

POROZUMIENIE OKREŚLAJĄCE PODSTAWĘ PRAWNĄ I TRYB BADANIA KATASTROFY SMOLEŃSKIEJ

Piotr Daranowski

Abstract

The work presented hereby constitutes an attempt at determining – through the prism of international law – the form of agreement between Poland and the Russian Federation that delineates the legal basis for investigation of the causes of Smolensk disaster. The agreement is the consequence of the decisions undertaken by the Prime Ministers. The lack of proof documenting the decision making process evokes the issues concerning verbal and tacit agreements. The analysis of accepted in international law formulas of taking on binding obligations in relation to acts which indicated Polish Prime Minister's acceptance of the unilateral decision of the Prime Minister of the Russian Federation, concerning the adoption of Annex 13 to the Chicago Convention on International Civil Aviation of 7 December 1944 in the subject matter and not consulted with the Polish partners, certifies the existence of tacit agreement between the parties involved. The agreement that has been established without 'any written or spoken word.' The agreement the reasons for and premises of which has never been made generally known by Polish authorities. In the light of international law, the question of legality of the agreement formula adopted by the Prime Ministers does not raise any doubts. However, the lack of communicating to the citizens of the Republic of Poland any diligent information concerning the reasons for and premises of such a decision underlying the tacit agreement of the Prime Ministers – especially in such a dramatic set of circumstances of Smolensk disaster – signals not only the disregard for rudimentary requirements of democratic order but also the disrespect for evoked and analyzed in the presented work provisions of state law.

Keywords - international agreements, written agreements, verbal, tacit; Tusk-Putin tacit agreement; implementation of international agreements in Polish legal order.

Streszczenie

Niniejsze opracowanie podejmuje próbę wskazania – w perspektywie prawa międzynarodowego – formy porozumienia, pomiędzy Polską a Federacją Rosyjską, określającego podstawę prawną badania przyczyn katastrofy smoleńskiej. Porozumienie to było pochodną decyzji premierów. Brak udokumentowania decyzji premierów, wywołuje wątek (problem) umów werbalnych i umów milczących (tj. tacit agreements). Analiza przyjętych w prawie międzynarodowym takich formuł zaciągania zobowiązań odniesiona do aktów sygnalizujących akceptację przez premiera RP jednostronnej i nie konsultowanej ze stroną polską decyzji premiera FR o przyjęciu Załącznika nr 13 konwencji chicagowskiej z dnia 7 grudnia 1944 roku o międzynarodowym lotnictwie cywilnym w przedmiotowej sprawie, daje świadectwo kreacji między stronami umowy milczącej (tacit agreement). Umowy 'bez pisma i słowa'. Umowy, której powody i przesłanki zawarcia nie zostały podane przez władze RP do publicznej wiadomości do chwili obecnej. Brak jakiegokolwiek rzetelnej informacji

kierowanej do obywateli RP o powodach i przesłankach zawarcia milczącego porozumienia premierów – w tak dramatycznych okolicznościach katastrofy smoleńskiej - sygnalizuje nie tylko o lekceważeniu rudymenarnych wymagań demokratycznego porządku, lecz także o lekceważeniu przywołanych i analizowanych w opracowaniu regul prawa krajowego.

Słowa kluczowe – umowa międzynarodowa; umowa pisana, werbalna, milcząca; Tusk-Putin tacit agreement; implementacja umów międzynarodowych w polskim porządku prawnym

1. POROZUMIENIE PREMIERÓW

Medialne przekazy w kolejnych dniach, bezpośrednio po 10 kwietnia 2010 roku – dniu katastrofy smoleńskiej - informowały o konwencji chicagowskiej z dnia 7 grudnia 1944 roku o międzynarodowym lotnictwie cywilnym [1] jako podstawie prawnej badania jej przyczyn¹. Zważywszy na fakt bezpośredniego kontaktu premierów Rzeczypospolitej Polskiej i Federacji Rosyjskiej, jaki miał miejsce 10 kwietnia 2010 roku na miejscu katastrofy w Smoleńsku, równie oczywistym było (i jest) przyjęcie założenia, iż mając na uwadze ich pozycję w hierarchii władzy i pełnione funkcje, osoby te były oczywistymi i jedynymi w decyzyjnym sensie, architektami przedmiotowego porozumienia. Porozumienie to było zatem ich dokonaniem, a akt zgody stron miał miejsce bądź już w dniu 10 kwietnia lub nastąpił bezpośrednio w dniach kolejnych [2]². Obaj

¹) Jakkolwiek w późniejszych przekazach medialnych analizujących szerzej możliwości, innej niż konwencja chicagowska, podstawy prawnej badania katastrofy smoleńskiej zwracano uwagę, iż pierwsze – spontaniczne - reakcje stron, polskiej i rosyjskiej, bezpośrednio po katastrofie, tj. w dniu jej dokonania, sygnalizowały o gotowości podjęcia działań przez strony na podstawie międzyresortowej umowy resortów obrony Rzeczypospolitej i Federacji Rosyjską - porozumienia z 7 lipca 1993 roku w sprawie zasad wzajemnego ruchu lotniczego wojskowych statków powietrznych RP i Federacji Rosyjskiej w przestrzeni powietrznej obu państw – to w powszechnym odbiorze przedmiotowa decyzja była podjęta bezpośrednio po spotkaniu premierów RP i Federacji Rosyjskiej w dniu 10 kwietnia 2010 roku. Zob. zob. też – <http://lotniczapolska.pl/Prokuratura-Generalna-o-porozumieniu-z-1993-roku,14800>

²) Autorzy zauważają: „Po paru dniach między rządami Rzeczypospolitej Polskiej i Federacji Rosyjskiej doszło do uzgodnienia, że badanie zostanie przeprowadzone według szczegółowo określonych zasad i procedur załącznika 13 konwencji chicagowskiej o międzynarodowym lotnictwie cywilnym.” Sygnały dokonania międzyrządowych uzgodnień mogły być następujące. Pierwszym mogła być, podjęta w intencji ich wykonania, decyzja premiera Federacji Rosyjskiej z dnia 13 kwietnia 2010 roku, a operacyjnie akt podjęcia w tej dacie bezpośrednich kroków wykonujących decyzję premiera FR przez kierownictwo Międzynarodowego Komitetu Lotniczego [dalej: MAK]. Wyrazem czego, wydanie rozporządzenia Przewodniczącej MAK nr 8-498 i utworzenie Komisji Technicznej ds. zbadania przyczyn katastrofy i inicjacja jej prac. Drugim akceptowanie przez RP, przez premiera rządu polskiego kroków rosyjskich *post factum*,

premierzy przyjęli zatem co do szczegółowego rozwiązania, że katastrofa wyjaśniana będzie na gruncie Załącznika 13 do konwencji chicagowskiej³. Porozumienie w przedmiotowej kwestii nie zostało utrwalone na piśmie.

Od chwili ujawnienia treści podjętej przez obu premierów decyzji pojawiało się wiele zróżnicowanych ocen tak dotyczących merytorycznej trafności decyzji, jak i istoty tego aktu 'zgody', pytań o jego naturę. Jednym z nich jest i pozostaje stale aktualne mimo upływającego czasu pytanie, jak relację premierów, jej efekt i praktyczne następstwa oceniać z prawnomiędzynarodowej perspektywy? Ścisłej, czy, a jeśli tak, to w jakiej formule prawnej przyjęta została wola stron taka procedura badań, wzajemne zobowiązanie prawne do takiego sposobu wyjaśniania katastrofy smoleńskiej?

Podejmując próbę odpowiedzi na sygnalizowane pytania przyjmujemy, że w owych dniach kwietniowych roku 2010 ustalenia (kroki) poczynione (i zaakceptowane) przez premierów statuowały w istocie umowę międzynarodową. Sygnalizowana w doktrynie kwalifikacja poczynionego porozumienia premierów, jako porozumienia „nieformalnego” lub „półformalnego” [2 s.17, 3] nie dezawuuje oczywiście jego prawnej mocy, a podkreśla jedynie brak sformalizowania – ‘na piśmie’ - poczynionych ustaleń. Ta okoliczność wywołuje, co oczywiste, pytanie o możliwość zawierania międzynarodowych umów niepisanych, czyli umów werbalnych-ustnych bądź też umów ‘milczących’ (*tacit agreement*) opisywanych też terminami ‘umów *de facto*’ lub *agreement by implication*, a więc odpowiednio fenomenowi zobowiązań zwerbalizowanych, lecz ‘nie spisanych’ lub umów

po ich podjęciu. Tę formułę zgody zdaje się sygnalizować odpowiedź ministra spraw wewnętrznych i administracji – czyniona z upoważnienia prezesa Rady Ministrów – na interpelację poselską (nr 15734), w dniu 14 czerwca 2010 roku. Minister Miller stwierdził w niej, iż: „(...) strona rosyjska rozpoczęła badanie wymienionego wypadku zgodnie z procedurą opisaną w konwencji chicagowskiej, a przede wszystkim w załączniku nr 13 do konwencji. Strona polska, po uzyskaniu opinii kierowanych na miejsce zdarzenia polskich specjalistów, którzy potwierdzali zasadność stosowania tej procedury przy badaniu katastrofy, oraz na podstawie dokonanej analizy zgodziła się na podjęcie współpracy ze stroną rosyjską w tym właśnie reżimie prawnym.” Zob. <http://www.adamgaweda.pl/wp-content/uploads/2010/02/Interpelacja-nr-15734-Odpowiedz.pdf>

³) Konwencja o międzynarodowym lotnictwie cywilnym podpisana w Chicago dnia 7 grudnia 1944 roku - Art. 3 – Cywilne i państwowe statki powietrzne – „a) Niniejsza Konwencja stosuje się wyłącznie do cywilnych statków powietrznych, nie stosuje się zaś do statków powietrznych państwowych.”; Art. 26 Dochodzenie w sprawie wypadków – „W razie wypadku, którego doznał statek powietrzny jednego Umawiającego się Państwa na terytorium innego Umawiającego się Państwa i który pociągnął za sobą śmierć lub poważne obrażenia albo wskazuje na istnienie poważnych usterek technicznych na statku powietrznym lub w udogodnieniach dla żeglugi powietrznej, Państwo, na którego terytorium wypadek nastąpił, wdroy dochodzenie co do okoliczności wypadku, stosując się, jak dalece jego własne ustawy na to pozwalają, do zasad postępowania zaleconych przez Organizację Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego. Państwu, w którym statek powietrzny jest zarejestrowany, powinno się umożliwić wyznaczenie obserwatorów, którzy byłiby obecni przy dochodzeniu; Państwo prowadzące dochodzenie poda do wiadomości temu drugiemu Państwu sprawozdanie i wnioski w danej sprawie.” – Dz. U. z 1959 roku, Nr 35 poz. 212. Załącznik 13 do konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym; Rozdział 5. Badanie - Odpowiedzialność za wszczęcie i prowadzenie badania – Wypadki lub incydenty na terytorium umawiającego się państwa; Państwo miejsce zdarzenia – „5.1. Państwo miejsca zdarzenia wszczyna badanie okoliczności wypadku i jest odpowiedzialne za prowadzenie takiego badania. Może ono jednak przekazać prowadzenie badania w całości lub w części innemu Państwu lub regionalnej organizacji badającej wypadki na podstawie wzajemnego porozumienia i zgody. W każdym przypadku Państwo miejsca zdarzenia wykorzystuje wszelkie środki, aby ułatwić to badanie.”

zawieranych ‘jedynie’ w następstwie sygnalizacji woli ich zawarcia „bez pisma wszakże i słowa”.

Ta naturalna konstatacja uzasadnia rozważenie kolejno następujących kwestii.

Po pierwsze, zasadności tezy o istnieniu ustnych (werbalnych) i ‘milczących’ umów międzynarodowych. Po drugie zestawienia możliwych, z doktrynalnej perspektywy i skromnej praktyki państw, wariantów posługiwania się nimi w obrocie⁴ [4]. Po trzecie zaś, odniesienia poczynionych ustaleń do faktów, mających miejsce 10 kwietnia 2010 roku lub bezpośrednio w dniach kolejnych, wraz ze wskazaniem znamion (przesłanek) dokonania umownego porozumienia obu premierów i ich oceny.

2. USTNE LUB ‘MILCZĄCE’ UMOWY MIĘDZYNARODOWE

Przyjęcie tezy o istnieniu ustnych/‘milczących’ umów międzynarodowych paradoksalnie wymaga - w punkcie wyjściowym – przeprowadzenia zwięzłego ‘dowodu’ na rzecz ich obecności w prawie międzynarodowym publicznym. Powodem tego skromna praktyka ich zawierania i mające głównie tę okoliczność na uwadze niedawne jeszcze opinie wybitnych przedstawicieli doktryny odmawiające w istocie akceptacji takich formuł zaciągania międzynarodowych zobowiązań. Przykładem opinia McNair’a, który stwierdzał: „(...) jest wysoce niedogodnym objąć umowy ustne zakresem pojęcia ‘traktat’, ponieważ wszelkie lub niemal wszelkie znaczące teksty źródłowe – orzeczenia i wyroki, dyplomatyczna korespondencja i podręczniki – które niezwykle istotną część prawa dotyczącego traktatów rozwinęły, przyjmuje iż implikuje ono istnienie stosownego pisemnego dokumentu; wielką trudność wywołałaby próba stosowania tego prawa do porozumień płynących z ust, kreowanych słowem” [5].

Przyjąć należy, że definitywne przełamanie wątpliwości i objęcie definicją traktatu umów tak werbalnych, jak i ‘milczących’ jest pochodną przyjęcia konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (1969) [6, 7, 8] (dalej: KW). Stwierdza ona w art. 3, że „(...) konwencji nie stosuje się do porozumień międzynarodowych (...) zawieranych w formie innej niż pisemna” i dodaje, że okoliczność ta „(...) nie wpływa na moc prawną takich porozumień (...)” oraz na „zastosowanie do nich którejkolwiek z norm sformułowanych w niniejszej konwencji, którym podlegałyby one na podstawie prawa międzynarodowego, niezależnie od tej konwencji”. Jakkolwiek formuła ustna/‘milcząca’ umowy nie jest przywołana w konwencji wprost, *expressis verbis*, to zapis konwencji – mając na uwadze ‘przeszłość’ - tzn. odnotowaną, jakkolwiek nie byłaby skromną, praktykę ich zawierania – w sposób oczywisty sygnalizuje o istnieniu umów ‘innych’ niż zawieranych ‘w formie pisemnej’. A w pełni uprawnioną zasadność operowania nimi należy wywodzić także – równoległe do sygnalizowanego wykładnią art. 3 KW takiego właśnie przesłania - z międzynarodowego powszechnego prawa zwyczajowego normującego obrót traktatowy/umowny (co zresztą sam art.

⁴) Przykłady umów ustnych doby Nowożytny najczęściej przywoływane przez doktrynę to sojusz zawarty w 1697 roku między Carem Rosji Piotrem Wielkim a Fryderykiem III, Elektorem brandenburskim, czy też porozumienie zawarte w 1883 roku pomiędzy ministrem spraw zagranicznych Francji i charge d'affaires Austro-Węgier mające na celu kontynuację ważności traktatu handlowego zawartego rok wcześniej o rok kolejny.

3 KW jednoznacznie sygnalizuje, a co ‘cała’ KW, będąca wszak ‘sama w sobie’ kodyfikacją prawa traktatów, a więc zapisem powszechnych norm zwyczajowych, podkreśla) [8 s.39]. Jest także praktycznym i aktualnym świadectwem istnienia umów ‘innych’ niż zawieranych ‘w formie pisemnej’ – jakkolwiek skromna – sygnalizacja obecności umów ‘milczących’ w obrocie w orzecznictwie sądów międzynarodowych tj. orzecznictwie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Międzynarodowego Trybunału Prawa Morza [9]⁵, [10]⁶.

Dokonajmy zatem przeglądu umów ‘innych’ niż zawieranych ‘w formie pisemnej’.

3. UMOWA USTNA, WERBALNA - POCHODNA ‘ROZMOWY’ UPRAWNIONYCH PODMIOTÓW

3.1. Strony ‘rozmowy’

Umowa ustna, werbalna będąca pochodną ‘rozmowy’ – mając na uwadze aspekt podmiotowy - dotyczy przypadków ‘rozmów’ prowadzonych bezpośrednio w wąskim – co do zasady - kręgu podmiotów – funkcjonariuszy państwa. Wspomniany McNair kontestując wartość ustnych umów w obrocie, podnosił - obok ulotności słów, niemożności ich zestalenia w sposób trwały, a więc z tej przyczyny formuły nieadekwatnej dla rzetelnego i pewnego kształtowania obrotu - także niedemokratyczny z istoty swej proces kreacji ustnych zobowiązań. Akcentował dotknięcie umów ustnych tą właśnie wadą⁷, wskazując na – ograniczony krąg zawierających je podmiotów i przyjętą przez nie właśnie za sprawą wyjątkowości pełnionych politycznych ról – nie utrwalaną pismem – poufną, tajną, nie konsultowaną z nikim, a tym samym niekontrolowaną społecznie/politycznie co do treści, formułę czynienia tego. McNair zauważał, iż „(...) jest niedemokratycznym iżby dwie osoby, czy są to *Furers, Duces, czy Caudillos, czy też jedynie Prezydenci, Premierzy lub Ministrowie Spraw Zagranicznych, mogły być zdolne do ustanawiania porozumień wiążących miliony ludzi ustnie, bez interwencji jakiegokolwiek innego organu politycznego*” [5 s. 7-8]. Sądzić można, że współcześnie, obawy – polityczne - sygnalizowane przez McNair’a należy oddalić. Trafnie i zwięźle uzasadnia to Degan zauważając, że „*Istota koncepcji ustnych porozumień wydaje się daleko szersza niż nieodwoływalne przedsięwzięcia monarchów w czasach przeszłych lub podobnych zobowiązań dyktatorów w niedawnych czasach. To pojęcie obejmuje także wspólne oświadczenia konstytucyjnych głów państwa i szefów rządów, jeśli w relacji bilateralnej lub szerszej mają intencję zaciągnięcia prawnych zobowiązań. Nawet jeśli osoby te nie mają zdolności traktatowej, można, w zależności od okoliczności domniemywać, iż działają oni na podstawie wcześniej udzielonej zgody przez kompetentną władzę na podstawie prawa ich państw*” [11].

⁵) „(...) The Court must (...) determine whether there was a tacit agreement sufficient to establish a boundary.”; „The Tribunal will now consider whether the conduct of the Parties evidences a tacit or de facto agreement relating to the boundary in the territorial sea.”

⁶) „The Tribunal will now consider whether the conduct of the Parties evidences a tacit or de facto agreement relating to the boundary in the territorial sea.”

⁷) Autor miał na myśli porozumienie z 23.10.1949 roku zawarte przez Generała Franco i Prezydenta Portugalii Salazara w przedmiocie możliwości interwencji wojsk Hiszpanii w przestrzeni Portugalii.

To założenie, warunek – apriorycznego autoryzowania przez ‘kompetentną władzę’ werbalnych zobowiązań będących następstwem „wspólnych oświadczeń konstytucyjnych głów państwa i szefów rządów” - przyjmuje w tle przyjętego unormowania sama KW, ściślej jej art. 7.2.⁸ Wskazując, na krąg organów państwa posiadający zdolność zawierania traktatów (a więc także traktatów w formule innej niż pisemna) „na mocy swojej pozycji” [7 s. 112] - niezależnie od szczegółowego skonfigurowania zdolności traktatowej (*treaty making power*) prawem krajowym. Krąg ten zatem obejmuje osoby piastujące - co do przyjętej w KW zasady - trzy stanowiska. Stanowiska: szefa państwa, szefa rządu i ministra spraw zagranicznych⁹ [12]¹⁰, [13]¹¹.

3.2. Formuły ‘rozmowy’

‘Rozmowy’ będące źródłem zobowiązań – mając na uwadze formułę kontaktu mogą być następstwem bezpośredniego kontaktu prezydentów, premierów, ministrów spraw zagranicznych – spotkania „w cztery oczy” lub w szerszym osobowym kręgu, eksponującym wszelkie bezpośrednią, decyzyjną relację wymienionych z tytułu piastowanej funkcji podmiotów. „*Mogą być także dokonywane, co do formy kontaktu, „telefonicznie, radiowo lub drogą fax’u*” [11 s. 482]. Wskazanie tych form kontaktu uzasadnia uzupełnienie listy potencjalnych formuł prowadzenia ‘rozmowy’ o formułę telegramu, telex’u lub nawet poczty elektronicznej (e-mail) [14].

3.3. Utrwalenie ustaleń ‘rozmowy’ – formalny ich wymiar i przesłanie

Ustalenia każdej z sygnalizowanych formuł werbalnego kontaktu, komunikowania się z sobą, trudno wyobrazić sobie – zwłaszcza w porządku demokratycznym, czynionych wszak *na podstawie wcześniej udzielonej zgody przez kompetentną władzę* - jako nie upublicznione, czyli nie podane do publicznej wiadomości. Akt upublicznienia ustaleń implikuje, co oczywiste, poprzedzenie tegoż, dokonaniem autoryzowanego przez strony szczegółowego

⁸) Artykuł 7.2. „Z tytułu pełnionych funkcji, bez potrzeby przedstawienia pełnomocnictw, z reprezentujące państwo uważa się następujące osoby: (a) szefów państw, szefów rządów i ministrów spraw zagranicznych – dla wszystkich czynności związanych z zawarciem traktatu (p.m.); (...)”

⁹) Zob. art. 7 KW w związku z art. art. 2 i 3 KW; zob. też. Nahlík, jw., s. 111-115. Sygnalizacja okoliczności, że piastujący wymienione stanowiska posiadają ‘co do zasady’ zdolność zaciągania wiążących państwo zobowiązań na arenie międzynarodowej – nie tylko w pisemnej formule – jest (była) pochodną konstatacji nie uszczegółowionego zapisem konwencji faktu, że *treaty making power* – z perspektywy prawa międzynarodowego publicznego - mogą w szczególnych okolicznościach wykonywać także dalsze „(...) inne organy państwa, a także osoby, których samo stanowisko nie presumuje do takiej kompetencji” - zob. Nahlík, jw. s. 111. Szczególnie spektakularnym tego przykładem – mając na uwadze tak krąg zaciągających zobowiązania podmiotów, jak i formę porozumień - są tzw. ‘układy specjalne’ polegające na wdrażaniu gwarancji przewidzianych III i IV konwencją genewską z 1949 roku.

¹⁰) I tak Komentarz do art. 6 III KG o traktowaniu jeńców wojennych zauważa, że układy te „(...) w sposób jasny są objęte kategorią konwencji zawieranych w formie uproszczonej, ich szczególną cechą jest to, że w pierwszym rzędzie głowy państw formalnie nie angażują się w proces, po wtóre zaś mogą przybierać różne formy: czasami są zawierane w formie wymiany not lub listów, lub mogą być nawet porozumieniami werbalnymi.”

¹¹) Układy te przywołuje także Komentarz do art. 7 IV KG z 1949 roku, który stwierdza, że „(...) nawet, gdy nie ma pilnej konieczności, brak formalizowania jest usprawiedliwiony faktem, iż specjalne układy są zawsze (...) środkami służącymi aplikacji Konwencji. Wiążą one zainteresowane państwa i jest rzeczą oczywistą, że przyjęte środki będą objęte kompetencjami stosownych organów wykonawczych. Nieobecność rygorów formalnych oznacza, że porozumienia mogą być dokonywane ustnie; (...)”

zapisu werbalnych ustaleń. Dokonania zapisu sygnalizującego, w odwołaniu do ‘rutynowego’ przekazu każdej umowy międzynarodowej, gdy mieć na uwadze podstawowe jej elementy, o: przedmiocie porozumienia imiennie określonych podmiotów, przyczynach jego zawarcia i celu jaki strony zamierzają poprzez jego aplikację osiągnąć, konfiguracji przedmiotowych praw i obowiązków stron w procesie implementacji oraz mechanizmach służących weryfikacji przez każdą ze stron rzetelności procesu wdrażania porozumienia. Taka struktura narracji poczynionego i upublicznionego zapisu – daje asumpt w rutynowym odbiorze do przyjęcia, iż nastąpił w istocie, za sprawą (w tle) dokonania takiego właśnie szczegółowego zapisu, akt zawarcia umowy międzynarodowej – traktatu - na piśmie¹². Ten naturalny, w założeniu obywatelski, ‘odruch’ władzy podawania do publicznej wiadomości, zwłaszcza w obrębie demokratycznego porządku, treści zapisu autoryzowanych przez strony werbalnych ustaleń, zdaje się – w rutynowym wszak odbiorze, co podkreślmy - prowadzić rozważania nt. umów werbalnych (w tym także wykładni na rzecz ich istnienia czynionej na gruncie art. art. 2 i 3 KW) do, jakkolwiek uprawnionych, to w istocie czysto teoretycznych współcześnie spekulacji.

Takiej „0/1” perspektywy postrzegania urody traktatowego/umownego obrotu – tj. realności umów pisanych i wyłącznie teoretycznego wymiaru umów ustnych - nie potwierdza współczesna praktyka. A sygnalizują to nieustannie wzbogacane w swoim zróżnicowaniu formy prowadzonych negocjacji i przyjmowane formuły odzwierciedlania ich ustaleń, ich zwieńczenia. Jakkolwiek zatem „(...) czasami jest trudnym przeprowadzić jasną linię pomiędzy „pisanym” a „niepisanym” porozumieniem” [11 s.482] to jednak o istnieniu takiej - wyraźnej - linii demarkacyjnej między obu typami porozumień – *ergo* ich realnym bytem - sygnalizuje sama KW nie tylko w jej przywołanych – art. 2 i 3 - artykułach. Czyni to także jej art. 11 za sprawą, przyjęcia pełnej otwartości co do form zaciągania wężła obligacyjnego, a w konsekwencji nieprzewidywalności ich szczegółowych (formalnych właśnie) parametrów. Istotę przyjętego w KW w art. 11 rozwiązania oddaje celnie uwaga Reutera, który zauważył, że: „*Ani KW z 1969 roku, ani też prace KPM nie zawierają precyzyjnej definicji traktatu zawieranego w formie pisemnej; i jakkolwiek definicyjne sformułowania wykluczają czysto ustne porozumienia i – tym bardziej, milczące porozumienia – nie jest jasnym, czy użyte w niej pojęcia odnoszą się jedynie do warunku, który stanowi o tym, że pisemne porozumienie jest instrumentem specjalnie zaprojektowanym dla osiągnięcia celu, czy też jest wystarczającym, aby tekst porozumienia był wyrażony na piśmie (p. m.). W tym ostatnim przypadku porozumienia będące następstwem ‘zwykłej’ korespondencji mogą być uważane za pisemne porozumienia, tak jak takim porozumieniem może być porozumienie oparte na protokołach spotkania akceptowanych przez strony, które dokonały ustnych wypowiedzi i oświadczeń, a które zostały zakodowane zapisem protokołów i z których treści akt*

porozumienia stron wynika. Przed przyjęciem art. 11¹³, istniało pole dla wahań pomiędzy obu rozwiązaniami, lecz wydaje się, że problem został rozwiązany przez przyjęcie szerszego wariantu, bowiem artykuł ten stanowi, że zgoda państw na związanie się traktatem może być wyrażona „w jakikolwiek inny uzgodniony sposób.” Jest całkowicie jasnym, że oznacza to, iż zgoda może być osiągnana inaczej niż w drodze pisemnej i w (ten właśnie – inny niż w drodze pisemnej sposób - p.m.)... dwie formy porozumień, które są bardzo powszechne w praktyce organizacji międzynarodowych – ściślej, porozumienia w drodze wymiany korespondencji i porozumienia w formie proces-verbal spotkań przyjętych przez zainteresowane strony – są objęte tą kategorią” [15].

Zestawienia art. 2 i 11 wyraźnie wskazuje na to, że intencją twórców KW jest (było) zatem to, iż mając na uwadze akty wyrażania zgody na zawarcie umowy, obejmują nimi za sprawą dopełnienia klauzuli art. 11 zwrotem - „w jakikolwiek inny uzgodniony sposób.” - w pełni otwartą ich gamę¹⁴. Otwarta zostaje droga do ekspresji woli w inny sposób „niż w drodze pisemnej”¹⁵. A więc także w sposób ustny, werbalny – także przy użyciu przywołanych wyżej (zob. pkt 3.2.) formuł komunikowania się. Ustalenia dokonane w taki właśnie sposób zostają następnie ‘zapisane.’ Akt ten - niezależnie od możliwej kwalifikacji poczynionego, a autoryzowanego przez strony zapisu – np. jako świadectwa umowy zawartej w formie pisemnej¹⁶ [16]

¹³ Art. 11 – Sposoby wyrażania zgody na związanie się traktatem – „Zgoda państwa na związanie się traktatem może być wyrażona przez podpisanie, wymianę dokumentów stanowiących traktat, ratyfikację, przyjęcie, zatwierdzenie lub przystąpienie lub w jakikolwiek inny uzgodniony sposób.”

¹⁴ Komentując zapis art. 11 Nahlik zauważa, „Rozwój obrotu międzynarodowego przybiera wciąż nowe formy, konieczne więc jest ponadto, aby konwencja przewidziała, że zestaw znanych obecnie sposobów [zawierania traktatów] może być nadal uzupełniany.” Zob. Nahlik, jw., s. 125.

¹⁵ „W drodze pisemnej” tzn. w formule wypracowanego w toku negocjacji dokumentu traktatu - dokumentu o przyjętej strukturze, którą wyznacza: tytuł, preambuła, dyspozycja, postanowienia końcowe, wskazanie miejsca i daty podpisania, liczby egzemplarzy, języków w jakich umowa zostaje sporządzona. Dokumentu, który to jedynie zestala, i wyłącznie on ujawnia wolę stron, a którego taką właśnie funkcję i rolę podkreślają złożone pod nim podpisy i pieczęcie. Akt zaciągnięcia opisanych dokumentem traktatu zobowiązań jest pochodną złożenia pod nim podpisów lub też – jeśli taka jest wola stron - sygnałem tego jest (po podpisaniu i przyjęciu tekstu umowy-dokumentu) akt kolejny tj. akt ratyfikacji, przyjęcia, zatwierdzenia, lub przystąpienia. „Drogą pisemną” jest też proces zestawienia się dokumentu traktatu w zbiorze (dwa lub więcej) wymienianych przez strony not - będącym następstwem związania się traktatem w formie ‘wymiany not.’

¹⁶ Niekwestionowanym przykładem takiej właśnie – w pełni możliwej – praktyki jest orzeczenie MTS w sprawie ‘szelfu kontynentalnego Morza Egejskiego’, w której dokonując oceny Brukselskiego Komunikatu z 31 maja 1975 roku informującego o uzgodnieniu przez premierów Grecji i Turcji właściwości MTS do rozstrzygnięcia, zdefiniowanego przez strony i wskazanego komunikatem co do meritum, sporu; nie opatrzonego jakimkolwiek podpisem lub parafą; upublicznionego jednostronnie przez stronę grecką - Trybunał stwierdził co następuje - zob. s. 39, par. 96 - „Co do kwestii formy, Trybunał winien jedynie odnotować, iż nieznana jest mu reguła prawa międzynarodowego która mogłaby wykluczać wspólny komunikat jako konstytuujący międzynarodowe porozumienie przedkładające spór arbitrażowemu lub sądowemu rozstrzygnięciu (zob. art. 2, 3 i 11 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów). Zatem to, czy komunikat brukselski z 31 maja 1975 roku stanowi czy też nie stanowi takiego porozumienia zasadniczo zależy od natury aktu lub operacji jakiej komunikat dał wyraz; i nie rozstrzyga kwestii proste odwołanie się do formy – komunikatu – w którym ten akt lub operacja jest ujęta. Przeciwnie, w określeniu [tego] co w rzeczywistości było naturą aktu lub operacji zawartej w brukselskim komunikacie, Trybunał musi wziąć pod uwagę przede wszystkim przyjęte sformułowania i odnieść się do szczególnych okoliczności w jakich był on zredagowany.”

¹² Aust, jw., - „But, even though the modern practice is for original text of treaty to be typed or printed, there is no reason why treaty should not be contained in a telegram, telex, fax message or even e-mail, or rather, constituted by an exchange of such communications. Provided the text can be reduced to a permanent, readable form (even if this is done by downloading and printing-out from computer), it can be regarded as in written form.”

– jest w istocie swej jedynie pisemnym potwierdzeniem aktu ustnie zaciągniętych zobowiązań. Potwierdzeniem zawarcia przez zainteresowane strony umowy w drodze „ustnego porozumienia” zapisanego *post factum*. W - intencji/bez intencji – to już decyzja stron - przydania mu cechy umowy pisemnej¹⁷ [17].

4. UMOWA USTNA, WERBALNA – TZW. CZYSTA UMOWA USTNA - POCHODNA ZBIEGU AKTÓW JEDNOSTRONNYCH

4.1. Czysta umowa ustna – geneza konstrukcji

Werbalna formuła zaciągania zobowiązań międzynarodowych jest łączona także w narracji doktryny, za sprawą nielicznych wypowiedzi orzecznictwa, z przypadkami – praktyką – zaciągania ich w drodze podejmowania aktów jednostronnych przez zainteresowane państwowe podmioty.

Inicjującym takie postrzeganie wypowiedzi – aktów jednostronnych - najwyższych rangą funkcjonariuszy państwa - o prawotwórczych znamionach - jest orzeczenie STMS w sprawie *Statusu prawnego Wschodniej Grenlandii* [18, 19]. Orzeczenie kwalifikujące pozytywną odpowiedź ministra spraw zagranicznych Norwegii Nilsa Ihlena na pytanie ambasadora Danii (skierowane 22 lipca 1919 r.) o gotowość uszanowania przez Norwegię pełni władztwa duńskiego w przestrzeni wschodniej Grenlandii, jako jednostronną deklarację kreującą, tym jedynie aktem, prawno-międzynarodowe zobowiązanie Norwegii do honorowania wyłączności władztwa Danii w tej przestrzeni.

Zadanie badania fenomenu umów werbalnych wymaga odnotowania i analizy, w kontekście przyjętej przez STMS kwalifikacji, stanowiska sędziego Anzilottiego w rozstrzyganej sprawie. Stanowiska wyrażonego w opinii odrębnej [19 par. 212-308], który w wypowiedzi Ihlena dostrzegł refleks aktu porozumienia (umowy) konstytuowanej *czysto* (wyłącznie) werbalnymi deklaracjami. A więc deklaracją ministra spraw zagranicznych Norwegii i ‘wcześniejszą’ (!) – również będącą aktem jednostronnym – deklaracją strony duńskiej. Ten przyjęty tok rozumowania był pochodną odległych w czasie wydarzeń, wielowiekowego splotu (unii personalnej) przestrzeni Norwegii i Danii i skutków praktycznych podjętej w 1814 roku traktatowej decyzji o rozwiązaniu unii. Akt rozwiązania unii był także źródłem wątpliwości i sporów terytorialnych pomiędzy rozdzielającymi się przestrzeniami. Sporów dotyczących co do szczegółów, tak zakresu wykonywania władztwa przez Danię nad (całą) Grenlandią, jak i władztwa Norwegii nad wyspą Spitzbergen. Te wątpliwości i spory co do jurysdykcyjnych uprawnień w obu przestrzeniach były rozstrzygane w toku pewnej sekwencji zdarzeń [20]¹⁸. Jedynym silnie, by nie rzec wyłącznie akcentowanym, za sprawą decyzji Trybunału w powszechnym przekazie etapem tego procesu, jest sygnalizowana deklaracja Ihlena będąca odpowiedzią na prośbę Ambasadora Danii. To wydarzenie mające miejsce w stolicy Norwegii Christianii pozostawało jednak – wg

Anzilottiego - w merytorycznym związku z wcześniej ujawnionym stanowiskiem zajęтым przez Danię w toku debaty, w trakcie pokojowej konferencji w Wersalu, poświęconej kwestii statusu wyspy Spitzbergen (co miało miejsce w kwietniu 1919 roku). Dania stwierdziła w toku tych prac, iż nie będzie „*przeciwstawiała się życzeniom Norwegii co się tyczy rozwiązania tej kwestii*”, co oznaczało akceptację przez stronę duńską pełni suwerennego władztwa Norwegii nad tą wyspą.

W toku – późniejszych - spotkań ambasadora Danii z ministrem spraw zagranicznych Ihlenem – dyplomata duński prosząc o potwierdzenie pełni władztwa Danii nad Grenlandią wiązał reakcję Ihlena i odpowiedź na przedłożoną prośbę, z oświadczeniem duńskim złożonym w Wersalu w analogicznej przedmiotowo, terytorialnej kwestii, będącej przedmiotem żywego zainteresowania obu stron. Tj. oświadczeniem duńskim potwierdzającym pełnię władztwa norweskiego nad Spitzbergenem. Strona duńska traktowała zatem obie kwestie – Spitzbergenu i Grenlandii – łącznie. A w konsekwencji, swoje oświadczenie wersalskie i oświadczenie Ihlena z 22 lipca 1919 roku, jako pozostające we wzajemnym przedmiotowo organicznym związku.

Anzilotti stwierdził, mając tę okoliczność na uwadze, a w konsekwencji formułę kreacji między stronami zobowiązań, co następuje: „*Co się tyczy formy, należy na wstępie zauważyć, że obie Strony są zgodne co do istnienia i przesłania tych deklaracji, kwestia przeprowadzania dowodu na to nie ma miejsca. Co więcej, nie wydaje się, aby jakkolwiek reguła prawa międzynarodowego wymagała, aby porozumienia tego rodzaju musiałyby być napisane, aby były ważne (p.m.)*” [13 Par. 287].

4.2. Czysta umowa ustna – jej istota

Sformułowana przez Anzilottiego konkluzja daje podstawy aby rozważać i akceptować wariant tzw. *czystej* umowy werbalnej. Umowy, która będzie zbiegiem złożenia spontanicznie przez zainteresowane strony, zgodnych, dotyczących tej samej kwestii (*consensus ad idem*), jednostronnych deklaracji i potwierdzonego publicznie faktu ich dokonania, wyrazem czego być może także podanie do publicznej wiadomości samodzielnie, deklarowanych nimi treści, przez obie strony. Jak ujmuje to Widdows, akcentując spontaniczność zbiegu jednostronnych aktów kreujących umowę dotyczącą tej samej materii „*(...) istnieją przypadki obejmujące wydanie podobnych lub identycznych deklaracji przez dwa lub więcej państw, gdzie nie odnajdujemy świadectwa consensusu lub też historii prowadzonych negocjacji prowadzących do porozumienia w płaszczyźnie prawnej*” [4 s. 124]. Mając wszakże na uwadze przyjętą przez STMS kwalifikację wypowiedzi Ihlena i stawiając pytanie, czy przyrzeczenie dokonane przez państwo na prośbę innego państwa powinno być interpretowane jako porozumienie lub jednostronna deklaracja, Widdows zauważa, że „*(...) będzie to zależało od okoliczności*” i prognozuje, że „*(...) daleko częściej odpowiedź będzie postrzegana jako jednostronne przyrzeczenie, niż porozumienie. W przypadku podobnych lub identycznych deklaracji będzie, jeśli zostały złożone, bardziej prawdopodobnym traktować je jako jednostronne deklaracje z powodu braku rzeczywistego consensus ad idem. Ich wiążąca natura nie jest, jednakże, poddawana w wątpliwość, jeśli taka była intencja stron.*” [4 s. 124].

¹⁷⁾ Zob. rozbieżne zdania stron (Bangladesz i Myanamar) w ocenie roli i funkcji uzgodnionych przez negocjujące delegacje ustaleń zapisanych następnie w tzw. Uzgodnionych Protokołach (*Agreed Minutes*) oraz konkluzje Trybunału wskazujące na przyczyny nie dające podstaw dla traktowania zapisanych ustaleń jako prawnie wiążącego – pisemnego - porozumienia w rozumieniu art. 15 konwencji o prawie morza.

¹⁸⁾ Szeroko nt. duńsko-norweskich relacji i terytorialnych ich aspektów

5. MILCZĄCE POROZUMIENIE /POROZUMIENIE DE FACTO/AGREEMENT BY IMPLICATION

Tzw. milczące porozumienie (*tacit agreement*) – z definicji - jest porozumieniem wynikającym z lub wywodzonym z aktów lub faktów nie będących w swym przejawie następstwem pisemnych lub ustnych uzgodnień¹⁹. Jest, jak sygnalizowano, porozumieniem zawartym ‘jedynie’ w następstwie sygnalizacji woli związania się nim „bez pisma wszakże i słowa”.

Aby można było stwierdzić, iż miało miejsce „(...) należy podkreślić, że nie może być cienia wątpliwości co do zgody na przyjęte ustalenia przez każdą ze stron; potrzeba pozytywnego wskazania tej zgody jest konieczna.” [4 s. 120]²⁰ Doktryna podkreśla również, że „zgoda musi zawsze być udzielona wyraźnie lub w następstwie podjęcia nie wprowadzającego w błąd postępowania (...) nie zaś za sprawą milczącego przyzwolenia” [21]²¹. To kontrastowanie aktu milczącej zgody (*tacit consent*) od aktu milczącego przyzwolenia (*tacit acquiescence*) polega na dokonaniu rozróżnienia obu aktów i rozróżnienia ich istoty. Akt milczącej zgody dotyczy materii, której sposób unormowania w taki właśnie sposób (jak i w każdy inny formalnie sposób – na piśmie lub ustnie), strona ma prawo przyjmując lub oprostestować. Akt milczącego przyzwolenia dotyczy natomiast materii, które nie dają podstaw do wywiedzenia o istnieniu takiego prawa/obowiązku - jest pochodną swoistej dla strony, neutralności normowanej materii jak i będącej tego konsekwencją, dobrowolnością aktu przyzwolenia. To zatem głęboki kontrast obu aktów. Przypadku – milczącej zgody (*tacit agreement*) - angażującego, bezpośrednio, wprost, interes suwerena, od przypadku, w którym tak przyzwolenie, jak tym bardziej jego odmowa, o takiej relacji nie sygnalizuje.

Przykłady posługiwania się konstrukcją umów milczących w praktyce, czy przywoływania ich w analizach orzeczniczych są więcej niż skromne. Przywoływany jest najczęściej przez doktrynę przykład porozumienia o zawieszeniu broni (rozejmie) będący następstwem aktu wywieszenia przez jedną z walczących stron białej flagi²² [22, 23]. Co nie zmienia faktu, iż mimo śladowości praktyki, jest to przyjęta w prawie formuła modelowania relacji wspólnie zainteresowanych nią podmiotów.

¹⁹) “Tacit – implied by or inferred from action or statements; “gave silent consent; “a tacit agreement”; (...)” - <http://www.thefreedictionary.com/tacit>

²⁰) Zob. też przykład analizy przez MTPM, podniesionych także postępowaniu (przypis 16) przez Bangladesz „faktów, że Strony postępowały w zgodzie z ustaloną delimitacją (w *Agreed Minutes* 1974) przez ponad trzy dekady, co jest świadectwem istnienia milczącego lub porozumienia *de facto* określającego bieg granicy na morzu terytorialnym.” Zob. MTPM 2012-16, s. 39, par. 101 – s. 39-43, par. 100-118.

²¹) “Tacit consent is different from tacit acquiescence. Silence could only amount to consent if there were placed on the party concerned a duty to protest which is not the case here in dealing with the voluntary assumption of obligation.”

²²) Autor zauważa: “Treaties than, being agreements, must somehow be based on communication. Most often, this communication will be verbal, be it oral or written. Yet, there may be situations where agreements arise through non-verbal communication, though presumably their range is fairly limited. The only example that comes to mind is the waving of flags in battle to indicate a truce or cease fire.” Ten sposób zawierania porozumienia obejmuje termin umowy o jakim mowa w art. 36 Regulaminu praw i zwyczajów wojny lądowej [23].

6. KLASYFIKACJA POROZUMIENIA PREMIERÓW

Rozważając możliwe warianty legalizacji decyzji władz, ustaleń premierów RP i Federacji Rosyjskiej w przedmiocie podstaw badania katastrofy smoleńskiej rozważmy, jakie warianty umownego porozumienia - umów ‘innych’ niż zawieranych ‘w formie pisemnej’ - w świetle przeprowadzonych rozważań (pkt. 2-4) były możliwe, a jakie miały miejsce ?

6.1. Umowa ustna - ‘zapisana’ post factum ?

Jeśli mieć na uwadze bezpośredni kontakt premierów w dniu 10 kwietnia 2010 roku lub możliwości kontaktu czynionego za pomocą dostępnych, sygnalizowanych technik komunikowania się w dniach następnych, przyjęć można, że wspólne ustalenia dotyczące podstawy badania zostały przyjęte, jak sygnalizuje art. 11 KW „w inny uzgodniony sposób”. A więc – za sprawą okoliczności - w drodze ustnych ustaleń, które - mając na uwadze potrzebę honorowania przez prowadzących dialog, wartości demokratycznych – potwierdzone zostały, podpisanym/autoryzowanym przez prowadzących dialog zapisem.

Efektom przelania na papier werbalnych ustaleń - ich zapisu mogłaby być wspólna *deklaracja* premierów. Umowa zawarta w takiej formie byłaby w pełni skuteczna²³ [24, par. 263, s. 429] i wchodziłaby (najprawdopodobniej) w życie z chwilą złożenia podpisów [24 par. 264, s. 429-230]. Byłaby umową zawartą w formie pisemnej.

Efektom przelania na papier werbalnych ustaleń - ich zapisu, mógłby być również *komunikat* będący sygnalizacją istoty porozumienia premierów (zob. przypis 17). Sięgając do wyводу Reutera – porozumienia „(...) *opartego na protokołach spotkania akceptowanych przez strony, które dokonały ustnych wypowiedzi i oświadczeń, a które zostały zakodowane zapisem protokołów i z których treści akt porozumienia stron wynik.*”. *Komunikat* o treści (zaprotokołowanego) porozumienia zostałby przekazany w przestrzeń publiczną, indywidualnie lub wspólnie, przez służby informacyjne premierów zgodnie ‘protokołując’ ich werbalne ustalenia. W przypadku premiera RP czynione przez Centrum Informacyjne Rządu (dalej: CIR)²⁴ [25]. Byłby to *komunikat* informujący o podstawie badania przyczyn katastrofy smoleńskiej przyjętym przez strony. *Komunikat* – idąc śladem narracji MTS [25] – z uwagi na „*przyjęte sformułowania i (...) szczególne okoliczności w jakich był on zredagowany*” – byłby oczywistym refleksem ‘umowy dwustronnej’ niezależnie od dopełnienia jej cechą ‘pisemnej’ lub ‘ustnej’ urody.

6.2. Umowa czysta - pochodna zbiegu aktów jednostronnych ?

Jeżeli rozważać przypadek zawarcia umowy ustnej – *czystego* ustnego porozumienia - rozważyć należy

²³) Przykładem takiej umowy podpisana przez prezydentów Kamerunu i Nigerii w dniu 1.06.1975 roku Deklaracja (tzw. Deklaracja z Maroua) wyznaczająca we wskazany w niej sposób bieg granicy morskiej między obu państwami. O Deklaracji tej MTS wypowiedział się w następujący sposób: „The Court considers that the Maroua Declaration constitutes an international agreement concluded between States in written form and tracing a boundary; it is thus governed by international law and constitutes a treaty in the sense of the Vienna Convention on the Law of Treaties (...), and which in any case reflects customary international law in this respect.”

²⁴) „Centrum Informacyjne Rządu (CIR) w strukturze Kancelarii Prezesa Rady Ministrów jest komórka odpowiedzialną za relacje i kontakty Premiera i Rady Ministrów z mediami i *obywatelami* (p.m.). (...)”

następującą konfigurację możliwych zdarzeń. Dokonania przez strony – premiera RP i premiera FR - niezależnych od siebie, a zbieżnych w czasie – w dniu 10 kwietnia 2010 roku lub dniach kolejnych - jednostronnych oświadczeń sygnalizujących o woli przyjęcia Załącznika 13 do konwencji chicagowskiej jako podstawy procedowania. Zbieg jednostronnych aktów o takiej właśnie treści sygnalizowałyby w pełni *consensus ad idem* stron i kreację czystego ustnego porozumienia. O jego dokonaniu – tj. złożeniu (zbiegu) takich jednostronnych oświadczeń - sygnalizowałyby samodzielnie służby informacyjne obu premierów.

6.3. Milczące porozumienie premierów

Przywołane (5.1/5.2) warianty możliwego – umownego - porozumienia premierów w sprawie uzgodnienia podstaw badania katastrofy smoleńskiej zostać muszą oddalone, bowiem informacja CIR z połowy kwietnia 2011 roku²⁵ - niezależnie od kontekstu czynionej uwagi - stwierdzała, iż „nie było odrębnej decyzji Rady Ministrów czy Prezesa Rady Ministrów w tej sprawie” [26, 27]²⁶.

Informacja CIR stwierdzała także, że strona polska „zgodziła się na podjęcie współpracy ze stroną rosyjską w zaproponowanym przez nią reżimie prawnym tj. w oparciu o przepisy Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym z dnia 7 grudnia 1944 r. i Załącznika 13 do niej”. Sygnalizowała także, iż konsultacje strony polskiej z rosyjską „nie były dokonane w formie pisemnej.”

Wobec takiego przekazu CIR, jedyne wyjaśnienie zgody władz polskich na przyjętą formułę procedowania – w sytuacji braku jakichkolwiek dokumentów (protokołów) rekonstruujących treść, bieg i ustalenia ‘konsultacji strony polskiej z rosyjską’ - łączyć należy z aktem zawarcia milczącego porozumienia (*tacit agreement*) pomiędzy Rzeczpospolitą a Federacją Rosyjską. Zgody „strony polskiej” udzielonej *post factum* na podjęte wcześniej przez stronę rosyjską działania. Zgody na nie konsultowane ze „stroną polską” rozwiązania proceduralne. Zgody na rozwiązanie przyjęte jednostronnie przez władze rosyjskie decyzją premiera Federacji Rosyjskiej. Sygnałem – potwierdzeniem (aktem) zgody „strony polskiej” na jego przyjęcie, było podjęcie procedowania strony polskiej wg

²⁵) Informacji udzielonej w odpowiedzi na pismo pełnomocnika części rodzin ofiar katastrofy kierowanej do premiera Donalda Tuska, w którym „(...) wnoszono o udostępnienie informacji publicznej w przedmiocie: 1. formy oraz treści dwustronnej umowy międzynarodowej, zawartej między Rzeczpospolitą Polską a Federacją Rosyjską, dotyczącej unormowania zasad organizacji i prowadzenia badań oraz ustalenia przyczyn zdarzenia lotniczego polegającego na katastrofie rządowego samolotu Tu-154M nr 101 (...) na podstawie regulacji zawartych w Załączniku 13 do Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym z dnia 7 grudnia 1944 r., w tym w szczególności uzgodnionych w ww. umowie metod rozstrzygania sporów powstałych na tle jej stosowania i interpretacji; 2. trybu zawarcia ww. umowy, ze szczególnym uwzględnieniem wskazania osoby uprawnionej do przedstawienia Rzeczypospolitej Polskiej, który negocjował i ustalił treść tej umowy, podstawy jego umocowania w tym zakresie oraz organu, który wyraził zgodę na jej zawarcie, a także osób, które brały udział w ww. negocjacjach i ustaleniu treści umowy;”

²⁶) W informacji CIR stwierdzono: „Zgoda na zastosowanie przez Federację Rosyjską reżim prawną została udzielona w formie konkludentnej. Nie było odrębnej decyzji Prezesa Rady Ministrów i Rady Ministrów w tej sprawie. Konsultacje w tym zakresie były dokonywane na bieżąco i roboczo, w czasie umożliwiających natychmiastowe podjęcie badania przyczyn katastrofy, dlatego nie miały formy dokumentów w rozumieniu art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 t. o dostępie do informacji publicznej”. Informacja w innym miejscu zaznacza, że decyzje podejmowane były po konsultacjach prowadzonych „z kierownictwem Rządowego Centrum Legislacji, Ministerstwa Sprawiedliwości i Ministerstwa Spraw Zagranicznych”.

chicagowskich reguł, wyrazem czego był akt akredytacji pełnomocnika „państwa rejestracji” statku który uległ wypadkowi tj. RP przy Międzypaństwowym Komitecie Lotniczym [dalej: MAK]. Akt akredytacji nastąpił w dniu 15 kwietnia 2010 roku w wykonaniu dyspozycją klauzuli 5.18 Załącznika nr 13²⁷ [28]. Akt akredytacji, sublimujący akt zgody „strony polskiej” – *tacit consent* – na zawarcie milczącego porozumienia - *tacit agreement* – w przedmiocie przyjęcia Załącznika nr 13 jako podstawy prawnej badania przyczyn katastrofy smoleńskiej ujawnił to porozumienie w płaszczyźnie prawa międzynarodowego, w przestrzeni publicznej. Trafnie - co do przyjętej formuły zaciągania zobowiązań opisało ten akt CIR następującym stwierdzeniem swego komunikatu: „Zgoda na zastosowanie przez Federację Rosyjską reżim prawną została udzielona w formie konkludentnej.”, co potwierdził również zwięźle 2,5 roku później minister sprawiedliwości²⁸ [28].

Dopełniając kwalifikację aktu akredytacji, jako aktu milczącej zgody/milczącego porozumienia podkreślmy ponownie, mając na uwadze jego istotę, że akt ten dotyczył materii, której – co oczywiste - sposób unormowania w taki właśnie sposób strona miała pełne prawo przyjąć lub oprotestować. „Strona polska” decyzji rosyjskiej nie oprotestowała. Przyjęła ją i podzieliła jej sens i przesłanie bez słowa.

Związanie się konwencją chicagowską „w sposób „konkludentny, czyli dorozumiany” – bez słowa - jedynie poprzez ‘milczące’ dokonanie aktu akredytacji – w sposób szczególnie silny, podkreślmy to raz jeszcze, akcentuje brak jakichkolwiek dokumentów uwiarygodniających treść i bieg ‘konsultacji strony polskiej z rosyjską’. Ich brak można postrzegać, jako znak ich nie podjęcia i nie prowadzenia w ogóle lub też, jeśli miały miejsce, jako polegające na przekazaniu stronie polskiej jednostronnie przez stronę rosyjską informacji o podjętych działaniach i ich akceptacji przez stronę polską – bez słowa - jako jedynie ‘racjonalnej’ metody prowadzenia badań²⁹. Tę okoliczność – biernej, pasywnej akceptacji rosyjskich decyzji – uprawdopodobnia z całą siłą fakt, iż własnego, samodzielnego stanowiska, merytorycznej decyzji strony polskiej w tej mierze, przed podjęciem konsultacji ze stroną rosyjską nie przygotowano, bowiem również jej – nawet w ułamkowym stopniu - nie utrwalono. Komunikat CIR zaniechanie ujawnienia treści i przebiegu polskich, wewnętrznych, krajowych konsultacji, poczynionych w nich ustaleń, i ujęcia dokumentem stanowiska ‘strony polskiej’ wyjaśnia w sposób następujący: „Konsultacje w tym zakresie były dokonywane na bieżąco i

²⁷) Załącznik 13 – Uczestnictwo w badaniu – Uczestnictwo Państwa Rejestracji (...) – Prawa – 5.18 „Państwo Rejestracji, Państwo Operatora, Państwo Konstruktora i Państwo Producenta są uprawnione do wyznaczenia pełnomocnych przedstawicieli w celu uczestniczenia w badaniu.” Akredytowanym przedstawicielem RP został kierujący Państwową Komisją Badania Wypadków Lotniczych - Edmund Klich.

²⁸) Analogicznie wyjaśniał formułę związania się przez RP reżimem konwencji chicagowskiej jako podstawą badania katastrofy w Smoleńsku minister sprawiedliwości na posiedzeniu Sejmu w dniu 27 września 2012 roku. Stwierdził „(...) konwencja chicagowska jako podstawa badania przyczyn wypadku została przyjęta przez stronę polską w sposób konkludentny, czyli dorozumiany. Nie było w tym zakresie osobnej, w szczególności udokumentowanej decyzji Rady Ministrów.”

²⁹) Jw., s. 223 stenogramu z 22 posiedzenia Sejmu w dniu 27 września 2012 roku - Parametry ‘racjonalności’ metody opisał minister sprawiedliwości w sposób następujący: „Należy zaznaczyć, że był to jedyny dostępny w tamtym czasie instrument prawny, który opisywał procedurę postępowania w takim wypadku. Skorzystanie z innej podstawy prawnej wymagałoby wcześniejszych szczegółowych ustaleń ze stroną rosyjską, co uniemożliwiałoby podjęcie natychmiastowych działań (...)”.

roboczo, w czasie umożliwiającym natychmiastowe podjęcie badania przyczyn katastrofy, dlatego nie miały formy dokumentów w rozumieniu art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 t. o dostępie do informacji publicznej”. Komunikat sygnalizuje, że konsultacje prowadzone były „z kierownictwem Rządowego Centrum Legislacji, Ministerstwa Sprawiedliwości i Ministerstwa Spraw Zagranicznych”. Komunikat CIR nie informuje przez kogo imiennie konsultacje były prowadzone. Jeśli jednak były prowadzone – (w dniach 11-15.04) - z kierownictwem wymienionych imiennie podmiotów administracji państwowej tj. ministrami resortów sprawiedliwości i spraw zagranicznych i prezesem Rządowego Centrum Legislacji, to nie ulega wątpliwości, że dokument w rozumieniu art. 6 ust 2 wspomnianej ustawy³⁰, gdyby powstał, musiałby być dokumentem sygnowanym przez podmiot zwierzchni wobec rozmówców i uprawniony do bezpośredniego z nimi kontaktu, a więc premiera rządu RP.

Oczywistego aktu łączenia ‘dorozumiewanej’ zgody na akredytację pełnomocnika „państwa rejestracji” przy MAK z jej (decyzyjnym) źródłem tj. osobą premiera rządu RP nie eliminuje informacja CIR o tym, że „nie było odrębnej decyzji (...) Prezesa Rady Ministrów w tej sprawie”.

Przyjęcie Załącznika 13 jako podstawy prawnej procesu badania przyczyn katastrofy smoleńskiej, w następstwie podjęcia przez premiera RP decyzji o oficjalnej akredytacji pełnomocnika RP z dniem 15 kwietnia 2010 roku przy Międzypaństwowym Komitecie Lotniczym, poczynionej w odpowiedzi na podjętą decyzję wszczęcia postępowań w tej właśnie formule w dniu 13 kwietnia 2010 roku przez premiera FR i zawarcia tym samym milczącej umowy w przedmiotowej sprawie, uzasadniają – obok przywołanych reguł prawa międzynarodowego - nie tylko reguły racjonalnego i odpowiedzialnego w państwie demokratycznym procesu podejmowania politycznych decyzji odpowiedzialnej władzy, ale także własne słowa premiera. Słowa, które padły na 22 posiedzeniu Sejmu w dniu 27 września 2012 roku poświęconego „Informacji ministra sprawiedliwości na temat działań dotyczących zagwarantowania właściwych procedur postępowania ze zwłokami ofiar katastrofy smoleńskiej na terenie Federacji Rosyjskiej”. Premier Tusk stwierdził w toku prowadzonej debaty: „(...) uważam, że ponosząc polityczną odpowiedzialność za kierowanie państwem, rządem polskim i w tym sensie także tą bardzo skomplikowaną i dramatyczną operacją, biorę na siebie pełną odpowiedzialność za wszystkie działania naszych służb (...)” [28 s. 220].

7. OCENA MILCZĄCEGO POROZUMIENIA PREMIERÓW

7.1. Bezpośrednia przyczyna dokonania oceny porozumienia

Okoliczności podjęcia przedmiotowej decyzji, jak i praktyczne skutki przyjętych proceduralnych rozwiązań, ściślej, oczywiste wątpliwości co do rzetelności i profesjonalności, tak samego procesu badania przyczyn

katastrofy³¹, jak postępowań wyjaśniających prowadzonych przez Prokuraturę Wojskowa RP, w perspektywie upływającego czasu od dnia katastrofy smoleńskiej skłaniają do następujących refleksji i ocen.

7.2. Porozumienie premierów – ‘biała flaga’/akt kapitulacji

Po pierwsze, dają podstawę, aby postrzegać i kwalifikować zachowanie ‘strony polskiej’ w procesie ustalania podstawy badania katastrofy smoleńskiej ze stroną rosyjską w sposób następujący. Jako akt dorównujący – z pewnym uzupełnieniem jakie zostanie poczynione - we wszystkich – i formalnych i materialnych – wymiarach, *mutatis mutandis*, parametrom milczącej umowy, o której mowa w art. 36 Regulaminu praw i zwyczajów wojny lądowej – IV konwencji haskiej z 1907 roku (dalej: Regulamin) [29. Sygnalizuje artykuł ten o możliwym akcie zawarcia umowy rozejmu pomiędzy stronami konfliktu zbrojnego, której wyrazem (dokonaniem) może być – nie pisana i nie werbalna – lecz milcząco wyrażona na nią – gestem - zgoda jednej ze stron - *tacit consent* - polegający na wywieszeniu przez nią białej flagi. Brak sygnału - *urbi et orbi* – ze strony władz RP podjęcia jakiegokolwiek próby: (i) negocjowania ze stroną rosyjską, bezpośrednio po katastrofie – z uwagi na polityczną skalę wydarzenia - powołania niezależnej komisji lub procedury badania katastrofy³²; (ii) konsekwentnego negocjowania w dobrej wierze ze stroną rosyjską (przed i w toku prowadzonych badań) urzeczywistnienia – przewidzianych Załącznikiem nr 13 - gwarancji uczestnictwa strony polskiej w procesie badania przyczyn katastrofy smoleńskiej - daje asumpt do tego, aby kwietniową decyzją premiera RP postrzegać w jej istocie i porównywać w jej lapidarności, do aktu wywieszenia białej flagi. Ten oczywisty przejaw nie podjęcia działań w polskim interesie, daje asumpt do uprawnionego uzupełnienia poczynionej konstatacji, o połączenie decyzji premiera RP – *mutatis mutandis* - z art. 35 Regulaminu, który mówi o akcie kapitulacji. W przypadku decyzji ‘strony polskiej’ zatem, w kwietniu 2010 roku godząc się bez słowa, bezwarunkowo, na wskazany przez premiera Putina Załącznik 13, do konwencji chicagowskiej jako podstawę prawną badania katastrofy smoleńskiej, dokonano nie tylko aktu obywatelskiej, lecz także aktu politycznej kapitulacji.

7.3. Porozumienie premierów a prawo RP w przedmiocie zawierania umów międzynarodowych

7.3.1. Porozumienie premierów – umocowanie do działania premiera RP i jego następstwa

Refleksja kolejna. Sygnalizowana, a właściwa w porządku demokratycznym konieczność apriorycznego autoryzowania organu zaciągającego bezpośrednio zobowiązania werbalne, do dokonania tego przez organ

³⁰) Art. 6.2. „Dokumentem urzędowym w rozumieniu ustawy jest treść oświadczenia woli lub wiedzy, utrwalona i podpisana w dowolnej formie przez funkcjonariusza publicznego w rozumieniu przepisów Kodeksu karnego, w ramach jego kompetencji, skierowana do innego podmiotu lub złożona do akt sprawy.”

³¹) Miarą których są ustalenia przyjęte w tzw. raporcie Tatiany Anodiny (raport z dnia 12 stycznia 2011 roku) i raportach polskich: tzw. raporcie Jerzego Millera (raport końcowy z badania zdarzenia lotniczego nr 192/2010/11 samolotu Tu-154M nr 101 zaistniałego dnia 10 kwietnia 2010 r. w rejonie lotniska Smoleńsk Północny z 29 lipca 2011 roku); tzw. raporcie Macieja Laska (4 lipiec 2013 r.).

³²) Jak stwierdza prof. Żylicz – strona rosyjska, ściślej Międzypaństwowy Komitet Lotniczy nie zapewnił „pełnego, zgodnego z normami art. 5.25 załącznika 13 dostępu do czynności badawczych, dokumentów i informacji” stronie polskiej, a także „nie podjął przewidzianej w art. 6.3 załącznika 13 próby uzgodnienia raportu (końcowego p. m.) z uwzględnieniem polskich uwag i wniosków”.

konstytucyjnie dysponujący kompetencją *treaty making power*, rodzi pytania następujące. Czy autoryzacja ta dotyczy także przypadku zawierania *tacit agreements*, a w przypadku pozytywnej odpowiedzi, czy premier RP taką autoryzacją dysponował? I pytanie kolejne: jeśli, z uwagi na bieg wypadków, w chwili podjęcia 'rozmów' i 'kontaktów' z premierem FR, autoryzacją tą nie dysponował, czy akt akredytacji pełnomocnika „państwa rejestracji” tj. RP przyjęty w dniu 15 kwietnia 2010 roku zgodnie z dyspozycją klauzuli 5.18 Załącznika nr 13 był/mógł być przedmiotem rozważań (i zaprotokołowanej zgody - zatwierdzenia) Rady Ministrów na uczynienie tego, co byłoby pochodną jej pozycji i roli – a więc wskazanej art. 146 Konstytucji RP jej kompetencji traktatowej, którą uściśla co do szczegółowych formuł realizacji ustawa przyjęta dnia 14 kwietnia 2000 roku o umowach międzynarodowych [dalej: Ustawa]³⁰? Ssensu postawienia tych pytań, nie dezawuuje, a wręcz ich wagę podkreśla i eksponuje uwaga ministra sprawiedliwości poczyniona na 22 posiedzeniu Sejmu w dniu 27 września 2012, gdy stwierdził, opisując udział Rady Ministrów w procesie podejmowania decyzji o wyborze podstawy prawnej badania katastrofy smoleńskiej iż: „Nie było w tym zakresie osobnej, w szczególności udokumentowanej decyzji (p.m.) Rady Ministrów” (zob. przypis 28, 29). Uwaga ministra, skoro została poczyniona, nie wykluczała – w sytuacji jaka miała miejsce – przewidzianego prawem – tytułu RM do podejmowania w tej przedmiotowej sprawie decyzji, w tym decyzji 'udokumentowanej'. Decyzji podejmowanej na gruncie - co oczywiste - przywołanej Ustawy.

7.3.2. Porozumienie premierów - naruszenie wymagań prawa polskiego

Zwrot o braku „udokumentowanej decyzji Rady Ministrów” w tej ustawowej perspektywie należy zatem rozumieć w sposób następujący. Oznacza on, iż premier podejmując – zgodnie z art. 5.2. Ustawy - decyzję o samodzielnym prowadzeniu negocjacji³³[31], po wymaganej Ustawą - art. 5.1. – konsultacji swej samodzielnej, przedmiotowej decyzji z ministrem spraw zagranicznych, z uwagi na wyjątkową sytuację jaka miała miejsce, podjął się ich prowadzenia bez uruchomienia wymaganej art. 6.1. Ustawy procedury. Tj. procedury wnioskowania do Rady Ministrów o udzielenie przez nią zgody na prowadzenie negocjacji. Zauważmy, że procedura wnioskowania do Rady Ministrów o udzielenie przez nią zgody na prowadzenie negocjacji dotyczy, jak stwierdza art. 2 Ustawy, umowy, która w jej rozumieniu oznacza „(...) porozumienie między Rzeczpospolitą Polską a innym podmiotem lub podmiotami prawa międzynarodowego, regulowanymi przez prawo

międzynarodowe (p.m.), niezależnie od tego, czy jest ujęte w jednym dokumencie czy też w większej liczbie dokumentów, bez względu na jego nazwę oraz bez względu na to, czy jest zawierane w imieniu państwa, rządu czy ministra kierującego działem administracji rządowej właściwego do spraw, których dotyczy umowa międzynarodowa.” Przyjęta definicja ustawowa, akcentując występowanie wielości komponujących umowę dokumentów, nie oznacza jednak (nie musi oznaczać), iż wolą ustawodawcy jest (było) rygorystyczne normowanie jedynie obrotu traktatowego dokonywanego 'w drodze pisemnej', a szerzej rzecz postrzegając, urzeczywistnianego jedynie w formułach przewidzianych art. 11 KW - tj. jedynie 'w następstwie' podjęcia imiennie wskazanych w nim aktów związania się umową (a więc aktu: podpisania, wymiany dokumentów, w których traktat jest ustanowiony, ratyfikacji, przyjęcia, zatwierdzenia lub przystąpienia), jak i aktów czynionych „w jakiegokolwiek inny uzgodniony sposób.” Przyjęta w art. 2 Ustawy definicja umowy, w takim przypadku wzorowałaby się na, jednoznacznej dla takiego wyłączenie – 'pisemnego' - postrzegania traktatowego obrotu, definicji traktatu przyjętej w KW, która to *expressis verbis* stwierdza, iż traktat „oznacza porozumienie między państwami zawarte w formie pisemnej (p.m.) i regulowane przez prawo międzynarodowe, niezależnie od tego, czy jest zawarte w zwartym dokumencie czy w dwóch powiązanych z sobą dokumentach, i bez względu na jego szczególną nazwę.”

O takim przesłaniu świadczy dalsza narracja art. 2, który jakkolwiek w pkt. 2) odnosi proces zawierania umowy do klasycznego dominującego w praktyce procesu negocjacji umowy 'w drodze pisemnej', to w punkcie kolejnym tj. pkt. 3) stwierdza, że „**związanie umową międzynarodową obejmuje wszelkie czynności przewidziane w prawie międzynarodowym (p.m.), a w szczególności w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (...), w wyniku których Rzeczpospolita Polska staje się stroną tej umowy (p.m.)**.”. Akt zaciągnięcia umownego węzła obligacyjnego w następstwie „wszelkich czynności przewidzianych w prawie międzynarodowym” to zatem także – możliwe - następstwo czynności nieobjętych szczegółową regulacją KW. Klauzula 3), podobnie jak klauzula 1) art. 2, mając na uwadze przyjęty w praktyce traktatowej państw 'pisemny' sposób ujawniania się i materializacji zobowiązań umownych, akcentuje (jedynie!), iż tę właśnie (jedynie!) praktykę - „w szczególności” - normuje KW. Budując tę klauzulę ustawodawca konstytucyjny bez wątplenia musiał mieć na uwadze przesłanie art. 3 KW wskazującego w sposób oczywisty na możliwość istnienia umów 'innych' niż zawieranych 'w formie pisemnej' jak i na zdolność (możliwość) ich zawierania przez RP w konsekwencji potencjalnego podejmowania właśnie „wszelkich czynności (p.m.) przewidzianych w prawie międzynarodowym”.

Tę linię rozumowania wzmacnia procedura wnioskowania do Rady Ministrów o udzielenie przez nią zgody na prowadzenie negocjacji w przypadku negocjowania „*umów międzynarodowych niepodpisanych*” (art. 6.4. Ustawy). Jakkolwiek w 'pierwszym odruchu' przykłady umów niepodpisanych odnieść można do zestalonych na piśmie, a przywołanych w opracowaniu (możliwych) przykładów zaciągniętych, lecz niepodpisanych zobowiązań - przykładem czego są/być mogą m.in., komunikat stron, porozumienie będące następstwem wymiany między stronami korespondencji, czy też porozumienie ustne stron (zestalone na piśmie) w formie

³³) Perspektywa spotkania premiera Tuska z premierem Putinem w dniu 10 kwietnia 2010 roku implikowała co oczywiste negocjacyjny kontekst spotkania. Implikowała podjęcie rozmów, w tym konieczność poczynienia wspólnych uzgodnień, porozumiewania się premierów w kreowanych nadzwyczajnymi okolicznościami sprawach – w tym przedmiocie podstaw prawnych badania katastrofy - czyli podjęcia negocjacji. Z definicji – „Negocjacje – sposób zawierania umów. *Polegają na wzajemnym oddziaływaniu stron w celu zawarcia umowy* (p.m.). W toku negocjacji strony wymieniają się istotnymi informacjami, formułują oceny oraz progresywnie uzgadniają treść zawieranej umowy.” Ten oczywisty, negocjacyjny wymiar kontaktu obu premierów w dniu 10 kwietnia, jak i – w następstwie spotkania bezpośredniego - w dniach kolejnych, oddała i „gubi z pola widzenia” ocierając się o groteskę komunikat CIR z dnia 8 sierpnia 2013 roku stwierdzając, że „(...) z rozmów Premiera RP z Premierem Federacji Rosyjskiej przeprowadzonych 10 kwietnia 2010 r. nie sporządzono notatek, gdyż miały one, co do zasady, charakter kurtuazyjny.”

'*proces-verbal*' - to wymóg uzyskania zgody – racjonalnie rzecz postrzegając - obejmować także może (musi) przypadki kreowania zobowiązań ustnych w innych jeszcze wariantach, jak i zaciągania zobowiązań w następstwie podjęcia „aktów konkludentnych” kreujących *tacit agreement*.

Wprost wskazuje na to art. 13.1. Ustawy stanowiący, iż „*Związanie Rzeczypospolitej Polskiej umową międzynarodową może nastąpić (...) w drodze podpisania, wymiany not lub w inny sposób dopuszczony przez prawo międzynarodowe (p.m.)*” Tego podkreślonego passusu nie należy łączyć ze zwrotem przyjętym w art. 11 KW, który mówi o możliwym zawieraniu umów - obok imiennie wskazanych nim aktów (podpisania, wymiany not ... itd.) - także „*w jakikolwiek inny uzgodniony sposób*.” Rzecz bowiem, nie w 'uzgodnieniu' przez strony – pismem lub słowem, potwierdzonym jego późniejszym zapisem – aktu zaciągania zobowiązań, których wyrazem (tych ostatnich, kreowanych słowem) są, powtórzmy, przywołane wyżej przykłady komunikatu, wymiany korespondencji, czy *proces-verbal*. Rzecz natomiast, w 'dopuszczonej przez prawo międzynarodowe', a więc szerszej – najszerszej z możliwych gamie formuł związywania się państw umową międzynarodową – dopełniających, wywodzoną z art. 11 KW ich podstawową, listę. A więc także - co miał ustawodawca na myśli - w '*dopuszczonej przez prawo międzynarodowe*' formule *tacit agreement*.

Artykuł 13 – w pkt. 4 - autoryzuje także taki - *inny sposób dopuszczony przez prawo międzynarodowe* - związywania się umową a więc także w drodze *tacit agreement*, w przypadkach, gdy jej zawarcia (...) wymagają (...) szczególne okoliczności.”

Decyzja premiera Putina z dnia 13 kwietnia 2010 roku (zob. przypis 2) i decyzja premiera Tuska z dnia 15 kwietnia 2010 roku³⁴ statuujące milczące porozumienie czynione były, bez wątpienia, w takiej właśnie sytuacji.

Ten przegląd postanowień Ustawy pozwala w pełni zrozumieć akt podjęcia decyzji o natychmiastowym rozpoczęciu dwustronnej 'rozmowy' premiera RP z premierem FR w dniu 10 kwietnia 2010 r. Natomiast ustawa nie daje podstaw prawnych, aby uzasadnić brak podjęcia na forum Rady Ministrów aktu wyrażenia zgody przez rząd *post factum* na negocjacyjne aktywności i dokonania premiera. Debata, która poza oczywistym obowiązkiem RM uznania (zatwierdzenia) działań premiera jako nie tylko oczywistych, ale i zgodnych z prawem, musiałaby merytorycznie odnieść się do informacji premiera o przebiegu 'rozmowy' z premierem FR oraz konsekwencjach jej podjęcia i prowadzenia – a więc także przesłankach podejmowanych przez premierów decyzji w dniach 13/15 kwietnia 2010 roku. Brak tej debaty sygnalizuje o braku jakiegokolwiek próby, woli wyjaśnienia – przez premiera, jak i samą RM, a w kręgu ministrów, zwłaszcza ministra spraw zagranicznych - decyzji o dokonaniu aktu milczącej zgody (*tacit consent*) premiera na zawarcie milczącej umowy w przedmiocie podstaw prawnych badania katastrofy smoleńskiej, przesłanek jej podjęcia i zasadności podjętej decyzji.

Akt wyjaśnienia okoliczności podjętych decyzji czyniony jedynie przez ministra spraw wewnętrznych i administracji – z upoważnienia prezesa Rady Ministrów – w odpowiedzi na

interpelację poselską (nr 15734), w dniu 14 czerwca 2010 roku, jest w kontekście przywołanych zapisów Ustawy i ich analizy, zdumiewający.

7.4. Porozumienie premierów - naruszenie wymagań demokratycznego porządku

Gdyby jednak przyjąć, że przeprowadzona powyżej wykładnia przepisów Ustawy jest nietrafna z tej przyczyny, iż Ustawa ta normuje traktatowe aktywności władz RP mając na uwadze jedynie i wyłącznie procesy zawierania umów w formie pisemnej 'w wymiarze' art. 11 KW. A więc przyjąć, iż Ustawa jest aktem skrupulatnej implementacji tych wyłącznie postanowień, wtedy zwrócić należy uwagę na fakt następujący.

Prawo traktatów to, jak sygnalizowano, nie tylko reguły ujęte KW. To także normy powszechnego prawa zwyczajowego, które tak w zakresie regulowanym, jak nie regulowanym KW, a więc w wymiarze powszechnym normują traktatowy obrót. W zakresie nie normowanym KW, to normy prawa zwyczajowego pozwalają identyfikować – obok umów ustnych we wszelkich ich przejawach - sens i istotę umów milczących, proces ich zawierania, a także – w przypadku ich zawarcia - obowiązek ich wykonywania w dobrej wierze. Został ich fenomen co do podstawowych parametrów scharakteryzowany w niniejszym opracowaniu. Sekwencja zdarzeń w dniach 13/15 kwietnia 2010 roku – konstytuująca milczącą umowę pomiędzy RP i FR, gdy mieć na uwadze decyzje premierów RP i FR, jest przejawem praktycznego posługiwania się nią. Ten akt sięgania po normy powszechnego prawa zwyczajowego przez premiera RP w budowaniu traktatowego porozumienia z premierem FR wyjaśnia, uzasadnia i podkreśla także z całą mocą przesłanie art. 9 Konstytucji stanowiącego, iż „*Rzeczpospolita przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego*”. Ta konstytucyjna zasada włącza wszak w tkankę polskiego porządku prawnego normy powszechnego prawa zwyczajowego co sygnalizują nie tylko opinie doktryny [32]³⁵, lecz i, tak interpretujące art. 9 Konstytucji, orzecznictwo [33].

Zrozumiały zatem z perspektywy prawa międzynarodowego, jak i polskiego porządku prawnego akt zawarcia umowy milczącej nie tłumaczy jednak innej istotnej okoliczności, sygnalizowanej już w pkt. 6.2.1. Nie podjęcie przez premiera, nawet przy pełnej świadomości 'nieobecności' ustawowej klauzuli nakazującej uzyskanie zgody RM na zaciąganie zobowiązań w tej właśnie formie, jakiegokolwiek konsultacji swej decyzji o akredytacji pełnomocnika „państwa rejestracji” z RM, jak i poddania poczynionych ustaleń milczącego porozumienia premierów procesowi ich *faktycznego* zatwierdzenia przez RM. Byłoby to oczywistym i podstawowym refleksem szacunku dla procesu demokratycznej kontroli aktywności premiera bezpośrednio przez RM, a pośrednio - po podaniu do publicznej wiadomości poczynionych przez RM ustaleń – refleksem szacunku dla społecznej kontroli działań władzy wykonawczej. Nie sposób bowiem traktować – w perspektywie upływającego czasu - przywoływanej informacji CIR (kierowanej nie do obywateli RP (*pro publico bono*), lecz jedynie do adwokata, pełnomocnika części rodzin ofiar katastrofy), jak i zdawkowych wyjaśnień

³⁴) Przywołana sekwencja zdarzeń w pełni odpowiada przywołanej z przypisie 54 definicji 'negocjacji'.

³⁵) „Konstytucja dała sędziemu polskiemu dobrą podstawę dla wyedukowania bezpośredniego stosowania prawa zwyczajowego w prawie krajowym, a mianowicie art. 9, który zapewnia, że Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego.”

ministra sprawiedliwości, jako rzeczowego, adekwatnego i profesjonalnego wyjaśnienia podjętych przez premierów RP i FR decyzji i dokonanych uzgodnień.

7.5. Porozumienie premierów a wartość jawności obrotu traktatowego

Refleksja trzecia. Oczekiwanie podania do publicznej wiadomości treści ‘rozmowy’ premierów, jak i odniesienia się do (prawdopodobnych) następstw tejże (*tacit agreement*) przez RM, jest (byłoby) konsekwencją poszanowania szczególnej wartości w obrębie społeczności międzynarodowej, jaką jest - jawność obrotu traktatowego. W przypadku porozumień, umów zawieranych w ‘drodze pisemnej’ znakiem tego jest praktyka ich rejestracji przez strony w Sekretariacie Organizacji Narodów Zjednoczonych i w następstwie tego podawania do publicznej wiadomości ich treści *en bloc*. Spotykana współcześnie ocena marginalnej roli umów ustnych (i milczących) jest (była) także pochodną przekonania, iż to właśnie niezdolność rejestracji umów zawieranych w innej niż pisemna formie tej marginalizacji sprzyja. I odnosząc tę właśnie okoliczność do śladowej praktyki zawierania umów w ustnej formie i mając ją na uwadze, zauważano: „Ta praktyka należy do przeszłej ery, gdy tajna dyplomacja była powszechną.” [8 s.71] Ta konstatacja nie oddala jednak pytania o przesłanki podjęcia decyzji w przedmiocie wybranej podstawy badania katastrofy smoleńskiej, skoro RP związała się konwencją chicagowską i jej Załącznikiem 13 „w sposób „konkludentny, czyli dorozumiany”, a zatem jak należy rozumieć nie tajny. Szczegółowe i wyczerpujące wyjaśnienie przyjętych przez premierów RP i FR rozwiązań sygnalizowałyby też, co oczywiste, zaangażowanie RP w urzeczywistnianie sygnalizowanej wartości.

7.6. Porozumienie premierów - wkład premiera RP, ministra spraw zagranicznych i Rady Ministrów w „ubogacenie” Guinness World Records

Refleksja końcowa - decyzja ‘strony polskiej’ mając na uwadze przedmiot regulacji i okoliczności podjęcia porozumienia z Federacją Rosyjską w sposób zdumiewający „wzbogaca” śladową – tak w przeszłości jak i współcześnie - praktykę zawierania umów milczących. Ogląd materii regulowanych faktycznie lub potencjalnie przez milczące umowy pojawiający się we współczesnych orzeczniczych narracjach, jak sygnalizowano, dotyczy, gdy mieć na uwadze wymiar przedmiotowy regulacji - delimitacji granic w przestrzeniach morskich. Skwitowanie tragicznej katastrofy w której dochodzi do utraty przez suwerenne państwo elity politycznej, opisaną sekwencją zachowań ‘strony polskiej’ w dniach 10-15.04.2010 roku, wyrazem której jest zawarcie *tacit agreement* w przedmiocie sposobu wyjaśniania jej przyczyn, jest (będzie) szczególnym wkładem – premiera RP, ministra spraw zagranicznych RP i RM – w „ubogacenie” przywoływanych, podręcznikami prawa międzynarodowego, jak i *Guinness World Records*, list przykładów traktatowego obrotu w tej właśnie formule.

Literatura cytowana

[1] Konwencja Chicagowska z dnia 7 grudnia 1944 roku o międzynarodowym lotnictwie cywilnym - Dz. U. z 1959 roku, Nr 35 poz. 212 z późniejszymi zmianami.

- [2] A. Kunert-Diallo, M. Żylicz, „Potrzeba zmian w prawie lotniczym (wnioski po katastrofie smoleńskiej)”, Państwo i Prawo, nr 4/2012, s. 15.
- [3] Ch. Lipson, “Why are some international agreements informal?”, International Organization, vol. 45/4/1991, s. 495.
- [4] K. Widdows, “On the Form and Distinctive Nature of International Agreements”, 7 Australian Yearbook of International Law, 1976-1977, s. 114.
- [5] McNair, “The Law of Treaties”, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- [6] konwencja wiedeńska z 23 maja 1969 roku o prawie traktatów - Dz. U. z dnia 2 listopada 1990 r. Nr 74 poz. 439.
- [7] S. E. Nahlik, „Kodeks Prawa Traktatów”, PWN, Warszawa 1976.
- [8] O. Corten, P. Klein, “The Vienna Conventions on the Law of Treaties; A Commentary”, vol. I, Oxford University Press, 2011.
- [9] Wyrok MTS w sprawie ‘terytorialnego i morskiego sporu pomiędzy Nikaraguą i Hondurasem na Morzu Karaibskim’ – ICJ, Judgment of 8 October 2007, s. 659, s. 735 par. 253;
- [10] Wyrok Międzynarodowego Trybunału Prawa Morza z dnia 14 marca 2012 roku w sprawie ‘delimitacji granicy morskiej pomiędzy Bangladesz i Myanmar w zatoce Bengalskiej’ [dalej: wyrok MTPM – 2012/16], zob. s. 39, par. 100;
- [11] V. D. Degan, “Sources of International Law”, Martinus Nijhoff, 1997.
- [12] „Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949, Commentary”, art. 6.
- [13] „Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949, Commentary”, art. 7.
- [14] A. Aust, “Modern Treaty Law and Practice”, Cambridge University Press, 2003.
- [15] 1973 Yearbook of International Law Commission, vol. II; Doc. A/CN.4/271 – “Second report on the question of treaties concluded between States and international organizations or between two or more international organizations, by Mr. Paul Reuter, Special Rapporteur,” s. 81
- [16] Wyrok MTS z 19 grudnia 1978 roku w sprawie ‘szelfu kontynentalnego Morza Egejskiego’, ICJ, Reports 1978
- [17] Wyrok MTPM z dnia 14 marca 2012 roku w sprawie ‘delimitacji granicy morskiej pomiędzy Bangladesz i Myanmar w zatoce Bengalskiej.’
- [18] Wyrok Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej z dnia 3 sierpnia 1932 roku w sprawie ‘statusu prawnego Wschodniej Grenlandii’ - (przywołane w opracowaniu orzeczenia sądów; www.grocjusz.edu.pl – Linki – Orzecznictwo sądów międzynarodowych.;
- [19] „Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór orzecznictwa”, red. P. Daranowski, J. Połatyńska, C.H.Beck, 2011, s. 60-64.
- [20] O. Doors, “Kompendium volkerrechtlicher Rechtsprechung”, Mohr Siebeck Tubingen, 2004, s. 105-108.
- [21] Lauterpacht, “International Law- A Treatise”, 8th ed., 1955.

- [22] J. Klabbers, *“The Concept of Treaty in International Law”*, Martinus Nijhoff 1996
- [23] Regulamin praw i zwyczajów wojny lądowej – IV konwencji haskiej z 18 października 1907 roku - Dz. U. z 1927 roku, Nr 21, poz. 161.
- [24] Wyrok MTS z 10 października 2002 roku w sprawie ‘*granicy lądowej i morskiej pomiędzy Kamerunem a Nigerią*’.
- [25] http://pl.wikipedia.org/wiki/Centrum_Informacyjne_Rz%C4%85du
- [26] <http://www.stefczyk.info/publicystyka/opinie/rogalski-idzie-do-sadu>
- [27] <http://www.rp.pl/artykul/646103.html>
- [28] <http://www.transport.gov.pl/files/0/1793069/ocena-prawnaPKBWLkomisjasejmowa.pdf>
- [29] Dz. U. z 1927 roku, Nr 21, poz. 161.
- [30] ustawa przyjęta dnia 14 kwietnia 2000 roku o umowach międzynarodowych - Dz. U. z 2000 roku, Nr 39, poz. 443.
- [31] [http://pl.wikipedia.org/wiki/Negocjacje_\(prawo\)](http://pl.wikipedia.org/wiki/Negocjacje_(prawo))
- [32] W. Czapliński, A. Wyrozumska, *„Prawo międzynarodowe publiczne, Zagadnienia systemowe”*, 2004, C.H. Beck, wyd. 2.
- [33] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2008 r., III CSK 293/07, OSNC-ZD 2009, nr B, poz. 33.