

Prawo zwyczajowe

Prawo zwyczajowe (zwyczaj) - to zbiór reguł będących wynikiem ukształtowania się jednolitej praktyki państw, której towarzyszy przekonanie, że praktyka ta jest zgodna z prawem i przez prawo wymagana.

STMS – sprawa statku Lotus (1927) - „Reguły prawa wiążące państwa (...) wynikają z ich nieskrępowanej woli i zostały wyrażone w konwencjach i zwyczajach powszechnie przyjętych wyrażających zasady prawa”.

Definicja wskazuje na dwa elementy prawa zwyczajowego:

- element obiektywny (materialny) – jest nim praktyka państw,
- i, element subiektywny (psychologiczny) – jest nim towarzyszące jednolitej praktyce przekonanie państw - opinio iuris - że jest ona prawem wymagana.

Definicja jest prosta. Bliższe określenie jednak „istoty składników” prawa zwyczajowego jest bardziej skomplikowane.

(I) Element obiektywny zwyczaju - praktyka państw

(1). Jakie są znamiona praktyki państw ?

"Jedynie stała praktyka, efektywnie i niezmiennie wykonywana może generować regułę międzynarodowego prawa zwyczajowego.", stwierdza passus orzeczenia arbitrażowego w sprawie przewozów lotniczych z 1965 roku; USA v. Włochy.

Jakie są zatem przejawy (akty) praktyki o takich właśnie cechach ? Praktyką jest:

- sekwencja zachowań, czynności, działań, które materialnie, zmierzają do ukształtowania nowej sytuacji poddanej prawno-międzynarodowemu reżimowi i utrwalania tego stanu rzeczy; to następstwo podejmowania tzw. „physical acts”, których przejawem będzie (jest) prawna (ustawowa) regulacja danej dziedziny obrotu i praktyczne implementowanie przyjętej regulacji;
- sekwencja zachowań, które na podejmowaniu materialnych działań nie polegają, a przejawem których są jedynie wypowiedzi (tzw. „verbal acts”) pozostające w relacji wobec danej sytuacji;

Sens rozróżnienia „physical acts” i „verbal acts” wyraża proces kształtowania się istotnej dla ekonomicznej pomyślności wielu państw (np. Norwegii) instytucji prawa morza - instytucji szelfu kontynentalnego.

Szelf kontynentalny - przylegające do wybrzeża, łagodnie opadające w kierunku kontynentalnego zbrocza i morskich głębin, dno i podziemie mórz i oceanów o szerokości 200 mil morskich.

Konwencja o prawie morza (1982), Część VI Szelf kontynentalny

Art. 76.1. „Szelf kontynentalny państwa nadbrzeżnego obejmuje dno morza i podziemie podmorskich obszarów, ciągnących się poza jego morzem terytorialnym poprzez naturalne przedłużenie jego terytorium lądowego do zewnętrznego skraju kontynentalnej krawędzi albo na odległość 200 mil morskich od linii podstawowej, od której mierzona jest szerokość morza terytorialnego, gdy wewnętrzny skraj kontynentalnej krawędzi nie sięga do tej odległości.”

Prawa państw nadbrzeżnych na szelfie normowane były, do 1958 roku - w dacie tej przyjęto konwencję o szelfie kontynentalnym (Genewa) - wyłącznie prawem zwyczajowym kształtowanym:

- z jednej strony, przez inicjowaną stopniowo praktykę jego eksploatacji – limitowaną z uwagi na techniczne niedostatki i stopniowy dopiero rozwój technik eksploatacji szelfu;

- z drugiej – niezwykle silnie - przez proklamację (*verbal act* właśnie) prezydenta USA Harry Trumana z dnia 28. 09. 1945 r., o prawie państwa nadbrzeżnego, ściśle USA, do zawłaszczenia bogactw szelfu przylegającego do ich wybrzeża.

Proklamacja stanowiła, m.in., że “having concern for the urgency of conserving and prudently utilizing its natural resources, the Government of the United States regards the natural resources of the subsoil and sea-bed of the continental shelf beneath the high seas but contiguous to the coasts of the United States as appertaining to the United States, subject to its jurisdiction and control”.

(2). Czyje zachowania są świadectwem praktyki państwa ?

Przede wszystkim organów państwa, które są bezpośrednio zaangażowane w stosunki międzynarodowe - prezydenta, premiera, ministra spraw zagranicznych, służby zagraniczne (służby dyplomatyczne – misje stałe w państwach, misje *ad hoc* (specjalne), misje w organizacjach międzynarodowych).

Są one efektem kontaktów dwustronnych, wielostronnych, realizowanych także na forach organizacji międzynarodowych. Ich wyrazem są m.in., deklaracje wspólne, jednostronne oświadczenia, dokumentacja konferencji i spotkań, korespondencja dyplomatyczna – opisujące, sygnalizujące (bądź nie) o ‘uprawianiu’ praktyki państw w danej dziedzinie obrotu (*physical acts/verbal acts*).

Początkowo „praktykę suwerennych państw”, będącą materialnym fundamentem zwyczaju, łączono wyłącznie z ‘treścią’ wypowiedzi przedstawicieli – w/w organów – bezpośrednio zaangażowanych w służbę zagraniczną państwa.

To restryktywne podejście w oglądzie ‘praktyki’ zostało zarzucone na przełomie XIX/XX wieku.

Współcześnie świadectwem praktyki są obok sygnalizowanych wyżej, także zachowania innych organów państwa, nie uczestniczących bezpośrednio w obrocie międzynarodowym, m.in.,

- organów prawodawczych (ustawodawczych);
- innych organów administracji państwowej (niezależnie od szczebla);
- a także organów sądowych.

Świadectwem tego rozszerzenia kręgu ‘praktykujących’ organów państwa jest sygnał płynący z orzeczenia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *Paquete Habana* – (1900).

Sprawę tę wywołało zatrzymanie i zajęcie (1898) statku rybackiego (*Paquete Habana*) przez flotę wojenną Stanów Zjednoczonych blokującą Kubę należącą w tamtej dobie do Hiszpanii, z którą to Stany pozostawały w stanie wojny, a ustanowienie blokady było konsekwencją tego stanu. Zatrzymanie statku – zajmującego się wyłącznie połowem ryb - wywołało pytanie, czy jego zajęcie było zgodne z prawem międzynarodowym wojny morskiej, prawem zwyczajowym ?, czy istnieją podstawy, aby kwalifikować akt połowu ryb za akt wojenny przeciwnika, który uzasadnia zajęcie statku i ładunku ?

SN dokonał analizy praktyki prowadzenia wojny morskiej. Czyja zatem praktyka, zdaniem Sądu, świadczyła o kształtowaniu się reguły prawa zwyczajowego mającej zastosowanie w sprawie ?

Sąd wskazał m.in. na:

- wydane przez króla Anglii Henryka IV w latach 1403 i 1406 edykty;
- traktat zawarty między Karolem V i Franciszkiem I z 1521 roku;
- regulację holenderską z 1536 roku;
- praktykę morską w trakcie wojny o niepodległość Stanów Zjednoczonych;
- list Ludwika XVI z 5.06.1779 roku kierowany do admirała floty francuskiej;
- traktat zawarty pomiędzy US a Prusami 1785 roku;
- rozkaz dowodzącego grupą okrętów amerykańskich blokujących wybrzeże Meksyku, przekazany na piśmie dowódcy z dnia 14.05.1846 roku;
- praktykę floty francuskiej podczas wojny krymskiej i wojny z Prusami;
- regulację japońską przyjętą w 1894 na początku wojny z Chinami itd.

SN Stanów Zjednoczonych w sprawie *Paquete Habana* – (1900) stwierdził, że „(...) przeгляд tych precedensów w sposób oczywisty dowodzi, powszechnej zgody cywilizowanych narodów świata, iż oto niezależnie od traktatowych postanowień i innych aktów władzy publicznej, jest ukształtowaną regułą prawa międzynarodowego (...) przyjętą przez walczących, że statki rybackie dokonujące połowów u wybrzeży, łącznie z ich wyposażeniem, ładunkiem i załogą, nieuzbrojone i uczciwie prowadzące połow w celu dostarczenia świeżej ryby są wyłączone od zajęcia jako łup wojenny.”

Zamykając rozważania nt. kto i jak praktykę uprawia, zauważmy że:

- gdy mówimy o aktach werbalnych należy podkreślić, że aby były one „praktyką państw” - muszą one być aktami publicznymi (podanymi do publicznej wiadomości).

- gdy mówimy o formułach „praktyki państw”, należy zwrócić uwagę na to, że na „praktykę państw” składają się, obok materialnych i werbalnych aktywności, także zachowania „pasywne” – nie podejmowania działania, powstrzymywanie się od działania, zaniechanie działania w danej sytuacji, z pełną świadomością jej istnienia. Oznacza taka – organów państwa – postawa, sygnał przyzwolenia na działanie innych - i jest również z tej przyczyny istotnym elementem (komponentem) ‘praktyki państw’.

Gdy mówimy o „praktyce państwa”, to pojawia się pytanie, czy orzeczenia sądów, trybunałów międzynarodowych do niej należą ? Siłą faktu, nie.

Gdy mówimy o „praktyce państwa”, to pojawia się także pytanie, czy uchwały organizacji międzynarodowych (GO's) do niej należą ?

Z uwagi na istotną rolę uchwał GO's w kształtowaniu się prawa zwyczajowego, ich uchwały, szczególnie zaś, by podać przykład, rezolucje organu plenarnego ONZ – Zgromadzenia Ogólnego, postrzegane są jako efekt przedłożenia szeregu aktów werbalnych przez państwa uczestniczące w głosowaniu nad rezolucją – wyrazem tego nie tylko sam akt ‘imiennego’ głosowania za/przeciw/wstrzymania się, lecz także, wcale częste, złożenie (protokołowanych) wyjaśnień dotyczących zajętą w debacie i głosowaniu stanowiska.

(3). Właściwości praktyki państw

Definicje prawa zwyczajowego wskazują, że praktyka ta musi być 'stała', 'niezmienna', 'powtarzająca się', 'regularna', by na jej fundamencie powstała norma prawa zwyczajowego.

Wszystkie te terminy implikują ciągłość, zgodność - jednolitość następujących po sobie zachowań – istnienie wzorca zachowań.

Niejednolite zachowania nie są praktyką, która jest w stanie generować zwyczaj.

Stan jednolitości praktyki implikuje, co do zasady, nie występowanie zachowań odbiegających od przyjętego ich wzorca.

Ale... konflikt ukształtowanego wzorca zachowań z praktyką odmienną (nową) – może osłabiać jego moc. Może prowadzić do jego zmiany. Podkreślmy jednak również, że nie musi do zmiany wzorca prowadzić, a tym samym zmieniać ukształtowanej już reguły prawa zwyczajowego.

(3.1.) Jednolitość zachowań jest odnoszona do:

- sekwencji – jednolitości - zachowań państwa – wtedy jest mowa o jednolitości „wewnętrznej”;

- sekwencji – jednolitości - zachowań państw – wtedy jest mowa o jednolitości „kolektywnej”;

Orzeczenie w sprawie łowisk na Morzu Północnym (Wielka Brytania (UK) v. Norwegia – 1951) wywołuje oba wymiary postrzegania praktyki.

Tło sporu. Mniej więcej do początku wieku XX rybacy brytyjscy nie łowili w pobliżu wybrzeży Norwegii. Zmienili zdanie przed I wojną św. Ludność wybrzeży norweskich poczuła się zagrożona ekonomicznie ekspansją flot rybołówczych UK u wybrzeży Norwegii. Władze Norwegii znowelizowały w 1939 roku prawo krajowe dotyczące swych kompetencji na morzu, określając stosowną ustawą m.in. zasięg swych terytorialnych kompetencji, zakresu przestrzeni morskich, w których wyłącznie rybacy norwescy mogą dokonywać połowów. Zasięg ten był przez UK kwestionowany. Po wielu incydentach w okresie międzywojennym, po 1945 UK wniosła sprawę do MTS. Kwestionowała użytą przez Norwegię metodę delimitacji granicy morskiej państwa. Norwegia nie użyła metody klasycznej tzn. linii równoległej do linii podstawowej (linii najdalszego odpływu), która konfiguruje bieg linii granicznej na morzu tak jak biegnie linia wybrzeża. Granica morska państwa jest zatem, wg metody klasycznej, „przesuniętą” w głąb morza, linią odzwierciedlającą bieg linii wybrzeża. Norwegowie postępowali inaczej - z uwagi na fiordowy kształt wybrzeża, delimitując granicę połączyli linią najdalej wychodzącą w morze punkty wybrzeża (rzecz dotyczyła 120 tys. formacji skalnych łączonych linią podstawową, a łączone były obiekty oddalone od siebie nawet powyżej 40 Mm) i od tak właśnie ustanowionej linii podstawowej dokonali delimitacji. Norwegowie zdaniem Brytyjczyków bezprawnie „poszerzyli” swoje morze terytorialne, bowiem zwyczajowe międzynarodowe prawo morza dopuszcza delimitację jedynie w odwołaniu do metody klasycznej. Trybunał uznał legalność praktyk delimitacyjnych Norwegii w świetle prawa międzynarodowego – w świetle ukształtowanej jego zdaniem, w tym względzie, powszechnej zwyczajowej normy prawa morza stanowiącej o takiej – uprawnionej - metodzie delimitacji. Trybunał stwierdził, że Norwegia stosuje swoją metodę delimitacji co najmniej od 1869 roku, i od tego czasu, praktyka ta, nie była do początku wieku XX, przez okres 60 lat, kwestionowana przez UK. Ponieważ jednak strona postępowania, UK, poddawała w wątpliwość jednolitość zachowań tyczących delimitacji morza terytorialnego po stronie norweskiej, wskazując na przypadki, które nie potwierdzały 100%-owej konsekwencji w stosowaniu ‘norweskiej’ metody delimitacji i respektowaniu jej skutków – Trybunał w tej kwestii – kwestii jednolitości „wewnętrznej” praktyki norweskiej – stwierdził co następuje:

Jednolitość ‘wewnętrzna’...

„Trybunał jest zdania, że nie należy przywiązywać zbyt wielkiej wagi do pewnych niekonsekwencji i niezgodności, rzeczywistych lub pozornych, które UK odkryła w praktyce Norwegii. Mogą być łatwo wyjaśnione w świetle różnorodności i bogactwa zdarzeń, zachodzących w okresie biegnącym do 1812 roku, lecz nie są tego znaczenia, aby mogły zmienić wnioski do jakich doszedł Trybunał.”

Jednolitość ‘kolektywna’...

W tej samej sprawie Trybunał odniósł się do – kwestii jednolitości „kolektywnej” – a to za sprawą konieczności odpowiedzi na pytanie, czy jest w prawie zwyczajowym powszechnym reguła, która pozwala włączyć (jedynie p.m.) w obręb wód wewnętrznych wody zatok morskich, których punkty wejścia (punkty wejścia do zatok) są położone w odległości nie przekraczającej w linii prostej 10 Mm.

Trybunał stwierdził, że „jakkolwiek zasada 10 Mm dla włączenia wód zatok w obręb wód wewnętrznych została przyjęta przez pewną grupę państw, w ich prawie krajowym, jak i łączących je traktatach i konwencjach, jak i w odwołaniu do niej przyjęte zostały rozstrzygnięcia sądów arbitrażowych w sporach pomiędzy nimi, to inne państwa przyjęły inne rozwiązania. Należy zatem stwierdzić, że zasada 10 Mm nie nabyła statusu powszechnej normy zwyczajowej. W każdym jednak razie zasada ta nie mogłaby być zastosowana do Norwegii, bowiem ta zawsze przeciwstawiała się zastosowaniu zasady 10 Mm do (w konfigurowaniu linii p.m.) jej wybrzeża.”

Prawo morza (1982) – art. 10 – opisuje współczesne parametry zatok objętych ‘wodami wewnętrznymi’. Są nimi:

Zatoki – o wejściu nie przekraczającym 24 Mm. W przypadku ‘zatok historycznych’ – wejście do zatoki może być, w przypadku takim, szersze niż 24 Mm.

(4). Jak intensywny, w jakim przedziale czasu występować musi ów jednolity sekwens zachowań ?

Zauważa się, że czas kształtowania się zwyczaju do drugiej połowy XIX wieku był stosunkowo „powolny”:

- relacje wielostronne się dopiero (w XIX w.) rodziły;
- relacje bilateralne były częstsze, ale często nie ujawniane (tajne);
- komunikacja w szerokim tego słowa znaczeniu „wolna”.

Stopniowo:

- dyplomacja wielostronna stawała się tak koniecznym, jak i normalnym kanonem postępowania, co istotne była jawna; refleksem czego GO’s i konferencje kodyfikacyjne;
- komunikacja stawała się szybka, by nie rzec na przełomie wieku XX/XXI wieku, natychmiastowa (Internet);

Proces tworzenie się nowych norm zwyczajowych (takich jak prawa człowieka, ochrona środowiska naturalnego, bogate rozpisanie kompetencji/jurysdykcji państw wykonywanych w przestrzeniach morskich, immunitet państwa) nabierał ‘przyspieszenia’.

Potwierdzał bieg takiego procesu pogląd MTS wyrażony w wyroku z 20.02.1969 r., w sprawie *delimitacji szelfu Morza Północnego*.

Sprawa ta dotyczyła sporu jaki powstał na tle delimitacji szelfu kontynentalnego, szelfu Morza Północnego, który „łączy” Danię, Holandię i RFN. Dania i Holandia (dalej: D i H) uważały, że podział szelfu powinien być dokonany w odwołaniu do reguły ekwidystansu, o której mowa w art. 6 konwencji genewskiej (KG) z roku 1958 o szelfie kontynentalnym.

Art. 6.2. stanowi: „Jeżeli... szelf kontynentalny znajduje się u wybrzeża dwóch sąsiadujących z sobą państw, to granica szelfu... zostanie określona przez nie w drodze porozumienia. W braku porozumienia, ... granica zostanie określona przez zastosowanie zasady jednakowej odległości od najbliższych punktów linii podstawowej, od których mierzy się szerokość mórz terytorialnych każdego z tych państw.

RFN nie była stroną konwencji. D i H utrzymywały, że reguła o której mówi art. 6 KG jest częścią powszechnego prawa międzynarodowego, jest powszechną normą prawa zwyczajowego. Na rzecz tej tezy D i H argumentowały w różny sposób (do rodzajów tej argumentacji wrócimy w dalszych rozważaniach). M.in., D i H twierdziły, że jeśli nawet reguła art. 6 w chwili przyjęcia konwencji – tj. w

1958 roku - nie była częścią powszechnego prawa, a artykuł ten nie kodyfikował powszechnej normy prawa zwyczajowego, to od chwili wejścia w życie konwencji norma art. 6 stała się taką normą ponieważ, potwierdza powszechne przyjęcie tej reguły, powszechna praktyka.

Trybunał odnosząc się do tej argumentacji stwierdził –„(...) upłynęło już przeszło dziesięć lat od podpisania Konwencji, lecz wciąż mniej niż pięć lat od jej wejścia w życie w czerwcu 1964 roku (...). tak krótki okres nie jest sam w sobie przeszkodą dla ukształtowania się nowej normy prawa zwyczajowego (...)”, lecz nie podzielił tezy D i H.

Jak intensywny, w jakim przedziale czasu występować musi ów jednolity sekwens zachowań ?

- SN Stanów Zjednoczonych w sprawie *Paquete Habana* (1900) – analizował praktykę 400 lat;
- MTS w sprawie delimitacji szelfu Morza Północnego – nie wykluczył możliwości ukształtowania się normy zwyczajowej w okresie 11 lat (1958-1969);
- 4.10.1957 r – norma wyłączająca przestrzeń poza-powietrzną z suwerennego władztwa powstała w ciągu... 1 godziny.

Przyspieszenie procesu tworzenia się zwyczaju wymaga ciągle jednak pewnego, choć krótszego przedziału czasu jego tworzenia. Sądzić można zatem, że wystrzelenie w 1957 roku przez ZSRR sputnika i ukształtowanie się w ciągu (godziny, kilku godzin) reguły prawa zwyczajowego, że oto przestrzeń poza powietrzną, przez którą przelatował ów obiekt, nie podlega jurysdykcji państw – bowiem państwa nad terytorium których sputnik krążył - nie zaprotestowały przeciwko jego obecności, a więc tolerowały ten fakt - jest przykładem wyjątku potwierdzającego tę tezę.

(5) Jaki jest, jaki może być przestrzenny zasięg interesującej nas praktyki ?

;(5.1.) Zwyczaj powszechny – *ius dispositivum*.

Czy warunkiem koniecznym istnienia powszechnej normy prawa zwyczajowego - jest udział (aktywny/pasywny; fizyczny/werbalny) w 'praktyce' przez każde z państw członków społeczności międzynarodowej, a tym samym sygnalizowanie przez każde z nich indywidualnie, jego indywidualnej zgody na stanowiony normą reżim ?

W opinii sądów międzynarodowych brak partycypacji (aktywnej/pasywnej; materialnej/werbalny) w „praktyce” nie wyklucza związania państwa pozostającego 'poza nią' zwyczajem powszechnym.

Skąd to, sprzeczne z woluntarystycznymi założeniami systemu prawa międzynarodowego, przekonanie ?

Z...

(1) oglądu i interpretacji faktów...

- Jeśli przyrzeć się praktyce powstawania tak powszechnie przyjętych norm prawa zwyczajowego, jak i przykładowo norm, które stanowią o prawie państw nadbrzeżnych do szelfu, nie można odnotować okoliczności wskazujących na to, iżby każde państwo, członek społeczności międzynarodowej w aktywny, czy też pasywny sposób – godziło się – na powstanie tych norm. Istotną część państw – a wśród nich przykładowo, Mongolia, Nepal i Czad, akceptuje ten reżim. Nie ustosunkowywały się one jednak – ani aktywnie, ani pasywnie – zapewne w ogóle... merytorycznie, jak i pozamerytorycznie – do problemu międzynarodowych morskich praktyk i normujących je konstrukcji prawa morza. Nikt nie ma jednak wątpliwości, iż w przypadku podjęcia przez wymienione państwa aktywności morskich

uszanować one muszą wywołane prawo do szelfu tych, którzy szelf ten, a tym samym prawo do szelfu posiadają – jak i innych, powszechnych reguł normujących prawo morza, które zostały skodyfikowane.

- *Newcomers* (nowe państwa) – akceptują to co zastają – bez ogłaszania tego !

Najnowszy przykład takiej postawy to przykład państw powstałych w latach 90' (XX wieku) na terenach byłego ZSRR, Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii, czy też Federacyjnej Republiki Czechosłowacji – świadczy o tym, że nie zasygnalizowały nowopowstałe państwa w najmniejszym stopniu, iż nie są związane zastanym reżimem powszechnego prawa zwyczajowego. Przeciwnie, związane się całym dorobkiem powszechnego prawa zwyczajowego zasygnalizowane zostało, przyjęciem w przyjętych przez nie konstytucjach klauzul potwierdzające związania się także tym rodzajem norm prawa międzynarodowego.

i... z

(2) stwierdzenia MTS w – przywołanej wyżej - sprawie *delimitacji szelfu Morza Północnego (1969)*.

Trybunał odrzucił tezę, jakoby w obrębie powszechnego prawa zwyczajowego pojawiła się norma odzwierciedlająca dyspozycję art. 6 konwencji o szelfie kontynentalnym (1958), bowiem, mając na uwadze okres od chwili przyjęcia konwencji do chwili wyrokowania w sprawie, „(...) w tym okresie, *praktyka państw, w tym państw, których interesów konwencja szczególnie dotyka*, nie była powszechna, jak i jednolita, i zgodna z dyspozycją konwencyjnego postanowienia.”

Norma powszechna prawa zwyczajowego, pojawia się zatem w opinii Trybunału wtedy, gdy „praktyka” jest powszechna, a jest powszechną wtedy, gdy spełnia następujące znamiona:

(i) znacząca liczba państw w niej uczestniczy, i

(ii) uczestniczą w niej państwa, które są obiektywnie (z natury rzeczy) zainteresowane daną dziedziną obrotu.

Norma zatem wiąże wszystkie państwa, przy czym akt zgody na zwyczajowy reżim jest pochodną wyrażonej zgody przez węższy ich krąg - określony tak ilościowo ('znacząca liczba państw' nie wszystkie zatem) i jakościowo ('państw obiektywnie zainteresowanych daną dziedziną obrotu').

(5.1.1.). Skoro norma powszechna prawa zwyczajowego, o której mowa, jest *ius dispositivum*, to rodzi się pytanie, czy możliwym jest przeciwstawienie się jej (powszechnemu skutkowi) ?

To jest możliwe przez przyjęcie postawy „persistent objector” – postawa ta to: stałe, konsekwentnie sprzeciwianie się skuteczności zwyczajowego reżimu, od chwili jego powstawania (narodzin), jak i w każdym późniejszym czasie jego oddziaływania.

Persistent objector - przykład

1. Stany Zjednoczone (US) - *persistent objector* wobec kształtowania się zwyczajowego reżimu będącego odzwierciedleniem postanowień tej części konwencji o prawie morza (1982), która dotyczy – Obszaru (rozdz. XI) – a więc dna morskiego i jego zasobów, które stanowią wg konwencji - należące do całej społeczności międzynarodowej – „wspólne dziedzictwo ludzkości”.

Status prawny Obszaru i jego zasobów – art. 137 (1) „Żadne państwo nie będzie występować z roszczeniami ani wykonywać suwerenności lub suwerennych praw nad jakąkolwiek częścią Obszaru

lub jego zasobów, ani też żadne państwo lub osoba fizyczna bądź prawna nie będą zawłaszczać jakiegokolwiek jego części. Żadne takie roszczenie lub wykonywanie suwerenności bądź suwerennych praw nie będą uznawane.”

USA – konwencja - a rozdz. XI – Obszar – Organizacja Dna Morskiego (ODM)

Większość uregulowań Konwencji jest dla Stanów Zjednoczonych (US) do przyjęcia.

W czym problem ?

Okres wątpliwości zdecydowanych (1982-1998) - dotyczą części XI i dołączonych do niej aneksów (III i IV) – dotyczących eksploatacji dna [*‘deep seabed mining’*], kwalifikowanych jako niezgodne z interesami USA.

Reżim – ‘wspólne dziedzictwo ludzkości’ – przestrzeń i zasoby niezawłaszczalne – dla państw o rozwiniętej technologii pozyskiwania zasobów z dna morskiego - to piękny sen państw trzecich !!!

Wśród nie dających się akceptować dla USA w tym konwencyjnym „śnie” państw trzecich rozwiązania były – głównie – kwestie (**wytluszczona kursywa**) następujące:

- (i) ustalenia przewidujące **obowiązkowy transfer prywatnych technologii** (na rzecz innych – państw rozwijających się - niby dlaczego ‘za darmo’ ?);

ściślej chodziło o art. 144 Transfer technologii

1. „Organizacja podejmuje przedsięwzięcia stosownie do niniejszej Konwencji (...)

b. w celu popierania i zachęcania do przekazywania krajom rozwijającym się takich technologii i wiedzy naukowej w taki sposób, żeby wszystkie Państwa-Strony odniosły z tego korzyść.

2. W tym celu Organizacja i Państwa-Strony współpracują ze sobą w celu popierania transferu technologii i naukowej wiedzy, odnoszących się do działalności w Obszarze tak, aby Przedsiębiorstwo i wszystkie Państwa-Strony uzyskały z tego korzyść. W szczególności będą one inicjować i popierać:

a/ programy przekazywania technologii mającej związek z działalnością w Obszarze na rzecz Przedsiębiorstwa i na rzecz państw rozwijających się, obejmujące ułatwienia w dostępie Przedsiębiorstwa i państw rozwijających się do odpowiedniej technologii na sprawiedliwych i rozsądnych warunkach; (...)”

Szczegółowo transfer technologii opisany został w art. 5 Aneksu III do konwencji

Dalsze wątpliwości USA to fakt, że:

- rozwój aktywności wydobywczych (nie tylko amerykańskich podmiotów) nie był gwarantowany, bowiem wykluczano reguły wolnego rynku w modelowaniu aktywności wydobywczych w przestrzeni Obszaru (ustalać miano **limity wydobywcze**);

- **ustalenie limitów wydobywczych oznacza brak (wolnego) dostępu do zasobów mineralnych dna morskiego;**

- stanie się stroną konwencji przez USA implikowało także **brak realnego wpływu przez Stany Zjednoczone na proces podejmowania decyzji w obrębie Międzynarodowej Organizacji Dna Morskiego;**

Międzynarodowa Organizacja Dna Morskiego – w założeniu administruje eksploatacją dna morskiego (Obszaru i jego zasobami). Organy: Zgromadzenie, Rada i Sekretariat. Zgromadzenie organ plenarny – wybiera Radę i Sekretarza Generalnego; określa wysokość składek, decyduje o regułach funkcjonowania Organizacji; decyduje o podziale pozyskiwanych dóbr. Rada (36) członków, organ wykonawczy.

5.2. Zwyczaj regionalny

Sprawa *Haya de la Torre* – MTS (1950);

Spór i rozstrzygana przez MTS sprawa dotyczyły Peru i Kolumbii. Kolumbia przyznała na terenie swojej placówki dyplomatycznej w Limie azyl politykowi peruwiańskiej opozycji Haya de la Torre, po nieudanej próbie przejścia przez nią władzy w Peru. Udzielając azylu stwierdzała, że akt ten znajduje swoje oparcie w „międzynarodowym prawie amerykańskim” i jest „zwyczajem regionalnym... właściwym praktyce państw Ameryki Łacińskiej”. Z prawa tego wynika, iż w zaistniałej sytuacji (walki politycznej) – w następstwie jednostronnej oceny wydarzeń – Kolumbia ma przewidziany prawem tytuł do udzielenia azylu politycznego na terenie placówki dyplomatycznej. Trybunał analizował przypadki precedensów takiego postępowania wskazane przez Kolumbię, odnotowując iż są one jednak „niejednolite i często niezgodne”. Konkludując, stwierdził, że nawet gdyby skutecznie dowodzić o istnieniu takiego zwyczaju w kręgu państw amerykańskich, o jakim twierdzi Kolumbia, zwyczaj ten nie byłby skuteczny wobec Peru, bowiem Peru odmawiało przyjęcia takiej reguły w swojej praktyce.

Trybunał stwierdził zatem, że istnienie regionalnej normy zwyczajowej może mieć miejsce. Wykazanie jej istnienia wymaga jednak przeprowadzenia skrupulatnego dowodu wyraźnie deklarowanej zgody każdego z państw na jej skuteczność wobec siebie. Nie można tej zgody – przy braku wyraźnej praktyki domniemywać.

5.3. Zwyczaj dwustronny

Sprawa przejścia przez terytorium Indii - MTS (1960)

Spór między Indiami a Portugalią.

W przedłożonym wniosku Portugalia wskazywała, że na subkontynencie znajdują się dwie enklawy otoczone terytorium Indii tj. Dadra i Nagar-Aveli. Portugalczycy żądali poszanowania przez Indie prawa przejścia do obu enklaw z położonego na wybrzeżu portugalskiego dystryktu Daman, jak i pomiędzy nimi, z którego korzystali w przeszłości. Pozwalało ono, z uwagi na skutki, wykonywać w przestrzeni obu enklaw suwerenne akty władzy. Odmowa Indii honorowania prawa przejścia w roku 1954 wobec pewnej grupy osób do obu enklaw wywołała spór rozstrzygany przez MTS.

Portugalia wywodziła z szeregu aktów: traktatu Poona (1779) oraz aktów radzów, książąt indyjskich (Maratha; 1783 i 1785), którzy byli stroną bilateralnego traktatu z Portugalią, nie tylko prawo przejścia do wymienionych enklaw, ale i dokonanie aktu ich cesji na rzecz Portugalii. Indie odmawiały aktom tym waloru cesji enklaw wskazując, że przyznawały one Portugalii w ich przestrzeni jedynie pewne uprawnienia podatkowe. Trybunał analizując akty stwierdził, że akty te przyznawały Portugalii niewątpliwie te ostatnie uprawnienia, jak i gwarantowały prawo przejścia do obu enklaw celem wykonywania w ich obrębie suwerennych aktów władczych. Trybunał stwierdził także, że portugalskie władanie obu enklawami było faktycznie honorowane, uznane przez rządy brytyjskie, a następnie stan ten był milcząco uznany także przez władze niepodległych Indii. W rzeczywistości zatem, w opinii MTS, obie przestrzenie (Dadra i Nagal-Aveli) stały się w okresie niemal 160 lat portugalskimi enklawami w obrębie indyjskiego terytorium, a między Portugalią, a terytorialnym suwerenem na subkontynencie ukształtowała się praktyka gwarantowania prawa przejścia do obu enklaw i między nimi.

Jedną z rozstrzyganych kwestii było to, czy istnieje zwyczaj lokalny, bilateralny dotyczący prawa przejścia podmiotów portugalskich przez terytorium Indii do portugalskich enklaw położonych w ich obrębie. Indie podnosiły, że rozważanie kwestii spornej w odwołaniu do reguł zwyczajowych wiążących dwa państwa jest z istoty swej nieuprawnione – norma zwyczajowa nie może normować relacji bilateralnych.

Trybunał (odnosząc się do tez Indii) stwierdził w sprawie, że „Trudno zrozumieć, dlaczego liczba państw, pomiędzy którymi może powstać zwyczaj lokalny na podstawie długoletniej praktyki koniecznie musi być większa niż dwa. Trybunał nie widzi powodu, dlaczego długotrwała praktyka pomiędzy dwoma państwami, przyjęta przez nie jako zasada regulująca stosunki między nimi nie mogłaby stanowić podstawy wzajemnych praw i obowiązków między tymi dwoma państwami.”

II. Element subiektywny zwyczaju – opinio iuris

- przekonanie o zgodności zachowań z prawem - opisuje je termin - *opinio iuris sive necessitatis* - „przekonanie o prawie lub konieczności”.

„Refleksja nad rolą *opinio iuris* w procesie kształtowania się zwyczaju, przypomina poszukiwanie kamienia filozoficznego, którego odnalezienie pozwala na przekształcenie obojętnej masy zakumulowanej praktyki w złoto wiążących reguł prawa...”

(1). Istota *opinio iuris*

MTS w wyroku w sprawie delimitacji szelfu Morza Północnego (1969) stwierdził:

„(..) zachowania państw nie tylko muszą składać się ustabilizowaną praktykę, ale również muszą być wykonywane w taki sposób, aby świadczyć o przekonaniu uczestniczących w praktyce państw, że praktyka ta jest wymuszona przez normę prawną zobowiązującą do takiego zachowania. Potrzeba istnienia owego przekonania, a więc istnienia elementu subiektywnego jest zawarta *implicite* w samym pojęciu *opinio iuris sive necessitatis*. Państwa zainteresowane muszą więc czuć, że wykonują zobowiązania prawne, częstotliwość lub też „zwyczajowy” charakter pewnych zachowań sam w sobie nie jest wystarczający. Można wskazać wiele zachowań międzynarodowych, np., w dziedzinie protokołu dyplomatycznego, które dokonywane są niemal w identyczny sposób, lecz które motywowane są tylko przez kurtuazję lub tradycję, nie zaś przez jakiegokolwiek poczucie prawnego obowiązku.”

Przekonanie (poczucie prawne) łączymy zatem ze:

- zgodą na to, że reguła staje się normą prawa zwyczajowego;
- stanem świadomości, że reguła jest już ukształtowaną normą prawa zwyczajowego;

Dwie zatem funkcje - *opinio iuris* – w procesie kształtowania się normy zwyczajowej:

- funkcja konstytutywna - zgoda na powstanie normy zwyczajowej – reguła staje się normą prawa zwyczajowego;
- funkcja deklaratywna – potwierdzenie istnienia normy zwyczajowej – reguła jest już ukształtowaną normą prawa zwyczajowego;

(2). Co jest formalnym przejawem *opinio iuris*?

- akty akceptacji (zgody) państw (*physical/verabal acts*; aktywne-pasywne) danej normy (zbioru norm);
- w przypadku zwyczaju powszechnego – przypisywana także państwom postawa „przyjęcia do pozytywnej wiadomości skuteczności zwyczajowego reżimu”;

(3). Który z przejawów *opinio iuris* dominuje ?

Oczywiście akty zgody (*physical/verabal acts*; aktywne postawy).

Sygnalizuje to definicja aktu kodyfikacji prawa - art. 15 statutu Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ.

Akt kodyfikacji to akt ujmowania w formę umowy międzynarodowej norm prawa zwyczajowego.

Polega on na: "(...) precyzyjnym formułowaniu i systematyzacji reguł prawa międzynarodowego w dziedzinach, w których mamy do czynienia ze stałą praktyką państw, precedensami i zbieżnymi opiniami doktryny."

(4). W świetle przeprowadzonych wywodów nt. praktyki i *opinio iuris*, odniesionych do powołanych przykładów możemy powiedzieć, że... we wszystkich analizowanych przypadkach element obiektywny i subiektywny, ściśle z sobą splecione, w koniecznej proporcji kreują normę prawa zwyczajowego. To „odnajdywanie” koniecznej proporcji i związku między obu elementami – praktyki (materialnej przede wszystkim – *physical acts*) i *opinio iuris*, to sposób postrzegania, w klasycznym wymiarze, istnienia międzynarodowego prawa zwyczajowego.

Współcześnie to co nazwaliśmy „konieczną proporcją” w kształtowaniu się zwyczajowych reżimów ulega dość istotnej zmianie. Zmiana polega na narastającej zgodzie na ograniczenia, w pewnych przypadkach, znaczenia praktyki materialnej (*physical acts*) dla kształtowania się norm zwyczajowych o charakterze powszechnym, na rzecz *verbal acts* (!!!).

Jest to pochodną szeregu okoliczności. Państwa daleko częściej wypowiadają się o oczekiwanym i pożądanym stanie prawa w interesujących je dziedzinach. Jeżeli wiele państw to publicznie czyni to mamy do czynienia z kumulacją „*verbal acts*” – a więc praktyką, której niekoniecznie muszą towarzyszyć „*physical acts*” (!!!). „*Verbal acts*” są przejawem „praktyki”. Znaczącym przykładem kumulacji „*verbal acts*”, mocnym zatem sygnałem ‘praktyki’ w tym właśnie wymiarze są m.in., uchwały organów plenarnych GO’s – np. rezolucje Zgromadzenia Ogólnego ONZ. Jeżeli zaś – co oczywiste - decyduje o istnieniu reżimu zwyczajowego *opinio iuris* – a jak powiedzieliśmy, o jego istnieniu wnioskujemy, z faktów, to – kumulacja tych aktów werbalnych i wywiedzenie zgody na deklarowane w aktach tych reguły – dają podstawę by rozważyć o: kształtowaniu się, bądź już ukształtowaniu się, bądź też ewolucji ukształtowanego już zwyczajowego reżimu.... „w innej niż klasyczna proporcji, splatającej element obiektywny (*physical acts*) i element subiektywny (*opinio iuris*)”.

Potwierdza to MTS. W sprawie *Nikaragua v. US* Trybunał (1986) wskazał na dowód istnienia *opinio iuris*, co do istnienia normy powszechnej zakazującej używania lub grożenia użyciem siły w stosunkach międzynarodowych oraz zasady zakazującej interwencji w sprawy należące do kompetencji wewnętrznej państw, wskazując na wyrażenie tegoż dowodu w Deklaracjach – uchwałach, rezolucjach Zgromadzenia Ogólnego ONZ – nade wszystko Deklaracji zasad prawa międzynarodowego z 1970 roku.

W opinii doradczej MTS w sprawie *Dopuszczalności (warunków) użycia broni nuklearnej z 1996 roku* MTS wypowiedział się o roli rezolucji Zgromadzenia Ogólnego w procesie formowania się norm powszechnych prawa zwyczajowego w sposób następujący - „Mogą one w pewnych okolicznościach, dostarczać ważnych elementów dowodu kształtowania się normy lub kształtowania się *opinio iuris* (...) Aby stwierdzić, czy ma to miejsce w przypadku danej rezolucji, należy dokonać analizy jej treści, jak i warunków w jakich została przyjęta (...) Zauważyć także trzeba, że kolejne rezolucje mogą obrazować ewolucję *opinio iuris*, konieczną dla ukształtowania się nowej reguły (...)”.

5. Traktat a prawo zwyczajowe powszechne – możliwe relacje.

Traktat jako dowód istnienia norm prawa zwyczajowego;

Traktat a proces kształtowania się norm prawa zwyczajowego;

Traktat a proces „kryształizacji” norm prawa zwyczajowego;

Traktat generujący normę powszechnego prawa zwyczajowego;

5. 1. Traktat jako dowód istnienia norm prawa zwyczajowego.

Rzecz o „traktatach kodyfikacyjnych”

Stosunki dyplomatyczne	1961/1964 -
Stosunki konsularne	1963/1967 -
Prawo traktatów	1969/1980 -
Misje specjalne	1969/1985 -
Sukcesja traktatów	1979/1996 -
Prawo morza	1982/1994 -
Sukcesja archiwów...	1983/
Prawo traktatów GO's	1986/
Odpowiedzialność państw	2001/

- nie istnieje generalne domniemanie, aby traktaty kodyfikujące jakoś dziedzinę dokonywały kodyfikacji istniejącego w tej dziedzinie prawa zwyczajowego;

- traktaty kodyfikacyjne są w istocie mieszanką *lex lata* (akt kodyfikacji) i *lex ferenda* (akt „progresywnego rozwoju prawa międzynarodowego”);

Świadectwem tego refleksja MTS nt. zastrzeżeń do kodyfikacyjnych traktatów (w sprawie delimitacji szelfu Morza Północnego (1969)):

” (...) generalnie rzecz ujmując, przypadek taki (możliwości składania zastrzeżeń) dotyczy wyłącznie reguł konwencyjnych... – a więc *lex ferenda* - nie może tak być w przypadku powszechnych lub zwyczajowych zobowiązań, które z samej swojej natury, muszą być równej mocy dla wszystkich członków społeczności międzynarodowej, i nie mogą z tej przyczyny być w swoich skutkach wyłączane lub ograniczane, dla korzyści zgłaszającego zastrzeżenie”.

5. 2. Traktat a proces kształtowania się norm prawa zwyczajowego;

Przypadek przyjmowania reguł traktatów dla modelowania (bilateralnych, najczęściej) relacji:

- pomiędzy stronami traktatu a państwami trzecimi;
- pomiędzy państwami nie będącymi stronami traktatu;

Konieczny dowód wykazujący, iż we wzmiankowanych wyżej kręgach realizowana jest opisana traktatem ‘praktyka’, praktyka ta posiada znamiona „jednolitości” i towarzyszy jej „*opinio iuris*”.

5.3. Traktat (prace nad traktatem) a proces „krystalizacji” norm prawa zwyczajowego;

Teza stron w postępowaniu – Danii i Holandii - (sprawa delimitacji szelfu Morza Północnego – 1969) – iż „(...) proces definiowania i konsolidowania się powstającej normy prawa zwyczajowego miał miejsce w toku prac Międzynarodowej Komisji Prawa Międzynarodowego, reakcji rządów na tę pracę i obrad konferencji genewskiej”.

MTS nie zaprzeczył takiej możliwości, w badanej sprawie jej wystąpienia jednak nie stwierdził.

Istota tej koncepcji dotyczy przypadku krystalizacji właśnie, skonkretyzowania za sprawą toczonych prac nad traktatem, znamion normy powszechnego prawa zwyczajowego.

Sprawa delimitacji szelfu na Morzu Północnym rozstrzyganej przez MTS w 1969 roku. Przypomnijmy, że D i H na różne sposoby chciały wykazać, że w sporze o podział szelfu z RFN, powinno aplikować się regulę delimitacji opisaną w art. 6 konwencji genewskiej o szelfie. W sytuacji, gdy Trybunał odrzucił tezę D i H, iż art. 6 jest „refleksem”, zapisem kodyfikacją, powszechnej normy prawa międzynarodowego, D i H przedłożyły, inną tezę. Stwierdziły, że art. 6 jest refleksem powszechnej normy prawa zwyczajowego, która ukształtowała się w toku prac nad traktatem. Stwierdziły, „(...) proces definiowania i konsolidowania się powstającej normy prawa zwyczajowego miał miejsce w toku prac Międzynarodowej Komisji Prawa Międzynarodowego (KMP), reakcji rządów na tę pracę i obrad konferencji genewskiej”, i norma ta pojawiła się – ostatecznie skryształizowała się - w chwili przyjęcia konwencji o szelfie kontynentalnym w 1958 roku.” Trybunał nie podzielił przekonania co do efektu „kryształizacji” w procesie wypracowania art. 6 normy powszechnej, natomiast nie przeczył możliwości zaistnienia takiego procesu.

A więc, można argumentować, że każdy z wyróżnionych etapów: (i) projektowanie regulacji przez KMP; (ii) ustosunkowanie się do projektu rządów; (iii) prace przygotowawcze nad traktatem; (iv) przyjęcie traktatu wpływać może, na konsolidację kształtującej się równoległe do tych procesów powszechnej normy zwyczajowej.

Przykładem około 13 letnie prace prowadzące do przyjęcia konwencji o prawie morza w 1982 roku. Wiele państw antycypowało rezultaty tej konferencji i w drodze jednostronnych aktów tworzyły – przed 1982 rokiem - wyłączne strefy ekonomiczne czy też opisany konwencją reżim wód archipelagowych. W więc pojawiła się praktyka z pełną świadomością uprawniających ją, ustanawiania nowego reżimu prawnego w przestrzeniach morskich, w następstwie „kryształizowania się” (!) norm zwyczajowych.

5.4. Traktat a proces generowania norm prawa zwyczajowego;

MTS w sprawie delimitacji szelfu Morza Północnego (1969)

stwierdził, iż „(...) Artykuł Traktatu ustanawiający normę postępowania, generuje normę, która będąc normą konwencyjnego lub kontraktowego pochodzenia, przenika w obręb prawa zwyczajowego, towarzyszy jej *opinio iuris*, i staje się normą wiążącą także dla państw, które nie stały się i nie staną się, stronami konwencji. (...) Nie ma wątpliwości, że proces taki jest oczywiście możliwy i pojawia się... i stanowi jedną z uznanych metod, za pomocą której normy prawa zwyczajowego mogą powstawać. (...) Ma miejsce wtedy, gdy w traktacie uczestniczy znacząca liczba państw oraz uczestniczą w nim państwa zainteresowane szczególnie daną dziedziną obrotu”.

W przypadku konwencji o szelfie kontynentalnym z 1958 roku, Trybunał (1969) nie stwierdził jego zdolności generowania zwyczaju. Konwencja w tej dacie była ratyfikowana przez 39 państw, na 130 możliwych, w tym przez część państw śródlądowych.

Warto generacyjny innych traktatów kodyfikacyjnych ? Będzie pochodną analizy listy państw związanych traktatem wielostronnym - oceną *ilości i jakości* stron.

Przykłady odnajdywania w regulacjach traktatowych generacyjnego waloru:

- traktat paryski z 1856 roku (Traktat Pokoju i Przyjaźni między Austrią, Francją, Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii, Prusami, Rosją, Sardynią i Turcją) w art. 15 stwierdzał: „Ponieważ aktem Kongresu Wiedeńskiego ustanowione zostały zasady co do urządzania żeglugi na rzekach, kilka państw przedzielających lub przecinających, układające się Mocarstwa stanowią między sobą, iż na przyszłość zasady te również stosowane będą do Dunaju i jego ujść. Oświadczają, iż postanowienie to stanowi odtąd część publicznego prawa europejskiego i biorą je pod swoją gwarancję.”

Nikt o zgodę państw spoza kręgu stron traktatu nie pyta, a stwierdzenie to raczej sygnalizuje o oczywistym dla stron ukształtowaniu się *opinio iuris* w przestrzeni europejskiej (po przyjęciu aktu końcowego kongresu wiedeńskiego – 1815 r.) co do parametrów reżimu prawnego żeglugi po ‘umiędzynarodawianych’ rzekach („Dunaju i jego ujściach”).

Przykład współczesny – Karta NZ i - chociażby zestawienie art. 2/4 i 2/6 Karty NZ:

art. 2/4 – „Wszyscy członkowie powstrzymają się w swych stosunkach międzynarodowych od stosowania groźby lub użycia siły przeciwko całości terytorialnej lub niepodległości któregoś państwa.”

Art. 2/6 – „Organizacja zapewni, aby państwa, które nie są jej członkami postępowały zgodnie z niniejszymi zasadami w stopniu koniecznym do utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa.”

I tutaj nikt o zgodę państw spoza kręgu stron Karty nie pyta, a stwierdzenie to raczej sygnalizuje istnienie *opinio iuris* co do zwyczajowego w wymiarze powszechnym nakazu ujętego tak art. 2/4, jak i art.2/6.

6. Rola prawa zwyczajowego.

6.1. Piękna ale przeszła.

6.2. Piękna i aktualna.

6.1. Piękna, ale przeszła.

- bezsprzecznie źródłem międzynarodowego porządku jest zwyczaj (powszechne prawo zwyczajowe);
- intensywność i pilność normowania relacji wymaga jednak jasnych, klarownych, pisanych reguł;
- normy zwyczajowe – żmudna w praktyce rekonstrukcja zwyczajowego standardu;
- intensywność procesów kodyfikacyjnych i ich dorobek – zbiór ‘kodeksów’ – oczywisty to tryumf („przewagi”) prawa pisanego;

6.2. Piękna i stale aktualna.

- prawo zwyczajowe jest źródłem międzynarodowego porządku, ma wymiar ‘konstytucyjny’;
- traktaty tak, ale jak trwoga to do... zwyczaju – waga i znaczenie niewiążących uchwał OI – odchodzi w przeszłość spontaniczne kształtowanie się zwyczajowych reżimów – procesy tworzenia norm prawa zwyczajowego są współcześnie w pełni świadomie animowane;
- intensywność procesów kodyfikacyjnych - zbiór ‘kodeksów’ – to w istocie refleks potęgi prawa zwyczajowego;
- „Zwyczaj jednocześnie pełni, z jednej strony rolę ukrytego tła wszelkich innych źródeł prawa międzynarodowego, z drugiej zaś, paradoksalnie, spowalnia procesy wypracowania prawa umownego. Ta ostatnia funkcja jest widoczna w odniesieniu do szczególnie wrażliwych dziedzin prawa międzynarodowego, gdzie kompromis osiągnięty być może jedynie w następstwie cierpliwie uprawianej praktyki, a nie może być osiągnięty w drodze zdecydowanie bardziej brutalnej procedury dyplomatycznego uzgadniania traktatowego tekstu.” (Carreau)