

KAROL WOLFKE

ZWYCZAJ W WSPÓŁCZESNYM PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM

WROCŁAW 1963

S P I S T R E S C I .

WSTEP	str
1. Cel i zakres pracy.	1
2. Ustalenie ważniejszych terminów.	3
ROZDZIAŁ I. ELEMENTY ZWYCZAJU MIĘDZYNARODOWEGO	
1. Geneza i powstanie punktu 1(b) art. 38 Statutu MTS.	12
2. Krytyka punktu 1(b) art. 38 Statutu MTS.	18
3. Elementy zwyczaju w orzecznictwie STSM i MTS.	21
a. Elementy zwyczaju w procesie ustalania normy zwy- czajowej.	21
b. Elementy zwyczaju w praktyce stosowania już usta- lonych norm zwyczajowych.	32
4. Elementy zwyczaju w dyskusjach Komisji Prawa Międzyna- rodowego.	38
5. Próba interpretacji elementów zwyczaju międzynarodowego	49
ROZDZIAŁ II. POWSTAWANIE ZWYCZAJU MIĘDZYNARODOWEGO	
1. Uwagi wstępne.	59
2. Mechanizm powstawania zwyczaju międzynarodowego.	62
3. Element praktyki w procesie powstawania zwyczaju.	65
4. Element uznania w procesie powstawania zwyczaju.	70

	str.
5. Udział sądów w powstawaniu zwyczajów międzynarodowych.	72
6. Znaczenie innych czynników w powstawaniu zwyczajów.	77
a. Obyczaj międzynarodowy.	77
b. Umowa międzynarodowa.	78
c. Oświadczenia organów państw.	80
d. Poglądy uczonych.	80
e. Prawo wewnętrzne.	82
f. Rola wielkich mocarstw.	83
g. Praktyka organizacji międzynarodowych.	84
7. Przydatność akt sporów przed Trybunałem dla odtworzenia procesu powstawania zwyczajów międzynarodowych.	86

ROZDZIAŁ III. RODZAJE NORM ZWYCZAJOWYCH PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

1. Powszechną normy zwyczajowe.	88
2. Partykularne normy zwyczajowe.	91
3. Inne kryteria podziału norm zwyczajowych.	94
4. Załamanie hierarchii norm zwyczajowych.	97

ROZDZIAŁ IV. NORMY ZWYCZAJOWE A INNE NORMY PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

1. Uszerokowanie norm w art. 38 Statutu Trybunału.	99
2. Rozgraniczenie norm zwyczajowych i traktatowych.	104
3. Potrzeba wyodrębnienia norm pośrednich.	107
4. Normy zwyczajowe a "ogólne zasady prawa uznane przez narody cywilizowane".	115
5. Normy zwyczajowe a uchwały organizacji międzynarodowych.	120

ROZDZIAŁ V. USTALANIE NORM ZWYCZAJOWYCH PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

1. Uwagi wstępne.	122
2. Ustalanie prawa zwyczajowego w świetle Statutu Trybunału	122
3. Praktyka Trybunału.	126
a. Swobodna ocena i ciężar dowodu.	126
b. Ustalanie elementów zwyczaju.	128
c. Dowody ustalonych norm zwyczajowych.	144
4. Środki ustalania prawa zwyczajowego w świetle prac Komisji Prawa Międzynarodowego.	146
5. Wartość niektórych ważniejszych środków ustalania prawa zwyczajowego	148
a. Umowy międzynarodowe.	148
b. Orzecznictwo sądów.	152
c. Ustawodawstwo wewnętrzne	160
d. Korespondencja dyplomatyczna.	163
e. Praktyka organizacji i konferencji międzynarodowych.	165
f. Poglądy pisarzy.	168
6. Zagadnienie hierarchii i kompensacji dowodów.	172

ROZDZIAŁ VI. PODSTAWA MOCY WIAZACEJ NORM ZWYCZAJOWYCH PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

1. Wprowadzenie.	176
2. Niektóre argumenty przemawiające za kryterium domniemanego uznania.	177

	str
3. Krytyka najczęstszych zarzutów przeciwko kryterium domniemanego uznania.	180
KONKLUZJE.	187
A N E K S.	192
PRZYPISY DO WSTĘPU.	195
PRZYPISY DO ROZDZIAŁU I.	201
PRZYPISY DO ROZDZIAŁU II.	230
PRZYPISY DO ROZDZIAŁU III.	247
PRZYPISY DO ROZDZIAŁU IV.	256
PRZYPISY DO ROZDZIAŁU V.	270
PRZYPISY DO ROZDZIAŁU VI.	299
B I B L I O G R A F I A.	305
S K R O T Y.	323

W S T E P

1. Cel i zakres pracy

Problemy zwyczajów w prawie międzynarodowym, jak zresztą zwyczajów w prawie w ogóle, należą do najstarszych i zarazem najtrudniejszych w nauce prawa. Trudność tkwi w nieuchwytności zwyczajów, w wielu różnorodnych czynnikach wchodzących tu w grę, w dużej liczbie przeplatających się w ciągu wieków poglądów i wynikającej stąd wieloznaczności terminów. Wszystko to powoduje, że nadal ten dział prawa międzynarodowego wywołuje najwięcej wątpliwości i sporów.¹ Jak powiedział Hudson, jeden z najlepszych znawców zagadnień związanych z Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości, nawet twórcy Statutu tego Trybunału umieszczając w nim definicję prawa zwyczajowego nie mieli jasnego poglądu na to, czym ono jest.²

W prawie wewnętrznym wielu krajów, w miarę rozbudowywania się nowoczesnego ustawodawstwa, prawo zwyczajowe traci niemal zupełnie swoje znaczenie. Przeciwnie w prawie międzynarodowym. Mimo gwałtownego rozwoju prawa międzynarodowego drogą traktatów, jeszcze wiele dziedzin współżycia między państwami regulowanych jest przez prawo zwyczajowe i, co ważniejsze, stale tworzą się nowe normy tego prawa.

Głoszone w ostatnich latach poglądy, jakoby wobec przyspieszenia się i skomplikowania obrotu międzynarodowego, zwyczajowe prawo międzynarodowe szybko traciło na znaczeniu³, są, jak się zdaje, zbyt pochopne. Prawo zwyczajowe jako najbar-

dziej elastyczne, najlepiej przystosowujące się do zmieniających się warunków i potrzeb, rozwija się i przeobraża wraz z przemianami, jakim ulega całe życie międzynarodowe. Ogromny rozwój kontaktów między państwami, zwłaszcza wskutek mnożenia się organizacji międzynarodowych, stwarza nowe potrzeby norm zwyczajowych ~~międzynarodowych~~, głównie w tych dziedzinach, gdzie zawarcie umowy międzynarodowej jest utrudnione.⁴ Problemy zwyczajowego prawa międzynarodowego są więc w nauce tego prawa nadal jak najbardziej aktualne i zaskakujące na analizę, zważywszy zasadnicze zmiany, jakie ostatnio nastąpiły w strukturze politycznej świata.⁵

Celem tego studium jest zbadanie, jaką koncepcję zwyczaju można uznać za przyjętą w życiu prawnym obecnej społeczności międzynarodowej; a wiadomo, że społeczność ta składa się z przeszło stu dziesięciu państw o zasadniczo różnych ustrojach gospodarczo-społecznych, dziedzictwach kultury i warunkach rozwoju.

Jako obszar badań wybrano powszechnie dziś obowiązujące normy prawa międzynarodowego, tj. przede wszystkim zawarte w Karcie Narodów Zjednoczonych, najbardziej reprezentatywną praktykę, do której należy orzecznictwo dawnego i nowego Trybunału haskiego, oraz najbardziej reprezentatywne poglądy współczesnej nauki, głównie wyrażone w pracach Komisji Prawa Międzynarodowego.

Zrezygnowano natomiast z przedstawienia praktyki i poglądów na zwyczajowe prawo międzynarodowe w rozwoju historycznym.

Wskazać tu można istniejące już na ten temat opracowania Kostersa, Gianniego, a zwłaszcza Mateucci, który zestawia poglądy na zwyczajowe prawo międzynarodowe od czasów najdawniejszych. Z piśmiennictwa ostatnich kilku lat na uwagę zasługują wykłady Guggenheima w Akademii haskiej p.t. "Contribution à l'histoire des sources du droit des Gens."⁶

Pominięto tu także opis powszechnie znanych i wielokrotnie omawianych poglądów dawniejszych przedstawicieli głównych kierunków w nauce prawa międzynarodowego. Nie przytoczono również niemal klasycznych już orzeczeń arbitrażowych i wewnętrznych z ubiegłego stulecia, dotyczących prawa zwyczajowego, tym bardziej, że ich autorytet w obecnej społeczności państw mógłby być kwestionowany.

2. Ustalenie ważniejszych terminów

Przed przystąpieniem do problemów dotyczących zwyczajowego prawa międzynarodowego nieodzowne jest porozumienie się co do znaczenia najczęściej występujących terminów, istnieje bowiem rażąca dowolność, a zwłaszcza niekonsekwencja, w posługiwaniu się nimi nie tylko w nauce, ale i w orzecznictwie.

Słuszny np. wydaje się postulat, aby zrezygnować całkowicie z terminu "źródło prawa międzynarodowego", gdyż jest on do tego stopnia wieloznaczny, że stał się przyczyną poważnych nieporozumień, zwłaszcza w teorii prawa zwyczajowego.⁷

Sam termin "zwyczaj międzynarodowy" używany jest niekiedy nawet przez tego samego autora i w tej samej pracy w różnych

znaczeniach, takich jak kwalifikowane praktyka międzynarodowa lub norma prawa zwyczajowego. Z drugiej strony określenie "zwyczaj międzynarodowy" bardzo często bywa zastąpione terminami "praktyka międzynarodowa" i "usus".⁸

Profesor Kelsen wprost stwierdza, że termin "zwyczaj" jest dwuznaczny, gdyż oznacza, po pierwsze, pewien stan faktyczny tworzący normy, po drugie, normę przez ten stan faktyczny utworzoną, czyli normę zwyczajową.⁹

Poważna niejasność co do znaczenia, w jakim został użyty termin "zwyczaj", tkwi także w redakcji punktu 1 /b/ artykułu 38 Statutu Trybunału¹⁰, który stanowi najbardziej autorytatywnej, bo zamieszczonej w Karcie Naradów Zjednoczonych, definicji normy zwyczajowej prawa międzynarodowego. Wielu uczonych, w to wliczając niektórych członków Doradczego Komitetu Prawników z r. 1920, uważa artykuł 38 Statutu Trybunału za wyliczenie tzw. źródeł formalnych prawa międzynarodowego, wymieniony natomiast w punkcie 1 /b/ zwyczaj - za "źródło prawa zwyczajowego". Ostatnio Fitzmaurice, obecny sędzia Trybunału wyraził pogląd, że punkt ten jest wprawdzie wadliwie zredagowany, jednak "źródło" w nim wymienione - zwyczaj międzynarodowy - stanowi niewątpliwie formalne źródło prawa międzynarodowego.¹¹

Z samego brzmienia natomiast całego artykułu 38 wynika, że punkty 1 /a-c/ dotyczą rodzajów norm prawa międzynarodowego, ponieważ jest niesporne, iż Trybunał stosuje normy do rozstrzygnięcia sporów a nie ich "źródła". W sprawozdaniu De-

radczego Komitetu Prawników wspomina się zresztą wyraźnie o porządku, w jakim "normy mają być stosowane".¹²

Przykładem niekonsekwencji w posługiwaniu się terminologią przez Trybunał może być zastąpienie terminu "praktyka" terminem "usage" /obyczaj/ przy powoływaniu się na punkt 1/b/ artykułu 38 w wyroku z r. 1950 w sporze kolumbijsko-peruwiańskim w sprawie azylu.¹³

Tych parę przykładów, a można by ich przytoczyć bardzo wiele, dostatecznie uzasadniają konieczność wstępnych ustaleń terminologicznych dla potrzeb niniejszej pracy.

Praktyka.- Termin "praktyka" /w języku angielskim: "practice", francuskim: "pratique", niemieckim: "Übung", w rosyjskim: "praktika"/ należy do najbardziej podstawowych a zarazem ogólnych i bliżej nieprecyzowanych terminów używanych w związku z zwyczajowym prawem międzynarodowym. Używa się go także niekiedy w znaczeniu łacińskiego terminu "usus" lub nawet terminu "zwyczaj".¹⁴ Szczególnie w odniesieniu do funkcjonowania sądów, w tym wypadku sądów międzynarodowych, termin "praktyka" ma znaczenie zbliżone do niepisanej zasady proceduralnej.¹⁵

Najczęściej jednak termin ten oznacza pewne zachowanie się, postępowanie lub po prostu następstwo faktów w pewnym okresie czasu. Nie sposób natomiast bliżej określić czyja praktyka, a więc czyje postępowanie, jakie i w stosunku do kogo jest tym terminem objęte. Wszystkie te istotne i nie-

w s t ę p

raz ~~podkreślono~~ wręcz zasadnicze cechy postępowania zwanego "praktyką" zazwyczaj pozostawie się domysłom w oparciu o kontekst, w którym termin ten został użyty.

Wprawdzie do terminu "praktyka" najczęściej dołącza się różne określenia dodatkowe, które w pewnym stopniu wskazują na jedną przynajmniej z cech zachowania się, ale określenia te są zbyt ogólne. Na przykład powszechnie spotykany termin "praktyka państw" wyjaśnia, że mowa o zachowaniu się przypisywanemu państwu. Wątpliwości pozostają jednak nadal, czy dotyczy to postępowania wszystkich organów państwa, czy obejmuje tylko stosunki z innymi państwami itp. Jeszcze więcej trudności sprawia ustalenie znaczenia takich terminów, jak "ogólna praktyka" lub "długotrwała praktyka".

Nasuwą się więc postulaty, by dla uniknięcia nieporozumień posługiwać się terminem "praktyka" tylko w znaczeniu najogólniejszym, jako postępowanie w pewnym okresie czasu wszelkich organów /a nawet osób prywatnych/, które może mieć znaczenie dla prawa międzynarodowego.¹⁶

Termin ten nie obejmuje natomiast działalności opiniodawczej znawców prawa, która pod nazwą "poglądy doktryny" lub "poglądy uczonych" zawsze tradycyjnie była uważana za coś odrębnego.

Precedens. - Z praktyką ściśle związany jest inny podstawowy termin, "precedens" /w języku angielskim i francuskim: "precedent", niemieckim: "Präzeden^t", w rosyjskim: "precedent"/.

Na ogół sądy i uozeni posługują się tym terminem w znaczeniu jednorazowego zdarzenia lub zachowania się, które w przyszłości może mieć znaczenie dla prawa międzynarodowego. Tu trzeba dodać, że każdy tego rodzaju fakt lub zachowanie się staje się precedensem dopiero *ex post*. Np. zawarcie w pewien sposób konkretnego traktatu jest precedensem, czyli przykładem praktyki zawierania takich traktatów dla państw mających zawrzeć podobny traktat w przyszłości.¹⁷

Duża natomiast rozpiętość poglądów istnieje, jakie fakty są objęte pojęciem precedensu w prawie międzynarodowym. Wielu autorów pod wpływem anglo-amerykańskiej praktyki sądowej, która wycisnęła silne piętno na sądownictwie międzynarodowym, przez "precedens" rozumie przede wszystkim orzeczenie sądu, w którym ustalono pewną zasadę prawa, dzięki czemu orzeczenie to, ściślej ustalenie w nim zasady, nabrało właśnie aurytety precedensu dla sędziów rozstrzygających podobne przypadki w przyszłości.

Profesor Hubert daje następującą definicję precedensu:

"Ustalenie jakiejś zasady prawnej przez sąd w wyroku na podstawie istniejącego w praktyce zwyczaju stosowanego przez państwa stanowi precedens i jest niewątpliwie wiążące".¹⁸ Profesor Ross nieco ogólniej pojmuje precedensy. Dla niego są to wcześniejsze orzeczenia sądowe, w których mniej lub bardziej jasno ujawniły się normy.¹⁹ Profesor Ehrlich wprowadzić obejmuje tym terminem także "postąpienia innych organów podmiotów prawa międzynarodowego", lecz jedynie jako "zastosowanie"

wanie do konkretnego wypadku zasady ogólniejszej do takiego wypadku jeszcze nie stosowanej.²⁰ Profesor Reuter zaś wymaga jedynie, aby precedensy pochodziły od organów powołanych do stosowania norm prawnych.²¹ Natomiast bardzo szeroką interpretację tego terminu dał profesor Basdevant. Jego zdaniem, precedensów dostarczają często fakty, a nie abstrakcyjne formuły. Prawnik powinien wydobyć zasadę, która tkwi w konkretnym fakcie stanowiącym precedens.²²

W szerokim znaczeniu, jako przykłady praktyki, używa tego terminu niekiedy Trybunał. W wyroku z r. 1923 w sprawie statku Wimbledon mowa jest o "precedensie Kanału Sueskiego i Panamskiego, co obejmuje zarówno obowiązujące traktaty jak i fakty przepływania okrętów wojennych przez te kanały."²³ W wyroku w sprawie azyłu Trybunał użył tego terminu dla faktów udzielania azylu, które rząd kolumbijski przytoczył na dowód rzekomego zwyczaju regionalnego.²⁴ W opinii doradczej w sprawie skutków przysądzenia odszkodowania przez Trybunał Administracyjny Narodów Zjednoczonych precedensem nazwano postępowanie Zgromadzenia Ligi Narodów.²⁵ W innych zaś wypadkach Trybunał używał tego terminu do orzeczeń sądowych.²⁶

Podobnie jak przy terminie "praktyka", przynajmniej częściowo można uniknąć niejasności przez dodanie bliższych określeń. Mowa jest więc często o "precedensach sądowych" w odróżnieniu od innych precedensów, np. zaczerpniętych z praktyki państw lub organizacji międzynarodowych.

W dalszych rozważaniach termin "precedens" /bez bliższego

określenia/ stosowany będzie tylko w najszerszym znaczeniu, po prostu jako przykład praktyki.

Obyczaj międzynarodowy /usus/.-- Bardzo starym, zapożyczonym jeszcze z prawa rzymskiego terminem występującym w nauce i orzecznictwie w związku z prawem zwyczajowym jest termin "usus" /w języku angielskim: "usage", francuskim: "usage", niemieckim: "Gebrauch", rosyjskim: "obyknowienie"/²⁷. Ponieważ nie ma on jeszcze odpowiednika w języku polskim, można zaproponować nazwę "obyczaj międzynarodowy".

Termin ten bywa używany na oznaczenie praktyki lub zwyczaju międzynarodowego.²⁸ Same pojęcie usus jest zresztą do tego stopnia nieokreślone, że wymaga specyzowania, jeśli ma służyć do rozważań naukowych.

Najczęściej przez "usus" rozumie się kwalifikowaną praktykę, którą cechuje już prawidłowość i ciągłość w stopniu pozwalającym niekiedy domniemywać istnienia nawet pewnego obowiązku postępowania zgodnie z tą praktyką. Nie jest to jednak obowiązek prawny, lecz moralny lub grzeckościowy. Czasem też usus jest po prostu zwykłym nawykiem postępowania w pewien sposób w podobnych okolicznościach.²⁹

Do typowych obyczajów międzynarodowych należą niektóre obyczaje morskie, pewne przywileje udzielane dyplomatom ex gratia, czy choćby zwroty grzeckościowe stosowane w korespondencji dyplomatycznej.

Przyjmując, że obyczaj międzynarodowy jest pewną kwalifikowaną praktyką, nie można go, jak to się najczęściej zdarza mieszać z normami grzesnościowymi, moralnymi itp.. Obyczaj bowiem należy do zjawisk społecznych międzynarodowych, odpowiadające mu zaś normy, do powinności.³⁰

"Zwyczaj międzynarodowy" a "norma zwyczajowa prawa między narodowego."

Termin "zwyczaj międzynarodowy" ("international custom", "coutume internationale", "internationale Gewohnheit", "międzynarodny obyczaj") lub krótko "zwyczaj" stosowany jest w niżejszych rozważaniach na oznaczenie takiej kwalifikowanej praktyki, której towarzyszy już obowiązek prawny zachowania się zgodnie z tą praktyką. Obowiązek ten, który może być w razie potrzeby sformułowany w zdanie powinnościowe, stanowi normę zwyczajową prawa międzynarodowego ("customary rule of international law", "règle coutumière de droit international", "völkerrechtliche Gewohnheitsnorm", "norma międzynarodowego prawa

Ani orzecznictwo, ani nauka nie przywiązuje wagi do odróżnienia zwyczaju od normy zwyczajowej, mimo że odróżnienie to jest ważne.³¹ Zwyczaj bowiem jest tylko warunkiem powstania normy zwyczajowej. Jako faktyczna prawidłowość postępowania w stosunkach międzynarodowych może on tylko istnieć, zmieniać się lub zanikać, nie może natomiast w żadnym razie obowiązywać. Obowiązuje tylko norma zwyczajowa i jedynie ona może np. być podstawą wyrokowania.³²

w s t ę p

Należałoby jeszcze zwrócić uwagę na fakt, do którego ostatnio dużą wagę przywiązuje MacGibbon. Autor ten wskazuje, że każda norma zwyczajowa prawa międzynarodowego może być wyrażona dwojako: w formie uprawnienia i odpowiadającego mu obowiązku. Np. uprawnieniu do swobodnego korzystania z morza otwartego odpowiada obowiązek nie przeszkadzania w wykonywaniu tego uprawnienia.³⁵ Nie wchodząc w szczegółową analizę tego faktu, dla uniknięcia wątpliwości, w niniejszej pracy przyjmuję się, że w grę wchodzi tu jedynie dwa różne sformułowania tej samej normy zwyczajowej, opartej bowiem na tej samej podstawie faktycznej, czyli na tym samym zwyczaju.

Wreszcie termin "zwyczajowe prawo międzynarodowe" ("international customary law", "droit international coutumier", "internationale Gewohnheitsrecht", "obycznoje mezdunarodnoje prawo") lub krócej "prawo zwyczajowe", bez dodatkowych określeń, będzie używany także tylko w najszerszym znaczeniu obejmującym zarówno całość powszechnie przyjętych norm zwyczajowych jak i normy zwyczajowe partykularne obowiązujące kilka, a nawet tylko dwa państwa.

R O Z D Z I A Ł I

ELEMENTY ZWYCZAJU MIĘDZYNARODOWEGO

1. Geneza i powstanie punktu 1(b) artykułu 38 Statutu MTS

Kluczowym a zarazem najbardziej spornym problemem w teorii zwyczaju międzynarodowego jest problem jego elementów, tj. wymogów jakie muszą być spełnione, aby można było uznać istnienie zwyczaju i co za tym idzie, obowiązywanie normy zwyczajowej. Problem ten w nauce prawa międzynarodowego poruszany jest najczęściej przez autorów przy omawianiu tzw. źródeł tego prawa.

W poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie, jakie wymogi dzisiejsze prawo międzynarodowe stawia zwyczajowi, należy przede wszystkim zatrzymać się na artykule 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, jako formalnie przyjętym przez wszystkie państwa wyliczeniem podstaw wyrokowania.² Geneza i interpretacja punktu 1(b) tego artykułu stanowi obecnie podstawę do wszelkiej dyskusji nad problemami zwyczajowego prawa międzynarodowego.

B.I. art.38/1b/

Ujęcie definicji zwyczajów międzynarodowych w Statucie Trybunału poprzedza sięgający czasów prawa rzymskiego rozwój poglądów uczonych i praktyków na prawo zwyczajowe.³ Pierwsze natomiast traktatowe wyliczenie rodzajów norm prawa międzynarodowego, w którym jednak tylko się o zwyczajach wspomina, znajduje się w konwencji dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej z roku 1899. Mowa tam jest o tym, że w wypadkach nie unormowanych tą konwencją ludność i strony wojujące pozostają pod ochroną zasad prawa narodów, które wynikają z "zwyczajów istniejących między narodami cywilizowanymi, z praw ludzkości i z postulatów sumienia publicznego."⁴

W artykule 7 konwencji o trybunale żupów z r.1907, na który powołano się w r.1920 przy tworzeniu statutu Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej, wśród podstaw wyrokowania nie wymieniono jeszcze wyraźnie prawa zwyczajowego. Objęte ono zostało terminem "normy prawa międzynarodowego".⁵

Prawo zwyczajowe zostało wyodrębnione jako podstawa wyrokowania dopiero w Statucie Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej.

Doradczy Komitet Prawników, utworzony przez Radę Ligi Narodów dla opracowania Statutu Trybunału, nawiązał do dzieła obu konferencji haskich i nawet wyraźnie oparł się na dopiero co wspomnianym artykule statutu trybunału żupów. Za materiał pomocniczy służyły także projekty statutu przedłożone przez poszczególne państwa bądź grupy państw.⁶

Podstawą dyskusji nad sprawą, jakie normy przysłał trybunał ma stosować przy rozstrzygnięciu sporów, stał się projekt przewodniczącego, Descamps:

"Sędzia stosuje następujące normy przy rozstrzygnięciu sporów międzynarodowych w wymienionych poniżej kolejności :

1. międzynarodowe prawo umowne, ogólne lub partykularne, jako przejaw norm wyraźnie przyjętych przez państwa,
2. zwyczaj międzynarodowy, jako dowód ogólnej praktyki narodów, przyjętej przez nie za prawo,
3. normy prawa międzynarodowego uznane przez poczucie prawne narodów cywilizowanych,
4. jurysprudenca międzynarodowa /scilicet orzecznictwo i doktryna/ jako środek stosowania i rozwoju prawa. ³⁷

Cennym objaśnieniem do tego projektu jest przemówienie Descamps w Doradczym Komitecie Prawników na temat norm prawnych, jakie mają być stosowane przez Trybunał. Zarówno z tekstu projektu jak i z tego przemówienia wynika, że Descamps daleki był od zajmowania stanowiska woluntarystycznego, gdyż uznawał istnienie obiektywnego prawa i obiektywnej sprawiedliwości oraz wywodził prawo zwyczajowe z poczucia prawnego i potrzeb narodów. Mimo tego jednak, oparł on moc wiążącą prawa zwyczajowe na dwóch elementach: na ogólnej prak-

tyce państw i uznania jej przez te państwa, czyli ich woli. Istnienie czynnika woli w elemencie uznania znajduje swoje potwierdzenie, gdy Descamps przeciwstawił konwencji i zwyczajowi sprawiedliwość obiektywną mówiąc:

"Jedynym pytaniem wymagającym/.../wyjaśnienia jest problem, czy po wymienieniu jako norm prawnych konwencji i zwyczaju, nie należałoby dla uzupełnienia dodać sprawiedliwości obiektywnej..."⁸

Wydaje się bezsporne, że Descamps pod "zwyczajem" miał na myśli prawo zwyczajowe. Nie ma też wątpliwości, że mimo określenia w projekcie zwyczaju jako dowodu praktyki, Descamps w rzeczywistości uważał, iż praktyka tworzy prawo zwyczajowe, a zatem ona jest dowodem tego prawa.

Zestawienie projektu z przemówieniem oraz z zamieszczonym w protokołach Komitetu oficjalnym przekładem tych tekstów na język angielski jest zarazem jeszcze jednym dowodem na to, jak małą wagę przywiązywano do terminologii przy redakcji punktu dotyczącego prawa zwyczajowego. Gdy w projekcie jest mowa o "pratique commune", w przekładzie angielskim użyto po prostu terminu "practice", w przemówieniu zaś Descamps mówi o "règle établie par la pratique constante, générale" /w przekładzie - "a rule established by the continual and general usage"⁹.

W dyskusjach w Doradczym Komitecie Prawników w r. 1920 prawnicy wielkich mocarstw byli za ograniczeniem podstaw wy-

rokowania przyszłego trybunału do norm uznanych przez państwa.¹⁰ Root/Stany Zjednoczone/ miał nawet wątpliwości, czy państwa się zgodzą przyjąć prawo zwyczajowe za jedną z podstaw wyrokowania.¹¹ Lord Phillimore /Wielka Brytania/ wypowiedział się za pierwszą częścią projektu pięciu państw neutralnych, tzn. za rozstrzygnięciem sporów przede wszystkim na podstawie umów, gdy zaś ich brak - na podstawie "uznanych norm prawa międzynarodowego".¹² Był on stanowczo przeciwny wychodzeniu poza uznane prawo.¹³ Ricci-Busatti /Włochy/ natomiast obstawał przy wyraźnym podkreśleniu w punkcie mówiącym o zwyczaju, że praktyka musi być praktyką stron sporu uznaną przez nie za prawo.¹⁴ Uzasadniał on to argumentem, iż zwyczaj, podobnie jak umowa, powinien być wiążący dla stron sporu.¹⁵

Ostatecznie przyjęty przez Komitet projekt postanowienia odpowiadającego obecnemu punktowi 1/b/ artykułu 38 Statutu niewiele się różnił od pierwotnego projektu Barona Descamps. Zwraca jedynie uwagę opuszczenie wymogu, aby praktyka była uznana przez narody w niej uczestniczące /accepte par elles comme loi/, jak proponował Descamps. Usunięto także istniejącą w przekładzie angielskim projektu Descamps rozbieżność z oryginałem francuskim, mimo, że przekład był, jak się zdaje, bardziej logiczny.¹⁵

W protokołach Doradczego Komitetu Prawników brak jest niestety bliższego omówienia zmian wprowadzonych do pierwotnego tekstu punktu o zwyczaju. Komentarz dodany do sprawozdania Komitetu także bynajmniej nie przyczynia się do jednoznaczne-

go ustalenia, jak należy rozumieć ten punkt. Przeciwnie, po-
większa on wątpliwości przez wprowadzenie jeszcze innych termi-
nów.¹⁷

Na podstawie obrad Komitetu stosunkowo niesporne wydaje
się jedynie, że pod "zwyczajem międzynarodowym" twórcy statu-
tu mieli na myśli zwyczajowe normy prawa międzynarodowego
i tylko normy powszechnie uznane, a więc z wyłączeniem norm
partykularnych.

Wydaje się także uzasadnione przypuszczenie, że wywód
uznania praktyki za prawo był przez większość członków Komi-
tetu rozumiany dosłownie, czyli jako wyraz woli państw, a nie
"poczucie" zgodności praktyki z prawem /opinio juris sive
necessitas/.¹⁸ Wskazywałoby na to przeciwstawienie przez
Descampsu prawa umownego i zwyczajowego obiektywnej sprawiedli-
wości oraz fakt, że podstawą ostatecznej redakcji projektu
Statutu Trybunału był kontrprojekt Phillimora i Roota, czyli
członków Komitetu, którzy zdecydowanie byli za ograniczeniem
podstaw wyrokowania Trybunału do norm uznanych przez państwa.¹⁹

Są to jednak tylko przypuszczenia. Ogólnie biorąc bowiem
punkt 2 artykułu 35 ostatecznie uchwalonego przez Komitet
projektu, który bez zmian obowiązuje jako punkt l/b/ arty-
kułu 38 Statutu nowego Trybunału, jest bardzo niejasny a na-
wet niezrozumiały.²⁰ Poza brakiem danych, jak należy rozumieć
wyliczone w tym punkcie wymogi stawiane zwyczajowi, właściwie
nie wiadomo co to w ogóle znaczy "zwyczaj międzynarodowy jako

dowód ogólnej praktyki". Wątpliwości w tym względzie może rozstrzygnąć jedynie interpretacja tego punktu w nauce prawa międzynarodowego, zwłaszcza zaś sposób, w jaki Trybunał sam się opierał na prawie zwyczajowym przy wydawaniu swoich orzeczeń.

2. Krytyka punktu 1/b/ artykułu 38 Statutu MTS

W nauce prawa międzynarodowego ujęcie punktu 1/b/ art. 38 spotkało się na ogół z poważnymi zastrzeżeniami.

Dla przykładu, Anzilotti wręcz pisał:

"Dziwaczne, aby nie powiedzieć więcej, jest sformułowanie ustępu 2 w artykule 38 Statutu Stałego Trybunału/.../ który mówi o prawie zwyczajowym "jako wyrazie ogólnej praktyki przyjętej za prawo", podczas gdy właśnie ogólnie uznana za prawo praktyka tworzy prawo zwyczajowe!"²¹

W Polsce Makowski podobnie skrytykował zawartą w Statucie definicję twierdząc, że "jest to wadliwe sformułowanie, bowiem nie zwyczaj jest dowodem pewnej praktyki, ale powszechna praktyka jest dowodem istnienia zwyczaju".²² Hudson wysunął ten sam zarzut w r.1950 w Komisji Prawa Międzynarodowego.²³ Ostatnio zaś Profesor Schwarzenberger ostrzegł przed błędną redakcją punktu 1/b/.²⁴

Brak zastrzeżeń niektórych autorów też bynajmniej nie świadczy o tym, że przyjmują go w jego dosłownym brzmieniu. Np. Profesor Tunkin, choć wyraźnie opiera się na sformułowa-

niu tego punktu, stwierdza, że praktyka tworzy normę zwyczajową²⁵, z czego wynika też, że praktyka jest jej dowodem. Profesor Ehrlich natomiast, wprowadzając sformułowanie w Statucie bez zastrzeżeń, powołuje się jednak na przykład z orzecznictwa Trybunału, gdzie praktyka służyła za dowód normy zwyczajowej.²⁶

Profesor Charles Visserch próbował bronić tak szeroko krytykowane sformułowanie punktu 1/b/. Jego zdaniem, jest ono wprowadzanie wadliwe, ponieważ z punktu widzenia socjologicznego i historycznego tekst odwrotny odpowiada rzeczywistości, formalnie jednak norma zwyczajowa już raz ustalona zakłada istnienie praktyki, która tej normie służy za podstawę, a zatem normę tę praktykę potwierdza.²⁷

Z argumentem tym można się nawet zgodzić, ponieważ już ustalona norma zwyczajowa nie tylko potwierdza dotychczasową praktykę, ale i legalizuje praktykę późniejszą. Argument ten jednak nie uzasadnia ujęcia punktu 1/b/, które jest wadliwe, choćby dlatego, że narzuca tyle wątpliwości. Poza tym bez względu na to czy praktyka rozumiana jest jako przyczyna, ^{swęgo rodzaju} a zatem i/dowód, prawa zwyczajowego, czy też jako następstwo prawa już istniejącego, celem punktu 1/b/ nie jest przeciw wskazanie co stanowi dowód praktyki, lecz co jest dowodem normy zwyczajowej.

Niezbyt fortunna redakcja punktu 1/b/ oczywiście nie jest dziełem przypadku, ani wynikiem zaniedbania, lecz skutkiem

R.I.

art. 38/1b/

ściierania się sprzecznych tendencji w Doradczym Komitecie Prawników w r.1920, Niektórzy uczeni dopatrują się tu zwłaszcza wpływu szkoły prawa obiektywnego.²⁸

Zarzuty stawiane przez uczonych ujęciu punktu 1/b/ artykułu 38 Statutu Trybunału potwierdzają wnioski, jakie nasunęły się już na podstawie protokołów Doradczego Komitetu Prawników z r.1920. W punkcie tym mowa jest więc w rzeczywistości o normach prawa zwyczajowego, a nie o zwyczaju. Poza tym treść tego punktu powinna być odwrócona, ponieważ nie "zwyczaj" jest dowodem praktyki, lecz, przeciwnie, praktyka dowodem "zwyczaju".

Niewyjaśniona pozostaje jednak nadal sprawa zasadnicza, co oznacza "ogólna praktyka uznana za prawo" oraz, czy i w jakim stopniu te wymogi znalazły swoje odbicie w orzecznictwie Trybunału i w współczesnych poglądach nauki prawa międzynarodowego. Wątpliwości co do tego są tym bardziej uzasadnione, że sami twórcy Statutu nie mieli jasnej koncepcji zwyczaj międzynarodowego.²⁹ Sprensen zaś na podstawie orzecznictwa Stałego Trybunału doszedł do wniosku, że Trybunał w ogóle nie przywiązywał decydującego znaczenia do postanowień punktu 1/b/ artykułu 38 Statutu.³⁰

3. Elementy zwyczaju w orzecznictwie STSM i MTS

Zwyczaj nie był często wymieniany expressis verbis w orzecznictwie Trybunału.³¹ W jego czterdziestoletniej działalności zaledwie dwa razy wyraźnie powołano się w orzeczeniach na punkt 1/b/ artykułu 38 Statutu. Bardzo często natomiast Trybunał przytaczał najrozmaitsze zasady, normy, praktyki, precedensy, tradycje itp., które w większości wypadków, jeżeli nie we wszystkich, stanowią właśnie normy zwyczajowego prawa międzynarodowego.³²

Badając orzecznictwo Trybunału należy odróżnić te przypadki, w których on sam stwierdzał, czy zostały spełnione warunki dla uznania obowiązywania pewnej normy zwyczajowej, od dużo liczniejszych przypadków, gdy Trybunał się jedynie powoływał na już ustalone normy tego rodzaju. Ścisłe rozgraniczenie tych przypadków natrafia jednak niekiedy na trudności, ponieważ Trybunał powołując się na już ustaloną normę, często badał dodatkowe okoliczności przemawiające za lub przeciw obowiązywaniu takiej normy.

a/ Elementy zwyczaju w procesie ustalania normy zwyczajowej.

Spśród przypadków, w których Trybunał sam ustalał istnienie zwyczaju międzynarodowego, najbardziej autorytatywne dla interpretacji elementów wymienionych w artykule 38 powinny być, wydawałoby się, te z nich, gdzie Trybunał wyraźnie powołał się na brzmienie punktu 1/b/ tego artykułu.

Tak jednak bynajmniej nie jest. Okazuje się, że właśnie w tych przypadkach Trybunał opierał się na zwyczaju partykularnym i na wymogach wcale nie przewidzianych w punkcie 1/b/.

Zdarzyło się to po raz pierwszy w wyroku w sporze kolumbijsko-peruwiańskim w sprawie azylu. W wyroku tym, w części dotyczącej dowodu zwyczaju "regionalnego lub lokalnego", Trybunał mówi o praktyce "stałej i jednorodnej". Zamiast zaś "uznania za prawo", badał on aby praktyka była "wyrazem uprawnienia i odpowiadającego mu obowiązku." Trybunał przy tym dodał, że wymóg ten "wynika z treści artykułu 38 Statutu Trybunału, który odnosi się do zwyczaju międzynarodowego jako dowodu ogólnej praktyki uznanej za prawo."³³

W istocie Trybunał nie stawiał ani wymogów wspomnianych w orzeczeniu, ani w punkcie 1/b/ konsekwentnie. Nawet w tym samym wyroku w sprawie azylu, rozpatrując dowody przedstawione przez jedną ze stron na istnienie zwyczaju regionalnego, powrócił on do sformułowania zawartego w punkcie 1/b/.³⁴

W każdym razie jednak, powołanie się na zwyczaj partykularny jest sprzeczne z brzmieniem punktu 1/b/, gdzie mowa jest tylko o praktyce "ogólnej".

Trybunał powtórzył przytoczoną wyżej wykładnię punktu 1/b/, z wyraźnym powołaniem się na nią, w wyroku z r.1952 w sprawie obywateli Stanów Zjednoczonych w Maroku,³⁵ gdzie także w grę wchodził problem istnienia "zwyczaju partykularnego." Jest to

znamienne, zawyższy doniosłe znaczenie, jakie Trybunał przywiązuje do swoich własnych orzeczeń.³⁶ Nasuwa się stąd wniosek, że Trybunał dąży do rozszerzenia dotychczasowego rozumienia punktu 1/b/ artykułu 38 przez pominięcie wymogu, aby praktyka była "ogólna" i uznanie w ten sposób także partykularnych norm zwyczajowych.

W sporze portugalsko-indyjskim o tranzyt Trybunał nie uważał już za potrzebne powoływać się na poprzednie swoje precedensy, ani na artykuł 38, lecz po prostu stwierdził istnienie "zwyczaju lokalnego," przytaczając wymogi sformułowane przez siebie w poprzednich orzeczeniach.³⁷

Poza wymienionymi przypadkami, z których Trybunał wyraźnie powołał się na punkt 1/b/ art. 38, w ogóle jakby unika on terminu "zwyczaj" i "prawo zwyczajowe". Przyczyna tego leży, być może, właśnie w kontrowersyjnym charakterze zwyczajowego prawa międzynarodowego oraz w ogóle^m konsekwentnym wystrzeganiu się przez Trybunał wypowiedzi, które nie są niezbędne przy rozstrzygnięciu danej sprawy.

Orzeczenia, w których ustalone normę zwyczajową bez powoływania się na Statut, a nawet bez użycia terminu "zwyczaj", są dużo liczniejsze.

^m
W jednym z pierwszych tego rodzaju orzeczeń zasługujących na szczególną uwagę należy wyrok z r. 1927 w sporze francusko-tureckim w sprawie statku "Lotus". Trybunał wyraźnie

wiązku" /being conscious of having a duty/ postępowaniu w pewien sposób. Odrzucając argument, jakoby z małej liczby pewnego rodzaju orzeczeń można było wnioskować, że państwa uważały za swój obowiązek zaniechania drogi sądowej, Trybunał stwierdził:

"tylko gdy zaniechanie oparte jest na poczuciu obowiązku takiego zaniechania, możnaby mówić o zwyczajach międzynarodowym".³⁹

Jest to jedyny raz, gdy Trybunał podkreślił wymóg poczucia obowiązku, czyli poczucia prawnego. Wymienienie tego wymogu miało jednak charakter tylko werbalny. W rzeczywistości bowiem Trybunał oparł uzasadnienie tego wyroku na faktach miłozącego uznania państw.⁴⁰

W dołączonych do tego wyroku opiniach odrębnych i indywidualnych także położono nacisk na element woli państw w formie uznania lub zgody na praktykę.⁴¹ Sędzia Loder w opinii indywidualnej stwierdza, że zasada, iż prawo karne państwa nie obowiązuje poza jego terytorium, może zostać uchylona tylko przez konwencję lub "pewien wyjątek powszechnie i choćby miłoząco uznany przez prawo międzynarodowe".⁴² Sędzia Weiss w opinii odrębnej jako wymóg uznania normy zwyczajowej wysuwa consensus omnium.⁴³

Szczególnie wypowiedź sędziego Nyholma na temat elementów prawa zwyczajowego zasługuje tu na przytoczenie. Na podstawie

szeregu definicji, które "mają na celu ustalenie elementów niezbędnych do powstania zwyczaju międzynarodowego", stwierdza on:

"Te różne teorie dają ogólny pogląd na niezbędne warunki istnienia pewnej normy prawa międzynarodowego. Wskazują one na konieczność pewnego działania /"czynności", "woli", "położenia"/ ze strony państw, bez którego norma prawa międzynarodowego nie może być oparta na zwyczaju".⁴⁴

Nyholm wymaga nawet, aby zgoda państw była wyraźna, a nie tylko milcząca.⁴⁵

Opinia doradcza z r. 1927 w sprawie kompetencji Europejskiej Komisji Dunajowej między Gałaczem a Braiką jest dalszym ważnym orzeczeniem z punktu widzenia ustalania prawa zwyczajowego. W opinii tej jako podstawowe wymogi stawiane zwyczajowi /bez użycia terminu "zwyczaj"⁴⁶/ również wymieniono konsekwentną praktykę i milczącą zgodę. W tym wypadku w grę wchodził zwyczaj partykularny, istniejący tylko między członkami Komisji Europejskiej a Rumunią, oparty, jak to Trybunał określił, na sytuacji de facto, czyli na praktyce konsekwentnie stosowanej przez wszystkie zainteresowane państwa. W szczególności praktyka ta polegała na wykonywaniu przez Komisję władzy sądowej na spornym odcinku Dunaju za "milczącym lecz formalnym przyzwoleniem delegata Rumunii."⁴⁷

Zarzuty, jakie wysunął przeciwko tej opinii sędzia ad hoc

R.I. Orzecznictwo

Negulesco, pośrednio potwierdzają, że Trybunał oparł się na milczącym tolerowaniu pewnej praktyki przez Rumunię. Ponadto Trybunał nie podzielił poglądu tego sędziego, aby do zaistnienia zwyczaju potrzebna była praktyka od czasów niepamiętnych oraz wzajemne przekonanie legalności wykonywanej praktyki.⁴⁸

Do zwyczaju można zaliczyć także praktykę ustaloną w opinii doradozej z r.1930 w sprawie Wolnego Miasta Gdańska i Międzynarodowej Organizacji Pracy. Na podstawie decyzji Wysokiego Komisarza tego miasta oraz dwustronnych porozumień między Gdańskiem i Polską Trybunał stwierdził istnienie "dóbrze zrozumianej /czyli uznanej/ praktyki "regulującej stosunki polsko-gdańskie".⁴⁹

Dużo więcej materiału dotyczącego elementów zwyczaju międzynarodowego znajduje się w orzecznictwie nowego Trybunału. Wskazują na to omówione już przypadki powołania się na definicję normy zwyczajowej zamieszczoną w Statucie i dążenie do rozszerzającej interpretacji tej definicji przez dopuszczenie zwyczaju partykularnego.⁵⁰

istnienia/

Przykładem odmowy uznania pewnej normy zwyczajowej z braku spełnienia elementów jest opinia doradca z r.1951 w sprawie zastrzeżeń do konwencji o zapobieganiu i karaniu ludobójstwa. Na podstawie badania praktyki zgłaszania zastrzeżeń do konwencji wielostronnych przez niektórych sygnatariuszy oraz stanowiska zajętego wobec tych zastrzeżeń

przez państwa pozostałe, czyli biorąc pod uwagę wymóg praktyki uznanej za prawo, Trybunał nie przyznał istnienia tzw. zasady absolutnej integralności konwencji.⁵¹

Szeregownie dużo światła na zagadnienie elementów zwyczaju rzuca w nowym orzecznictwie Trybunału wyrok z r. 1951 w sporze brytyjsko-norweskim w sprawie rybołówstwa, mimo, że tu także nie użyto terminu "zwyczaj".

Trybunał w wyroku tym np. nie uznał mocy wiążącej normy określającej maksymalną szerokość zatok na 10 mil, ponieważ praktyka państw była niekonsekwentna i wobec sprzeciwu stosowania tej normy do swoich wybrzeży przez Norwegię, czyli przez stronę sporu.⁵² Trybunał więc tu wyraźnie uwzględnił wymogi przewidziane w punkcie 1/b/ art. 38.

Głównym przedmiotem sporu w tej sprawie było jednak zagadnienie istnienia lub nieistnienia zgodnego z prawem wyjątku na korzyść Norwegii od ogólnych zasad delimitacji morza terytorialnego.⁵³ W tym wypadku Trybunał wyraźnie zrezygnował z warunku, aby praktyka była konsekwentna.⁵⁴ Wymienił natomiast nowe jej cechy: "stałość" i "dostatecznie długie trwanie".⁵⁵ Spełnienie zaś warunku "uznania praktyki za prawo" Trybunał przyjął na podstawie braku sprzeciwu ze strony państw zainteresowanych.⁵⁶

Potwierdzeniem wniosków nasuwających się na podstawie dotychczas omówionych orzeczeń jest także powołanie się Trybunału na zwyczaj międzynarodowy w wyroku z r. 1959 w sporze

R.I. O r z e o z n i o t w o

między Szwajcarią a Stanami Zjednoczonymi w sprawie Interhandel. W wyroku tym Trybunał określił obowiązek wy-
 ozerpania środków dochodzenia roszczeń w prawie wewnętrznym,
 zanim dopuszczalne jest udanie się na forum międzynarodowe,
 jako "normę ogólnie przestrzeganą". Ponadto podkreślił, że
 strona sporu /w tym wypadku Szwajcaria/, wobec której na
 tę normę się powołano, "tej zasady nie kwestionuje."⁵⁷

Praktyka organów organizacji międzynarodowych także dała
 już Trybunałowi okazje do ustalania norm zwyczajowych, które
 możnaby zaliczyć do tworzącego się tzw. wewnętrznego prawa
 zwyczajowego organizacji międzynarodowych.⁵⁸

W opinii doradczej z r. 1956 w sprawie skutków przysądze-
 nia odszkodowania przez Trybunał Administracyjny Narodów
 Zjednoczonych Trybunał wnosi z praktyki przedłużania kontrak-
 tów urzędnikom zatrudnionym w UNESCO na okres wyznaczony, że
 w pewnych wypadkach nie przedłużenie takiego kontraktu może
 dać podstawę do zaskarżenia.⁵⁹ Wchodzi tu więc w grę two-
 rzący się zwyczaj oparty na praktyce miłośco uznanej przez
 organ międzynarodowy za wiążący.

Podobnie w opinii doradczej w sprawie pewnych wydatków
 Narodów Zjednoczonych /Artykuł 17. ust. 2 Karty/ Trybunał
 orzekł, że wstawianie do dorocznej uchwały budżetowej Naro-
 dów Zjednoczonych postanowień dotyczących wydatków związa-
 nych z utrzymaniem międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa
 zostało zalegalizowane przez konsekwentną praktykę Zgromadze-

R.I. O r z e c z n i o t w o

nia Ogólnego, która nie spotkała się z sprzeciwami przy głosowaniu.⁶⁰ Jest to więc także rodzaj zwyczajów.

Tych kilka orzeczeń Trybunału, w których przeprowadzał on w rozmaity sposób dowód istnienia zwyczajowych norm prawa międzynarodowego, wykazały, że Trybunał rzeczywiście nie przywiązywał wagi do samego brzmienia definicji normy zwyczajowej zawartej w Statucie. Nawet w przypadkach wyraźnego powoływania się na tę definicję, Trybunał przestrzegał zawarte w niej wymogi tylko bardzo ogólnie. Można jedynie stwierdzić, że brał on pod uwagę oba elementy, praktykę i uznanie jej za prawo. Nie ma natomiast żadnych podstaw do przypuszczenia, aby Trybunał konsekwentnie wymagał praktyki w pewien szczególny sposób kwalifikowanej. Przeciwnie, nawet jedyny wymieniony w punkcie l/b/ wymóg praktyki ogólnej został pominięty przez wyraźne dopuszczenie zwyczajów partykularnych.

Sposób powoływania się natomiast przez Trybunał na element uznania praktyki za prawo całkowicie jakby potwierdził przypuszczenie, że element ten uważany był za element woli państw, ściślej - element domniemanego przyzwolenia na praktykę i to przede wszystkim państw, wobec których ustalana norma ma być stosowana.

Pewnego wyjaśnienia wymagają tu społadyczne fakty powoływania się przez Trybunał na argumenty słuszności dla uzasadnienia zwyczajowej normy prawa międzynarodowego. Np. w opi-

nii doradozej w sprawie kompetencji Europejskiej Komisji Dunajowej, jako argument przemawiający za posiadaniem przez Komisję kompetencji na odcinku Dunaju do Braiły, Trybunał przyjął także fakt, że skoro Komisja ma za zadanie utrzymanie wolnej żeglugi na "morskim Dunaju", jest nie do pomyslenia, aby jej jurysdykcja miała być przerwana przez jurysdykcję terytorialną Rumunii.⁶¹ W tym wypadku więc Trybunał oparł się na argumencie logicznym.

W wyroku w sprawie rybołówstwa Trybunał oparł słuszność rozszerzeń Norwegii do specjalnego sposobu delimitacji morza terytorialnego także na względach ekonomicznych i ukształtowaniu wybrzeży norweskich.⁶²

Przykłady tego rodzaju nie dotyczą jednak stosowania punktu 1/b/ artykułu 38 Statutu, ani w ogóle zagadnienia elementów zwyczaju międzynarodowego, ponieważ Trybunał powoływał się na argumenty słuszności tylko dodatkowo, niezależnie od wymogów praktyki i uznania jej za prawo. Fakty te wskazują jedynie na praktycznie biorąc nieograniczoną swobodę Trybunału w uwzględnianiu wszelkich okoliczności, które mogą przemawiać za lub przeciwko istnieniu pewnej normy zwyczajowej prawa międzynarodowego.⁶³ Słusznie pisze, obecny sędzia Trybunału, Fitzmaurice, że interes państwa może być motywem lub przyczyną tworzenia się specjalnych uprawnień, jednak podstawą prawną tego rodzaju uprawnień stanowi tylko praktyka uznana drogą przezwolenia przez inne państwa.⁶⁴

b. Elementy zwyczaju w praktyce stosowania już ustalonych norm zwyczajowych.

Przykłady stosowania norm już ustalonych, których mocy wiążącej Trybunał, słusznie lub niesłusznie, już nie sprawdził, są bardzo liczne. Wśród nich należy wymienić przede wszystkim takie, gdy brak jest jakichkolwiek wskazówek na czym Trybunał oparł moc wiążącą zastosowanej normy. Postępowanie takie nie budzi wątpliwości, gdy w grę wchodzi norma tak powszechnia znana i uznana, jak np. zasada wolności morza.⁶⁵ W innych przypadkach brak jakichkolwiek argumentów za przyjęciem pewnej normy za obowiązującą wydaje się mniej oczywiste. W wyroku w sprawie statku "Lotus" Trybunał stwierdził np.:

"Z pewnością prawdą jest, że /.../ statki na pełnym morzu nie podlegają żadnej władzy z wyjątkiem władzy państwa, pod którego banderą pływają".⁶⁶

Podobnie w wyroku z r. 1933 w sporze duńsko-norweskim w sprawie stanowiska prawnego wschodniej Grenlandii:

"Trybunał uważa za bezsporne, że odpowiedź tego rodzaju udzielona przez ministra spraw zagranicznych w imieniu swego rządu /.../ jest wiążąca".⁶⁷

W obu wypadkach należy się oczywiście domyśleć, że w grę wchodzi, jeżeli nie wprost normy zwyczajowe, to w każdym razie pewne logiczne konsekwencje ogólnie uznanych norm tego

rodzaju: w przypadku wyroku w sprawie statku "Lotus" - zwyczajowego prawa morskiego, zaś w wyroku w sprawie wschodniej Grenlandii - domniemanej kompetencji organów państwa. Żadnych jednak wniosków o elementach zwyczaju, na jakich Trybunał się oparł, wyciągnąć się nie da. Co więcej, nie wydaje się, aby to były zasady do tego stopnia ustalone i oczywiste, że wystarczyło je przytoczyć bez uzasadnienia. Np. odnośnie wyroku w sprawie wschodniej Grenlandii z opinii odrębnej sędziego Anzilottiego wynikałoby, iż nie ma precedensów sądowych czy arbitrażowych, ani opracowań potwierdzających przytoczoną zasadę i że jedynie zgodnie z opinią tego sędziego "należy uznać, iż stała i ogólna praktyka państw daje ministrowi spraw zagranicznych upoważnienie do składania obcym przedstawicielom dyplomatycznym oświadczeń dotyczących bieżących spraw."⁶⁸

Niekiedy wprowadzając przy normach stosowanych przez Trybunał znaleźć można różne określenia dodatkowe. Nie mówią one jednak także nic o kryteriach, na jakich Trybunał się oparł. W opinii doradczej z r. 1923 w sprawie wytyczenia granicy polsko-czechosłowackiej /Jaworzyna/ Trybunał oświadczył, że pewna interpretacja "musi być respektowana przez wszystkich, zgodnie z tradycyjną zasadą: ejus est interpretare legem cuius condere".⁶⁹ W opinii doradczej z r. 1925 w sprawie wymiany ludności greckiej i tureckiej powołano się na "oczywistą zasadę, zgodnie z którą państwo przyjmujące na siebie ważne zobowiązanie międzynarodowe powinno poczynić w swoim ustawodawstwie

R.I. o r z e c z n i c t w o

takie zmiany, jakie są konieczne dla zabezpieczenia wykonania przyjętych zobowiązań.⁷⁰ Natomiast w wyroku z r. 1925 w sprawie koncesji Mavromatisa w Jeruzalem mowa jest o "podstawowej zasadzie dotrzymania mależycie zawartych umów i porozumień."⁷¹ Zasadę, że nikt nie może być sędzią w własnej sprawie, określano jako "dobrze znaną normę" w opinii doradozej w sprawie artykułu 2 ust. 2 traktatu lozań-
skiego.⁷² "znanej zasadzie", że dla ustalenia intencji stron można odnieść się do sposobu wykonywania kontraktu, mówi się także w wyroku z r. 1929 w sprawie pożyzek brazy-
lijskich.⁷³ W wyroku z r. 1924 w sprawie koncesji Mavromatisa w Palestynie Trybunał wymienia "podstawową zasadę prawa międzynarodowego, że państwo jest uprawnione do ochrony swoich obywateli, gdy ponieśli oni szkodę na skutek czynności sprzecznych z prawem międzynarodowym, dokonanych przez inne państwo, od którego nie można było uzyskać zadość-
uczynienia w trybie normalnym."⁷⁴

Przytoczone tu przykłady, gdy Trybunał stosował normy bez jakiegokolwiek uzasadnienia ich mocy wiążącej, wskazywałyby, że nie uważał on za stosowne dawać takiego uzasadnienia w przypadku norm mocno i powszechnie, jego zdaniem, ugruntowanych. Ponadto istnieje, zdaje się, uzasadnione przypuszczenie, że, przynajmniej w niektórych przypadkach, Trybunał wolał uniknąć zaklasyfikowania ustalonych norm. Zwłaszcza rozstrzygnięcie problemu, czy dana norma należy do norm zwyczajowych sensu stricto, czy do zasad ogólnych, o których

R.I. o f z e o z n i o t w o

mowa w punkcie 1/o/ artykułu 38, napotkałoby z pewnością na duże trudności, ze względu na bardzo dyskusyjny charakter tych zasad.⁷⁵

Z punktu widzenia badanego tu problemu najważniejsze są, oczywiście, te przypadki stosowania przez Trybunał ustalonych norm prawa międzynarodowego, gdzie są już wyraźne aluzje do elementów zwyczaju, z wymienieniem jednego z nich lub obu, tj. praktyki i uznania jej za prawo.

Element praktyki wymieniony został np. w wyroku merytorycznym w sprawie pewnych interesów niemieckich w polskim Górnym Śląsku, gdzie mowa jest o "odstąpieniu od zasad ogólnie stosowanych w odniesieniu do traktowania obco krajowców."⁷⁶ Podobnie w wyroku w sprawie fabryki ochorzowskiej /żądanie odszkodowawcze-wyrok merytoryczny/: "Podstawowa zasada zawarta w pojęciu czynności niedozwolonej; zasada, która jak wydaje się jest ustalona w praktyce międzynarodowej,"⁷⁷ W wyroku w sprawie cieśniny Korfu Trybunał także powołuje się na zasadę opartą przede wszystkim na praktyce: "Prawdą jest, jak wskazuje praktyka międzynarodowa, że państwo, na którego terytorium lub wodach zdarzył się fakt sprzeczny z prawem międzynarodowym, może być wezwane do udzielenia wyjaśnień."⁷⁸

Na element uznania praktyki za prawo wskazują przypadki, gdy Trybunał używa takich określeń, jak "ogólnie przyjęta w prawie międzynarodowym", "przyjęta zasada prawa" lub

"ogólnie przyjęta zasada."⁷⁹ Np. w wyroku w sprawie cieśniny Korfu Trybunał określił jako "ogólnie uznane" następujące zasady: "elementarne względy ludzkości, zasadę wolności żeglugi oraz obowiązek każdego państwa niedopuszczenia do użytkowania jego terytorium ze jego wiedzą do czynności sprzecznych z prawami innych państw."⁸⁰

Kilkakrotnie wreszcie Trybunał powoływał się na oba elementy zwyczaju, używając jedynie różnych terminów. W wyroku w sprawie statku Wimbledon, który stanowi przypadek pośredni między powołaniem się na normę już ustaloną, a jej ustaleniem, Trybunał wymienił precedensy, zaś jako element uznania za prawo - ogólną opinię oświadczając:

"Precedensy, jakich dostarczają Kanały Sueski i Panamski /.../, stanowią jedynie ilustrację ogólnych poglądów, że jeżeli sztuczna droga wodna łączy dwa morza otwarte jest na stałe oddana do użytku całemu światu, tego rodzaju droga wodna upodabnia się do naturalnej cieśniny w tym sensie, iż nawet przejście okrętu wojennego strony wojującej nie narusza neutralności suwerennego państwa, pod którego jurysdykcją dane wody się znajdują."⁸¹

Podobnie w opinii doradozej dotyczącej orzeczeń Trybunału Administracyjnego Międzynarodowej Organizacji Pracy na żądanie przeciwko UNESCO Trybunał mówi wręcz jako o "ogólnie przyjętej praktyce" o zasadzie, że środki prawne przeciwko orze-

ozeniu są jednakże dostępne dla każdej ze stron.⁸² O ust. 6 artykułu 36 Statutu Trybunału w wyroku w sprawie Nottebohm Trybunał powiedział:

"Ustęp 6 artykułu 36 jedynie przejął w odniesieniu do Trybunału zasadę konsekwentnie przyjętą przez ogólne prawo międzynarodowe w dziedzinie arbitrażu. Od czasu sprawy Alabama jest ona powszechnie uznana zgodnie z wcześniejszymi precedensami..." /tu wymieniono konwencje haskie, w których zasada ta została uznana/.⁸³

Trybunał powołał się także wyraźnie na oba elementy zwyczaju, praktykę i uznanie, w opinii doradczej z r. 1954 w sprawie skutków przysądzenia odszkodowania przez Trybunał Administracyjny Narodów Zjednoczonych:

"Zgodnie z dobrze ustaloną i ogólnie uznaną zasadą prawa, orzeczenie wydane przez tego rodzaju organ sądowniczy stanowi res judicata i ma moc wiążącą między stronami sporu."⁸⁴

Przykłady powoływania się przez Trybunał na ustalone już normy pomijając przypadki, gdy nie ma absolutnie żadnych wskazówek, na jakiego rodzaju normach Trybunał się oparł, potwierdzają naogół wnioski dotyczące elementów zwyczaju międzynarodowego. W orzeczeniach tych więc także wymieniono jedynie bardzo ogólnie i używając różnych określeń dwa elementy: praktykę i jej uznanie. Przykłady te są jednocześnie potwierdzeniem dużego zakresu swobodnej oceny, jaką sobie

Trybunał zastrzega przy stosowaniu prawa w ogóle.

Odrębną kategorię, bardzo liczną, stanowią jeszcze przy padki powoływania się przez Trybunał na normy już ustalone przez siebie w jego własnych wcześniejszych orzeczeniach lub w orzeczeniach innych sądów. Mowa o tym będzie w rozdziale poświęconym ustalaniu norm zwyczajowych.

4. Elementy zwyczaju w dyskusjach Komisji Prawa Międzynarodowego.

Sprawozdania z prac Komisji Prawa Międzynarodowego Narodowego Narodów Zjednoczonych, ze względu na powierzone temu organowi funkcje i dobór jego członków, mają szczególną wartość dla rozważań o prawie zwyczajowym.⁸⁵ Dyskusje zaś na sesjach w latach 1949 i 1950 poświęcone "metodom i środkom najlepszego udostępnienia dowodów zwyczajowego prawa międzynarodowego" przyczyniają się w dużym stopniu do ujawnienia i lepszego zrozumienia panujących w dzisiejszej nauce prawa międzynarodowego rozbieżności poglądów na zwyczaj i jego elementy.⁸⁶

Opracowanie robocze, jako podstawę do dyskusji Komisji, przygotował Hudson. W części poświęconej wymogom, które muszą być spełnione dla istnienia zwyczajowej normy prawa międzynarodowego, Hudson, opierając się na definicji zwyczaju Brierlego, wyliczył cztery elementy. Píše on :

"W poszukiwaniu wreszcie Brierlym /s.62/ ogólnego uznania przez państwa pewnej praktyki za obowiązującą, powstanie zasady lub normy zwyczajowego prawa międzynarodowego, wydaje się, wymaga obecności następujących elementów:

- a/ zgodnej praktyki pewnej liczby państw w odniesieniu do pewnego rodzaju sytuacji należącej do stosunków międzynarodowych,
- b/ trwanie lub powtarzanie się danej praktyki przez znaczny okres czasu,
- c/ przekonanie, że praktyka ta jest wymagana przez obowiązujące prawo międzynarodowe lub z nim zgodna, oraz
- d/ ogólne przyzwolenie na tę praktykę państw pozostałych.

Spełnienie każdego z powyższych elementów musi oczywiście być stwierdzone jako fakt przez kompetentną władzę międzynarodową /international authority/.⁸⁷

Hudson jeszcze dodał:

"Jeżeli nawet to wyliczenie niezbędnych elementów jest niezbyt precyzyjne, może ono tym niemniej służyć jako przewodnik dla ustalenia rodzajów dowodów zwyczajowego prawa międzynarodowego, które powinny być lepiej udostępnione."⁸⁸

R.I.

dyskusja w K.P.M.

Już na pierwszy rzut oka widać, że przyjęte przez Hudsona elementy zwyczaju są bardzo rygorystyczne i nie pokrywają się z wymogami wymienionymi w punkcie 1/b/ artykułu 38 Statutu Trybunału. Z pewnością zbyt pochośnie też Hudson, na uzasadnienie wyliczonych przez siebie punktów, stwierdził, że niemal wszystkie prace na ten temat są zgodne co do przyjęcia tych czterech elementów.⁸⁹

Dyskusja nad ujęciem Hudsona w Komisji rozpoczęła się od ostatniego punktu ^(d) odpowiadającego ogólnie rzecz biorąc, wymogowi uznania praktyki za prawo w artykule 38 Statutu Trybunału.⁹⁰

Przewodniczący obrad, Scelle, zabrał głos jako pierwszy i wyraził pogląd, że sama praktyka nie wystarczy. Wbrew niektórym autorom ~~nie~~ ^{za} sądził on, ~~że~~ ^{że} to pojęcie /idea/zwyczaju ~~zawiera~~ ^{zakłada} ~~w sobie~~ ogólne przyzwolenie /general acquiescence/. Istotne jest, jego zdaniem, opinio juris sive necessitatis.⁹¹

Na pytanie Scella, czy punkty /c/ i /d/ projektu odpowiadają elementowi zwanemu "opinio juris sive necessitatis", Hudson odpowiedział twierdząco. Zwrócił on jednocześnie uwagę, że punkt /d/ nie jest dobrze przełożony na język francuski. Należy go rozumieć w znaczeniu: "être généralement admis sans protestations de la part d'autres Etats."⁹²

Scelle następnie podkreślił duże niebezpieczeństwo mieszania praktyki z zwyczajem. Jako przykład podał pogląd Gug-

genheima⁹³, który przeprowadza analogię między praktyką i zwyczajem. Zdaniem Scella zaś, praktyka powinna uzyskać ogólne uznanie /general acquiescence/, zgodnie z brzmieniem tekstu angielskiego. W odpowiedzi jednemu z dyskutantów wyjaśnił on jednak, że nie wyklucza zwyczaju regionalnego. W tym wypadku konieczne jest uznanie tylko przez daną grupę regionalną.⁹⁴

Gdy Profesor Francois /Holandia/ zwrócił uwagę na rozbieżność w wypowiedziach Hudsona i Scella, Scelle bowiem mówi o przyzwoleniu /acquiescence/, Hudson zaś wymienia tylko brak protestu /absence of protest/, Scelle wyjaśnił, że "skoro przyzwolenie może być milczące, brak protestu wystarczy."⁹⁵

Odmienny pogląd reprezentował Cordova /Meksyk/dowodząc, że konieczne jest uznanie praktyki ze strony wszystkich państw, a nie tylko milcząca zgoda /tacit assent/. Scelle obstawał przy swoim poglądzie, że domniemané ogólne przyzwolenie /implicit general acquiescence/, a więc nie powszechne /universal/, wystarczy.⁹⁶

El-Khoury /Syria/ zgadza się, że brak zastrzeżeń może sprowadzać się do przyzwolenia /acquiescence/. Zapytał jednak, "czy w przypadku nowej praktyki, która nie była stosowana wobec pewnego państwa, brak protestu z jego strony można uznać za domniemané przyzwolenie?" W odpowiedzi Hudson podkreślił, że woli brzmienie punktu /d/ w ję-

zyku angielskim: "acquiescence generally by other states in the practice", aniżeli tekst francuski: "dans la pratique d'autres états", który jego zdaniem jest błędny. Hudson miał bowiem na myśli zgodność opinii potwierdzoną przez przyzwolenie /consensus of opinion proved by acquiescence/.⁹⁷

Na prośbę El-Khoury, Hudson podał, jako przykład normy zwyczajowej utworzonej przez praktykę uznaną przez państwa pozostałe, szelf kontynentalny.⁹⁸

Na pytanie el-Khoury, kiedy można uznać, że pewna zasada uzyskała "ogólne przyzwolenie" /general acquiescence/, Hudson powtórzył raz jeszcze, co jest dla niniejszych rozważań istotne, że "kryterium tym jest brak protestu" /Absence of protest is the criterion/.⁹⁹ El-Khoury nie mógł zgodzić się z tym poglądem. Nie widział on powodu, dla którego państwo miałoby protestować przeciwko porozumieniom /agreements/ które go nie dotyczą. El-Khoury uważał, że punkt /d/ projektu Hudsona jest niepotrzebny.¹⁰⁰

Na tym skończyła się wymiana zdań na temat punktu /d/ projektu Hudsona. Jak widać, rozbieżności poglądów i wątpliwości były, zwłaszcza na początku dyskusji, bardzo liczne. Ostatecznie jednak, jak wydaje się, większość zgodziła się z Hudsonem, że wystarczy aby pewna praktyka została milcząco w sposób domniemany uznana, zaś tego wystarczającym dowodem jest brak protestu. Zgodzono się także, że wprowadzenie przyzwolenie na praktykę musi być ogólne, mogą jednak

istnieć swyzajowe normy regionalne.

Zwrócić należy także uwagę na przemienne używanie określeń takich, jak "przyzwolenie" /acquiescence/, "zgoda" /assent/, "opinio juris sive necessitatis" o wreszcie "brak protestu" /absence of protest/. Jak wynikałoby z przebiegu dyskusji, określenia te uznano ostatecznie za równoważne. Odpowiadają one, ogólnie biorąc, wymogowi "uznania praktyki za prawo" w punkcie 1/b/ artykułu 38.

Pozostałe punkty wyliczone przez Hudsona spotkały się z bardziej zdecydowanymi sprzeciwami.

Punkt /a/ /zgoda praktyka pewnej liczby państw w odniesieniu do pewnego rodzaju sytuacji należącej do stosunków międzynarodowych/ wywołał pytanie Cordova, czy przez pewną liczbę państw Hudson ma na myśli państwa najpotężniejsze, czy też te, które znajdują się w pewnej określonej sytuacji. Cordova był bowiem zdania, że prawo międzynarodowe powstało dzięki państwom o częstszych stosunkach międzynarodowych, a więc przede wszystkim dzięki wielkim mocarstwom. Hudson odpowiedział na to wymijająco, że starał się uniknąć wprowadzenia pojęcia siły. Nie sądzi jednak, aby praktyka jednego państwa mogła wystarczyć do powstania zwyczaj¹⁰¹. Z wyjaśnienia samego sprawozdawcy wynikałoby więc, że wymóg: "pewna liczba państw" oznacza tylko: więcej niż jedno państwo. Innymi słowy, nawiązując do poprzednio omówionego punktu /d/, wystarczy praktyka paru państw, pod warunkiem miłozącego

R.I. dyskusja w K.P.M.

uznania jej przez państwa pozostałe.

W odniesieniu do punktu /b/ /trwanie lub powtarzanie się danej praktyki przez znaczny okres czasu/ Amado /Brasylia/ zwrócił uwagę na nowy pogląd "pewnego uczonego francuskiego", że diuturnitas, wbrew temu co dotychczas sądzono, nie jest ważne i że nawet jeden precedens może wystarczyć do powstania zwyczaju międzynarodowego.¹⁰² Hudson przyznał, że trudno określić co oznacza wymóg: "przez znaczny okres czasu". Był jednak przeciwny zniesieniu tego wymogu, gdyż miał wrażenie, że powtarzanie się praktyki jest niezbędne.¹⁰³ Przy innej okazji mówiąc o szelfie kontynentalnym Hudson podkreślił, że zgodna praktyka datuje się od roku 1942 i że trzeba poczekać jeszcze 25 lat na powstanie normy zwyczajowej.¹⁰⁴ Takie określenie terminu powstania zwyczaju międzynarodowego jest oczywiście całkowicie odosobnionym poglądem Hudsona, nie znajdującym potwierdzenia ani w praktyce międzynarodowej, ani w nauce.

Brierly /Wielka Brytania/ w ogóle nie był przekonany o potrzebie punktu /b/. Istotne jest, jego zdaniem, Opinio juris, czyli wymóg uznania praktyki. Jako przykład przytoczył nagle powstanie opinio juris z chwilą wybuchu wojny światowej w r. 1914 w stosunku do zasady suwerenności w przestrzeni powietrznej, która przedtem miała charakter dyskusyjny. zasadę Należy powstanie opinio wymaga znacznego czasu, są jednak, jak to przyznał Brierly, od tego wyjątki.¹⁰⁵ Pogląd ten po-

dzielał również el-Khoury wymieniająo zasady norymberskie.¹⁰⁶ Sanström /Szwecja/ był zdania, że wymóg opinio_juris_sive_necessitatis jest względny. Szczególne okoliczności, np. wyraźne uznanie przez państwa, może skrócić wymagany okres tworzenia się normy.¹⁰⁷ W drugiej części dyskusji nad projektem sprawozdania Komisji Alfaro jeszcze dodał, że zwyczajowe prawo międzynarodowe stale się rozwija i, jak się wydaje, coraz szybciej, czego przykładem jest prawo żeglugi powietrznej,¹⁰⁸

Ostatecznie więc wymóg długiego trwania praktyki też się nie utrzymał. Przeciwnie, większość członków Komisji zgodziła się z tym, iż zwyczaj międzynarodowy może obecnie powstać bardzo szybko.

Punkt /c/ projektu Hudsona, czyli wymóg aby praktyka była wymagana przez ogólnie obowiązujące /prevailing/ prawo międzynarodowe lub z nim zgodna, spotkał się z silną krytyką członków Komisji Prawa Międzynarodowego.

Amado miał wątpliwości, czy punkt ten zgadza się z wymogiem opinio_juris_sive_necessitatis. Hudson wyjaśnił, że znalazł ten wymóg u wszystkich niemal "autorytetów", z których korzystał.¹⁰⁹ Yepes /Kolumbia/ uważał, że określenie "wymagana" /required/ w tym punkcie nie da się utrzymać.¹¹⁰ Jeżeli zwyczaj ~~musi~~ ma być zgodny z prawem międzynarodowym, to tym samym przestaje być jego źródłem.¹¹¹ Na przykład w odniesieniu do szelfu kontynentalnego zwyczaj był sprzeczny

z obowiązującym prawem międzynarodowym.¹¹² Podobne zastrzeżenie wysunął Amado. Jeżeli określenie "wymagana" oznacza, że musi istnieć prawo poprzedzające zwyczaj, wówczas zwyczaj przestaje być pierwotnym "źródłem prawa." Przewodniczący Scelle też był zdania, iż istnieje sprzeczność między twierdzeniem, że zwyczaj jest podstawą prawa, a wymogiem, aby był zgodny z prawem.¹¹³ Yepes zaś wysunął pogląd, że zwyczaj może odbiegać od prawa międzynarodowego, inaczej bowiem nie miałby racji bytu.¹¹⁴

W odpowiedzi na tę krytykę Hudson zaproponował inne sformułowanie punktu /o/: "Przekonanie, że praktyka nie jest sprzeczna z ogólnie obowiązującym prawem międzynarodowym".¹¹⁵ Jakby na usprawiedliwienie swego projektu jeszcze dodał on, że "autorowie artykułu 38 Statutu Trybunału i artykułu 24 Statutu Komisji Prawa Międzynarodowego nie mieli bardzo jasnego pojęcia o tym, co tworzy zwyczaj międzynarodowy i dlatego właśnie pożyteczne by było ustalenie podstawowych zasad umożliwiających stosowanie postanowień art. 24 Statutu Komisji."¹¹⁶

Także ostatni wymóg zawarty w projekcie Hudsona /bez litery/, aby każdy z elementów wymienionych w punktach /a-d/ był ustalony przez kompetentną władzę międzynarodową /competent international authority/, nie został zaakceptowany przez członków Komisji. Yepes wątpił, czy można powołać się na zwyczaj przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości, jeżeli taki zwyczaj ma być najpierw ustalony jako fakt przed kompetentną władzą międzynarodową. Czy to znaczy, że norma zwy-

ozajowa nie istnieje przed tego rodzaju ustaleniami?" - sapytuje Yapas.¹¹⁷ Hudson odpowiedział, iż jedno państwo nie może samo decydować o istnieniu elementów zwyczaju. Przez kompetentną władzę międzynarodową rozumie on międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości.¹¹⁸ Soelle natomiast uważał, że za taką władzę należy uznać opinię publiczną różnych krajów, potrzebna jest bowiem zgodność opinii /consensus of opinion/ wyrażonych przez władze, które w danym państwie mają moc /power/ tworzenia zwyczajów. Soelle był więc przekonany, że sądy wewnętrzne są na równi kompetentne, gdyż każdy sąd, jego zdaniem, może ustalać istnienie zwyczaju.¹¹⁹

Pogląd przewodniczącego, że członkowie naogół podzielają zapatrywania Hudsona i że wystarczy wprowadzić do projektu drobne zmiany aby zadowolić Komisję, okazał się więc zbyt optymistyczny.¹²⁰ W ciągu dyskusji wobec piętrzących się trudności, kilkakrotnie zwracano uwagę, że zadaniem Komisji jest tylko bardzo ogólne ustalenie tego, co się składa na zwyczajową formę prawa międzynarodowego. Uczestniczący w obradach przedstawiciel Sekretarza Generalnego Narodów Zjednoczonych, Kernon, był w ogóle przeciwny definiowaniu zwyczaju. Potrzebna jest, jego zdaniem, tylko ogólna zgoda na ten temat wyrażona w bardzo ogólnej formie. Sądził on, że osiągnięcie jej już stanowiłoby duży sukces.¹²¹ Amado wprost zaproponował, aby zrezygnować z części projektu zawierającej osobiste poglądy Hudsona, ponieważ trzeba by do niej wprowadzić zmiany, na które trudno będzie uzyskać zgodę.¹²²

Pod naciskiem krytyki Hudson dokonał pewnych, niewielkich zresztą, zmian do przedyskutowanych punktów projektu. W szczególności w p.b/ projektu zrezygnował on z wymogu, aby praktyka tworząca zwyczaj trwała "znaczący okres czasu" i zadowolili się "pewnym okresem czasu"; zaś w punkcie o/ zadowolili się wymogiem, aby praktyka "nie była zakazana przez ogólnie obowiązujące prawo międzynarodowe."¹²³

Poprawki te jednak nie zadowolili Komisji. Brierly w ogóle miał wątpliwości czy jest pożądane, aby Komisja zajmowała się tego rodzaju "kwestiami doktrynalnymi", ze względu na trudności takiego sformułowania, na któreby się wszyscy zgodzili. Cordova zaś uważał wprowadzić definicję zwyczaju za pożyteczną, ale zbyt trudną do zbudowania.¹²⁴ Hudson próbował jeszcze bronić części swojego projektu sprawozdania Komisji mówiącej o elementach zwyczaju. Jako argument wysunął m.in. interes naukowy. I tu jednak nie odniósł sukcesu. Komisja siedmioma głosami przeciwko trzem postanowiła tę część sprawozdania pominąć.¹²⁵

Przedstawiona tu dyskusja na temat elementów zwyczaju międzynarodowego jest niewątpliwie bardzo pouczająca. Pokazuje ona, jak rozbieżne są w rzeczywistości poglądy na ten temat, mimo, że sprawozdawca oparł proponowane przez siebie punkty będące przedmiotem dyskusji na rzekomo zgodnej opinii przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego.

Obrady Komisji pozwalają jednak także na wyciągnięcie pewnych wniosków pozytywnych dotyczących elementów zwyczaju. Wnioski te w dużej mierze pokrywają się z wnioskami, jakie nasunęły się już na podstawie analizy orzecznictwa Trybunału. A więc większość Komisji była zdania, że nie ma podstaw do ścisłego określania wymogu praktyki. W szczególności nie trzeba ani praktyki ogólnej, ani długotrwałej. Naogół zgodzono się bowiem, że zwyczaj może obecnie powstać szybko i na podstawie niekiedy nawet paru zaledwie precedensów. Nie wyklucza się także norm zwyczajowych regionalnych, czyli partykularnych. Element uznania za prawo uznano za element decydujący. Choć rozmaicie określany, dla większości sprowadza się on do milozącego domniemanego przyzwolenia objawiającego się przede wszystkim brakiem protestu przeciwko praktyce. Właśnie w tym znaczeniu niektórzy członkowie Komisji używali terminu "opinio juris sive necessitatis" na określenie elementu uznania.

5. Próba interpretacji elementów zwyczaju międzynarodowego.

Poglądy twórców Statutu Trybunału, zwłaszcza zaś samego Trybunału oraz członków Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ wskazują ponad wszelką wątpliwość, że dzisiejsze prawo międzynarodowe, podobnie jak dotychczasowa tzw. doktryna panująca, dla istnienia zwyczaju międzynarodowego wymaga spełnienia dwóch elementów. Są nimi: element praktyki, zwany elementem materialnym, oraz rozmaicie określany element subiektywny,

R, I.

interpretacja elementów

któremu w Statucie Trybunału odpowiada wymóg uznania praktyki za prawo.¹²⁶ Na tym jednak zgodność poglądów na zwyczajowe prawo międzynarodowe się kończy. Co do szczegółów, to znaczy, jaka ma być ta praktyka i na czym ma polegać element subiektywny, różnice zapatrywań, przynajmniej jeszcze do niedawna, były duże. Dopiero ostatnio, prawdopodobnie m.in. pod wpływem orzecznictwa Trybunału, następuje jakby zbliżenie poglądów na ten temat.

Tak więc w odniesieniu do elementu praktyki można mówić obecnie o tendencji do coraz szerszego pojmowania go przez rezygnację z kazuistycznego określania z góry, jakim cechem praktyka ma odpowiadać. Widać to choćby z wyraźnego pominięcia przez nowy Trybunał jedynego wymogu zawartego w Statucie, aby praktyka była ogólna. W dyskusji członków Komisji Prawa Międzynarodowego z wymogów wysuniętych przez Hudsona, rzekomo zgodnie z panującą opinią, nie utrzymał się w całości ani jeden. Okazało się, że tego rodzaju warunki, jak np. długotrwałość praktyki, udział w niej dużej liczby państw i zgodność jej z obowiązującym prawem są bądź względne, bądź w ogóle niepotrzebne.¹²⁷ Można więc zaryzykować tezę, że nie ma w współczesnym prawie międzynarodowym ściśle z góry określonych warunków, jakim ma odpowiadać praktyka tworząca zwyczaj, poza jednym ogólnym, aby dawała ona dostateczną podstawę do domniemania, że państwa zainteresowane uznają ją za wiążącą. Stwierdzenie natomiast, czy warunek ten został w konkretnym przypadku spełniony, trzeba pozostawić organowi

R.I. interpretacja elementów

ustalającemu istnienie zwyczaju.

Z elementem subiektywnym zwyczaju międzynarodowego sprawa jest bardziej złożona.¹²⁸ O ile bowiem praktyka stanowi, rzeczy można, surowiec zwyczaju, dopiero element uznania nadaje praktyce piętno prawa. Spory więc o element subiektywny wkraczają w dziedzinę odwiecznych sporów o podstawę moralną wiążącej prawa międzynarodowego w ogóle.¹²⁹ Dodatkową przeszkodą w uzgodnieniu poglądów na ten element zwyczaju jest nagminne posługiwanie się różnymi terminami.

Na szczególną tu uwagę zasługuje dotychczas szeroko stosowany termin łaciński "opinio juris sive necessitatis". Nieporozumienia wypływają stąd, że termin ten o określonym w historii nauki prawa znaczeniu używany jest przez niektórych współczesnych autorów w różnych znaczeniach lub odciśnięciach znaczeń.¹³⁰

Wymóg opinio juris sive necessitatis został wprowadzony do współczesnej teorii prawa zwyczajowego przez szkołę historyczną, zwłaszcza przez Puchtę, jako reakcja przeciw ~~ciwko~~ ^{przeciw} woluntarystycznej koncepcji zwyczaju/rzymskiemu ^{przeciw/} tacitus consensus populi i grocjuszowskiej tacita conventio. Szkoła historyczna, która opierała prawo na "duchu narodu" /Volksgeist/ uważała opinio juris sive necessitatis za wymóg, aby praktyka była wyrazem "poczucia prawnego narodu" /Volksüberzeugung/. Natomiast przez doktrynę prawa międzynarodowego pojęcie to zostało przejęte w znaczeniu wymogu, aby

praktyce towarzyszyło poczucie wykonywania obowiązku prawnego lub uprawnienia.¹³¹ Niektórzy uczeni także używają terminu "opinio juris sive necessitatis" w znaczeniu ogólniejszym, jako warunek aby praktyce towarzyszyła świadomość działania zgodnie z ogólnym poczuciem prawnym, z potrzebami społecznymi, z moralnością itp.¹³² W każdym razie interpretacja zwyczaju międzynarodowego w duchu szkoły historycznej / z warunkiem opinio juris sive necessitatis/ jest interpretacją o zabarwieniu naturalistycznym, gdyż zakłada, że praktyka jest tylko przejawem pewnego obowiązku lub uprawnienia już uprzednio istniejącego.

Z krytyką tego wymogu wystąpili w okresie międzywojennym Profesorowie: Kopelmanas, później zwłaszcza Kelsen, a w ład za nim po wojnie Guggenheim.¹³³ Z różnych argumentów wysuwanych przeciwko wymogowi subiektywnemu pojętemu jako poczucie obowiązku lub uprawnienia najpoważniejszy jest zarzut, że praktyka nie musi bynajmniej być wyrazem już istniejącej uprzednio normy lub poczucia prawnego. Przeciwnie, jest ona czynnikiem prawotwórczym, który z czasem prowadzi do zmiany obowiązującego prawa. Co więcej praktyka jest bardzo często wykonywana nie tylko bez poczucia postępowania zgodnie z obowiązującym prawem, lecz nawet z pełną świadomością postępowania wbrew temu prawu. W miarę milczącego jej tolerowania prowadzi ona jednak do powstania nowej normy zwyczajowej.¹³⁴ O spełnienie więc wymogu opinio juris sive necessitatis można mówić przy już istniejącym

zwyczaj, nie zaś w trakcie jego powstawania.

Oczywiście można twierdzić, że pomiędzy przyjęciem pewnej praktyki za prawo, a poczuciem, że dana praktyka jest wykonywana zgodnie z już istniejącym obowiązkiem nie ma właściwie istotnej różnicy. Jedno się sprowadza do drugiego, przy czym jedno i drugie jest subiektywne i trudne do udowodnienia. Takie postawienie sprawy jest jednak zbytnim uproszczeniem prowadzącym do nieporozumień.

Opinio juris sive necessitatis jest pojęciem wyraźnie związanym z uznaniem istnienia jakiegoś prawa obiektywnego, gdzie praktyka nie jest współtwórcą, lecz jedynie przejawem już istniejącego uprawnienia lub obowiązku. Tymczasem Trybunał stosując punkt 1/b/ artykułu 38 zdecydowanie opierał istnienie zwyczaju międzynarodowego na elemencie woli państw, ściśle - na praktyce w sposób milcząco, a więc domniemany, przyjętej przede wszystkim przez strony sporu. Uznanie praktyki tworzy więc nowe formy obowiązujące w każdym razie te państwa, których domniemane uznanie zostało stwierdzone. Do tego samego wniosku doszła, jak się zdaje, większość członków Komisji Prawa Międzynarodowego, gdy za Hudsonem zgodzili się uznać za wystarczający warunek istnienia zwyczajowej normy prawa międzynarodowego milcząco przyzwolenie na praktykę.

Należałoby tu jeszcze dodać, że poczucie prawne, a więc kryterium sugerujące oparcie się na przeżyciach psychologicznych

działających podmiotów, jako subiektywne i praktyczne niesprawdzalne, sprzeczne jest z bezpieczeństwem obrotu w stosunkach międzynarodowych. Jest to przykład niefortunnego przenoszenia kryteriów ze stosunków prywatno-prawnych, gdzie podmiotami są ludzie, do stosunków między państwami. Nawet w prawie wewnętrznym, w miarę możliwości, unika się obecnie tego rodzaju kryteriów. Poczucie prawne państwa czy jego organów to antropomorfizm zbyt daleko idący nie do przyjęcia w dzisiejszych stosunkach międzynarodowych, gdy społeczność międzynarodowa składa się z państw o tak różnych dziedzinach kulturowych i ustrojach.

W stosunkach międzynarodowych decyduje przede wszystkim dające się obiektywnie ustalić działanie i obiektywnie sprawdzalne ustosunkowanie się do tego działania. Jeżeli państwo nie reaguje w sposób jawny przeciwko pewnej praktyce, stwarza to domniemanie, że się ono na tę praktykę zgadza i, co więcej, że nie sprzeciwia się, aby praktyka ta dała początek nowej formie prawa międzynarodowego.¹³⁵

Niewątpliwie, zdecydowane odróżnienie wymogu miłozącego uznania opartego na domniemanej woli państw od wymogu poczucia prawnego nie usuwa trudności związanych z elementem subiektywnym zwyczajów międzynarodowych, choćby dlatego, że zarówno "wola państwa" jak i "poczucie prawne państwa" są pewnymi przenościami. Istnieje jednak duża różnica między wolą a poczuciem prawnym państwa. Podczas gdy poczucie prawne państwa stanowi nieokreślony, a więc niepotrzebny

R.I. interpretacja elementów

element, rzecby można, metafizyczny, tę wola państwa jest czymś bardzo realnym w stosunkach międzynarodowych. Pojęcie to ma już swoje ustalone od wieków znaczenie i posługiwanie się nim nie przedstawia w praktyce specjalnych trudności.

Tendencja zastąpienia wymogu opinio juris sive necessitatis wymogiem domniemanego uznania praktyki przejawia się także w najnowszych pracach uczonych. Np. Fitzmaurice w jednym z swoich artykułów poświęconych orzecznictwu Trybunału podzielił nawet zwyczajowe normy prawa międzynarodowego według roli, jaką w nich odgrywa element uznania.¹³⁶ Na tych poglądach Fitzmaurice oparł się także profesor MacGibbon w artykule z r. 1957 pod tytułem "Customary International Law and Acquiescence". Wprawdzie autor ten ~~przekonuje~~ próbuje jeszcze uzasadnić potrzebę zarówno spełnienia wymogu opinio juris sive necessi- jak i przyzwolenia/acquiescence/, ostatecznie jednak docho- dzi do wniosku, że oba elementy sprowadzają się do jedne- --do zgody/consent/.¹³⁷

Profesor Tunkin w wykładach w Akademii haskiej w r. 1958 poświęconych koegzystencji i prawu międzynarodowemu, także opiera zwyczajowe prawo międzynarodowe na woli państw.

Pisze on:

"Uznanie lub przyjęcie przez państwo pewnej praktyki międzynarodowej za normę prawną oznacza wyrażenie woli państwa; jest to zgoda na traktowanie tej normy zwyczajowej jako normy prawa międzynarodowego, a więc jako normy prawnie wiążącej."¹³⁸

Słusznie przy tym autor ten zwraca uwagę na fakt, że wielu uczonych, którzy odłączają się od koncepcji zwyczaju opartej na woli, jednocześnie przyjmują wymóg uznania, przyzwolenia itp. W tym duchu używa się też niekiedy terminu "Opinio juris sive necessitatis." W większości przypadków termin ten jednak oznacza coś innego - wymóg, aby praktyka była wyrazem już istniejącej normy lub poczucia prawnego. Prowadzi to, jak słusznie wskazuje Profesor Tunkin, do jakiejś normy prawa naturalnego, nie zaś do normy zwyczajowej wyrastającej z praktyki państw.¹³⁹

Profesor Ehrlich w ostatnim wydaniu podręcznika zdecydowanie wypowiada się na rozumieniu elementu subiektywnego zwyczaju międzynarodowego jako domniemanego uznania. Norma zwyczajowa według tego ułożonego obowiązuje dlatego, "że została przez dane państwo przyjęta w sposób domniemany za prawo. Obowiązuje więc dlatego, że w drodze domniemania można stwierdzić, iż państwo się na nią zgodziło i że dlatego je obowiązuje".¹⁴⁰

Także Profesor Bierzanek pisząc o ograniczeniach wolności morza otwartego podkreśla, że "podstawą prawną jakiegokolwiek ograniczenia wolności morza otwartego stanowić może jedynie zgoda państw, wyrażona w umowie lub innym akcie prawnym, bądź też przez milozące przyzwolenie".¹⁴¹

Ostatnio nawet Profesor Guggenheim, który do niedawna w ogóle zaprzeczał potrzebie jakiegokolwiek elementu subiek-

tywnego, w najnowszym artykule na temat zwyczaju lokalnego, jak się zdaje, przyjęła ródzaj elementu uznania.¹⁴²

W orzecznictwie, w Komisji Prawa Międzynarodowego jak i w nauce dużą rolę w tworzeniu się zwyczaju międzynarodowego przyznano obecnie protestowi. Dotyczy to także uczonych, którzy są przeciwni koncepcji prawa zwyczajowego opartej na uznaniu państw.¹⁴³

Czymże jednak jest protest, jeżeli nie najjaskrawszym wyrazem woli państwa, że danej praktyki nie uznaje i że nie chce dopuścić do utworzenia się pewnej normy zwyczajowej? Twierdzenie, że protest przeciwko pewnej praktyce jest dowodem braku świadomości /bądź poczucia/, że dana praktyka jest zgodna z prawnym obowiązkiem lub uprawnieniem, jest co najmniej sztuczne. Państwo protestujące po prostu nie żyje sobie tej praktyki i jej ewentualnych skutków prawnych.¹⁴⁴ Z drugiej strony, nie sprzeciwianie się pewnej praktyce wcale nie musi oznaczać, że państwo daną praktykę uważa za zgodną z dotychczas obowiązującym prawem. Oznacza to tylko tyle, że ono się na nią zgadza i jej skutki przyjmuje. To zaś jest decydujące dla powstania zwyczaju międzynarodowego, a więc i dla obowiązywania normy zwyczajowej.

Z omówionych tu faktów i argumentów nasuwają się następujące wnioski ogólne:

Warunkiem istnienia zwyczaju, czyli obowiązywania normy zwyczajowej, jest istnienie kwalifikowanej praktyki, której jednak nie można z góry bliżej określić. Musi to być w każdym razie taka praktyka, która daje dostateczną podstawę do domniemania, że została uznana ~~zanimowana~~ przez państwa adresatów danej normy.

Element subiektywny określony w punkcie 1/b/ artykułu 38 Statutu Trybunału jako uznanie praktyki za prawo, sprowadza się do milozącego przyzwolenia, tolerowania praktyki przez państwa, których norma zwyczajowa dotyczy.

R O Z D Z I A Ł I Y

POWSTAWANIE ZWYCZAJU MIĘDZYNARODOWEGO

1. Uwagi wstępne.

Znajomość procesu powstawania zwyczaju międzynarodowego jest bardzo ważna dla organu, który ma ustalić czy norma zwyczajowa obowiązuje i w jakim zakresie. Sam proces ten jednak do prawa nie należy. Zwyczaju bowiem nikt świadomie nie tworzy. Powstaje on drogą mniej lub więcej złożonego procesu w świecie zjawisk społecznych międzynarodowych.¹ Pozytywne prawo międzynarodowe /w artykule 38 Statutu Trybunału/ określa jedynie, jakie muszą być spełnione warunki, aby można było uznać obowiązywanie zwyczajowej normy tego prawa. Nie wspomniano natomiast nigdzie o tym, jak i kiedy do spełnienia tych warunków ma dojść.²

naś
Nauka prawa międzynarodowego szeroko rozwdzi się o powsta
em
waniach zwyczajów międzynarodowych. Rozważania te jednak rzad-
ko opierają się na analizie rzeczywistego przebiegu tego

procesu, ponieważ od niedawna dopiero i ciągle jeszcze w niedostatecznym stopniu udostępniane są badaniom dokumenty dotyczące praktyki państw. Od niedawna także zyskuje sobie należyte miejsce w nauce prawa międzynarodowego metoda indukcyjna.³

W niniejszej pracy z konieczności ograniczono się także tylko do pewnych wstępnych ustaleń i hipotez dotyczących powstawania zwyczaju międzynarodowego.

Przede wszystkim należy sobie zdać sprawę z głównych etapów powstawania zwyczaju i związanych z tym procesem pojęćmi. Najwięcej nieporozumień powoduje mieszanie momentu powstania zwyczaju z ustaleniem normy zwyczajowej. Powstanie zwyczaju następuje wówczas, gdy są spełnione wymogi dla tego powstania, tj. gdy pewna praktyka jest już od tego stopnia dojrzała, że daje podstawę do domniemania przyjęcia jej przez państwa za wiążącą. Z tą chwilą powstaje zwyczaj i norma zwyczajowa zaczyna obowiązywać. Natomiast ustalenie normy zwyczajowej następuje z chwilą ustalenia jej treści słownej i ewentualnie także zakresu mocy wiążącej. Powstanie zwyczaju i ustalenie normy są więc różnymi pojęciami i odpowiadają im różne wydarzenia w czasie.⁴

Autrzy są na ogół zgodni z tym, że momentu powstania zwyczaju, a więc początku obowiązywania normy, nie da się uchwycić.⁵ Można właśnie jedynie ustalić, czy w danym momencie norma zwyczajowa obowiązuje, czy nie, bądź na pod-

stawie obserwacji praktyki można wysnuwać pewne przewidywania, czy to powstania pewnego zwyczaju dojdzie. Każda jednak czynna ingerencja w tworzenie się zwyczaju byłaby zbliżeniem się do normy traktatowej lub ^{pośredniej} ~~pośredniej~~ ~~pośredniej~~.

Podczas gdy ustalenie normy zwyczajowej ma na celu określenie jej treści i zakresu mocy wiążącej w pewnym konkretnym okresie, to proces tworzenia się, jak zresztą cały nurt życia międzynarodowego, jest procesem nieprzerwanym.⁶ Nie przerywa go całkowicie ani powstanie zwyczaju, ani ustalenie normy w sposób nawet najbardziej autorytatywny. Nawet kodyfikacja normy zwyczajowej nie przerywa ewolucji zwyczaju drogą narastającej praktyki.⁷ Właśnie ta nieprzerwana ewolucja zwyczajowego prawa międzynarodowego zmusza do częstego ustalania go, lub chociażby sprawdzenia, czy istniejące ustalenia jeszcze odpowiadają rzeczywistości międzynarodowej. Sytuacja sędziego lub też innego organu ustalającego to prawo podobna jest do sytuacji żeglarza na płytkiej nieuregulowanej rezece, jaką w porównaniu z prawem wewnętrznym jest prawo międzynarodowe. Sędzia musi przy rozstrzygnięciu niemal każdej sprawy upewnić się, czy "nurt" tego prawa jest dosyć głęboki dla wydania orzeczenia.

Proces rozwoju zwyczaju międzynarodowego, jeżeli nawet jest nieprzerwany, nie jest jednak oczywiście nieograniczony w czasie. Normy zwyczajowe, jak jak normy traktatowe, powstają i wygasają. Jedynie dokładne stwierdzenie momentów,

w których to się dzieje jest praktycznie niemożliwe. Nie ma to jednak poważniejszych konsekwencji dla praktyki stosowania prawa zwyczajowego. Do rozstrzygnięcia pewnej kwestii prawnej istotne jest bowiem tylko stwierdzenie, czy norma w tzw. krytycznym momencie obowiązywała, nie zaś, w którym momencie zaczęła obowiązywać.

2. Mechanizm powstawania zwyczaju międzynarodowego.

Mimo skąpych jeszcze wiadomości o mechanizmie życia międzynarodowego, w nauce często operuje się uogólnieniami dotyczącymi procesu powstawania zwyczajów międzynarodowych. Najczęściej przeprowadza się analogię z zwyczajami w stosunkach wewnętrznych, czyli w społeczeństwie złożonym z osób fizycznych, co jest bardzo wygodnym, ale dowolnym uproszczeniem. Bardzo znane i sugestywne jest np. obrazowe porównanie procesu tworzenia się zwyczaju do powstającej na trawie ścieżki, gdzie nie sposób stwierdzić, od którego momentu ona istnieje.⁸ Podobne porównanie dał dla prawa wewnętrznego Renard. Porównał on tworzący się zwyczaj do toczącej się kuli śnieżnej.⁹

Typowym przykładem posłużenia się analogią z wewnętrznym prawem zwyczajowym jest opis podany przez Fauchilla. Zdaniem tego autora zwyczaj międzynarodowy tworzy się tak jak wszystkie zwyczaje, to znaczy z powtarzających się czynności w podobnych sytuacjach. Postępowanie takie wskazuje, jego

zdaniem, że odpowiada ono potrzebom, nie ma więc powodu, aby od niego odstępować w przyszłości.¹⁰

Spośród nowszych opisów tworzenia się zwyczajów międzynarodowych, uwzględniających już pełniej specyficzne cechy społeczności złożonej z państw, na szczególną uwagę zasługuje mechanizm przedstawiony przez profesora McDougala w odniesieniu do zwyczajowego prawa morskiego, dla uzasadnienia rzekomej legalności amerykańskich prób atomowych na Pacyfiku. Pomijając wnioski tego autora, mechanizm ten po pewnym uproszczeniu, w swym najogólniejszym zarysie, przedstawiony jest przekonująco.

Profesor McDougal pojmuje prawa morskie nie jako zespół statycznych norm, lecz jako nieprzerwany proces wyważania wzajemnych roszczeń i ustosunkowywania się do tych roszczeń przez kompetentne organy państw. Państwa za pośrednictwem swoich organów wysuwają jednostronnie roszczenia /możnaby tu dodać - drogą faktów zachowania się/, pozostałe zaś oceniają te roszczenia w świetle swoich własnych interesów oraz interesu społeczności międzynarodowej, by ostatecznie przyjąć te roszczenia /drogą milczącego tolerowania/ lub je odrzucić /przede wszystkim drogą protestu/.¹¹ Słusznie też, wydaje się, autor ten przypomina, iż podstawą tworzącej się normy prawa międzynarodowego nie są jednostronne roszczenia, lecz właśnie fakty tolerowania takich roszczeń.¹²

R, II. mechanizm powstawania

Przedstawiony przez McDougala mechanizm powstawania zwyczajowego prawa morskiego, zdaniem np. MacGibbona, stosuje się właściwie do całego zwyczajowego prawa międzynarodowego i pomaga do wyjaśnienia roli miłującego uznania w tym procesie.¹³ Także profesor Bierzanek pozytywnie ocenia poglądy McDougala za zwrócenie uwagi na ewolucyjny charakter norm zwyczajowych. Słusznie natomiast zakwestionował on wnioski tego autora, zwłaszcza dotyczące legalności prób z bombami atomowymi na Pacyfiku.¹⁴ Przedstawiony mechanizm tworzenia się zwyczajów międzynarodowych przemawiałby właśnie przeciwko legalności tych prób, ponieważ nie był, przynajmniej w owym okresie ich przeprowadzania, spełniony wymóg tolerowania tych prób przez państwa pozostałe.

Za przykład zgodnego z tym mechanizmem powstawania nowych norm zwyczajowego prawa międzynarodowego może służyć praktyka wysyłania satelitów w przestrzeń kosmiczną do lotów nad terytoriami innych państw. Fakt, że zarówno Związek Radziecki i Stany Zjednoczone wzajemnie tolerują tę praktykę i nie wysuwają żadnych zastrzeżeń przeciwko takim przelotom nad ich terytorium w celach pokojowych oraz fakt, że pozostałe państwa, które w tej praktyce nie biorą udziału, także dotychczas nie wniosły żadnych sprzeciwów, już pozwala wnosić, że państwa uznają loty takie za nie naruszające ich suwerenność, a nawet, że suwerenność państwa na przestrzeń kosmiczną się nie rozciąga.¹⁵

Przedstawiony mechanizm powstawania zwyczaju międzynarodowego zdaje się jest najbliższy współczesnej rzeczywistości międzynarodowej. Istotnymi elementami w tym mechanizmie jest zachowanie się będące wyrazem pewnych rozstrzeżeń państw oraz tolerowanie tego rodzaju zachowania się przez państwa pozostałe. Można by powiedzieć, że ogólny bilans uzupełniającej się lub znoszącej się praktyki państw i reakcji na nią w pewnej dziedzinie życia międzynarodowego daje obraz obowiązującego w tej dziedzinie prawa zwyczajowego.¹⁶

3. Element praktyki w procesie powstawania zwyczaju.

Przede wszystkim nasuwa się pytanie, czyja praktyka przyczynia się do powstawania zwyczaju międzynarodowego. Oczywiście, skoro mowa o normach wiążących państwa, praktyką tą jest praktyka państw oraz organizacji państw. Wiadomo jednak, że kapitanowie statków prywatnych, rybacy bądź polowicze pereł łowiący na pewnych obszarach morza w własnym imieniu nie są organami państwa ani organizacji międzynarodowej, a jednak ich zachowanie się przyczynia do powstawania zwyczajów międzynarodowych dotyczących morza otwartego, morza terytorialnego, szelfu kontynentalnego itp.¹⁷ Odpowiedź na związane z tym wątpliwości tkwi w samej istocie zwyczaju międzynarodowego. Element praktyki w tworzeniu się zwyczaju jest tylko jakby surowcem, któremu prawny charakter nadaje dopiero element uznania. Dlatego nie jest istotne czyje postępowanie tworzy praktykę, lecz za czyją

praktykę i, co ważniejsze, przez kogo dane zachowanie zostało uznane.¹⁸

Jeszcze w mniejszym stopniu istotny jest rzeczywisty cel działania podmiotu tworzącego praktykę. Rządy państw oczywiście doskonale ^{się} orientują obecnie w konsekwencjach prawnych, jakie ich działanie może wywołać. W szczególności zdają sobie sprawę, że ich działanie może doprowadzić do powstania lub zmiany zwyczaju międzynarodowego. Nie znaczy to jednak bynajmniej, aby ten cel musiał być motywem działania prowadzącego do powstania zwyczaju. W takim wypadku nie libyśmy bowiem do czynienia z wolą czynną uregulowania pewnej dziedziny stosunków międzynarodowych, a więc z tworzeniem normy traktatowej sui generis,¹⁹ nie zaś z praktyką tworzącą zwyczaj. Motywem zachowania się państw jest zazwyczaj zaspokajanie ich własnych lub wspólnych potrzeb wynikających z sytuacji politycznej, gospodarczej itp., a nie tworzenie zwyczajów międzynarodowych.

Wobec wyraźnego uznania zwyczaju partykularnego przez Trybunał i współczesną naukę prawa międzynarodowego, liczba państw uczestniczących w tworzeniu się zwyczaju jest także nieograniczona. Zachowanie się nawet jednego państwa, mileżąco uznane za prawo przez państwo drugie, może prowadzić do powstania normy zwyczajowej obowiązującej między tymi dwoma państwami.²⁰

Obowiązująca w prawie międzynarodowym zasada wzajemności, ściślej - domniemania wzajemności,²¹ z pewnością dotyczy także prawa zwyczajowego, ale nie całego. Nie obejmuje ona bowiem tzw. norm zwyczajowych wyjątkowych, które stanowią rodzaj przywileju jednego lub kilku państw wobec wszystkich państw pozostałych /np. prawo do zatoki historycznej/.²²

Czynnik czasu trwania praktyki był do niedawna jeszcze uważany za zasadniczy w tworzeniu się zwyczaju. Od wieków opinia nauki była zgodna co do tego, że proces ten jest bardzo powolny. Obecnie jednak coraz częściej uczeni przyznają, że zwyczaj międzynarodowy może powstać bardzo szybko.²³

Przyczyna tej zmiany jest oczywista, jeżeli zważyć, że proces powstawania zwyczaju jest najbardziej naturalny, można by powiedzieć, utożsamiający się z nurtem życia międzynarodowego, wraz z którym się zmienia i rozwija. Gwałtowne przyspieszenie się rytmu życia międzynarodowego musiało więc także przyspieszyć tworzenie się zwyczajów. Innego okresu potrzeba było dla stwierdzenia pewnej prawidłowości zachowania się i reakcji na to zachowanie się państw np. w odniesieniu do prawa nieszkodliwego przepływu, gdy z tego przepływu korzystał jeden statek na tydzień, innego zaś, gdy przepływa ich setki a nawet tysiące dziennie. Obecnie zachowanie się państw i stosunek do tego zachowania pozostałych podmiotów mogą w wielu dziedzinach zostać jednoznacznie określone w ciągu może nawet jednego dnia, gdy

za czasów Vattela to samo mogło wymagać długich lat. Biorąc przykład konkretny, zasada dotycząca suwerenności w przestrzeni powietrznej państwa powstała spontanicznie z chwili wybuchu pierwszej wojny światowej.²⁴ Nie trzeba było także czekać długo, aby ustaliło się przekonanie w społeczności międzynarodowej, że suwerenność państwa nie rozciąga się na przestrzeń kosmiczną,²⁵

Element praktyki może obecnie być spełniony nie tylko szybciej, ale potrzeba tej praktyki także ilościowo znacznie mniej niż dawniej. Gdy zakres informacji o życiu międzynarodowym i środki łączności były bardzo prymitywne, trzeba było nie tylko długiej praktyki, ale i wielu jej jaskrawych przejawów, aby mogło powstać uzasadnione domniemanie, że praktyka ta jest państwom zainteresowanym znana i przez nie uznana. Dziś sytuacja jest zupełnie inna, gdyż praktycznie biorąc każde wydarzenie o znaczeniu międzynarodowym jest powszechnie znane. Można też natychmiast podać do wiadomości całemu światu, że nie ma się zamiaru tego faktu lub zachowania się tolerować. Wyjaśnia to, dlaczego nie wykluczone jest powstanie zwyczajowej normy nawet na podstawie zaledwie paru precedensów.²⁶ Nie trzeba było wielu wybuchów jądrowych na Pacyfiku, aby wywołać protesty i tym samym, przynajmniej na pewien czas, zapobiec zalegalizowaniu się tego rodzaju prób na morzu otwartym.²⁷ Nie trzeba było także wielu lotów kosmicznych wokół ziemi, aby powstało domniemanie, że państwa nie mają nic przeciwko

temu, aby loty takie dla celów pokojowych odbywały się nad ich terytorium.

Wymóg praktyki nieprzerwanej, konsekwentnej i ciągłej też nie da się utrzymać jako wymóg ogólny. Wszystko zależy od konkretnych okoliczności. Oczywiście, najczęstszej przerwy w praktyce i jej niekonsekwencje powodują, że do powstania zwyczaju nie dochodzi. Nie znaczy to jednak, aby każda niekonsekwencja, każda przerwa pociągała za sobą takie skutki. Przeciwnie nawrót po przerwie do tej samej praktyki może być niekiedy właśnie dowodem siły prawidłowości w postępowaniu państw, bynajmniej nie przerywającej procesu powstawania zwyczaju.²⁸

W nauce do niedawna dyskutowano problem, czy praktyka, na której opiera się zwyczaj może polegać na zaniechaniu. Początek tej dyskusji dał wyrok w sprawie statku "Lotus", w którym uznano taką możliwość, pod warunkiem, że towarzyszy temu zaniechaniu "poczucie obowiązku zaniechania".²⁹ Sędzia Altamira w opinii odrębnej do tego wyroku sprzeciwił się takiemu poglądkowi twierdząc, że zwyczaj powinien być z natury swej pozytywny, norma zaś zwyczajowa poparta konkretnymi pozytywnymi faktami.³⁰

Wśród uczonych zdania były jednak podzielone. Gianni i Strupp wymagali faktów pozytywnych, natomiast większość z Seferiadesem, Soellem, Kelsenem, Rousseau i Sørensenem uznaje możliwość powstania zwyczaju w wyniku zaniechania.³¹

Profesor Sørensen wskazał na względny charakter pojęcia zaniechania. Jego zdaniem jest bowiem ono często wynikiem decyzji lub czynności pozytywnej, np. decyzji władzy administracyjnej danego państwa. Rola zaniechania zależy zresztą od rodzaju tworzącego się zwyczaju. Zaniechanie w granicach swobody działania państwa nie może, zdaniem tego autora, mieć znaczenia dla tworzenia się nowego zwyczaju. Natomiast decydujące znaczenie ma zaniechanie w przypadku tworzenia się zwyczaju znoszącego lub zmieniającego istniejącą normę traktatową lub zwyczajową. Właśnie zaniechanie wykonywania, za zgodą pozostałych państw, postanowień pewnej normy prowadzi do jej zniesienia.³² Krótko możnaby powiedzieć, że nie ma powodu wykluczać zaniechania jako czynnika praktyki prowadzącego do powstania zwyczaju międzynarodowego. Wszystko zależy od okoliczności, tj. od tego, na czym dane zaniechanie polega i do jakiej sytuacji prawnej się odnosi.

4. Element uznania w procesie powstawania zwyczaju.

Najwięcej nieporozumień dotyczących elementu uznania wynika z nieodróżniania w tworzeniu się zwyczaju stadium prawnego i przedprawnego. Twierdzenie, że tylko praktyka, której towarzyszy poczucie obowiązku lub uprawnienia, a więc i uznanie jej już za prawo i prowadzi do zwyczaju, jest oczywistym nieporozumieniem. Gdy pewna praktyka jest uznana za prawo, mamy już do czynienia z istniejącym zwyczajem,

a za tym, z obowiązującą normą zwyczajową. Natomiast tworzenie się zwyczaju przypada na stadium z przed uznania pewnej praktyki za prawo, choć oczywiście ewolucja zwyczaju na momencie jego powstania się nie zatrzymuje.

W jaki sposób dochodzi do uznania praktyki za prawo?

Jak już wyżej wskazano, orzecznictwo Trybunału i większość uczonych zgadza się z tym, że element uznania zostaje spełniony nieloząco w sposób tylko domniemany.³³ W tym właśnie tkwi nieuchwytność momentu powstania zwyczaju. Skoro uznanie się tylko domniemywa, trudno mówić o tym, jak ono dochodzi do skutku. W każdym razie można stwierdzić, że z tych samych powodów co przy praktyce, uzasadnione domniemanie uznania może powstać obecnie znacznie szybciej niż dawniej. Wobec tego, że bieżąca praktyka międzynarodowa jest wszystkim państwom zainteresowanym coraz lepiej i niemal natychmiast znana, brak zastrzeżeń przeciwko niej coraz bardziej przemawia za tym, że państwa nie tylko nie uważają danej praktyki za niesprzeczną z ich interesami i z prawem międzynarodowym, ale także, iż nie sprzeciwiają się one, aby tą drogą nabyto nowe uprawnienia czyli aby powstała norma zwyczajowa. Domniemanie także coraz bardziej wystaroza jako element uznania, wobec rozpowszechnienia się znajomości prawa międzynarodowego, a więc skutków tolerowania nowej praktyki. Rządy wiedzą, że tolerowanie praktyki prowadzi do jej zalegalizowania, do powstania nowej normy zwyczajowej, stąd coraz większa ich czujność. Wydarzenia między-

narodowe są śledzone i każdy niepożądany dla danego państwa fakt spotyka się z natychmiastową reakcją w obawie przed skutkami milczenia, czyli powstania precedensu prowadzącego do zwyczaju.³⁴

5. Udział sądów w powstawaniu zwyczajów międzynarodowych.

Formalnie biorąc rola sądów ogranicza się do ustalenia i stosowania prawa w sposób wiążący tylko strony w danej sprawie. Nie ma mowy o żadnej kompetencji legislacyjnej ex officio, ani o ustalaniu przez sądy norm zwyczajowych w sposób wiążący dla państw nie będących stronami danego sporu.³⁵ Zważywszy jednak, że powstawanie zwyczajów międzynarodowych odbywa się żywiołowo, nie jest ważne, jaką funkcję sądy pełnią na mocy swego statutu, lecz jaką pełnią faktycznie. Faktyczny zaś udział w rozwoju prawa międzynarodowego jest bezspornie duży.

Dla ustalenia podstawy wyrokowania sąd zbiera i ocenia wszystkie dostępne fakty i okoliczności, które mogą przemawiać za istnieniem (lub przeciwko) pewnej normy zwyczajowej. Materiał taki jest rzadko jednak pełny i jednoznaczny. Decyzja sądu co do obowiązywania pewnej normy jest często wyborem mniej wątpliwej alternatywy. Innymi słowy, na ustalenie pewnej normy zwyczajowej składa się poza materiałem dowodowym większa lub mniejsza swobodna ocena sądu. Truizmem więc jest twierdzenie, że każdy sąd ustalając normę zwycza-

jową musi ją w pewnym stopniu sam tworzyć.³⁶

Ale i samo stosowanie już ustalonych prawa nie jest w istocie niczym innym jak tworzeniem normy szczegółowej w oparciu o normy ogólniejsze dla rozstrzygnięcia konkretnego przypadku. W samej decyzji sądu, że dana norma stosuje się do rozstrzygnięcia danego przypadku, tkwi element prawotwórczy.³⁷

Oczywiście, w systemie prawa wewnętrznego o rozbudowanym nowoczesnym ustawodawstwie ta rola sądu jest stosunkowo nie duża. Inaczej w prawie międzynarodowym, którego wiele dzisłów unormowanych jest jeszcze tylko fragmentarycznie. Tu rzeczywisty udział sądu w tworzeniu norm jest z konieczności niepomiarnie większym

Niewątpliwie też sam fakt przeprowadzania przez sądy międzynarodowe badań praktyki wywiera pewien wpływ, na zasadzie inercji, na dalszy proces dojrzewania lub wygaśnięcia pewnego ^{go zwyczaju} ~~normy~~. W zależności od konkretnego przypadku, stwierdzenie przez sąd, że brak jest jeszcze wystarczających dowodów przemawiających za istnieniem pewnej normy, może na dłuższy czas sparaliżować dalszy rozwój praktyki i jej uznanie. Natomiast zwrócenie uwagi na rozwijającą się praktykę może przyspieszyć powstanie zwyczaju.

Sądy uczestniczą w tworzeniu się prawa międzynarodowego przede wszystkim za pośrednictwem swoich orzeczeń.³⁸ Autorytet jakim cieszą się precedensy sądowe, zwłaszcza Trybu-

nału, jest ogromny. Można mówić niemal o fetyszysacji precedensu w prawie międzynarodowym. Przyczynia się do tego zwłaszcza świadoma działalność Trybunału, który konsekwentnie opiera się na swoich własnych orzeczeniach. Za nim na orzeczenia te powołują się obecnie wszyscy, zarówno praktycy jak i uczeni, niemal jak na gotowe normy prawa międzynarodowego.

Znaczenie natomiast precedensów sądów wewnętrznych, np. w świetle praktyki Trybunału, jest mniejsze. Trudno jednak generalizować. Dużo zależy od autorytetu, jaki sobie dany sąd wyrobił w świecie. Nie bez powodu też coraz większy nacisk kładzie się na publikowanie możliwie wszystkich orzeczeń sądów wewnętrznych dotyczących prawa międzynarodowego. Bardzo często strony sporu jak i sam Trybunał oraz uczeni powołują się na orzeczenia wewnętrzne. Przyczyna leży w tym, że orzeczenia te stanowią przejaw uznania praktyki ze strony państwa, którego dany sąd jest organem. Nie można więc i sądom wewnętrznym odmówić pewnego udziału w rozwoju zwyczajowego prawa międzynarodowego. 139 40

Czy jednak udział sądów /zwłaszcza międzynarodowych/ w powstawaniu norm zwyczajowych jest tylko faktyczny?

Zważywszy powszechne powoływanie się na orzeczenia, nie tylko przez same sądy i przez państwa, ale także przez np. Komisję Prawa Międzynarodowego przy kodyfikacji prawa zwyczajowego, nawet najostrożniejszy pozytywista musi przyznać,

że udział sądów w tworzeniu tego prawa został już nieloząco uznany przez całą społeczność międzynarodową.^{MM 39} Można by krótko powiedzieć, że kto zgadza się na sąd, ten musi z konieczności zgodzić się na choćby minimalny jego udział w tworzeniu norm.

Zupełnie innym natomiast zagadnieniem jest zakres, w jakim ten udział przyznaje się sądom w prawie międzynarodowym. Rozpiętość poglądów na ten temat jest duża. Widoczne to już było w obradach Doradczego Komitetu Prawników w r. 1920, gdzie niektórzy członkowie uważali działalność sądów za trzeci obok traktatów i zwyczajów rodzaj "źródeł" prawa międzynarodowego /w znaczeniu czynnika prawotwórczego/. Inni zaś chcieli ograniczyć rolę Trybunału wyłącznie do stosowania prawa pozytywnego. Ostatecznie zgodzono się uznać orzeczenia sądowe za pomocniczy środek ustalania norm prawnych /art. 38, p. 1d/, co wprowadziło tylko pośrednio, także zawiera w sobie uznanie wpływu Trybunału na tworzenie prawa.⁴¹

Zważywszy obecną konstelację polityczną w świecie, wydaje się, że słuszność przemawia za ograniczeniem udziału Trybunału w tworzeniu norm prawa międzynarodowego do niezbędnego minimum. Jeżeli bowiem można przyjąć, że państwa pogodziły się już z koniecznością przyznania Trybunałowi pewnego zakresu takiej kompetencji, to jednocześnie, co właśnie jest pewnego rodzaju potwierdzeniem tego faktu, odciągają się bardzo w oddawaniu swoich sporów temu organowi sprawiedliwo-

ści międzynarodowej. Przyczyna zaś tej niechęci leży m.in. także właśnie w obawie, że Trybunał nadużyje swojej swobodnej oceny i oprze się na normach, które nie są jeszcze /lub już/ uznawane za prawo.⁴²

Z pewnością zmniejszającą się ostatnio liczbą deklaracji o przyjęciu przymusowej kompetencji i praktyką dołączania do tych deklaracji zastrzeżeń praktycznie wykluczających tę kompetencję ma swoje źródło w przyczynach od Trybunału niezależnych. W takiej sytuacji ostrożność w stosowaniu prawa jest jednak tym bardziej uzasadniona. Uczeni coraz częściej podkreślają, że swobodna ocena Trybunału w stosowaniu prawa powinna ograniczać się do absolutnego minimum: celem znalezienia podstawy wyrokowania; tu należałoby jeszcze dodać - wyłącznie w granicach domniemano uznania danej normy przez państwa zainteresowane.⁴³

Wątpliwość może budzić jeszcze pytanie, czy normy, w których tworzeniu, choć pośrednio, uczestniczą sądy, można w ogóle zaliczyć do prawa zwyczajowego. Wydaje się, że tak. Skoro Trybunał, ani tym bardziej żaden inny sąd, nie posiada formalnie kompetencji legiślacyjnych, nie ma mowy o uznaniu w prawie międzynarodowym odrębnych norm tworzonych przez sądy. Zważywszy też, że w tworzeniu się zwyczajów międzynarodowych nie jest istotne, czyje działanie służy za praktykę prowadzącą do zwyczaju, lecz przez kogo jest dane działanie uznane, nie ma przeszkód w traktowaniu orzecni-

otwa sądów za pewną odmianę praktyki międzynarodowej, w której tkwi już także częściowo uznanie jej za prawo, a mianowicie przez strony.⁴⁴

6. Znaczenie innych czynników w powstawaniu zwyczaju.

Z pewnością nie da się wymienić niezliczonych i najrozmaitszych czynników, które jeszcze mogą przyczynić się do powstania zwyczajów międzynarodowych. Kilka jednak, które szczególnie silnie związane są z prawem zwyczajowym, zasługuje na choćby krótkie omówienie.

a/ Obyczaj międzynarodowy

Obyczaj międzynarodowy⁴⁵ choć sam do prawa nie należy, jest z nim związany jak najściślej. Jest on bowiem rodzajem kwalifikowanej praktyki uznanej przez państwa, jednak nie za prawo- lecz za wyraz norm innego rodzaju /norm kurtuazyjnych, mofalności międzynarodowej, etykiety itp./

Nauka zna wypadki, gdy z czasem obyczaj stawał się zwyczajem międzynarodowym. Nie ma jednak podstaw do traktowania obyczaju wyłącznie jako jednego z etapów tworzenia się zwyczaju. Może on bowiem stanowić i najczęściej stanowi dojrzałą, wysoko kwalifikowaną praktykę międzynarodową sui generis. Obyczaj międzynarodowy nie musi być więc praktyką mniej ugruntowaną, krótszą w porównaniu z zwyczajem międzynarodowym. Przeciwnie, obyczaje są przeważnie bardzo stare

i, co więcej, ściśle przestrzegane.⁴⁶

Przeprowadzenie rozgraniczenia między obyczajem a zwyczajem jest często bardzo trudne. Jest ono możliwe właściwie dopiero przy okazji konfliktu, gdy w grę wchodzi sprawa odpowiedzialności i sankcji, czyli, gdy powołany do tego przez strony organ musi orzec, czy naruszenie pewnej praktyki stanowi złamanie prawa i pociąga za sobą odpowiedzialność /wówczas mamy do czynienia z zwyczajem/, czy też doszło jedynie do naruszenia praktyki wykonywanej ex gratia, która nie daje podstawy do roszczenia /czyli obyczaju/.⁴⁷ Np. obyczaj stosowania pewnych form w korespondencji dyplomatycznej prawdopodobnie nigdy nie stanie się normą zwyczajową. Natomiast niektóre przywileje czasami przyznawane dyplomatom z kurtuazji /np. dotyczące zwolnień z niektórych podatków/ nasuwają wątpliwości, czy stanowią one nadal tylko dobrowolne ustępstwo ze strony państwa przyjmującego, czy też nabrały już mocy wiążącej normy zwyczajowej. Przywilej stałej rezydencji przedstawicieli dyplomatycznych oparty niegdyś na grzeczności obecnie należy do prawa dyplomatycznego.⁴⁸

b. umowa międzynarodowa

To, że traktaty mogą stanowić i stanowiły często bardzo ważny czynnik w rozwoju zwyczajowego prawa międzynarodowego, jest już dziś truizmem.⁴⁹ Jako konkretne uregulo-

R.IV. inne czynniki

wanie pewnego wycinka życia międzynarodowego umowa jest precedensem, czyli elementem praktyki. Będąc zaś wyrazem woli stron, umowa jednocześnie stanowi element uznania tego wszystkiego, co znajduje się w jej treści.

Umowa nie może jednak nigdy sama przez się prowadzić do powstania zwyczaju międzynarodowego, ponieważ w prawie międzynarodowym nadal w pełni obowiązuje zasada pacta terti
neo nocetⁿ/_{nec} prosunt.⁵⁰ Umowa może natomiast rozciągnąć swoją moc wiążącą na inne podmioty prawa międzynarodowego, jeżeli ich zachowanie się, czyli praktyka, daje podstawę do domniemania, że przyjmują postanowienia danej umowy za wiążące także wobec siebie. Będzie to więc rodzaj akcesji drogą zwyczaju. Jest to najczęstszy sposób rozwijania się umowy w zwyczaj.

Np. jak stwierdził przewodniczący Komisji Prawa Międzynarodowego w r. 1961, profesor Tunkin, zasady Karty Narodów Zjednoczonych wiążą państwa nie będące członkami jako prawo zwyczajowe.⁵¹ Tu jednak można powiedzieć, że główne zasady zawarte w Karcie są przynajmniej w części starymi zasadami zwyczajowymi, które zostały w niej jedynie skodyfikowane. Za bardziej typowy przykład rozciągnięcia mocy wiążącej normy traktatowej na państwa trzecie w drodze praktyki można uznać fakt honorowania przez państwa nie będące członkami organizacji wyspecjalizowanych przepustek takich organizacji.⁵²

R. IV. inne czynniki

Umowy zawierane w określony sposób tworzą wreszcie praktykę zawierania pewnego typu umów i przyczyniają się tą drogą do rozwoju zwyczajowego prawa zwanego "prawem traktatów" /law of treaties/.⁵³

c/ Oświadczenia organów państw

Od umów międzynarodowych należy odróżnić jednostronne oświadczenia państw, ściślej: ich organów. Poglądy na skutki prawne tego rodzaju jednostronnych oświadczeń są rozbieżne. Nie ma jednak wątpliwości, że oświadczenia tego rodzaju, jako wyraz woli czynnej, mogą pod pewnymi warunkami rodzić zobowiązania państw, od których takie oświadczenia pochodzą. Mogą one także przyczynić się do powstania zwyczajów międzynarodowych, ale wyłącznie jako element uznania konkretnej praktyki. Z samych oświadczeń w najlepszym razie może powstać zwyczaj składania takich oświadczeń.⁵⁴ Zwyczaj bowiem wymaga praktyki, a nie tylko jej zapowiedzi lub oświadczeń o jej potrzebie.

d/ Poglądy uczonych.

Zgodnie z punktem 1/d/ artykułu 38 Statutu Trybunału, opinie uczonych oraz orzecznictwo stanowią jedynie pomocnicze środki ustalania norm prawa. Nie może więc być mowy o jakimkolwiek formalnym udziale nauki w procesie tworzenia prawa międzynarodowego. Trybunał zresztą bardzo rzadko powoływał się na naukę, jako pomocniczy środek usta-

lania norm.⁵⁵ Obecnie uczeni sami też zgadzają się, że znaczenie ich poglądów dla rozwoju prawa międzynarodowego bardzo zmalało.⁵⁶ Nie znaczy to jednak, aby należało lekceważyć rolę nauki prawa międzynarodowego.

Prawda, że Trybunał nie opiera się oficjalnie na autorytecie uczonych, zwłaszcza indywidualnych. Nie należy jednak zapominać o tym, że Trybunał, którego udział w powstawaniu zwyczajowych norm prawa międzynarodowego jest bezsporny, sam składa się niemal wyłącznie z najwybitniejszych przedstawicieli nauki. Kilka stowarzyszeń naukowych o światowej sławie, których członkami są najpoważniejsi specjaliści, opracowuje projekt kodyfikacji prawa. Projekty te, jeżeli nawet nie są akceptowane w całości, cieszą się dużym autorytetem i niewątpliwie wpływają także na kierunek rozwoju prawa zwyczajowego w danej dziedzinie.⁵⁷ Wreszcie sama Komisja Prawa Międzynarodowego, której rola zgodnie z jej Statutem nie ogranicza się do ustalania i przygotowania kodyfikacji obowiązującego prawa zwyczajowego, lecz ma również za zadanie stopniowy rozwój prawa międzynarodowego, też składa się z najwybitniejszych znawców tego prawa. Ponadto w swoich pracach bierze ona w pełni pod uwagę poglądy uczonych.⁵⁸

Na czym jednak udział specjalistów polega? Polega on na badaniu faktów i opinii oraz wyciąganiu wniosków o obowiązujących normach zwyczajowych i o kierunku ich rozwoju. Wnioski te zaś, tak jak każde uogólnienia tego rodzaju, zawie-

R.III. inne czynniki

rają w sobie samodzielne uzupełnianie brakujących elementów, a więc czynnik twórczy. Poza tym uczeni zwracają uwagę na praktykę międzynarodową i wydają oceny postępowania państw pośrednio wpływając na postępowanie organów państw i organów międzynarodowych powołanych do stosowania prawa międzynarodowego.

Wpływ doktryny na tworzenie się prawa zwyczajowego jest więc obecnie raczej "zakulisowy" i anonimowy. Lekceważenie go byłoby jednak, wydaje się, co najmniej niesłuszne.⁵⁹

e/ Prawo wewnętrzne.

Choć ustawodawstwo wewnętrzne w żadnym wypadku nie może samo przez się obywiać w stosunkach między państwami, niespornym jest, że stanowi ono poważny czynnik w tworzeniu się zwyczajów międzynarodowych w tych dziedzinach, które dotyczą zarówno stosunków wewnętrznych jak i międzynarodowych, np. traktowania cudzoziemców, przyznawania przywilejów przedstawicielom dyplomatycznym, przepisów dla obcych statków w portach itp.

Prawo wewnętrzne pewnego państwa lub grupy państw może więc stać się nie tylko wzorem dla innych państw, ale także dać początek praktyce międzynarodowej, a w konsekwencji, zwyczajowi międzynarodowemu. Należy zgodzić się z poglądem Kryżowa, że "wszelkie źródła prawa wewnętrznego państwa mogą stać się źródłami prawa międzynarodowego, z chwilą gdy dotyczą dziedziny stosunków międzynarodowych i zostaną uzna-

R.IV. inne czynniki

ne przez inne państwa.⁶⁰ Taką rolę swego czasu odegrały brytyjskie przepisy dotyczące ruchu statków na morzu, które z czasem zostały przyjęte przez wszystkie państwa.⁶¹⁻⁶²

Można by jeszcze dodać, że faktyczna recepcja drogą praktyki dobrze rozwiniętych zasad i instytucji prawa wewnętrznego przez prawo międzynarodowe może być niekiedy nawet bardzo pożądana, jednak zawsze pod warunkiem spełnienia zasadniczego wymogu, tj. domniemanego uznania takiej praktyki wzorującej się na prawie wewnętrznym przez państwa zainteresowane.⁶³

f/ rola wielkich mocarstw

Należy sobie zdać sprawę z tego, że udział wszystkich państw w tworzeniu się zwyczajów międzynarodowych nie jest i nie może być jednakowy. Nie w tym rzecz jednak, że np. zwyczaje morskie silną rzeczą opierają się na praktyce tylko tych państw, które z morza korzystają. Jest dozwolone, że w normowaniu pewnych gałęzi stosunków międzynarodowych biorą udział przede wszystkim państwa, które w tej dziedzinie stosunków bezpośrednio uczestniczą. Na różny udział w powstawaniu zwyczajów międzynarodowych wpływają natomiast jeszcze inne okoliczności ogólniejszej natury, takie jak potęga i wielkość państw. Z historii zwłaszcza XIX wieku wiemy, że wielkie mocarstwa koncertu europejskiego sprawowały nad państwami pozostałymi w Europie nie tylko czyste polityczną hegemonię. Z ich inicjatywy i pod ich

R.IV. inne czynniki

autorytetem powstawały zasady prawne, które mniej lub bardziej dobrowolnie, zostały z czasem przyjęte przez całą obecną społeczność międzynarodową.⁶⁴

Dziś, w związku z zasadniczą zmianą struktury społeczności międzynarodowej i powstaniem Narodów Zjednoczonych, sytuacja się zmieniła. Możliwość jawnego narzucania norm przez wielkie mocarstwa państwom pozostałym już nie istnieje, a w każdym razie znacznie zmalała. Nie znaczy to bynajmniej, że znaczenie tych mocarstw w tworzeniu się zwyczajów międzynarodowych jest dziś takie samo jak państw pozostałych. Zważywszy, że podstawą zwyczajów jest praktyka, na powstawanie zwyczajów, siłą rzeczy, największy wpływ mają te państwa, które biorą w niej największy udział, czyli właśnie wielkie mocarstwa. Dotyczy to także elementu uznania praktyki za prawo. Uznanie takie ze strony wielkiego mocarstwa ma często decydujące znaczenie, ponieważ państwa pozostałe z różnych powodów liczą się więcej z opinią tych mocarstw niż z opinią innych państw.⁶⁵

g/ Praktyka organizacji międzynarodowych.

Zważywszy, że organizacje międzynarodowe opierają swoją działalność na statutach, czyli na prawie traktatowym i na uchwałach na tych statutach opartych, pozornie wydawałoby się, że niewiele miejsca pozostaje na normy zwyczajowe. Działalność organizacji prowadzi jednak do ogromnego wzmocnienia współdziałania państw i do uwielokrotnienia

R.IV. inne czynniki

się kontaktów między nimi, czyli do rozwoju praktyki międzynarodowej. Powstają w związku z tym liczne okazy i potrzeby twórczenia się nowych norm zwyczajowych prawa międzynarodowego.⁶⁶

Ponadto dotychczasowa historia organizacji międzynarodowych wykazała, że z różnych względów wprowadzenie zmian do ich statutów często napotyka ~~na~~ duże trudności. Z konieczności więc statuty te są dostosowywane do nowych potrzeb przez samą praktykę. W ten sposób tworzą się niepisane normy postępowania. Zmiany takie dochodzą także często do skutku przez faktyczne wprowadzenie w życie formalnie niewiążących uchwał organizacji za milczącą zgodą jej członków.⁶⁷

Oczywiście tylko mała, być może, część takich faktycznych zmian wprowadzonych np. do Karty Narodów Zjednoczonych lub regulaminów zasługuje na miano zwyczajowych norm prawa międzynarodowego. Nie można jednak stosować w tym wypadku zbyt rygorystycznych kryteriów. Jeżeli pewna praktyka się przyjęła i sprzeczna do faktycznej zmiany statutu za domniemaną zgodą członków, to nie ma powodu tej praktyki za taką zmianę nie uznać.⁶⁸ Np. w Pakcie Ligi Narodów drogą zwyczajową został częściowo uchylony artykuł 18 dotyczący rejestracji traktatów.⁶⁹ Do tego rodzaju zmian wprowadzonych drogą zwyczaju można zaliczyć omówioną już praktykę Rady Bezpieczeństwa polegającą na nie traktowaniu wstrzymania się od głosu stałego członka za sprzeciw uniemożliwiający podjęcie decyzji przez Radę Bezpieczeństwa w sprawach innych

niż proceduralne.⁷⁰

W wyniku działalności organizacji międzynarodowych powstawała także cała nowa dziedzina prawa, określana w nauce niekiedy jako prawo wewnętrzne organizacji międzynarodowych. Obejmuje ona normy regulujące stosunki między organami organizacji i między organizacją a jej funkcjonariuszami.⁷¹

I tu także, obok norm pisanych, takich jak regulaminy, instrukcje itp., powstaje nowy dział prawa zwyczajowego sui generis stanowiący uzupełnienie tych przepisów. O tworzącym się takim właśnie zwyczaju wewnętrznym organizacji wspomina Trybunał w swej opinii doradczej w sprawie wyroku Trybunału Administracyjnego Międzynarodowej Organizacji Pracy w przedmiocie pozwów przeciwko UNESCO. W opinii tej stwierdzono, że praktyka traktowania pracowników UNESCO na kontraktach na czas określony tak jak pracowników na kontraktach bezterminowych daje pewną podstawę do roszczeń.⁷² Innymi słowy, Trybunał uznał tego rodzaju praktykę za tworzący się zwyczaj.

7. Przydatność akt sporów przed Trybunałem dla odtworzenia procesu powstawania zwyczajów międzynarodowych.

W poszukiwaniu dostępnych materiałów, które mogą dać najpełniejszy obraz, jak powstają zwyczaje międzynarodowe, stanowczo na większą niż dotychczas uwagę zasługują publikowane przez Trybunał pełne akta przez niego rozpatrywanych

spraw.

Strona sporu przed Trybunałem, która usiłuje oprzeć swoje roszczenie na istniejącym zwyczaju, dokłada z pewnością wszelkich starań aby dostarczyć jak najwięcej wiarygodnych dowodów na istnienie takiego zwyczaju. Strona zaś przeciwna wysuwa wszystkie możliwe fakty i dokumenty zaprzeczające istnienie takiego zwyczaju. Orzeczenie zaś Trybunału stanowi syntezę dodatkowo pogłębioną i naświetloną przez dołączone do niego opinie odrębne i indywidualne. Całość więc akt sprawy, w której konieczne było ustalenie normy zwyczajowej, daje najpełniejszy i najbardziej obiektywny z dostępnych obrazów tworzenia się tego zwyczaju. Szczególnie przydatne będą te akta do odtworzenia procesu powstawania zwyczaju partykularnego między stronami sporu, ponieważ strony są w posiadaniu najpełniejszych materiałów dotyczących ich własnej praktyki. Wydaje się niemożliwe, aby jeden uczony lub nawet zespół prywatnych osób mógł dać pełniejszy i bardziej wiarygodny opis przebiegu tworzenia się konkretnego zwyczaju niż opis odtworzony na podstawie akt Trybunału.⁷³

R O Z D Z I A Ł III

RODZAJE NORM ZWYCZAJOWYCH PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

1. Powszechne normy zwyczajowe.

Wśród problemów, które już bezpośrednio dotyczą norm zwyczajowych prawa międzynarodowego, na omówienie zasługuje m.in. problem ich podziału na rodzaje, zwłaszcza podział na normy zwyczajowe powszechne i partykularne.¹

Wyjaśnienia wymagają przede wszystkim warunki uznania pewnej normy zwyczajowej za powszechnie obowiązującą. Zgodnie z brzmieniem artykułu 38(1b) Statutu Trybunału oraz poglądami wielu autorów wystarczy do tego praktyka ogólna, czyli praktyka tylko większości państw.² Stanowisko takie jest oczywiście do przyjęcia tylko z pewnymi zastrzeżeniami. Norma ~~zwyczajowa~~ zwyczajowa prawa międzynarodowego może obowiązywać tylko te podmioty, które tę normę

uznały, przynajmniej w sposób domniemany.

Nie znaczy to jednak, aby uznanie mocy wiążącej pewnej normy zwyczajowej erga omnes musiało się opierać na badaniu praktyki i poglądów wszystkich państw lub na przyjęciu naturalistycznej koncepcji prawa międzynarodowego. Zważywszy bowiem, że normy zwyczajowe prawa międzynarodowego opierają się na domniemaniu, iż dana praktyka jest znana i uznana za przejaw prawa, nie ma żadnych przeszkód, w przyjęciu takiego domniemania także wobec wszystkich państw, jeżeli za takim domniemaniem przemawia praktyka choćby części państw i tolerowanie jej przez państwa pozostałe.

Z pewnością istnieją liczne powszechnie obowiązujące normy zwyczajowe. Należą do nich, np. ogólne zasady prawa morskiego i dyplomatycznego. Przy zaliczeniu jednak pewnej konkretnej normy do tego rodzaju powszechnych norm wskazana jest, zwłaszcza obecnie, duża ostrożność. Przy bliższej analizie lub, co ważniejsze, przy próbie zastosowania, okazuje się bowiem często, że ta powszechna moc wiążąca jest tylko pozorna. Najjaskrawiej to widać w trudnościach, na jakie napotykają próby kodyfikacji tego rodzaju rzekomo powszechnie uznanych zasad.³

W praktyce międzynarodowej sprawa powszechnego obowiązania norm zwyczajowych nie jest właściwie tak istotna, jakby się to na pierwszy rzut oka wydawało. Organy powołane do stosowania prawa międzynarodowego nigdy nie spotykają

R.III powszechne normy

się z koniecznością ustalenia, czy dana norma obowiązuje wszystkie państwa. Podobnie jak w przypadku prawa umownego, ważne jest właściwie tylko, czy pewna norma obowiązuje w konkretnym wypadku dane państwo. Znajomość stopnia "powszechności" normy pomaga natomiast w ustaleniu, czy wiąże ona dany podmiot. Po prostu, im więcej państw uznaje daną normę, tym silniejsze jest domniemanie, że daną normę uznaje także państwo, które nie uczestniczyło w jej tworzeniu.

W związku z powszechnymi normami zwyczajowymi prawa międzynarodowego wymienić należy tzw. zasady prawa międzynarodowego, na które Trybunał często się powołuje w swoich orzeczeniach.⁴ Według jego własnej definicji są to normy prawa międzynarodowego stosowane między wszystkimi państwami należącymi do społeczności międzynarodowej.⁵ Słusznie, jak się zdaje, Profesor Sørensen uznał tę definicję za zbyt szeroką. Trybunał w rzeczywistości posługiwał się terminem "zasady prawa międzynarodowego" raczej tylko w stosunku do tych norm powszechnych, które są do tego stopnia silnie ugruntowane w tym prawie, że nie wymagają uzasadnienia.⁶

Nie wdając się w bliższą analizę tych zasad, gdyż przekraczałoby to ramy niniejszego studium, można zaryzykować twierdzenie, że wszystkie one, bez względu na ich pochodzenie, z istoty swej jako normy powszechnie obowiązujące spełniają także wymogi norm zwyczajowych.⁷

R.III

2. Partykularne normy zwyczajowe.

W Statucie Trybunału w art. 38 wymieniono tylko praktykę ogólną wykluczając tym samym partykularne normy zwyczajowe. Zostało to silnie skrytykowane m.in. przez Basdevant, który wskazał na konieczność szerokiej interpretacji wspomnianego artykułu.⁸ W tym kierunku właśnie poszło orzecznictwo Trybunału, co doprowadziło ostatecznie do wyraźnego uznania partykularnych norm zwyczajowych.

Za przykład ustalenia przez Trybunał tego rodzaju norm, bez jednak użycia terminu "zwyczaj partykularny", możnaby uznać opinię doradczą w sprawie Wolnego Miasta Gdańska i Międzynarodowej Organizacji Pracy. Trybunał mówi w tej opinii o "praktyce", która, jak wydaje się, jest dobrze rozumiana przez obie strony.⁹ Podobnie w opinii doradczej w sprawie kompetencji Europejskiej Komisji Danajowej w grę wchodzi zwyczajowa norma partykularna dotycząca bowiem tylko państw należących do Komisji.¹⁰

Wyraźnie wymieniono zwyczaj regionalny czyli partykularny, po raz pierwszy dopiero w wyroku z r. 1950 w sprawie szylu.¹¹ Na precedens ten Trybunał powołał się także w wyroku w sprawie obywateli Stanów Zjednoczonych w Maroku używając zamiast terminu "zwyczaj regionalny" termin "zwyczaj lokalny".¹²

Najbardziej zdecydowanie za istnieniem w praktyce międzynarodowej zwyczajów partykularnych Trybunał wypowiedział się w wyroku z r. 1960 w sporze portugalsko-indyjskim w sprawie tranzytu. Co więcej, rozprawił się on w tym wyroku z poglądem o rzekomej niedopuszczalności zwyczajów tylko między dwoma państwami oświadczając:

"Ze strony Indii został podniesiony zarzut, że zwyczaj nie może powstać tylko między dwoma państwami.¹³ Trudno uzasadnić dlaczego liczba państw, między którymi może powstać zwyczaj lokalny na podstawie długiej praktyki, musi koniecznie być większa niż dwa. Trybunał nie widzi powodu, dla którego długa ciągła praktyka między dwoma państwami uznana przez nie za regulującą ich stosunki, nie miałaby tworzyć podstawy dla wzajemnych praw i obowiązków między tymi dwoma państwami".¹⁴

Przykłady te wskazują ponad wszelką wątpliwość, że Trybunał, wbrew postanowieniu punktu 1/b/ artykułu 38 Statutu, uznał partykularne normy zwyczajowe dotyczące zarówno kilku państw jak i tylko dwóch.

Do zwyczajowych norm partykularnych zaliczyć należy także normy obowiązujące całą społeczność międzynarodową wobec jednego lub kilku podmiotów prawa międzynarodowego. Można by je nazwać normami wyjątkowymi, ponieważ sprowadzają się najczęściej do pewnego wyjątku od zasady ogólnej na

rzecz jednego lub kilku państw.¹⁵ Należą do nich wszelkiego rodzaju prawa historyczne, np. prawa do zatok historycznych, czy też prawo przyznawane pewnemu państwu lub grupie państw do specjalnego wytyczenia morza terytorialnego. Przykładem wyjątkowych praw zwyczajowych jest prawo, jakie sobie zastrzegają Norwegia i Szwecja do czteromilowego pasa morza terytorialnego i norweski system wytyczenia linii podstawowej, uznany przez Trybunał w wyroku w sprawie rybołóstwa.¹⁶

Do wyjątkowych norm zwyczajowych można by zaliczyć także prawa państw do terytorium nie oparte na umowie. Do nabycia tych praw niezbędne bowiem jest spełnienie tych samych elementów co przy zwyczaju: faktyczne wykonywanie pewnych uprawnień, czyli praktyka, oraz tolerowanie jej przez pozostałych członków społeczności państw. Jako przykład uzasadniającej zaliczenie praw suwerennych do terytorium do prawa zwyczajowego można przytoczyć wyrok w sporze francusko-brytyjskim w sprawie wysp na kanale La Manche. W wyroku tym Trybunał oparł dowód praw do tych wysp przede wszystkim na praktyce stron.¹⁷ Trzeba dodać, że jako dowody Trybunał rozpatrywał m.in. także średniowieczne zbiory opisujące precedensy dotyczące spornych wysp.¹⁸

Wśród autorów, którzy zaliczają prawa suwerenne do terytorium do zwyczajowego prawa międzynarodowego wymienić można Sørensen i Lauterpachta. Fitzmaurice zalicza do tego prawa historyczne i zasiedzenie.¹⁹

3. Inne kryteria podziału norm zwyczajowych.

Poza podziałem zwyczajowych norm prawa międzynarodowego według zakresu ich obowiązywania, słuszne, wydaje się, byłoby odróżnienie norm, które regulują pewną dziedzinę współżycia państw po raz pierwszy od norm, które kładą, zmieniają lub uzupełniają normy już istniejące.²⁰

Jako przykład norm regulujących pewną dziedzinę życia międzynarodowego po raz pierwszy można przytoczyć powstające normy zwyczajowe dotyczące przestrzeni kosmicznej. Normy te bowiem, pomijając pewne fikcje prawne rozciągające suwerenność państw "aż do nieba", po raz pierwszy regulują dziedzinę rzeczywistości do niedawna w ogóle niemożliwą do uregulowania przez prawo. Przykładem zaś norm zmieniających normy dotychczas obowiązujące są tworzące się normy zwyczajowe dotyczące szelfu kontynentalnego, ponieważ niewątpliwie modyfikują one treść zasady wolności mórz przez przyznanie uprawnień państw przybrzeżnych.²¹

Oczywiście, można stanąć na stanowisku, że formalnie biorąc każda norma znosi lub zmienia jakąś normę już istniejącą. Każda bowiem norma w pewien sposób ogranicza przysługującą państwu swobodę, z której korzysta ono w dziedzinach jeszcze nieunormowanych pozytywnymi przepisami. W praktyce jednak niewątpliwie istnieje różnica, czy chodzi o uchwalenie mocy wiążącej normy, która ureguje pewną

dziedzinę dotychczas nieunormowaną, czy też normy, która jest w wyraźnym konflikcie z normami obowiązującymi dotychczas.²³ Podozas gdy w pierwszym wypadku organ ustalający normę może zadowolić się nawet słabymi dowodami jej istnienia to w wypadku drugim wymogi dla ustalenia takiej normy muszą z konieczności być zastrzeżone, ponieważ w grę wchodzi dodatkowo czynnik porównania mocy wiążącej normy dotychczasowej z ~~normą~~ ^{mocą} wiążącą nowej normy.

Niektórzy uczeni w ogóle kwestionują moc znoszącą zwyczajów międzynarodowych i jako warunek istnienia nowej normy zwyczajowej stawiają właśnie jej zgodność z panującym prawem. W Komisji Prawa Międzynarodowego pogląd taki reprezentował, jak wiemy, główny sprawozdawca, Hudson. Wśród elementów niezbędnych, jego zdaniem, do uznania pewnej praktyki za prawo, wymienił on, aby ta praktyka była zgodna z ogólnie obowiązującym prawem międzynarodowym. W dyskusji natomiast inni członkowie Komisji szlachliwie podkreślali, że w ten sposób odbiera się prawu zwyczajowemu rację bytu w ogóle.²⁴

Istotnie, taka statyczna koncepcja prawa zwyczajowego, która ogranicza jego moc znoszącą, nie wydaje się słuszną. Nie można bowiem z góry wykluczać zmiany żadnej normy. Trzeba natomiast liczyć się z większymi wymogami stawianymi zwyczajowi znoszącemu lub zmieniającemu normę dotychczas obowiązującą.

Wśród różnych prób podziału norm zwyczajowych wymienić jeszcze należy podział Gianniego na "zwyczaj w znaczeniu węższym" i "zwyczaj w znaczeniu szerszym" /"coutume dans le sens restreint" oraz "coutume dans le sens large"/. Do pierwszych autor ten zalicza zwyczaje utworzone z praktyki, której towarzyszy opinio juris siue necessitatis, rozumiane jako powszechne poczucie prawne /conscience juridique commune/. Zwyczaj zaś w znaczeniu szerszym obejmuje normy wiążące także państwa, które nie brały bezpośredniego udziału w tworzeniu tych norm, np. ogólne zasady prawa przewidziane w punkcie 1/o/ artykułu 38 Statutu Trybunału.²⁵ Podział ten nie jest, jak się zdaje, istotny, zważywszy choćby tylko to, że moment powstania zwyczaju jest nieuchwytny²⁶ i że wobec tego trudno stwierdzić, czy praktyka danego państwa brała udział w tworzeniu zwyczaju, czy też tylko przyłączyła się do zwyczaju już istniejącego.

Dla uniknięcia nieporozumień należy jeszcze powtórzyć, że każda norma zwyczajowa może występować w dwóch wersjach: jako uprawnienie i jako obowiązek. Nie są to jednak różne rodzaje norm zwyczajowych, lecz odpowiedniki jednej i tej samej.²⁷

4. Zagadnienie hierarchii norm zwyczajowych.

Z podziałem zwyczajowych norm prawa międzynarodowego na rodzaje wiąże się ściśle pytanie, czy ma do niego zastosowanie zasada lex specialis derogat legi generali.²⁸

Nasuwa się tu pewna uwaga ogólna. Zasada lex specialis derogat legi generali ma zastosowanie przede wszystkim w tych przypadkach, gdzie lex specialis jest wyraźnie spreoyzowaniem lub wyjątkiem od normy ogólniejszej, gdzie norma szczegółowa stanowi więc z reguły normę późniejszą w stosunku do normy ogólnej i gdzie w razie ustanowienia nowych norm ogólnych, dla uniknięcia wątpliwości, wyraźnie postanawia się o losie poprzednich norm szczegółowych. Warunki te są właśnie spełnione tylko w prawie wewnętrznym, z którego zasada ta się wywodzi. Nowoczesne prawo wewnętrzne bowiem naogół stanowi pewien hierarchicznie uporządkowany system norm, w którym normy szczegółowe opierają swoją moc wiążącą na normach ogólniejszych wyższego rzędu. Prawo zwyczajowe natomiast, jak Kelsen podkreślił, a można to stwierdzenie odnieść niemal do całego prawa międzynarodowego, tworzy się w sposób zdecentralizowany.²⁹ Nie jest to więc uporządkowany system norm, lecz w najlepszym wypadku usystematyzowany przez naukę zbiór mniej lub bardziej niezależnych od siebie norm różnego pochodzenia.³⁰ Generalne stosowanie więc zasady lex specialis derogat legi generali do prawa międzynarodowego jest nieporozumieniem. Zasada ta

może mieć w tym prawie zastosowanie tylko wówczas, gdy nie ma żadnych wątpliwości, że pewna norma zwyczajowa szczególnie jest sprecyzowaniem lub wyjątkiem od normy ogólniejszej.

Przykładem tego rodzaju normy jest system norweski delimitacji morza terytorialnego, wyraźnie uznany przez Trybunał za wyjątek od zasady ogólnej. Zastosowanie zasady lex specialis derogat legi generali miało także zastosowanie, jak się zdaje, w wyroku w sprawie tranzytu. W wyroku tym, po ustaleniu szczególnego uprawnienia zwyczajowego na korzyść Portugalii, Trybunał uznał za zbyteczne przeprowadzenie badania, czy "ogólny zwyczaj międzynarodowy" lub "ogólne zasady prawa uznane przez narody cywilizowane" prowadzą do tego samego wyniku.³²

R O Z D Z I A Ł I M

NORMY ZWYCZAJOWE A INNE NORMY PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

1. **Uzyszczenie norm w art. 38 Statutu Trybunału.**

Dla zrozumienia specyficznych cech i znaczenia prawa zwyczajowego w prawie międzynarodowym nieodzowne jest ustalenie stosunku, w jakim normy zwyczajowe pozostają do innych rodzajów norm. Zagadnienie to wyłoniło się w pewnym stopniu już w czasie redagowania tekstu art. 38 Statutu Trybunału, a mianowicie, gdy ustalano kolejność wyliczenia poszczególnych rodzajów norm w tym artykule. W projekcie Rady Radczego Komitetu Prawników z r. 1920 w art. 38 /wówczas 35/ nawet wyraźnie podkreślono, że Trybunał ma zastosować wyliczone rodzaje norm w podanej kolejności.¹ Następnie jednak w wyniku obrad nad tym projektem w podkomisji trzeciego Komitetu pierwszego Zgromadzenia Ligi Narodów postanowienie to zostało usunięte.²

Dyskusja na ten temat w Komitecie Radczym była krótka i niestety nie wyjaśnia najważniejszej sprawy, jakimi kry-

riami kierowano się przy ustanawianiu kolejności w obrotach artykuł 38. Pewną wskazówkę w tej mierze stanowi kompromis, jaki Descamps w przemówieniu dał do swego projektu. Powiedział on m.in. że obowiązkiem sędziego jest stosować najpierw normy zawarte w umowie ogólnej lub partykularnej, normy zwyczajowe zaś dopiero z braku wyraźnego prawa umownego. W toku dyskusji Descamps jeszcze raz podkreślił, że Trybunał nie powinien stosować zwyczaju z pominięciem traktatu, ani ogólnych zasad prawnych, gdy istnieje dobrze znany zwyczaj.⁴

Lord Phillimore /Wielka Brytania/ uważał, że zaproponowana kolejność odzwierciedla jedynie logiczną kolejność, w jakiej normy nasuwają się sędziemu.⁵ De Lapradelle /Francja i Alzamiira /Hiszpania/ byli zaś zdania, że podkreślanie kolejności norm jest niepotrzebne, bo wynika ona już z wyliczenia.⁶

Przeciwko obowiązkowi przestrzegania przez Trybunał proponowanej kolejności stosowania podstaw wyrokowania wypowiedział się Ricci-Busatti /Włochy/ podkreślając, że sędzia powinien uwzględniać różne "źródła prawa" równocześnie.⁷ Według niego zastrzeżenie dotyczące kolejności jest zbędne, gdyż może sugerować, iż sędziemu nie wolno stosować pewnego rodzaju norm zanim nie wyczerpie on norm w kolejności wcześniejszych. Byłoby to, zdaniem Ricci-Busatti, "fałszywą interpretacją intencji Komitetu". Pogled ten po-

dzielał także Hagerup /Norwegia/.⁸

Na zakończenie dyskusji sam projektodawca Descamps oświadczył, że chociaż wolałby utrzymać wyrażenie w "następującej kolejności", to jednak mało do niego przywiązuje wagi.

Mimo, że wobec rozbieżności poglądów nie można z całą pewnością ustalić, co ostatecznie zdecydowało o kolejności podstaw wyrokowania wyliczonych w artykule 38 Statutu, z faktu, że sam projektodawca tego artykułu nie przywiązywał do niej zbytnej wagi, wynikałoby, iż w grę wchodziły nie względy zasadnicze, teoretyczno-prawne, lecz raczej praktyczne.¹⁰

Nauka prawa międzynarodowego jest napgół zgodna co do tego, że moc wiążąca prawa traktatowego i zwyczajowego jest jednakowa.¹¹ Natomiast dla sędziego różnica w posługiwaniu się normami traktatowymi czy zwyczajowymi jest ogromna. Żeby tylko wymienić parę już częściowo podawanych przez naukę przyczyn, jak np. dużo większa precyzja i łatwość ustalenia treści oraz zakresu obowiązywania norm traktatowych i w związku z tym ich dużo większa, w porównaniu z innymi normami, siła przekonująca dla sądu i stron.¹² Trafnie zauważył Profesor Spronsen, że sędzia woli taką normę, która wymaga najmniej sprezywania, aby móc ją stosować do danego przypadku.¹³

Za przyjęciem ustalonej w artykule 38 kolejności rodzajów norm wydaje się więc przemawiać stopień obiektywizacji i co ważniejsze, sprawdzalności woli państw-stron, która w prawie traktatowym jest największa. Dla sądu międzynarodowego to kryterium jest decydujące, ponieważ od ustalenia woli stron zależy ostatecznie autorytet orzeczenia, a więc i autorytet samego sądu. Trzeba bowiem pamiętać o tym, że nadal w życiu międzynarodowym decydujące znaczenie ma wola państw i że w szczególności organy sprawiedliwości międzynarodowej nadal orzekają tylko z upoważnienia i inicjatywy stron.¹⁴ Co więcej, z braku skutecznej władzy wykonawczej, wykonanie orzeczeń w praktyce też zależy jeszcze od dobrej woli strony przegrywającej spór. Gdy nie ma więc *względów natury bardziej zasadniczej, zmieniających hierarchię norm w konkretnym wypadku, prawo traktatowe, jako najbardziej jednoznacznie wyrażające to, na co się strony z góry zgodziły, będzie zawsze uwzględnione jako pierwsze.¹⁵

W orzecznictwie Trybunału mało jest przykładów wskazujących na wyraźne stosowanie hierarchii podstaw wyrokowania. Np. górną jednak Trybunał na pierwszym miejscu opierał się na umowach obowiązujących między stronami, Np. w opinii doradczej w sprawie Wolnego Miasta Gdańska i Międzynarodowej Organizacji Pracy Trybunał orzekł:

"Ogólne zasady prawa międzynarodowego stosują się do Gdańska, z zastrzeżeniem postanowień traktatowych wię-

szących Wolne Miasto oraz decyzji podjętych przez organy Ligi, na podstawie tych postanowień.¹⁶

Trybunał nie był jednak zupełnie konsekwentny. Np. w opinii doradozej w sprawie naprawienia szkód poniesionych przez Narody Zjednoczone na pierwsze miejsce /przed normy traktatowe/ jakby wysunął zasady prawa międzynarodowego.¹⁷ Profesor Schwarzenberger dopatruje się w tym przykładzie tendencji Trybunału do przyjęcia domniemania zgodności traktatów z prawem zwyczajowym. Jeżeli więc, zdaniem tego autora, brak jest wyraźnych postanowień przeciwnych, Trybunał interpretuje traktaty w świetle ogólnych zasad zwyczajowych.¹⁸

W artykule 38 na trzecim miejscu /w punkcie w/ wyliczono tzw. ogólne zasady prawa uznane przez narody cywilizowane. Umieszczenie tych zasad po normach zwyczajowych przez twórców Statutu w r. 1920 uzasadnione jest przede wszystkim tym, że punkt o pomysłany był przez projektodawców jako dodatkowe upoważnienie dla Trybunału do poszukiwania podstaw wyrbkowania poza pozytywnymi normami prawa międzynarodowymi dla uniknięcia non liquet. Ponadto, nie przesądzając istotnego charakteru ogólnych zasad objętych tym punktem, za wyliczeniem ich po normach zwyczajowych przemawiają te same względy, które uzasadniają umieszczenie norm zwyczajowych po traktatowych. Ogólne zasady są bowiem z pewnością najbardziej abstrakcyjne, a więc wola państw jest w nich najmniej

skonkretyzowana.

Sprawa kolejności stosowania tych norm przez Trybunał oczywiście skomplikuje się, jeżeli do ogólnych zasad objętych punktem 1/o/ artykułu 38 Statutu zaliczyć pewne ogólne podstawowe zasady wiążące także w stosunkach międzynarodowych jako ius cogens. Bliższa analiza tego zagadnienia wykracza jednak już poza ramy określone dla tego stadium.¹⁹

2. Rozgraniczenie norm zwyczajowych i traktatowych.

Dla uwypuklenia cech odróżniających normy zwyczajowe od traktatowych ważniejsze niż hierarchia jest zorientowanie się, gdzie przebiega granica między tymi dwoma rodzajami norm prawa międzynarodowego. Zagadnieniem tym szerzej w nauce nie zajmowano się. Właściwie ani dla tradycyjnych woluntarystów, ani dla naturalistów różnych odwoleń nie ma zasadniczej różnicy między normą traktatową i zwyczajową. Dla pierwszych norma zwyczajowa jest tylko odmianą normy traktatowej, gdzie wola stron nie jest wyrażona słownie, lecz przez fakty zachowania się. Dla drugich zaś zarówno umowa jak i norma zwyczajowa stanowi jedynie wyraz jakiegoś prawa obiektywnego, niezależnego od woli państw.²⁰ Wystarczy jednak zestawienie elementów, jakie składają się na każdy rodzaj tych norm, aby się przekonać, że norma zwyczajowa nie jest bynajmniej odmianą normy umownej, lecz różni się od niej w sposób zasadniczy.

R.I.M. n. zwyczaj. a. trakt.

Warunkiem powstania zwyczaju międzynarodowego, czyli obowiązywania normy zwyczajowej, jest, jak już wiemy, istnienie faktycznie uporządkowanej dziedziny współżycia państw w postaci kwalifikowanej praktyki oraz uznanie tej praktyki w sposób milozący, domniemany, przez zainteresowane podmioty, jako przejaw ich obowiązku lub uprawnienia. Na normę traktatową natomiast, zgodnie z klasyczną definicją, składa się przede wszystkim wyraźna czynna wola uregulowania pewnego wycinka rzeczywistości jeszcze nieuregulowanego zgodnie z wolą stron.²¹ W obu wypadkach więc konieczne jest istnienie dwóch elementów: elementu woli i elementu, który można by nazwać elementem rzeczywistości, do którego ta wola się odnosi.²²

Najistotniejsza różnica między normami traktatowymi a zwyczajowymi tkwi, wydaje się, właśnie w różnicy w obu rodzajach norm elementach woli i elementach rzeczywistości. Podczas gdy w przypadku powstania normy traktatowej wola podmiotów jest czynna, czyli dąży w zasadzie do zmiany status quo i jest zarazem wyraźnie zmanifestowana, to przy powstaniu normy zwyczajowej wola ta sprowadza się tylko do milozącego przyzwolenia, tolerowania praktyki. To samo odnosi się do elementu rzeczywistości, do którego normy się odnoszą. Gdy zawarcie normy traktatowej naogół odnosi się do wycinka rzeczywistości jeszcze nieuregulowanego zgodnie z wolą stron, to powstanie normy zwyczajowej wiąże się z rzeczywistością już przynajmniej częściowo faktycznie

uporządkowaną w postaci kwalifikowanej praktyki.²³

Dla uplastycznienia różnicy między normami traktatowymi i zwyczajowymi można posłużyć się pewnym uproszczonym schematem i przedstawić całe prawo międzynarodowe w kształcie paraboli między dwiema osiami współrzędnych. Oś pionowa oznaczałaby zmieniający się element woli, począwszy od biernego tolerowania aż po zdecydowane czynne jej przejawy. Oś pozioma natomiast przedstawiałaby zmieniającą się rzeczywistość od najbardziej nieuporządkowanej z punktu widzenia potrzeb podmiotów, poprzez rzeczywistość faktycznie uporządkowaną przez same podmioty, czyli kwalifikowaną praktykę, aż po naturalny porządek, który już nie wymaga nawet tolerowania, bo narzuca się sam.

Innymi słowy, całe prawo międzynarodowe zgodnie z tym schematem mieści się między dwiema granicami, między czystą wolą, a czystym faktem, lub inaczej - między niemożliwością powstania normy prawnej, a brakiem potrzeby takiej normy. Bp. nie może powstać wiążąca norma traktatowa o podziale legendarnej Atlantydy na sektory, ponieważ Atlantyda nie istnieje. Natomiast niepotrzebna jest /przynajmniej dożyłowa/ ^{norma} międzynarodowa gwarantująca państwom wolne korzystanie na ich terytorium z energii słonecznej ponieważ korzystanie to odbywa się bez przeszkód i nie jest kwestionowane przez nikogo, nie wymaga więc żadnego /nawet biernego/ tolerowania.²⁴

Nietrudno się domyśleć, że normy traktatowe w tym schemacie będą odpowiadały ramieniu paraboli zbliżającemu się do osi pionowej, czyli tam, gdzie nieuporządkowanej jeszcze rzeczywistości towarzyszy czynna i wyraźnie manifestująca się wola. Normom zwyczajowym zaś odpowiada ramię paraboli zbliżające się do osi poziomej, gdzie faktycznie już uporządkowanej rzeczywistości (kwalifikowanej praktyce) wystarczy tylko bierne milczące przyzwolenie, by stać się podstawą normy zwyczajowej.

Granica między normami zwyczajowymi i traktatowymi wypada więc w tym miejscu paraboli norm prawa międzynarodowego, gdzie bierne tolerowanie już faktycznie uregulowanej rzeczywistości przechodzi w czynną wolę zmiany rzeczywistości nieuporządkowanej.

3. Potrzeba wyodrębnienia norm pośrednich.

Podczas gdy przeprowadzone tu rozfranczenie między prawem traktatowym i zwyczajowym wydaje się stosunkowo precyzyjne, jak na możliwości istniejące w tym względzie w naukach społecznych, nie znaczy to bynajmniej, że wytyczona granica jest ostra. Przeciwnie, w praktyce okazuje się, że jest bardzo dużo norm, które przy bliższej analizie sprawiają poważny kłopot w zaklasyfikowaniu ich do jednego z tych dwóch rodzajów norm. Są to normy, które ze względu na różnorodność elementów, jakie złożyły się na ich powstanie,

znajdują się na pograniczu norm traktatowych i zwyczajowych. Co więcej, należy dojść do wniosku, że dużo, zwłaszcza norm zwyczajowych, z biegiem czasu zatracają swój charakter i stają się normami, które można nazwać normami pośrednimi o charakterze mieszanym.

Normy zwyczajowe z czasem, w miarę ich stosowania, zostają coraz częściej wyraźnie uznawane w oficjalnych oświadczeniach, umowach, itp. organów państw i organizacji międzynarodowych. Poza tym noszą one podlegają kodyfikacji lub próbom kodyfikacji. Powstają w ten sposób konwencje wielostronne lub projekty takich konwencji, których treścią są wprawdzie obowiązujące już normy zwyczajowe, lecz odpowiednio dostosowane do współczesnych potrzeb i warunków. Truizmem jest, że każda próba kodyfikacji wprowadza nowe elementy,

Krótko można powiedzieć, że na normie zwyczajowej z czasem nawarstwiają się elementy woli czynnej, które także niekiedy, w większym lub mniejszym stopniu, rozciągają zakres dotychczasowej normy na rzeczywistość jeszcze faktycznie przez praktykę nieuregulowaną. Nowa norma, która tworzy się wskutek takiego nawarstwiania się różnych elementów, nie jest więc już ani typową normą zwyczajową, ani nie jest jeszcze normą traktatową, lecz pewną normą pośrednią o charakterze mieszanym. Jej treść bowiem i, co ważniejsze, jej moc wiążąca nie opiera się już bowiem wyłącznie na miarzą kwalifikowanej praktyce. Należy dodać,

R. I M.

n. pośrednie

że narastająca praktyka i elementy woli czynnej tworzą z pierwotną normą nierozzerwalną organiczną całość. Miejsce takiej normy na paraboli norm prawa międzynarodowego przesuwają się coraz bardziej w kierunku granicy z normami traktatowymi.

Za przykład mogą tu służyć najstarsze, najbardziej podstawowe zasady zwyczajowe: np. zasada pacta sunt servanda, która została potwierdzona przez wielkie mocarstwa koncertu europejskiego na konferencji londyńskiej w r. 1871²⁵, ostatecznie zaś skodyfikowana w Karcie Narodów Zjednoczonych. Wymienić też można zwyczaj dotyczący wojny lądowej ujęte w deklaracji brukselskiej z r. 1874. Deklaracja ta następnie była podstawą ostatecznego skodyfikowania prawa wojny w konwencji haskiej w r. 1907. Wreszcie, takie zasady, jak wolność morza otwartego lub nietykalność posłów trudno uważać obecnie za zasady wyłącznie zwyczajowe, zwłaszcza po ujęciu ich w konwencje wielostronne. Nie można ich jednak także zaliczać do typowych norm traktatowych tylko dlatego, że zostały skodyfikowane.

Podobnemu procesowi, jakby w przeciwnym kierunku, ulegają normy traktatowe. W miarę ich stosowania obrastają one w praktykę, która za miłoścym przyzwoleniem stron, a więc drogą zwyczajową, uzupełnia, a nawet zmienia te normy. Twierdzenie, że praktyka tego rodzaju jedynie ujawnia wolę stron w chwili zawarcia umowy, jest czystą fikcją. Normy trakta-

toż z praktyką ich wykonywania tworzą nową normę wypadkową, mniej lub więcej różniącą się co do treści i zakresu obowiązywania od normy pierwotnej. Miejsce więc normy traktatowej na paroli norm przesuwają się z upływem czasu w kierunku granicy z normami zwyczajowymi.

Przykładów na to można by przytoczyć bardzo wiele. Wystarczy przypomnieć historię regulaminu rang dyplomatycznych lub zasadę wolności służby na fsekach międzynarodowych sformułowaną w akcie końcowym kongresu wiedeńskiego z r. 1815. Zasady te w ciągu półtora wieku do tego stopnia obrosły w praktykę, że trudno dziś powiedzieć, do której kategorii norm je zaliczyć. W każdym razie organ stosujący te zasady, o ile w ogóle uznałby ich uzasadnienie za potrzebne, powołałby się zarówno na dowody zwyczajowe jak i traktatowe.

Z najnowszych przykładów ewolucji norm traktatowych drogą zwyczaju wymienić można zmianę przez praktykę punktu 3 artykułu 27 Karty Narodów Zjednoczonych. Zmiana ta polega na tym, że wstrzymanie się od głosu stałego członka Rady Bezpieczeństwa nie uważane jest już obecnie za sprzeciw - a więc nie uniemożliwia podjęcia uchwały przez Radę.²⁶

Podobny przypadek został stwierdzony w najnowszej opinii doradczej Trybunału z r. 1962 dotyczącej artykułu 11 par. 2 Karty Narodów Zjednoczonych. Trybunał wyjaśnił termin "akcja" /action/ występujący w tym artykule w oparciu o praktykę Organizacji.²⁷ Opinia ta spowodowała się z ostrą

krytyką, skierowaną jednak nie przeciwko możliwości ewolucji postanowień Karty drogą uznanej praktyki, lecz przeciwko założeń praktyki w tym konkretnym wypadku za spełniającą ten warunek. Np. sędzia Koretzky w opinii odrębnej nie zakwestionował znaczenia praktyki w ogóle, lecz zaprzeczył jedynie, aby w danym wypadku istniała dostatecznie konsekwentna praktyka. Na dowód czego przytoczył on sprzeczny i zastrzeżenia zgłaszane przez Związek Radziecki do uchwał organów Narodów Zjednoczonych i faktyczne niewykonywanie tych uchwał przez wielu członków Organizacji.²⁸ Argumenty przeciwko słuszności opinii Trybunału nie tylko więc nie podważają możliwości zmiany postanowień Karty drogą uznanej praktyki, lecz ją potwierdzają. Za wnioskiem tym przemawia także pogląd Przewodniczącego Trybunału, Winarskiego, który w opinii odrębnej oświadczył:

"Sposób w jaki strony konsekwentnie stosowały konwencję z pewnością może dostarczyć dowodu ich intencji dla celów interpretacji. Ponadto, jeżeli praktyka została wprowadzona bez sprzeciwu /m./ między umawiającymi się stronami, może to spowodować po pewnym okresie, modyfikację normy traktatowej. W tym wypadku jednak sam proces tworzenia się nowej normy stanowi gwarancję zgody stron."²⁹

Na celowość wyróżnienia norm pośrednich o charakterze mieszanym wskazują też niektóre najnowsze poglądy. Np. Pro-

R.IV,

n. pośrednie

fesor Sørensen stwierdza, że rezolucja/z 11 grudnia 1946 roku potwierdzająca zasady prawne przyjęte w Karcie Trybunału Norymberskiego i w jego wyroku nie należy do "źródeł" wymienionych w artykule 38 Statutu Trybunału, a jednak ma podstawowe znaczenie dla stwierdzenia międzynarodowej normy prawnej. Zdaniem Sørensen, rezolucja może tworzyć ^{nie} normy ośmiem nowej, nie opartej na wcześniejszej praktyce lub orzecznictwie. "Taka rezolucja znajduje się, według Sørensen, w połowie drogi między umową a zwyczajem". Jako umowa jest ona, zdaniem tego autora, wyrazem woli lub wspólnej opinii państw, nie wymaga jednak oświadczenia każdej ze stron. Jako zwyczaj zaś, tego rodzaju rezolucja zakłada pewne powiązanie z dotychczasową praktyką. Jej znaczenie prawne nie zależy jednak od formalnego dowodu jej zgodności z praktyką.³⁰ Należałoby tu jednak jeszcze dodać, że w ten sposób potwierdzona przez Zgromadzenie Ogólne norma prawa zwyczajowego nie jest już ani normą zwyczajową sensu stricto, ani normą umowną, lecz właśnie normą pośrednią, ponieważ na jej pełną dojrzałość jako normy prawa międzynarodowego złożyły się zarówno elementy zwyczajowe /praktyka/, jak i umowne /czynna wola państw wyrażona w rezolucji Zgromadzenia Ogólnego/.

Na istnienie norm pośrednich między zwyczajowymi i traktatowymi wskazuje także ostatnio ^{poład profesora} Tunkin. Dotyczy to jego zdaniem przede wszystkim norm traktatowych, które drogą zwyczaju rozszerzyły swoją moc wiążącą także na inne pań-

R.I.M.

n. pośrednie

stwa, bądź których treść uległa ewolucji za miłą zgodą stron. Jako przykłady Funkin przytacza ewolucję zasad wyrażonych w ~~Praktyce~~ ^{profesor} Kellogga oraz procedury Rady Bezpieczeństwa /art.27 p.Karty/.³¹

Oczywiście można zaniechać wprowadzenia nowego typu norm przyjmując, iż w każdym przypadku decyduje element przeważający. Podkreślenie istnienia norm o charakterze mieszanym wydaje się jednak bardzo wskazane, choćby dlatego, że z pewnością dużą część, jeżeli nie większość, właśnie najbardziej ugruntowanych norm w życiu międzynarodowym należy w rzeczywistości do tej kategorii. Odróżnienie ich więc przyczynia się do bardziej realistycznego pojmowania zagadnień, które w nauce tradycyjnie zalicza się do tzw. teorii źródeł prawa międzynarodowego

Przeprowadzona próba rozgraniczenia norm traktatowych i zwyczajowych i wyróżnienie norm ^{pośrednich} ~~międzynarodowych~~ nasuwa myśl, że właściwie sprawa zaklasyfikowania norm nie jest wcale tak ważna, jakby się to mogło wydawać. Ważne jest ustalenie treści i zakresu obowiązywania normy mogącej służyć za podstawę do rozstrzygnięcia konkretnej sytuacji lub konfliktu, a nie, do jakiego rodzaju prawa międzynarodowego dana norma należy. Norma, która stanowi podstawę rozstrzygnięcia pewnego konkretnego zagadnienia prawnego jest bowiem najczęściej normą wypadkową, na którą złożyły się elementy

R.III.

n. pośrednie

zarówno traktatowe jak i zwyczajowe.

Do podobnej konkluzji doszła, jak się zdaje, Komisja Prawa Międzynarodowego. W jej sprawozdaniu z r. 1950 czytamy:

"Być może nie należy kłaść zbyt dużego nacisku na różnicę między traktatowym prawem międzynarodowym i zwyczajowym prawem międzynarodowym. Zasada lub norma zwyczajowego prawa międzynarodowego może być wyrażona w dwustronnym lub wielostronnym porozumieniu i posiadać w ustalonych granicach umowną moc wiążącą, póki porozumienie jest w mocy. Norma zwyczajowa pozostaje jednak w mocy jako zasada lub norma zwyczajowa dla państw pozostałych. W rzeczywistości, niestety próby ustalenia istnienia normy zwyczajowej prawa międzynarodowego opierają się na traktatowym ujęciu przez pewne państwa praktyki przestrzeganej także przez inne państwa. Nawet wielostronne umowy podpisane, lecz nie wprowadzone w życie, często uważa się za posiadające wartość jako dowód zwyczajowego prawa zwyczajowego".³²

4. Normy zwyczajowe a "ogólne zasady prawa uznane przez narody cywilizowane."

Punkt 1/o/ artykułu 38 Statutu Trybunału spotkał się z silną krytyką w nauce i dotychczas jest przedmiotem ożywionych dyskusji.³³

Został on przyjęty przez Doradcy Komitet Prawników w r. 1920 tylko z dużymi oporami, zwłaszcza ze strony członków Komitetu, obywateli wielkich mocarstw. Podczas gdy projektodawca Baron Descamps i prawnicy państw mniejszych uważali umieszczenie tego punktu za potrzebne dla uniknięcia non liquet, pozostali członkowie z Rootem i Phillimorem na czele byli przeciwni tak szeroko pojętym podstawom wyrokowania.³⁴ Root był zdania że narody "nie poddają się zasadom, które nie stały się pozytywnymi normami opartymi na zgodzie wszystkich państw",³⁵ "Ameryka, oświadczył on, nigdy nie przystąpi do traktatu ustanawiającego przymusową kompetencję, w którym przekracza się granice uznanych norm."³⁶ Lord Phillimore zaś sądził, że zasady wymienione w punkcie 3 /obecnie 1o/ są właściwie już objęte punktem dotyczącym zwyczaju międzynarodowego. Był on bowiem zdania, że "uznanie ogólnych zasad dochodzi do skutku za pośrednictwem zwyczaju."³⁷

Punkt 3 projektu artykułu 38 /obecny punkt 1o/ został ostatecznie przyjęty przez Komitet dopiero po zapewnieniach

projektodawcy, że punkt ten będzie gwarancją przeciwko subiektywnym ocenom sędziego. Na zarzut Roota, iż objęte nim zasady są różnie rozumiane w różnych krajach, Descamps wyjaśnił, że dotyczy to tylko norm drugorzędnych, nie zaś "podstawowego prawa mówiącego o tym, co jest a co nie jest sprawiedliwe." Prawo to, podkreślił Descamps, jest głęboko wryte w sercu każdej istoty ludzkiej i znalazło swój najsilniejszy i najbardziej autorytatywny wyraz w poczuciu prawnym narodów cywilizowanych.³⁸

Wysuwane zastrzeżenia przeciwko wymienianiu ogólnych zasad wśród podstaw wyrokowania Trybunału i wyjaśnienie projektodawcy uzasadniają wniosek, że twórcy Statutu zgodzili się ostatecznie wyłącznie na zasady już powszechnie uznane. Wątpliwości w tym względzie usuwają słowa dodane w r. 1946 do artykułu 38 nowego Statutu: "funkcją Trybunału jest rozstrzygać zgodnie z prawem międzynarodowym".³⁹ Słowa te wyraźnie ograniczają stosowanie zasad przez Trybunał tylko do zasad, które już są uznane w stosunkach międzynarodowych.⁴⁰

W orzecznictwie Trybunału punkt 1/c/ nie był dotychczas powoływany expressis verbis.⁴¹ Trybunał stosował wprawdzie różne zasady używając rozmaitych określeń, przeważnie jednak bez bliższych wskazówek, skąd te zasady zostały zaczerpnięte. W wielu wypadkach z kontekstu orzeczeń wyraźnie wynika, że w grę wchodziły normy zwyczajowe prawa międzynaro-

R. I.M. n. zwyczaj. a og. zas.

dowego, w innych zaś właśnie pewne ogólne zasady przyjęte w prawie wewnętrznym większości państw.⁴²

Do typowych przykładów oparcia się na ogólnych zasadach pochodzących z prawa wewnętrznego zaliczyć można powołanie się przez Trybunał w opinii doradozej w sprawie wytyczenia granicy polsko-czechosłowackiej na zasadę ejus est interpretare legum oujus condere przy interpretacji decyzji Rady Ambasadorów.⁴³ W opinii doradozej z r. 1925 w sprawie art. 3 ust. 2 traktatu lozańskiego powołano się na "dobrze znaną regułę, że nikt nie może być sędzią w swojej sprawie."⁴⁴

Najlepszym, choć tylko pośrednim, dowodem na to, że Trybunał opierał się na zasadach, które były już przyjęte w stosunkach międzynarodowych, jest jego oświadczenie w wyroku z r. 1929 w sprawie wolnych sfery Górnej Sabaudii i obszaru Gex:

"Skoro Trybunał doszedł do konkluzji w oparciu jedynie o badanie stanu faktycznego odnoszącego się do danej sprawy, nie ma potrzeby wypowiadać się co do zakresu w jakim prawo międzynarodowe przyjmuje zasadę "postanowień na korzyść osób trzecich".⁴⁵

W wyroku kompetencyjnym z r. 1927 w sprawie fabryki chorzowskiej wymieniono zasadę "estoppel" jako "zasadę ogólnie przyjętą w orzecznictwie arbitrażu międzynarodowego jak również sądów państwowych".⁴⁶ Podkreślenie, że pewna

R.I.M.

n. zwoz. a og. zas.

zasada proceduralna została także przyjęta w praktyce między-
narodowej znajduje się w wyroku w sprawie ciężniły Korfu.

Trybunał stwierdził:

naruszenia
"ofiara ~~prawnego~~ prawa międzynarodowego często
nie jest w stanie dostarczyć bezpośredniego dowodu
faktów rodzących odpowiedzialność. Takiemu państwu
naależy zezwolić na liberalniejsze powoływanie się na
wnioski dotyczące faktów oraz dowody dotyczące oko-
liczności. Ten pośredni dowód jest dopuszczony
w wszystkich systemach prawnych i jego zastosowanie
zostało uznane przez orzecznictwo międzynarodowe."⁴⁷

Tych kilka przykładów, zwłaszcza ostatnie trzy", wskazu-
ją wyraźnie, że Trybunał opierał się na ogólnych zasadach
uznanych przez państwa w ich stosunkach wewnętrznych, które
zostały także już uznane w stosunkach międzynarodowych.

Bliższa analiza problemów związanych z punktem 1/o/ arty-
kułu 38 wykracza poza ramy niniejszego studium. Wydaje się
jednak, że stanowisko członków Radyowego Komitetu Prawni-
ków, nowy wstęp do artykułu 38 oraz przykłady z orzecznictwa
pozwalają postawić tezę, iż zasady, które mogą służyć za
podstawę wyrokowania Trybunału, bez względu na ich pochodze-
nie, w każdym razie spełniają także wymogi zwyczajowych
norm prawa międzynarodowego.⁴⁸ Jeżeli do tego dodać, że Try-
bunał dotychczas nie powołał się wyraźnie na punkt 1/o/,
należy dojść do wniosku, iż cały spór o to, czy zasady tym

punktem objęte stanowią trzeci, odmienny od prawa zwyczajowego, rodzaj norm prawa międzynarodowego, jest sporem raczej akademickim.

Upoważnienie dane Trybunałowi w p.l/c/ art. 38 do stosowania ogólnych zasad prawa uznanych przez narody cywilizowane, jako uzupełnienie prawa pozytywnego, pozostało martwą literą.⁴⁹ Nie stał on się, jak to określił Lauterpacht, "śmiertelnym ciosem zadany pozytywizmowi",⁵⁰ ponieważ państwa nadal nie godzą się na wykroczenie poza normy przez nie w sposób wyraźny lub domniemany uznane w stosunkach międzynarodowych. Trybunał zaś, jakby pomny na to, unika, choć, być może, nie zawsze konsekwentnie, jawnego stosowania zasad, których przynależność do prawa międzynarodowego może budzić wątpliwości,

Oczywiście, stwierdzenie braku potrzeby wyraźnego rozgraniczenia ogólnych zasad prawa z p.l/c/ i norm prawa zwyczajowego nie ma nic wspólnego z możliwością, a nawet celowością, włączenia do prawa międzynarodowego norm z innych systemów normatywnych, za wyraźną lub domniemaną zgodą państw. Nie przesadza to także bynajmniej słuszności wyodrębnienia tego rodzaju norm czy zasad w Statucie Trybunału, chociażby ze względu na ich specyficzne pochodzenie.

R.I.M.

5. Normy zwyczajowe a uchwały organizacji międzynarodowych.

Poza wyliczonymi w artykule 38 Statutu Trybunału rodzajami norm prawa międzynarodowego, na odrębne omówienie zasługują jeszcze uchwały organizacji międzynarodowych. Nie wchodzi w zagadnienie, czy stanowią one zupełnie odrębny rodzaj norm prawa międzynarodowego, dla ustalenia ich stosunku do prawa zwyczajowego, wystarczy zorientować się, jakie na nie się składają elementy woli i praktyki.

Ogólnie biorąc, uchwały organizacji są, podobnie jak umowy, wyrazem czynnej woli państw lub działających z ich ramienia organów organizacji, w celu uregulowania pewnej nieuporządkowanej dziedziny współdziałania. Z punktu widzenia stosunku do prawa zwyczajowego nie ma więc przeszkód w zrównaniu uchwał, które wiążą na mocy samego statutu, z prawem traktatowym.⁵¹

Bardziej skomplikowana jest sprawa w przypadku uchwał nie wiążących automatycznie na mocy samego statutu. Można je porównać do norm traktatowych tylko po dodatkowym wyraźnym potwierdzeniu i wyłącznie w stosunku do tych państw, które takiego potwierdzenia dokonały. W stosunku do uchwał niewiązących niepotwierdzonych lub stosowanych faktycznie mimo niepotwierdzenia, nasuwa się odpowiednio analogia do nieratyfikowanych umów wykonywanych mimo nieratyfikowania. Jest to oczywiście bardzo duże uproszczenie. O ile bowiem można się

H. I. I.

n. zwycz. a uchwały org.

spierać co do tego, czy formalnie niewiążąca uchwała powzięta wymagana większością głosów wiąże, przynajmniej moralnie, wszystkich członków organizacji, choćby z tytułu członkostwa, to w przypadku niepodpisanej lub nieratyfikowanej umowy tego rodzaju wątpliwości w zasadzie nie istnieją.

Stosunek niewiązących automatycznie uchwał do zwyczajowych norm prawa międzynarodowego zależy będzie od sposobu głosowania przez poszczególne państwa członkowskie, czyli od stopnia zaangażowania ich woli czynnej, oraz od zachowania się państw po powzięciu uchwały, czyli od ich praktyki. Uchwała niewiążąca ale dodatkowo przyjęta za wiążącą miałaby miejsce na paraboli norm prawa międzynarodowego analogiczne do normy traktatowej. Uchwała niepotwierdzona, lecz wprowadzona w życie w drodze praktyki, będzie typową normą pośrednią. Taką normą będzie też norma powstała częściowo drogą zwyczajową, częściowo drogą potwierdzenia jej przez uchwałę organizacji.⁵² W stosunku zaś do państw, które głosowały przeciwko uchwale lub od głosu się wstrzymały, a mimo to do tej uchwały się stosują, nasuwa się porównanie do normy zwyczajowej sensu stricto, ponieważ brak w tym wypadku jakiegokolwiek elementu woli czynnej ze strony tych państw.

R O Z D Z I A Ł V

USTALANIE NORM ZWYCZAJOWYCH PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

1. Uwagi wstępne

Problemy ustalania zwyczajowych norm prawa międzynarodowego rzadko był omawiany w nauce odrębnie od powstania zwyczaju, mimo że te dwa procesy, powstawanie i ustalanie, są różne, a jedynie na siebie wzajemnie w pewien sposób wpływają. Sposób powstania zwyczaju determinuje bowiem sposoby ustalania, zaś czynność ustalania, czyli ujawniania elementów zwyczaju, w pewnym stopniu wpływa na dalszy rozwój zwyczaju. Ta wzajemna zależność faktyczna właśnie powoduje, że niektórzy autorzy w ogóle kwestionują rozróżnienie tych dwóch procesów.¹

Bez wątpienia można zaryzykować twierdzenie, że każdy fakt, który świadczy o obowiązywaniu normy zwyczajowej, jednocześnie stanowi ogniwo w powstawaniu lub przynajmniej konsolidacji tej normy. Natomiast tylko niewielka część

R. V.

art. 38 /1d/

faktów i czynników, które przyczyniły się do powstania zwyczaju, nadają się do przytoczenia jako dowody istnienia normy dla organów stosujących prawo międzynarodowe. Jako środki ustalania, czyli dowody, nadają się bowiem tylko takie obiektywnie sprawdzalne fakty i dokumenty, które świadczą o tym, że dana norma wiąże podmiot, wobec którego ma ona być zastosowana, a więc, że podmiot ten w sposób domniemany uznał ją za prawo.

Powstawanie i ustalanie normy zwyczajowej to dwie rzeczy zupełnie różne, rzeoby można, ex definitione. Podczas gdy na powstawanie zwyczaju składają się faktyczne wzajemne stosunki podmiotów prawa międzynarodowego, ich zachowania się, poglądy i potrzeby, to ustalanie prawa zwyczajowego obejmuje właśnie sposoby i środki stwierdzania tego zachowania się i poglądów, celem ustalenia, czy zwyczajowa norma prawa międzynarodowego obowiązuje i w jakim zakresie.² Ustalenie sprowadza się więc do dowodu istnienia normy zwyczajowej, celem rozstrzygnięcia pewnej kwestii prawnej.

Oczywiście, tego rodzaju ustalenia mogą następować nieograniczoną ilość razy w różny sposób i, co ważniejsze, przez różne organy lub przez osoby prywatne, np. uczonych. Żadne jednak ustalenie nie jest ani ostateczne, ani wiążące dla nikogo, z wyjątkiem stron, które poddały się rozstrzygnięciu przez dany organ. W zależności natomiast od liczby ustaleń i autorytetu organów ustalających, ~~niektóre~~

domniemanie mocy wiążącej normy wyżej wzej wobec pozostałych członków społeczności międzynarodowej jest silniejsze lub słabsze.

2. Ustalanie prawa zwyczajowego w świetle Statutu Trybunału

Poszukując w powszechnie przyjętym prawie traktatowym wskazówek dotyczących ustalania norm prawa zwyczajowego należy zatrzymać się na punkcie 1/d/ artykułu 38 Statutu Trybunału, w którym wymieniono "pomocnicze środki ustalania norm prawnych", czyli właśnie dowody istnienia także, a nawet przede wszystkim, zwyczajowych norm prawa międzynarodowego. Tymi pomocniczymi środkami są orzeczenia sądowe i poglądy pisarzy.³

^m
W związku z brzeniem punktu 1/d/ art. 38 Statutu może nasuwać się wątpliwość, czy zawarte wyliczenie "pomocniczych środków" wyczerpuje dowody, na jakich Trybunał może się oprzeć. Wątpliwość tę jednak usuwa dyskusja w Doradczym Komitecie Prawników w r. 1920. Z obrad tego Komitetu wynika bowiem, że obecny punkt 1/d/ był początkowo pomysły nie jako wyliczenie pomocniczych środków ustalania norm prawnych, lecz jako samodzielna podstawa wyrokowania, obok traktatów, prawa zwyczajowego i ogólnych zasad.⁴ Był on więc wyrazem tendencji reprezentowanej głównie przez projektodawcę Descamps, aby dla uniknięcia non liquet przyznać Trybunałowi możliwie szerokie kompetencje uzupełniania luk w prawie.

R.V. art. 38/1d/

W toku dyskusji, pod naciskiem krytyki projektu punktu 1/d/ /óczesnego punktu 4/, Descamps jednak jakby wycofał się nieco ze swego pierwotnego stanowiska ściśniając rolę doktryny i orzecznictwa. Świadczył on:

"Doktryna i orzecznictwo z pewnością nie tworzą prawa, lecz jedynie pomagają w ustalaniu istniejących norm. Sędzia powinien korzystać z orzecznictwa i doktryny, ale tylko do ich wyjaśnienia."⁵

W drugim czytaniu projektu Statutu Descamps zaproponował też odpowiednią zmianę redakcji punktu 4 /czyli 1/d// przez dodanie słów: "Jako pomocnicze środki ustalania norm prawnych."⁶ W ten sposób zmienił się cel umieszczenia tego punktu. Pierwotnie pomysłany jako dodatkowa podstawa wyrokowania, stał się jedynie podkreśleniem roli orzecznictwa i poglądów pisarzy jako pomocniczych środków ustalania norm prawnych. Nie ma więc powodu, aby uważać punkt 1/d/ za pełne wyliczenie dowodów, choćby ze względu na określenie "pomocnicze". Cały zresztą przebieg obrad w Komitecie wskazuje, że przedmiotem dyskusji były tylko podstawy wyrokowania, a nie dowody istnienia tych podstaw.⁷

Ostatecznie przyjęty przez Komitet tekst punktu 4 artykułu 35 odpowiadający obecnemu punktowi 1/d/ artykułu 38 Statutu Trybunału, jako niezbyt udany kompromis między dwoma sprzecznymi tendencjami reprezentowanymi w Komitecie, nie może być traktowany ani za wyliczenie dodatkowego rodzaju

R.V.

swoboda Trybunału

ju norm, na których Trybunał może się oprzeć, ani za upoważnienie Trybunału do samodzielnego uzupełniania luk w prawie, ani wreszcie za pełne wyliczenie środków ustalania norm prawa. Jest to raczej wyraźne upoważnienie do posługiwania się między innymi także orzecznictwem i opiniami pisarzy jako środkami pomagającymi do ustalenia istnienia norm wyliczonych w punktach poprzednich, a więc również norm prawa zwyczajowego.

3. Praktyka Trybunału

a/ Swobodna ocena i ciężar dowodu

Ogólna swoboda wyboru i oceny dowodów zastrzeżona jest dla Trybunału pośrednio już w samym Statucie w art. 48, 52 i 53.⁸ Wyraźnie jednak została ona podkreślona dopiero w orzeczeniach Trybunału, np. w sporze dotyczącym niektórych interesów niemieckich na polskim Górnym Śląsku.⁹

Trybunał korzystał z całkowitej swobody, szczególnie w doborze i ocenie dowodów na istnienie /względnie nieistnienie/ zwyczajowej normy prawa międzynarodowego. Najlepszym tego przykładem są choćby już omówione w rozdziale I liczne przypadki, gdy Trybunał powoływał się w swoich orzeczeniach na różnego rodzaju normy bez żadnego ich uzasadnienia.¹⁰ W innych wypadkach znów odrzucał on lub przyjmował według własnego uznania dowody dostarczone przez strony, bądź przeprowadzał badania z własnej inicjatywy.¹¹

Swoboda oceny wartości dowodów przy ustalaniu normy zwyczajowej szczególnie jaskrawo ujawniła się w wyroku w sprawie statku "Lotus". Rozstrzygając pytanie, czy obowiązuje norma zwyczajowa powołana przez jedną ze stron, Trybunał nie ograniczył się do badania argumentów i materiałów przedstawionych przez strony, lecz przeprowadził wszechstronne badania z własnej inicjatywy. W wyniku tych poszukiwań Trybunał stwierdził, że "nie są mu znane żadne argumenty potwierdzające istnienie takiej normy."¹²

Na późór nieco inne stanowisko zajął Trybunał nowy przy ustalaniu zwyczajowych norm partykularnych. W wyroku w sprawie azylu Trybunał oświadczył, że strona, która opiera się na takim zwyczaju, musi dowieść, że norma ta stała się wiążącą dla drugiej strony sporu.¹³ Ta sama zasada została dosłownie powtórzona, z wyraźnym powołaniem się na poprzedni precedens, w sprawie praw obywateli Stanów Zjednoczonych w Maroku.¹⁴ Z treści orzeczenia wynikałoby jednak, że tym razem Trybunał bynajmniej nie ograniczył się do dowodów przedstawionych przez Stany Zjednoczone, lecz sam wszechstronnie rozpatrzył cały materiał i wszystkie okoliczności.¹⁵ W wyroku w sporze portugalsko-indyjskim w sprawie tranzytu także w grę wchodziło ustalenie zwyczajowej normy partykularnej. Trybunał nie uważał jednak za stosowne powołać się na zasadę wyrażoną po raz pierwszy w wyroku w sprawie azylu. Z jego oświadczenia też wynika, że nie ograniczał się do dowodów dostarczonych przez stro-

R.V.

ustalenie elementów

ny, 16

W świetle powyższych przykładów uzasadniony jest wniosek, że obciążenie dowodem zwyczajowej normy partykularnej strony sporu, która się na nią powołuje, jest po prostu zastosowaniem powszechnie przyjętej zasady w wszelkim postępowaniu sądowym, że strona ma obowiązek dostarczenia dowodów na przytoczone przez siebie okoliczności. Zasada ta więc wiąże strony, a nie wiąże sądu. W każdym razie nie ogranicza ona w niczym inicjatywy Trybunału w doborze i ocenie dowodów potrzebnych dla ustalenia pewnej normy zwyczajowej.¹⁷ Nie ma też podstaw do twierdzenia, że Trybunał stosuje zwyczajową normę partykularną tylko na wniosek stron, a nie z urzędu.

b, Ustalanie elementów zwyczaju

Informacji o tym, na jakich dowodach opierał się Trybunał przy ustalaniu, czy spełnione są warunki istnienia zwyczaju międzynarodowego, dostarczają orzeczenia, w których wyraźnie odrębnie potraktowano element praktyki od elementu uznania jej za prawo.

Jaskrawy przykład takiego odrębnego potraktowania poszczególnych elementów zwyczaju znajduje się w wyroku w sprawie statku "Lotus". Na dowód, że nie obowiązuje ściśle terytorialna zasada ścigania przestępstw, Trybunał przytoczył praktykę sądową wielu krajów /między innymi jednej ze stron

R.V. ustalanie elementów

sporu/, która dopuszcza ściganie przestępstw popełnionych za granicą, jeżeli jeden z składników przestępstwa, w szczególności jego skutek, nastąpił na terytorium państwa ścigającego. W tym wypadku przytoczone orzecznictwo sądów wewnętrznych jest niewątpliwie dowodem postępowania państw w pewnych okolicznościach, czyli dowodem elementu praktyki. Na dowód zaś uznania tej praktyki przez państwa pozostałe, czyli na dowód elementu uznania, Trybunał podał fakt braku protestu ze strony tych państw.¹⁸

W opinii doradozej w sprawie kompetencji Europejskiej Komisji Dunajowej dowodem wykonywania przez Komisję swych funkcji na odcinku Dunaju do Braiły, a więc dowodem elementu praktyki, były wypadki wykonywania przez Komisję jurysdykcji na tym odcinku, w szczególności protokoły orzeczeń sądowych. Natomiast dowodem uznania tej praktyki, czyli elementu uznania, było nie sprzeciwianie się Rumunii w wykonywaniu wspomnianej jurysdykcji przez Komisję.¹⁹

Z nowszych przykładów możnaby przytoczyć opinię doradozą w sprawie zastrzeżeń do konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni kradzieży. W tym wypadku Trybunał odrzucił zasadę niedopuszczalności jednostronnych zastrzeżeń do konwencji wielostronnych opierając się na praktyce, której dowodem były liczne przykłady zgłaszania takich zastrzeżeń przez państwa. Dowodem zaś uznania tej praktyki przez państwa pozostałe uczestniczące w konwencjach wielostronnych, „byli do-

wodem elementu uznania, była dla Trybunału miłoząca zgoda na te zastrzeżenia.²⁰

W wyroku w sporze brytyjsko-norweskim w sprawie rybo-
łóstwa, na dowód wprowadzenia w życie norweskiego systemu delimitacji morza terytorialnego, czyli dowód elementu praktyki, Trybunał przyjął m.in. dekrety rządu norweskiego wprowadzające ten system. Na dowód zaś uznania tego systemu, czyli spełnienie elementu uznania, przyjął brak protestu przeciwko temu systemowi ze strony państw zainteresowanych, zwłaszcza powoda /Zjednoczonego Królestwa/.²¹ Wreszcie ostatecznie, w wyroku w sprawie tranzytu, gdzie przedmiotem sporu było istnienie zwyczaju lokalnego, dowodem korzystania przez Portugalię z swobodnego tranzytu przez terytorium Indii /dowodem praktyki/ był niesporny fakt przechodzenia ludności portugalskiej i portugalskich urzędników oraz wolny transport towarów przez to terytorium. Z dowodu zaś uznania tej praktyki przez stronę pozwaną Trybunał expressis verbis zrezygnował.²²

Wych kilka przykładów, gdzie rozgraniczenie między dowodem elementu praktyki i elementu uznania jest stosunkowo łatwe, daje już pogląd na duży zakres, w jakim Trybunał korzystał z materiału dowodowego przy ustalaniu normy zwyczajowej. W każdym razie nie ma, zdaje się, wątpliwości, że na dowód elementu praktyki mogą służyć wszelkie dokumenty wskazujące na zachowanie się państw w pewnych sy-

R.V. ustalanie elementów

tuacjach.²³ Inaczej natomiast przedstawia się sprawa z wymogiem "uznania za prawo", ponieważ w podanych przykładach ani razu właściwie Trybunał nie oparł się na żadnych dowodach tego elementu przyjmując jego spełnienie na podstawie samej praktyki i tolerowaniu jej przez państwa zainteresowane.²⁴

By móc dojść do wniosków ogólnych, konieczne jest jednak bliższe przyjrzenie się orzecznictwu Trybunału.

W wyroku w sprawie statku "Lotus" Trybunał stwierdził m.in.:

"Trybunał^{owi} nie jest znany żaden argument, z którego można by wywnioskować, że państwa uznają się za zobowiązane wobec siebie do uwzględnienia tylko miejsca pobytu sprawcy przestępstwa."²⁵

Jako dowód braku tego uznania Trybunał wymienił praktykę sądów wewnętrznych wielu krajów, które stosują inne zasady.²⁶ Zaś uznanie dla tych innych zasad wyprowadził z braku protestu:

"Trybunał nie zna żadnego przypadku, w którymby rządy protestowały przeciwko faktowi, że prawo karne pewnego kraju zawiera takiego rodzaju przepis, albo że sądy jakiegoś kraju interpretują prawo karne w ten sposób. Stąd/.../

jest niemożliwe twierdzenie, że istnieje norma prawa międzynarodowego zakazująca Turcji ścigania porucznika Demonsa.²⁷

W innym miejscu tego samego wyroku Trybunał na dowód braku zgody powołał się na przykład odmowy przez Wielką Brytanię ekstradycji władzom amerykańskim marynarza, który dokonał zabójstwa na statku amerykańskim, stwierdzając:

"Przypadek ten, do którego można by dodać inne, jest odpowiedni dla wykazania, że zasada wyłącznej jurysdykcji kraju bandery statku nie jest powszechnie przyjęta.²⁸

Trybunał odrzucił też argumenty francuskie, jakoby z rzadkości wszczynania postępowania karnego przeciwko obcym obywatelom wynikała milcząca zgoda na zasadę, że kompetentny jest tylko sąd narodowości statku:

"przytoczony fakt nie pozwala na wyłączenie wniosku, że państwa miały poczucie takiego obowiązku. Z drugiej strony /.../ są inne okoliczności wskazujące na fakt przeciwny.²⁹

Do argumentów zaprzeczających uznaniu takiej normy zaliczył Trybunał przytoczone przez strony wyroki sądów wewnętrznych dotyczące zderzeń statków. Z wyroków tych wynika, że orzecznictwo w tych sprawach nie było zgodne.³⁰ Trybunał wreszcie ponownie podniósł argument braku sprzeciwu:

R.V. ustalanie elementów

"nie widać aby państwa zainteresowane sprzeciwiły się postępowaniu karnemu w odniesieniu do przypadków zderzeń statków przed sądami innego kraju niż kraju bandery statku, lub aby składały protesty."³¹

Na tej podstawie Trybunał stwierdził w konkluzji:

"Fakt ten jest jawnie sprzeczny z istnieniem miłozącej zgody ze strony państw na wyłączną jurysdykcję państwa bandery statku."³²

Dalszym jaskrawym przykładem oparciu się Trybunału na domniemaniu znajomości praktyki i znajomości skutków jej tolerowania przez państwa jest komentarz Trybunału do dwóch orzeczeń przytoczonych w tym samym wyroku:

Wydaje się niesporne i byłoby to sprzeczne z praktyką międzynarodową, aby rząd francuski w sprawie Oktabana--Onole - Joseph oraz rząd niemiecki w sprawie Ekbatana--West - Hinder zaniechały protestu przeciwko wykonywaniu jurysdykcji karnej przez sądy włoski i belgijski, gdyby rzeczywiście uważały, że jest to pogwałceniem prawa międzynarodowego."³³

Znaczenie braku sprzeciwu ze strony uczestników zostało podkreślone przez Trybunał w wyroku w sprawie fabryki chorzowskiej:

R.V.

ustalanie elementów

"Istnienie zasady ustanawiającej obowiązek naprawienia szkody jest elementem pozytywnego prawa międzynarodowego i nie była ona nigdy kwestionowana w toku postępowania w różnych sprawach dotyczących fabryki ochorzowskiej."³⁴

Trybunał przyjął fakt uznania praktyki za prawo na podstawie samych okoliczności tej praktyki w opinii doradozej z r. 1930 w sprawie Wolnego Miasta Gdańska i Międzynarodowej Organizacji Pracy. Widać to z następującego stwierdzenia Trybunału:

"Powstało wiele różnych poglądów między Polską a Wolnym Miastem dotyczących spraw zagranicznych. Obecnie jednak stopniowo wytworzyła się między stronami dobrze rozumiana praktyka w oparciu o decyzje Wysokiego Komisarza oraz późniejsze porozumienia i układy zawarte między stronami pod auspicjami Ligi."³⁵

Także w opinii doradozej dotyczącej kompetencji Europejskiej Komisji Dunajowej Trybunał na dowód uznania uprawnień tej Komisji na odcinku do Braiły poza praktyką przytocza jedynie milozące przyzwolenie:

"Na tę praktykę delegat rumuński miloząco, lecz formalnie się zgodził w tym znaczeniu, że obie strony przestrzegały pewnego modus vivendi, zgodnie z którym zakres działania Komisji faktycznie rozciągnął się pod każdym względem aż poza Braiłę."³⁶

R.V. ustalanie elementów

Rumunia zresztą sama przyznała w toku procesu, że tolerowała praktykę Komisji. Sprzeciwiała się jedynie aby "tolerowanie mogło służyć za podstawę do powstania uprawnień."³⁷ Należy także podkreślić, że tylko sędzia ad hoc Rumunii wystąpił w opinii odrębnej przeciwko przyjęciu przez Trybunał faktu tolerowania praktyki przez Rumunię za wystarczający dowód uznania.³⁸

Jeżeli przyjąć, że prawa suwerenne do terytorium nie oparte na umowie mają w prawie międzynarodowym także charakter praw zwyczajowych, to przykładem powołania się na domniemanie uznania takich praw jest wyrok w sprawie praw do wschodniej Grenlandii. Trybunał uznał mianowicie, że Norwegia przyznała prawa suwerenne nad całą Grenlandią Danii przez fakt podpisania z nią dwustronnych i wielostronnych umów i dodaje:

"w ten sposób /Norwegia/ .../ zamknęła sobie drogę do zaprzeczenia duńskiej suwerenności nad całą Grenlandią."³⁹

Z wyroku w sprawie azyłu,^{gdzie} jak już wiemy, po raz pierwszy Trybunał przytoczył treść punktu 1/b/ artykułu 38 Statutu Trybunału, niedwuznacznie wynika, że dowody praktyki, a więc fakty udzielania azylu, umowy dwustronne, wielostronne itp., zgodnie z intencją powoda, miały wykazać uznanie tej praktyki za prawo przez stronę pozwaną, czyli przez Peru. Trybunał nie przyznał jednak istnienia takiego zwy-

R.V. ustalanie elementów

ozaju, z braku dostatecznych ratyfikacji powołanych umów i wobec niekonsekwencji praktyki.⁴⁰ Trybunał stwierdził brak uznania praktyki przez Peru wyłącznie na dowodach pośrednich z zachowania się strony pozwanej i innych państw Ameryki Łacińskiej.⁴¹

Należy dodać, że tym razem także w opiniach odrębnych wyraźnie przyjęto brak zastrzeżeń przeciwko praktyce za wystarczający dowód uznania tej praktyki. Sędzia Badawi Pasha był zdania, że w grę wchodziła praktyka znana przez państwa, której się one jednak nie sprzeciwiały. Uważał on, że "brak zastrzeżeń jest decydującym dowodem, iż praktyka ta trwa i jest ostatecznie uznana."⁴² Także sędzia kanadyjski Read oparł dowód istnienia zwyczaju na braku sprzeciwu stwierdzając, że nie ma ani jednego wypadku przytoczonego przez Kolumbię lub Peru, w którym by strona konwencji odmówiła udzielenia lub uznania azylu dyplomatycznego.⁴³ Sędzia zaś ad hoc Caseido Castilla /w opinii odrębnej/ dopatruje się spełnienia elementu psychologicznego opinio juris sive necessitatis w fakcie przyjęcia przez strony sporu artykułu 18 Porozumienia Bolívara. Oparł się więc na dowodzie pośrednim zachowania się stron.⁴⁴

W opinii doradozej w sprawie zastrzeżeń do konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa Trybunał oparł wnioski dotyczące braku uznania praktyki wyłącznie na okolicznościach praktyki i zachowaniu się w stosunku do niej

stron pozostałych. Oświadczył on :

"Ani zastrzeżenia zgłoszone przez pewne państwa, ani zastosowanie się innych państw do tych zastrzeżeń nie pozwalają na wyciągnięcie wniosku, że została wyrażona zgoda na jedno z tych stanowisk."⁴⁵

Bardzo silnie za dowodem elementu uznania opartym na braku protestu przemawia konsekwentnie stanowisko Trybunału w wyroku w sprawie rybołówstwa:

"Trybunał w tym stadium ogranicza się do stwierdzenia, że dla zastosowania tej zasady, wiele państw uważało za konieczne trzymanie się metody prostej linii podstawowej i nie napotkały na zasadnicze zastrzeżenia przeciwko temu ze stron państw pozostałych."⁴⁶

W innym miejscu wyroku Trybunał oświadczył:

"Trybunał, po ustaleniu w ten sposób elementów norweskiego systemu wytyczenia, stwierdza ponadto, że system ten był konsekwentnie stosowany przez władze norweskie i że nie spotkał się z sprzeciwem ze strony innych państw /.../⁴⁷

Dalej zaś: "Z punktu widzenia prawa międzynarodowego konieczne jest obecnie rozważenie, czy stosowanie systemu norweskiego napotkało na jakikolwiek sprzeciw ze strony państw obcych."⁴⁸

R.V. ustalanie elementów

Ostatecznie w wyroku tym, podobnie jak w wyroku w sprawie statku "Lotus", Trybunał wyraźnie oparł dowód uznania praktyki na domniemaniu, że państwa znały praktykę i skutki jej tolerowania. Trybunał stwierdził:

"Powszechne tolerowanie przez państwa obce praktyki norweskiej jest faktem niespornym /.../ Notoryczność faktów, ogólne tolerowanie przez społeczność międzynarodową, położenie Wielkiej Brytanii na morzu Północnym, jej interesy w tej sprawie oraz zaniechanie protestu przez dłuższy czas z jej strony w każdym razie uzasadniają stosowanie systemu norweskiego wobec Zjednoczonego Królestwa."⁴⁹

W Konkluzji Trybunał doszedł do wniosku, że **norweski system** wytyczania linii podstawowej ustalił się drogą stałej i dostatecznie długiej praktyki, w stosunku do której zachowanie się rządów świadczy, że nie uważają one tej praktyki za sprzeczną z prawem międzynarodowym.⁵⁰

Należy dodać jeszcze, że tak jak w wyroku w sprawie azyłu, Trybunał w tym wypadku przypisał decydujące znaczenie uznania praktyki przez stronę sporu, wobec której na ustalany zwyczaj się powołano. Trybunał więc kategorycznie odmówił mocy wiążącej normie określającej szerokość zatok do 10 mil w stosunku do Norwegii, która zawsze się sprzeciwiała stosowaniu tej normy do swoich wybrzeży.⁵¹ Przykład ten podważa sugestię Schwarzenbergera, jakoby wymóg milczącej zgody pań-

R.V. ustalanie elementów

stwa - strony sporu dotyczył jedynie zwyczaju partykularnego.⁵²

Dodatkowym wzmocnieniem poglądu, że tolerowanie praktyki jest wystarczającym dowodem jej uznania, znajdują się w opiniach odrębnych do powyższego wyroku. Sędzia strony przegranej spór, McNair, zaprzeczył jedynie, aby Zjednoczone Królestwo wiedziało o systemie norweskim, czyli o praktyce. Natomiast nie podważył on samej zasady, że tolerowanie praktyki jest równoznaczne z jej uznaniem.⁵³ Wyraźnie za dowodem uznania praktyki apartym na jej tolerowaniu wypowiedział się także sędzia kanadyjski Read.⁵⁴

W wyroku w sprawie Nottebohm Trybunał opiera dowód poglądów państw też na ich praktyce:

"Praktyka pewnych państw polegająca na powstrzymywaniu się od opieki nad osobą naturalizowaną, gdy ta osoba przez dłuższą nieobecność faktycznie zerwała więzy z swoją jedynie nominalną ojczyzną, jest przejawem poglądu tych państw iż, aby móc powołać się na obywatelstwo wobec państwa obcego, obywatelstwo to musi odpowiadać faktycznemu stanowi rzeczy. Podobny pogląd jest wyrażony w odpowiednich postanowieniach dwustronnych umów dotyczących obywatelstwa, zawieranych od roku 1868 między Stanami Zjednoczonymi Ameryki a innymi państwami."⁵⁵

Wreszcie ostatni i najjaskrawszy przykład przyjęcia domniemania uznania praktyki za prawo znajdujące się w wyroku w sprawie tranzytu, ponieważ w tym wypadku Trybunał oazkowiecie i expressis verbis zrezygnował z dowodu tego elementu:

"Praktyka ta trwała przez okres przekraczający stulecie i ćwierć, mimo zmiany reżimu w rozdzielającym terytorium, gdy Indie stały się niepodległe. W świetle tych wszystkich okoliczności, Trybunał uznaje, że praktyka ta została przyjęta za prawo przez strony i dała początek uprawnieniu i odpowiedzialności^{mu} zobowiązaniu."⁵⁶

W innej części tego wyroku zamiast określenia: "uznana za prawo" mowa jest, podobnie jak w opinii doradczej w sprawie Wolnego Miasta Gdańska i Międzynarodowej Organizacji Pracy, o "praktyce dobrze rozumianej przez strony, na mocy której Portugalia uzyskała prawo tranzytu".⁵⁷ Jak wiadać Trybunał uważał oba zwroty /"uznana za prawo" i "dobrze rozumiana"/ za równoważne.⁵⁸

W wszystkich przytoczonych tu przykładach powoływania się na dowody elementu uznania Trybunał opierał się bądź na samych okolicznościach praktyki, bądź na fakcie milozącego tolerowania tej praktyki objawiającym się brakiem protestu. Trybunał więc w ogóle rezygnował z pozytywnego odręb-

R.V. ustalanie elementów,

nego dowodu uznania praktyki za prawo. Natomiast brał on pod uwagę wszystkie okoliczności przemawiające za brakiem tego uznania. Trybunał odmawiał uznania mocy wiążącej normie zwyczajowej, zwłaszcza w stosunku do państwa, które konsekwentnie się sprzeciwiało ustalonej normie lub praktyce.

Rezygnacja przeprowadzania pozytywnego dowodu elementu uznania przez Trybunał znalazła już oddźwięk w nauce prawa międzynarodowego. Coraz częściej uczeni podkreślają, że za dowód uznania praktyki wystarczy brak protestu.⁵⁹

Przyczyny, dla których Trybunał, a w ślad za nim, wielu uczonych zadowolilo się dowodem praktyki i brakiem protestu jako dowodem elementu uznania praktyki za prawo są natury przede wszystkim oportunistycznej. Dowód pozytywny uznania praktyki przez państwo jest niezmiernie trudny do przeprowadzenia. Jeszcze trudniej jest dowieść elementu subiektywnego pojętego jako przekonanie o prawnej konieczności praktyki/czyli tradycyjnego opinio juris/. Dla uniknięcia tej trudności ograniczono się do dowodu negatywnego, tj. do dowodu braku uznania praktyki, ponieważ brak takiego uznania zawsze musi być zamaniestowany wyraźnym zachowaniem się.⁶⁰

Poza trudnością przeprowadzenia dowodu elementu uznania praktyki za prawo, rezygnacja z tego powodu jest uzasadniona jeszcze z innych powodów, które zresztą także znalazły

już swoje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału. Państwa po prostu znają bieżącą praktykę międzynarodową i konsekwencje prawne jej tolerowania.⁶¹ O ile trudno mówić bowiem o "poczuciu prawnym", "świadomości obowiązku prawnego" itp. w odniesieniu do państwa, zwłaszcza gdy zwyczaj się dopiero tworzy, to jak najbardziej zgodne jest z dzisiejszą rzeczywistością domniemanie, że państwa znają praktykę międzynarodową i wiedzą, iż jej tolerowanie doprowadza do powstania zwyczajowego uprawnienia i odpowiadającego mu obowiązku, czyli do zwyczajowej normy prawa międzynarodowego. Można mieć oczywiście wątpliwości, czy ta znajomość praktyki międzynarodowej jest już obecnie rzeczywiście powszechna. W miarę jednak coraz lepszego i coraz szybszego udostępnienia informacji o bieżących wydarzeniach międzynarodowych w każdym zakątku kuli ziemskiej i coraz powszechniejszej i lepszej znajomości prawa międzynarodowego, domniemanie uznania praktyki międzynarodowej i jej skutków prawnych, przy braku dowodów przeciwnych, jest coraz bardziej uzasadnione.

W tej znajomości praktyki i jej skutków tkwi właśnie jedna z głównych różnic między zwyczajem wewnętrznym i międzynarodowym, która czyni tak częste przeprowadzanie analogii między obu rodzajami zwyczaju wręcz nieporozumieniem. O ile bowiem w stosunku do osób fizycznych domniemanie znajomości praktyki, zwłaszcza konsekwencji jej tolerowania, jest przeważnie czystą fikcją, to zupełnie inaczej jest,

gdy podmiotami są państwa. Te ostatnie od wieków zatrudniają specjalistów prawników obserwują wydarzenia międzynarodowe i natychmiast zgłaszają sprzeciwy, jeżeli praktyka lub nawet pojedyncze zachowanie się /czyli precedens/ jest dla nich niepożądane. Innymi słowy, w stosunkach międzynarodowych jak najbardziej uzasadniona jest tezygnacja z pozytywnego dowodu elementu uznania praktyki za prawo, gdy jest ona dostatecznie wyraźna.⁶²

Oczywiście pozostaje otwarte pytanie zasadnicze: domniemanie, że praktyka jest uznana, ale jako co? - Tu odpowiedź będzie zależała od konkretnych okoliczności towarzyszących danej praktyce. Na przykład od tego, czy nieprzestrzeganie danej praktyki pociągało za sobą konsekwencje i jakie, czy państwa przytaczały tę praktykę w sporach międzynarodowych na dowód tytułu prawnego itp. Ocena tych okoliczności musi być pozostawiona organowi do tego upoważnionemu przez strony, wobec których ustalana norma zwyczajowa ma być zastosowana.

W każdym razie można już obecnie przyjąć jako zasadę, iż brak protestu przeciwko pewnej praktyce jest wystarczającym dowodem, że państwo tolerujące uważa ją za nie-sprzeczną z jego interesami i co więcej, że nie sprzeciwia się ono temu, aby praktyka ta doprowadziła do powstania zwyczajowego uprawnienia na rzecz państwa działającego. A to właśnie jest przy ustalaniu elementu uznania najważ-

R.V. dowody n. ustalonych

niejsze. Powtórzyć jeszcze tylko wypada, że motywy, dla których dane państwo nie protestuje, podobnie jak motywy zawarcia umowy, nie mogą ze względu na bezpieczeństwo obrotu, poza wypadkami drastycznymi, być brane pod uwagę.⁶³

Niemiarodajny jest, wydaje się, także ewentualny zarzut, że państwa często nie protestują jedynie dlatego, bo w ogóle ich dana praktyka nie dotyczy. Odeprzeć ten argument nie trudno. Jeżeli dana praktyka nie dotyczy pewnego państwa i wobec tego ono się nią nie interesuje, świadczy to o tym, że państwu temu jest także obojętne, czy dana praktyka doprowadzi do powstania normy zwyczajowej rodzącej nowe uprawnienia i obowiązki.

o. Dowody ustalonych norm zwyczajowych

Od sposobu ustalenia norm zwyczajowych w orzecznictwie Trybunału, czyli od sposobu badania, czy spełnione są poszczególne elementy zwyczaju międzynarodowego, odróżnić należy sposoby powoływania się Trybunału na normy zwyczajowe już ustalone. Szczególnie istotne jest w tym wypadku pytanie, na czyich ustaleniach tego rodzaju norm Trybunał opierał się w swoich orzeczeniach.

Jak już pokazano przy okazji omawiania elementów zwyczaju międzynarodowego, Trybunał często stosował gotowe ustalone normy bez powoływania się na jakiegokolwiek autorytety.⁶⁴

Wśród dowodów norm już ustalonych w innych przypadkach Trybunał przywiązuje zdecydowanie największą wagę do orzeczeń sądowych, ściślej mówiąc, do precedensów sądowych, zwłaszcza swoich własnych.⁶⁵

Np. aż trzykrotnie powołał się on w swoich wyrokach na pewną ustaloną przez siebie zasadę, zgodnie z którą nie należy odwoływać się do prac przygotowawczych poprzedzających zawarcie konwencji, jeżeli tekst konwencji jest dostatecznie jasny.⁶⁶ W wyroku w sprawie koncesji Mavrommatisa w Jeruzalem /wyrok kompetencyjny/ Trybunał powołał się na "konstrukcję" wynikającą z poprzednich orzeczeń. Zamiennym jest, że jako dodatkowy argument przemawiający za mocą władzą tej konstrukcji Trybunał przyjął fakt, iż obie strony sporu "były skłonne do przyjęcia poglądu Trybunału."⁶⁷ Na zasadę ustaloną przez siebie w poprzednich wyrokach i opiniach powołał się Trybunał w opinii w sprawie kompetencji Europejskiej Komisji Dunajowej.⁶⁸ Trybunał powołał się także na orzecznictwo arbitrażowe i na swoje własne w wyroku dotyczącym meritum w sprawie fabryki ochorzowskiej.⁶⁹ W wyroku w sprawie pożyżek serbskich Trybunał powołał się na dwa swoje poprzednie orzeczenia dla poparcia zasady dotyczącej występowania państwa w imieniu swoich obywateli przed sądami międzynarodowymi.⁷⁰ Zarówno na orzecznictwo nowego Trybunału jak i międzywojennego powołało się w wyroku w sprawie wysp Ambatielos /Meritum/⁷¹ Trybunał nie zawahał się nawet

stwierdzić, że uważa za swój obowiązek stosować się do zasad już ustalonych przez siebie w poprzednich orzeczeniach.⁷²

Należy dodać, że nie tylko Trybunał sam, ale i strony w sporze oraz sędziowie w opiniach odrębnych i indywidualnych także powoływali się na poprzednie orzeczenia Trybunału na dowód mocy wiążącej pewnej normy zwyczajowej.⁷³

Z tych kilku przykładów widać dostatecznie wyraźnie, że Trybunał nadaje swoim własnym precedensom znacznie większe znaczenie niż to jest przewidziane w artykule 38 punkt 1/d/ Statutu Trybunału, gdzie orzeczenia sądowe zaliczone tylko do środków pomocniczych. W tym właśnie przejawia się najwyraźniej działalność prawotwórcza Trybunału.⁷⁴

4.13. Środki ustalania prawa zwyczajowego w świetle prac Komisji Prawa Międzynarodowego.

Treść artykułu 24 Statutu Komisji Prawa Międzynarodowego i komentarz do niego w sprawozdaniu Komisji z roku 1950 potwierdzają dotychczasowe wnioski dotyczące ustalania prawa zwyczajowego.⁷⁵ Uderza przede wszystkim pominięcie w tym artykule, jak i w samym sprawozdaniu, środków ustalania /czyli dowodów/ elementu uznania praktyki za prawo. Jest to logiczna konsekwencja poglądów wyrażonych w dyskusji na temat elementów zwyczaju międzynarodowego. Zgodzono się wów-

zas, że na dowód uznania praktyki wystarczy domniemanie oparte na praktyce, zwłaszcza zaś brak protestu.⁷⁶ Następnym ważnym potwierdzeniem dotychczasowych wniosków jest wyraźne podkreślenie przez Komisję niemożliwości wyczerpującego wyliczenia wszystkich rodzajów dowodów prawa zwyczajowego.⁷⁷

W części trzeciej sprawozdania Komisji z roku 1950 wyliczono i krótko omówiono następujące rodzaje dowodów zwyczajowego prawa międzynarodowego:

- A. Teksty dokumentów międzynarodowych
- B. Decyzje sądów międzynarodowych
- C. Decyzje sądów wewnętrznych
- D. Ustawodawstwo wewnętrzne
- E. Korespondencja dyplomatyczna
- F. Opinie państwowych radców prawnych
- G. Praktyka organizacji międzynarodowych.⁷⁸

Wyliczenie to wymaga pewnej korektury, ponieważ nie obejmuje ono poglądów nauki, które stanowią wprawdzie drugorzędny, ale tym niemniej ważny, bo wymieniony w artykule 38 Statutu Trybunału, pomocniczy środek ustalania prawa. Opuszczenie to nie jest oczywiście przypadkowe zważywszy, że Komisja zajmowała się tylko problemem lepszego udostępniania dowodów zwyczajowego prawa międzynarodowego, czyli głównie materiałów jeszcze nie publikowanych.

Zwraca uwagę niezbyt wyraźne odróżnienie dowodów prawa zwyczajowego w znaczeniu ścisłym, a więc pewnych faktów i dokumentów, od "środków i sposobów udostępnienia dowodów", czyli wydawnictw zawierających opisy tych faktów i teksty ~~ich~~ dokumentów. Czym innym jest bowiem orzeczenie sądowe, a czym innym zbiór orzeczeń zawierający tekst danego wyroku. Winę za częste jeszcze mieszanie dowodu z środkiem jego udostępnienia ponosi także termin "źródło prawa", do którego jak do worka pakuje się często nie tylko przyczyny powstania normy, jej dowody, ale i wydawnictwa ułatwiające poznanie dowodów.⁷⁹

Oczywiście można problem dowodów zwyczajowego prawa międzynarodowego ograniczyć właśnie do "środków i sposobów ich udostępnienia", co było głównym przedmiotem narad Komisji Prawa Międzynarodowego. Jest to jednak zagadnienie natury czysto technicznej, a nie teoretycznej. Przedmiotem niniejszych rozważań są natomiast przede wszystkim dowody norm zwyczajowych w ścisłym znaczeniu, czyli fakty, na których opierają się sądy i inne organy przy ustalaniu zasad tego prawa.

5.4. Wzrost niektórych ważniejszych środków ustalania prawa zwyczajowego.

Wobec ogromnej różnorodności dowodów, jakie mogą być użyte przy ustalaniu prawa zwyczajowego,⁸⁰ z konieczności

R.V.

znaczenie umów

ograniczono się tu do krótkiej charakterystyki tylko kilku najważniejszych ich rodzajów.

Najogólniej można by podzielić je na dowody pochodzące od samych adresatów ustalanych norm, to jest państw, których te normy mają wiązać, oraz na dowody pochodzące od organów wspólnych, czyli międzynarodowych. Odrębną kategorię stanowią jeszcze dowody, jakich dostarczają przedstawiciele nauki prawa międzynarodowego, a nawet, w pewnych wypadkach, także zeznania osób prywatnych.

Do pierwszego rodzaju należą przede wszystkim umowy, korespondencja dyplomatyczna, oświadczenia organów państw oraz orzeczenia sądów wewnętrznych. Do drugiego rodzaju zaś: orzecznictwo sądów międzynarodowych oraz praktyka organizacji i konferencji międzynarodowych.

a. umowy międzynarodowe.

Umowa międzynarodowa jako wyraźny, najłatwiejszy do obiektywnego stwierdzenia dowód praktyki i poglądów jej uczestników należy tym samym do najważniejszych dowodów prawa zwyczajowego.⁸¹

Znaczenie umowy jako dowodu normy zwyczajowej /tzn. jej istnienia, zmiany lub wygaśnięcia/ może być co najmniej podwójne. Fakt zawarcia umowy w pewien sposób stanowi precedens, czyli przykład praktyki tworzącej zwyczaj dotyczący

R.V. , znaczenie umów

spowodu zawierania umów międzynarodowych; sama umowa więc jest dowodem tej praktyki. Poza tym umowa może zawierać w swej treści powołanie się przez strony na pewną praktykę lub zwyczaj. Wtedy może ona stać się dowodem elementu uznania.

Przykładów powoływania się na umowy międzynarodowe jako dowody prawa zwyczajowego jest bardzo dużo. Można postawić tezę, że zawsze powoływano się na nie, gdy przemawiały za istnieniem pewnej normy zwyczajowej. Oto kilka przykładów z orzecznictwa Trybunału.

W wyroku w sprawie statku "Wimbledon" Trybunał oparł zasadę neutralności kanałów międzynarodowych na "precedensach kanałów Sueskiego i Panamskiego", a więc także na umowach dotyczących tych kanałów.⁸² Na Pakt Ligi Narodów Trybunał powołał się w opinii doradczej w sprawie interpretacji artykułu 3 ust. 2 traktatu lozańskiego na poparcie zasady jednomyślności państw.⁸³ W opinii doradczej w sprawie Wolnego Miasta Gdańska i Międzynarodowej Organizacji Pracy Trybunał stwierdził wykształcenie się pewnej praktyki na podstawie zawartych porozumień.⁸⁴ O międzynarodowym prawie rzeczonym ustanowionym przez Akt kongresu wiedeńskiego z 9 czerwca 1815 roku, stosowanym i rozwiniętym przez dalsze konwencje" mowa jest w opinii doradczej w sprawie kompetencji terytorialnej Międzynarodowej Komisji Odry.⁸⁵ W wyroku zaś w sprawie Powarzystw Elektryczności Sofia Trybunał oświadczył:

"/.../ przytoczone postanowienia Statutu /Artykuł 41 ust. 1 Statutu Trybunału/ jest zastosowaniem powszechnie przyjętej przez trybunały międzynarodowe zasady, powołanej także w wielu konwencjach, w których stroną jest Bułgaria, głoszącej, że strony sporu winny się powstrzymać od wszelkich kroków mogących wywołać skutki utrudniające wykonanie mającego zapasć wyroku."⁸⁵

Dla poparcia zasady wyrażonej w paragrafie 6 artykułu 36 Statutu MTS, w orzeczeniu wstępnym w sprawie Nottebohm, Trybunał powołał się także na konwencję haską z roku 1899 i 1907, a nawet na pogląd wyrażony przez sprawozdawcę konwencji z 1899r.⁸⁷

Przykład powołania się nawet na projekt umowy wielostronnej, znajduje się w końcowym wyroku w sprawie Nottebohm. Trybunał przyjmując zasadę, że obywatelstwo, aby można było na nie powołać wobec państwa drugiego, musi odpowiadać rzeczywistości stanowi rzeczy, oparł ją tylko na dwustronnych umowach dotyczących obywatelstwa zawieranych przez Stany Zjednoczone, ale także na projekcie konwencji dotyczącej podwójnego obywatelstwa opracowanemu na konferencji kodyfikacyjnej w Hadze w roku 1930.⁸⁸ W wyroku w sprawie statku "Lotus" i w sprawie azyłu natomiast Trybunał nie uwzględnił dowodów normy zwyczajowej opartych na umowach jedynie dlatego, że nie dotyczyły one, jego zdaniem, danego

R.V.

znaczenie umów

stanu faktycznego, bądź dlatego, że nie były ratyfikowane przez dostateczną liczbę państw, zwłaszcza przez strony sporu.⁸⁹

Należy jednak podkreślić, że, o ile umowy rzeczywiście mogą stanowić cenny dowód norm zwyczajowych lub elementów zwyczaju, to sama zgodność treści umów nie stanowi bynajmniej dostatecznego dowodu na to, iż reszta społeczności międzynarodowej uznaje te postanowienia za prawo. Powtarzające się normy w różnych traktatach nie są same przez się dowodem norm zwyczajowych wiążących państwa trzecie. W istocie, umowy takie mogą świadczyć o czymś wręcz przeciwnym, a mianowicie o wyjątku od zasady ogólnej.⁹⁰

Np. w wyroku w sprawie statku "Lotus" Francja powołała się na umowy, które upoważniają strony do wykonywania władzy policyjnej przeciwko statkom obcym na pełnym morzu zastrzegając jednak władzę sądową państwu, do którego statek należy. Adwokat francuski widział w tych umowach wyraz zwyczajowy, według którego władza sądowa należy zawsze wyłącznie do państwa bandery statku. Trybunał natomiast nie podzielił tego poglądu uważając przytoczone traktaty za umowy wyjątek od zasady ogólnej.⁹¹

b. Orzecznictwo sądów**Interpretacja zastrzeżenia do punktu 1/d/artykułu 38.**

Znaczenie orzeczeń sądowych jako dowodu m.in. także norm zwyczajowych wynika już z punktu 1/d/ artykułu 38 Statutu Trybunału.

Pewne wątpliwości budzi natomiast zastrzeżenie zawarte w wspomnianym punkcie odnoszące się do artykułu 59 Statutu, który brzmi: "Decyzja Trybunału wiąże tylko strony w sporze i tylko w stosunku do danej sprawy." Zastrzeżenie to umieszczono w punkcie 1/d/ dopiero w wyniku dyskusji nad projektem statutu w Radzie Ligi Narodów. Jak podaje Hudson, projektodawcy tego zastrzeżenia licząc się z tym, że orzeczenia Trybunału będą wpływały na rozwój i zmianę prawa międzynarodowego, chcieli umożliwić państwom trzecim wnie-⁹²sienie sprzeciwu dla zapobieżenia takim skutkom orzeczeń. Wyjaśnienie to jednak nie jest ani pełne, ani przekonujące. W szczególności, z punktu widzenia ustalania norm zwyczajowych, pozostaje zasadnicza wątpliwość, jak rozumieć wyraźne dopuszczenie w art. 38 orzecznictwa jako dowodu przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że decyzje sądów wiążą tylko strony i dotyczą tylko danej sprawy.

Omówienie różnych interpretacji tego zastrzeżenia do punktu 1/d/ znajduje się w pracy profesora Sørensen. Według jednej z tych interpretacji mamy tu do czynienia po

R.V. znaczenie orzeczeń sąd.

prostu z podkreśleniem zasady res iudicata.⁹³ Jak słusznie wskazuje prof. Sørensen, nie jest to /przekonywujące, ponieważ tego rodzaju podkreślenie zasady rzeczy osądzonej, zwłaszcza w punkcie 1/d/, jest zupełnie niepotrzebne.⁹⁴

Inna znowu interpretacja kładzie nacisk na użyty w artykule 59 termin "decyzja" /decision/, z czego wynikałoby, że zastrzeżenie dotyczy tylko samej sentencji wyroku, a nie jego uzasadnienia. Nie ma przeszkód w traktowaniu jako precedensu np. uzasadnienia zawierającego ustalenie normy zwyczajowej.⁹⁵ Przyjęciu tej bardzo zresztą przekonującej interpretacji przeciwstawia się jednak pogląd, jaki dał na artykuł 59 sam Trybunał. W wyroku w sprawie pewnych interesów niemieckich na Polskim Górnym Śląsku Trybunał bowiem orzekł, że artykuł ten nie wyklucza wydawania czysto deklaratoryjnych orzeczeń interpretacyjnych. Dodał przy tym:

"Celem tego artykułu jest po prostu zapobieżenie aby zasady prawne przyjęte przez Trybunał w pewnej sprawie nie były wiążące dla innych państw lub w innych sporach."⁹⁶

Na wypowiedź tę powołał się Trybunał in extenso jeszcze raz w orzeczeniu interpretacyjnym do wyroku poprzedniego, co stanowi silne potwierdzenie tej opinii.⁹⁷ Trybunał więc sam stwierdził, że takie zasady zawarte w jego orzeczeniach nie są wiążące ani w innych sprawach, ani w odniesieniu do innych podmiotów.

Wiadomo jednak, że Trybunał w pełni korzystał z swoich orzeczeń jako dowodów norm zwyczajowych. Nasuwa się więc trzecia interpretacja zastrzeżenia zamieszczonego w punkcie 1/d/, że jest ono skierowane przeciwko zbyt sztywnemu stosowaniu anglo-amerykańskiego systemu precedensu sądowego. Innymi słowy, w myśl tej interpretacji, celem zastrzeżenia nie jest ograniczenie swobody wyboru i oceny dowodów przez Trybunał, lecz przeciwnie, jej wzmocnienie przez wyraźne zwolnienie Trybunału z obowiązku respektowania swoich poprzednich orzeczeń. Do poglądu tego była zbliżona, jak się zdaje, opinia Hudsona, gdy w związku z art. 59 pisał o anglo-amerykańskiej zasadzie "stare decisis."⁹⁸ Jeszcze silniej za tym argumentem przemawia wypowiedź Lauterpachta, gdy zajmuje się zagadnieniem ograniczenia znaczenia precedensu w orzecznictwie Trybunału:

"W stosunkach międzynarodowych /.../ nie ma miejsca na ścisłe trzymanie się precedensu. W tym znaczeniu treść artykułu 59 Statutu Trybunału, który ogranicza formalne znaczenie decyzji do rozpatrywanej sprawy, nie jest bezużyteczna, ani bez znaczenia."⁹⁹

Orzeczenia sądów międzynarodowych

Jak już pokazano w punkcie poświęconemu dowodom norm zwyczajowych już ustalonych, orzeczenia sądów międzynarodowych, zwłaszcza orzeczenia Trybunału, mają decydujące znaczenie. Trybunał powoływał się na nie niemal jak na pozytywne

przepisy.

Kilkakrotnie oparł się on także na orzecznictwie sądów arbitrażowych.¹⁰⁰ Nie przywiązuje jednak do niego dużej wagi i nigdy nie opierał się na nim wyłącznie. Jest to zrozumiałe, zważywszy na różnice między Trybunałem a sądami arbitrażowymi. Podczas gdy Trybunał jest sądem stałym działającym na podstawie Statutu przyjętego przez całą społeczność międzynarodową, a w skład jego wchodzi najlepsi znawcy prawa międzynarodowego świata, sądy arbitrażowe są tworzone ad hoc do danej sprawy, zaś o wyborze arbitrów decyduje przede wszystkim zaufanie do nich stron. Znaczenie orzeczeń arbitrażowych jako precedensów osłabia także większa swoboda pozostawiona sądom arbitrażowym, zwłaszcza w wyborze podstaw wyrokowania. Wreszcie na zmniejszenie się autorytetu, zwłaszcza starszych orzeczeń arbitrażowych, wpływają także głębokie przemiany, jakim uległa ostatnio cała społeczność międzynarodowa.¹⁰¹

Z orzecznictwa, zwłaszcza Trybunału, jako dowodu istnienia norm korzysta także szeroko Komisja Prawa Międzynarodowego. Nie opiera się ona wprawdzie nigdy na tego rodzaju dowodzie wyłącznie, zawsze jednak bierze go pod uwagę. Np. na początku sesji Komisji z roku 1951 uczestniczący w jej obradach zastępca Sekretarza Generalnego poinformował członków Komisji, że w ciągu najbliższego tygodnia Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości wyda opinię w sprawie za-

R.V. znaczenie orzeczeń sąd.

strzeżeń do umów wielostronnych, dodając: "Komisja może uznać za potrzebne wzięcie tego czynnika pod uwagę przy dyskutowaniu swego porządku obrad."¹⁰²

Sprawozdawca profesor François, w dyskusji o szerokości morza terytorialnego na sesji w roku 1955, oświadczył, że nie wykluczył w swoim sprawozdaniu możliwości istnienia państw roszcujących pretensje do szerszego pasa terytorialnego z czego nie wynika jednak konieczność uznania przez państwa pozostałe. W tym, jak podaje sprawozdanie Komisji, "/François/ poszedł za przykładem Trybunału w sprawie Nottebohm przeprowadzając rozróżnienie między prawem państw do przedsięwzięcia pewnych kroków i obowiązkiem państw pozostałych do uznania skutków tych kroków."¹⁰³

Przytoczone tu wypowiedzi¹⁰⁴ Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ o znaczeniu w pracach kodyfikacyjnych orzeczeń Trybunału wskazują nie tylko na rolę tego orzecznictwa jako dowodu norm zwyczajowych, ale także na jego udział w tworzeniu prawa międzynarodowego.

Orzeczenia sądów wewnętrznych

W punkcie 1/d/ artykułu 38 Statutu Trybunału wymieniono nie tylko ogólnie orzeczenia sądów, bez rozróżnienia, czy idzie o sądy międzynarodowe, czy wewnętrzne. Istnieje jednak zasadnicza różnica między tymi sądami. Sąd międzynarodowy jest organem wspólnym państw, a orzeczenia jego wiążą

w każdym razie państwa - strony sporu. Kompetencja sądu wewnętrznego zaś i moc wiążąca jego orzeczeń zamyka^{ja} się w granicach jednego państwa.

Na tę różnicę wskazano także w sprawozdaniu Komisji Prawa Międzynarodowego. Podczas gdy orzecznictwo sądów międzynarodowych w sprawozdaniu zostało wymienione bez żadnego komentarza, ograniczając się do wyłożenia wydatniotw ułatwiających korzystanie z tego orzecznictwa, zupełnie inaczej potraktowano orzecznictwo sądów wewnętrznych. Tu Komisja szeroko uzasadniła, dlaczego przyznała temu orzecznictwu ograniczone^{wi} znaczenie, jako dowód zwyczajowych norm prawa międzynarodowego i elementów zwyczaju. Jak sprawozdanie Komisji głosi, orzeczenia sądów wewnętrznych są często oparte na prawie międzynarodowym tylko w tym zakresie, w jakim jest ono wcielone /incorporated/ do prawa wewnętrznego. Jeżeli sprawy dotyczące prawa międzynarodowego znajdują się przed sądami państwowymi, to najczęściej, zdaniem Komisji, nie ma sposobności do konfrontacji poglądów państw. Nawet tam gdzie przeważa pogląd, że prawo międzynarodowe stanowi część prawa wewnętrznego, sąd państwowy może stosować prawo międzynarodowe jedynie w braku odpowiedniego przepisu lub precedensu wewnętrznego. Komisja doszła do wniosku, że jeżeli nawet orzeczenia te nie mogą służyć jako dowód zwyczajowego prawa międzynarodowego, mogą one tym nie mniej stanowić dowód praktyki danego państwa. 105

Trybunał wstrzymał się od formalnego uznania mocy dowodowej orzeczeń sądów państwowych. W wyroku w sprawie statku "Lotus" rozprawiając się z dowodami francuskimi opartymi na takich orzeczeniach oświadczył on:

"O ile Trybunałowi wiadomo, nie ma orzeczeń sądów międzynarodowych w tej dziedzinie. Przytoczono jedynie kilka orzeczeń sądów wewnętrznych. Nie wdają się w ocenę wartości przypisywanej orzeczeniom sądów wewnętrznych w związku z ustaleniem istnienia pewnej normy prawa międzynarodowego, wystarczy zauważyć, że przytoczone orzeczenia popierają raz jeden pogląd, czasem zaś inny."¹⁰⁶

Trybunał jednak nie tylko nie pomijał dowodów opartych na tego rodzaju orzeczeniach, lecz szczegółowo niekiedy je rozpatrywał, nawet z własnej inicjatywy.¹⁰⁷ Przykładem wyraźnego posłużenia się przez Trybunał orzeczeniem wewnętrznym jako dowodem normy zwyczajowej jest znana jego wypowiedź w tym samym wyroku. Analizując orzecznictwo brytyjskie dotyczące kompetencji sądownia przypadków zderzeń na morzu, Trybunał stwierdził:

"Ten rozwój orzecznictwa /case-law/ angielskiego przemawia za poglądem, że prawo międzynarodowe pozostawia w tym względzie państwom wolną rękę."¹⁰⁸

Dobrze charakteryzuje rolę dowodu z orzecznictwa wewnętrznego pogląd zawarty w opinii odrębnej sędziego Finlaya:

"Orzeczenie to oparto na poglądzie angielskiego sądu na zagadnienie prawa międzynarodowego, należało natomiast zastosować prawo międzynarodowe. Orzeczenie to nie wiąże tego Trybunału. Należy mu przyznać jednak dużą wagę i nie powinno zostać pominięte tylko dlatego, że oparto je na ustawodawstwie angielskim" ¹⁰⁹

W konkluzji stwierdzić należy, że zarówno Trybunał jak i Komisja Prawa Międzynarodowego w pełni uznają i posługują się orzecznictwem międzynarodowym, a w ograniczonym zakresie także orzecznictwem wewnętrznym, jako dowodami zwyczajowych norm prawa międzynarodowego dla rozstrzygnięcia konkretnych sporów i przy kodyfikacji. Ani zawarte w artykule 38 punkt 1/d/ zastrzeżenie, że orzecznictwo ma mieć jedynie znaczenie pomocniczego środka ustalania norm prawnych, ani zastrzeżenie dotyczące artykułu 59 Statutu Trybunału nie znalazły swego odbicia w praktyce Trybunału.

R.V. znaczenie ustaw.wewn,

c. Ustawodawstwo wewnętrzne

Jedynym oficjalnym dokumentem o znaczeniu międzynarodowym, który wspomina o ustawodawstwie wewnętrznym jako dowodzie zwyczajowego prawa międzynarodowego, jest sprawozdanie Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ z r. 1950. Zamieszczony w nim szereg komentarz na ten temat brzmi:

"Termin ustawodawstwo użyty tu jest w obszernym znaczeniu. Obejmuje on konstytucje państw, ustawy organów ustawodawczych oraz rozporządzenia, przepisy i deklaracje, ogłaszane przez organy wykonawcze i administracyjne. Nie wyłączone jest żadne postanowienie normatywne wydane przez władzę publiczną. Oczywiście służą one za ważny zbiór /store-house/ dowodów praktyki."¹⁰

Dażej w Sprawozdaniu zamieszczono spis istniejących wydawnictw informujących o prawie wewnętrznym państw.¹¹

Brak szerszego omówienie znaczenia ustawodawstwa wewnętrznego jest tu o tyle uzasadniony, że znaczenie jego jako dowodu praktyki państwowej jest niesporne. Wątpliwości powstają dopiero przy ocenie, czy i w jakim stopniu zgodne ustawodawstwo może być wystarczające do powstania zwyczajowej normy prawa międzynarodowego.¹²

Trybunał kilkakrotnie wymieniał w swoim orzecznictwie ustawodawstwo wewnętrzne w związku z omawianiem dowodów przemawiających za/~~im~~ albo przeciw~~xx~~ istnieniu pewnej normy zwyczaj-

jowej. Nigdy jednak nie opierał się na tym rodzaju dowodów wyłącznie. Np. na dowód istnienia "systemu norweskiego wytyczenia linii podstawowej" w wyroku w sprawie rybołówstwa przyjął Trybunał także dekrety rządu norweskiego z r. 1812, 1869 i 1935.¹¹³ Interesującym przykładem powołania się na ustawodawstwo wewnętrzne jest także następująca argumentacja Trybunału w opinii doradczej z r. 1954 w sprawie orzeczeń Trybunału Administracyjnego Narodów Zjednoczonych przyznających odszkodowania. Odrzucając pogląd, jakoby Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych nie mogło tworzyć sądu, którego orzeczenia byłyby dla niego wiążące, Trybunał stwierdził:

"jest powszechną praktyką w ustawodawstwach państwowych tworzenie sądów upoważnionych do wydawania orzeczeń prawnie wiążących te władze, które takie sądy utworzyły."¹¹⁴

Oczywiście przykład ten nie jest tylko posłużeniem się ustawodawstwem państwowym jako dowodem normy zwyczajowej, lecz przede wszystkim zastosowaniem analogii.

Godną przytoczenia jest tu także wypowiedź sędziego Altamiry w opinii odrębnej od wyroku w sprawie statku "Lotus". Według tego sędziego, choć ustawodawstwo wewnętrzne z istoty swej nie należy do dziedziny międzynarodowej i dlatego nie może tworzyć tego prawa, to jednak

"może /ono/ być wartościowe dla pokazania, jaki jest pogląd państw na pewne aktualne zagadnienia międzynarodowe, co do których państwa nie wypowiedziały się jeszcze w konwencjach /.../ lub co do których nie wytworzył się jeszcze uznany przez nie zwyczaj."¹¹⁵

Słuszność tego poglądu potwierdza się przede wszystkim w Komisji Prawa Międzynarodowego przy kodyfikacji niektórych dziedzin prawa międzynarodowego. W projektach swych sprawozdawcy czynią pełny użytek z wszelkich możliwych materiałów pomagających do ustalenia treści zwyczajowych norm prawa międzynarodowego, a więc także z ustawodawstwa wewnętrznego państw. Ponadto Komisja uwzględnia to ustawodawstwo także pośrednio, gdy powołują się na nie poszczególne państwa w swych opiniach o projektach Komisji.¹¹⁶

Niewątpliwie znaczenie ustawodawstwa wewnętrznego ^{jako} dowodu sgranicza się przede wszystkim do dostarczenia dowodów poszczególnych elementów zwyczaju, czyli praktyki danego państwa lub uznania przez nie pewnej praktyki za prawo.

d. Korespondencja dyplomatyczna.

Znaczenie korespondencji dyplomatycznej jako dowodu zarówno norm zwyczajowych jak i poszczególnych elementów zwyczaju, zwłaszcza elementu uznania praktyki za prawo, nie wymaga uzasadnienia.¹¹⁷

Trybunał czyni pełny użytek z korespondencji dyplomatycznej przy ustalaniu prawa zwyczajowego przywiązując do niej decydujące znaczenie. Ilustruje to najlepiej przykład w wyroku w sprawie rybołówstwa, w którym notę rządu francuskiego i odpowiedź rządu norweskiego Trybunał komentuje w sposób następujący:

"Również doniosła jest w związku z tym także korespondencja między Norwegią a Francją z lat 1869-1870. Za ledwie w dwa miesiące po ogłoszeniu dekretu /.../ dotyczącego wytyczenia ⁿ Sunnøre, 21 grudnia 1869 roku, rząd francuski zażądał od rządu norweskiego wyjaśnienia tego aktu. /.../ W nocy z 8 lutego 1870 roku Ministerstwo Spraw Zagranicznych /.../ odpowiedziało jak następuje /.../ Tego rodzaju tekst może być rozumiany jedynie jako koncepcja prawna uważana przez rząd norweski za zgodną z prawem międzynarodowym. Rzeczywiście też, rząd francuski nie podjął żadnych dalszych kroków w tej sprawie."¹¹⁸

W tym wypadku korespondencja dyplomatyczna posłużyła jako dowód znajomości praktyki międzynarodowej, a zarazem dowód milczącego jej uznania. Na podstawie bowiem m.in. właśnie przytoczonej wymiany not Trybunał oświadczył:

"Trybunał ustalwszy w ten sposób istnienie elementów składowych norweskiego systemu delimitacji /morza tery-

R.V. praktyka organiz.

torialnego/, stwierdza, że system ten był konsekwentnie stosowany przez władze norweskie i nie napotkał na sprzeciw ze strony państw pozostałych."¹¹⁹

Podobnie na korespondencję dyplomatyczną Trybunał powołał się w wyroku w sprawie transytu.¹²⁰

Komisja Prawa Międzynarodowego wśród dowodów norm zwyczajowych wymieniła jeszcze opinie państwowych doradców prawnych. Ostrzegła ona jednak przed przywiązywaniem do nich zbytnej uwagi, ponieważ "wysiłki radców prawnych są z konieczności skierowane ku realizacji polityki /ich krajów/."¹²¹ Ani Trybunał ani Komisja nie uwzględniały w swej działalności tego rodzaju dowodów.

e. Praktyka organizacji i konferencji międzynarodowych

Szybko rozwijająca się, co najmniej od czasów powstania Ligi Narodów, działalność organizacji międzynarodowych dopiero ostatnio stała się przedmiotem szerszych i wnikliwszych badań naukowych. Wyniki tych badań są więc nadal jeszcze skromne. Komisja Prawa Międzynarodowego także ograniczyła się tylko do następującego stwierdzenia:

"Materiały dotyczące piętrzącej się praktyki organizacji międzynarodowych można uważać za dowody zwyczajowego prawa międzynarodowego w odniesieniu do stosunków państw z organizacjami."¹²²

W orzecznictwie Trybunału znajdują się już przykłady powoływania się na praktykę organizacji w tym celu.¹²³

Jednym z pierwszych przypadków jest opinia doradcza w sprawie kompetencji Europejskiej Komisji Dunajowej. W orzeczeniu tym Trybunał ustalił kompetencję Komisji na odcinku Dunaju do Brailly przede wszystkim na podstawie faktycznie wykonywanej przez tę Komisję jurysdykcji na spornym odcinku, za miłą zgodą Rumunii.¹²⁴ Powołano się w tym orzeczeniu także na stosowanie przepisów wydawanych przez tę Komisję na wspomnianym odcinku Dunaju za wiedzą i zgodą Rumunii.¹²⁵ Należy dodać, że stan faktyczny i materiał dowodowy do tej opinii doradczej został zebrany, za zgodą Rumunii przez Specjalny Komitet utworzony przez Doradczy i Techniczny Komitet Zgromadzenia Ligi Narodów. Trybunał w opinii kilkakrotnie powołał się na ustalenia tego Komitetu.¹²⁶

Pośrednio Trybunał powołał się także na praktykę organizacji międzynarodowej, mianowicie działającego z ramienia Ligi Narodów, Wysockiego Komisarza Wolnego Miasta Gdańska w opinii doradczej w sprawie tego Miasta i Międzynarodowej Organizacji Pracy.¹²⁷

W opinii doradczej w sprawie konwencji o zwalczaniu i karaniu zbrodni ludobójstwa wspomniano o praktyce administracyjnej Sekretarza Generalnego Ligi Narodów i Narodów Zjednoczonych w związku z rejestracją traktatów. Trybunał jednak w tym wy-

padku nie uznał tej praktyki za wystarczający dowód poglądów państw uczestników konwencji.¹²⁸ W innym punkcie tej opinii powołano się na głęboką różnicę poglądów państw na obradach Komitetu Prawnego Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych dotyczącą zagadnienia dopuszczalności zastrzeżeń do konwencji wielostronnych.¹²⁹

Jak nietrudno zauważyć z przytoczonych przykładów, rola praktyki organizacji międzynarodowych jako dowodu norm zwyczajowych w orzecznictwie Trybunału nie ograniczała się do stosunków między państwami i organizacją. Nie ma też żadnego powodu do takiego ograniczenia. Jeżeli przyjąć, że praktyka obejmuje wszelkie czynności przedsięwzięte, zarówno przez organy kolegialne organizacji, jak również przez poszczególnych członków lub grupy członków organizacji na mocy statutu, to jasnym się staje, iż tego rodzaju praktyka może dostarczyć dowodów dla obowiązywania wszelkiego rodzaju norm zwyczajowych, które dotyczą stosunków między organami organizacji, członkami organizacji, a w organami, między organami a funkcjonariuszami, między poszczególnymi organizacjami a także między poszczególnymi członkami.

Jako dowód zwyczajowych norm prawa międzynarodowego ^{może} również służyć praktyka konferencji międzynarodowych, które w gruncie rzeczy nie są niczym innym jak tworzonymi ad hoc organizacjami międzynarodowymi. W orzecznictwie Trybunału na taką praktykę powołano się w opinii doradozej w sprawie

interpretacji art. 3 ust. 2 traktatu lozańkiego na dowód
obowiązania zasady jednomyślności państw.¹³⁰

f. Poglądy pisarzy.

Mimo, że w punkcie 1/d/ artykułu 38 Statutu Trybunału wymieniono orzeczenia sądów i opinie pisarzy obok siebie, znaczenie poglądów pisarzy jest obecnie dużo mniejsze. Odpowiada ono właśnie roli jaką ^{im} wyznaczono w Statucie, czyli pomocniczego środka usgłaniania norm prawnych.¹³¹

Trybunał wymieniał poglądy pisarzy rzadko, bez podawania nazwisk autorów i dopiero po innych rodzajach dowodów. W wyroku w sprawie statku "Lotus", na przykład, Trybunał wprawdzie oparł się na poglądach pisarzy, zastrzegł się jednak wyraźnie przeciwko wypowiedaniu się o ich wartości dowodowej przy ustalaniu normy prawa zwyczajowego:

"odnośnie poglądów pisarzy, pomijając zagadnienie, jaka może być ich wartość dla ustalenia istnienia zwyczajowej normy prawa międzynarodowego, nie ma wątpliwości, iż wszyscy, lub prawie wszyscy pisarze, głoszą, że statki na pełnym morzu podlegają wyłącznie jurysdykcji państwa, którego banderę noszą. Istotne jest jednak zagadnienie, jakie znaczenie oni przywiązują do tej zasady. Na ogół nie wydaje się, aby pisarze przywiązali do tej zasady znaczenia różne lub szersze od wymienionego wyżej /.../ Z drugiej strony nie brak autorów, którzy /.../ zdecydowanie dochodzą do wniosku, iż takie

przestępstwa muszą być traktowane, jakby były popełnione na terytorium państwa, którego flagę statek nosi. "132

Trybunał jeszcze kilkakrotnie wymieniał "opinie pisarzy", "opinie doktryny", "stałą doktrynę" itp. w orzeczeniach z okresu międzywojennego.¹³³ Nowy Trybunał natomiast, jak dotychczas, jeszcze rzadziej powoływał się na ten rodzaj dowodu.

W wyroku w sprawie Nottebohma Trybunał orzekł:

"Sądy państw trzecich, gdy mają przed sobą osobę, którą ^{dwa} inne państwa uważają za swojego obywatela, starają się rozstrzygnąć konflikt przez odniesienie się do kryteriów międzynarodowych. Tendencją jest stawianie na pierwszym miejscu obywatelstwo rzeczywiste i skuteczne.

Ta sama tendencja panuje w pracach pisarzy i w praktyce. "134

W innym miejscu tego samego wyroku Trybunał jeszcze raz powołał się na naukę w podobny sposób:

"Zgodnie z praktyką państw, orzeczeniami arbitrażowymi i sądowymi oraz poglądami pisarzy, obywatelstwo jest więzią prawną... "135

Raczej drugorzędne znaczenie jakie przyznano w orzecznictwie poglądom autorów nie oddaje jednak w pełni rzeczywistej roli nauki w ustalaniu zwyczajowych norm prawa międzyna-

rodowego. Choć formalnie z pewnością nie ma podstaw do przyznania opiniom prywatnych osób, jakimi są uczeni, samodzielnego znaczenia, nieformalne ich znaczenie jest z pewnością duże. Nie może się ono oczywiście równać z znaczeniem ich w czasach, gdy nauka stanowiła niemal jedyne źródło wiadomości o prawie międzynarodowym, o praktyce i poglądach państw.¹³⁶ To znaczenie nauki prawa międzynarodowego minęło, wydaje się, bezpowrotnie. Rola dzisiejszej doktryny jednak nie tyle się zmniejszyła, co zmieniła swój charakter. Pisarze po prostu odciążają w pracy sędziego i w ogóle wszystkich tych, których zadaniem jest rozstrzyganie problemów z zakresu prawa międzynarodowego, dostarczając im gotowych syntetycznych^{ch} odpowiedzi, m.in. na pytanie, czy już /lub jeszcze/ obowiązują pewna norma zwyczajowa prawa międzynarodowego. Opinie takie, jeżeli pochodzą od uczonych o znanej powadze i jeżeli do tego, co obecnie jest najważniejsze, są zbieżne, mają tak dużą siłę przekonującą, iż nie można ich pominąć. Niewątpliwie członkowie Trybunału, jeżeli nawet o tym się w orzeczeniach nie wspomina, czynią pełny użytek z tej pomocy nauki. Nie należy też zapominać, że oni sami wybierani są właśnie spośród uczonych o największym autorytecie w prawie międzynarodowym.

Powaga nauki nie opiera się jednak już, jak dawniej na nazwiskach pewnych tylko autorytetów, lecz przede wszystkim ze zgodnej opinii pisarzy reprezentujących różne poglądy, systemy prawne i ustroje społeczno-gospodarcze.¹³⁷ Wyrazem tego

jest właśnie podkreślenie w punkcie 1/d/ artykułu,³⁸ że idzie o pisarzy "różnych narodów" i fakt, że Trybunał nigdy nie powołał się na autorytet jednego autora, lecz zawsze na poglądy większości. Tylko w pismach stron i w opiniach odrębnych często jeszcze spotyka się powołanie się na opinie poszczególnych pisarzy, najczęściej jednak właśnie dla uzasadnienia pewnego osobistego poglądu jednej ze stron.

Z chwilą utworzenia Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ można nawet mówić o swego rodzaju odrodzeniu się znoszenia poglądów nauki, nie tylko jako dowodu zwyczajowych norm prawa międzynarodowego, ale także jako czynnika prawotwórczego. Komisji tej, złożonej z 25 najwybitniejszych znawców prawa międzynarodowego, przeważnie profesorów uniwersytetów różnych krajów, powierzono przygotowanie kodyfikacji i przyczynianie się do rozwoju prawa międzynarodowego. Dobór członków tej Komisji odbywa się na najszerszej podstawie geograficznej, czyli niemal formalnie traktuje się ich³⁸ przedstawicieli przynajmniej pewnych regionów i systemów prawnych.¹³⁸ Komisja w swoich pracach także w najpełniejszym zakresie bierze pod uwagę opinie uczonych. Niekiedy nawet wprost korzysta ona z projektów opracowanych przez znane instytucje naukowe zapraszając na swoje posiedzenia profesorów kierujących pracami takich zespołów, celem uzyskania bliższych wyjaśnień.¹³⁹

Niewątpliwie trafny jest więc wniosek Schwarzenbergera, że "ustalenie prawa jest przede wszystkim czynnością naukową."¹⁴⁰

6. Zagadnienie hierarchii i kompensacji dowodów

Brak wskazówek w Statucie Trybunału i swoboda w jakiej Trybunał korzystał w doborze i ocenie dowodów prawa zwyczajowego nie dają żadnych podstaw do przyjęcia jakiegokolwiek formalnej hierarchii tych dowodów. Np. wymienienie orzeczeń sądowych przed poglądami pisarzy w punkcie 1/d/, choć zapewne nie przypadkowe, nie wystarczy jednak na to, by dopatrywać się w tym wartościowania dowodów.¹⁴¹

Można natomiast po przyjęciu pewnych kryteriów, spróbować uszeregować najważniejsze rodzaje dowodów z punktu widzenia ich przypuszczalnej wartości dowodowej. Tego rodzaju hierarchią przeprowadza się w praktyce zawsze Fruizmem⁶ jest stwierdzenie, że jeden rodzaj dowodu dla stwierdzenia pewnego faktu jest bardziej wiarogodny, "mocniejszy", od innego rodzaju. W przypadku zwyczajowego prawa międzynarodowego, dowód pochodzący od państwa, któremu ustalana norma się przeciwstawia, będzie miał z pewnością większą siłę przekonującą od dowodu innego rodzaju. Orzeczenie sądu międzynarodowego będzie miało większy autorytet niż orzeczenie sądu wewnętrznego. Zgodna opinia większości uczonych ma obecnie z pewnością większy walor jako dowód normy zwyczajowej niż opinia mniejszości.

Tego rodzaju oceny wartości dowodowej stanowią jednak tylko pewne domniemanie, które w konkretnych przypadkach mogą być obalane przez najrozmaitsze okoliczności dodatkowe. Nie

mówiąc już o tak zasadniczej, jaką jest data pochodzenia dowodu, bardzo wątpliwym jest np., czy sąd wyżej oceni orzeczenie arbitrażowe między dwoma małymi państwami, w którego wydaniu nie uczestniczyli wybitni znawcy prawa międzynarodowego, od zgodnej opinii uczonych.

W nowszym piśmiennictwie hierarchią dowodów, ściślej hierarchią organów, od których dowody pochodzą, zajmował się szerzej Schwarzenberger słusznie jednocześnie podkreślając, że wartość takiej systematyzacji jest czysto praktyczna.¹⁴²

Za punkt wyjściowy do ustalenia hierarchii dowodów przyjmuje on sytuację rady prawnego ministerstwa spraw zagranicznych, który ma za zadanie opracowanie noty dyplomatycznej lub pozwu do Trybunału wymagającej oparcia się na prawie zwyczajowym. Mając na uwadze tylko powszechne prawo zwyczajowe Schwarzenberger za kryterium swojego wartościowania przyjmuje bezstronność i kwalifikacje organu ustalającego normę zwyczajową. Zgodnie z tym, na pierwszym miejscu umieszona on sądy międzynarodowe, następnie sądy wewnętrzne, na końcu zaś, opinie pisarzy.¹⁴³

Można spierać się, czy uszeregowanie to jest całkowicie słuszne. Wydaje się, na przykład, że z punktu widzenia siły przekonującej dowodu w stosunku do przeciwnika w sporze, a to jest w praktyce najistotniejsze, kryterium woli stron jest znacznie ważniejsze od kryterium bezstronności. Dokument świadczący o tym, że strona sporu sama przyznała moc wiążącą

R.V. hierarchia dowodów

pewnej normy zwyczajowej, bądź takiego uznania odmówiła, będzie miał znaczenie decydujące. Omówiona już praktyka ustalania prawa zwyczajowego przez Trybunał, kładzie się, potwierdza ten pogląd.

Jeżeli więc można w ogóle mówić o hierarchii dowodów zwyczajowego prawa międzynarodowego tż, podobnie jak przy uszeregowaniu rodzajów norm, najbardziej miarodajnym kryterium jest stopień obiektywizacji woli stron w tych dowodach. W praktyce więc, im bardziej dowód świadczy o uznaniu przez państwa zainteresowane pewnej już ustalonej normy lub praktyki, tym dowód jest silniejszy.

Wspomnieć należałoby jeszcze o zarysowującej się pewnej prawidłowości, którą można nazwać "kompensacją dowodów elementów zwyczaju". Polega ona na wzajemnym uzupełnianiu się dowodów elementu praktyki i uznania jej za prawo. Innymi słowy, silny dowód praktyki zwalnia z konieczności dostarczenia silnego dowodu uznania jej za prawo, a nawet zwalnia, jak wiemy, z tego dowodu w ogóle.¹⁴⁴ I przeciwnie, przy silnych dowodach na to, że państwa zainteresowane uznały pewną ustaloną już normę lub praktykę za prawo, wystarczy niedużo dowodów praktyki.

Prawidłowość taka narzuca się jako logiczna konsekwencja zależności, jaka istnieje między elementami zwyczaju międzynarodowego. Duża ilość precedensów zachowania się państw w pewien sposób jest wystarczającym domnięciem przyjęcia

tej praktyki za prawo. Z drugiej strony wyraźne oświadczenia państw, że pewną normę lub praktykę uznają za wyraz prawa, zmniejsza rolę praktyki.¹⁴⁵

Oczywiście zjawisko kompensacji dowodów wymaga sprawdzenia na większej ilości przykładów. Dotychczasowe orzecznictwo zdaje się potwierdzać tę zależność w tym sensie, że Trybunał zawsze rezygnował z dowodu uznania za prawo, gdy dowody praktyki były niezbita. Sandström zaś w Komisji Prawa Międzynarodowego zwrócił uwagę na brak potrzeby długiej praktyki, gdy opinio juris jest dość silna.¹⁴⁶

R O Z D Z I A Ł VI

PODSTAWA MOCY WIĄZĄCEJ NORM ZWYCZAJOWYCH PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

1. Wprowadzenie

Zagadnienie dotyczące podstawy mocy wiążącej w zasadzie nie należy do nauki prawa międzynarodowego w potocznym znaczeniu, lecz do tego, co zazwyczaj nazywa się jego filozofią. Jedno pytanie wymaga jednak zawsze jasnej odpowiedzi, zwłaszcza gdy przedmiotem rozważań są normy prawne: jakie jest kryterium przynależności do prawa, czyli gdzie przebiega granica między prawem a nie-prawem.

Dotychczasowe rozważania oparte na najbardziej reprezentatywnym materiale źródłowym doprowadziły do wniosku, że w przypadku zwyczajowego prawa międzynarodowego kryterium to sprowadza się do domniemanego uznania pewnej praktyki za prawo. Do prawa zwyczajowego zaliczają się więc tylko te normy, co do których na podstawie okoliczności faktycznych można stwierdzić, że zostały w sposób domniemany uznane przez państwa. Kryterium przynależności do prawa zwyczajowego spro-

R.VI. kryterium uznania

dza się, innymi słowy, do domniemania elementu woli tych podmiotów, których normy zwyczajowe mają obowiązywać.

Ponieważ nie jest celem niniejszej pracy szersze zajmowanie się problemami tzw. istoty tego prawa, jego stosunkiem do rzeczywistości kauzalnej, ani tym bardziej odwiecznym sporem toczącym się między pozytywistami i naturalistami różnych odcieni, ograniczymy się tu jedynie do wymienienia kilku najbardziej przekonujących argumentów za utrzymaniem domniemanego uznania jako kryterium przynależności do prawa zwyczajowego oraz do krytyki najczęstszych zarzutów wysuwanych przeciwko temu kryterium.

2. Niektóre argumenty przemawiające za kryterium uznania

Za przyjęciem kryterium domniemanego uznania najsilniej przemawia cała obecna rzeczywistość międzynarodowa, na którą składa się współistnienie przeszło stu państw równych wobec prawa państw, nadal związanych wyłącznie swoją suwerenną wolą.² Cały mechanizm współczesnego obrotu międzynarodowego opiera się przede wszystkim na umowie, a więc na czynnej woli umawiających się podmiotów. Niemal wszystko też, co udało się osiągnąć dla postępu i rozwoju współdziałania w stosunkach międzynarodowych w ciągu ostatnich stu lat, oparte jest, przynajmniej formalnie, na dobrowolnym akcesie członków społeczności państw. Wreszcie, bez względu na to, jak zapatrywać się na poglądy o rzekomej wsteczności zasady suwerenności

w dzisiejszej rzeczywistości międzynarodowej, niesporny jest fakt, że dotychczas nie ma żadnych poważniejszych oznak, aby jakiegokolwiek państwo było rzeczywiście skłonne zrezygnować z wyłącznego decydowania o swoim losie, a więc także o normach, które mają je wiązać. Dobrowolne stworzenie instytucji międzynarodowych i przystępowanie do nich państw, w interesie własnej racji stanu, bynajmniej nie osłabiają, lecz właśnie potwierdzają ten fakt.³ ⁴o jakiego stopnia rządy państw, zarówno wielkich jak i małych, starych i nowych, ciągną się w jakichkolwiek ustępstwach w swej formalnie nieograniczonej woli, widoczne jest zresztą w znanych trudnościach, na jakie natrafia kodyfikacja prawa międzynarodowego oraz w niechęci poddawania się sądownictwu międzynarodowemu. Zresztą sama działalność kodyfikacyjna, której powodzenie zależy wyłącznie od zgody państw, jest potwierdzeniem tego kryterium woli. Nie ma bowiem podstaw do tego, aby normy zwyczajowe, których moc wiążąca jest ta sama, co norm umownych, mogły wiązać państwa bez przynajmniej domniemanej ich zgody.⁵

W takiej sytuacji odrzucenie domniemanego uznania w zwyczajowym prawie międzynarodowym jako kryterium przynależności do tego prawa byłoby równoznaczne z całkowitym oderwaniem się od życia, przynoszącym szkodę autorytetowi nauki prawa międzynarodowego jak i samemu prawu. Próby polegające na przyjmowaniu życzeń lub abstrakcyjnych konstrukcji jako faktów, bądź na wprowadzeniu niesprawdzalnych i nie do przyjęcia w skali światowej kryteriów, w miejsce wypróbowanego kryterium domnie-

R.VI. kryterium uznania

manego uznania, jest właśnie jedną z przyczyn spadku popularności nauki prawa międzynarodowego.⁶⁵

Uozeni odrzucający całkowicie kryterium woli w teorii prawa zwyczajowego są jednak nieliczni. Jak profesor MacGibbon stwierdził, nie tylko sady, ale i wielu pisarzy oraz silniejszą wagę przypisują^{do} kryterium uznania, zgody lub przyzwolenia.⁷ I tu zresztą przy dyskutowaniu podstaw obowiązywania zwyczajowego prawa międzynarodowego najpoważszym źródłem nieporozumień jest używany w różnym znaczeniu termin "źródło prawa", w szczególności nie odróżnianie kryterium zaliczenia do prawa, czyli granicy prawa, od czynników, dzięki którym prawo powstaje. Przyjęcie woli za kryterium przynależności pewnej normy do prawa nie oznacza bowiem wcale, że wola państw tworzy prawo zwyczajowe. Przyczyny powstawania norm zwyczajowych najczęściej nie mają nic z prawem wspólnego.⁸ Przyjęcie kryterium woli znaczy tylko tyle, iż w razie sporu co do mocy wiążącej normy zwyczajowej ostatecznie decyduje właśnie istnienie lub nieistnienie domniemanej zgody państwa na daną normę.

Do argumentów przemawiających za kryterium domniemanego uznania należy dodać jeszcze jeden o szczególnym znaczeniu w obecnej strukturze społeczności międzynarodowej, charakteryzującej się współistnieniem państw o różnych ustrojach społeczno-gospodarczych, których ludy mają krańcowo różne wierzenia i tradycje. Argumentem tym jest fakt, że kryterium to

jest stosunkowo jasne, zrozumiałe w każdym zakątku globu, głęboko demokratyczne, sprawdzalne i dlatego wzbudza zaufanie rządów wszystkich państw. Daje ono zatem największą szansę na funkcjonowanie prawa międzynarodowego w podzielonym ideologicznie świecie.⁹

3. Krytyka najczęstszych zarzutów przeciwko kryterium uznania

Jednym z najczęstszych zarzutów wysuwanych przeciwko koncepcji zwyczajowego prawa międzynarodowego opartej na woli państw jest zarzut fikcyjności.

Krytyka tego rodzaju, jeżeli odnosi się do zrównania prawa zwyczajowego z miłozącą umową, jest słuszną. Prawo zwyczajowe różni się bowiem w sposób istotny od traktatowego. Podczas gdy w umowie czynna wola na ogół dąży do zmiany rzeczywistości, podstawą prawa zwyczajowego są fakty, pewna prawidłowość w stosunkach międzynarodowych, która jest jedynie jakby ratyfikowana przez uznanie. Twierdzenie więc, że norma zwyczajowa obowiązuje, ponieważ państwa w sposób miłozący się umówiły drogą zachowania się, jest fikcją, ohyba że ma się na myśli prawdziwą miłozącą umowę, która różni się od zwykłej umowy tylko formą, to znaczy zastąpieniem słów przez znaki lub postępowanie.¹⁰

W innych przypadkach zarzut fikcyjności jest jednak, jak się wydaje, nieporozumieniem lub mocną przesadą. Nieporozumienie polega na tym, że zarzut ten dotyczy motywów, dla których państwa do prawa zwyczajowego się stosują, nie zaś kryte-

R.VI. kryterium uznania

rium przynależności danej normy do prawa, czyli tego, co państwa uważają za warunek, aby pewna norma wiązała je jako prawo. Mówiąc, że zwyczajowymi normami prawa międzynarodowego są tylko normy, które zostały w sposób domniemany za takie uznane, nie znaczy bynajmniej, że państwa dlatego stosują się do tych norm, iż się na nie zgodziły. Motywy takiego stosowania się mogą być różne, np. obawa przed wzajemnością lub inne względy nie z prawem nie mające wspólnego. Natomiast w razie sporu co do zagadnienia, czy norma wiąże dane państwo jako norma prawna, decydującym kryterium nie będzie niczyje przekonanie, subiektywny interes, ani inne mniej lub więcej wzniosłe kryteria, lecz właśnie istnienie /lub nieistnienie/ domniemanej zgody tego państwa na daną normę zwyczajową.

Rzekoma fikcyjność koncepcji prawa zwyczajowego opartej na uznaniu tkwi jednak, zdaniem niektórych autorów, przede wszystkim w tym, że normy zwyczajowe prawa międzynarodowego jakoby obowiązują automatycznie także państwa, które nie brały żadnego udziału w ich tworzeniu, ani ich nie uznały.¹¹

I zarzut ten można stosunkowo łatwo odeprzeć.

Przyjęcie kryterium uznania wcale nie znaczy, że wszystkie państwa, która daną normę zwyczajową są związane, muszą uczestniczyć w całym procesie powstawania zwyczajów. Wystarczy jeżeli nastąpi ich dostosowanie się do rozwiniętej już praktyki. Zachodzi to właśnie wówczas, gdy nowe państwo zaczyna

uczestniczyć w życiu międzynarodowym lub gdy dawne państwo znajdzie się w całkowicie nowej sytuacji faktycznej, np. gdy wskutek zmian terytorialnych uzyska dostęp do morza i swoim zachowaniem się stwarza domniemanie przyjęcia zastanych norm zwyczajowych. Taka interpretacja nie jest bynajmniej fikcją, jak twierdzi Kelsen,¹² lecz jak najbardziej odpowiada rzeczywistości. Nieporozumienie, zdaje się, tkwi w tym, że ex definitione domniemane uznanie zwyczaju za prawo wcale nie wymaga wyraźnych oświadczeń, ponieważ byłoby to już raczej swego rodzaju umową lub formalnym akcesem. Domniemanie uznania wynika po prostu z postępowania tak jak inne państwa, które już są związane obowiązującymi normami zwyczajowymi. Domniemane uznanie zastanych przez nie norm przejawia się niemal natychmiast w każdej czynności, w każdym akcie, jaki rząd takiego państwa podejmie. Już wysłanie lub przyjęcie pierwszego dyplomaty, wywieszenie bandery na najmniejszej szalupie, umocowanie boi na morzu terytorialnym, wszystko to jest widomym i jednoznacznym, choć milczącym uznaniem obowiązującego prawa zwyczajowego.

Zresztą w przypadku ubiegania się o uznanie przez nowe państwa nietrudno dostrzec się nawet wyraźnego przyjęcia zastanego przez niego prawa en bloc. Powszechnie przyjętym warunkiem uznania nowego państwa jest bowiem zamiar podporządkowania się przez nie zastanemu prawu międzynarodowemu.¹³ Artykuł 4 Karty Narodów Zjednoczonych pod tym względem wyraża jedynie istniejące poglądy i praktykę państwa nowopowstałe,

a ściśle: ich rządy, dokładają najczęściej wszelkich starań aby przekonać państwa pozostałe o swoim szczerym zamiarze przestrzegania już ustalonych zasad współżycia, w przeciwnym bowiem razie mają trudności w przyjęciu do społeczności międzynarodowej.¹⁴

W tej faktycznej konieczności podporządkowania się istniejącym zwyczajowym zasadom współżycia można oczywiście dopatrzeć się jakiegoś systemu norm obowiązujących niezależnie od domniemanej woli państw. O wiele prostszym i bardziej odpowiadającym rzeczywistości wyjaśnieniem jest jednak stwierdzenie że państwa nowe po prostu chcą się podporządkować zastanemu przez nie prawu zwyczajowemu, choćby niekiedy a contre-cœur ze względów czysto oportunistycznych. Dotyczy to zresztą nie tylko norm zwyczajowych, lecz także umów wielostronnych, do których nikt nie zaprzeczy, że nie wiążą automatycznie i że państwa nowe, formalnie biorąc, mogłyby odmówić przystąpienia do nich. W praktyce ta możliwość jest jednak raczej iluzoryczna. Np. nie sposób, z przyczyn pozaprawnych, a la longue, odmówić przystąpienia do Powszechnego Związku Pocztowego lub Międzynarodowej Unii Telekomunikacyjnej.

Należy zaznaczyć, że jeżeli rewolucyjne zmiany w strukturze społeczności państw nie pociągnęły za sobą natychmiast zasadniczych zmian w obowiązującym prawie zwyczajowym, to jest to wynikiem stosunkowej słabości politycznej i gospodarczej nowo powstałych państw. Sytuacja ta się zresztą szybko zmienia. Państwa nowopowstałe nie ograniczają się bynajmniej do milczą-

owego akceptowania zastanych przez nie norm, ale coraz natarczywiej domagają się czynnego udziału w ich tworzeniu lub rewizji. Jest nawet do pomyślenia, że nowopowstałe państwo lub grupy takich państw zastrzegą się przed uznaniem pewnych norm kwozajowych, które uważają one za krzywdzące dla siebie i że zastrzeżenie tego rodzaju będzie przez inne państwo przyjęte.¹⁵

W każdym razie, dopóki funkcjonowanie prawa międzynarodowego formalnie i faktycznie zależy od zgody państw, a więc dopóki to prawo jest prawem międzynarodowym w dotychczasowym znaczeniu, trudno w ogóle mówić o jego automatycznym obowiązywaniu.¹⁶

Z zarzutów teoretycznych stawianych kryterium uznania najpoważniejszy jest natury logicznej. Przyjęcie kryterium uznania prowadzi rzekomo w sposób nieunikniony do błędnego koła, ponieważ kryterium to samo musi jakoby także opierać się na woli państw.¹⁷ Nie miejsce tu na szczegółową analizę tego rodzaju zarzutów. Wystarczy wskazać, że bynajmniej nie ochroni od nich przyjęcie innych kryteriów, np. normy hipotetycznej, idei sprawiedliwości, poczucia prawnego itp. Natomiast z pewnością przyjęcie tego rodzaju kryteriów jest oddaleniem się od rzeczywistości, której prawo ma służyć.

Parafrazując klasyczne stwierdzenie sędziego Holmesa, można by powiedzieć, że prawo jest nie tyle oparte na logice, co na doświadczeniu.¹⁸ Samo kryterium przynależności do prawa

nie należy już do prawa, nie musi więc opierać się na niczyjej woli. Jest ono po prostu faktem stwierdzonym w mechanizmie stosunków międzynarodowych uwarunkowanym przez ogół czynników, które składają się na tak zwaną rzeczywistość międzynarodową.

Zarzuca się wreszcie całemu pozytywizmowi prawniczemu, a więc i koncepcji zwyczajowego prawa międzynarodowego opartej na domniemanej woli państw, że jest obojętny na wartości moralne, wsteczny, formalistyczny, statyczny i jako taki hamuje postęp w stosunkach międzynarodowych.²⁰ Zarzuty te wydają się także polegać na pewnym nieporozumieniu. W każdym razie oparcie zwyczajowego prawa międzynarodowego na domniemanej woli państw bynajmniej nie oznacza obojętności na kryteria moralne. Uniemożliwia to jedynie formalne narzucanie tego rodzaju kryteriów. Zarzut zaś wsteczności i hamowania postępu w tym wypadku jest typowym objawem naiwności, jaką często grzeszą nawet najpoważniejsi uczeni. Polega ona na obwinianiu skutków zamiast przyczyn i związanym z tym przesądzeniem, że wystarczy zmienić skutki, w tym wypadku podstawę prawa międzynarodowego, aby zmienić rzeczywistość międzynarodową. Winę za niezadawalający postęp w stosunkach międzynarodowych nie ponosi ta czy inna koncepcja prawa międzynarodowego. A także sama jej zmiana oczywiście nie udrowi tych stosunków. Nie ma natomiast wątpliwości, że przyjęcie kryteriów i postulatów zbyt oderwanych od rzeczywistości

i realnych możliwości ma skutek wręcz przeciwny postępowi, ponieważ przyczynia się do oazkowego ignorowania prawa, które staje się w ten sposób przysłowową martwą literą.²¹

Prawo międzynarodowe, jeżeli ma być czynnikiem prawdziwego postępu w stosunkach międzynarodowych, musi się opierać na coraz lepszym poznaniu i powszechnym zrozumieniu mechanizmu tych stosunków, zwłaszcza gwałtownie rosnącej współzależności państw. Takie poznanie i zrozumienie najskuteczniej przyczynia się do dobrowolnego tworzenia i przestrzegania przez państwa norm współdziałania, dla ich indywidualnego i zarazem wspólnego dobra.

K O N K L U Z J E

Przeprowadzone tu badania wykazały, że trudno już mówić obecnie o istnieniu pełnej ogólnie przyjętej koncepcji zwyczaju międzynarodowego. Można tylko stwierdzić pewną mniej lub więcej bardziej jaskrawą zbieżność poglądów na kilka podstawowych problemów zwyczaju i zwyczajowego prawa międzynarodowego.

Takie zbliżenie stanowisk zarysowuje się obecnie np. w odniesieniu do kluczowego problemu elementów zwyczaju międzynarodowego. Zarówno ogólnie obowiązujące normy traktatowe, orzecznictwo Trybunału haskiego a za nim także piśmiennictwo zgadza się w tym, że na zwyczaj międzynarodowy składa się odpowiednia praktyka i uznanie jej przez państwa zainteresowane.

Element praktyki polega głównie na pewnej prawidłowości zachowania się organów państw, której jednak bliżej z góry nie można określić. W każdym razie musi ona być tego rodzaju, aby dawała podstawę do domniemania, że została uznana przez państwa zainteresowane za wiążący sposób postępowania.

Wymóg uznania praktyki, określany jeszcze niekiedy przez autorów wieloznacznym terminem "opinio juris sive necessitatis"

coraz bardziej sprowadza się obecnie do milozącego tolerowania praktyki.

Punkt 1(b) art. 38 Statutu Trybunału, który bez zmian obowiązuje od r. 1920, nie odpowiada już w pełni przeważającym obecnie poglądom. Poza wadliwą redakcją tego punktu, gdyż nie norma zwyczajowa (mylnie nazwana w tym punkcie "zwyczajem") jest dowodem "praktyki uznanej za prawo", lecz przeciwnie, "praktyka" jest dowodem normy zwyczajowej, nie ma obecnie powodu do ograniczenia praktyki tylko do praktyki "ogólnej"; skoro sam Trybunał uznaje normy zwyczajowe partykularne.

O tym, jak zwyczaje międzynarodowe powstają, wiadomości są nadal skąpe. W każdym razie, nie ulega już, jak się zdaje, wątpliwości, że jest to proces złożony, ciągły i żywiłowy. [Bardzo ogólnie biorąc polega on na wzajemnym wysuwaniu przez państwa roszczeń w postaci faktów dokonanych i na ustosunkowaniu się do tych roszczeń przez ich tolerowanie lub odrzucenie. Tolerowanie faktów dokonanych prowadzi z czasem do powstania zwyczaju i w konsekwencji do obowiązywania normy zwyczajowej. Można więc krótko powiedzieć, że zwyczaje międzynarodowe powstają w wyniku współpracy i współzawodnictwa państw.] Nie można natomiast ustalić żadnych sztywnych warunków powstawania zwyczajów. Do niedawna panujący pogląd, że proces ten jest powolny, traci już na aktualności. Wraz z gwałtownym przyspieszeniem i wzbogaceniem się obrotu międzynarodowego, przyspieszeniu także ulega proces powstawania zwyczajów. Do czynników, które obecnie szczególnie dużą

odgrywają w nim rolę, zaliczają się: działalność Trybunału
haskiego i organizacji międzynarodowych.

Wśród wniosków dotyczących już bezpośrednio norm zwy-
czajowych prawa międzynarodowego wymienić należy definityw-
nie przyjęty ich podział na normy powszechnie obowiązujące
i partykularne; przy czym dla powszechnego obowiązywania
normy zwyczajowej wystarczy praktyka części państw, jeżeli
jest ona w sposób domniemany uznana za obowiązującą przez
państwa pozostałe. Śluszne jest także wyróżnienie norm wyjąt-
kowych, które stanowią uprawnienie jednego lub kilku państw
w stosunku do całej społeczności międzynarodowej. Celowe
jest również odróżnienie norm regulujących pewną dziedzinę
współżycia po raz pierwszy od norm zmieniających normy już
istniejące.

Określając stosunek norm zwyczajowych do traktatowych
należy stwierdzić, że różnią się one między sobą w sposób
zasadniczy. Podczas gdy normę traktatową tworzy czynna
wyraźnie zmanifestowana wola uregulowania pewnej dziedziny
stosunków między państwami, norma zwyczajowa opiera się
na faktycznie już uregulowanej drogą praktyki dziedzinie
stosunków.

Granica między normami zwyczajowymi i traktatowymi nie jest
jednak ostra. Istnieje coraz więcej norm prawa międzynarodowe-
go, na których obowiązywanie składają się zarówno elementy
zwyczajowe jak i traktatowe. Należałoby więc wyróżnić jeszcze
trzeci rodzaj norm tego prawa, które można by nazwać

normami pośrednimi.

Przeciwie jak w przypadku norm traktatowych, nie ma powodu do przeciwstawienia normom zwyczajowym tzw. ogólnych zasad prawa uznanych przez narody cywilizowane. Te ostatnie bowiem, jako podstawa wyrokowania Trybunału, i tak muszą spełniać (i rzeczywiście spełniają) warunki norm zwyczajowych.

Stosunek norm zwyczajowych do uchwał organizacji międzynarodowych zależy od czynników, jakim te uchwały zawdzięczają swoją moc wiążącą. Np. uchwały wiążące na mocy samego statutu pod względem ich stosunku do norm zwyczajowych upodabniają się do norm traktatowych, natomiast uchwały formalnie nie wiążące, które weszły w życie drogą praktyki, są typowymi normami o charakterze pośrednim.

Dla praktyki międzynarodowej szczególnie ważna jest czynność tzw. ustalania norm zwyczajowych, co obejmuje ustalanie ich treści i zakresu mocy wiążącej. Niesporne jest obecnie, że nie ma żadnych ograniczeń w doborze środków ustalania (czyli dowodów) norm zwyczajowych. Nie można też wyczerpująco wyliczyć, jakie fakty mogą mieć znaczenie dla takiego ustalenia normy, czy dowodu spełnienia poszczególnych elementów zwyczaju, dzięki któremu ustalana norma obowiązuje. Wążywszy, że dowód elementu uznania jest bardzo trudny, najczęściej rezygnowano z jego przeprowadzenia przyjmując spełnienie tego elementu na podstawie samej praktyki i braku protestu przeciwko niej.

Coraz bardziej paląca konieczność pokojowego współdziałania wszystkich państw, mimo dzielących je różnic, odsunęła jakby nieco na drugi plan odwieczne spory doktrynalne na temat twz. podstawy mocy wiążącej prawa międzynarodowego. Orzecznictwo Trybunału, działalność Komisji Prawa Międzynarodowego i w ogóle cała rzeczywistość międzynarodowa, na którą składa się ponad sto dziesięć formalnie niezależnych i równych wobec prawa państw, które nadal uważają się za związane "wyłącznie swoją wolą", wskazuje, że jedynym rzeczywiście powszechnym nie przyjętym kryterium zaliczenia pewnej zasady postępowania do norm zwyczajowych prawa międzynarodowego jest domniemane uznanie tej zasady przez państwa zainteresowane.

Z pewnością kryterium to nastęrcza trudności teoretyczne. Nie są one jednak mniejsze przy przyjęciu innych kryteriów. Natomiast kryterium przynależności do prawa zwyczajowego oparte na uznaniu państw, będąc słaboko demokratyczne i zrozumiałe w każdym zakątku świata, wzbudza zaufanie wszystkich ludów.

W obecnej społeczności międzynarodowej, tylko zwyczaj będący dobrowolnie w sposób domniemany uznanym przez państwa sposobem postępowania, który wykształcił się w ich wzajemnych stosunkach, może dać początek normie zwyczajowej prawa międzynarodowego.

Ewolucja brzmienia punktu 1(b) artykułu 38 Statutu TrybunałuProjekt barona Descamps (Committee, s. 306)

la coutume internationale comme attestation d'une pratique commune des na- tions, acceptée par elles comme loi.	international custom, being practice between nations accepted by them as law.
---	---

Projekt Roota i Phillimora (Committee, s. 344)

j. wyżej

jak wyżej

Projekt Descamps i Phillimora zmieniony przez Ricci-
-Busattiego (Ibid., s. 351)

la coutume internationale, comme attestation d'une pra- tique commune des dits Etats, acceptée par eux comme loi.	international custom as evidence of common practice among said Sta- tes, accepted by them as law.
--	---

Nowa redakcja projektu Root-Phillimore
(Ibid., s. 548)

La coutume internationale comme attestation d'une pratique commune des na- tions acceptée par elles comme loi.	International custom, as evidence of a common practice in use between nations and accepted by them as law.
--	--

Wstępny projekt Komitetu Redakcyjnego
(Ibid., s. 567)

la coutume internationale, attestation d'une pratique commune, acceptée comme loi.	international custom, as evidence of a general practice, accepted as law.
--	---

Tekst przyjęty w pierwszym czytaniu

(Ibid., s. 665)

jak wyżej

International custom, being the recognition of a general practice accepted as law.

Projekt wstępny (Draft, scheme) (Ibid., s. 678)

jak wyżej

international custom, as evidence of a general practice, which is accepted as law.

Tekst przyjęty przez Doradczy Komitet Prawników

(Ibid., s. 730)

jak wyżej

jak wyżej

Obecny tekst punktu 1(b) art. 38 Statutu

jak wyżej

jak wyżej

Tekst rosyjski

Międzynarodny obyczaj, jak dowództwo wszechstronnej praktyki, uznanej w kaczestwie prawowej normy.