

Rozdział I. Zagadnienia wstępne

Literatura: *D. Armstrong, T. Farrell, H. Lambert*, International Law and International Relations, wyd. 2, Cambridge 2012; *A. Aust*, Handbook of International Law, wyd. 3, Cambridge 2014; *J. Barcik, T. Srogosz*, Prawo międzynarodowe publiczne, wyd. 4, Warszawa 2019; *R. Bierzanek, J. Symonides*, Prawo międzynarodowe publiczne, wyd. 8 zmienione, Warszawa 2021; *J. Crawford*, Brownlie's Principles of Public International Law, wyd. 9, Oxford 2019; *P. Gaeta, J.E. Viñuales, S. Zappalá*, Cassese's International Law, wyd. 3, Oxford 2020; *W. Czaplinski, A. Wyrozumka*, Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe, wyd. 3, Warszawa 2014; *T.R. Van Devort*, International Law and Organization. An Introduction, wyd. 1, Thousand Oaks–London–New Delhi 1998; *M. Dixon*, Textbook on International Law, wyd. 7, Oxford 2013; *M. Dixon, R. McCorquodale, S. Williams*, Cases & Materials on International Law, wyd. 6, Oxford 2016; *M. Evans* (red.), International Law, wyd. 5, Oxford 2018; *D.J. Harris*, Cases and Materials on International Law, wyd. 8, London 2015; *B. Kuźniak, M. Marcinko*, Organizacje międzynarodowe, wyd. 3, Warszawa 2008; *J. Klabbers*, An Introduction to International Institutional Law, wyd. 2, Cambridge 2012; *H. Lauterpacht*, The Function of Law in the International Community, Oxford 2011; *P. Malanczuk*, Akehurst's Modern Introduction to International Law, wyd. 7 poprawione, London–New York 1999; *J. Menkes* (red.), Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania, Warszawa 2006; *J. Pienkos*, Prawo międzynarodowe publiczne, Kraków 2004; *M.N. Shaw*, International Law, wyd. 9, Cambridge 2021; *R.M.M. Wallace, O. Martin-Ortega*, International Law, wyd. 9, London 2020.

§ 1. Uwagi terminologiczne

Niniejszy podręcznik poświęcony jest wybranym zagadnieniom prawa międzynarodowego publicznego. W kolejnych rozdziałach przedstawione zostaną 1
kluczowe kwestie związane ze źródłami tegoż porządku prawnego, jego podmiotami oraz zasadami ich współdziałania na arenie międzynarodowej. Nim jednak przejdziemy do omówienia tychże zagadnień, warto na wstępie poczynić kilka uwag natury wprowadzającej, które pozwolą od razu dostrzec elementy specyficzne dla interesującego nas reżimu normatywnego.

Punktem wyjścia powinna być definicja prawa międzynarodowego publicznego. Otóż, jak jest to powszechnie przyjęte, **prawo międzynarodowe publiczne to szczególnego rodzaju system prawny, który tworzy zasady oraz mechanizmy współpracy państw, organizacji międzynarodowych oraz in-** 2

nych uznanych podmiotów tegoż systemu prawnego¹. Dla przejrzystości wywodów należy od razu dokonać rozróżnienia prawa międzynarodowego publicznego, prawa prywatnego międzynarodowego oraz prawa Unii Europejskiej². W istocie są to odrębne systemy prawne, przy czym niekiedy ich wzajemne relacje mogą mieć niezwykle złożony charakter.

- 3 Nie ulega wątpliwości, iż **prawo prywatne międzynarodowe to element prawa wewnętrznego każdego państwa regulujący kwestie prywatnoprawne powstające na styku różnych krajowych systemów prawnych**. Należy jednak podkreślić, iż współcześnie instrumenty prawa międzynarodowego publicznego, w tym przede wszystkim umowy międzynarodowe, stanowią element ujednociający przepisy prawa prywatnego międzynarodowego³. Podobnie rzecz się ma w przypadku prawa UE, które począwszy od 2000 r. coraz częściej obejmuje swoim zakresem problematykę reguł kolizyjnych⁴.

Odrębnym zagadnieniem jest rozróżnienie prawa międzynarodowego publicznego od prawa UE. Kwestia ta jest przedmiotem rozlicznych badań doktrynalnych, które jak na razie nie dają jasnej odpowiedzi, czy prawo UE to część prawa międzynarodowego publicznego, czy też, zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jest to nowy system prawny. Jak zostało to wyrażone w Opinii Nr 1/91, „(...) Traktat EWG [obecnie Traktat o Unii Europejskiej oraz Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej], chociaż zawarty w formie umowy międzynarodowej, stanowi niemniej kartę konstytucyjną Wspólnoty [Unii] opartą na zasadzie praworządności. Traktaty Wspól-

¹ Kwestia definicji prawa międzynarodowego jest przedmiotem licznych rozważań doktrynalnych, szerzej zob. m.in.: *R. Bierzanek, J. Symonides*, Prawo międzynarodowe publiczne, Warszawa 2001, s. 18–20; *J. Gilas*, Prawo międzynarodowe, wyd. 2, Toruń 1999, s. 22 i nast.; *T. Hillier*, Sourcebook on Public International Law, London–Sydney 1998, s. 5 i nast.; *P. Malanczuk*, Akehurst's Modern Introduction to International Law, wyd. 7, London–New York 1999, s. 1–2.

² Przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony (1.12.2009 r.) równolegle istniały trzy Wspólnoty Europejskie (Europejska Wspólnota Węgla i Stali (do 2002 r.), Europejska Wspólnota Energii Atomowej oraz Wspólnota Europejska) oraz Unia Europejska. W ramach trzech Wspólnot Europejskich powstał unikalny system prawny, natomiast w obszarach integracyjnych objętych ówczesnym Traktatem o Unii Europejskiej obowiązywały odmienne reguły odzwierciedlające międzyrządowy charakter współpracy w zakresie Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa oraz Współpracy Policyjnej i Sądowej w Sprawach Karnych. Traktat z Lizbony przewidział likwidację Wspólnoty Europejskiej oraz sukcesję jej dorobku prawnego przez Unię Europejską. Mając powyższe na uwadze, w niniejszej książce posługujemy się terminem „prawo Unii Europejskiej”, zaś w cytatach z orzecznictwa lub literatury aktualizacja stosowanych terminów zamieszczona jest w nawiasach kwadratowych.

³ Szerzej zob. m.in.: *M. Pazdan*, Prawo prywatne międzynarodowe, Warszawa 2017.

⁴ Por. np. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 1215/2012 z 12.12.2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, Dz.Urz. UE L z 20.12.2012 r., s. 1.

not [Unii] ustanowiły nowy porządek prawny, w którym państwa członkowskie ograniczyły swe prawa suwerenne, a którego podmiotami są nie tylko państwa członkowskie, lecz i jednostki. Podstawowymi cechami tak ustanowionego porządku prawnego Wspólnot [Unii] są w szczególności prymat nad prawem państw członkowskich oraz bezpośrednia skuteczność licznych postanowień¹. W miarę rozwoju prawa UE oraz zasad jego stosowania (w tym przede wszystkim zasady pierwszeństwa, zasady skutku bezpośredniego i bezpośredniej stosowalności) coraz bardziej uprawniona wydaje się być teza, iż mamy tu w istocie do czynienia z zupełnie nowym porządkiem prawnym, który wykształcił się na gruncie regulacji prawnomiędzynarodowych².

Warto ponadto wspomnieć o Europejskim Obszarze Gospodarczym. Stanowi on przestrzeń prawną łączącą państwa członkowskie UE i trzy państwa EFTA – Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (Norwegię, Islandię, Liechtenstein), w której zapewnione są swobody rynku wewnętrznego (swobodny przepływ towarów, osób, usług, swoboda przedsiębiorczości oraz swoboda przepływu kapitału i płatności) oraz szereg polityk gospodarczych (w tym przede wszystkim zasady prawa konkurencji oraz pomocy publicznej). Warto w tym kontekście dodać, iż jednym z celów EOG było od początku stworzenie homogenicznej przestrzeni prawnej. Idea ta została nie tylko sformułowana w preambule do porozumienia o EOG, ale także w jurysprudenencji Trybunału EFTA. **Zgodnie z podstawowymi zasadami funkcjonowania EOG państwa EFTA są związane prawem UE i ciąży na nich obowiązek implementacji dyrektyw oraz rozporządzeń do prawa wewnętrznego.** Orzecznictwo Trybunału EFTA, będącego organem sądowym dla państw EOG-EFTA, pokazuje, iż system prawny EOG nie stanowi wprawdzie odrębnego porządku prawnego, jak jest to w przypadku prawa UE, niemniej jednak można go zakwalifikować jako swoistą hybrydę między prawem UE a prawem międzynarodowym publicznym³.

¹ Opinion 1/91 Draft agreement between the Community, on the one hand, and the countries of European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area, ECR [1991] I-6079, tłumaczenie za: *W. Czaplinski, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrózumska* (wybór i redakcja), *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, Warszawa 2001, s. 33.

² Szerzej zob. m.in.: *M.M. Kenig-Witkowska* (red.), *A. Łazowski, R. Ostrihansky*, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, Warszawa 2017. Zob. również cytowana tamże literatura przedmiotu.

³ Szerzej zob. m.in.: *A. Łazowski*, *EEA Countries (Iceland, Liechtenstein and Norway)*, [w:] *S. Blockmans, A. Łazowski* (red.), *The European Union and Its Neighbours. A Legal Appraisal of the EU's Policies of Stabilisation, Partnership and Integration*, The Hague 2006, s. 95 i nast.

§ 2. Elementy charakterystyczne prawa międzynarodowego publicznego

- 5 Podobnie jak każdy system prawny, także prawo międzynarodowe publiczne charakteryzuje się określoną specyfiką. Przystępując do analizy prawa międzynarodowego publicznego, należy jednak pamiętać, iż w swej zasadniczej mierze jest ono porządkiem prawnym tworzonym przez państwa na ich własne potrzeby. Takie założenie determinuje wiele rozwiązań dotyczących procesu tworzenia prawa, jego stosowania, zasad ponoszenia odpowiedzialności oraz rozstrzygnięcia sporów.
- 6 Nie ulega wątpliwości, iż **podmiotami** prawa międzynarodowego publicznego są przede wszystkim **państwa**. Co więcej, praktycznie do drugiej połowy XX w. państwa były powszechnie uważane za jedyny podmiot interesującego nas porządku prawnego. Zmiany takiego stanu rzeczy przyniósł dopiero rozwój sytuacji na arenie międzynarodowej zaistniały w okresie po drugiej wojnie światowej. W pierwszej kolejności uznano podmiotowość prawnomiędzynarodową **organizacji międzynarodowych**. Stało się tak po wydaniu przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości¹ opinii doradczej w sprawie *Bernadotte*. Następnie zaś, w efekcie powołania zasad odpowiedzialności osób fizycznych za zbrodnie popełnione w czasie drugiej wojny światowej oraz dynamicznego rozwoju systemów ochrony praw człowieka (w tym w szczególności regionalnego systemu Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności), doszło do wykształcenia się koncepcji podmiotowości osób fizycznych w prawie międzynarodowym².
- 7 Kolejną cechą charakterystyczną prawa międzynarodowego publicznego są formy prawne, w których tworzone są normy tegoż porządku prawnego. Na wstępnym etapie wywodów należy zauważyć, iż brak jest prawnie wiążącego pełnego wykazu źródeł prawa, choć w doktrynie za punkt wyjścia w tym zakresie traktuje się postanowienia art. 38 ust. 1 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Należy jednak pamiętać, że literalna wykładnia tychże postanowień skłania do tezy, iż jest to jedynie wykaz źródeł orzekania MTS, co więcej – nieuwzględniający wszystkich stosowanych współcześnie kategorii źródeł prawa międzynarodowego. Bezspornie źródłami o największej doniosłości praktycznej są przepisy prawa zwyczajowego oraz umowy międzynarodowe. Ponadto odnotowuje się znaczący wzrost rangi prawotwórczych uchwał organizacji międzynarodowych oraz całego wachlarza instrumentów niewiązących, często określanych mianem prawa miękkiego (ang. *soft law*).

¹ ICJ Rep. [1949], s. 174.

² Szerzej zob. rozważania w rozdz. IV niniejszego podręcznika.

Elementem specyficznym dla prawa międzynarodowego publicznego jest również charakter jego norm, a przede wszystkim kwestie ich wzajemnej hierarchii. Znakomitą większość norm interesującego nas porządku prawnego stanowią normy dyspozytywne (*ius dispositivum*), natomiast w mniejszości są normy imperatywne (*ius cogens*)¹. Pomimo iż w doktrynie nie ma zgody co do katalogu norm *ius cogens*, wydaje się, że można stworzyć pewien niesporny wykaz takich norm. Z całą pewnością można tu zaliczyć zakaz użycia siły, zakaz ludobójstwa i tortur czy też zakaz dyskryminacji rasowej². Godzi się odnotować, iż w świetle Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów sprzeczność z normami *ius cogens* jest przesłanką nieważności bezwzględnej umowy międzynarodowej (art. 53 KPT)³. Istotną kwestią prawną wymagającą przedstawienia na tym etapie wywodów jest problematyka hierarchii norm prawa międzynarodowego publicznego. Odmienne bowiem niż jest to w krajowych porządkach prawnych, w interesującym nas systemie prawnym nie mamy do czynienia z precyzyjnie określoną hierarchią norm z dominującą pozycją aktu rangi konstytucyjnej. W praktyce centralną rolę systemową odgrywa Karta Narodów Zjednoczonych i z tego względu jest ona często określana mianem konstytucji dla stosunków międzynarodowych. Do tego przyczynia się nie tylko formalna i praktyczna ranga, jaką ma we współczesnym świecie Organizacja Narodów Zjednoczonych, ale również postanowienia art. 103 Karty NZ, zgodnie z którymi: „W razie sprzeczności między zobowiązaniami członków Organizacji Narodów Zjednoczonych wynikającymi z niniejszej Karty a ich zobowiązaniami wynikającymi z jakiegokolwiek innego porozumienia międzynarodowego przeważają zobowiązania wynikające z niniejszej Karty”.

Wspominając o źródłach prawa międzynarodowego, należy odnotować rozmaite proceduralne aspekty mechanizmu zaciągania zobowiązań międzynarodowych. Odmienne bowiem, niż jest to w krajowych porządkach prawnych, w porządku prawnym prawa międzynarodowego publicznego nie spotkamy centralnego organu prawodawczego odpowiedzialnego za tworzenie aktów prawnych. W istocie proces ten pozostawiony jest w gestii samych podmiotów prawa międzynarodowego, w tym przede wszystkim państw, i ma on bardzo złożony charakter. Normy prawa międzynarodowego tworzą jedynie ogólne ramy prawne dla procesu powstawania, zmian czy też wygasania norm tegoż porządku prawnego, przy czym najbardziej sformalizowany charakter mają mechanizmy powoływania do życia zobowiązań w formie traktatowej i w formie prawotwórc-

¹ Szerzej na temat pojęcia *ius cogens* zob. m.in. J.A. Frowein, *Ius Cogens*, [w:] R. Bernhardt (red.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, The Hague 1997, s. 65 i nast.

² Szerzej zob. m.in.: J.A. Frowein, *Ius Cogens*, s. 66–67.

³ Odpowiednio art. 53 KPTO.

czych uchwał organizacji międzynarodowych. Dziedzina prawa międzynarodowego regulująca te właśnie kwestie jest określana mianem **prawa traktatów**¹.

10 Należy zauważyć, iż cechą charakterystyczną interesującego nas porządku prawnego jest brak scentralizowanych organów egzekwowania prawa. Specyfikę prawa międzynarodowego publicznego obrazują mechanizmy rozstrzygnięcia sporów oraz zasady ponoszenia odpowiedzialności międzynarodowej². W doktrynie tradycyjnie wyróżnia się katalog mechanizmów rozstrzygnięcia sporów obejmujący metody dyplomatyczne (negocjacje, dobre usługi, mediacje, komisje śledcze i koncyliację), postępowanie przed organami ONZ oraz mechanizmy arbitrażowe i sądowe. Jak pokazuje praktyka, ze względu na naturę politycznej decyzji zdecydowanie najczęściej zastosowanie znajdują dyplomatyczne techniki rozstrzygnięcia sporów, choć w przypadku sporów handlowych kluczową rolę odgrywa tryb ich rozwiązywania przed Organem Rozstrzygnięcia Sporów Światowej Organizacji Handlu. Zasady ponoszenia odpowiedzialności międzynarodowej państw zostały w ostatnich latach poddane procesowi kodyfikacji w ramach Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ. Podobnie jak jest to w przypadku innych poruszonych tu zagadnień, odzwierciedlają one specyfikę prawa międzynarodowego publicznego i jego podmiotów. Powyższa uwaga odnosi się zarówno do zasad odpowiedzialności, jak i mechanizmów jej realizacji.

11 Współczesne prawo międzynarodowe publiczne jest efektem wielowiekowej ewolucji³. Jego rozwój związany jest zarówno ze zmieniającymi się realiami współpracy międzynarodowej, jak i z dynamicznym rozwojem rozmaitych dóbr techniki. Pod wpływem tychże czynników przemianom ulegają dotychczasowe uregulowania prawa międzynarodowego publicznego, jak też następuje rozszerzenie zakresu przedmiotowego tegoż systemu prawnego na coraz nowsze obszary. Począwszy od 1999 r. jesteśmy świadkami zmian tak kluczowych pojęć, jak zasada suwerennej równości państw, ochrona praw człowieka, pojęcia *casus foederis* przewidzianego w art. 5 Traktatu Północnoatlantyckiego (TP) czy też, po wydarzeniach z 11.9.2001 r., problematyki prawa do samoobrony wyartykułowanego w regulacji art. 51 Karty NZ. Nie ulega wątpliwości, iż do wielkich wyzwań stojących współcześnie przed prawem międzynarodowym publicznym należy skuteczne egzekwowanie regulacji w zakresie walki z terroryzmem, sprawne funkcjonowanie Międzynarodowego Trybunału Karnego oraz innych międzynarodowych sądów karnych, czy też poddanie niezbędnej regulacji wielu kwestii związanych z funkcjonowaniem Internetu i rozwojem systemów sztucznej inteligencji.

¹ Szerzej zob. rozdz. II niniejszego podręcznika.

² Szerzej zob. rozdz. X i XI niniejszego podręcznika.

³ Szerzej na temat historii prawa międzynarodowego publicznego zob. m.in.: *M.N. Shaw*, *International Law*, wyd. 8, Cambridge 2017, s. 13 i nast. Zob. również cytowana tam literatura.

Rozdział II. Źródła prawa międzynarodowego

Literatura: *M. Akehurst*, Custom as a Source of International Law, 47 BYIL (1974–1975), s. 1; *A. Aust*, Modern Treaty Law and Practice, wyd. 3, Cambridge 2013; *R. Baratta*, Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties be Disregarded?, 11 EJIL (2000) s. 413; *M. Barelli*, The role of soft law in the international legal system: the case of the United Nations Declaration on the rights of indigenous peoples, 58 ICLQ (2009) s. 957; *D. Bederman*, Custom as a Source of Law, Cambridge 2010; *F. Benoit-Rohmer*, *H. Klebes*, Prawo Rady Europy. W stronę ogólnoeuropejskiej przestrzeni prawnej, wyd. 2, Warszawa 2019; *M. Beyers*, Custom, Power and the Power of Rules. International Relations and Customary International Law, wyd. 1, Cambridge 1999; *R. Bierzanek*, Studia nad społecznością międzynarodową. Źródła prawa międzynarodowego, wyd. 1, Lublin 1991; *tenże*, Some Remarks on „Soft” International Law, 17 POLYBIL (1988), s. 21; *L. Blutman*, In the trap of a legal metaphor: international soft law, 59 ICLQ (2010), s. 605; *D. Bowett*, Reservations to Non-Restricted Multi-Lateral Treaties, 48 BYIL (1976), s. 67; *M.J. Bowmann*, The Multilateral Treaty Amendment Process – A Case Study, 44 ICLQ (1995), s. 540; *A. Boyle*, *C. Chinkin*, The Making of International Law, Oxford 2007; *E. Cannizzaro*, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford 2011; *J. Charney*, Universal International Law, 87 AJIL (1993), s. 529; *tenże*, The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law, 56 BYIL (1985), s. 1; *C.M. Chinkin*, The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law, 38 ICLQ (1989), s. 850; *O. Corten*, *P. Klein* (red.), The Vienna Conventions on the Law of Treaties, Oxford 2011; *W. Czapliński*, Sources of International Law in the Nicaragua Case, 38 ICLQ (1989), s. 151; *tenże*, Podstawowe zagadnienia prawa umów międzynarodowych, Biuletyn Informacyjny Kancelarii Sejmu 1995, Nr 4 (27), wyd. 1; *tenże*, Znaczenie czasu w prawie międzynarodowym, SM 1992, Nr 4–6; *A.A. D’Amato*, The Concept of Special Custom in International Law, 63 AJIL (1969), s. 211; *J. D’Aspermont*, Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules, Oxford 2011; *J. D’Aspermont*, *S. Besson*, *S. Knuchel* (red.), The Oxford Handbook of the Sources of International Law, Oxford 2017; *P. Dumberry*, Incoherent and ineffective: the concept of persistent objector revisited, 59 ICLQ (2010), s. 779; *P.M. Dupuy*, The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law, 11 EJIL (2000), s. 19; *O. Elias*, The Nature of the Subjective Element in Customary International Law, 44 ICLQ (1995), s. 501; *M. Fitzmaurice*, *O. Elias*, *P. Merkouris*, Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2010; *M. Flemming*, Międzynarodowe prawo zwyczajowe, WPP 1995, Nr 3–4; *M. Frankowska*, Umowy międzynarodowe w formie uproszczonej, wyd. 1, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981; *taż*, Prawo traktatów, wyd. 1, Warszawa 1997; *R. Gardiner*, Treaty Interpretation, wyd. 2, Oxford 2017; *D. Hollis* (red.), The Oxford Guide to Treaties, wyd. 2, Oxford 2020; *Ch.C. Joyner* (red.), The United Nations and International Law, wyd. 1, Cambridge 1997; *T. Kegel*, Proces podejmowania uchwał, [w:] *T. Łoś-Nowak* (red.), Organizacje w stosunkach międzynarodowych. Istota – Mechanizmy działania – Zasięg, wyd. 5, Wrocław 2009; *B. Kurcz*, Dyrektywy

i ich implementacja do prawa krajowego, wyd. 1, Kraków 2004; *B. Kurcz, A. Łazowski*, Two Sides of the Same Coin? Framework Decisions and Directives Compared, 25 YEL (2006), s. 177; *B.D. Lopard*, Customary International Law. A New Theory with Practical Applications, Cambridge 2010; *tenże* (red.), Reexamining Customary International Law, Cambridge 2018; *A. Łazowski*, Rozporządzenie jako źródło prawa Wspólnot Europejskich, EPS 2007, Nr 3, s. 12; *P. Merkouris, J. Kammerhofer, N. Arajärvi* (red.), The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law, Cambridge 2022; *R. Piotrowicz*, The Time Factor in the Creation of Rules of Customary International Law, 21 PolYBIL (1994), s. 69; *J. Sándorski*, Nieważność umów międzynarodowych, wyd. 1, Poznań 1978; *W.A. Schabas*, The Customary International Law of Human Rights, Oxford 2021; *M.P. Scharf*, Customary International Law in Times of Fundamental Change Recognizing Grotian Moments, Cambridge 2013; *D. Shelton*, Normative Hierarchy in International Law, 100 AJIL (2006), s. 291; *K. Skubiszewski*, Uchwały prawotwórcze organizacji międzynarodowych, przegląd zagadnień i analiza wstępna, wyd. 1, Poznań 1965; *I.M.L. de Souza*, The Role of State Consent in the Customary Process, 44 ICLQ (1995), s. 521; *H. Thirlway*, The Law and Procedure of the International Court of Justice: Fifty Years of Jurisprudence, Oxford 2013; *tenże*, The Sources of International Law, wyd. 2, Oxford 2019; *C. Tomuschat, J. Thouvenin* (eds.), The Fundamental Rules of International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes, The Hague: Martinus Nijhoff 2006; *K. Walczak*, Struktura konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy na tle innych umów międzynarodowych, PiP 1996, z. 2, s. 55; *K. Wolfke*, Custom in Present International Law, wyd. 1, Wrocław 1964; *A. Wyrozumska*, The Antarctic Treaty as a Customary Law, 19 PolYBIL (1991–1992), s. 227; *taż*, Rewizja traktatów przez państwa trzecie, PiP 1992, z. 7, s. 58; *taż*, Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka, wyd. 1, Warszawa 2006; *taż*, Instrumenty międzynarodowe niewiążące prawnie (soft law lub flexible law), [w:] *A. Łazowski, R. Ostrihansky* (red.), Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka, Kraków 2005, s. 607.

§ 1. Zagadnienia wprowadzające

I. Znaczenie terminu „źródła prawa międzynarodowego”

12 Tradycyjnie w doktrynie prawa międzynarodowego publicznego terminowi „źródła prawa” nadaje się trzy zasadnicze znaczenia:

- 1) materialne,
- 2) formalne,
- 3) poznawcze.

13 W znaczeniu materialnym źródła prawa międzynarodowego oznaczają wszelkie przyczyny, przesłanki oraz czynniki, których zaistnienie wpływa na powstanie prawa międzynarodowego. Jako przykłady w doktrynie wymienia się m.in. współpracę i współzawodnictwo państw, także działalność organizacji międzynarodowych. W znaczeniu formalnym termin „źródła prawa międzynarodowego” oznacza formy prawne, w jakich kreowane są postanowienia prawa międzynarodowego. Do najważniejszych należy zaliczyć prawo zwyczajowe

oraz umowy międzynarodowe. Terminowi „źródła prawa międzynarodowego” można również nadać znaczenie poznawcze, dla określenia dokumentów oraz działań podmiotów prawa międzynarodowego, z których można czerpać znajomość prawa międzynarodowego publicznego. Swym zakresem obejmować więc będzie zarówno zbiory umów międzynarodowych i orzecznictwa, jak i dokumenty dyplomatyczne oraz oświadczenia organów państw i organizacji międzynarodowych.

W niniejszym podręczniku, ze względu na jego ograniczone ramy, przedmiotem analizy będą wyłącznie **źródła prawa międzynarodowego w znaczeniu formalnym**.

II. Źródła prawa międzynarodowego w znaczeniu formalnym

Analizę problematyki źródeł prawa międzynarodowego warto rozpocząć 14 od kilku uwag natury historycznej. Na przestrzeni wieków rozmaicie kształtowały się bowiem formy, w jakich tworzone było prawo międzynarodowe. Postępujące zmiany zarówno zakresu przedmiotowego, jak i podmiotowego uregulowań międzynarodowopravných wpływały w znaczący sposób na formy aktywności podmiotów prawa międzynarodowego. Historycznie najważniejszą rolę przypisywano normom zwyczajowym; dopiero XIX w. przyniósł częstsze wprowadzanie do obrotu prawnego umów międzynarodowych. Rozwój współpracy, ale też i współzawodnictwa państw, doprowadził w XX w. do dalszego rozwoju prawa zwyczajowego i prawa traktatowego. Szczególnie doniosłe stało się zawieranie umów wielostronnych, których jednym z założeń było skupienie jak największej liczby państw. Ostatnie stulecie wniosło również zupełnie nową jakość do współpracy międzynarodowej – organizacje międzynarodowe¹. Zakres ich działalności obejmuje niekiedy również i działalność prawotwórczą, dlatego też coraz częściej mówi się o prawotwórczych uchwałach organizacji międzynarodowych jako nowej formie tworzenia prawa międzynarodowego². Powołanie na gruncie europejskim organizacji o charakterze ponadnarodowym – Wspólnot Europejskich, oraz współcześnie UE, wyposażonych w istotne kompetencje legislacyjne – może dać asumpt do tezy, iż w przyszłości uchwały organizacji międzynarodowych mogą stać się równorzędnym źródłem prawa ze zwyczajem i umowami międzynarodowymi.

Tradycyjnie punktem wyjścia rozważań o źródłach prawa międzynarodowego jest **art. 38 ust. 1 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedli-** 15

¹ Szerzej zob. rozdz. VIII niniejszego podręcznika.

² Szerzej zob. m.in.: *J.E. Alvarez*, *International Organizations as Law-makers*, wyd. 1, Oxford 2006.

wości¹. Zgodnie z jego postanowieniami „Trybunał, którego funkcją jest rozstrzygać zgodnie z prawem międzynarodowym przedłożone mu spory, stosuje:

- a) konwencje międzynarodowe – bądź ogólne, bądź partykularne – ustanawiające normy wyraźnie uznane przez państwa spór wiodące;
- b) zwyczaj międzynarodowy, jako dowód ogólnej praktyki przyjętej za prawo;
- c) ogólne zasady prawa, uznane przez narody cywilizowane;
- d) z zastrzeżeniem postanowień art. 59, orzeczenia sądowe i poglądy posiadających najwyższe kwalifikacje pisarzy różnych narodów w zakresie prawa międzynarodowego, jako pomocniczy środek ustalania norm prawa”.

16 Podstawowy charakter mają **umowy międzynarodowe** oraz **prawo zwyczajowe** – można powiedzieć, iż stanowią one fundament prawa międzynarodowego publicznego. Istotną rolę odgrywają także **ogólne zasady prawa**. Zwraca uwagę rozwiązanie przyjęte w ust. 1 lit. d omawianego przepisu. Otóż jako źródło pomocnicze dla ustalania norm prawa międzynarodowego (a nie jako źródło prawa *per se*) uznano **judykaturę** oraz **doktrynę** prawa międzynarodowego publicznego.

Choć *prima facie* przepis ten zawiera katalog źródeł prawa międzynarodowego, jego głębsza analiza oraz analiza orzecznictwa MTS rysuje wiele wątpliwości natury zasadniczej. Przede wszystkim powstaje pytanie co do charakteru tego przepisu. Czy jest to katalog źródeł prawa międzynarodowego, czy tylko wykaz źródeł, które stanowią podstawę orzekania MTS? Poza tym, czy katalog ten ma charakter wyczerpujący, tzn. czy obejmuje wszystkie współcześnie uznawane źródła prawa międzynarodowego publicznego? W perspektywie też pojawia się bardzo istotna kwestia hierarchii źródeł prawa i idące za tym pytanie, jakie są wzajemne relacje między prawem zwyczajowym, umowami międzynarodowymi i innymi źródłami prawa międzynarodowego.

Literalna wykładnia art. 38 ust. 1 Statutu MTS prowadzi do konkluzji, iż w istocie zawarte w nim wyliczenie źródeł wyrokowania MTS stanowi wyłącznie wykaz podstaw działalności Trybunału. Biorąc jednak pod uwagę stanowisko większości przedstawicieli doktryny oraz fakt, iż zgodnie z postanowieniami art. 93 Karty NZ wszyscy członkowie ONZ są *ipso facto* stronami Statutu MTS², jak również brak innego katalogu źródeł prawa międzynarodowego, można postawić tezę, iż w istocie wyliczenie przewidziane w Statucie MTS jest powszechnie akceptowanym wykazem źródeł prawa międzynarodowego³.

Kwestią, która wymaga osobnego rozważenia, jest zupełność tego katalogu. Jak zostało to już zasygnalizowane powyżej, rozwój współpracy międzyna-

¹ Postanowienia art. 38 Statutu MTS są powtórzeniem rozwiązań przyjętych w art. 38 Statutu STSM działającego w ramach Ligi Narodów.

² Stronami Statutu MTS mogą być również państwa niebędące członkami ONZ.

³ *M.N. Shaw*, *International Law*, wyd. 8, Cambridge 2017, s. 52 i nast.

rodowej w ostatnich dekadach doprowadził do wykształcenia się nowych form tworzenia prawa międzynarodowego, nieprzewidzianych w art. 38 ust. 1 Statutu MTS. Na szczególną uwagę zasługują prawotwórcze uchwały organizacji międzynarodowych. Jak zauważa *J. Gilas*: „(...) w latach następujących po znegocjowaniu Statutu MTS ukształtowało się nowe źródło prawa międzynarodowego o tak kapitalnym znaczeniu i zarazem tak samodzielne, iż nie sposób podciągnąć go pod któreś z tradycyjnych źródeł prawa międzynarodowego. Źródłem tym są uchwały organizacji międzynarodowych”¹. Ponadto należy zwrócić uwagę na tzw. **prawo miękkie** (*soft law*) oraz na szczególną rolę **aktów jednostronnych państw** jako instrumentów o charakterze prawotwórczym. Podobnie jak prawotwórcze uchwały organizacji międzynarodowych, nie zostały one uwzględnione w art. 38 ust. 1 Statutu MTS. **Z tego też względu należy uznać, iż powyższe wyliczenie źródeł prawa międzynarodowego publicznego nie ma charakteru wyczerpującego.**

Krajowe systemy prawne charakteryzują się hierarchizacją formalnych źródeł prawa. Należy podkreślić, że konstrukcja taka jest obca prawu międzynarodowemu. Kolejność źródeł zamieszczonych w postanowieniach art. 38 ust. 1 Statutu MTS nie stanowi hierarchicznego uporządkowania. Biorąc więc pod uwagę aspekt formalnoprawny, prawo zwyczajowe, umowy międzynarodowe oraz ogólne zasady prawa są co do zasady **równorzędne** i, jak pokazują praktyka, wzajemnie mogą się uzupełniać.

III. Kodyfikacja prawa międzynarodowego

Jak zostało już powiedziane, prawo międzynarodowe publiczne było pierwotnie kształtowane przez normy o charakterze zwyczajowym. W miarę rozwoju między państwowego obrotu prawnego coraz bardziej powszechne było zaciąganie zobowiązań w formie umów międzynarodowych. Z rozmaitych względów prawnych i politycznych z czasem pojawiła się potrzeba kodyfikacji określonych reguł obowiązujących w pewnych obszarach regulacyjnych. W doktrynie odnotowuje się, iż punktem wyjścia dla interesującego nas procesu były kodyfikacje prywatne o charakterze nieoficjalnym. Druga połowa XIX w. przyniosła natomiast liczne kodyfikacje urzędowe, które otrzymały powszechny bądź regionalny status².

Nie ulega wątpliwości, iż kluczową rolę w tym zakresie odgrywa działalność Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ (będącej organem doradczym

¹ *J. Gilas*, Prawo międzynarodowe, s. 50.

² Szerzej zob. m.in.: *J. Pieńkos*, Prawo międzynarodowe publiczne, Kraków 2004, s. 89 i nast.

Zgromadzenia Ogólnego ONZ)¹. Jak wynika to *explicite* z postanowień art. 1 ust. 1 Statutu Komisji, „Komisja Prawa Międzynarodowego ma na celu popieranie stopniowego rozwoju prawa międzynarodowego oraz jego kodyfikacji”². Zadania Komisji obejmują, co do zasady, regulacje prawa międzynarodowego publicznego, choć dopuszczalne jest również rozszerzenie zakresu przedmiotowego prac na obszary prawa międzynarodowego prywatnego. Regulacje art. 15 Statutu Komisji precyzują dwa kluczowe pojęcia definiujące cele działalności Komisji. Termin „kodyfikacja” używany jest „w znaczeniu ściślejszego formułowania i systematyzowania norm prawa międzynarodowego w tych dziedzinach, w których istnieje już rozległa praktyka państw, precedensy i doktryna”. Natomiast pojęcie stopniowego rozwoju prawa międzynarodowego stosuje się „w znaczeniu przygotowania projektów konwencji w sprawach, które nie zostały jeszcze uregulowane przez prawo międzynarodowe lub w których praktyka państw nie rozwinęła się jeszcze w stopniu dostatecznym”.

Dorobek Komisji Prawa Międzynarodowego obejmuje wiele niezwykle istotnych umów o zasięgu powszechnym, w tym omawiane w niniejszym podręczniku konwencje wiedeńskie o prawie traktatów³, Konwencję wiedeńską o stosunkach konsularnych⁴, przyjęty w 2001 r. projekt artykułów dotyczących odpowiedzialności państw, czy też projekt artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych z 2011 r.⁵.

Współcześnie obserwuje się również podejmowanie działań kodyfikacyjnych o zasięgu regionalnym. Na gruncie europejskim znaczącą rolę w tym zakresie odgrywa działalność Rady Europy⁶. Dorobek RE obejmuje ponad 200 konwencji dotyczących m.in. ochrony socjalnej⁷, ekstradycji⁸, współpracy w sprawach karnych⁹, zwalczania korupcji¹⁰, zapobiegania terroryzmowi¹¹

¹ Szerzej zob. m.in.: Z. Galicki, Organizacja Narodów Zjednoczonych i rozwój prawa międzynarodowego, [w:] J. Symonides (red.), Organizacja Narodów Zjednoczonych. Bilans i Perspektywy, Warszawa 2006, s. 365 i nast.

² Tłumaczenie na j. polski za: P. Łaski, I. Gawłowicz, E. Cala, Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego publicznego, cz. 2, Szczecin 2001, s. 259 i nast.

³ Szerzej zob. dalsze rozważania niniejszego rozdziału.

⁴ Szerzej zob. rozdz. VI niniejszego podręcznika.

⁵ Szerzej zob. rozdz. X niniejszego podręcznika.

⁶ Szerzej zob.: F. Benoit-Rohmer, H. Klebes, Prawo Rady Europy. W stronę ogólnoeuropejskiej przestrzeni prawnej, Warszawa 2006.

⁷ Europejska Karta Społeczna, Dz.U. z 1999 r. Nr 8, poz. 67 ze zm.

⁸ Europejska konwencja z 13.12.1957 r. o ekstradycji, Dz.U. z 1994 r. Nr 70, poz. 307.

⁹ Europejska konwencja z 20.4.1959 r. o pomocy prawnej w sprawach karnych, Dz.U. z 1999 r. Nr 76, poz. 854 ze zm.

¹⁰ Prawnokarna konwencja z 27.1.1999 r. o korupcji, Dz.U. z 2005 r. Nr 29, poz. 249.

¹¹ Europejska konwencja z 27.1.1977 r. o zwalczaniu terroryzmu, Dz.U. z 1996 r. Nr 117, poz. 557.

i zwalczania handlu ludźmi¹. Szczególne miejsce w dorobku RE zajmuje Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (wraz z szesnastoma protokołami)².

§ 2. Prawo zwyczajowe

I. Wprowadzenie do zagadnień prawa zwyczajowego

Prawo zwyczajowe jest historycznie najwcześniej ukształtowanym źródłem 19
prawa międzynarodowego. Pomimo iż w ostatnim stuleciu znacznie wzrosło znaczenie umów międzynarodowych, prawo zwyczajowe w dalszym ciągu odgrywa istotną rolę w systemie prawa międzynarodowego. Warto jednocześnie odnotować fakt, iż wielu autorów stawia tezę o malejącym znaczeniu norm zwyczajowych i stopniowym ich wypieraniu przez inne formy tworzenia prawa międzynarodowego, w tym przede wszystkim przez prawo traktatowe³. Bez wątplenia zaletą norm zwyczajowych jest znaczne odformalizowanie procedury ich powstawania. W istocie, dla stworzenia lub zmiany dotychczas obowiązujących norm zwyczajowych, nie są potrzebne długotrwałe i kosztowne negocjacje między państwami. Jak wykazała praktyka, postanowienia prawa zwyczajowego mogą w pewnych sytuacjach kształtować się w bardzo krótkim czasie. Proces powstawania prawa zwyczajowego wynika z praktyki państw; jego wielką zaletą jest więc umożliwienie powstania prawa międzynarodowego zgodnie z bieżącymi potrzebami wynikającymi z obrotu międzynarodowego (co było szczególnie widoczne m.in. w momencie powstawania norm z zakresu prawa kosmicznego). Ponadto normy prawa zwyczajowego mogą wypełniać powstałe luki w regulacji międzynarodowoprawnej. Z drugiej strony jednak zwraca się uwagę na dużą ogólność i często brak precyzji postanowień prawa zwyczajowego. Problematiczne może być też ustalenie istnienia danej normy zwyczajowej, czyli innymi słowy, potwierdzenia istnienia elementów konstytutywnych normy zwyczajowej. Niezależnie od różnych poglądów przedstawicieli doktryny prawo zwyczajowe pozostaje bardzo istotnym źródłem prawa międzynarodowego, a co należy podkreślić ze szczególną stanowczością

¹ Konwencja Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi z 16.5.2005 r. Dz.U. z 2009 r. Nr 20, poz. 107.

² Europejska Konwencja z 4.11.1950 r. o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

³ Poglądy analizuje *M.N. Shaw*, *International Law*, s. 54 i nast. Por. też *A. Cassese*, *International Law*, wyd. 2, Oxford 2005, s. 165 i nast.

– w niektórych dziedzinach prawa jest głównym źródłem prawa regulującym daną materię (np. w zakresie odpowiedzialności międzynarodowej państw)¹.

20 **Prawo zwyczajowe można zdefiniować jako zespół norm prawa międzynarodowego publicznego ukształtowany w drodze jednolitej praktyki państw, działających w przekonaniu o prawnym obowiązku takiego działania.** Biorąc pod uwagę postanowienia art. 38 ust. 1 lit. b Statutu MTS (źródłem orzekania MTS jest „zwyczaj międzynarodowy, jako dowód powszechnej praktyki przyjętej za prawo”) oraz tezy orzecznictwa MTS, można wyodrębnić dwa zasadnicze elementy zwyczaju:

- **element obiektywny** – jednolitą, powtarzającą się w czasie praktykę określonej grupy państw;
- **element subiektywny** (*opinio iuris sive necessitatis*) – przeświadczenie, że dane działanie wynika z obowiązku prawnego, a nie z innych względów (np. względów politycznych, społecznych czy moralnych).

W doktrynie zauważalne są tendencje do wartościowania powyższych elementów zwyczaju. Pojawiły się nawet głosy podważające niezbędność – *opinio iuris sive necessitatis*. Zważywszy jednak na jednolitość orzecznictwa MTS w tej kwestii oraz stanowisko przeważającej części doktryny, poglądy te zalicza się do odosobnionych².

II. Rodzaje norm zwyczajowych

21 Podstawowy podział norm zwyczajowych dokonywany jest przy uwzględnieniu kryterium podmiotowego zakresu stosowania. Ze swej natury prawo zwyczajowe ma charakter powszechny, tzn. powinno swym zakresem obejmować jak najwięcej państw. Nie oznacza to jednak, iż aby powstała norma zwyczajowa, muszą być nią związane wszystkie państwa. W praktyce bowiem trudno jest wskazać normy zwyczajowe (poza tymi o charakterze *ius cogens*), którymi związane byłyby wszystkie państwa. Dlatego też normami o charakterze powszechnym określa się niekiedy postanowienia prawa zwyczajowego, którymi związane są najważniejsze państwa zainteresowane daną sferą obrotu międzynarodowego. Przykładem mogą być tu normy zwyczajowe w zakresie prawa kosmicznego, które, w znakomitym stopniu, pozostają w wąskim kręgu zainteresowań państw biorących czynny udział w eksploatacji przestrzeni kosmicznej. Innym przykładem mogą być normy zwyczajowe w zakresie pra-

¹ Szerzej zob. rozdz. X niniejszego podręcznika.

² Poglądy analizują R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, s. 29 i nast.; patrz również: R. Bernhardt, *Customary International Law*, [w:] R. Bernhardt (red.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I, The Hague 1992, s. 899 i nast.

wa morza. Jak zauważa *M. Dixon*, główną rolę w procesie kształtowania norm zwyczajowych w tym zakresie odgrywać będą państwa z dostępem do morza, a nie państwa śródlądowe, np. Austria¹. Ponadto przyjmuje się, że możliwe jest powstawanie norm zwyczajowych o charakterze regionalnym (lokalnym), którymi związane byłyby tylko określone grupy państw. Z tego też względu normy prawa międzynarodowego zwyczajowego możemy podzielić na dwie zasadnicze kategorie – **powszechne** i **regionalne (lokalne)**².

Wyróżnikiem nie musi być wyłącznie kryterium geograficzne, mogą nim być **także** przesłanki polityczne, kulturowe czy wyznaniowe. Dla przykładu warto wskazać, iż w sowieckiej nauce prawa międzynarodowego podnoszono istnienie norm zwyczajowych o zakresie regionalnym obowiązujących między państwami bloku socjalistycznego. Na przykład *G. Tunkin* uznawał doktrynę Breżniewa jako przykład takiej normy regionalnej. W jej świetle dopuszczalna była interwencja państw socjalistycznych dla zachowania ustroju socjalistycznego³.

Jest rzeczą godną odnotowania, iż podział na normy zwyczajowe powszechne i regionalne nie jest przewidziany w postanowieniach art. 38 ust. 1 lit. b Statutu MTS, zgodnie z którym zwyczaj to dowód **powszechnej** praktyki uznanej za prawo. Kwestia norm zwyczajowych o zasięgu regionalnym pojawiła się natomiast w działalności orzeczniczej Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, który *explicite* rozważył możliwość obowiązywania takich norm⁴. W doktrynie zazwyczaj podaje się wyroki MTS w sprawie azylowej⁵ oraz przejścia przez terytorium indyjskie⁶ jako egzemplifikację powyższej tezy⁷. Pierwsza sprawa dotyczyła zwyczaju regionalnego właściwego dla państw Ameryki Łacińskiej, druga zwyczajowej normy bilateralnej⁸.

W sprawie azylowej MTS rozważał kwestię zwyczaju regionalnego obejmującego swym zakresem tylko państwa Ameryki Łacińskiej⁹. Istnienie normy zwyczajowej podnoszone by-

¹ *M. Dixon*, *Textbook on International Law*, wyd. 7, Oxford 2007, s. 32.

² Na potrzeby niniejszego podręcznika nie będzie dokonywane rozróżnienie między zwyczajem regionalnym a lokalnym, terminy te używane są zamiennie. Szerzej zob.: *K. Wolfke*, *Custom in Present International Law*, Wrocław 1964, s. 89 i nast.

³ Podane za *D.J. Harris*, *Cases and Materials on International Law*, wyd. 7, London 2010, s. 19.

⁴ Por. *K. Wolfke*, *Custom*, s. 89.

⁵ ICJ Rep. 1950, s. 266.

⁶ ICJ Rep. 1960, s. 39.

⁷ Tak m.in. *M.N. Shaw*, *International Law*, s. 68 i nast.; *A. Cassese*, *International Law*, s. 163–165.

⁸ Szerzej zob. m.in.: *A.A. D'Amato*, *The Concept of Special Custom in International Law*, 63 AJIL (1969), s. 211 i nast.

⁹ Szerzej zob. m.in.: *H. Biggs*, *The Columbian-Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law*, 45 AJIL (1951), s. 728 i nast.