nie udało się skutecznie powołać na tę instytucję¹³⁶. W ostatnich latach sądy amerykańskie coraz mniej chętnie uwzględniają również argumenty dotyczące wyczerpania przez powoda środków krajowych (*prudential exhaustion*), podobnie jak coraz rzadziej godzą się na zastosowanie *forum non-conveniens*. W sprawie *Abelesz*, a później jeszcze w sprawie *Fischer* doszły

¹³¹ Do sprawy tej wrócimy w dalszej części poniższych rozważań.

¹³² Z ostatnich orzeczeń por. Rukoro str. 16.

¹³³ W sprawie *Rukoro* sąd przyjął za ramy czasowe lata 1885-1909, z położeniem nacisku na wydarzenia z lat 1904-1905, *Rukoro*, s. 2-4; w sprawie *Davoyan* za punkt odniesienia sąd przyjął opis wydarzeń z Wikipedii, według stanu na 22 lipca 2006 r. (informacja za: *Davoyan*, s. 1090, przyp. 1).

¹³⁴ W sprawie *Phillip II* Niemcy twierdzili, że choć w latach 30. XX w. ludność pochodzenia żydowskiego podlegała różnym formom dyskryminacji, to w 1935 r. (tj. w dniu bezprawnego przejęcia przez nazistów Skarbu Welfów) w NSDAP nie było jeszcze gotowego planu ludobójstwa. Argumentacja ta spotkała się z ostrą krytyką historyków (w tym Timothy Snydera) (por. Stewart Ain, *Nazi Art Case Tests Start Date Of Shoah*, *The Jewish Week*, 19 November 2015, <https://www.lootedart.com/news.php?r=RJX03J341021> (dostęp: 01.03.2019 r.)) i została odrzucona przez sąd, który za miarodajną datę przyjął rok 1933, tj. datę przejęcia władzy przez Hitlera w Niemczech). W tym przypadku jednak, z uwagi na cechę przedmiotu sporu, na ocenie sądu w nie mniejszym stopniu niż opinia Snydera musiał zaważyć również *Holocaust Expropriated Art Recovery Act (H.R. 6130)*, który swoim zakresem czasowym objął zdarzenia od 1.01.1933 . do 12.12.1945 r. (por. *Philipp II*, 412).

¹³⁵ W każdym razie w sprawie *de Csepel III*, s. 163, sąd przyjął, iż pomiędzy zrabowaniem spornych obrazów przez nazistów a działaniami władz węgierskich po II wojnie światowej istnieje wystarczająco mocny związek przyczynowy by zdarzenia te traktować nie oddzielnie, lecz łącznie. Por. *de Csepel III*, 163 i n.

¹³⁶ Gwoli ścisłości jednak należy podkreślić, że zakaz ludobójstwa był tym czynnikiem, który delegalizując węgierskie i niemieckie przepisy antyżydowskie wyłączał możliwość uznania wyłączeń za *acta iure imperii*, a tym samym czynił wnioski o zastosowanie *act of state doctrine* bezprzedmiotowym. Por. *De Csepel I*, s. 142 i n. Z kolei w sprawie *de Csepel I*, s. 142 i n. i *de Csepel II*, s. 22 i n.; sąd odmówił odrzucenia pozwu z uwagi na niewładczy charakter zaskarżonego aktu.

do wniosku, że z mocy *comity of nations* warunkiem *sine qua non* wniesienia pozwu w trybie § 1605(a)(3) jest uprzednie wyczerpanie środków krajowych oferowanych przez prawo pozwanego państwa¹³⁷. Podobnie w sprawie *de Csepel I* i *Simon III* Węgrom i pozostałym pozwanym udało się przekonać sąd, iż – na mocy *comity* – orzekający powinni pozwolić rozstrzygnąć spór przed węgierskim sądem¹³⁸. Jednak w sprawie *de Csepel III* sędzia Huvelle, wnioskując tylko *a contrario* z litery FSIA¹³⁹, co i z orzeczeń niezwiązanych z ludobójstwem¹⁴⁰, zaakceptowała tezy *Cassirer III*, w myśl których obowiązek wyczerpania środków krajowych dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy spór zostaje przeniesiony na szczebel stosunków międzypaństwowych, względnie też ma go rozstrzygać organ międzynarodowy, nie zaś w wypadku, gdy powód dochodzi swoich roszczeń przed sądem krajowym przeciwko obcemu państwu¹⁴¹. Późniejsze orzecznictwo przejęło ten tok rozumowania oraz konkluzje¹⁴² i – na obecnym etapie – nie wydaje się, by powyższy trend miał ulec poważniejszym zmianom¹⁴³. Podobne zjawisko można zaobserwować w odniesieniu do doktryny *forum non-conveniens*, w ramach którego sądy, dokonując oceny zasadności wniosku o przeniesienie procesu do państwa pozwanego, stosują podobny tok rozumowania, jak w sprawach *Altmann I* i *II*. W sprawie *de Csepel* Węgrom nie udało się przekonać sądu do swoich argumentów¹⁴⁴, w sprawie *Simon III* udało się im wygrać, niemniej jednak ostatecznie, rozpatrzywszy zażalenie powodów, sąd

¹³⁷ Wniosek ten w sprawie *Abelesz* wyprowadzono nie tyle z orzecznictwa, ile z treści § 712 i 713 III Restatementu z 1987 r. Natomiast rozpatrujący odwołanie w sprawach łączonych VII Sąd Apelacyjny w Chicago, raczej oparł się na ustaleniach sądu pierwszej instancji *Fischer*, s. 859.

¹³⁸ *De Csepel I*, s. 144 i n.; *Simon III*, s. 62.

¹³⁹ Obowiązek wyczerpania środków krajowych – w przeciwieństwie do niektórych innych wyjątków FSIA – nie jest *expressis verbis* przewidziany w tekście ustawy.

¹⁴⁰ *De Csepel III*, s. 169, cytując *Agudas Chasidei Chabad of U.S. v. Russian Federation*.

¹⁴¹ Zob. *De Csepel III*, s. 168, dodając jednocześnie, iż obowiązek taki nie zachodzi w sytuacji *genocidal taking*, w rozumieniu sprawy *Simon II*. Tę kontrowersyjną opinię podtrzymuje też prof. William S. Dodge, patrz *infra* przypis 142, który w nadesłanym *Amicus Curiae Brief* na rzecz powodów w sprawie *Simon IV* stwierdza, że *whithout exception, customary international law limits the local remedies rule to two situations: (1) States exercising diplomatic protection and (2) plaintiffs, whether public or private, bringing claims before international tribunals* (s. 10).

¹⁴² Por. *Phillip I*, s. 83; *Phillip II*, s. 416; *Simon IV*, s. 15.

¹⁴³ Ważną rolę w kształtowaniu tego trendu odegrał prof. William S. Dodge. Jako autor *Amicus Curiae Brief* w sprawie *Simon IV* dowodził on, że jeśli węgierskie sądy wydałyby niekorzystny wyrok dla powodów, wówczas, z uwagi na *res iudicata*, nie mieliby oni żadnych możliwości dochodzenia swoich roszczeń przed amerykańskim sądem. Zob. William S. Dodge, *Brief of Professor William S. Dodge as Amicus Curiae in Support of Plaintiffs-Appellants, Simon v. Republic of Hungary (February 5, 2018)*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3118607>, s. 4 i n. Pogląd o niewiążącym charakterze obowiązku wyczerpania środków krajowych został zaaprobowany w *Restatement IV*, którego prof. Dodge jest jednym ze współautorów (*idem*, § 455, Reporters' Notes, s. 371, pkt 11).

¹⁴⁴ *De Csepel I*, s. 137-139; *de Csepel II*, s. 24 i n.

apelacyjny w sprawie *Simon IV* wyraził opinię radykalnie odmienną. W sprawach *Philipp I* i *II* sąd wykazał nieco więcej zainteresowania dla argumentacji Niemiec, lecz ostatecznie wnioski o przeniesienie procesu przed sąd niemiecki został odrzucony¹⁴⁵;

- 6) w porównaniu z wcześniejszą judykaturą, interpretacja wymogu łącznika przeszła znamiennej ewolucję. Początkowo przyjmowano wykładnię liberalną, w świetle której, jeśli jakiś organ lub osoba prawna, o której mowa w § 1605(a)(3)(b), prowadzi działalność handlową w USA (które to pojęcie w sprawach *Maria Altmann* i *Cassirer* interpretowano bardzo szeroko), a majątek powoda lub też majątek uzyskany w drodze wymiany za majątek jemu zabrany, jest w zarządzie tegoż organu lub osoby prawnej (niezależnie od tego, czy znajduje się fizycznie na terytorium USA, czy też poza obszarem amerykańskiej jurysdykcji), wówczas sądy dopuszczały pozew nie tylko przeciwko danej osobie prawnej lub organowi, lecz także przeciwko samemu państwu. Jednak od sprawy *Simon II* sądy zaczęły przyjmować nowy, bardziej restrykcyjny kurs. W świetle nowej wykładni, aby pozwać państwo obce, należy udowodnić, że: 1) majątek, do którego pretensje rości sobie powód, znajduje się na terytorium USA, 2) jest on powiązany z działalnością handlową, którą prowadzi samo państwo, nie zaś podmiot, o którym mowa w § 1605(a)(3)(b)¹⁴⁶. Jeśli obie te przesłanki nie są spełnione, wówczas jedynym wyjściem dla powodów jest pozwanie wyłącznie konkretnej osoby prawnej, względnie organu danego państwa, lecz – jak pokazuje sprawa *Rukoro* – w praktyce także i to może być trudne¹⁴⁷. Tak czy inaczej, efekt tej nowej tendencji interpretacyjnej jest taki, że w chwili obecnej sądy USA wyłączyły z toczących się procesów dosłownie wszystkie państwa, które powodowie usiłowali pozwać w trybie § 1605(a)(3) z tytułu ludobójstwa, dopuszczając jednocześnie dalsze postępowanie przeciwko konkretnym organom lub osobom prawnym¹⁴⁸. Wśród niektórych powodów powyższa zmiana

¹⁴⁵ Por. w szczególności: *Philipp I*, s. 83-87 oraz *Simon IV*, s. 17, 23-25.

¹⁴⁶ Zob. *Simon II*, s. 147 i n.

¹⁴⁷ Zob. *Rukoro*, s. 17-20.

¹⁴⁸ W chwili obecnej w sprawie *Simon* jedyną stroną pozwaną zostały węgierskie koleje MÁV, w sprawie *de Csepel* trzy muzea oraz uniwersytet, w sprawie *Phillipp II* – niemiecka fundacja SPK (*Stiftung Preussischer Kulturbesitz*).

wykładni wywołała wiele obaw o dalszy los toczącego się postępowania¹⁴⁹ i – jak wydaje się – nie są one pozbawione podstaw¹⁵⁰;

- 7) choć wraz z wejściem w życie FSIA spory o immunitet państwa miały być rozstrzygane wyłącznie w oparciu o kryteria ustawowe, w praktyce jednak sądy USA są nadal wyczulone na oceny władzy wykonawczej, a czasem również – co nieco zaskakuje – na perspektywę strony pozwanej. Pisząc wprost: w sporach o immunitet polityka nadal jest obecna, a wnioski, jakie sądy amerykańskie wysnuwały ze stanowiska Departamentu Stanu (albo i też – co częściej – jego braku)¹⁵¹ oraz innych okoliczności pozaustawowych (w których nierzadko stanowisko polityczne pozostawało nierozzerwalnie związane z oceną określonych wydarzeń historycznych) były tyleż zaskakujące, co i niejednolite. W ten sposób w sprawie *Dovayan* dla sądu było oczywiste, iż powodowie spełnili wszystkie przesłanki § 1605(a)(3), lecz powództwo oddalono z mocy *political question doctrine*. Choć w myśl tej doktryny nie każda kontrowersja, która może wpływać na stosunki USA z zagranicą, zostaje wyłączona z zakresu jurysdykcji sądowej¹⁵², to w tej sprawie, mimo braku oficjalnego stanowiska Departamentu Stanu, sąd oddalił powództwo, argumentując, że skoro Turcja reaguje niezwykle ostro na przypisywanie jej odpowiedzialności za ludobójstwo (którego dokonanie neguje), a administracja Obamy (i sam Prezydent) nadal wahają się użyć słowa *genocide* w odniesieniu do wydarzeń z lat 1915-1923, to odmowa przyznania Turcji immunitetu byłaby niedopuszczalną ingerencją w zakres kompetencji władzy wykonawczej¹⁵³. W sprawie *Rukoro* rząd USA zachował milczenie, jednak brak protestu ze strony RFN i raporty KPCzł. ONZ z lat 80., w których

¹⁴⁹ We wniosku o *certiorari*, złożonym do SN po wyroku *de Csepel IV*, powodowie domagali się utrzymania na liście stron pozwanych państwa węgierskiego. Ich zdaniem – w obliczu wyłączenia z dalszego postępowania podmiotu, który pierwotnie przywłaszczył sporne obrazy – dochodzenie roszczeń od pozostałych stron może okazać się po prostu niemożliwe (*David L de Csepel et all vs Republic Hungary et all Petition for writ of certiorari*. February 16, 2018, s. 27 i n.).

¹⁵⁰ Na rzecz tego poglądu może świadczyć m.in. *Amicus Curiae Brief* Departamentu Stanu w sprawie *de Csepel IV*. Choć autorzy domagali się oddalenia wniosku o *certiorari* to jednak mimochodem przyznali, że obawy skarżących są zasadne. Zob. *David L de Csepel et all vs Republic Hungary et all, Brief for the United States as Amicus Curiae*, s. 20 i n.

¹⁵¹ Poza sprawą *Simon I* oraz wnioskiem o *certiorari* złożonym do SN po rozstrzygnięciu *de Csepel IV*. Departament Stanu w toczących się postępowaniach nie przedstawiał własnej opinii.

¹⁵² Dlatego też sądy USA odrzuciły wniosek Węgier o oddalenie powództwa, argumentując, iż odwołania do umów z 1947 r. i 1973 r. nie przesądzają o tym, iż spór nie wchodzi w zakres kognicji sądów USA, zob. *De Csepel I*, s. 143 i n.; *de Csepel II*, s. 22; *Simon II*, s. 150.

¹⁵³ Zob. *Dovayan*, s. 1103 i n. Nie jest to przypadek odosobniony. Podobnie wahające stanowisko zajął sąd w niezakończony rozstrzygnięciu sprawie *Bakalian v. Central Bank Republic of Turkey*. Szerzej o tej sprawie M.J. Bazylar & Rajika L. Shah, *The unfinished business of Armenian Genocide: Armenian Property Restitution in American Courts*, *Southwestern Journal of International Law* 23(2017)224, s. 265-267.

mord popełniony na plemionach Ovaherrero i Nama nazwano ludobójstwem, pozwoliły sędzi Laurze Taylor Swain zakwalifikować działania Niemiec jako spełniające warunki art. II konwencji z 1948 r.¹⁵⁴. W przypadku Holokaustu stanowisko kolejnych administracji amerykańskich nie budziło żadnych wątpliwości, co odegrało pewną rolę w sprawach *Simon II* (w której sędzia Srinivasan, postrzegając Holokaust na Węgrzech jako paradygmat ludobójstwa)¹⁵⁵ oraz *Simon IV*¹⁵⁶. Dla kontrastu jednak podnoszone zarzuty natury politycznej, a nawet zarzut antysemityzmu kierowany pod adresem Węgier w sprawie *Fischer* nie zdołały w najmniejszym stopniu wpłynąć na ostateczną ocenę sądu apelacyjnego, który zdecydował o odesłaniu sprawy na Węgry¹⁵⁷.

IV. WNIOSKI

Na przestrzeni ostatnich 30 lat judykatura USA przeszła wyraźną ewolucję, w rezultacie której obecnie sądy amerykańskie coraz częściej odmawiają przyznania immunitetu państwa, gdy powód wywodzi swoje roszczenia ze zdarzeń, o których mowa w art. II konwencji z 1948 r. Na tym tle pojawia się pytanie, czy rozstrzygnięcia, o których była mowa w części III niniejszego opracowania, mogą przyczynić się do krystalizacji w międzynarodowym prawie zwyczajowym „ekscepcji ludobójstwa”? Na tak postawione pytanie odpowiedź musi być przecząca.

Mimo że omówione orzecznictwo USA dotyczy ludobójstwa, a judykatura włoska zapada na tle zbrodni wojennych lub zbrodni przeciwko ludzkości, pomiędzy analizowanymi rozstrzygnięciami zachodzi pewne podobieństwo w zakresie stanów faktycznych oraz we fragmentach przeprowadzonej analizy prawnej. W obu przypadkach istota problemu sprowadzała się do pozostawienia pewnej grupy osób, dotkniętych przez ciężkie naruszenie podstawowych praw ludzkich, poza zakresem obowiązujących unormowań kompensacyjnych (o ile takie w ogóle

¹⁵⁴ Sprawa *Rukoro*, cytując *Special Rapporteur to Sub-Commission on Prevention of Discrimination & Prot. of Minorities, Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide 24, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6* (July 2, 1985) (by Benjamin Whitaker).

¹⁵⁵ Zob. *Simon II*, s. 145. Sędzia Srinivasan dodał ponadto, iż w sprawie tej Departament Stanu nie zajął stanowiska, co jego zdaniem oznacza, iż sprawa ta nie jest kwestią zastrzeżoną dla kompetencji władzy wykonawczej (*Simon II*, 150 i n.).

¹⁵⁶ Zob. *Simon IV*, w którym sędzia Millet, zauważając, iż w sprawie *Simon I*, rząd USA wyraźnie zalecił wyłączenie z postępowania firmy Rail Cargo Hungaria Zrt., jako podmiotu, którego właścicielem są firmy austriackie, jednocześnie stwierdziła, że: *The United States government said nothing about any United States policy interest that would support dismissal of the claims against the Republic of Hungary or MAV*. Ta sama sędzia stwierdziła też, że: *Beyond that, the United States government has announced that it has a „moral imperative (...) to provide some measure of justice to the victims of the Holocaust, and to do so in their remaining lifetimes.” (...) That interest is part of a larger United States policy to support compensation for Holocaust victims, especially its own citizens.* (*idem*, 3b).

¹⁵⁷ Zob. *Fischer*, s. 864 i n.

istniały). To właśnie powyższa luka w przepisach wywarła potężną presję na sędziów, by – w zaistniałej sytuacji – odmówić przyznania immunitetu pozwanemu państwu. Powyższy czynnik, na który nakładała się niewiara w skuteczność metod dyplomatycznych, faktycznie wpływał na stanowisko sądów, które – wbrew obowiązującym normom zwyczajowym – postanawiały odmówić przyznania immunitetu, choć pod tym względem praktyka amerykańska jest zdecydowanie bardziej zróżnicowana. Na podkreślenie zasługuje również pewien wspólny element konkluzji występujący w orzecznictwie obu krajów. Podobnie jak sądy włoskie w odniesieniu do zbrodni wojennych również koncepcja *genocidal takings* zakłada, że z uwagi na swój moralny ciężar ludobójstwo nie wchodzi w zakres *acta iure imperii*. Choć nie można całkowicie wykluczyć, że w przyszłości niektóre sądy, którym przyjdzie rozstrzygać spory z obcym państwem z tytułu dokonanego przez jego organy ludobójstwa, będą chciały sięgnąć do tych doświadczeń, a nawet spróbować pójść o krok dalej, tj. rozszerzyć zakres ekscencji na inne przypadki ciężkich naruszeń praw człowieka¹⁵⁸, to należy stwierdzić, że – mimo pewnych elementów wspólnych – rozstrzygnięcia omówione w części III oraz wspomniana judykatura włoska mogą nie tyle ułatwić, ile wręcz utrudnić skryształizowanie się norm prawa międzynarodowego w tej materii. Teoretycznie, gdyby w przyszłości inne państwa poszły w ślady praktyki amerykańskiej, wówczas szanse na wykształcenie się ekscencji obejmującej przypadki ludobójstwa niewątpliwie mogłyby wzrosnąć. Jednak aby tak się stało, praktyka ta musiałaby być: 1) wystarczająco liczna, 2) wystarczająco stała i jednolita¹⁵⁹, a ponadto 3) należałoby przyjąć, że omówione w części III rozstrzygnięcia stanowią autentyczny dowód woli politycznej USA, aby dokonać zmian aktualnie obowiązującego zakresu immunitetu państwa. Jednak w chwili obecnej żaden z tych warunków nie jest spełniony i nie wydaje się, by najbliższa przyszłość mogła przynieść jakieś radykalne zmiany w tej materii.

Odnośnie do pierwszej kwestii, za K. Wierczyńską należałoby powtórzyć, iż ludobójstwo z uwagi na jego cechy konstrukcyjne, jest typem przestępstwa, które zdarza się w praktyce relatywnie rzadko, jeszcze rzadziej jest ono rozpatrywane przez sąd krajowy, a jeśli już tak się stanie, wówczas wcale nie jest łatwo

¹⁵⁸ Scenariusz ten – w odniesieniu do sądów amerykańskich – przewiduje w tonie obaw m.in. *Restatement IV...*, § 455, Reporters' Notes 6, s. 369.

¹⁵⁹ Por. *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th 1950: I.C.J. Reports 1950, s. 266-276.

je udowodnić¹⁶⁰. W konsekwencji brak szerszej praktyki w skali światowej jest jednym z czynników hamujących krystalizację norm zwyczajowych w tej materii. Ponadto omówione rozstrzygnięcia nie tworzą jednolitej linii orzeczniczej. Sprawy *Dovayan* i *Rukoro* zakończyły się porażką powodów, a procesy węgierskie – nie przyniosły jednoznacznego rezultatu. O ile w sprawach *Abelesz* i *Fischer*, sąd oddalił warunkowo pozew z uwagi na brak wyczerpania dostępnych na Węgrzech środków krajowych, o tyle w sprawach *de Csepel*, *Simon* i *Philipp* powodom udało się pozwać wyłącznie poszczególne organy pozwanego państwa, względnie poddane jego kontroli osoby prawne. Z pewnością przyczyny tego braku spójności są zróżnicowane. Należą do nich m.in. brak jednolitego stanowiska nauki, w jakich warunkach akt bezprawny dokonany przez organy państwa wchodziłby w zakres *acta iure imperii*, w jakich zaś bezprawność ta – z uwagi na jej szczególnie ciężar moralny – pociągałaby za sobą utratę immunitetu¹⁶¹, jak również rozbieżność opinii w poszczególnych sądach apelacyjnych, co przy wyraźnej niechęci SN USA, by narzucać jakąś jednolitą linię orzeczniczą, nie sprzyja uniformizacji judykatury w tym zakresie. Obok tego jednak, w realiach amerykańskich zasadniczą przeszkodą dla ujednoczenia praktyki okazuje się z jednej strony wpływ na decyzję o przyznaniu lub odmowie przyznania immunitetu czynników politycznych, z drugiej zaś sama konstrukcja § 1605(a)(3) FSIA, uzależniająca możliwość pociągnięcia obcego państwa do odpowiedzialności tylko w sytuacji wykazania łącznika. O ile w jednych przypadkach powodom – choć z coraz większym trudem – udaje się ten warunek spełnić (sprawy *de Csepel*, *Simon*, *Phillipp*), w innych wypadkach (sprawa *Rukoro*) okazuje się on barierą nie do pokonania¹⁶². Po trzecie zaś omówione orzecznictwo trudno traktować jako przejaw *opinio iuris*, a zatem nie kryje się za nim chęć dokonania zmian *status quo* w prawie międzynarodowym. Raczej odwrotnie: w chwili obecnej istnieje cały szereg przesłanek pozwalających sądzić, iż zarówno w orga-

¹⁶⁰ Zob. K. Wierczyńska, *Współczesny wymiar zbrodni ludobójstwa*, „Studia Socjologiczno-Polityczne, Seria Nowa” 2(04)2015, s. 42. Warto zauważyć, że procesy omówione w części III dotyczyły wydarzeń z coraz bardziej odległej przeszłości, odnośnie do których istnieje konsensus w nauce, iż mogą być one traktowane jako klasyczny przypadek ludobójstwa i żadnych wypadków ludobójstwa popełnionego w latach 80. czy 90. XX w. Dysproporcja ta może być pochodną szczególnej roli, jaką w ściganiu i karaniu tych przypadków odegrały organy międzynarodowe (por. *idem*, s. 35-42 i 46).

¹⁶¹ Por. N. Colacino, *La conferma della regola attraverso leccezione? Immunità statale ed esercizio della giurisdizione sui „crimina” iure imperii*, *Questione Justizia* 2015, nr 1, s. 75.

¹⁶² Pamiętając o sprawach *Abelesz* i *Fischer*, można byłoby próbować kwestionować spójność orzecznictwa w odniesieniu do obowiązku wyczerpania środków krajowych lub *forum non-conveniens*. Ponieważ jednak w sprawach *de Csepel IV*, *Simon IV* oraz *Philipp II* Sąd Apelacyjny Dystryktu Columbia wyraził jasne stanowisko, które – w odniesieniu do *prudential exhaustion* – zostało dodatkowo wsparte autorytetem *Restatement IV* to wydaje się, że praktyka w tej materii jest dość jednolita, nawet jeśli nie we wszystkim przekonująca (por. np. zdanie odrębne sędziego Katsasa dotyczące *forum non conveniens*, *Katsas diss. Simon IV*, s. 33).

nach wymiaru sprawiedliwości, jak i w samej administracji istnieje mocny nurt podchodzący dość sceptycznie do tych nowości. Sceptycyzm ten z jednej strony wskazuje na niezgodność tegoż orzecznictwa z prawem międzynarodowym i krajowym, z drugiej zaś na konsekwencje, jakie nowa fala rozstrzygnięć może przynieść dla stosunków USA z zagranicą.

Argumentom sceptyków trudno odmówić słuszności. Pomijając wywołującą sporo emocji kwestię zgodności doktryny *genocidal taking* z prawem amerykańskim¹⁶³, pogląd SN USA jakoby zwyczaj wywodził się wyłącznie z *comity*, jest sprzeczny ze stanowiskiem MTS wyrażonym w wyroku z 2012 r., który – podkreślmy to raz jeszcze – większość państw traktuje jako odzwierciedlające aktualny stan prawa międzynarodowego. Trzeba pamiętać bowiem, że „protokół rozbieżności” pomiędzy ogólnie przyjętą praktyką a judykaturą amerykańską z całą pewnością nie ogranicza się do tej jednej kwestii¹⁶⁴. Wiadomo również, że orzecznictwo sądów amerykańskich nie dość że już teraz zbiera krytyczne recenzje w nauce¹⁶⁵, to dodatkowo – całkowicie zgodnie z przewidywaniami Departamentu Stanu wyrażonymi w sprawie *Altmann III*¹⁶⁶ – rodzi konkretne problemy w stosunkach USA z zagranicą. Pisząc wprost: jeśli Stany Zjednoczone nie są (gdyż nigdy nie chciały nim być) rzecznikiem ofiar wszystkich ludobójstw, jakich dokonano na świecie, to wynika to przede wszystkim z czynników, o których była mowa w orzeczeniach *Princz* oraz *Simon I*, z których najważniejsza jest obawa, iż USA (właśnie z uwagi na szczególną pozycję tego kraju w polityce globalnej), mogłyby stać się miejscem

¹⁶³ Por. m.in. F. Djoukeng, która – zważywszy na odrzucenie ekscypcji praw człowieka w czasie prac przygotowawczych FSIA – zarzuca Sądowi Apelacyjnemu naruszenie tekstu ustawy oraz zasady trójpodziału władzy i narażenie na szwank stosunków USA z zagranicą (por. F. Djoukeng *Genocidal...*, s. 1902 i n., 1907, 1908 i n.). Por także *Restatement IV...*, § 455 Reporters' Notes 6, s. 369.

¹⁶⁴ Wspomniane stanowisko SN USA wielokrotnie krytykowano w literaturze amerykańskiej por. C.M. Vázquez, *Altmann...*, s. 212 i n.; L. Fisler Damrosch, *Changing the International Law of Sovereign Immunity Through National Decisions*, [w:] *Vanderbilt Journal of International Law* 44(2011)1185, s. 1187; por. też *Restatement IV*, którego autorzy, powołując się na wyrok MTS z 2012 r., wywodzą immunitet z prawa zwyczajowego (por. *ibidem*, Part IV, Chapter 5, §455, Reporters' notes 1, s. 327. W tym samym duchu D.P. Stewart, *The Foreign Sovereign Immunities Act: A Guide for Judges*, Federal Judicial Center 2018, s. 5 i n.). Omawiany trend jest również niezgodny z innymi tezami wyroku MTS. Pogląd SN USA z wyroku *Altmann III*, że wyjątki przewidziane w FSIA, w tym § 1605 (a)(3), można zastosować w odniesieniu do zdarzeń z okresu II wojny światowej, pomija milczeniem fakt, że w latach 30. i 40. XX w. wyjątek taki w prawie międzynarodowym z całą pewnością nie istniał (por. C.M. Vázquez, *Altmann v. Austria...*, s. 220). Wyłączenie zbrodni ludobójstwa z zakresu *acta iure imperii*, budzi nie mniejsze wątpliwości.

¹⁶⁵ Zdaniem H. Fox i Ph. Webb w świetle wyroku MTS z 2012 r. rozstrzygnięcie takie, jak w sprawie *Altmann*, musiałyby dzisiaj zostać uznane za naruszenie prawa międzynarodowego ze wszystkimi stąd płynącymi konsekwencjami (H. Fox i Ph. Webb, *The Law...*, s. 14 i n.).

¹⁶⁶ Por. *Briefas Amicus Curiae – Altmann...* (*passim*) obawy te podzielali również niektórzy komentatorzy Ch.H. Brower II, *Republic of Austria vs Altmann*, *AJIL* 99 (January 2005)1, s. 236.

składania pozwów przeciwko wielu państwom, co musiałoby wywołać reperkusje w stosunkach z zagranicą. Obawy te nie są przesadzone, albowiem wystarczy przypomnieć, że rozstrzygnięcie *Agudas Chasidei Chabad of U.S. v. Russian Federation*¹⁶⁷, uznane przez FR za sprzeczne z prawem międzynarodowym, wywołało poważne napięcia w stosunkach USA z Federacją Rosyjską, które na dobre parę lat położyły się cieniem na współpracy kulturalnej między obydwoma państwami¹⁶⁸. Zważywszy zaś, że już kilka lat temu niektóre z państw (w tym Chiny i Rosja) uchwały ustawy uzależniające przyznanie immunitetu od zasady wzajemności¹⁶⁹, nie należy dziwić się obawom Departamentu Stanu, iż w przyszłości przy utrzymaniu liberalnej interpretacji FSIA sądy innych państw mogą odplącić przysłowio- wym „pięknym za nadobne”, tj. odmówić przyznania immunitetu w przypadku wytoczenia powództwa przeciwko USA przed zagranicznym sądem¹⁷⁰. Idąc dalej tym tropem, należałoby stwierdzić, że gdyby w przyszłości w sprawach *Philipp* czy *Rukoro* przed amerykańskim sądem miał zapaść wyrok co do *meritum*, wówczas nie można wykluczyć, iż RFN¹⁷¹ – powołując się na tezy MTS z 2012 r. – odmówi uznania takiego wyroku, twierdząc, że roszczenie wywiedzione ze zbrodni ludobójstwa nie zwalnia z obowiązku poszanowania immunitetu państwa. W praktyce oznaczałoby to powstanie (kolejnej) kontrowersji w stosunkach RFN z USA ze skutkami, które trudno dziś przewidzieć.

W świetle powyższych okoliczności staje się lepiej zrozumiałe, dlaczego – podobnie jak włoski SK w wyroku 238/2014 – także i organy USA postanowiły ograniczyć skutki własnego orzecznictwa, mimo że mogłyby się wydawać, iż sama struktura FSIA stanowi już wystarczająco mocną zaporę przed napływem „nieproszonych pozwów”. W tym kontekście zwraca uwagę stanowisko SN USA, które w odniesieniu do tej nowej fali orzeczeń pozostaje tyleż krańcowo odległe od radykalizmu SK Włoch, co i nadal dość enigmatyczne, lecz z ostatnich sygnałów zdaje się wynikać, iż najwyższa instancja USA podchodzi do niej z dużą dozą rezerwy. Z jednej strony w sprawie *Bolivarian Republic of Venezuela v. Helmerich & Payne Int'l Drilling Co* SN wyraźnie podniósł próg dowodowy, jaki musi spełnić

¹⁶⁷ *Agudas Chasidei Chabad of U.S. v. Russian Federation*, s. 528, F.3d 934 (D.C. Cir. 2008).

¹⁶⁸ Zob. G. Barcia, *After Chabad: Enforcement in Cultural Property Disputes*, *The Yale Journal of International Law* 37(2012)463, s. 465-467.

¹⁶⁹ Zob. H. Fox, Ph. Webb, *The Law...*, s. 14 i n.

¹⁷⁰ Zob. *Bolivarian Republic of Venezuela v. Helmerich & Payne Int'l Drilling Co.*, s. 137, S.Ct. 1312(2017) (s. 1322).

¹⁷¹ R. Dören, A. Wentker, *Jurisdictional Immunities in the New York Southern District Court? The case of Rukoro et al v. Federal Republic of Germany*, [w:] EJIL: Talk!, 13 August 2018. Dostępny na stronie: <https://www.ejiltalk.org/jurisdictional-immunities-in-the-new-york-southern-district-court-the-case-of-rukoro-et-al-v-federal-republic-of-germany/>.

powód, który w sporach z obcym państwem powołuje się na § 1605 (a)(3) FSIA¹⁷². Choć w chwili obecnej nie jest do końca jasne, jakie konkretnie skutki orzeczenie to będzie wywierało na procesy w sporach o ludobójstwo, to jednak nie można wykluczyć, że w przyszłości dla potencjalnych powodów tezy sprawy *Helmerich* będzie jednak pewnym utrudnieniem¹⁷³. Z drugiej zaś strony, w styczniu br. wspomniany wniosek powodów w sprawie *de Csepel o certiorari* został oddalony¹⁷⁴. W praktyce oznacza to przyjęcie wyraźnie odmiennej linii, aniżeli przyjęta w sprawach *Altman* i *Cassirer*. Można zastanawiać się, czy powyższa zmiana interpretacji łącznika nie powinna być traktowana jako zawołowana próba przekonania wspólnoty międzynarodowej państw, iż o ile USA gotowe są – acz milcząco – przyznać, że przypadki odmowy przyznania immunitetu państwom pozwany w trybie § 1605 (a)(3) w sporach o ludobójstwo rzeczywiście nie były zgodne ze zobowiązaniami międzynarodowymi Stanów Zjednoczonych, o tyle działalność organów i osób prawnych w takim zakresie, jak to miało miejsce w sprawach omówionych w części III, może być kwalifikowana jako wchodząca w zakres *acta iure gestionis*¹⁷⁵. Przyjmując zatem hipotezę, że powyższą zmianę należy postrzegać w kategoriach *sui generis* odpowiedzi judykatury USA na wskazane wyżej zarzuty o naruszenie immunitetu państwa, należy jednocześnie podkreślić, że odrębną kwestią pozostaje pytanie, czy ta nowa wykładnia możliwa jest do pogodzenia z aktualnie obowiązującą normą zwyczajową. Udzielenie odpowiedzi na powyższe pytanie, jak również

¹⁷² Zob. *Bolivarian Republic of Venezuela v. Helmerich & Payne Int'l Drilling Co.* 137 S. Ct. 1312 (2017). Szerzej na ten temat por. F. Djoukeng, *Genocidal taking...*, s. 1899 i n.

¹⁷³ Inna rzecz, że w wyroku tym sędzia Breyer podkreślił, iż postępowanie sędziów w sprawie *Simon II* było prawidłowe, acz bardziej na zasadzie zrozumienia dla szczególnych okoliczności sprawy, a nie jako swego poparcia dla zastosowanych reguł (*idem*, s. 1324). Z drugiej zaś strony w sprawie *Rukoro* widać było wyraźnie, że spełnienie wszystkich wymogów, o których SN pisał w sprawie *Helmerich*, nie zawsze było dla powodów sprawą łatwą (*Rukoro I...*). Także *Restatement IV* stwierdza, iż rozstrzygnięcie *Helmerich* należy postrzegać w kategoriach krytyki *Simon II*, *Restatement IV...*, Part IV, Chapter 5 § 455 *Reporters' Notes*, pkt 5, s. 367 (podobne stanowisko zajmuje F. Djoukeng, *Genocidal taking...*, s. 1912).

¹⁷⁴ Informacja za: <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/de-csepel-v-republic-of-hungary/> (dostęp: 8 marca 2019 r.). Podobny los kilka lat wcześniej spotkał wniosek złożony po wyroku *Fischer cert. denied*, U.S., 135 S. Ct. 2817 (2015).

¹⁷⁵ Jeśli powyższy pogląd miałby być słuszny, wówczas należałoby przyjąć, że aksjologia włoska jest o tyle mocniejsza od amerykańskiej, że w zakresie podmiotowym i przedmiotowym wytyczonym przez *Sentenę* 238/2014 zbrodnia wojenna i zbrodnia przeciwko ludzkości pociągają za sobą odmowę przyznania immunitetu i możliwość prowadzenia postępowania na zasadach ogólnych bez ograniczeń innych, aniżeli wynikające z obowiązującego we Włoszech prawa procesowego. Paradoksalnie jednak wierność tej aksjologii powoduje, że obrona wyroków sądów włoskich na płaszczyźnie prawa międzynarodowego jest znacznie trudniejsza niż obrona mniej spójnych aksjologicznie, za to bliższych podziałowi na *acta iure imperii* i *acta iure gestionis*, najnowszych orzeczeń sądów amerykańskich.

kwestia na ile tendencje w orzecznictwie amerykańskim omówione w niniejszym artykule okażą się trwałe, wykracza poza ramy niniejszej analizy¹⁷⁶.

Podsumowując zatem, choć na przestrzeni ostatniej dekady w kilku głośnych sprawach rozstrzygniętych w USA ofiarom ludobójstwa udało się uzyskać zdecydowanie korzystniejszy rezultat, niż miało to miejsce w analogicznych procesach jeszcze w pierwszych latach XXI w., to jednak z przyczyn wskazanych powyżej omówione sprawy raczej hamują, niż przyczyniają się do krystalizacji ekscpekcji ludobójstwa w prawie międzynarodowym publicznym. Należy również zakładać, że siła oddziaływania tych rozstrzygnięć na dalszy rozwój praktyki w skali międzynarodowej pozostanie raczej ograniczona. Nie wyklucza to wszakże możliwości podjęcia w przyszłości prób powoływania się na to orzecznictwo przez ofiary ludobójstw względnie ich bliskich występujących zarówno przed sądami USA, jak i w innych państwach. Czy wywiedzione z nich argumenty i konkluzje okażą się przekonywające dla składu orzekającego – tego *in abstracto* przesądzić z góry nie sposób. Na zakończenie jednak warto tytułem *caveat* przypomnieć, iż nawet jeśli omówiona judykatura stanowi ciekawe zjawisko w historii zmagają podejmowanych przez kolejne generacje powodów z immunitetem państwa, to nie wolno nigdy zapominać, iż omówione w niniejszych rozważaniach orzecznictwo dotyczy wyłącznie rozpoznawczej fazy postępowania, gdy tymczasem immunitet od środków przymusu, zarówno w USA, jak i pozostałych krajach świata w przytłaczającej większości przypadków nadal skutecznie paraliżuje możliwość efektywnego dochodzenia roszczeń przez poszkodowaną jednostkę¹⁷⁷. Pod tym względem omówione orzecznictwo literalnie nic nowego do dyskusji nie wnosi.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

- Adelman J., *Sovereign Immunity Ramnification of Altmann*, ILSA Journal of International & Comparative Law 11(2004)173.
- Ain S., *Nazi Art Case Tests Start Date Of Shoah*, The Jewish, Week 19 November 2015 <https://www.lootedart.com/news.php?r=RJX03J341021>.
- Barcia G., *After Chabad: Enforcement in Cultural Property Disputes*, The Yale Journal of International Law 37(2012)463.
- Bazyler M.J. & R.L. Shah, *The unfinished business of Armenian Genocide: Armenian Property Restitution in American Courts*, Southwestern Journal of International Law 23(2017)224.

¹⁷⁶ Na marginesie powyższych rozważań warto dodać, że – z powodów innych niż immunitet państwa – powodowie w sprawie *Cassirer* przegrali proces przed sądem w Kalifornii, por. David Cassirer, et al. -v- Thyssen-Bornemisza Collection Foundation, 30 April 2019, CV 05-3459-JFW (Ex).

¹⁷⁷ Powyższe dotyczy również Włoch, por. K. Oellers-Frahm..., s. 198. Odnośnie do USA por. *Restatement IV* § 464, s. 416 i n.

- Bianchi A., *Serious violations of human rights and foreign states' accountability before municipal courts. Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* The Hague London, New York: Kluwer Law International, 2003.
- Borgero G., *The Legal Implications of Sentenza No. 238/2014 by Italy's Constitutional Court for Italian Municipal Judges: Is Overcoming the „Triepelian Approach” Possible?*, ZaöRV 76 (2016).
- Brower II Ch.H., *Republic of Austria vs Altmann*, AJIL 99 (January 2005)1.
- Cannizzaro E., *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: The decision of the Italian Constitutional Court no 238 of 2014*, Rivista di Diritto Internazionale, Anno XCVIII Fasc. S1S-S2015
- Caplan L.M., *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, AJIL 1997 (October 2003)4.
- Chorazak M.J., *Clarity and Confusion: Did Republic of Austria v. Altmann Revive State Department Suggestions of Foreign Sovereign Immunity?*, Duke Law Journal, Vol. 55, No. 2 (Nov., 2005).
- Colacino N., *La conferma della regola attraverso l'eccezione? Immunità statale ed esercizio della giurisdizione sui „crimina” iure imperii*, Questione Justizia 2015, no 1.
- Damian H., *Staatenimmunität und Gerichtszwang*, Berlin-Heidelberg-New York-Tokio 1985
- De Sena P. and De Vittor F., *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case 16(2005) 1 (passim)*.
- De Sena P., *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: a tentative analysis under international law*, Sequência (Florianópolis), n. 74, dez. 2016.
- Djoukeng F.J., *Genocidal Takings and the FSIA: Jurisdictional Limitations*, Georgetown Law Journal 106 (2018).
- Dodge W.S., *Brief of Professor William S. Dodge as Amicus Curiae in Support of Plaintiffs-Appellants, Simon v. Republic of Hungary* (February 5, 2018).
- Dören R., Wentker A., *Jurisdictional Immunities in the New York Southern District Court? The case of „Rukoro et al v. Federal Republic of Germany*, EJIL: Talk! 13 August 2018 (<https://www.ejiltalk.org/jurisdictional-immunities-in-the-new-york-southern-district-court-the-case-of-rukoro-et-al-v-federal-republic-of-germany/>).
- Dubinsky P.R., *International Law in the Legal System of the United States*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 58 (2010) (Suppl.).
- Dubinsky P.R., *United States*, [w:] D. Shelton (ed.) *International Law and Domestic Legal Systems, Incorporation, Transformation and Persuasion* OUP 2011.
- Fisler Damrosch L., *Changing the International Law of Sovereign Immunity Through National Decisions*, *Vanderbilt Journal of International Law* 44(2011)1185.
- Fontanelli F., *I know it's wrong but I just can't do right. First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, <http://www.diritticomparati.it/i-know-its-wrong-but-i-just-cant-do-right-first-impressions-on-judgment-no-238-of-2014-of-the-italian-constitutional>
- Fox H., Webb Ph., *The Law of State Immunity* (3rd ed.) OUP 2013.
- Grosswald Curran V., *The Foreign Sovereign Immunities Act's Evolving Genocide Exception* (August 27, 2018).
- Grzegorzczak P., *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2010.
- Gubrynowicz A., *Od Grocjusza do Laurenta. Kształtowanie się doktryny nieograniczonego immunitetu państwa w nauce prawa i orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2016
- Hall Ch.K., *UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol*, *The International and Comparative Law Quarterly* 55 (Apr., 2006)2.
- Kałduński M., *Immunitet państwa w prawie międzynarodowym w kontekście zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości*, „Zeszyty Prawnicze” 2018, nr 2(58).
- Kałduński M., *State immunity and war crimes: the Polish Supreme Court on the Natoniewski case*, PYIL XXX.

- Kloth M., *Immunities and the Right of Access to Court under Article 6 of the European Convention on Human Rights* Martinus Nijhoff Publishers 2010.
- Krieger H. & Zimmermann A., *Sentenza 238/2014 of the Italian Constitutional Court and the International Rule of Law*, KFG Working Paper Series, No. 15 May 2018, Berlin Potsdam Research Group
- Le Blanc L.J., *The United States and the genocide convention* Durham, NC: Duke University Press, 1991
- Meloni Ch., *Jurisdictional Immunity of States: The Italian Constitutional Court v. the International Court of Justice? Brief notes on the Judgment no. 238 of 22 October 2014 of the Italian Constitutional Court*, ZIS 2015, no 6.
- Neuborne B., *A Tale of Two Cities: Administering the Holocaust Settlements in Brooklyn and Berlin*, [w:] Michael J. Bazylar & Roger P. Alford (eds). *Holocaust Restitution: Perspectives on the Litigation and Its Legacy*, NYU Press 2006.
- O’Keffe R., Tams Ch.J. (ed.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Properties* OUP.
- Oellers-Frahm K., *A Never-Ending Story: The International Court of Justice – The Italian Constitutional Court – Italian Tribunals and the Question of Immunity*, ZaöRV 76 (2016).
- Pingel I., *L’immunité des États*, [w:] Ch. Tomuschat and J.-M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden Brill, 2006.
- Prefecture of Voioitia vs Federal Republic of Germany* lub *Distomo massacre case*, wyrok greckiego SN (Areiios Pagos) 11/2000 (288933) z 4.05 (Tobias Asser Institute <http://www.internationalcrimesdatabase.org/case/3247>).
- Reimann M., *A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Prinz v. Federal Republic of Germany*, Mich. J. Int’l L. 403 (1995).
- Roht-Arriaza N., *The Foreign Sovereign Immunities Act and Human Rights Violations: One Step Forward, Two Steps Back*, Berkeley J. Int’l Law 16 (1998)71.
- The International Rule of Law – Rise or Decline?*, Berlin, May 2018.
- Wierczyńska K., *Współczesny wymiar zbrodni ludobójstwa*, „Studia Socjologiczno-Polityczne”, Seria Nowa 2(04)2015.

Akty normatywne

- Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 9 grudnia 1948 r. (ratyfikowana zgodnie z ustawą z dnia 18 lipca 1950 r.), Dz. U. z 1952 r. Nr 2, poz. 9.
- Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r., Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.

Orzecznictwo

- Abelesz et all vs Nemzeti Bank* 692 F.3d 661 (7th Cir. 2012).
- Agudas Chasidei Chabad of U.S. v. Russian Federation*, 528 F.3d 934 (D.C.Cir. 2008).
- Al-Adsani v. The United Kingdom* (dec.), no. 35763/97, ECtHR, 21 November 2001.
- Alperin v. Vatican Bank*, 410 F.3d 532.
- Altmann vs Republic Austria* 142 F. Supp. 2d 1187 (C.D.Cal. 2001) 9 May 2001.
- Armed Activities on the Territory of the Congo* (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006.
- Associazione Nazionale Reduci dalla Prigionia, dall’Internamento e dalla Guerra di Liberazione and 275 Others v. Germany*, App. No. 45563/04 (decision as to the admissibility) ECtHR, 4 September 2007.
- Bakalian v. Central Bank Republic of Turkey*.
- Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964).
- Bolivarian Republic of Venezuela v. Helmerich & Payne Int’l Drilling Co.* 137 S.Ct. 1312 (2017).

- Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioners*, Altmann, 541, US 677 (No 03-013)
- Cassirer v. Kingdom of Spain et al.* 580 F.3d 1048, 1054-55 (9th Cir. 2009).
- CLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 23, 2019, Forthcoming.
- Claude Cassirer, v. Kingdom of Spain, and Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, 616 F.3d 1019 (2010).
- Claude Cassirer, v. Kingdom of Spain, et al.*, 461 F. Supp. 2D 1157 (2006).
- Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20th 1950: I. C. J. Reports 1950.
- David L de Csepel et all vs Republic Hungary et all Petition for writ of certiorari*. February 16, 2018.
- David L de Csepel et all vs Republic Hungary et all, Brief for the United States as Amicus Curiae*.
- Davoyan v. Republic Turkey* 116 F. Supp. 3d 1084 (C.D. Cal. 2013).
- De Csepel et all v. Republic of Hungary et all*, 169 F. Supp.3d143 (D. D.C. 2016).
- De Csepel et all v. Republic of Hungary et all*, 808 F. Supp. 2d 113 (D.D.C. 2011).
- De Csepel et all v. Republic of Hungary et all*, 714 F.3d 591 (D. C. Cir. 2013).
- De Csepel et all v. Republic of Hungary et all*, 859 F.3d 1094 (D.C.Cir. 2017).
- EU Court of Justice, Judgment of 3 September 2008, cases C-402 P and 415/05 P, paras. 316 ff., 320 ff (*Sentenza* 238/2014).
- Ferrini, Sentenza della Corte di cassazione n. 1136/2014*.
- Fischer v. Magyar Államvasutak Zrt.* 777 F.3d 847 (7th Cir. 2015).
- Garb przeciwko Polsce (Garb v. Republic of Poland*, 440 F.3d 579, 582 (2d Cir.2006).
- Gerichtliche und außergerichtliche Möglichkeiten der Aufarbeitung kolonialen und rassistisch motivierten Unrechts* 2018 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Sachverstand WD 2 – 3000 – 016/18.
- Haven v. Rzeczpospolita Polska*, 68 F.Supp. 2d 947, 958 (N.D.Ill.1999).
- Holocaust Expropriated Art Recovery Act.* (H.R. 6130).
- House Report (Judiciary Committee) No. 94-1487.
- Hugo Prinz v. Federal Republic of Germany*, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994).
- Jones and Others v The United Kingdom* App nos. 34356/06 and 40528/06, ECtHR, 14 January 2014
- Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012.
- Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany* (dec.), no. 59021/00, ECtHR, 12 December 2002
- Maria v. Altmann, v. Republic of Austria, a Foreign State; and the Austrian Gallery, an Agency of the Republic of Austria*, 317 F.3d 954 (9th Cir. 2002).
- Museum of Fine Arts, Bos. v. Seger-Thomschitz*, 623 F.3d 1, 3 (1st Cir. 2010).
- Philipp v. Federal Republic of Germany*, 894 F.3d 406 (D.C. Cir. 2018).
- Philipp v. Federal Republic of Germany, Philipp v. Federal Republic of Germany*, 248 F. Supp. 3d 59 (D.D.C. 2017).
- Republic of Austria vs Maria Altmann* 541 U.S. 677.
- Restatement IV*, Part IV Chapter 5, § 457 Reporters' Notes 1.
- Restatement of the Law Fourth, Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of The United States, Selected Topics in Treaties, Jurisdiction, and Sovereign Immunity*, The American Law Institute Publishers, Saint Paul, Mn, USA, 2018, Part IV, Chapter 5.
- Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, ALI 1987, Part I, Chapter I §102 (k) czytany razem z Reporters Notes pkt 6.
- Restatement Third of Foreign Relations Law American Law Institute 1987 § 712*.
- Rukoro, Special Rapporteur to Sub-Commission on Prevention of Discrimination & Prot. of Minorities, Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* 24, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6 (July 2, 1985) (by Benjamin Whitaker)
- Siderman de Blake v. Republic of Argentina* 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992).
- Simon v. Republic of Hungary*, s. 812 F.3d 127 (D.C. Cir. 2016).
- Simon v. Republic of Hungary*, s. 37 F.Supp.3d 381 (D.D.C. 2014).
- Simon v. Republic of Hungary*, No. 17-7146 (D.C.Cir. 2018).

Simon vs Republic of Hungary, s. 277 F. Supp. 3d 42 (D.D.C. 2017).
Sinclair Sovereign Immunity: historical perspective and codification efforts, RdCADI 1980, Vol. 167, t. II.
Stewart D.P., *The Foreign Sovereign Immunities Act: A Guide for Judges*, Federal Judicial Center 2018.
Vekuii Rukoro et al vs Federal Republic of Germany, No. 17 CV 62-LTS (S.D.N.Y. Mar. 6, 2019).
Verlinden B.V. v. Cent. Bank of Nigeria, 461 U. S. 480, 490 (1983).
Whiteman v. Central Bank of Nigeria, 461 U.S. 480 (1983).
Whiteman v. Dorotheum GmbH & Co. KG, 431 F.3d.
Winicjusz N. v. Republika Federalna Niemiec – Federalny Urząd Kanclerski w Berlinie, postanowienie SN RP z 29.10.2010 r., IV CSK 465/09.
Wyrok nr 238/14, Corte Costituzionale, <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/>.
Zappia Middle E. Con, s. Co. v. Emirate of Abu Dhabi, 215 F.3d 247, 251-252 (2d Cir. 2000)UN.
General Assembly, United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 2 December 2004, A/RES/59/38: <https://www.refworld.org/docid/4280737b4.html>.

Genocide and state immunity. The evolution of American court decisions in civil cases filed against foreign states for the crime of genocide

SUMMARY

The article aims to determine whether (and if so, to what extent) the practice of American courts in civil cases filed against foreign states for the crime of genocide carried out by their agencies may help crystallise a general rule in international law that would allow domestic courts to refuse immunity to the respondent state whenever the plaintiffs' case concerns events specified in Article 2 of the Convention of 1948. The reflections that follow are divided into three sections. Part I outlines the most important stages in the historical development of the institution of state immunity. Part II discusses the provisions of the FSIA and the judicial decisions of US courts in civil cases filed against foreign states by genocide victims up until the end of the last decade. Finally, Part III is devoted to new trends in American judicial decisions in such disputes. The article ends with the conclusion that the American context and the current state of international law warrant a negative answer to the above research question.

Key words: genocide, state immunity, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide

