

Conclusion 11 Treaties 1.

A rule set forth in a treaty may reflect a rule of customary international law if it is established that the treaty rule:

- (a) codified a rule of customary international law existing at the time when the treaty was concluded;
- (b) has led to the crystallization of a rule of customary international law that had started to emerge prior to the conclusion of the treaty; or;

<<and the Court considers this review sufficient for present purposes also, in order to show that the principle of equidistance, as it now figures in Article 6 of the Convention, was proposed by the Commission with considerable hesitation, somewhat on an experimental basis, at most de lege ferenda, and not at all de lege lata or as an emerging rule of customary international law>> *North Continental Shelf*, para. 62

(c) has given rise to a general practice that is accepted as law (opinio juris), thus generating a new rule of customary international law.

2. The fact that a rule is set forth in a number of treaties may, but does not necessarily, indicate that the treaty rule reflects a rule of customary international law.

Treaty provisions may, inter alia: (1) not reflect customary international law; (2) reflect customary international law; or (3) be based on customary law, but not precisely reflect it. (*Law of War Manual 2016, United States Department of Defense*)

<< a. The fact that the above-mentioned principles, recognized as such, have been codified or embodied in multilateral conventions does not mean that they cease to exist and to apply as principles of customary law, even as regards countries that are parties to such conventions. Principles such as those of the non-use of force, nonintervention, respect for the independence and territorial integrity of States, and the freedom of navigation, continue to be binding as part of customary international law, despite the operation of provisions of conventional law in which they have been incorporated.">>

<< On a number of points, the areas governed by the two sources of law do not exactly overlap, and the substantive rules in which they are framed are not identical in content. But in addition, even if a treaty norm and a customary norm relevant to the present dispute were to have exactly the same content, this would not be a reason for the Court to take the view that the operation of the treaty process must necessarily deprive the customary norm of its separate applicability. Nor can the multilateral treaty reservation be interpreted as meaning that, once applicable to a given dispute, it would exclude the application of any rule of customary international law the content of which was the same as, or analogous to, that of the treaty-law rule which had caused the reservation to become effective.>>ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, para. 175

Wzbronione jest atakowanie lub bombardowanie w jakibądź sposób bezbronych wsi, domów mieszkalnych i budowli

<< It must be specially observed that no legal duty exists for the attacking force to restrict bombardment to fortification only. On the contrary, destruction of private and public budlings through bombaradment has always been and is still considered lawful, as it is one of the means to impress upon authorities the advisability of surrender>> L. Oppenheim, International Law: A Treatise

Prezydent Roosevelt zwrócił się do W. Brytanii, Francji, Niemiec, Włoch i Polski z następującym apelem: Waszyngton, dnia 1 września.

<< Brutalne bombardowanie z powietrza cywilnej ludności w niefortyfikowanych skupiskach podczas akcji wojennych, które szalały w najrozmaitszych częściach świata w ciągu ostatnich lat, powodując kalectwo 1 śmierć tysięcy bezbronych mężczyzn, kobiet i dzieci, wstrząsnęło sercem wszystkich cywilnych mężczyzn i niewiast oraz głęboko wzruszyły sumienie ludzkości (...) Dlatego także zwracam się publicznie do wszystkich rządów, które mogą wziąć udział w akcji wojennej, z tym, niecierpiącym zwłoki wezwaniem, aby wszystkie stwierdziły swe mocne postanowienie, **że ich siły zbrojne w żadnym wypadku i w żadnych okolicznościach nie przedsięwzją bombardowania z powietrza ludności cywilnej lub nieumocnionych miast, z tym zastrzeżeniem, że te same metody prowadzenia wojny sumiennie przestrzegane będą przez wszystkich wzajemnych przeciwników.** Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych>>

<< Not only must the acts **concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it.** The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the opinio juris sive necessitatis. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough. **There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty.**>> North Sea Continental Shelf", Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 77

Stosowanie amunicji precyzyjnego rażenia – czy norma traktatowa jest podstawą krystalizacji prawa zwyczajowego czy też nie posiada wyraźnego wpływu „normatywnego” na działania państw podczas konfliktu zbrojnego ?

| L.P                             | Operacja Allied Shield 1999 | Operacja Unified Protector 2011 | Iraqi Freedom 2003  | Desert Shield 1991                                |
|---------------------------------|-----------------------------|---------------------------------|---|---|
| Ilość lotów                     | 38 400                      | b.d                             | 41 404  | 93 000  |
| W tym lotów bojowych            | 30 484                      | 9700                            | 20 738  | 46 000  |
| Ilość zużytych pocisków         | 23 614                      | 7700                            | 29 199  | 18 000  |
| <b>% pocisków precyzyjnych</b>  | <b>33,00%</b>               | <b><u>100,00%</u></b>           | <b>66,00%</b>   | <b>8,00%</b>                                      |
| Straty cywilne                  | ok. 500 zabitych            | ok. 72 zabitych                 | Brak dokładnych danych ok. od 900 do 5000, odnosi się także do działań wojsk lądowych | 13 II 1991 bunkier Al – Firdos – ok. 300 zabitych |
| Stosunek pocisków na 1 zabitego | 47 pocisków                 | 106 pocisków                    |   |   |

#### Art. 57 Środki ostrożności

Ust. 2 pkt a, ppkt. II dobierając środki i metody ataku, przedsięwziąć wszystkie praktycznie możliwe środki ostrożności w celu uniknięcia, a przynajmniej sprowadzenia do minimum, nie zamierzonych strat w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych i szkód w dobrach o charakterze cywilnym;

Konwencje haskie z 1907 roku + Konwencje genewskie z 1949 roku – uniwersalna akceptacja jako dowód zwyczajowego charakteru norm w nich zawartych (Certainly, there are important, modern authorities for the proposition that the Geneva Conventions of 1949 have largely become expressions of customary international law, and both Parties to this case agree. The mere fact that they have obtained nearly universal acceptance supports this conclusion) *Ethiopia v. Eritrea Claim Commission, Partial Award: Prisoner of War, Ehtiopia`s Cliam, 2003.*

Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych

Znaczna część postanowień I PD ma status prawa zwyczajowego, ale nie wszystkie:

„the United States will consider itself legally bound by the rules contained in Protocol I only to the extent that they reflect customary international law, either now or as it may develop in the future” M. Matheson, *Remarks on the United States Position on the Relation of Customary International Law to*

## Artykuł 1

### Zasady ogólne i zakres stosowania

1. Wysokie Umawiające się Strony zobowiązują się do przestrzegania i zapewnienia przestrzegania niniejszego protokołu we wszelkich okolicznościach.

**2. W przypadkach nie objętych niniejszym protokołem i innymi umowami międzynarodowymi osoby cywilne i kombatanci pozostają pod ochroną i władzą zasad prawa międzynarodowego wynikających z ustalonych zwyczajów, zasad humanizmu oraz wymagań powszechnego sumienia.**

3. Niniejszy protokół, który uzupełnia Konwencje genewskie z dnia 12 sierpnia 1949 r. o ochronie ofiar wojny, ma zastosowanie w sytuacjach, o jakich mowa we wspólnym dla tych Konwencji artykule 2.

4. Sytuacje, o jakich mowa w ustępie poprzednim, obejmują konflikty zbrojne, w których ludy walczą przeciw panowaniu kolonialnemu i obcej okupacji oraz przeciw reżimom rasistowskim, wykonując swe prawo do samostanowienia zawarte w Karcie Narodów Zjednoczonych oraz w Deklaracji w sprawie zasad prawa międzynarodowego dotyczących przyjaznych stosunków i współpracy między państwami, zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych.

## Artykuł 42

### Osoby znajdujące się w statkach powietrznych

1. Osoba opuszczająca ze spadochronem statek powietrzny niezdolny do lotu nie powinna być przedmiotem ataku w czasie opadania

2. Osobie, która opuściła ze spadochronem statek powietrzny niezdolny do lotu, należy, w razie wylądowania jej na terytorium kontrolowanym przez stronę przeciwną, dać możliwość poddania się przed uczynieniem jej przedmiotem ataku, chyba że jest widoczne, iż podejmuje ona wrogie działanie

(„We support the principle that no order be given that there shall be no survivors nor an adversary be threatened with such an order or hostilities be conducted on that basis. This is contained in article 40. We also support the principle that persons, other than airborne troops, parachuting from an aircraft in distress, not be made the object of attack. This is, of course, contained in article 42.”) *Remarks on the United States Position on...*

## Artykuł 48

### Zasada podstawowa

W celu zapewnienia poszanowania i ochrony ludności cywilnej oraz dóbr o charakterze cywilnym strony konfliktu powinny zawsze odróżnić ludność cywilną od kombatantów oraz dobra o charakterze cywilnym od celów wojskowych i w związku z tym kierować swoje operacje jedynie przeciwko celom

wojskowym.

(„The next section of the Protocol deals with the critical subject of the protection of the civilian population, 2 which was the focus of much of the work of the Diplomatic Conference. Here again, much of this part of the Protocol is useful and deserving of treatment as customary law, although certain provisions present serious problems and do not merit such treatment”) *Remarks on the United States Position on...*

## Artykuł 52

### Ogólna ochrona dóbr o charakterze cywilnym

1. Dobra o charakterze cywilnym nie powinny być celem ataków ani represaliów. Dobrami o charakterze cywilnym są wszystkie dobra, które nie są celami wojskowymi w rozumieniu ustępu
2. Ataki powinny być ściśle ograniczone do celów wojskowych. Co się tyczy dóbr, celami wojskowymi są tylko takie, które z powodu swej natury, swego rozmieszczenia, swego przeznaczenia lub wykorzystania wnoszą istotny wkład do działalności wojskowej i których całkowite lub częściowe zniszczenie, zajęcie lub zneutralizowanie daje określoną korzyść w danej sytuacji.

<< It may be imperatively demanded by the necessities of war to seize or destroy enemy property in order to diminish the enemy's ability to conduct or sustain operations, such as railways, lines of communication, **and other war fighting and war sustaining infrastructure**>>

<< Notably, even important academic commentary that favors the U.S. claim to be able to target war-sustaining capabilities argues that the U.S. view must be based on customary international law that is broader in scope than the narrower definition of "military objectives" in Article 52(2)>> R. Goodman, The Obama Administration and Targeting "War-Sustaining" Objects in Noninternational Armed Conflict, *American Journal of International Law*

p. 668

## Artykuł 54

### Ochrona dóbr niezbędnych dla przetrwania ludności cywilnej

1. Zabronione jest stosowanie przeciwko osobom cywilnym głodu jako metody prowadzenia wojny.

#### Artykuł 55

#### Ochrona środowiska naturalnego

1. Podczas działań wojennych należy troszczyć się o ochronę środowiska naturalnego przed szkodami rozległymi, długotrwałymi i poważnymi. Ochrona obejmuje zakaz stosowania metod lub środków walki, które zmierzają albo które mogą zmierzać do wywołania takich szkód w środowisku naturalnym i przez to zagrozić zdrowiu lub przetrwaniu ludności.

KONWENCJA dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej z 1907 roku (IV Konwencja haska).

Zanim bardziej wyczerpujący kodeks praw wojennych będzie mógł być ułożonym, Wysokie Układające się Strony uważają za właściwe skonstatować, że w wypadkach, nieobjętych przepisami obowiązującymi, przyjętymi przez nie, ludność i strony wojujące pozostają pod opieką i władzą zasad prawa narodów, wypływających ze zwyczajów, ustanowionych między cywilizowanymi narodami, oraz z zasad humanitarności i wymagań społecznego sumienia.

<<The preamble is much more than a pious declaration. It is a general clause, making the usages established among civilized nations, the laws of humanity, and the dictates of public conscience into the legal yardstick to be applied if and when the specific provisions of the Convention and the Regulations annexed to it do not cover specific cases occurring in warfare, or concomitant to warfare.>> (*United States Military Tribunal at Nuremberg v. Krupp et al.* 1947-1948)

<<Finally, the Court points to the Martens Clause, whose continuing existence and applicability is not to be doubted, as an affirmation that the principles and rules of humanitarian law apply to nuclear weapons.>> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, para. 87

<<This is however an area where *opinio iuris sive necessitatis* may play a much greater role than *usus*, as a result of the aforementioned Martens Clause. In the light of the way States and courts have implemented it, this Clause clearly shows that principles of international humanitarian law may **emerge through a customary process under the pressure of the demands of humanity or the dictates of public conscience, even where State practice is scant or inconsistent.**>> *Prosecutor v. Kupreskic*, Trial Chamber Judgment 14 January 2000, IT-95-16-T, para. 527.

Czy taki pogląd można zaakceptować?

<<While the Martens Clause makes clear that the absence of a specific treaty provision on the use of nuclear weapons is not, in itself, sufficient to establish that such weapons are capable of lawful use, the Clause does not, on its own, establish their illegality. **The terms of the Martens Clause themselves make it necessary to point to a rule of customary international law which might outlaw the use of nuclear weapons. Since it is the existence of such a rule which is in question, reference to the Martens Clause adds little**>> Letter dated 16 June 1995 from the Legal Adviser to the Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom of Great Britain Northern Ireland, together with Written Comments of the United Kingdom, International Court of Justice *Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons* (Request for an Advisory Opinion by the United Nations General Assembly)

## TREATY ON THE PROHIBITION OF NUCLEAR WEAPONS (2017)

### Article 1 Prohibitions

1. Each State Party undertakes **never under any circumstances** to:

- a) Develop, test, produce, manufacture, otherwise acquire, possess or stockpile nuclear weapons or other nuclear explosive devices; (..)
- b) **Use or threaten to use nuclear weapons or other nuclear explosive devices;**

<<The UK has not taken part in the negotiation of this treaty, and does not intend to sign, ratify or become party to it. The treaty will therefore not be binding on the UK. **Furthermore, the UK would not accept any argument that this treaty can constitute a development of customary international law binding on the UK or on other non-parties.** Importantly, states possessing nuclear weapons have not taken part in the negotiations. As has been made clear, the UK, as a Nuclear Weapons State, has been pursuing a step by step approach to nuclear disarmament consistent with the NPT and its other treaty commitments. (UK statement following the conclusion of negotiations at the United Nations on a treaty prohibiting nuclear weapons, 2017.)

<< The dominant philosophy of international law is positivist. Obligations to the international community are therefore regulated through a combination of treaty and customary law. With regard to the laws of armed conflict, this has important implications. By refusing to ratify treaties or to consent to the development of corresponding customary norms, the powerful military States can control the content of the laws of armed conflict>> R. Ticehurst, *The Martens Clause and the Law of Armed Conflict*, International Review of the Red Cross, 317/1997

<<Notwithstanding, they are too general (Article 22) and unprecise (Article 23g), and also fail to take into account the specific nature of air operations (marking of targets), and, therefore, may only serve as auxiliary norms in determining the scope of rules binding on air force>> Z. Rotocki, Polish Directives of 1939 concerning Aerial Bombardment in the Light of International Rules of Air Warfare. Polish Yearbook of International Law, Vol. 3/1970

### **Desuetude**

On the other hand, where the parties themselves, without denouncing or purporting actually to terminate the treaty, have, over a long period, conducted themselves in relation to it more or less as though it did not exist, by failing to apply or invoke it or by other conduct evincing lack of interest in or reliance on it, it may be said that there exists what amounts to a tacit agreement of the parties, by conduct, to disregard the treaty and to consider it as being at an end.>> *Second Report on the Law of Treaties by Mr. G.G. Fitzmaurice*, Special Rapporteur, Yearbook of the International Law Commission:- 1957

**Protokół dotyczący przepisów o akcji wojennej łodzi podwodnych, ustalonych w części IV traktatu londyńskiego z dnia 22 kwietnia 1930 r., podpisany w Londynie dnia 6 listopada 1936 r.**

"(1) W akcji swojej względem statków handlowych, łodzie podwodne winny stosować się do przepisów prawa międzynarodowego, którym podlegają nawodne okręty wojenne.

"(2) W szczególności - z wyjątkiem przypadku uporczywej odmowy zatrzymania statku, po skierowaniu do niego przepisowego żądania, lub przypadku czynnego oporu przy rewizji - **okręt wojenny nawodny lub też podwodny, nie może zatopić statku handlowego, względnie uczynić**

**go niezdolnym do dalszej żeglugi, nie umieściwszy uprzednio pasażerów, załogi i dokumentów okrętowych w bezpiecznym miejscu.** W tym celu łodzie okrętowe nie mogą być uważane za miejsca bezpieczne, chyba że uwzględniając stan morza i warunków atmosferycznych, bezpieczeństwo pasażerów i załogi zostanie zapewnione przez bliskość lądu lub obecność innego statku, który byłby w możności zabrać ich na pokład".

<<Doenitz is charged with waging unrestricted submarine warfare contrary to the Naval Protocol of 1936 to which Germany acceded, and which reaffirmed the rules of submarine warfare laid down in the London Naval Agreement of 1930.

The prosecution has submitted that on 3rd September, 1939, the German U-boat arm began to wage unrestricted submarine warfare upon all merchant ships, whether enemy or neutral, cynically disregarding the Protocol; and that a calculated effort was made throughout the war to disguise this practice by making hypocritical references to international law and supposed violations by the Allies.

When his reports indicated that British merchant ships were being used to give information by wireless, were being armed and were attacking submarines on sight, he ordered his submarines on 17th October, 1939, to attack all enemy merchant ships without warning on the ground that resistance was to be expected. Orders already had been issued on 21st September, 1939, to attack all ships, including neutrals, sailing at night without lights in the English Channel.

In view of all the facts proved and in particular of an order of the British Admiralty announced on the 8th May, 1940, according to which all vessels should be sunk at sight in the Skagerrak, and the answers to interrogatories by Admiral Nimitz stating that unrestricted submarine warfare was carried on in the Pacific Ocean by the United States from the first day that nation entered the war, the sentence of Doenitz is not assessed on the ground of his breaches of the international law of submarine warfare.>> *Trial of the Major War Criminals Before the IMT, 1949*