

EUPHONY, HARMONY
AND DISSONANCE
IN THE INTERNATIONAL
LEGAL ORDER



EUFONIA, HARMONIA
I DYSONANS
W MIĘDZYNARODOWYM
PORZĄDKU PRAWNYM



EUPHONIE, HARMONIE
ET DISSONANCE DANS
L'ORDRE JURIDIQUE
INTERNATIONAL



LIBER AMICORUM
WŁADYSŁAW CZAPLIŃSKI



WARSAW 2024



POLISH ACADEMY OF SCIENCES

INSTITUTE OF LAW STUDIES

**EUPHONY, HARMONY AND DISSONANCE
IN THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER**



**EUFONIA, HARMONIA I DYSONANS
W MIĘDZYNARODOWYM
PORZĄDKU PRAWNYM**



**EUPHONIE, HARMONIE ET DISSONANCE
DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL**



LIBER AMICORUM WŁADYSŁAW CZAPLIŃSKI

EDITED BY

KRYSZYNA KOWALIK-BAŃCZYK

KAROLINA WIERCZYŃSKA

ANDRZEJ JAKUBOWSKI



WARSAW 2024

Prof. ILS PAS Dr Krystyna Kowalik-Bańczyk
ORCID: 0000-0001-7007-3203

Prof. ILS PAS Dr Karolina Wierczyńska
ORCID: 0000-0002-6205-8991

Dr Andrzej Jakubowski
ORCID: 0000-0002-4914-7068

Review:

Prof. ILS PAS Dr Maciej Taborowski

The project was co-financed by funds from the state budget awarded by the Minister of Science within the framework of the Excellent Science II Programme (Poland).



Ministry of Science and Higher Education
Republic of Poland

Scientific Council of the ILS PAS Publishing House:

Prof. Celina Nowak
Prof. ILS PAS Dr Mateusz Błachucki
Prof. ILS PAS Dr Małgorzata Łączkowska-Porawska
Prof. Anna Młynarska-Sobaczewska
Prof. ILS PAS Dr Paweł Podrecki
Dr Wojciech Drobny

ISBN: 978-83-66300-98-9 (hbk.), 978-83-66300-99-6 (ebook)

© Copyright by Institute of Law Studies Polish Academy of Sciences, 2024.

Language proofreading:

Eric Hilton (in English)

Bożena i Janusz Sigismund (in Polish)

Poleng Sp. z o.o. (in French)

Wydawnictwo INP PAN

Cover design and layout, typesetting:

Grzegorz Gromulski

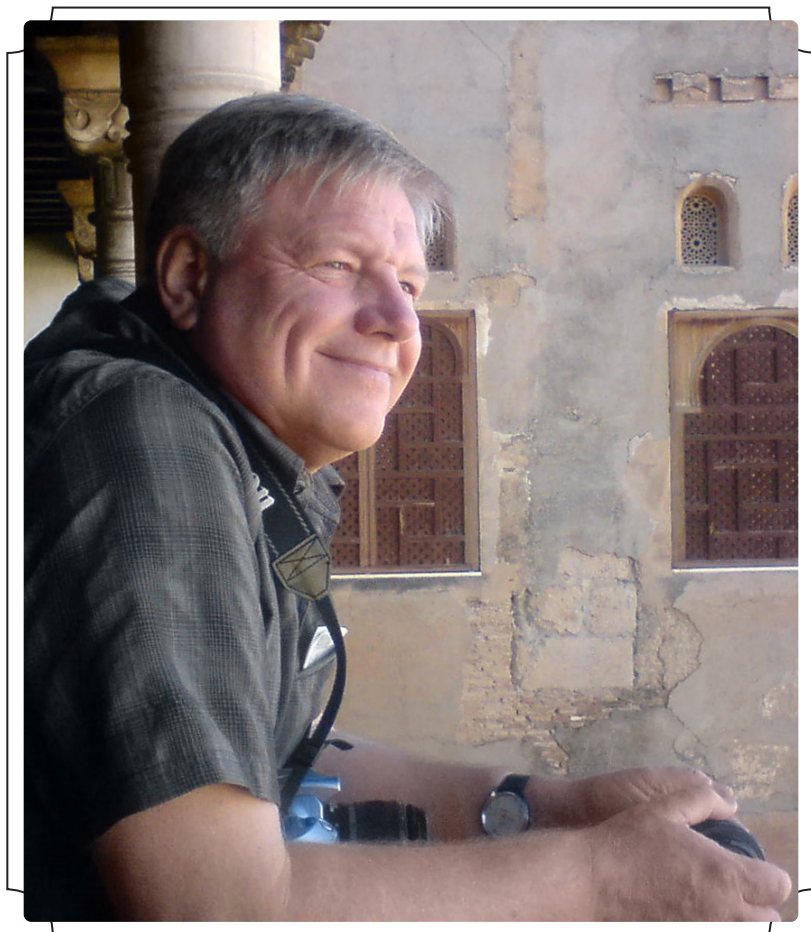
Printing commissioned by ILS PAS Publishing House:

Sowa Druk Sp. z o.o.

ILS PAS Publishing House
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warsaw
e-mail: wydawnictwo@inp.pan.pl



**ILS
PAS**



Prof. Władysław Czapliński

Krystyna Kowalik-Bańczyk, Karolina Wierczyńska, Andrzej Jakubowski	
Editorial	9
Wprowadzenie.....	13
Editorial	17
Celina Nowak	
Foreword	21
Słowo wstępne.....	23
Avant-propos.....	25
Selected bibliography of Professor Władysław Czapliński	27
Maurizio Arcari and Beatrice Bonafé	
Divisive <i>jus cogens</i>	43
Michał Balcerzak	
Odpowiedzialność międzynarodowa państwa a Europejska Konwencja Praw Człowieka: kilka refleksji	55
Louis Balmond	
Ukraine, Israël et Gaza : La sécurité collective en question	65
Jan Barcz	
Wkład Profesora Władysława Czaplińskiego w badania nad prawnymi aspektami stosunków polsko-niemieckich w sprawie tzw. kampanii reparacyjnej.....	79
Ewelina Cała-Wacinkiewicz	
Między dysonansem a eufonią – o sile jedności systemu prawa międzynarodowego w kontekście jego fragmentacji.....	99
Chun-i Chen	
Customary International Law: Its Status as Law in the Republic of China on Taiwan	109
Patrycja Grzebyk	
<i>Locus standi</i> of Third States in World Court Proceedings Concerning <i>erga omnes</i> violations	119
Shotaro Hamamoto	
When was the Constitution of the International Labour Organization established?	129

Peter Hilpold

The ICJ's Power to issue Interim Measures According to Article 41
of the ICJ Statute at the Test: *South Africa v. Israel* before the ICJ 139

Stephan Hobe

The International Legal Order: Too Fragile to be an Attractive Safety Net?
Or are we Witnessing a Fatal Erosion of the International Legal Order? 151

Andrzej Jakubowski

The Right to Cultural Heritage in the Jurisprudence of the European
Court of Human Rights 157

Ireneusz C. Kamiński

Wypowiedzenie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka przez Zjednoczone
Królestwo – niekończąca się opowieść czy realna perspektywa? 167

Agata Kleczkowska

Resolution 377 "Uniting for Peace": The United Nations General Assembly
Powers and the Prohibition of the Use of Force 179

Dagmara Kornobis-Romanowska

Eufonia w prawie międzynarodowym wobec zgiełku czasu – wkład
Unii Europejskiej w rozwój międzynarodowego prawa humanitarnego
w związku z inwazją Rosji na Ukrainę 189

Krystyna Kowalik-Bańczyk

Unijne sankcje inteligentne po lutym 2022 r. 197

Michał Kowalski

Neutralność i jej utracona, podwójna *ratio legis* 207

Péter Kovács

"*In the second place, where appropriate...*": Considerations on the Position of
International law in the Jurisprudence of the International Criminal Court..... 217

Artur Kozłowski

Rekonstruowanie zasady ogólnej prawa międzynarodowego
– uwagi wprowadzające 227

Jerzy Kranz

Między nadrzędnością, pierwszeństwem i praworządnością 239

Dino Kritsiotis

Sources for Force 255

Bartłomiej Krzan

A Different Drum: The UN Security Council and Climate Change 271

Roman Kwiecień

Źródła formalne prawa międzynarodowego praw człowieka: traktaty, zwyczaj czy ogólne zasady prawa?	281

Monica Lugato

General Principles of Law Recognised by Civilised Nations: The Authority of Pastness and Endurance in International Law	297

Bernard Łukańko

Środek tymczasowy w rozumieniu art. 39 Regulaminu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – zagadnienia wybrane.....	307

Nikolay Marin

Data Protection and AI: Their Influence on the International Legal Order.....	319

Jerzy Menkes and Marcin Menkes

Ban on Trade: From Roman Law to International Law	329

Cezary Mik

Unilateral Measures of Economic Coercion in Contemporary International Law.....	343

Barbara Mikołajczyk

W poszukiwaniu ochrony praw osób niechronionych traktatami. Dysharmonia międzynarodowej ochrony praw człowieka na przykładzie starszych osób LGBTI	361

Anne Millet-Devalle

La régionalisation du droit du désarmement et de la non-prolifération : fertilisation du droit international des armes ?	377

Stefan Oeter

Challenged Reciprocity: The German Minority in Poland and the Polish Minority in Germany.....	397

Dagmar Richter

Polish-German Encounters.....	407

Brad R. Roth

Recognition Doctrine's Unacknowledged Centrality to the International Legal Order.....	411

Wojciech Sadowski

Pod wiatr – zdanie odrębne w sądownictwie międzynarodowym	421

Przemysław Saganek

Unilateral Acts of States in International Law and the Problem of Sources of International Law.....	433

Maja SeršićLiability of States *sine delicto* 443**Pavel Šturma**

Possible Paths to an International Compensation Mechanism 451

Monika Szwarc

Prawo karne Unii Europejskiej – w poszukiwaniu harmonii..... 461

María Isabel Torres Cazorla

A Bird's Eye View of International (Dis)order: Dissonances and Challenges..... 471

Vilenas Vadapalas

Illegality of the Threat and Use of Nuclear Weapons 479

Roman Wieruszewski*Ius migrandi* – czy jest częścią prawa międzynarodowego? 491**Karolina Wierczyńska i Szymon Zaręba**Obowiązki państw w kontekście zbrodni ludobójstwa w świetle
dorobku orzeczniczego Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości 505**Krzysztof Wójtowicz**Kontekst prawno-faktyczny jako element odpowiedzi na pytanie
prejudycjalne w procedurze z art. 267 TFUE.

Uwagi na tle wyroku TSUE w sprawie C-824/18 517

Anna WyrozumskaSztuka interpretacji traktatów – sprawa *Green Power przeciwko Hiszpanii* 527**Salvatore Zappalà**Recent Trends in the Exercise of the Veto Power in the Security Council
and the Evolving Role of the General Assembly..... 539

Tabula gratulatoria..... 553

“Truth is what we have experienced, not what someone tells us about it years later.”
Mariusz Szczygieł, Gottland

Władysław Andrzej Czapliński, affectionately known as Władek or Dziulek by most of his colleagues and friends, was born on 25 November 1954, in Gdańsk. He belongs to a generation of distinguished legal scholars whose lives and professional careers coincided with the tumultuous yet transformative times of the fall of the Berlin Wall, the collapse and birth of new states, the creation of the European Union, its enlargement to include new members from Central and Eastern Europe and the crisis of the international order from Russia's aggression against independent Ukraine. Władysław has dedicated his academic work to these very key issues of international and European law, and his voice and thought are among the most influential in contemporary scholarly debate, both in Poland and internationally. His analyses and scholarly works – published in many languages and dealing with the topics of state succession, recognition, citizenship, international crimes, international legal personality and responsibility, among others – form the core of the doctrine of international and European law. His research on Polish–German and Polish–Russian legal relations is among the most important and pioneering studies in this field, shaping their agenda. It is impossible to enumerate all the merits of the distinguished Jubilate in shaping the doctrine and practice of international and European law, in recognition of which he has been awarded the Knight's Cross of the Order of Polonia Restituta and the honorary badge Bene Merito, for example. He has used his knowledge and commitment to the public good as a member of the Legislative Council of the President of the Council of Ministers, chair of the Advisory Committee on European Law for the Minister of Justice, member of the Advisory Legal Committee for the Minister of Foreign Affairs, rapporteur of the International Law Association (ILA) Committee on State Succession and chair of the ILA Committee on Recognition.

From Władysław Czapliński's exceptionally rich professional biography, it is worth noting that he obtained his habilitation degree in 1995 for his dissertation, *Legal Consequences of the Illicit Use of Force in International Relations*; four years later, he was awarded the title of professor. At that time, he carried out numerous studies at a number of German universities, including Tübingen, Berlin, Cologne and Hamburg. For 12 years (2004–2016) he served as the Director of the Institute of

Law Studies at the Polish Academy of Sciences, where he continues to work to this day. Simultaneously, he founded and headed the departments of international and European law and lectured at other domestic and foreign universities, including the University of Viadrina, the Universities of Paris-XI and Paris-II, the University Côte d'Azur de Nice and the University of Catania. The distinguished Jubilate has educated numerous specialists in international and European law. Under his guidance, 15 now renowned researchers and legal practitioners have obtained their doctoral degrees: Dobrochna Bach-Golecka, Tomasz Bagdziński, Michał Filipek, Agata Kleczkowska, Krystyna Kowalik-Bańczyk, Dorota Lutostańska, Justyna Łacny, Aneta Ratkowska, Mateusz Rogala, Wojciech Sadowski, Przemysław Saganek, Monika Szwarc, Maciej Taborowski, Karolina Wierczyńska and Szymon Zaręba. Many others have found invaluable guidance in the reviews he has written. Subsequent generations of Polish lawyers are educated using textbooks he has authored. For many years, he has been the editor-in-chief of the most important and oldest Polish journal in its field: *Polish Yearbook of International Law*. To colleagues and friends, Władek is known not only as a legal and academic heavyweight, but also as a die-hard volleyball fan, a music lover, a passionate traveller (his ability to navigate cities he has never been to is legendary), an art collector, a language whiz and a true bon vivant.

This book, *Euphony, Harmony and Dissonance in the International Legal Order*, is a tribute to Władek on his 70th birthday. It aims to capture the breadth of his interests and the depth of his scholarship. The essays within, written in English, French and Polish, are contributions from his colleagues, friends and former students. Many authors raise general, classic questions of international law: the foundations of the contemporary international legal order (Stephan Hobe and María Isabel Torres Cazorla), *jus cogens* (Maurizio Arcari and Beatrice Bonafé), customary international law (Chun-i Chen), the general principles of law (Artur Kozłowski and Monica Lugato), the fragmentation of international law (Ewelina Cała-Wacinkiewicz), neutrality (Michał Kowalski), force and its use in international law (Dino Kritsiotis), formal sources of the protection of international human rights (Roman Kwiecień), the art of interpreting treaties (Anna Wyrozumaska), recognition (Brad R. Roth), non-contractual liability of the State (Maja Seršić) and compensation schemes in international law (Pavel Šturma).

Other authors in turn raise the issue of international justice. Wojciech Sadowski refers to a general problem of separate opinions, whilst other texts deal with the functioning and case law of the International Court of Justice (ICJ), the European Court of Human Rights (ECtHR) and the International Criminal Court (ICC): *locus standi* before the ICJ (Patrycja Grzebyk), interim measures implemented by the ICJ (Peter Hilpold), obligations of States in the context of the crime of genocide in the case law of the ICJ (Karolina Wierczyńska and Szymon Zaręba), the international responsibility of States under the European Convention on Human Rights (Michał Balcerzak), the right to cultural heritage in the case law of the ECtHR (Andrzej

Jakubowski), the possibility of denouncing the ECHR (Ireneusz Kamiński), interim measures adopted by the ECtHR (Bernard Łukańko) and the application of international law by the ICC (Peter Kovács).

A range of essays address specific issues of international law that align with the Jubilate's research interests: the status of the International Labour Organization (Shotaro Hamamoto), the UN Security Council and climate change (Bartłomiej Krzan), the protection of personal data in international law (Nikolay Marin), disharmony in the international protection of the human rights of older LGBT people (Barbara Mikołajczyk), the right to migrate (Roman Wieruszewski) and the veto power in the United Nations (Salvatore Zappalà). Some authors discuss issues related to maintaining peace or reactions to the use of force in international relations: collective security (Louis Balmond), the Uniting for Peace resolution (Agata Kleczkowska), international trade (Jerzy Menkes and Marcin Menkes), unilateral measures (Cezary Mik), the regionalization of disarmament initiatives (Anne Millet-Devalle) and the use of nuclear weapons (Vilenas Vadapalas). A separate theme illustrating Władysław's interests is Polish–German relations (Dagmar Richter, Jan Barcz and Stefan Oeter), as well as issues of EU law that intersect with traditional international law: the EU's contribution to the development of international humanitarian law in the context of Russia's full-scale aggression against Ukraine (Dagmara Kornobis-Romanowska), the EU's smart sanctions against Russia (Krystyna Kowalik-Bańczyk), the concepts of supremacy, primacy and the rule of law in EU law (Jerzy Kranz), EU criminal law (Monika Szwarc) and the preliminary ruling procedure of the Court of Justice (Krzysztof Wójtowicz).

This collection of essays, touching upon many key issues of international and European law, is merely a modest tribute to the Jubilate's vast knowledge. Above all, this book is an expression of sincere respect and friendship. Władysław's extensive knowledge and academic achievements alone would not explain the widespread recognition he enjoys. His openness to cooperation and professional competence have earned him numerous friends and colleagues worldwide, many of whom will always be grateful to this tireless advisor for his help and unwavering support. After many years of incredibly active academic and expert work, the Jubilate's creative energy remains undiminished. It is our sincerest wish that it will continue for many years to come. Dziulku! We wish you a long and happy life!

As editors of this book, we would like to thank all the individuals and institutions that have contributed to its preparation. We extend our special thanks to the authors of the individual chapters for their enthusiasm and commitment to this joint venture. We are very grateful to the Directors of the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences and to the Minister of Foreign Affairs of the Republic of Poland for their organisational and financial support in the preparation of this book. We would like to express our sincere gratitude to Przemysław Saganek, Maciej Taborowski, Agata Kleczkowska and Bernard Łukańko for their invaluable help

and dedication. Special thanks are due to the language editors of this book, as well as to the publishing team of the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences. We would also like to thank Anna Czaplińska for her help and assistance in selecting the Jubilate's portrait.

Krystyna Kowalik-Bańczyk
Karolina Wierczyńska
Andrzej Jakubowski

25 November 2024

„Prawda to jest to, co my przeżyliśmy, a nie to, co nam ktoś po latach na ten temat powie”
Mariusz Szczygiel, Gottland

Władysław Andrzej Czapliński, zwany przez większość swoich współpracowników i przyjaciół Władkiem lub Dziulkim, urodził się 25 listopada 1954 r. w Gdańsku. Należy do grona wybitnych prawników, których kariera zawodowa oraz życie osobiste przypadło na trudne, ale i przełomowe czasy upadku muru berlińskiego, rozpadu i narodzin nowych państw, powstania Unii Europejskiej i jej rozszerzenia o nowych członków z Europy Środkowej i Wschodniej, a także kryzysu porządku międzynarodowego w obliczu agresji rosyjskiej przeciwko niepodległej Ukrainie. Władek poświęcił swoją działalność akademicką tym właśnie kluczowym zagadnieniom prawa międzynarodowego i unijnego, a jego głos i myśl należą do najbardziej wpływowych we współczesnej debacie naukowej, zarówno w Polsce, jak i na świecie. Jego analizy i rozprawy naukowe publikowane w wielu językach, dotyczące sukcesji państw, uznania, obywatelstwa, zbrodni międzynarodowych, podmiotowości oraz odpowiedzialności w prawie międzynarodowym tworzą rdzeń doktryny prawa międzynarodowego i unijnego. Prowadzone przezeń badania stosunków prawnych polsko-niemieckich i polsko-rosyjskich należą do najważniejszych, pionierskich studiów w tym zakresie, kształtujących ich kierunki i agendę. Nie sposób jednak wymienić wszystkich zasług dostojnego Jubilata dla kształtowania się doktryny i praktyki prawa międzynarodowego i unijnego, w uznaniu których został m.in. odznaczony Krzyżem Kawalerskim Orderu Odrodzenia Polski oraz odznaką honorową Bene Merito. Swoją wiedzę i zaangażowanie na rzecz dobra publicznego wykorzystywał m.in. jako członek Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów, przewodniczący Komitetu Doradczego Prawa Europejskiego przy Ministrze Sprawiedliwości, członek Doradczego Komitetu Prawnego przy Ministrze Spraw Zagranicznych, sprawozdawca Komitetu International Law Association (ILA) do spraw sukcesji państw, przewodniczący prac Komitetu ILA do spraw uznania.

Z przebogatego życiorysu zawodowego Władysława Czaplińskiego warto przypomnieć, iż stopień doktora habilitowanego za pracę *Skutki prawne nielegalnego użycia siły w stosunkach międzynarodowych* uzyskał w 1995 r., zaś cztery lata później – tytuł profesora. W tym czasie prowadził ten liczne badania na wielu uniwersytetach niemieckich, m.in. w Tybindze, Berlinie, Kolonii i Hamburgu. Przez dwanaście lat

(2004–2016) pełnił funkcję dyrektora Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, gdzie pracuje po dziś dzień. Jednocześnie zakładał i kierował katedrami prawa międzynarodowego i europejskiego oraz prowadził wykłady na innych uniwersytetach krajowych i zagranicznych, w tym na Uniwersytecie Warszawskim, Europejskiej Wyższej Szkole Prawa i Administracji, Uniwersytecie Viadrina, Uniwersytetach Paris-XI i Paris-II, Uniwersytecie Côte d'Azur w Nicei oraz w Uniwersytecie w Katanii. Dostojny Jubilat wykształcił wielu specjalistów z zakresu prawa międzynarodowego i unijnego. Pod jego kierunkiem stopień naukowy doktora uzyskało piętnastu już uznanych badaczy oraz praktyków prawa: Dobrochna Bach-Golecka, Tomasz Bagdziński, Michał Filipek, Agata Kleczkowska, Krystyna Kowalik-Bańczyk, Dorota Lutostańska, Justyna Łacny, Aneta Ratkowska, Mateusz Rogala, Wojciech Sadowski, Przemysław Saganek, Monika Szwarc, Maciej Taborowski, Karolina Wierczyńska oraz Szymon Zaręba. Wiele innych nieocenione wskazówki znalazło w sporządzonych przez niego recenzjach. Z podręczników jego autorstwa i współautorstwa kształcą się kolejne pokolenia polskich prawników. Od wielu lat jest redaktorem naczelnym najważniejszego i najstarszego polskiego czasopisma z dziedziny prawa międzynarodowego – *Polish Yearbook of International Law*.

Współpracownikom i przyjaciółom Władek znany jest nie tylko jako autorytet prawniczy i naukowy, ale również jako zagorzały kibic siatkówki, meloman, miłośnik opery i operetki, szalony kompan podróży (legendarna jest znajomość topografii nigdy nie odwiedzanych miast), zapalony amator i kolekcjoner sztuki, poliglota, smakosz życia i kultury.

Niniejsza księga, zatytułowana *Eufonia, harmonia i dysonans w międzynarodowym porządku prawnym*, przygotowana z okazji siedemdziesiątych urodzin Władka ma ambicję, choć w części odzwierciedlić jego bogate, niewyczerpane zainteresowania i pasje. Wszystkie teksty nawiązują do rozległych pól poszukiwań Jubilata i odwołują się do wypracowanych przezeń koncepcji oraz jego dorobku naukowego. Na księgę składają się eseje współpracowników, przyjaciół i wychowanków Jubilata przygotowane w trzech językach: polskim, angielskim i francuskim.

Wielu z autorów porusza ogólne, klasyczne zagadnienia prawa międzynarodowego: fundamenty współczesnego międzynarodowego porządku prawnego (Stephan Hobe i María Isabel Torres Cazorla), *ius cogens* (Maurizio Arcari i Beatrice Bonafé), międzynarodowe prawo zwyczajowe (Chun-i Chen), ogólne zasady prawa (Artur Kozłowski i Monica Lugato), fragmentacja prawa międzynarodowego (Ewelina Cała-Wacinkiewicz), neutralność (Michał Kowalski), siła i jej użycie w prawie międzynarodowym (Dino Kritsiotis), formalne źródła międzynarodowych praw człowieka (Roman Kwiecień), sztuka interpretacji traktatów (Anna Wyrozumska), uznanie (Brad R. Roth), pozadeliktowa odpowiedzialność państwa (Maja Seršić), reżim odszkodowawczy w prawie międzynarodowym (Pavel Šturma). Inni autorzy w swoich esejach odnoszą się z kolei do problematyki sądownictwa międzynarodowego. Wojciech Sadowski porusza generalny problem zdań odrębnych, w innych tekstach

omawiane jest zaś funkcjonowanie i orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS), Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) oraz Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK), *locus standi* przed MTS (Patrycja Grzebyk), środki tymczasowe wydawane przez MTS (Peter Hilpold), obowiązki państw w kontekście zbrodni ludobójstwa w orzecznictwie MTS (Karolina Wierczyńska i Szymon Zaręba), odpowiedzialność międzynarodowa państw na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (Michał Balcerzak), prawo do dziedzictwa kulturowego w orzecznictwie ETPC (Andrzej Jakubowski), możliwość wypowiedzenia EKPC (Ireneusz Kamiński), środki tymczasowe wydawanych przez ETPC (Bernard Łukańko), stosowanie prawa międzynarodowego przez MTK (Peter Kovács).

W szeregu esejów poruszono szczególne zagadnienia prawa międzynarodowego bliskie zainteresowaniom badawczym Jubilata, takiej jak: status Międzynarodowej Organizacji Pracy (Shotaro Hamamoto), Rada Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych a zmiany klimatyczne (Bartłomiej Krzan), ochrona danych osobowych w prawie międzynarodowym (Nikolay Marin), dysharmonia w międzynarodowej ochronie praw człowieka starszych osób LGBT (Barbara Mikołajczyk), *ius migrandi* (Roman Wieruszewski), prawo weta na forum Organizacji Narodów Zjednoczonych (Salvatore Zappalà). Niektórzy autorzy omawiają zagadnienia związane z utrzymaniem pokoju lub reakcjami na użycie siły w relacjach międzynarodowych: bezpieczeństwo zbiorowe (Louis Balmond), rezolucję *uniting for peace* (Agata Kleczkowska), międzynarodowy handel (Jerzy Menkes i Marcin Menkes), środki jednostronne (Cezary Mik), regionalizację inicjatyw rozbrojeniowych (Anne Millet-Devalle), użycie broni nuklearnej (Vilenas Vadapalas). Osobnym wątkiem ilustrującym zainteresowania Władka są stosunki polsko-niemieckie (Dagmar Richter, Jan Barcz, Stefan Oeter) oraz zagadnienia prawa unijnego pozostające w związku z tradycyjnym prawem międzynarodowym: wkład Unii Europejskiej w rozwój międzynarodowego prawa humanitarnego w związku z inwazją Rosji na Ukrainę (Dagmara Kornobis-Romanowska), sankcje inteligentne Unii Europejskiej wobec Rosji (Krystyna Kowalik-Bańczyk), pojęcia nadrzędności, pierwszeństwa i praworządności w prawie unijnym (Jerzy Kranz), unijne prawo karne (Monika Szwarc), prejudycjalny tryb orzekania Trybunału Sprawiedliwości (Krzysztof Wójtowicz).

Niniejszy zbiór esejów, poruszając wiele kluczowych problemów prawa międzynarodowego i unijnego, stanowi tylko skromny hołd dla wielkiej wiedzy Jubilata. Księga to jednak przede wszystkim wyraz szczerego szacunku i przyjaźni. Autorytet naukowy i osiągnięcia akademickie Władka same w sobie nie wyjaśniałyby bowiem szerokiego uznania, jakim się cieszy. Jego otwartość na współpracę i wysokie kompetencje merytoryczne zjednały mu licznych przyjaciół i współpracowników na całym świecie, a wielu z nich będzie zawsze wdzięcznych temu niestrudzonemu doradcy za pomoc i niezawodne wsparcie. Po wielu latach niezmiennie aktywnej pracy akademickiej i eksperckiej energia twórcza Jubilata pozostaje nienaruszona. Jest naszym najszczer-

szym życzeniem, aby trwała ona jeszcze przez wiele lat. Władku! Życzymy Ci 100 lat!

Jako redaktorzy tej książki pragniemy podziękować wszystkim osobom i instytucjom, które pomogły w jej przygotowaniu. Szczególne podziękowania kierujemy Autorem i Autorów poszczególnych rozdziałów za ich entuzjazm i zaangażowanie w to wspólne przedsięwzięcie. Jesteśmy bardzo wdzięczni Dyrekcji Instytutu Nauk Prawnych PAN oraz Ministrowi Spraw Zagranicznych RP za wsparcie organizacyjne i finansowe prac nad książką. Bardzo dziękujemy Przemysławowi Sagankowi, Maciejowi Taborowskiemu, Agacie Kleczkowskiej i Bernardowi Łukańko za ich nieocenioną pomoc i zaangażowanie. Osobne podziękowania należą się redaktorom językowym tej książki oraz zespołowi Wydawnictwa Instytutu Nauk Prawnych PAN. Chcielibyśmy również podziękować Annie Czaplińskiej za okazaną pomoc w wyborze portretu Jubilata.

*Krystyna Kowalik-Bańczyk
Karolina Wierczyńska
Andrzej Jakubowski*

25 listopada 2024 r.

« La vérité est ce que nous avons vécu,
et non ce que nous nous rappellerons quelques années plus tard sur le sujet »
Mariusz Szczygieł, Gottland

Władysław Andrzej Czapliński, nommé par la majorité de ses collègues et amis Wladek ou Dziulek, est né le 25 novembre 1954 à Gdańsk. Il figure parmi les juristes éminents dont la carrière et la vie personnelle ont connu des temps difficiles avec des événements tels que l'effondrement et la naissance de nouveaux États, l'émergence de l'Union Européenne et son élargissement à de nouveaux membres d'Europe centrale et orientale, ainsi que la crise de l'ordre international face à l'agression russe contre l'indépendance de l'Ukraine. Wladek aurait consacré ses activités académiques à ces questions fondamentales du droit international et du droit de l'Union et sa voix et ses idées figurent parmi les plus influents du débat scientifique moderne, tant en Pologne que dans le reste du monde. Ses analyses et débats scientifiques, publiés dans de nombreuses langues sur la succession d'États, la reconnaissance, la nationalité, les crimes internationaux, la personnalité et la responsabilité en droit international, créent le noyau de la doctrine du droit international et de l'Union. Ses recherches dans les relations juridiques polono-allemandes et polono-russes figurent parmi les principales études pionnières dans ce domaine, déterminant leurs directions et leurs tendances linéaires. Il n'est toutefois pas possible d'énumérer tous ses mérites dans l'élaboration de la doctrine et des pratiques du droit international et du droit de l'Union, mérites récompensés, entre autres, par la remise de la Croix de la Cavalerie – Ordre de la Renaissance de la Pologne et par la médaille d'honneur Bene Merito. Il a utilisé, entre autres, ses connaissances et son engagement en faveur du bien public en tant que membre du conseil législatif auprès du Premier Ministre du Conseil des ministres, Président du comité consultatif du droit Européen auprès du Ministre de la justice, membre du comité juridique consultatif auprès du Ministre des affaires étrangères, rapporteur du comité juridique de l'International Law Association (ILA) pour les successions d'États, et encore Président des travaux sur la reconnaissance du comité ILA.

Il est utile de rappeler, dans le curriculum vitae professionnel de Władysław Czapliński, qu'il a obtenu le grade de docteur habilité pour le travail « Effets juridiques de l'usage illégal international de la force » en 1995, et quatre ans plus tard, il a acquis le titre de Professeur. À cette époque, il a mené de nombreuses recherches dans

plusieurs universités allemandes, dont Tübingen, à Berlin, Cologne et Hambourg. Pendant douze ans (2004–2016), il a exercé la fonction de Directeur de l'Institut des Etudes Juridiques de l'Académie des Sciences de Pologne, où il travaille jusqu'à ce jour. Dans le même temps, il a créé et dirigé des conférences sur le droit international et européen et a dispensé des cours dans d'autres universités nationales et étrangères, y compris à l'université Europejskiej Wyższej Szkole Prawa i Administracji de Varsovie, à l'université de Viadrina, aux universités Paris-XI et Paris-II, à l'université Côte d'Azur de Nice et à l'université de Catane. Il a formé de nombreux spécialistes du droit international et du droit de l'Union. Sous sa direction, quinze chercheurs déjà reconnus et praticiens du droit ont obtenu leur doctorats: Dobrochna Bach-Golecka, Tomasz Bagdziński, Michał Filipek, Agata Kleczkowska, Krystyna Kowalik-Bańczyk, Dorota Lutostańska, Justyna Łacny, Aneta Ratkowska, Mateusz Rogala, Wojciech Sadowski, Przemysław Saganek, Monika Szwarc, Maciej Taborowski, Karolina Wierczyńska et Szymon Zaręba. Beaucoup d'autres ont trouvé de précieux conseils dans ses critiques. Les générations de juristes polonais sont formées à partir de ses manuels. Depuis de nombreuses années, il est rédacteur en chef du magazine polonais le plus important et le plus ancien en droit international — *Polish Yearbook of International Law*.

Les collègues et les amis de Wladek l'ont connu non seulement pour son autorité juridique et scientifique, mais aussi pour sa passion pour le volley-ball. Il était également un mélomane, amateur d'opéra et d'opérette, un compagnon de voyage inspirant (sa connaissance de la topographie des villes jamais visitées est légendaire), amateur et collectionneur d'art, polyglotte, amoureux de la vie et de la culture.

Le présent livre, intitulé *Euphonie, harmonie et dissonance dans l'ordre juridique international*, élaboré à l'occasion du soixante-dixième anniversaire, a l'ambition, au moins en partie, de refléter ses intérêts et passions abondants. Tous les textes font référence à de vastes champs de ses recherches et font référence à ses conceptions et à ses acquis scientifiques. Le livre se compose d'essais écrits par ses collègues, ses amis et élèves, préparés en trois langues: polonais, anglais et français.

De nombreux auteurs soulèvent des questions générales, classiques du droit international: les fondements de l'ordre juridique international contemporain (Stephan Hobe et María Isabel Torres Cazorla), *ius cogens* (Maurizio Arcari et Beatrice Bonafé), le droit international coutumier (Chun-i Chen), les principes généraux du droit (Artur Kozłowski et Monica Lugato), la fragmentation du droit international (Ewelina Cała-Wacinkiewicz), la neutralité (Michał Kowalski), la force et son utilisation en droit international (Dino Kritsiotis), sources formelles des droits de l'homme internationaux (Roman Kwiecień), art d'interprétation des traités (Anna Wyrozumska), reconnaissance (Brad R. Roth), responsabilité extracontractuelle de l'État (Maja Seršić), régime d'indemnisation en droit international (Pavel Šturma). D'autres auteurs évoquent à leur tour la problématique des juridictions internationales. Wojciech Sadowski soulève un problème général d'opinions distinctes, tandis que d'autres textes traitent du fonctionnement et de la jurisprudence de la Cour in-

ternationale de justice (CIJ), de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH) et de la Cour pénale internationale (CPI): *locus standi* devant CIJ (Patrycja Grzebyk), mesures provisoires prises par CIJ (Peter Hilpold), obligations des États dans le contexte du crime de génocide dans la jurisprudence de la CIJ (Karolina Wierczyńska et Szymon Zaręba), responsabilité internationale des États dans le cadre de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (Michał Balcerzak), droit au patrimoine culturel dans la jurisprudence de la Cour EDH (Andrzej Jakubowski), possibilité de dénoncer la CEDH (Ireneusz Kamiński), mesures provisoires adoptées par la Cour EDH (Bernard Łukańko), application du droit international par CPI (Peter Kovács).

Un certain nombre d'idées de droit international soulèvent des questions spécifiques de droit international proches de l'intérêt des recherches qu'il a mené: statut de l'Organisation internationale du travail (Shotaro Hamamoto), Conseil de sécurité des Nations Unies et changement climatique (Bartłomiej Krzan), protection des données à caractère personnel en droit international (Nikolay Marin), dysharmonie dans la protection internationale des Droits de l'Homme LGBT (Barbara Mikołajczyk), *ius migrandi* (Roman Wieruszewski), droit de veto au sein des Nations unies (Salvatore Zappalà). Certains auteurs discutent des questions liées au maintien de la paix ou aux réactions à l'usage de la force dans les relations internationales: la sécurité collective (Louis Balmond), la résolution *uniting for peace* (Agata Kleczkowska), le commerce international (Jerzy Menkes et Marcin Menkes), les mesures unilatérales (Cezary Mik), la régionalisation des initiatives de désarmement (Anne Millet-Devalle), l'utilisation d'armes nucléaires (Vilenas Vadapalas). Les relations entre la Pologne et l'Allemagne (Dagmar Richter, Jan Barcz, Stefan Oeter) et les questions de droit de l'Union en rapport avec le droit international traditionnel sont une trame distincte illustrant l'intérêt de Wladek: contribution de l'Union Européenne au développement du droit humanitaire international dans le contexte de l'invasion de l'Ukraine par la Russie (Dagmara Kornobis-Romanowska), les sanctions intelligentes de l'Union Européenne à l'encontre de la Russie (Krystyna Kowalik-Bańczyk), les notions de primauté, d'état de droit dans le droit de l'Union (Jerzy Kranz), le droit pénal de l'Union (Monika Szwarc), le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union Européenne (Krzysztof Wójtowicz).

Ce recueil des textes, abordant de nombreux problèmes clés du droit international et du droit de l'Union, ne reflète qu'une petite partie de ses larges connaissances. Toutefois, le livre est avant tout l'expression d'un respect sincère et d'amitié. En effet, l'autorité scientifique et les mérites académiques de Wladek n'expliqueraient pas, en eux-mêmes, la large reconnaissance dont il jouit. Son ouverture à la coopération et ses compétences de fond élevées ont réuni de nombreux amis et collègues dans le monde entier, et beaucoup d'entre eux sont toujours conscients de l'aide et du soutien fiable de ce juriste. Après de nombreuses années de travail universitaire et d'experts extrêmement actif, son énergie créatrice de reste intacte. Nous souhaitons

qu'elle perdure encore pendant de nombreuses années. Wladku – nos meilleur vœux!

En tant que rédacteurs de ce livre, nous tenons à remercier toutes les personnes et les institutions qui nous ont soutenu dans sa préparation. Nous remercions particulièrement les auteurs des différents chapitres pour leur enthousiasme et leur implication dans cette entreprise commune. Nous sommes très reconnaissants envers la direction de l'Institut des sciences juridiques et le Ministre des affaires étrangères de la Pologne pour le soutien organisationnel et financier des travaux sur ce livre. Nous remercions également M. Przemysław Saganek, M. Maciej Taborowski, Mme Agata Kleczkowska et M. Bernard Łukańko pour leur soutien et leur engagement. Tous nos remerciements également pour les rédacteurs linguistiques de ce livre. Nous souhaitons également remercier Mme Czaplińska pour son soutien dans la sélection du portrait de Władysław Andrzej Czapliński.

*Krystyna Kowalik-Bańczyk
Karolina Wierczyńska
Andrzej Jakubowski*

25 novembre 2024

FOREWORD

This book is a collection of essays dedicated to Professor Władysław Czapliński on the occasion of his 70th birthday.

For over 30 years, Professor Władysław Czapliński has been professionally associated with the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences, where he served as Director from 2004 to 2016, and where his most important works were written.

The Jubilarian's versatility of research interests and thorough knowledge have been expressed in his substantial and valuable academic output, whilst also making a significant contribution to the development of the doctrine of public international law and European Union law. In his scholarly work, Professor Władysław Czapliński has sought ways of understanding the evolving international legal order and methods of shaping it in the most harmonious, coherent manner possible. For this reason, the collection of works dedicated to him is titled *Euphony, Harmony and Dissonance in the International Legal Order* and will undoubtedly constitute a unique and valuable addition to the Polish and global sciences of public international and European law.

As an extremely charismatic, but also uncompromising and demanding person, Prof. Władysław Czapliński is to this day one of the more distinctive figures of the Polish legal academic community. His fame, however, goes beyond the borders of the country. Indeed, one of Professor Władysław Czapliński's missions and passions has been to present the achievements of Polish legal science abroad, whether officially or through informal meetings with researchers from other countries – particularly in the German-, French- and English-speaking countries.

Throughout all the years of his career, in addition to his academic work, organisational activities and legal practice, the Jubilarian devoted his time to his younger colleagues. He brought up numerous generations of students, as well as many younger scientists as a doctoral supervisor. A large group of his alumni contributed to this book and it is through them that Professor Władysław Czapliński's scientific legacy will continue.

On behalf of the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences, I would like to thank the authors of the works published in this volume, as well as the editors of the book for the effort they put into its preparation. To the Jubilarian, in turn, I wish many years of good health and further satisfaction with the success of the Institute's academic staff.

Celina Nowak

Director of Institute of Law Studies PAS

SŁOWO WSTĘPNE

Prezentowana księga jest zbiorem prac dedykowanych Profesorowi Władysławowi Czaplińskiemu z okazji jubileuszu Jego siedemdziesiątych urodzin.

Profesor Władysław Czapliński od przeszło 30 lat jest zawodowo związany z Instytutem Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, w którym w latach 2004–2016 pełnił funkcję dyrektora i gdzie powstały Jego najważniejsze prace naukowe.

Wszechstronność zainteresowań badawczych Jubilata oraz gruntowna wiedza znalazły wyraz w Jego pokaźnym i wartościowym dorobku naukowym, stanowiąc jednocześnie znaczący wkład w rozwój doktryny prawa międzynarodowego publicznego oraz prawa Unii Europejskiej. Profesor Władysław Czapliński w swojej pracy naukowej poszukiwał dróg zrozumienia ewoluującego międzynarodowego porządku prawnego i metod ukształtowania go w sposób możliwie najbardziej harmonijny i spójny. Dlatego też ofiarowany Mu zbiór prac został zatytułowany *Eufonia, harmonia i dysonans w międzynarodowym porządku prawnym*. Bez wątpienia księga ta stanowić będzie wyjątkową i wartościową pozycję w polskiej i światowej nauce prawa międzynarodowego publicznego i europejskiego.

Jako osoba niezwykle charyzmatyczna, ale także bezkompromisowa i wymagająca, Profesor Władysław Czapliński jest do dziś jedną z bardziej charakterystycznych postaci polskiego prawniczego środowiska naukowego. Jego sława wykracza poza granice kraju. Jedną z misji i pasji Profesora Władysława Czaplińskiego było bowiem prezentowanie dorobku polskiej nauki prawa za granicą, czy to oficjalnie, czy w ramach nieformalnych spotkań z badaczami z innych krajów, zwłaszcza w obszarze niemiecko-, francusko- i angielskojęzycznym.

Przez wszystkie lata swojej kariery Jubilat, obok działalności naukowo-badawczej, organizatorskiej oraz pracy w praktyce, poświęcał swój czas młodszym kolegom i koleżankom. Wychował liczne pokolenia studentów, a także wielu młodszych naukowców jako promotor doktoratów. Spora grupa Jego wychowanków przyczyniła się do powstania tej księgi i to poprzez nich spuścizna naukowa Profesora Władysława Czaplińskiego będzie kontynuowana.

W imieniu Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk składam podziękowania autorom opublikowanych w tym tomie prac, a także redaktorom księgi za wysiłek, jaki włożyli w jej przygotowanie. Jubilatowi natomiast życzę wielu lat w zdrowiu i dalszej satysfakcji z sukcesów kadry naukowej Instytutu.

Celina Nowak

Dyrektor Instytutu Nauk Prawnych PAN

AVANT-PROPOS

Ce livre est un recueil d'essais dédié au professeur Władysław Czapliński à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire.

Depuis plus de trente ans, le professeur Władysław Czapliński est professionnellement associé à l'Institut d'études juridiques de l'Académie polonaise des sciences, dont il a été le directeur de 2004 à 2016 et où ont été rédigés ses travaux scientifiques les plus importants.

La polyvalence des intérêts de recherche et les connaissances approfondies du jubilaire ont trouvé leur expression dans sa production académique substantielle et précieuse, tout en apportant une contribution significative au développement de la doctrine du droit international public et du droit de l'Union européenne. Dans ses travaux scientifiques, le professeur Władysław Czapliński a cherché à comprendre l'évolution de l'ordre juridique international et à le façonner de la manière la plus harmonieuse et la plus cohérente possible. C'est pourquoi la collection d'ouvrages qui lui ont été offerte a été intitulée *Euphonie, harmonie et dissonance dans l'ordre juridique international*. Elle constituera sans aucun doute une position unique et précieuse dans les sciences polonaises et mondiales du droit international public et européen.

Personnalité extrêmement charismatique, mais aussi intransigente et exigeante, le professeur Władysław Czapliński est à ce jour l'une des figures les plus marquantes de la communauté universitaire juridique polonaise. Sa renommée dépasse toutefois les frontières du pays. En effet, l'une des missions et des passions du professeur Władysław Czapliński a été de présenter les réalisations de la science juridique polonaise à l'étranger, que ce soit officiellement ou par le biais de rencontres informelles avec des chercheurs d'autres pays, notamment dans les mondes germanophones, francophones et anglophones.

Tout au long de sa carrière, Jubilaire, en plus de ses activités scientifiques et de recherche, de ses activités organisationnelles et de son travail pratique, a consacré son temps à ses jeunes collègues. Il a formé de nombreuses générations d'étudiants, ainsi que de nombreux jeunes scientifiques en tant que directeur de thèse. Un grand nombre de ses anciens élèves ont contribué à cet ouvrage et c'est grâce à eux que l'héritage scientifique du professeur Władysław Czapliński se perpétuera.

Au nom de l'Institut d'études juridiques de l'Académie polonaise des sciences, je tiens à remercier les auteurs des ouvrages publiés dans ce volume, ainsi que les éditeurs du livre pour les efforts qu'ils ont déployés dans sa préparation. Au jubilaire, en revanche, je souhaite de nombreuses années de bonne santé et une plus grande satisfaction quant au succès du personnel scientifique de l'Institut.

Celina Nowak

Directeur de l'Institut d'études juridiques
de l'Académie polonaise des sciences

SELECTED BIBLIOGRAPHY OF PROFESSOR WŁADYSŁAW CZAPLIŃSKI

MONOGRAPHS / MONOGRAFIE / MONOGRAPHIES

- Znaczenie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w procesie rozwoju prawa europejskiego*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2021.
- Współpraca w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych w Unii Europejskiej*, Oficyna Wydawnicza ASPRA, Warszawa: 2017. Co-author: A. Serzysko.
- Prawo międzynarodowe publiczne: zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa: 2014. Co-author: A. Wyrozumska.
- Odpowiedzialność za naruszenia prawa międzynarodowego w związku z konfliktem zbrojnym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2009.
- Podstawowe zagadnienia prawa międzynarodowego: zarys wykładu*. Centrum Europejskie UW, Warszawa: 2009.
- Obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości: współpraca w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych*, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, Warszawa: 2005.
- Traktat o Unii Europejskiej: komentarz*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa: 2005. Co-author: C. Mik.
- Prawo międzynarodowe publiczne: zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa: 2004. Co-author: A. Wyrozumska.
- Zarys prawa europejskiego*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa: 2002.
- Sędzia krajowy wobec prawa międzynarodowego*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa: 2001. Co-author: A. Wyrozumska.
- Zarys prawa europejskiego*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Oficyna Wydawnicza Typografia, Warszawa: 1999.
- Prawo międzynarodowe publiczne: zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa: 1999. Co-author: A. Wyrozumska.
- Zmiany terytorialne w Europie Środkowej i Wschodniej i ich skutki międzynarodowo-prawne: (1990–1992)*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 1998.
- Podstawowe zagadnienia prawa umów międzynarodowych*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa: 1995.
- Prawo materialne i polityki Wspólnot i Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 1996. Co-author: G. Druesne.
- Status prawny obywateli państw nie będących członkami Unii Europejskiej w obrębie Unii*, Real Press, Warszawa: 1995.
- Unia Europejska jako organizacja ponadnarodowa: prawo materialne Wspólnot Europejskich*, Uniwersytet Gdański. Wydział Ekonomiczny, Sopot: 1994.

- Skutki prawne nielegalnego użycia siły w stosunkach międzynarodowych*, Agencja Scholar, Warszawa: 1993.
- Obywatelstwo w procesie normalizacji stosunków RFN–PRL i RFN–NRD: problemy wybrane*, Instytut Zachodni, Poznań: 1990.

EDITORIAL WORK / PUBLIKACJE ZBIOROWE / TRAVAIL ÉDITORIAL

- Wybrane problemy prawne w stosunkach polsko-rosyjskich*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2024.
- Unrecognised Subjects in International Law*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2019. Co-editor: A. Kleczkowska.
- The Case of Crimea's Annexation Under International Law*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2019. Co-editors: S. Dębski; R. Tarnogórski; K. Wierczyńska.
- Problemy prawne w stosunkach polsko-niemieckich u progu XXI wieku*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2010. Co-editor: B. Łukańko.
- Współpraca sądowa w sprawach cywilnych i karnych*, C.H. Beck, Warszawa: 2007. Co-editor: A. Wróbel.
- Prawo w XXI wieku: księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych PAN*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2006.
- Prawo Wspólnot Europejskich: orzecznictwo*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2005. Co-editors: R. Ostrihansky; A. Wyrozumska; P. Saganek.
- Poland's Way to the European Union: Legal Aspects*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2002.
- Prawo Wspólnot Europejskich: orzecznictwo*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2001. Co-editors: R. Ostrihansky; P. Saganek; A. Wyrozumska.
- Europejska współpraca policyjna*, Centrum Szkolenia Policji: Legionowo–Warszawa, 1999.
- Suwerenność i integracja europejska: materiały pokonferencyjne = Sovereignty and the European Integration: Conference Materials*. Warszawa: Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, 1999, Co-editors: I. Lipowicz; T. Skoczny; M. Wyrzykowski.
- Prawo Wspólnot Europejskich: Orzecznictwo*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 1997. Co-editors: R. Ostrihansky; P. Saganek; A. Wyrozumska.
- Prawo Wspólnot Europejskich: dokumenty*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Fundacja Promocji Prawa Europejskiego, Warszawa: 1996. Co-editors: R. Ostrihansky; A. Wyrozumska.
- Prawo Wspólnot Europejskich: dokumenty i orzecznictwo*, Agencja Scholar, Warszawa: 1994. Co-editors: R. Ostrihansky; A. Wyrozumska.

CHAPTERS / ROZDZIAŁY / CHAPITRES

- Die Anwendung des Schengener Abkommens in Polen*, in: S. Breitenmoser, P. Uebersax, P. Hilpold (eds.), *Schengen und Dublin in der Praxis, in der EU, in der Schweiz und in einzelnen europäischen Staaten, mit einem Blick auf 70 Jahre Flüchtlingsskonvention*, Dike Verlag AG: Zürich–St. Gallen, 2023, p. 149–182.
- Kazimierz Równy, in: J. Menkes, A. Przyborowska-Klimczak, E. Cała-Wacinkiewicz, A. Kozłowski, B. Krzan, J. Nowakowska-Małusecka, W.S. Staszewski, I. Wrońska, *Uczni i nauka prawa międzynarodowego w Polsce: w 100. rocznicę utworzenia Grupy Polskiej Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego (International Law Association)*, C.H. Beck, Warszawa: 2023, s. 49–52.
- Czy art. 9 Konstytucji RP jest sprzeczny z Konstytucją?, in: A. Kozłowski (ed.), *Rządy prawa jako wartość uniwersalna: Księga jubileuszowa Profesora Krzysztofa Wójciewicza* E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław: 2022, p. 235–248. Co-author: A. Czaplińska.
- The Rule of Law as an object of a dispute between the EU and Poland*, in: A. J. Kumin, K. Schmalenbach, L.-J. Wagner, J. Schimpfhuber (eds.), *Außen- und sicherheitspolitische Integration im Europäischen Rechtsraum: Festschrift für Hubert Isak*, Jan Sramek Verlag, Vienna: 2021, p. 42–56.
- Kilka uwag o pojęciu mniejszości narodowej i etnicznej na gruncie prawa międzynarodowego i w praktyce polskiej*, in: A. Bodnar, A. Płoszka (eds.), *Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka: księga jubileuszowa Profesora Mirosława Wyrzykowskiego*, Wolters Kluwer, Warszawa: 2020, p. 680–691.
- Zagadnienia ogólne odpowiedzialności międzynarodowej w systemie prawa międzynarodowego (w nawiązaniu do poglądów Ludwika Ehrlicha)*, in: P. Grzebyk, R. Tarnogórski (eds.), *Siła prawa zamiast prawa siły: Ludwik Ehrlich i jego wkład w rozwój nauki prawa międzynarodowego oraz nauki o stosunkach międzynarodowych*, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, Warszawa: 2020, p. 57–65.
- Self-Determination – Secession – Recognition (Remarks on the International Legal Background to the Incorporation of Crimea into the Russian Federation)*, in: W. Czapliński, S. Dębski, R. Tarnogórski, K. Wierczyńska (eds.), *The Case of Crimea's Annexation under International Law*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2019, p. 23–42.
- State Responsibility for Unlawful Recognition*, in: W. Czapliński, A. Kleczkowska (eds.), *Unrecognised Subjects in International Law*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2019, p. 147–158.
- A Right of Infidels to Establish Their Own State?: Remarks on the Writing of Paulus Vladimiri and Francisco de Vitoria*, in: R. Uerpman-Wittzack, E. Lagrange, S. Oeter (eds.), *Religion and International Law. Living Together*, Brill, Boston–Leiden: 2018, p. 37–56.

- Odpowiedzialność międzynarodowa za bezprawne uznanie*, in: E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes (eds.), *Wspólne wartości prawa międzynarodowego, europejskiego i krajowego*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa: 2018, p. 37–48.
- Średniowieczne korzenie prawa do samostanowienia, czyli o prawie niewierzących do posiadania własnego państwa w pismach Pawła Włodkowica i Francisco de Vitorii*, in: B. Bajor, P. Saganek (eds.), *Wyzwania współczesnego prawa: księga pamiątkowa dedykowana SSN Tadeuszowi Szymankowi*, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, Warszawa: 2018, p. 437–453.
- Rezolucje Rady Bezpieczeństwa ONZ w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, in: G. Baranowska, A. Gliszczyńska-Grabias, A. Hernandez-Polczyńska, K. Sękowska-Kozłowska (eds.), *O prawach człowieka: księga jubileuszowa profesora Romana Wieruszewskiego*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa: 2017, p. 227–238.
- The Potsdam Agreement after 70 Years – a Polish Perspective*, in: C. Koch (ed.), *Das Potsdamer Abkommen 1945-2015. Rechtliche Bedeutung und historische Auswirkungen*, Peter Lang, Frankfurt am Men: 2017, p. 165–180.
- Article 14. Questions relatives à la validité d'un traité*, in: G. Distefano, G. Gaggioli, A. Hêche (eds.), *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière des traités*, Bruylant, Bruxelles: 2016, p. 529–539.
- Customary International Law as a Basis of an Individual Criminal Responsibility*, in: B. Krzan (ed.), *Prosecuting International Crimes: A Multidisciplinary Approach*, Brill, Nijhoff, Leiden: 2016, p. 53–69.
- Sąd międzynarodowy jako ustawodawca?: uwagi na tle art. 38(2) Statutu MTS*, in: B. Krzan (ed.), *Ubi ius, ibi remedium: księga dedykowana pamięci profesora Jana Kolasy*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa: 2016, p. 85–90.
- Samostanowienie – secesja – uznanie (uwagi na tle inkorporacji Krymu do Federacji Rosyjskiej)*, in: J. Menkes, E. Cała-Wacinkiewicz (eds.), *Państwo i terytorium w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa: 2015, p. 231–249.
- Current Polish Practice in the Domain of State Immunity*, in: E. Lagrange, S. Oeter, A. Peters, C. Tomuschat (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill, Nijhoff, Boston–Leiden: 2014, p. 40–50.
- Immunitet wysokich funkcjonariuszy państwa w orzecznictwie MTS*, in: I. Skomerska-Muchowska (ed.), *Ewolucja immunitetów mających swoje źródło w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź: 2014, p. 153–161.
- Uznanie a osobowość prawna „podmiotów niepaństwowych”*, in: B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka (eds.), *Prawo organizacji międzynarodowych wobec problemów współczesnego świata: księga jubileuszowa dedykowana pani profesor Genowefie Grabowskiej*, Oficyna Wydawnicza Edward Mitek, Bydgoszcz: 2014, p. 23–37.
- European Union Law and the Laws of the Member States. Sources of EU Law*, in: A. Adamczyk, D. Milczarek, K. Zajączkowski (eds.), *Introduction to European*

- Studies: A New Approach to Uniting Europe*, Centre for Europe University of Warsaw, Warsaw: 2013, p. 97–116.
- Fundamental Problems of the EU Legal System*, in: A. Adamczyk, D. Milczarek, K. Zajączkowski (eds.), *Introduction to European Studies: A New Approach to Uniting Europe*, Centre for Europe University of Warsaw, Warsaw: 2013, p. 117–146.
- Die Integrationsverantwortung aus polnischer Sicht*, in: M. Pechstein (ed.), *Integrationsverantwortung*, Nomos Verlag, Baden-Baden: 2012, p. 101–114.
- International law and the Polish Constitution*, in: P. Korzec, J. Urbanik, M. Wyrzykowski (eds.), *Polish constitutionalism: a reader*, Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw, Warsaw 2011, p. 111–131.
- Między efektywnością a legalizmem : obowiązek nieuznawania sytuacji nielegalnych w prawie międzynarodowym*, in: A. Wnukiewicz-Kozłowska (ed.), *Aksjologia współczesnego prawa międzynarodowego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław: 2011, p. 9–30.
- Otwarcie prawa polskiego na prawo zewnętrzne*, in: H. Domański, P. Kozłowski (eds.), *Po 20 latach: polska transformacja z perspektywy ekonomicznej, socjologicznej i prawniczej*, Instytut Nauk Ekonomicznych PAN, Warszawa: 2010, p. 149–165.
- Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Criminal Responsibility*, in: J. Doria, H.-P. Gasser, M. C. Bassiouni (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden: 2009, p. 401–420.
- O wzajemnych relacjach niektórych pojęć prawa konstytucyjnego, międzynarodowego i europejskiego*, in: M. Laskowska, J. Wawrzyniak (eds.), *Instytucje prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej. Księga jubileuszowa dedykowana prof. Marii Kruk-Jarosz*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa: 2009, p. 534–540.
- Odpowiedzialność agresora za bezprawne wszczęcie i prowadzenie wojny*, in: *Problemy prawne w stosunkach polsko-niemieckich u progu XXI wieku*, W. Czapliński, B. Łukańko (eds.), Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2009, p. 96–111.
- Podmiotowość międzynarodowa Unii Europejskiej: kilka uwag na tle traktatu reformującego*, in: B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka (eds.), *Prawo międzynarodowe, europejskie i krajowe – granice i wspólne obszary: księga jubileuszowa dedykowana profesor Genowefie Grabowskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice: 2009, p. 146–153. Co-author: A. Jasińska.
- Artykuł 10*, in: A. Wróbel (red.), *Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, Vol. I, Wolters Kluwer Polska, Warszawa: 2008, p. 248–301.
- Kilka uwag o sądowej ochronie praw jednostek przed decyzjami Rady Bezpieczeństwa ONZ*, in: J. Menkes (ed.), *Prawo międzynarodowe: księga pamiątkowa profesor Renaty Szafarz*, Wyższa Szkoła Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego, Warszawa: 2007, p. 108–125.

- Konwencja z Prüm – albo Quo vadis, III filarze?*, in: W. Czapliński, A. Wróbel (eds.), *Współpraca sądowa w sprawach cywilnych i karnych*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa: 2007, p. 187–200.
- Multiplikacja sądów międzynarodowych - szansa czy zagrożenie dla jednności prawa międzynarodowego*, in: J. Kolasa, A. Kozłowski (eds.), *Rozwój prawa międzynarodowego – jedność czy fragmentacja?: Konferencja Katedr Prawa Międzynarodowego, Karpacz, 10-12 maja 2006*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław: 2007, p. 77–130.
- Polskie pozycje prawne wobec Niemiec popoczdamskich w świetle prawa międzynarodowego. Agresja-terytorium-obywatelstwo*, in: W. M. Góralski (ed.), *Polska-Niemcy 1945–2007. Od konfrontacji do współpracy i partnerstwa w Europie*, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, Warszawa: 2007, p. 37–75.
- Ius cogens and the Law of Treaties*, in: C. Tomuschat, J.M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden: 2006, p. 83–98.
- Konwencja z Prüm – albo kilka uwag o granicy między prawami człowieka a bezpieczeństwem państwa*, in: W. Czapliński (ed.), *Prawo w XXI wieku: Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych PAN*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2006, p. 190–197.
- Podstawowe elementy prawa wspólnotowego*, in: D. Milczarek, A.Z. Nowak (eds.), *Europeistyka w zarysie*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa: 2006, p. 86–123.
- Pytanie prejudycjalne w świetle art. 6 EKPC*, in: C. Mik (ed.), *Pytanie prejudycjalne w orzecznictwie ETS: funkcjonowanie procedury prejudycjalnej w Polsce*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, Toruń: 2006, p. 171–183.
- Reforma ONZ zasady użycia siły w stosunkach międzynarodowych*, in: J. Symonides (ed.), *Organizacja Narodów Zjednoczonych: bilans i perspektywy*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2006, p. 672–688.
- Regional Organisations and Use of Force*, in: V. Crnić-Grotić, M. Matulović (eds.), *International Law and the Use of Force: Essays in Honour of V.D. Degan*, Faculty of Law University of Rijeka, Rijeka: 2006, p. 39–54.
- Odpowiedzialność międzynarodowa organizacji międzynarodowych – zarys problemu*, in: A. Łazowski, R. Ostrihansky (eds.), *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej: księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka*, Zakamycze, Kraków: 2005, p. 595–605.
- Odpowiedzialność państwa za naruszenie praw człowieka*, in: C. Mik (ed.), *Prawa człowieka w XXI wieku: wyzwania dla ochrony prawnej: Ogólnopolska Konferencja Prawnicza, Radziejowice, 21-22 czerwca 2004 r.: praca zbiorowa*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, Toruń: 2005, p. 93–113.

- Zasada niedyskryminacji/równego traktowania w prawie wspólnotowym*, in: B. Mielnik (ed.), *Status prawny obywatela RP po przystąpieniu do Unii Europejskiej: konferencja, Opolnica, 13-15 maja 2004*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław: 2005, p. 29–46.
- Poland and Czech Republic*, in: V. Gowlland-Debbas (ed.), *National Implementation of United Nations Sanctions. A Comparative Study*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague–Leiden: 2004, p. 381–401.
- Podstawowe elementy prawa wspólnotowego*, in: D. Milczarek, A.Z. Nowak (eds.), *Integracja europejska: wybrane problemy*, Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa: 2003, p. 95–138.
- Harmonizacja prawa we Wspólnocie Europejskiej i zbliżanie ustawodawstwa polskiego do prawa wspólnotowego*, in: Maria Matey-Tyrowicz (ed.), *System prawa RP w procesie europeizacji*, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, Warszawa: 2002, p. 35–52.
- Sprawa Tanji Kreil – czyli o roli kobiet w relacjach prawa europejskiego do krajowego*, in: M. Kruk, J. Trzciniński, J. Wawrzyniak (eds.), *Konstytucja i władza we współczesnym świecie: doktryna, prawo, praktyka: prace dedykowane Profesorowi Wojciechowi Sokolewiczowi na siedemdziesięciolecie urodzin*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa: 2002, p. 453–461.
- State Responsibility for Violations of Human Rights*, in: W. Tieya, S. Yee (eds.), *International Law in the Post-Cold War World*, Routledge, London: 2002, p. 201–211.
- The Activities of the OSCE in Kosovo*, in: C. Tomuschat (ed.), *Kosovo and the International Community. A Legal Assessment*, Brill, Nijhoff, Leiden: 2002, p. 37–44.
- Konstytucja europejska w procesie tworzenia*, in: H. Bauer (ed.), *Prawo publiczne na przełomie: jedenaste Niemiecko-Polskie Kolokwium Prawników Administratywistów Jena, 22-25 września 1999 roku: referaty i dyskusja*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań: 2001, p. 11–29.
- Wzajemny stosunek prawa międzynarodowego i polskiego prawa wewnętrznego w świetle przepisów Konstytucji z 1997 roku oraz orzecznictwa*, in: M. Wyrzykowski (ed.), *Konstytucyjne podstawy systemu prawa*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa: 2001, p. 55–68. Co-author: M. Wyrzykowski.
- Członkostwo w Unii Europejskiej a suwerenność państwowa: zarys problemu*, in: E. Popławska (ed.), *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa: 2000, p. 119–139.
- Demokratyczna forma rządu i ochrona praw człowieka w Unii Europejskiej w świetle traktatów z Maastricht i Amsterdamu*, in: W. Czapliński, I. Lipowicz, T. Skoczny, M. Wyrzykowski (eds.), *Suwerenność i integracja europejska: materiały pokonferencyjne = Sovereignty and the European Integration: Conference Materials*, Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa: 1999, p. 173–185.
- Demokratyczna forma rządu i ochrona praw człowieka w Unii Europejskiej w świetle traktatów z Maastricht i Amsterdamu*, in: C. Mik (ed.), *Konstytucja Rzeczypospolitej*

- Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, Toruń: 1999, p. 11–30.
- II i III filar Unii Europejskiej a perspektywa akcesji Polski*, in: P. Saganek, T. Skoczny (eds.) *Wybrane problemy i obszary dostosowania prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej*, Elipsa, Warszawa: 1999, p. 111–133.
- International Law and the Polish Constitution, in: M. Wyrzykowski (ed.), *Constitutional essays*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa: 1999, p. 289–306.
- Kilka uwag na temat funkcjonowania III filara de lege lata i de lege ferenda z perspektywy akcesji Polski do Unii Europejskiej*, in: A. J. Szwarc (ed.), *Rozważania o prawie karnym: księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin profesora Aleksandra Ratajczaka*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań: 1999, p. 51–65.
- Podstawy prawa europejskiego*, in: K. Gawlikowska-Hueckel (ed.), *Polska – Unia Europejska: problemy prawne i ekonomiczne*, Fundacja Rozwoju Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk: 1998, p. 11–46.
- Ochrona praw człowieka we Wspólnocie Europejskiej w świetle opinii 2/94 Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot z 28 marca 1996 r.*, in: J. Ciechanowicz (ed.), *Wybrane zagadnienia prawa Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Sopot: 1998, p. 7–14.
- Acquis communautaire w zakresie III filara Unii Europejskiej z perspektywy polskiego prawa wewnętrznego*, in: C. Mik (ed.), *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych = The implementation of the law of the European integration in national legal orders*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, Toruń: 1998, p. 97–107.
- Akty prawne wspólnot europejskich w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości*, in: M. Kruk (ed.), *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa: 1997, p. 188–202.
- Zasada równouprawnienia płci w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, in: R. Siemieńska (ed.), *Wokół problemów zawodowego równouprawnienia kobiet i mężczyzn*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 1997, p. 29–44.
- Zasada sprawiedliwości w międzynarodowym prawie sukcesji państw*, in: C. Mik (ed.), *Pokój i sprawiedliwość przez prawo międzynarodowe: zbiór studiów z okazji sześćdziesiątej rocznicy urodzin profesora Janusza Gilasa*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, Toruń: 1997, p. 61–72.
- Problemy prawne w stosunkach polsko-niemieckich*, in: L. Janicki, B. Koszel, W. Wilczyński (eds.), *Zjednoczenie Niemiec: studia politologiczno-ekonomiczno-prawne*, Instytut Zachodni, Poznań: 1996, p. 343–348.
- System prawny zjednoczonych Niemiec*, in: L. Janicki, B. Koszel, W. Wilczyński (eds.), *Zjednoczenie Niemiec: studia politologiczno-ekonomiczno-prawne*, Instytut Zachodni, Poznań: 1996, p. 425–444.

- Traktaty polsko-niemieckie z lat 1990–1991*, in: L. Janicki, B. Koszel, W. Wilczyński (eds.), *Zjednoczenie Niemiec: studia politologiczno-ekonomiczno-prawne*, Instytut Zachodni, Poznań: 1996, p. 403–424.
- Zewnętrzne aspekty międzynarodowoprawne zjednoczenia Niemiec: problematyka sukcesji państw*, in: L. Janicki, B. Koszel, W. Wilczyński (eds.), *Zjednoczenie Niemiec: studia politologiczno-ekonomiczno-prawne*, Instytut Zachodni, Poznań: 1996, p. 349–373.
- Ewolucja kompetencji Rady Bezpieczeństwa ONZ*, in: M. Banach, K. Lankosz (eds.), *Aktualne problemy prawa międzynarodowego we współczesnym świecie: księga pamiątkowa poświęcona pamięci Profesora Mariana Iwanajko*, Akademia Ekonomiczna w Krakowie, Kraków: 1995, p. 27–39.
- Prawo europejskie: prawo międzynarodowe ogólnoeuropejskie oraz prawo Wspólnot Europejskich (wybrane zagadnienia)*, in: *Prawo w okresie przemian ustrojowych w Polsce: z badań Instytutu Nauk Prawnych PAN*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 1995, p. 127–138. Co-authors: J. Gomuła; R. Szafarz.
- Miejsce prawa międzynarodowego w porządku prawnym RP pod rządami Małej Konstytucji*, in: W. Czapliński, Z. Galicki, J. Jagielski (eds.), *Prawo i prawa uchodźcy w Polsce*, Warszawa: Helsińska Fundacja Praw Człowieka, 1994, p. 5–11.
- Miejsce prawa międzynarodowego w porządku prawnym RP pod rządami „małej konstytucji”*, in: M. Kruk (ed.), *„Mała konstytucja” w procesie przemian ustrojowych w Polsce*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa: 1993, p. 238–243.
- Obywatelstwo polskie na ziemiach Zachodnich i Północnych*, in: J. Barcz (ed.), *Histeryczne, polityczne i prawne aspekty tez RFN o niemieckiej mniejszości narodowej w Polsce*, Główna Komisja Badania Zbrodni Hitlerowskich w Polsce. Instytut Pamięci Narodowej, Warszawa: 1988, p. 177.
- Bilans normalizacji stosunków PRL–RFN*, in: T. Grabowski, K. Łastawski (eds.), *Republika Federalna Niemiec w strategii imperializmu: bilans i tendencje w latach osiemdziesiątych*, Wojskowa Akademia Polityczna, Warszawa: 1983, p. 178–193.

SCIENTIFIC ARTICLES / ARTYKUŁY NAUKOWE / ARTICLES SCIENTIFIQUES

- Is There a Space for Jus Cogens in Present International Law? Remarks in the Context of a Ban on the Use of Force*, 11 Polish Review International & European Law 149 (2022).
- State Boundaries and Third States – Issue of Opposability. Remarks on the Polish-West German Normalization Treaty of 1970*, 41 Polish Yearbook of International Law 105 (2021).
- Protection of National and Ethnic Minorities in Poland: a European Dimension*, 1–2 Europa Ethnica 42 (2020).

- Remarks on Zasada efektywności w prawie międzynarodowym [Principle of effectiveness in international law] by Janusz Symonides: On the Anniversary of the Conclusion of the Polish-German Treaties of 1950, 1970 and 1990*, 40 Polish Yearbook of International Law 23 (2020).
- Palestine v US before the International Court of Justice?*, 8(2) Polish Review of International and European Law 247 (2019).
- Customary International Law on the Use of Force*, 8(2) Wrocław Review of Law, Administration & Economics 97 (2018).
- Customary Law of the Use of Force*, 69 Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Minas Gerais 715 (2016).
- Recognition and International Legal Personality of Non-State Actor*, 1 Pécs Journal of International and European Law 7 (2016).
- The Crimean Crisis and the Polish Practice of Non-Recognition. Questions of International Law*, 1 Zoom Out 73 (2016).
- Ten Years of Constitutional Controversies on Poland's Membership in the European Union*, 16 Revista General de Derecho Público Comparado (2014), item 415348.
- Czy Trybunał Konstytucyjny podważył zasadę prymatu prawa unijnego nad prawem polskim?*, 3(17) Forum Prawnicze 21 (2013).
- Kilka uwag w kwestii możliwości wycofania się przez Polskę z protokołu polsko-brytyjskiego*, 1 Studia Europejskie 83 (2012).
- Glosa do postanowienia SN z 29.10.2010 r. IV CSK 465/09*, 7–8 Orzecznictwo Sądów Polskich 559 (2011).
- Recent Constitutional Jurisprudence Concerning the European Union: Some Remarks on 2010 Judgments of the Polish Constitutional Court*, 12 suppl 1 ERA Forum 97 (2011).
- L'immunité de l'Etat devant la Cour suprême polonaise: l'affaire Natoniowski*, 56 Annuaire français de droit international 217 (2010).
- Glosa do wyroków ETS z 3.09.2008 r. C-402/05 i C-402/05*, 4 Europejski Przegląd Sądowy 38 (2010).
- Kwestionowanie historii przez prawo*, 11 Europejski Przegląd Sądowy 4 (2009).
- Ochrona dyplomatyczna przez organizację międzynarodową?*, 1–2 Kwartalnik Prawa Publicznego 71 (2009).
- Opinia w sprawie wybranych aspektów prawnych ratyfikacji umowy międzynarodowej*, 1 Przegląd Sejmowy 137 (2009).
- Paweł Włodkowic (Paulus Wladimiri) and the Polish International Legal Doctrine of the 15th Century*, 7 Baltic Yearbook of International Law 65 (2007).
- Polish Legal Positions with Regard to Post-Potsdam Germany in Light of International Law. Aggression – Territory – Citizenship*, 3 PISM Series 37 (2007).
- Zbrodnia agresji jako przestępstwo przeciwko prawu międzynarodowemu*, 29–30 Archiwum Kryminologii 815 (2008).

- Zgodnie z prawem*, 4(16) *Academia. Magazyn Polskiej Akademii Nauk* 46 (2008).
Co-author: I. Rzeplińska.
- The German Doctrine of International Law and Polish-German Relations (Past and Future)*, 50 *German Yearbook of International Law* 419 (2007).
- Europejski Trybunał Sprawiedliwości – wyrok ETS z dnia 18 grudnia 1997 r., sprawa C-129/96 Inter-Environnement Wallonie ASBL vs Région wallonne*, 3 *Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego* 57 (2006).
- O projekcie ustawy o wjeździe i pobycie obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej*, 3 *Przegląd Legislacyjny* 108 (2006).
- O projekcie ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej*, 2 *Przegląd Legislacyjny* 174 (2006).
- O projekcie ustawy o zmianie ustawy o systemie oceny zgodności oraz o zmianie niektórych innych ustaw*, 4 *Przegląd Legislacyjny* 95 (2006).
- Odpowiedzialność państwa członkowskiego za akty organizacji międzynarodowej*, 2 *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 105 (2006).
- Wpływ orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na prawo polskie*, 1 *Przegląd Legislacyjny* 34 (2006).
- Opinie prawne dotyczące projektu uchwały w sprawie uznania deklaracji z 23.VIII.1953 r. o zrzeczeniu się przez Polskę reparacji wojennych za nieobowiązujące*, 4 *Przegląd Sejmowy* 85 (2005). Co-authors: S. Hambura; J. Kolasa; W. Pawełko; C. Mik; Z. Galicki; K. Lankosz; M. Muszyński; W. Jarząbek.
- Glosa I do wyroku TK z 27.04.2005 r. P 1/05*, 9 *Państwo i Prawo* 107 (2005).
- Glosa III do wyroku TK z 11.05.2005 r. K 18/04*, 4 *Kwartalnik Prawa Publicznego* 207 (2005).
- International Responsibility of International Organisations: An Outline*, 27 *Polish Yearbook of International Law* 49 (2005).
- Organizacje regionalne a użycie siły: kilka uwag na tle rozdziału VIII Karty NZ*, 1 *Krakowskie Studia Międzynarodowe* 31 (2005).
- Pojęcie reparacji wojennych w prawie międzynarodowym: reparacje po drugiej wojnie światowej*, 1 *Sprawy Międzynarodowe* 66 (2005).
- The Concept of War Reparations in International Law and Reparations after World War II*, 14 *The Polish Quarterly of International Affairs* 69 (2005).
- Harmonizacja prawa we Wspólnocie Europejskiej i zbliżanie ustawodawstwa polskiego do prawa wspólnotowego*, 1 *Europejski Przegląd Prawa* 11 (2004).
- Intervention in Iraq from the Point of View of International Law*, 10 *The Polish Foreign Affairs Digest* 31 (2004).
- Interwencja w Iraku z punktu widzenia prawa międzynarodowego*, 1 *Państwo i Prawo* 18 (2004).
- Początek współpracy w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych*, 4 *Europejski Przegląd Prawa* 13 (2004).

- Prawo wspólnotowe a prawo wewnętrzne w praktyce sądów konstytucyjnych państw członkowskich (wybrane zagadnienia)*, 2 Kwartalnik Prawa Publicznego 7 (2004).
- Crimes Against Humanity v. Immunity of State Officials Revisited: Some Remarks on the Congo v. Belgium Case*, 78(1) Die Friedens-Warte 63 (2003).
- Opinia prawna w sprawie harmonizacji prawa polskiego z prawem Unii Europejskiej*, 1 Przegląd Legislacyjny 179 (2003). Co-authors: P. Czechowski; A. Proksa.
- Projekt ustawy o poszukiwaniu i ratownictwie lotniczym: opinia Rady Legislacyjnej*, 4 Przegląd Legislacyjny 152 (2003). Co-author: J. Grabowski.
- UN Codification of Law of State Responsibility*, 41(1) Archiv des Völkerrechts 62 (2003).
- Unijny sędzia to wielka władza*, 1 Gazeta Sądowa 11 (2003).
- Kodyfikacja prawa o odpowiedzialności międzynarodowej państw*, 4 Studia Prawnicze 33 (2002).
- Polskie prawo dotyczące uchodźców a standardy europejskie*, 4 Przegląd Legislacyjny 11 (2002).
- Responsibility of a State for Breaching of a Treaty*, 2 The Polish Foreign Affairs Digest 31 (2002).
- Harmonisation of Laws in the European Community and Approximation of Polish Legislation to Community Law*, 25 Polish Yearbook of International Law 45 (2001).
- Koncepcja ściślejszej współpracy w prawie Unii Europejskiej*, 3–4 Studia Prawnicze 75 (2001).
- Odpowiedzialność państwa za naruszenie umowy międzynarodowej*, 11 Państwo i Prawo 18 (2001).
- Sędzia krajowy: prawo międzynarodowe*, 9 Prawo i Życie 34 (2001). Co-author: A. Wyrozumska.
- The Position of States Specially Affected by Sanctions in the Meaning of Article 50 of the United Nations Charter: The Experience of Central and Eastern Europe*, 1 United Nations Sanctions and International Law 335 (2001).
- Prawo a międzynarodowe stosunki Polski*, 10 Gazeta Sądowa 12 (2000).
- The Relationship Between International Law and Polish Municipal Law in the Light of the 1997 Constitution and Jurisprudence*, 121–124 Droit Polonaise Contemporain 19 (1999).
- Concepts of ius cogens and Obligations erga omnes in International Law in the Light of Recent Developments*, 23 Polish Yearbook of International Law 87 (1998).
- International Legal Aspects of the Relations of Poland with Neighbouring State*, 36(4) Archiv des Völkerrechts 425 (1998).
- Problematyka obywatelstwa w aktualnych pracach Rady Europy*, 2 Studia Europejskie 49 (1998).
- Uwagi na temat funkcjonowania III filara (wymiar sprawiedliwości i sprawy wewnętrzne) z perspektywy akcesji Polski do Unii Europejskiej*, 3–4 Biuletyn Centrum Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego 62 (1998).

- Z praktyki stosowania prawa międzynarodowego w polskim systemie prawnym*, 2 Państwo i Prawo 82 (1998).
- Czy piłka nożna rządzi się własnymi prawami?*, 1 Przegląd Prawa Europejskiego 107 (1997).
- Das Potsdamer Abkommen nach 50 Jahren aus polnischer Sicht*, 72(1) Die Friedens-Warte 49 (1997).
- Prawo międzynarodowe a prawo wewnętrzne w projekcie konstytucji RP: uwagi na tle artykułu Anny Wyrozumskiej*, 2 Państwo i Prawo 99 (1997).
- Aktualne problemy prawa do samostanowienia*, 3 Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju 87 (1996).
- Glosa do uchwały TK z dnia 30 kwietnia 1996 r.*, W 18/95, 11 Państwo i Prawo 103 (1996).
- Niektóre aspekty stosowania Układu Europejskiego w polskim prawie wewnętrznym*, 1 Przegląd Prawa Europejskiego 26 (1996). Co-author: A. Włosińska.
- Some Remarks on Resolutions of the Constitutional Court of 30.04.1996 (Case 18/95)*, 22 Polish Yearbook of International Law 215 (1996).
- Miejsce prawa międzynarodowego w porządku prawnym RP pod rządami Małej konstytucji*, 3 Biuletyn Centrum Europejskiego Uniwersytetu Warszawskiego 41 (1995).
- Aliens and refugee law in Poland: recent developments*, 6(4) International Journal of Refugee Law 636 (1994).
- Działalność Komitetu Arbitrażowego do spraw Jugosławii*, 12 Państwo i Prawo 74 (1994).
- La responsabilité des États pour les flux de réfugiés qu'ils ont provoqués*, 40 Annuaire français de Droit international 156 (1994). Co-author: P. Śturma.
- Uwagi o kontroli legalności działań Rady Bezpieczeństwa ONZ: na tle orzeczenia MTS w sprawie Lockerbie*, 10 Państwo i Prawo 74 (1994).
- An Extraterritorial Jurisdiction in Cases of Illegal Arms Trade-A Polish American Dispute*, 26(1) Review Belge de Droit International 140 (1993).
- Continue, l'Identite et la Succession d'Etats- Evaluation de Cas Recents*, 26 Revue Belge de Droit International 374 (1993).
- Obywatelstwo polskie na Ziemi Wileńskiej*, 8 Państwo i Prawo 79 (1993).
- Sukcesja państw a odpowiedzialność międzynarodowa: (czy RFN odpowiada za działania Rzeszy)*, 4 Przegląd Zachodni 125 (1993).
- The Lockerbie Case: some Comments*, 20 Polish Yearbook of International Law 37 (1993).
- Wojna w byłej Jugosławii a prawo międzynarodowe: konferencja naukowa, INP PAN, 5 V 1993 [report]*, 7 Państwo i Prawo 102 (1993).
- International Legal Aspects of Polish-Lithuanian Relations*, 19 Polish Yearbook of International Law 31 (1992).

- The New Polish-German Treaties and the Changing Political Structure of Europe*, 86 *American Journal of International Law* 163 (1992).
- The Polish-German treaty of June 17, 1991*, 1 *Polish Western Affairs* 119 (1992).
- Znaczenie czasu w prawie międzynarodowym*, 4–6 *Sprawy Międzynarodowe* 117 (1992).
- Regulacja pokojowa z Niemcami po II wojnie światowej*, 2 *Państwo i Prawo* 35 (1991).
- State Succession and State Responsibility*, 28 *Canadian Yearbook of International Law / Annuaire canadien de droit international* 339 (1991).
- Ważniejsze problemy prawne zjednoczenia Niemiec: (z prawnego punktu widzenia)*, 1 *Przegląd Zachodni* 137 (1991). Co-author: L. Janicki.
- Wybrane problemy prawne związane z paktem Hitler–Stalin*, 3 *Przegląd Zachodni* 73 (1991).
- Conflicts of Norms in International Law*, 21 *Netherlands Yearbook of International Law* 3 (1990). Co-author: G. Danilenko.
- Instytucja „Niemca” w rozumieniu art. 116.1. ustawy zasadniczej, obywatelstwo i prawo narodu niemieckiego do samostanowienia (na marginesie wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie Teso)*, 1 *Przegląd Zachodni* 89 (1990).
- Quelques aspects de la réunification de l'Allemagne*, 36(1) *Annuaire Français de Droit International* 89 (1990).
- The Polish-East German Dispute on the Delimitation of Maritime Areas in the Bay of Pomerania – an Appraisal*, 18 *Polish Yearbook of International Law* 7 (1990).
- Sources of International Law in the Nicaragua Case*, 38 *International & Comparative Law Quarterly* 151 (1989).
- Akty jednostronne w prawie międzynarodowym*, 6 *Sprawy Międzynarodowe* 97 (1988).
- Problematyka źródeł prawa międzynarodowego w wyroku MTS w sprawie Nikaragui*, 11 *Państwo i Prawo* 85 (1988).
- Konwencja genewska o sukcesji państw w odniesieniu do mienia państwowego, archiwów i długów państwowych*, 9 *Państwo i Prawo* 86 (1987).
- Sukcesja i identyczność państw w Niemczech po II wojnie światowej w świetle prawa międzynarodowego*, 2 *Przegląd Zachodni* 47 (1987).
- Problematyka obywatelstwa w stosunkach konsularnych NRD i RFN z państwami trzecimi*, 3 *Przegląd Stosunków Międzynarodowych* 35 (1986).
- Stosowanie prawa międzynarodowego w stosunkach między częściami państwa federalnego*, 2 *Sprawy Międzynarodowe* 99 (1985).
- A Note on Decolonization and Nationality*, 18(3) *Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America* 329 (1985).
- International Legal Aspects of Relations between the GDR and the EEC–A Polish View*, 22(1) *Common Market Law Review* 69 (1985).
- Kompetencja części składowych państwa federalnego do zawierania umów międzynarodowych: (przyczynek do zawierania umów międzynarodowych przez kraje RFN)*, 2 *Przegląd Zachodni* 1 (1984). Co-author: J. Barcz.

- Pojęcie estoppel w prawie międzynarodowym publicznym*, 9 Sprawy Międzynarodowe 119 (1984).
- Międzynarodowe aspekty obywatelstwa*, 3 Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 95 (1984).
- The Protection of Minorities under International Law (Comments on the Alleged Existence of a German Minority in Poland)*, 1 Polish Western Affairs 121 (1984).
- Układ o normalizacji stosunków PRL-RFN z 1970 r. w świetle konwencji wiedeńskiej prawa traktatów*, 1 Przegląd Zachodni 27 (1984).
- Zagadnienie tzw. niemieckiego obrotu prawnego*, 2 Państwo i Prawo 94 (1984).
Co-author: J. Koprucka.
- Aktualne kierunki międzynarodowoprawnej ochrony mniejszości narodowych: (w związku z tezą o rzekomej mniejszości niemieckiej w Polsce)*, 5–6 Przegląd Zachodni 153 (1983).
- Nowe prawo o obywatelstwie brytyjskim*, 5–6 Przegląd Zachodni 186 (1983).
- Problemy reformy prawa międzynarodowego prywatnego w RFN*, 6 Państwo i Prawo 75 (1983).
- Sukcesja państw w sprawach innych niż traktaty*, 4 Sprawy Międzynarodowe 77 (1983).
- Wybrane problemy normalizacji stosunków pomiędzy PRL a RFN*, Warszawa. 23.06.1981 [report], 16 Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 258 (1983).
- Reforma prawa karnego [about France]*, 8 Państwo i Prawo 119 (1982).
- Układy normalizacyjne RFN a obywatelstwo tzw. Niemców wschodnich*, 4 Przegląd Stosunków Międzynarodowych 21 (1982).
- Deklaracja o wychowaniu społeczeństw w duchu pokoju a polski system prawny*, 14 Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 24 (1981).
- Francja a „Ostpolitik” i problem niemiecki: (opinie literatury francuskiej lat siedemdziesiątych)*, 6 Przegląd Stosunków Międzynarodowych 75 (1981).
- Niektóre zagadnienia terroryzmu międzynarodowego*, 15 Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 165 (1981).
- Problemy ścigania zbrodni wojennych w RFN*, 7 Państwo i Prawo 126 (1980).

DIVISIVE *JUS COGENS*

1. INTRODUCTION

Among the different topics considered in the impressive scientific production of professor Władek Czapliński, the status of *jus cogens* in international law stands as a prominent one. In a recent article devoted to the subject, he underscores that the concept “continues to be controversial to this day” and he questions whether there is space for *jus cogens* in the present international law, especially regarding the prohibition on use of force.¹ It therefore seems appropriate, in the context of a collection of essays celebrating his career, to revisit the issue of the divisive potential of *jus cogens* in international law.

An even cursory look at the international law literature and the recent works of the International Law Commission (ILC) on the subject confirm that *jus cogens* is a controversial notion. A variety of positions have been put forward concerning the identification, legal basis, consequences, interactions with other international rules etc. of *jus cogens* rules. It is our general assumption that the divisive character of *jus cogens* closely depends on one’s conception of the international legal order because that notion bears upon law-making, the relationship between international rules and the legal consequences to be attached to their violation. The solutions for the legal issues raised by this special category of international law rules owes much to the conceptual understanding that each author has of the legal system as a whole.

Bearing that in mind, our purpose is not to support a particular conception of *jus cogens*, but to analyse and tentatively explain its divisive nature. In order to carry out this conceptual exercise, we have identified four particularly divisive core issues raised by *jus cogens* rules. Admittedly, this is a personal choice as many other issues could have been selected. In our opinion these four issues are meaningful because they allow us to point out the main structural characteristics of *jus cogens* rules. In addition, they have been – if not truly ignored – at least overlooked by the ILC, whose recent

1 See W. Czapliński, *Is There a Space for Jus Cogens in Present International Law? Remarks in the Context of a Ban on the Use of Force*, 11(2) Polish Review of International and European Law 149 (2022).

* Maurizio Arcari – Professor of international law, University of Milano-Bicocca. ORCID: 0000-0001-5788-2743.

** Beatrice Bonafé – Professor of international law, Sapienza University of Rome. ORCID: 0000-0002-3757-3537.

codification effort focused on less controversial methodological aspects relating to the identification and legal consequences of *jus cogens*.² Two of these issues concern *jus cogens* in international law-making, and more specifically the appropriateness of treaties as instruments for creating *jus cogens* rules (section 1) and the possibility that *jus cogens* covers both substantive and structural international law rules (section 2). The other two issues concern the legal consequences of breaches of *jus cogens*: the jurisdiction of international courts and tribunals to settle disputes on violations of *jus cogens* rules (section 3) and the possibility under international law to adopt collective countermeasures as a response to such violations (section 4).

The following analysis will tackle these four issues in turn. The way in which we proceed is along the lines of the divisive nature of *jus cogens*, that is, for each issue we illustrate the main opposing views that have been taken. The final purpose, which is discussed in the concluding remarks, is to point out the controversial elements of *jus cogens* that are linked to the structure of the international legal order and how this divide has evolved over time.

2. CAN A TREATY CREATE *JUS COGENS* RULES?

It is a matter of fact that an apparent paradox lies at the origin of *jus cogens* in international law. The concept was linked to the intuition that, like any decent legal order, the international legal order must be endowed with some kind of *ordre public*, limiting the capacity of States to freely determine, by mutual agreement, their legal obligations.³ Ironically, the idea of the existence of peremptory rules which cannot be derogated from because they protect basic interests shared by all the members of the international community was codified in a provision, Article 53 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)⁴, whose subjective scope was inherently limited by the contractual nature of the instrument incorporating it. The paradox has been effectively epitomised by Glennon, who called into question the “absurdity of peremptory law”:

L'article 53 [de la Convention de Vienne sur le droit des traités] demande qu'une norme impérative soit 'acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble', et l'article 53 n'a pas obtenu cette reconnaissance. 'Dans son ensemble' indique un tout. Or toute la communauté internationale n'est pas partie à la Convention de Vienne sur le droit des traités⁵

² Draft conclusions on the identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*), in: Report of the International Law Commission, Seventy-Third Session (18 April–3 June and 4 July–6 August 2022), GAOR Seventy-seventh session Suppl. No. 10 (A/77/10), p. 11 ff.

³ See K. Zemanek, *The Metamorphosis of Jus Cogens: From an Institution of Treaty Law to the Bedrock of the International Legal Order?*, in: E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford: 2011, p. 381 ff.

⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties [1969] 1155 UNTS 331.

⁵ “Article 53 [of the Vienna Convention on the Law of Treaties] requires that a peremptory norm be ‘accepted and recognised by the international community of States as a whole’, and Article 53 has not obtained such

There can be no clearer expression of how a strictly consent-based conception of law-making processes in international law can undermine the very conceptual possibility of an *ordre public* for the international community.

The best way to reply to such a strict view is to underscore that Article 53 VCLT is not purported to be the formal source of *jus cogens* rules, but is simply meant to describe the effects of these rules (i.e. non-derogability),⁶ whilst they are identified through a law-making process not only external to the Vienna Convention (i.e. “general international law”) but also largely non-consensual. The latter aspect has been especially enhanced in the recent ILC draft conclusions on the identification and legal consequences of peremptory norms (*jus cogens*). On the one hand, the conclusions have clarified (if need be) that the acceptance and recognition of such norms “by the international community of States *as a whole*” cannot be understood as implying the consent of all States.⁷ On the other hand, they have insisted on the fact that one of the basic characteristics of *jus cogens* norms is *universal applicability*, and that a major implication follows from this universality, namely, that the two classic consensual limitations affecting “ordinary” international custom (i.e. the persistent objector rule and the regional or local custom) are not applicable to peremptory norms.⁸ Needless to say, the approach towards *jus cogens* endorsed by the ILC is at odds with the consent-based vision of law-making processes in the international legal order previously mentioned.

One may wonder whether the call to universality is enough to identify the formal source of *jus cogens* addressed herein. After all, the question of concretely determining what the peremptory norms in the international legal order actually are remains unresolved, and the best response identified so far consists in linking these norms to the fundamental values they are intended to protect. However, as has been rightly observed, this way of identifying the *content* of peremptory norms may lead to a highly subjective criterion based on “one’s perception of the importance of certain values in the international community”.⁹ To escape the conundrum, one is eventually obliged to turn to the very same basis (i.e. consent) that one was trying to avoid when addressing the issue of the formal source of *jus cogens*. As the harsh debate on the opportunity to include (or not) an exhaustive list of peremptory norms in the ILC

recognition. As a whole’ indicates a whole. The entire international community is not a party to the Vienna Convention on the Law of Treaties.” M. Glennon, *De l’absurdité du droit impératif (jus cogens)*, 110(3) *Revue Générale de Droit International Public* 529 (2006).

⁶ See R. Ago, *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne*, 134 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye* 303 (1971), p. 322–323.

⁷ See Draft conclusions, *supra* note 2, p. 37 and 40 – conclusion 7, para. 2.

⁸ See *ibidem*, p. 18 and 24 – conclusion 2 and commentary thereto; *ibidem*, p. 55 and 58–60 – conclusion 14, para. 3.

⁹ Cf. G. Gaja, *The Protection of General Interests in the International Community*, 364 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye* 19 (2011), p. 54.

draft conclusions has confirmed,¹⁰ ultimately “it is for individual States to express their view on which norms have obtained the status of *jus cogens* and it is for international courts and tribunals to determine which international rules have obtained the status of *jus cogens*”.¹¹ As the first alternative (determination by individual States) carries with it the risk of subjectivity referred to above, there is no way out but to turn towards third-party, independent, judicial determination. But at this stage we can hardly escape the trap of individual States’ consent as a precondition for triggering any form of judicial determination.

Ultimately, one is brought back to the same paradox from which this analysis started: the necessity of a consent-based source for framing any meaningful discourse on *jus cogens*. The paradox is aptly illustrated by the well-known debate concerning reservations, objections of reservations and counter-reservations to Article 66 VCLT, that is, the clause establishing the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice (ICJ) over disputes concerning the application of Article 53 and *jus cogens*. Can an objection to a reservation to Article 66 have the effect of excluding the very applicability of Article 53 VCLT in the relations between the reserving and the objecting States? Or, to put it differently, is Article 53 VCLT a clause that by itself cannot be derogated from and that should be recognised as *jus cogens* status? This brings us to address in the next section the issue of the material scope of *jus cogens*.

3. DOES *JUS COGENS* COVER SUBSTANTIVE AND STRUCTURAL RULES OF INTERNATIONAL LAW?

The fact that, in international law, treaties are not the source of *jus cogens* per se, but certainly of the means for “objectively” determining or applying *jus cogens*, raises two closely related issues. The first concerns the actual scope of *jus cogens*: does it include only substantive rules or are structural rules of the international legal system also covered? The second pertains to the adjudication and enforcement of *jus cogens*. Let us start with the scope of *jus cogens*.

The ILC codification project adopted in 2022 starts from the idea that the notion of *jus cogens* is limited to a few substantive (mainly negative) rules of conduct protecting essential values of the international community as a whole. This is clearly stated in Conclusion 2. *Jus cogens* is identified by its content and not along formal characteristics.¹² With this statement, the ILC indirectly excluded structural rules of the international legal order from its scope.

¹⁰ See Draft conclusions, *supra* note 2, p. 85–89 – conclusion 23 (non-exhaustive list) and the ILC commentary thereto.

¹¹ See the comment of the Netherlands to ILC Draft Conclusion 23, in Peremptory norms of general international law (*jus cogens*): Comments and observations received from governments, A/CN.4/748, 9 March 2022, p. 106.

¹² See Draft conclusions, *supra* note 2, p. 18–22 – the ILC commentary on conclusion 2.

Roughly, a distinction can be made between “substantive” rules, i.e. those that directly address conduct to be taken by international actors, and “structural” rules, or those that shape the structure of the international legal system. In our view, the latter are not necessary natural law rules, but secondary rules in the Hartian sense: they govern recognition, change and adjudication and are not limited to responsibility rules.¹³ The issue of the scope of *jus cogens* is generally not addressed in these terms but we see no reason why at least ideally the notion of *jus cogens* – and the corollary of the invalidity of conflicting rules – could not be extended from primary to secondary rules. The latter clearly protect some general interests of the international community. In practice, the question is whether international rules aimed at modifying a rule of recognition (e.g. *pacta sunt servanda*) or rules of change (take for example the above-mentioned counter-reservations to Article 66 VCLT) or rules of adjudication (such as circumstances precluding wrongfulness) are valid.

Some have argued that the existence of *jus cogens* was precisely to be premised on a derogation of the *pacta sunt servanda* rule.¹⁴ Some have denied the *jus cogens* character of State responsibility rules on the basis of the bilateral character of the legal relationships entailed by international law breaches: “Any international tort is strictly relative between the tortfeasor and the injured subject of international law”.¹⁵ Others have held that international law knows no *jus cogens* because invalidity requires “une décision centralisée, unique, opposable à tous, attestant l’illégalité de l’acte contesté”, what mean “a single centralised decision, binding on all, certifying the illegality of the contested act”, whereas the international society remains unorganised and cannot adopt such decision.¹⁶ More generally, it is considered that international law lacks centralised law-making, application and enforcement; accordingly, the international community has no means to define and apply *objectively* the rules that could protect the general interest and that could be removed from the unilateral disposition of its members.¹⁷ In other words, it is a *contractualist* conception of international law that opposes the existence of *jus cogens* relating to all types of secondary rules. International law remains a horizontal system “qui jamais ne se verticalisera” (“which will never be vertical”).¹⁸

The opposite approach is inspired by a more *communitarian* view in the sense that it is premised on the possibility for the international community to impose on its members special rules for the protection of public interests. First, the loose structure of the international legal order is not regarded as an obstacle to the existence of an

¹³ See R. Ago, *Second report on State responsibility*, A/CN.4/233, p. 179.

¹⁴ G. Morelli, *A proposito di norme internazionali cogenti*, 51(1) *Rivista di diritto internazionale* 108 (1968), p. 112–113.

¹⁵ G. Schwarzenberger, *International Jus Cogens?*, 43(4) *Texas Law Review* 455 (1965), p. 463.

¹⁶ J. Combacau, *Droit international bric-à-brac ou système?*, 31 *Archives de philosophie du droit* 85 (1986), p. 103.

¹⁷ G. Schwarzenberger, *supra* note 15, p. 476; P. Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, 77(3) *American Journal of International Law* 413 (1983), p. 425.

¹⁸ J. Combacau, *supra* note 16, p. 105.

international community as a legal notion.¹⁹ Second, the international community can have at least a law-making role and *jus cogens* can be obtained through a decentralised law-making process. The recent works of the ILC in that regard are based on the large consensus that surrounds the “enhanced” customary process behind *jus cogens*.²⁰ With respect to the peremptory character of the very rule providing for *jus cogens*, it was noted that “aucune réserve ne peut nécessairement être formulée à l’article 53 qui sanctionne de nullité le traité qui viole l’ordre public, [...] sauf à nier l’existence même de celui-ci”.²¹ What mean: “no reservation can necessarily be made to Article 53, which makes a treaty that violates public policy null and void, [...] unless the very existence of public policy is denied”. Despite its decentralised character, this process of *law-making* is thus capable of being at the origin of peremptory rules with a universal application. The same reasoning may be applied to the regime of State responsibility. The application and enforcement of *jus cogens* may be bilateralised, that is, entrusted to each member of the community; peremptory rules may nonetheless be designed to ensure a reaction to the violation of international law. For instance, a derogation to Article 1 of the 2001 Articles on State Responsibility (ASR) (according to which “every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State”) can hardly be admitted except at the price of depriving the system of one of its cornerstones.²² As shown below, the technique generally used is that of surrounding peremptory rules by a number of *normative* constraints, limits, requirements etc. that reduce as much as possible the main risk of bilateralisation, i.e. that of abuse from those members with the possibility to act unilaterally for the pursuance of the common good.²³

Assuming that both substantive and structural *jus cogens* can be created by an unorganised international community, in other words that upstream no centralized law-making process is required, does this notion require mechanisms for its objective application downstream?

¹⁹ P.-M. Dupuy, *L’unité de l’ordre juridique international*, 297 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye 25 (2002), p. 260 ff.

²⁰ See Draft conclusions, *supra* note 2 – conclusion 6, setting out the double *opinio juris* requirement.

²¹ J. Verhoeven, *Sur les ‘bons’ et les ‘mauvais’ emplois du jus cogens*, 3 Anuário Brasileiro de Direito Internacional 133 (2008), p. 146.

²² P.M. Dupuy, *Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats*, 188 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye 21 (1984).

²³ B. Simma, *Bilateralism and Community Interests in the Law of State Responsibility*, in: Y. Dinstein, M. Tabory (eds.), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Kluwer Int., Dordrecht: 1988, p. 844.

4. DO INTERNATIONAL COURTS HAVE JURISDICTION WITH RESPECT TO *JUS COGENS*?

The issue can be addressed first from the standpoint of the implications that *jus cogens* may have for the competence of international courts and tribunals. Does the peremptory character of an international rule necessarily entail jurisdictional powers? Does the application of overriding rules for the protection of public interests need a centralised assessment mechanism? It is pure speculation but if so, it is difficult to see how that jurisdictional power would be disposable.

The works of the ILC relating to *jus cogens* are silent in that regard, with the partial exception of Conclusion 21, though it does nothing more than recommend a procedure largely inspired by Article 66 VCLT.²⁴ Pronouncements in international judicial practice are sparse as well. Nonetheless, two opposite approaches can be clearly discerned.

On the one hand, the decision of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the *Furundzija* case can be recalled. The Tribunal explicitly recognised that “one of the consequences of the *jus cogens* character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction”.²⁵ However, this holding has a limited value. It is not only confined to international criminal law, but it refers to the (universal) jurisdiction of *national* courts. The result is that prosecution for torture is decentralised instead of conferred upon an international court acting on behalf of the entire international community. One may even consider that this aspect relates more to law enforcement than law application. However, the logic seems similar to that illustrated above: the allocation of jurisdiction in relation to *jus cogens* is *decided* by international law, even if such jurisdiction is not directly *administered* by international judges.

On the other hand, in 2006 the International Court of Justice in *Congo v. Rwanda* expressly stated that the notion of *jus cogens* implied no derogation to the principle of consent to international judicial dispute settlement, and therefore implied no automatic conferral of jurisdiction on the Court. With respect to the “relationship between peremptory norms of general international law (*jus cogens*) and the establishment of the Court’s jurisdiction”, it held that

the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis

²⁴ See Draft conclusions, *supra* note 2, p. 81–84 – conclusion 21 (“recommended procedure”) and commentary thereto.

²⁵ ICTY, *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, Trial Judgment, 10 December 1998, para. 156.

for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court's Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties.²⁶

This restates the horizontal structure of the international community: there is no centralised jurisdiction for the application of peremptory rules, and conferral of jurisdictional powers to international courts and tribunals is necessarily treaty-based. In short, the existence of a judicial remedy is not an element of the concept of *jus cogens*.²⁷ Bilateralism remains at the basis of the international judicial function.

More generally, the efforts to develop an effective notion of *jus cogens* converge on the recognition that at least to a certain extent objective law needs objective assessment. A good example is provided by General Comment 24, where the Human Rights Committee declared to have the power to establish "objectively" the compatibility of reservations with the object and purpose of the Covenant on the premise that human rights have a "special" character, especially when they amount to peremptory norms.²⁸

Some of those efforts were aimed at creating an institutional framework for the judicial application of *jus cogens* rules. The case of the VCLT and the procedure envisaged in Article 66 provide for the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice with respect to "disputes concerning the application or the interpretation of Article 53 or 64". The ILC codification of State responsibility and especially the works of Special Rapporteur Arangio-Ruiz show attempts to elaborate "instrumental consequences" to complement the "substantive consequences" for the commission of international crimes.²⁹ This was premised on the possibility that "the adoption of a special regime for 'crimes' of States may well depend in a large measure on the extent to which the 'international community' will be enabled to deal with them by *judicial* – rather than just political – machinery."³⁰ Accordingly, a mechanism of centralised dispute settlement was proposed to subordinate the adoption of unilateral reactions to a joint preliminary determination of the commission of an international crime carried out by UN political organs and the ICJ.³¹ Eventually, it gathered no sufficient consensus to be adopted. What matters here is the inherent limitation of those attempts even when they are successful (as with the Vienna Convention) – namely, the fact that they are treaty-based. They only apply to contracting States and cannot

²⁶ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 3 February 2006, ICJ Rep 2006, para. 64.

²⁷ G. Gaja, *Jus Cogens Beyond the Vienna Convention*, 172 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 279 (1981), p. 285 ("it would be hard to maintain that the existence of a judicial remedy is an element of the concept of a peremptory norm").

²⁸ General Comment No. 24 on issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under Article 41 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (4 November 1994), paras. 8 and 18.

²⁹ G. Arangio-Ruiz, *Fifth Report on State Responsibility*, A/CN.4/453 and Add.1–3, p. 3 ff.

³⁰ G. Arangio-Ruiz, *Counter-measures and Amicable Dispute Settlement Means in the Implementation of State Responsibility: A Crucial Issue Before the International Law Commission*, 5(1) *European Journal of International Law* 20 (1994), p. 51.

³¹ G. Arangio-Ruiz, *Seventh report on State Responsibility*, A/CN.4/4469 and Add 1–2, p. 29–30.

be triggered on the basis of customary law. Even if the international community as a whole decided that a certain institutional instrument had to be used for the protection of *jus cogens*, it could not use it unless all its members ratified the constitutive treaty of that instrument.

In the end, other efforts proved more effective in opening up the international judiciary to the protection of *jus cogens*. These efforts do not challenge the bilateralism on which judicial dispute settlement is premised under international law. They take for granted that litigating *jus cogens* requires consent of the parties and that litigation is based on the existence of a dispute, which lends an inevitable bilateral character to contentious proceedings. Still, they expand the group of subjects with the legal standing to trigger the judicial function of existing courts or to participate in proceedings relating to *jus cogens* before them: legal standing is recognised with all those having an interest in protecting the primary rule (i.e. all the members of the international community), provided that they have consented to judicial settlement. This bilateralisation is well illustrated by the development of the ICJ case law that in 1966 rejected *actio popularis* and some 50 years later admitted the legal standing of all States in relation to violations of *erga omnes* obligations.³² The recent cases brought before the Court by Gambia, South Africa, Canada and the Netherlands show that this legal tool can be applied in the case of genocide and torture. One question remains unsettled: whether this bilateralisation also covers structural *jus cogens* as discussed above. Even so, the aspect that needs to be underscored is that, once again, it is a *normative* development (the legal entitlement to have recourse to judicial settlement) that makes it possible to litigate *jus cogens* before existing, treaty-based judicial bodies.

5. CAN “COLLECTIVE” COUNTERMEASURES BE ADOPTED AS A RESPONSE TO *JUS COGENS* VIOLATIONS?

With respect to the enforcement of *jus cogens*, the two opposing views can be summarised as follows: proponents of total bilateralisation versus supporters of institutionalisation and cooperation in the adoption of reactions to violations of *jus cogens* rules.

According to the traditional view famously condensed in Prosper Weil’s phrase “every-man-for-himself”, international responsibility arising from an internationally wrongful act would involve a bilateral relationship between the obligation of the wrongdoer State and the right of the victim State.³³ Once it is admitted that different categories of obligations do exist, which may be due to a group of States (*erga*

³² See B. Bonafé, *La violation d’obligations envers la communauté internationale dans son ensemble et la compétence juridictionnelle de la Cour internationale de Justice*, in: E. Cannizzaro (ed.), *The Present and Future of Jus Cogens*, Sapienza Università Editrice, Roma: 2015, p. 145 ff.

³³ See P. Weil, *supra* note 17, p. 431.

omnes partes) or to all the States of the international community (*erga omnes*), the only logical conclusion – for supporters of the traditional view – is to consider that all involved States are equally injured by the breach³⁴ and equally entitled to apply all the secondary consequences arising therefrom (including countermeasures).³⁵ It is easy to see how this *extreme bilateralisation* could bring about a dangerous risk of confusion and abuses: all States would be individually entitled to react to a breach of *jus cogens* by adopting unilateral countermeasures against the alleged wrongdoer.

The opposite view purported to address these risks by envisaging some form of *institutional* coordination of the reactions taken by the *omnes*. The point was prophetically anticipated in 1979 by Special Rapporteur Roberto Ago, when presenting the issue of countermeasures as circumstances precluding wrongfulness:

It is understandable, therefore, that a community such as the international community, in seeking a more structured organization, even if only an incipient ‘institutionalization’, should have turned in another direction, namely towards a system vesting in international institutions other than States the exclusive responsibility, first, for determining the existence of a breach of an obligation of basic importance to the international community as a whole, and thereafter, for deciding what measures should be taken in response and how they should be implemented.³⁶

The ILC had to consider the same “institutional problem” in the following years, when elaborating the regime of special consequences arising from so-called “international crimes”.³⁷ As seen above, the proposal of Special Rapporteur Gaetano Arangio-Ruiz in that regard proved to be unpracticable.³⁸ In the final version of the ASR adopted in 2001, the concept of international crime and the regime of special consequences arising from breaches of rules protecting fundamental interest of the international community ended being “broken into distinct components related to peremptory norms and obligations *erga omnes*”.³⁹ On the one hand, the current text of the ASR includes, for the very first time, two specific provisions devoted to the responsibility for “a serious breach by a State of an obligation arising under peremptory norms of general international law” (i.e. *jus cogens*).⁴⁰ The main consequences arising from such a breach would consist in the obligation of States to “cooperate to bring to an end through *lawful means* any serious breach” and the obligation not to “recognize as lawful a situation created by a serious breach”.⁴¹ On the other

³⁴ See Art. 40 (former Art. 5 “Meaning of injured State”) of the ASR adopted on first reading by the ILC in 1996: 2(2) Yearbook International Law Commission (1996), p. 62–63.

³⁵ See G. Arangio-Ruiz, *Fourth report on State responsibility*, A/CN.444 and Add.1–3, p. 43–49.

³⁶ R. Ago, *Eighth report on State responsibility*, A/CN.4/318 and Add. 1–4, p. 43.

³⁷ See former Art. 19 of the ASR adopted on first reading by the ILC in 1976: 2(2) Yearbook International Law Commission (1976), p. 95 ff.

³⁸ See *supra* notes 28–30 and accompanying text.

³⁹ See J. Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge University Press, Cambridge: 2013, p. 394.

⁴⁰ See Arts. 40 and 41 ASR and commentaries thereto, 2(1) Yearbook International Law Commission (2001), p. 112–116.

⁴¹ See Art. 41 ASR, *ibidem*, p. 113–114 (emphasis added).

hand, a specific provision entitles all States to implement international responsibility for breaches of *erga omnes* obligations, though without covering the critical issue of countermeasures.⁴² The latter is apparently considered in Article 54, which *does not prejudice* the right of States other than the injured one to take *lawful measures* with the view to ensuring cessation and reparation for the breach of the *erga omnes* obligation.⁴³ With respect to both aspects, the issue of institutionalisation is lacking.

Conclusion 19 of the ILC text on *jus cogens*, which deals with the particular consequences of serious breaches of peremptory norms, reiterates almost literally the content of Article 41 of the 2001 ASR and considers that the additional obligations entailed by the breach of *jus cogens* belong to existing customary law.⁴⁴

A number of States have strongly challenged this position by putting forward the lack of a significant State practice supporting it, especially insofar as the obligation of States to cooperate through lawful means to bring to an end the serious breach of *jus cogens* is involved.⁴⁵ The ILC took that criticism into account and added in its final commentary references to General Assembly resolutions calling for the cessation of *jus cogens* violations, purportedly to illustrate that the duty to cooperate is gaining recognition in international law.⁴⁶ In the same vein, recent studies of international law scholars underscore that growing cooperation in reacting to grave breaches of *jus cogens* is evidenced by the support that indirectly injured States give to institutional action or the adoption of countermeasures by the directly injured State against the wrongdoer.⁴⁷

The second aspect to be mentioned is the relationship between Conclusion 19 and the issue of collective countermeasures. As noted by Italy, it is unfortunate that collective countermeasures taken to react to serious violations of peremptory norms seem to be excluded from the scope of that provision.⁴⁸ Indeed, it is suggested that the duty to cooperate through lawful means provided under Conclusion 19 does cover the adoption of collective countermeasures if the two sets of legal consequences entailed by serious breaches are to be reconciled.⁴⁹ In such case, the regime of State responsibility would have at least expressed some legal constraints on the adoption of collective countermeasures.

⁴² See Art. 48 ASR and commentary thereto, *ibidem*, p. 126–128.

⁴³ See Art. 54 ASR and commentary thereto, *ibidem*, p. 137–139.

⁴⁴ See Conclusion 19 and commentary thereto, *supra* note 2, p. 70–79.

⁴⁵ See *Peremptory norms*, *supra* note 11, p. 84–90, in particular the comments to Draft Conclusion 19 made by Australia, Colombia, Israel, Japan, the Netherlands, the United Kingdom and the United States of America.

⁴⁶ See para. 9 of the commentary to Conclusion 19, *supra* note 2, p. 73–74.

⁴⁷ See R.J. Barber, *Cooperating Through the General Assembly to End Serious Breaches of Peremptory Norms*, 71(1) *International and Comparative Law Quarterly* 1 (2022); M. Jackson, F. Paddeu, *The Countermeasures of Others: When Can States Collaborate in the Taking of Countermeasures?*, 118(2) *American Journal of International Law* 231 (2024).

⁴⁸ See the comment of Italy in *Peremptory norms*, *supra* note 11, p. 86.

⁴⁹ M. Arcari, *International Reactions to the Crimea Annexation under the Law of State Responsibility: “Collective Countermeasures” and Beyond?*, in: W. Czapliński, S. Dębski, R. Tarnogórski, K. Wierczyńska (eds.), *The Case of Crimea’s Annexation Under International Law*, Scholar Publishing House, Warszawa: 2017, p. 232–233.

6. CONCLUSIVE REMARKS

The foregoing analysis shows that behind the notion of *jus cogens* lies an opposition between two views that can *grosso modo* be reduced to contractualism or communitarism. The former is premised on the unorganised character of the international society and at most accepts that public interests may be unilaterally and individually defended by the members of that society. The latter is ready to accept that the international community can agree not only on the existence of substantive or structural rules removed from the disposition of individual members, but also on the possible development towards forms of centralised application or institutional enforcement.

Nevertheless, this opposition should not be exaggerated. First, the notion of *jus cogens* today is largely accepted by States and international law scholars of different traditions. As suggested by one author, *jus cogens* as an expression of *ordre public* has finally been viewed as necessary also in international law:

le mécanisme de l'ordre public, à tout le moins en tant qu'il invalide des accords qui lui sont contraires, doit être tenu pour un principe axiomatique dans tout ordre (véritablement) juridique, tant il est vrai que celui-ci ne pourrait pas sans se renier accepter que les 'sujets' du droit puissent librement détruire en les méconnaissant les règles essentielles sur lesquelles repose l'organisation d'un milieu social, c'est-à-dire un intérêt (véritablement) général.⁵⁰

Second, the difficulty of that notion has moved from its conceptualisation to enforcement mechanisms. It should be noted that the analogy with national law notions is most often misleading, especially with respect to public law functions, as the structure of the international legal order is profoundly different. The lack of centralised enforcement mechanisms is simply explained by the structure of the international community.

Third, international practice shows that the main development concerning *jus cogens* lies at the normative level. This means that, lacking agreement on institutional mechanisms, the international community was nonetheless able to promote normative standards and safeguards so that chaos could be kept under control: the possibility of a decentralised action for invoking the invalidity of treaties that conflict with *jus cogens* for litigating violations of *jus cogens* or for taking action to induce compliance with *jus cogens* is admitted, provided that legal constraints, limits, requirements, special procedures etc. are respected. In light of this normative development, the notion of *jus cogens* is today much less divisive than in the past.

⁵⁰ The mechanism of public policy, at least insofar as it invalidates agreements that are contrary to it, must be held as an axiomatic principle in any (genuinely) legal order, since it is true that the latter could not, without denying itself, accept that the 'subjects' of the law can freely destroy, by disregarding them, the essential rules on which the organisation of a social environment is based, that is to say a (genuinely) general interest. J. Verhoeven, *Considérations sur ce qui est commun*, 334 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye 25 (2008), p. 232.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ MIĘDZYNARODOWA PAŃSTWA A EUROPEJSKA KONWENCJA PRAW CZŁOWIEKA: KILKA REFLEKSJI

1. ZAMIAST WSTĘPU

Odpowiedzialność państwa w prawie międzynarodowym należy niewątpliwie do szerokiego zakresu zainteresowań Dostojnego Jubilata, Profesora Władysława Czaplińskiego. Jego liczne publikacje na ten temat¹ uzasadniałyby pogląd, że jest to zagadnienie mieszczące się w czołówce tych zainteresowań, jakkolwiek pogląd ten może zweryfikować jedynie sam Jubilat. Chciałbym zacząć ten tekst od przypomnienia artykułu Profesora Czaplińskiego na temat odpowiedzialności państwa za naruszenia praw człowieka, opublikowanego w 2005 r.² Mam po temu dwa powody. Po pierwsze, odniesienie się do kilku tez z tego artykułu stanowić będzie osnowę rozważań o regułach odpowiedzialności państwa za naruszenie Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC)³. Po drugie, mam też powód natury osobistej, bowiem ów artykuł Profesora Czaplińskiego sprzed dwóch

¹ *Zob. m.in.*: W. Czapliński, *Odpowiedzialność państwa za naruszenie umowy międzynarodowej*, 11 Państwo i Prawo 18 (2001), s. 18–27; W. Czapliński, *Kodyfikacja prawa o odpowiedzialności międzynarodowej państw*, 4 Studia Prawnicze 33 (2002), s. 33–53; W. Czapliński, *Odpowiedzialność państwa członkowskiego za akty organizacji międzynarodowej*, 2 Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 105 (2006), s. 105–118; W. Czapliński, *Odpowiedzialność za naruszenia prawa międzynarodowego w związku z konfliktem zbrojnym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2009; W. Czapliński, *Odpowiedzialność agresora za bezprawne wszczęcie i prowadzenie wojny*, w: W. Czapliński, B. Łukańko (red.), *Problemy prawne w stosunkach polsko-niemieckich u progu XXI wieku*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2009, s. 96–111; W. Czapliński, *Odpowiedzialność międzynarodowa za bezprawne uznanie*, w: E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes (red.), *Wspólne wartości prawa międzynarodowego, europejskiego i krajowego*, C.H. Beck, Warszawa: 2018, s. 37–48.

² W. Czapliński, *Odpowiedzialność państwa za naruszenia praw człowieka*, w: C. Mik (red.), *Prawa człowieka w XXI wieku. Wyzwania dla ochrony prawnej*, Wydawnictwo TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń: 2005, s. 93–113.

³ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Europejska konwencja praw człowieka), Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284.

* Michał Balcerzak – profesor Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu i Uniwersytetu Szczecińskiego. W latach 2018–2022 sędzia *ad hoc* Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. ORCID: 0000-0002-6421-1742.

dekad stanowił jedno z najważniejszych źródeł inspiracji do zajęcia się „na poważnie” tematem odpowiedzialności państwa-strony EKPC i napisania na ten temat książki, która stała się moją monografią habilitacyjną⁴.

Miałem wówczas przekonanie (zresztą mam je również obecnie), że prawnicy zajmujący się Europejską Konwencją Praw Człowieka, w Polsce i poza nią, koncentrują się na skutkach odpowiedzialności państwa określanych w wyrokach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC), a także na skądinąd istotnych aspektach proceduralnych (czyli na wywodzeniu odpowiedzialności państwa w drodze skargi indywidualnej i procedurze jej rozpatrywania). Dużo mniej uwagi przyciąga natomiast teoria odpowiedzialności z tytułu naruszenia zobowiązań zawartych w EKPC, czyli reguły drugiego rzędu, stosując terminologię prawa o odpowiedzialności międzynarodowej państwa. Funkcjonuje w związku z tym bardzo uproszczone, by nie powiedzieć błędne przekonanie, że źródłem odpowiedzialności państwa-strony Konwencji jest wyrok ETPC, który tę odpowiedzialność stwierdza. Nie uchybiając fundamentalnej roli trybunału strasburskiego w europejskim systemie ochrony praw człowieka, jego wyroki ustalają, a nie kreują odpowiedzialność państwa-strony. Ta ostatnia powstaje w wyniku naruszenia zobowiązania traktatowego, przypisywalnego państwu-stronie Konwencji.

Wracając jednak do inspiracji artykułem Szanownego Jubilata z 2004 r. i mojej monografii habilitacyjnej: „po latach” mogę się przyznać, iż pisałem ją z przypuszczeniem, że istniejąca wówczas Centralna Komisja ds. Stopni i Tytułów powoła Profesora Czaplińskiego na recenzenta lub członka komisji habilitacyjnej. To przypuszczenie, co prawda, nie wpływało na wyrażane w monografii opinie, ale niewątpliwie oddziaływało na mnie „mobilizująco”. Ponieważ, jak w środowisku naukowym powszechnie wiadomo, decyzje nieistniejącej już Centralnej Komisji były niezgłębione, Profesor Czapliński nie został moim recenzentem ani członkiem komisji habilitacyjnej, co przyjąłem z pewnym rozczarowaniem (a nie ulgą!). Tak czy inaczej: to Profesor Czapliński – raczej nieintencjonalnie – zainspirował mnie do podjęcia tematyki odpowiedzialności państwa-strony EKPC, za co chciałbym Ci, Drogi Jubilacie, wyrazić wdzięczność. Mimo upływu lat wciąż uważam, że zagadnienie odpowiedzialności państwa to jeden z najbardziej interesujących – i najważniejszych – obszarów prawa międzynarodowego publicznego.

⁴ M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*, Wydawnictwo TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń 2013, <https://repozytorium.umk.pl/handle/item/4757> (dostęp 10 lipca 2024).

2. ODPOWIEDZIALNOŚĆ PAŃSTWA ZA NARUSZENIA PRAW CZŁOWIEKA

Zagadnienie odpowiedzialności państwa za naruszenia praw człowieka jest wieloaspektowe, co powoduje, że trudno byłoby je wyczerpać ramami monografii, a co dopiero artykułu. We wspomnianym wyżej opracowaniu⁵ Profesor Władysław Czapliński poruszył co najmniej kilka kluczowych kwestii, z których na pierwszy plan wysuwają się dwie: odpowiedzialność za naruszenie traktatów z dziedziny praw człowieka oraz odpowiedzialność państw za naruszenia prawa zwyczajowego. W odniesieniu do pierwszego z tych zagadnień, Profesor Czapliński przypomniał, że co prawda reguły dotyczące wygaśnięcia lub zawieszenia działania traktatu w następstwie jego naruszenia, określone w art. 60 ust. 1–3 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (KWPT)⁶, nie mają zastosowania do umów z zakresu praw człowieka⁷, ale

wyduje się jednak oczywiste, iż na gruncie konwencji wiedeńskiej każde państwo będące stroną umowy w dziedzinie praw człowieka może dochodzić odpowiedzialności za naruszenia umowy wielostronnej, a jedyną kwestią dyskusyjną jest zakres środków pozostających do dyspozycji zainteresowanych stron. W niektórych przypadkach konsekwencje naruszenia umowy są określone przez samą umowę; w innych mogą być wydedukowane z prawa o odpowiedzialności międzynarodowej⁸.

Powyższe stwierdzenie jest oczywiście aktualne również dzisiaj. Umowy międzynarodowe z zakresu praw człowieka wykazują wprawdzie pewną specyfikę⁹, ale podlegają one co do zasady reżimowi prawa traktatów i prawa o odpowiedzialności. Jeśli chodzi o samo dochodzenie odpowiedzialności na podstawie traktatów z dziedziny praw człowieka, należy poczynić w tym miejscu dwie obserwacje: po pierwsze, sposób wywodzenia roszczeń i ich rozstrzygania jest niekiedy przewidziany w samych traktatach, które – np. w systemie ONZ-owskim – oferują stronom mechanizm koncyliacyjny lub arbitrażowy jako konieczny etap przed ewentualnym skierowaniem sporu do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości¹⁰. Jednak istnieją również takie

⁵ Zob. W. Czapliński, *supra* note 2.

⁶ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów (uchwalona 22 maja 1969 r., weszła w życie 27 stycznia 1980 r.) [1990] Dz.U. Nr 74, poz. 439.

⁷ Zob. art. 60 ust. 5 KWPT w brzmieniu: „Ustępy 1-3 nie mają zastosowania do postanowień dotyczących ochrony osoby ludzkiej, zawartych w traktatach o charakterze humanitarnym, w szczególności do postanowień zakazujących stosowania wszelkiego rodzaju represaliów przeciwko osobom chronionym przez takie traktaty”.

⁸ W. Czapliński, *supra* note 2, s. 94.

⁹ W doktrynie omawia się zarówno specyfikę traktatów z dziedziny praw człowieka, jak i zobowiązań z tego zakresu, chociaż są to kwestie blisko ze sobą związane, zob. M. Balcerzak, *Special Character of Human Rights Obligations and the Jurisdiction of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination in the Palestine v. Israel Case*, 40 Polish Yearbook of International Law 93 (2020), s. 94 i n.

¹⁰ Zob. np. art. 11–13 w zw. z art. 22 Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej (otwarta do podpisu 7 marca 1966 r., weszła w życie 6 września 1969 r.) [1969] Dz.U. Nr 25,

traktaty, które nie zawierają żadnych postanowień dotyczących sposobów wywodzenia odpowiedzialności i określania jej konsekwencji, a ewentualne postanowienia w tym zakresie uregulowano w protokołach dodatkowych, stanowiących odrębne umowy międzynarodowe¹¹.

Druga obserwacja na temat wywodzenia odpowiedzialności ma charakter bardziej teoretyczny. Większość umów międzynarodowych w dziedzinie praw człowieka przewiduje określony sposób podnoszenia (*invoking*) odpowiedzialności innego państwa-strony z tytułu naruszenia praw przed organem lub sądem międzynarodowym. Zdecydowana większość tych umów (lub protokołów dodatkowych do nich) przewiduje także możliwość podnoszenia kwestii odpowiedzialności państwa przez osoby fizyczne. Pomijając w tym miejscu różnorodność procedur i metod rozstrzygania skarg (roszczeń) na podstawie traktatów z dziedziny praw człowieka, interesujące wydaje się pytanie, czy wywodzenie odpowiedzialności państwa przez podmiot niepaństwowy (np. jednostkę) powoduje, że mamy do czynienia z osobnym reżimem odpowiedzialności, innym niż reżim ogólny? Inaczej rzecz ujmując, czy ogólny reżim odpowiedzialności państw w prawie międzynarodowym ma zastosowanie jedynie wówczas, gdy wywodzi ją inne państwo (np. strona traktatu)? Moim zdaniem odpowiedź na to pytanie jest negatywna, tzn. odpowiedzialność państwa wywodzona przez podmiot niepaństwowy nie różni się co do istoty (przesłanek) lub treści od tej wywodzonej przez inne państwo.

Na marginesie warto przypomnieć, że dochodzenie odpowiedzialności państw przez podmioty niepaństwowe w procedurach szczególnych (traktatowych) jest konsekwencją zgody tych państw, o czym niekiedy się zapomina, traktując uprawnienia jednostek w tym zakresie jako „naturalne”. Podobnie dochodzenie odpowiedzialności na podstawie procedur szczególnych przez inne państwa-strony traktatu i na jego podstawie wynika z wyraźnie wyrażonej zgody państwa. Gdyby nie istniały procedury szczególne, przewidziane w samych traktatach, uprawnienie do dochodzenia roszczeń na podstawie ogólnego reżimu prawa o odpowiedzialności państwa przysługiwałoby innym państwom dotkniętym naruszeniem, ale już nie jednostkom. Jednak niezależnie od powyższego, to nie sposób dochodzenia (wywodzenia) odpowiedzialności decyduje, czy mamy do czynienia z odpowiedzialnością państwa za naruszenie

poz. 187 a także art. 42 Międzynarodowej konwencji w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem (weszła w życie 23 grudnia 2010 r.), https://arch-bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/prawa_czlowieka/onz/konwencja-w-sprawie-ochrony-wszystkich-osob-przed-wymuszonym-zaginieciem-przyjetyj-w-dniu-20-grudnia-2006-r_.pdf (dostęp 2 sierpnia 2024).

¹¹ Zob. np. Konwencję o prawach dziecka (uchwalona 20 listopada 1989 r., weszła w życie 23 grudnia 1991 r.) [1991] Dz.U. Nr 120, poz. 526 i Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie procedury składania zawiadomień (przyjęty 19 grudnia 2011 r.) [2007] Dz.U. Nr 76, poz. 494, a także Konwencję o prawach osób niepełnosprawnych (uchwalona 13 grudnia 2006 r., weszła w życie 25 października 2012 r.) [2012] Dz.U. poz. 1169 i Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych (uchwalony 13 grudnia 2006 r.), <https://kozienice.praca.gov.pl/documents/1842547/7524416/Protok%C3%B3%C5%82%20fakultatywny%20do%20konwencji%20o%20prawach%20osob%20niepe%C5%82nosprawnych%20%28%C5%82umaczenie%20robocze%29.pdf/7913f728-c19a-4cf4-b979-3b988ba22800?t=1532429793615> (dostęp 2 sierpnia 2024).

prawa międzynarodowego praw człowieka. Odpowiedzialność za naruszenie praw człowieka, dochodzona na podstawie określonej procedury traktatowej, jest wciąż odpowiedzialnością państwa za naruszenie zobowiązań międzynarodowych. Sama okoliczność, że państwa zaciągnęły zobowiązania wielostronne wobec siebie, a jednostki są beneficjentami tych zobowiązań (a nie stronami traktatu), nie „wyłącza” działania prawa o odpowiedzialności państwa *en bloc*, gdy podmiotem wywodzącym odpowiedzialność nie jest inne państwo-strona.

W swoim artykule Profesor Czapliński poruszył także ciekawy problem reżimów zamkniętych (*self-contained regimes*) w prawie międzynarodowym, stawiając w szczególności pytanie, czy takim reżimem można nazwać system Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹². Jubilat wyraził wówczas pogląd, że uznanie tego systemu za reżim zamknięty „nie jest oczywiste”, zasadnie twierdząc, że:

niezależnie od środków prawnych przysługujących osobom poszkodowanym przeciwko państwu-sprawcy naruszenia Konwencji, ich państwo ojczyście będzie miało swobodę wysuwania roszczeń w trybie ochrony dyplomatycznej, zgodnie z zasadami prawa międzynarodowego¹³.

Argumentem świadczącym o „zamkniętym” charakterze systemu EKPC nie jest także jej art. 55, który stanowi:

Wysokie Układające się Strony zgadzają się, że wyjąwszy porozumienia szczególne, nie będą wykorzystywały obowiązujących między nimi traktatów, konwencji lub deklaracji dla skierowania w drodze skargi sporu powstałego w związku z interpretacją lub stosowaniem niniejszej Konwencji do rozpatrzenia w ramach innych sposobów rozstrzygania sporów niż przewidziane w niniejszej Konwencji.

Wprawdzie wyłączenie innych sposobów rozstrzygania sporów między stronami EKPC niż określone konwencyjnie mogłoby nasuwać skojarzenia z „reżimem zamkniętym”, ale klauzula zawarta w art. 55 EKPC zawiera furtkę w postaci „porozumień szczególnych”. Skądinąd nie jest to często wykorzystywana możliwość, zresztą trudno nawet ustalić, czy została kiedykolwiek wykorzystana. Autorowi niniejszego tekstu nie udało się znaleźć przykładu „wyprowadzenia” sporu międzypaństwowego na tle EKPC poza reżim proceduralny przewidziany w samej Konwencji.

Sporo miejsca w swoim artykule poświęcił Profesor Czapliński problemowi odpowiedzialności państw za naruszenia zwyczajowego prawa praw człowieka, wyodrębniając aspekt materialny i proceduralny tego zagadnienia. Odnośnie do tego pierwszego, zdaniem Jubilata,

¹² W. Czapliński, *supra* note 2, s. 94 i n.

¹³ *Ibidem*, s. 98.

identyfikacja materialnoprawnych norm zwyczajowych w zakresie praw człowieka jest stosunkowo prosta; w dużej mierze została dokonana przez MTS oraz organy ONZ, jak np. Rada Bezpieczeństwa, Zgromadzenie Ogólne czy Komisja Prawa Międzynarodowego¹⁴.

Kwestia zwyczajowego charakteru norm z zakresu praw człowieka jest dyskutowana w doktrynie od dawna i kwestia tego, czy wszystkie prawa człowieka przewidziane w traktatach międzynarodowych znajdują swoje odzwierciedlenie w prawie zwyczajowym, nie jest przesądzona. Jednak nie sposób zaprzeczyć, że znaczna część praw człowieka została ugruntowana w normach prawa zwyczajowego, co przekonująco wyłożył W. Schabas w stosunkowo niedawno wydanej monografii na ten temat¹⁵.

Jednak niezależnie od określenia katalogu norm prawa zwyczajowego praw człowieka, Profesor Czapliński zasadnie odnotowuje, że „warunki i przesłanki odpowiedzialności za naruszenia zwyczajowych praw człowieka są takie same jak warunki odpowiedzialności za naruszenia umów w tej dziedzinie”¹⁶. Istotnie, charakter normy międzynarodowej nie wpływa na istotę odpowiedzialności i jej dwa konieczne składniki: naruszenie normy oraz przypisanie naruszenia państwu. Są to niekwestionowane elementy powstania odpowiedzialności międzynarodowej państwa, zgodnie z art. 2 Artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państwa za akty międzynarodowo bezprawne¹⁷. *Notabene* Artykuły KPM same w sobie odzwierciedlają w dużej mierze (choć nie w pełni) prawo zwyczajowe dotyczące odpowiedzialności państwa. I chociaż nie ma widoków na prace kodyfikacyjne nad traktatem bazującym na wspomnianych Artykułach, mają one niekwestionowane znaczenie dla stosowania reguł odpowiedzialności państwa, także przed sądami międzynarodowymi.

3. ZASTOSOWALNOŚĆ REŻIMU OGÓLNEGO ODPOWIEDZIALNOŚCI PAŃSTWA DO EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA

Przechodząc do kwestii tego, czy reżim ogólny odpowiedzialności państwa, skodyfikowany w Artykułach KPM stosuje się do odpowiedzialności państwa na podstawie EKPC, a jeśli tak, to czy stosuje się *en bloc*, czy z wyjątkami, zaczniemy od dość oczywistego przypomnienia. Otóż Europejska Konwencja Praw Człowieka, nazywana nie bez racji „perłą w koronie Rady Europy” i stanowiąca najważniejszy instrument

¹⁴ *Ibidem*, s. 101 i n.

¹⁵ W.A. Schabas, *The Customary International Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford: 2021.

¹⁶ W. Czapliński, *supra* note 2, s. 103.

¹⁷ International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2001), Annex to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, and corrected by document A/56/49(Vol. I)/Corr.4, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (dostęp 2 sierpnia 2024). Art. 2 stanowi: „Akt międzynarodowo bezprawny państwa powstaje, gdy zachowanie polegające na działaniu lub zaniechaniu: (a) można przypisać temu państwu na podstawie prawa międzynarodowego oraz (b) stanowi naruszenie międzynarodowego zobowiązania tego państwa”.

prawny europejskiego systemu ochrony praw człowieka – jest traktatem międzynarodowym, który nie tworzy reżimu zamkniętego, lecz przynależy do międzynarodowego porządku prawnego. A zatem podlega jego regułom. Przypomnienie to może wydawać się zbędne, jednak nigdy dosyć podkreślenia, że EKPC nie jest „superkonstytucją” lub aktem prawnym „jedynym w swoim rodzaju”, zawieszonym w próżni między prawem międzynarodowym a prawem konstytucyjnym państw-stron Rady Europy. Owszem, bywa nazywana – przez sam trybunał strasburski – „instrumentem europejskiego porządku publicznego”, a niektórzy autorzy chętnie nadają Trybunałowi miano „europejskiego sądu konstytucyjnego”. Nie wpływa to jednak na charakter EKPC jako traktatu międzynarodowego, a także nie zmienia faktu, że ETPC to sąd międzynarodowy a nie konstytucyjny.

Powyższe tezy nie powinny budzić wątpliwości; zresztą sam Trybunał od lat podkreśla (aczkolwiek „nie na każdym kroku”) przynależność EKPC do międzynarodowego porządku prawnego. Najbardziej znany *passus* na ten temat, oparty na wcześniejszych wyrokach w sprawach *Loizidou p. Turcji*¹⁸ oraz *Al-Adsani p. Zjednoczonemu Królestwu*¹⁹, pochodzi z orzeczenia *Banković i in. p. 16 państwom NATO* i brzmi następująco:

Trybunał musi uwzględniać wszystkie właściwe zasady prawa międzynarodowego przy badaniu kwestii dotyczących swojej jurysdykcji i – w konsekwencji – ustalać odpowiedzialność państwa w zgodzie z mającymi zastosowanie zasadami prawa międzynarodowego, chociaż musi brać pod uwagę specjalny charakter Konwencji jako traktatu praw człowieka [...]. Konwencja powinna być interpretowana w możliwie największym stopniu w harmonii z innymi zasadami prawa międzynarodowego, którego jest częścią²⁰

Z powyższego fragmentu można wywieść jednoznacznie pozytywną odpowiedź na pytanie, czy reżim ogólny odpowiedzialności państwa („mające zastosowanie zasady międzynarodowe”) stosuje się przy ustalaniu odpowiedzialności państwa-strony Konwencji. Zbiegiem okoliczności orzeczenie ETPC w sprawie *Banković* zapadło w tym samym roku, w którym Komisja Prawa Międzynarodowego przyjęła Artykuły o odpowiedzialności państwa. Decyzja ETPC w sprawie *Banković* wprawdzie nie odwołuje się wprost do Artykułów KPM, natomiast trudno mieć wątpliwości, że to właśnie w Artykułach skodyfikowano „mające zastosowanie zasady międzynarodowe”, o których mowa powyżej. Należy także odnotować, że zastosowanie Artykułów KPM do ustalania odpowiedzialności na podstawie Europejskiej

¹⁸ ETPC, *Loizidou p. Turcji* (skarga nr 15318/89), Wielka Izba, 28 lipca 1998 r.

¹⁹ ETPC, *Al-Adsani p. Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 35763/97), Wielka Izba, 21 listopada 2001 r.; ETPC, *Banković i in. p. 16 państwom NATO* (skarga nr 35763/97), Wielka Izba, 21 listopada 2001 r.

²⁰ ETPC, *Banković i in. p. Belgii, Republiki Czeskiej, Danii, Francji, Niemcom, Grecji, Węgrom, Islandii, Włochom, Luksemburgowi, Holandii, Norwegii, Polsce, Portugalii, Hiszpanii, Turcji i Wielkiej Brytanii* (skarga nr 52207/99), Wielka Izba, 12 grudnia 2001 r., § 57.

Konwencji Praw Człowieka nie jest kwestionowana w doktrynie²¹; odosobnione na tym tle są poglądy M. Evansa²². Również odosobniony jest pogląd traktujący cały system Konwencji jako *lex specialis*²³.

Warto jednak pójść dalej i przyjrzeć się praktyce orzeczniczej ETPC, aby ustalić, czy Artykuły KPM są przywoływane jako punkt odniesienia przez Trybunał w przypadku potrzeby odwołania się do ogólnych zasad odpowiedzialności państwa. Innymi słowy, spróbujmy odpowiedzieć na pytanie, czy Artykuły KPM „przyjęły się” w orzecznictwie strasburskim²⁴. Odwołamy się w tym zakresie do sprawozdania Komitetu Zarządzającego Praw Człowieka (CDDH) Rady Europy z 2019 r., które dotyczyło miejsca EKPC w europejskim i międzynarodowym porządku prawnym²⁵. W sprawozdaniu tym zasadnie przypomniano o treści art. 55 Artykułów KPM, w którym mowa o regule *lex specialis*:

Niniejsze artykuły nie stosują się w przypadku i w zakresie, w którym istnienie aktu międzynarodowo bezprawnego, jego treść oraz implementacja odpowiedzialności międzynarodowej państwa są uregulowane przez zasady szczególne.

Wypada zatem ustosunkować się najpierw do pytania, czy EKPC zawiera „zasady szczególne”, które częściowo wyłączałyby stosowanie Artykułów. We wspomnianym sprawozdaniu CDDH wyrażono pogląd, że „Konwencja nie zawiera żadnego postanowienia, które wyraźnie różniłoby się od ogólnego reżimu odpowiedzialności państw, albo stanowiłoby reżim *lex specialis*”²⁶. Ponadto ETPC również nie traktował reżimu odpowiedzialności na podstawie Konwencji jako reżimu szczególny, z wyjątkiem art. 41 EKPC, który dotyczy możliwości zasądzenia tzw. słusznego zadośćuczynienia

²¹ J. Crawford, A. Keene, *The Structure of State Responsibility under the European Convention on Human Rights*, w: A. van Aaken, I. Motoc (red.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2018, s. 178–198.

²² M.D. Evans, *State Responsibility and the European Convention on Human Rights: Role and Realm*, w: M. Fitzmaurice, D. Sarooshi (red.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Bloomsbury, Oxford 2004, s. 154–155. Szerszy komentarz: M. Balcerzak, *supra* note 3, s. 18.

²³ Zob. zdanie odrębne L. Loucaidesa do wyroku ETPC, *McElhinney p. Irlandii* (skarga nr 31253/96), 21 listopada 2001 r., w tym zwłaszcza następujący *passus*: „Europejska konwencja praw człowieka stanowi *lex specialis*. Ogólne zasady prawa międzynarodowego nie są zawarte w Konwencji, z wyjątkiem odniesień wyraźnych, np. w art. 15, art. 35 ust 1 oraz art. 53 EKPC oraz art. 1 Protokołu nr 1. Dlatego należy niechętnie podchodzić do ograniczeń praw konwencyjnych wywodzonych z zasad prawa międzynarodowego, takich jak zasady dotyczące immunitetów, które nie są nawet częścią norm o charakterze *ius cogens*”.

²⁴ Autor tekstu pragnie nawiązać w tym miejscu do znanej anegdoty dotyczącej rzekomej wizyty delegacji Sądu Najwyższego w jednym z sądów na Kresach Wschodnich II Rzeczypospolitej, w trakcie której stwierdzono, że zamiast kodeksu karnego Makarewicz z 1932 r. sądy stosują w dalszym ciągu przepisy carskie. Indagowani o powody takiego stanu rzeczy miejscowi sędziowie stwierdzili ponoć, że kodeks Makarewicza „nie przyjął się”.

²⁵ Council of Europe, *The place of the European Convention on Human Rights in the European and International Legal Order. Report of the Steering Committee for Human Rights (CDDH), adopted at its 92nd meeting (Strasbourg, 26–29 November 2019)*, <https://rm.coe.int/place-of-the-echr-in-the-european-and-international-legal-order/1680a05155> (dostęp 10 lipca 2024). Dalej jako: „sprawozdanie CDDH”.

²⁶ *Ibidem*, pkt 153.

(„zważywszy na szczególny charakter art. 41 jako *lex specialis* w stosunku do ogólnych reguł i zasad prawa międzynarodowego”)²⁷.

Przyjrzyjmy się powyższym tezom nieco bliżej. Nie ulega wątpliwości, że Konwencja nie tworzy odrębnego reżimu odpowiedzialności państwa i stąd teza o zastosowalności Artykułów KPM do EKPC jest słuszna. Natomiast pewna wątpliwość pojawia się na tle stwierdzenia, że w postanowieniach Konwencji nie ma *leges speciales* wobec zasad odpowiedzialności zawartych w Artykułach KPM, zważywszy na fakt, że w Konwencji przewidziano procedurę skargi międzypaństwowej (art. 33 EKPC), a więc możliwość podnoszenia naruszenia Konwencji *inter partes*, co wyłącza reżim ogólny w tym zakresie, przewidziany w art. 43–48 Artykułów KPM. Procedury skarg indywidualnych (art. 34 EKPC) nie należy traktować w ten sam sposób, tzn. nie stanowi ona *lex specialis*, skoro Artykuły KPM nie dotyczą wywodzenia odpowiedzialności przez podmioty niepaństwowe. Natomiast jak już wspomniano, odpowiedzialność państwa-strony Konwencji wywiedziona w procedurze skargi indywidualnej nie przestaje podlegać regułom reżimu ogólnego prawa o odpowiedzialności państwa.

Jeśli chodzi o również wspomniany art. 41 EKPC (słuszne zadośćuczynienie), to tutaj akurat mam wątpliwości, czy należy traktować go jako *lex specialis* wobec ogólnego reżimu odpowiedzialności. Artykuł ten nadaje Trybunałowi kompetencję do zasądzenia słusznego zadośćuczynienia, jeżeli stwierdził naruszenie Konwencji, „jeśli zachodzi taka potrzeba” oraz „jeżeli prawo wewnętrzne zainteresowanej Wysokiej Układającej się Strony pozwala tylko na częściowe usunięcie konsekwencji tego naruszenia”. Pomijając już kwestię tego, że w praktyce orzeczniczej Trybunału w zasadzie zaniechano badania możliwości usunięcia konsekwencji naruszenia w prawie wewnętrznym, pozostaje jasne, że art. 41 jest normą kompetencyjną, którą Trybunał potraktował jako podstawę do stworzenia zasad odpowiedzialności odszkodowawczej (reparacyjnej) państwa-strony²⁸. Nie oznacza to jednak, że zasady determinujące konsekwencje odpowiedzialności państwa za naruszenie EKPC zostały ukształtowane w sposób odmienny od reżimu ogólnego. Treść odpowiedzialności państwa-strony Konwencji jest taka sama, jak w reżimie ogólnym i obejmuje obowiązek *restitutio in integrum*, a w wypadku niemożności restytucji – obowiązki reparacyjne, w tym w zakresie odszkodowania i zadośćuczynienia z tytułu konsekwencji naruszenia.

Sprawozdanie CDDH obfituje w przykłady orzeczeń ETPC, w których Trybunał odwoływał się do ogólnych zasad odpowiedzialności państwa w prawie międzynarodowym, zwłaszcza przy rozstrzyganiu skomplikowanych zagadnień dotyczących przypisania (*attribution*), w tym tzw. jurysdykcji pozaterytorialnej (ekstraterytorialnej). Z uwagi na ramy niniejszego opracowania rekapitulowanie tych zagadnień w tym miejscu nie będzie możliwe, natomiast warto przytoczyć konkluzję sprawozdania CDDH na temat stosowania zasad ogólnych odpowiedzialności państwa przez trybunał strasburski. Brzmi ona następująco:

²⁷ *Ibidem*, pkt 154; cytat za: ETPC, *Cypr p. Turcji* (skarga nr 25781/94), 10 maja 2001, § 42.

²⁸ Szerzej: M. Balcerzak, *supra* note 3, s. 58–59.

W celu zapewnienia skuteczności systemu Konwencji przed ryzykiem fragmentacji europejskiej i międzynarodowej przestrzeni prawnej w dziedzinie ochrony praw człowieka, jest rzeczą istotną, aby Trybunał szczegółowo uzasadniał stosowanie ogólnych zasad prawa międzynarodowego, a w szczególności co do tego, czy i w jakim stopniu uznaje Artykuły KPM za istotne i mające zastosowanie w sprawach dotyczących przypisania działania państwu pozwanemu przed Trybunałem²⁹.

Powyższy postulat jest zasadny. Szacunkowa liczba orzeczeń, w których ETPC powołał się na Artykuły KPM, ustalona przez autora niniejszego tekstu na podstawie bazy HUDOC, nie przekracza trzydziestu. Trudno na tej podstawie wyciągać wnioski, ponieważ potrzeba odwołania się do zasad ogólnych odpowiedzialności państwa występuje jedynie w ułamku spraw rozpatrywanych przez Trybunał. Można jednak odnieść wrażenie, że mimo upływu dwóch dekad od przyjęcia Artykułów KPM, są one wciąż traktowane przez Trybunał z pewnym dystansem. Wrażenie to jest naznaczone subiektywnością, ponieważ nie ma możliwości ustalenia, czy sporadyczność powoływania się przez ETPC na Artykuły KPM jest wynikiem skąpej liczby spraw rodzących wątpliwości (np. pod kątem przypisania działania państwu), czy też wynika z innych czynników. Zdaniem piszącego te słowa, „ostrożność” Trybunału w powoływaniu się na Artykuły KPM może mieć pewien związek z niewielką reprezentacją prawników międzynarodowych wśród sędziów Trybunału. Niezależnie od powyższego postulat częstszego uwzględniania Artykułów KPM w orzecznictwie ETPC ma głębokie uzasadnienie merytoryczne, ponieważ odniesienia do ogólnego reżimu odpowiedzialności państwa skodyfikowanego w Artykułach przysłużyłyby się wzmocnieniu argumentacji zawartej w orzeczeniach Trybunału.

²⁹ Sprawozdanie CDDH, pkt 197.

UKRAINE, ISRAËL ET GAZA : LA SÉCURITÉ COLLECTIVE EN QUESTION

1. INTRODUCTION

Le 24 février 2022, les forces armées russes envahissaient l'Ukraine et l'on mesure l'impact que l'évènement a pu avoir sur le Professeur Władysław Czapliński, citoyen polonais et spécialiste éminent du droit international.

Ce « retour de l'impensé », l'agression en 2022, par un membre permanent du Conseil de sécurité des Nations Unies (ci-après CSNU), d'un État, limitrophe de son pays, ne pouvait que susciter chez lui, à la fois des réminiscences historiques tragiques et des interrogations sur le sens de la discipline scientifique qu'il a toujours enseignée avec passion¹. Ces questionnements ont été sans doute amplifiés par le déclenchement, le 7 octobre 2023, d'une attaque accompagnée de la prise d'environ 250 otages par le Hamas, groupe politico-militaire considéré, par les Occidentaux notamment, comme « terroriste », contre le territoire israélien à partir de la bande de Gaza.

La guerre se poursuit, en Ukraine comme à Gaza, traduisant l'échec du système international à assurer la paix, alors même qu'il avait été construit à cette fin en 1945, en mettant en place un mécanisme de sécurité collective, dont il importe de rappeler ici les caractéristiques essentielles

En souscrivant à la sécurité collective, les États « s'engagent à respecter et à garantir contre toute agression extérieure l'intégrité territoriale et l'indépendance politique présente de tous les membres »². Elle est donc à la fois une procédure de garantie mutualiste et une menace d'intervention collective contre un État pour rétablir la

¹ Dans un des nombreux travaux de recherche auxquels il nous a fait l'honneur et l'amitié de bien vouloir participer, il introduisait un article sur *Recours à la force armée par les États sans autorisation du conseil de sécurité* par une formule sans équivoque *L'interdiction de l'emploi de la force armée constitue le fondement de la Charte des Nations Unies*, en: M. Arcari, L. Balmond (éd), *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Giuffrè, Milan: 2008, p. 25–44.

² Pacte de la Société des Nations, article 10; voir A. Verdebout, *Article 10*, en: R. Kolb (éd), *Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations*, Bruylant, Bruxelles: 2015, p. 425–446.

* Louis Balmond – professeur émérite, Université de Toulon. ORCID: 0009-0001-1320-9757.

situation pacifique remise en cause³. Pour pallier les défaillances montrées par la SDN dans les années 1930, le président Roosevelt imagina un « directoire de grandes puissances [le futur Conseil de sécurité] ayant le droit et le devoir de faire respecter les obligations de la Charte », mais disposant d'un droit de veto pour empêcher toute intervention dans leur zone d'influence. Sous cette réserve, la sécurité collective reposait donc sur l'accord des « Grands » (Chine, États-Unis, France, URSS puis Fédération de Russie et Royaume-Uni) qui, collectivement, pouvaient, sur la base de l'article 24 § 1 de la Charte, mettre un terme à un conflit en utilisant les instruments, diplomatiques puis coercitifs, mis en place par son Chapitre VII. Il y avait là un équilibre subtil entre la poursuite d'un idéal collectif de paix et sa mise en œuvre par un organe dont le fonctionnement repose sur l'inégalité entre ses États membres et les rapports de force qui vont en résulter. La sécurité collective était donc dépendante à la fois du contexte géopolitique existant entre les « Grands » et de leur perception de leurs intérêts nationaux, ce qui entraîna une érosion progressive de sa capacité de répondre à sa mission première fixée par la Charte : garantir les relations pacifiques entre États par l'interdiction du recours à la force.

Les conflits en Ukraine et à Gaza révèlent cependant que le stade de l'érosion a été dépassé, au point de mettre en cause la pertinence même du recours à la notion de sécurité collective. Une telle évolution peut être évaluée à partir de l'action (ou de l'inaction) du CSNU, « responsable principal du maintien de la paix » et institution dans laquelle s'exprime le plus explicitement les positions des États et notamment de ses membres permanents. Il n'est pas dit cependant que ne se profilent pas des perspectives de renouvellement des mécanismes de la sécurité collective de nature à lui redonner suffisamment de légitimité pour limiter la violence sur le plan international.

2. L'ÉROSION PROGRESSIVE DES MÉCANISMES DE SÉCURITÉ COLLECTIVE

Très tôt, les conditions du bon fonctionnement du mécanisme de sécurité collective qui devait mettre l'emploi unilatéral de la force hors la loi, ne seront plus réunies, ce qui conduira à rechercher des solutions alternatives, susceptibles d'être mieux acceptées par les États. Le CSNU révélait ainsi des capacités d'adaptation qui ont dissimulé en réalité, une contestation plus profonde des bases mêmes de la sécurité collective.

2.1. L'évolution contrainte des modes d'action de la sécurité collective

Dès 1948, la sécurité collective fut confrontée, avec le début de la Guerre froide, à l'opposition entre les États-Unis et l'URSS, devenus les deux seuls véritables

³ C. David, J.-J. Roche, *Théories de la sécurité*, Pontchrestien, Paris: 2002, p. 65 et s.

« Grands »⁴, empêchant le CSNU d'assurer la mission prévue par la Charte. Néanmoins, s'il n'est parvenu que de manière très imparfaite à assurer la paix, il a su développer un certain nombre d'outils qui lui ont permis d'agir en faveur de la sécurité internationale.

Les rapports de force s'imposent aux Chancelleries : seuls les États-Unis et l'URSS, sous réserve d'être d'accord, avaient la capacité d'imposer éventuellement la paix aux autres États, y compris aux autres membres permanents⁵. Pour le reste, ils excluaient tout affrontement direct et toléraient, en conservant leur maîtrise, les conflits qui pouvaient apparaître entre leurs alliés ou leurs clients. Cela leur permettait, dans le contexte de l'affrontement idéologique qui les mettait aux prises, de se faire la guerre, pour reprendre la forte formule de L.S.Senghor, « par nègres interposés ».

La portée du mécanisme de sécurité collective se trouvait dès lors restreinte puisque les deux grands protégeaient systématiquement leurs alliés par l'usage du veto, l'URSS, minoritaire au CSNU, notamment. Ces « quarante années de blocage »⁶ cesseront en 1989 avec la fin de l'URSS, laissant croire à la possibilité d'un « nouvel ordre international », plus conforme aux ambitions originelles de la Charte. L'emploi de la force autorisé par le CSNU contre l'Irak, après l'invasion du Koweït le 29 novembre 1990⁷ renforcera cette conviction, d'autant qu'elle sera suivie par une contribution décisive des Nations unies au règlement des crises au Mozambique, en Namibie, au Salvador et au Cambodge.

Durant cette période le CSNU prend également de nombreuses initiatives pour élargir et renforcer les instruments de nature à lui permettre d'assurer la sécurité collective. Il devient législateur pour lutter contre le terrorisme international et les armes de destruction massive en adoptant des résolutions générales ayant une portée obligatoire pour les États, assorties de procédure de contrôle⁸. Il crée des tribunaux pénaux internationaux pour juger les auteurs de violations graves du droit international humanitaire commises à l'occasion des conflits en ex-Yougoslavie et au Rwanda⁹. Il développe le recours aux sanctions internationales, en soutien aux missions de maintien de la paix qui se multiplient et se renforcent, contre les États, mais également

⁴ La France et le Royaume-Uni; sortis très affaiblis du conflit seront rapidement aux prises avec la décolonisation de leur empire, soutenue par les États-Unis et l'URSS, quoique pour des motifs différents.

⁵ Ce qu'ils parviendront à faire à l'encontre de la France et du Royaume-Uni lors de la crise de Suez en 1956.

⁶ J.-M. de la Sablière, *Un multilatéralisme aristocratique: le Conseil de sécurité, in Insécurité collective, la crise du multilatéralisme*, 105 Questions internationales 56 (2021), p. 59, avec le tableau édifiant de l'ensemble des veto opposés de 1948 à 2020.

⁷ Résolution 678 (1990), 29 novembre 1990, S/RES/678(1990), qui fixe un ultimatum qui prend fin le 15 janvier 2021, adoptée par 12 voix pour, une abstention (Chine) et 2 voix contre (Cuba et Yémen).

⁸ Résolution 1373 (2001), 20 septembre 2001, S/RES/1373(2001) sur la lutte contre le financement du terrorisme; résolution 1540 (2004), 28 avril 2004, S/RES/1540(2004) sur la lutte contre la prolifération des armes de destruction massive.

⁹ Résolution 827 (1993), 29 mai 1993, S/RES/827(1993) et Résolution 955 (1994), 8 novembre 1994, S/RES/955(1994).

contre les groupes privés menaçant la paix et la sécurité¹⁰. Il donne mandat à des États ou des groupes d'États pour agir militairement contre le terrorisme ou pour restaurer la paix et protéger les civils. Enfin, il s'efforce d'élargir le champ de la sécurité collective à la sécurité humaine, avec succès contre les menaces sanitaires, avec plus de difficultés face aux menaces environnementales¹¹ et n'hésite pas à s'engager sur des thématiques très nouvelles comme l'intelligence artificielle.

Le CSNU a révélé ainsi une grande capacité d'adaptation aux exigences de sa mission, mais ces initiatives n'ont pas toujours été couronnées de succès et, surtout, sont restées périphériques. Sur la disparition de l'emploi illicite de la force dans les relations internationales, objectif premier de la sécurité collective, elles n'ont eu quasiment aucun impact. Ce constat a pu alors susciter le scepticisme chez beaucoup d'États, d'autres y trouvant parfois un effet d'aubaine, pour enfreindre le principe d'interdiction. Les comportements qui en résulteront vont alors fragiliser les conditions nécessaires au bon fonctionnement de la sécurité collective et cette tendance ne fera que s'amplifier.

2.2. La fragilisation des bases de la sécurité collective

Dans le cadre de la recherche d'un nouvel ordre international, dont les États-Unis détenaient le *leadership*, le maintien de la confiance entre les membres permanents du CSNU était indispensable. Or, celle-ci a commencé à se fissurer dès 1994, avec l'opération militaire conduite par l'OTAN contre la Serbie, la Russie constatant que sa faiblesse stratégique avait permis de la mettre devant un fait accompli : l'atteinte à la souveraineté d'un État qui lui était traditionnellement proche. La méfiance qui en a résulté à Moscou s'est aggravée avec la tentative des occidentaux d'imposer de nouveaux concepts, comme la responsabilité de protéger, permettant éventuellement de contourner la volonté des États en cas de crise humanitaire majeure, puis avec l'action militaire unilatérale engagée sans mandat de l'ONU par les États-Unis contre l'Irak en 2003 malgré l'opposition de certains de leurs alliés : enfin, avec le renversement de M. Kadhafi en Libye en 2011, en s'appuyant sur une interprétation de la résolution 1973 du 17 mars 2011 qui méconnaissait l'accord auquel était parvenu le CSNU pour son adoption¹². Une telle stratégie était possible de la part de Washington pour

¹⁰ Sanctions contre les États (comme l'Afrique du Sud sous le régime d'apartheid) mises en œuvre sur la base de l'article 41 de la Charte ou sanctions ciblées (ou « intelligentes ») contre des personnes ou des groupes privés comme les talibans, à partir d'une interprétation constructive de l'article 41.

¹¹ Comparer les résolutions 2532 (2020), 1 juillet 2020, S/RES/2532(2020) et 2565(2021), 26 février 2021, S/RES/2565(2021) sur la pandémie de Covid-19 et au contraire le rejet du projet de résolution présenté par le Niger et l'Irlande le débat intervenu, par exemple, le 13 décembre 2021 et opposé par le veto de la Russie, ainsi que les débats tenus au CSNU le 12 octobre 2022 et le 13 juin 2023.

¹² Voir sur ce point, L. Balmond, *la pratique récente de l'emploi de la force par la France: entre légalité et légitimité*, 1 Paix et Sécurité européenne et Internationale 1 (2015), disponible à : <https://epi-revel.univ-cotedazur.fr/publication/item/963> (publié le 20 juin 2024). La résolution 1973 est adoptée par 10 voix pour et 5 abstentions et dans le même sens, E. Decaux, *Éclipse du multilatéralisme ou multilatéralisme à éclipses*, 122 Questions internationales 50 (2024), p. 56.

autant que la puissance des États-Unis demeurait incontestée et qu'ils étaient décidés à exercer leur *leadership*. L'échec de la guerre en Irak puis l'enlèvement en Afghanistan, abandonné dans des conditions désastreuses, vont sérieusement l'entamer et entraîner, d'une part, l'affaiblissement du modèle occidental que les États-Unis avaient tenté d'imposer par le *regime change*, d'autre part, leur repli sur la stricte défense de leurs intérêts nationaux plutôt que l'engagement dans des opérations internationales aventureuses pour les besoins de la sécurité collective. Alors que la « fin de l'histoire » et la victoire de la démocratie libérale étaient annoncées par F. Fukuyama en 1989, c'est au contraire la contestation de ce modèle¹³ fondé sur la défense des droits individuels, de l'état de droit, et de l'indépendance de la justice, qui s'est développée, servie par les échecs qu'il a pu rencontrer au plan interne, et les conditions dans lesquelles il a voulu être imposé au plan international¹⁴.

En rupture avec le modèle dominant, des régimes non libéraux, ont pu ainsi être perçus comme plus efficaces pour régler les défis résultant de la mondialisation. C'est le cas de la Chine, État autoritaire soumis au régime du parti unique, mais acteur privilégié des échanges économiques mondiaux¹⁵. C'est le cas également d'un ensemble d'États pratiquant une démocratie illibérale comme la Russie ou la Turquie, lesquels sacrifient formellement au rituel électoral tout en ignorant à des degrés divers les fondements mêmes de la démocratie. Ce refus de la démocratie libérale, contagieux puisqu'il touche même la Hongrie au sein de l'Union européenne, s'accompagne d'un nationalisme cultivé par le pouvoir politique, mobilisant toujours l'histoire, parfois la religion, pour protéger ou reconstruire une identité et/ou un espace national perçu comme menacés. Cet État illibéral est donc aussi un farouche partisan de la souveraineté dont l'affirmation systématique permet de conférer une dimension théorique au seul service de la protection de ses intérêts. Une démarche unilatérale s'impose alors pour les défendre au plan international puisqu'il est admis qu'étant purement nationaux, ils ne peuvent être partagés. Le multilatéralisme, socle de la sécurité collective, est ainsi directement affecté et son déclin¹⁶ se poursuit sur un plan institutionnel aussi bien que normatif. La crise des organisations intergouvernementales est générale et l'ONU en est la plus affectée. Les limites de ses capacités d'action dans le domaine du maintien de la paix sont patentes du fait du désengagement des grandes puissances et son action humanitaire, désormais privilégiée par défaut, conduit à la faire ressembler à une « super ONG ». Les responsabilités des Occidentaux et singulièrement des États-Unis sont grandes dans cet état de fait.

¹³ L. Burgorgue-Larsen, *Universalisme des droits de l'homme: une remise en cause croissante*, 105 Questions internationales 48 (2021), p. 48–55.

¹⁴ Voir J.-V. Holeindre, *Le temps de la démocratie libérale est-il passé?*, 122 Questions internationales 62 (2023), p. 62–68.

¹⁵ P. Haski, *Chine: un siècle de quête démocratique mise en échec*, 3–4(113–114) Questions internationales 100 (2022), p. 100–107.

¹⁶ S. Sur, *Ouverture – Insécurité collective: ascension et déclin du multilatéralisme*, 105 Questions internationales 4 (2021), p. 4–11.

Washington, en particulier, a déconstruit, avec constance, mais selon des méthodes diverses suivant l'occupant de la Maison-Blanche, le système dont il était l'auteur et le bénéficiaire. Obnubilés par « la menace chinoise », ils privilégient désormais l'unilatéralisme (avant l'isolationnisme?) et la défense de leurs intérêts nationaux. Ce faisant, ils ont laissé le champ libre à Pékin, devenu le champion autoproclamé du multilatéralisme, alors même que la notion est, comme toujours, instrumentalisée et qu'il y a loin « du discours à la réalité »¹⁷. Sur le plan normatif, le déclin du droit international suit logiquement celui du multilatéralisme : alors que les traités existants, notamment dans le domaine stratégique, sont remis en cause et que les processus de ratification stagnent, l'élaboration de nouveaux traités universels est désormais plus difficile. La *soft law*, qui peut apparaître parfois comme un remède à l'impuissance normative, se bornant à un consensus mou, sujet à interprétations divergentes, prend de plus en plus le pas sur le droit obligatoire. Alors qu'elle devrait y préparer, elle a tendance à s'y substituer. Dès lors, le droit international n'apparaît plus seulement comme le fruit de la conjonction des politiques juridiques extérieures des États, mais avant tout, comme un outil qu'ils instrumentalisent au service de leurs intérêts individuels.

Tout concourt ainsi à une atomisation de la société des États et à un « égoïsme » international » que manifeste bien la fluidité des alliances, le plus souvent de circonstances et conclues au plus offrant. Le système international ressemble désormais¹⁸ à une société féodale avec des vassaux émergents, incommodes et aux allégeances incertaines et des suzerains dominants, mais qui ne sont plus tout puissants. Les premiers, par exemple la Turquie, peuvent désormais se comporter en puissance régionale, avant de pouvoir éventuellement prétendre à un rôle mondial comme l'Inde ou le Brésil. Les seconds, c'est-à-dire désormais, les États-Unis et la Chine, ont perdu une partie de leur pouvoir d'influence sur leurs vassaux. Plus généralement, sur les autres États, leur capacité de dissuasion¹⁹ est limitée ou ils choisissent de s'abstenir de l'exercer. La bipolarisation qui semble résulter de cette évolution est en réalité tout à fait illusoire, les « deux Grands » ne voulant ni ne pouvant exercer le rôle que celle-ci exigerait d'eux. Du fait de cette instabilité conflictuelle, c'est tout le système international qui est affaibli, notoirement les mécanismes de sécurité collective. Il n'est donc pas étonnant que l'on ait assisté à leur transgression, en Ukraine comme à Gaza.

¹⁷ L. Delabie, *Les grandes puissances face au multilatéralisme: discours et réalité*, 105 Questions internationales 74 (2021), p. 74–81, qui propose une présentation très pertinente de la question.

¹⁸ Comme le montre Y. Jeanclos, *Parcellisation des États et sécurité internationale au XXI^e siècle: vers un possible Moyen Âge de la sécurité et de l'insécurité internationale*, en: J. Tercinet (réd.), *États et sécurité internationale*, Bruylant, Bruxelles: 2012, p. 49–70.

¹⁹ Entendue ici, non pas dans sa dimension nucléaire, mais comme la capacité pour un État d'établir un rapport de force avec un autre État pour l'amener à changer son comportement.

3. LA TRANSGRESSION DU MÉCANISME DE LA SÉCURITÉ COLLECTIVE

3.1. La transgression résultant de l'agression de la Russie contre l'Ukraine

Le 24 février 2022, le continent européen revenait à la guerre de haute intensité : le président de la Fédération de Russie annonçait le lancement d'« une opération militaire spéciale » destinée à assurer la « démilitarisation et la dénazification de l'Ukraine », les premiers bombardements frappaient Kharkiv et Kiyv et des forces russes envahissaient le territoire ukrainien. Le fait international est incontestable²⁰ : l'usage de la force armée d'un État contre le territoire d'un autre État est constitutif, en droit international, d'une agression. La qualification avancée par Moscou est inopérante, et les justifications apportées, dont la matérialité est sujette à caution, ne sont pas de nature à fonder juridiquement l'opération. Il appartenait alors au CSNU, dont c'est la responsabilité principale au sein du système des Nations Unies, de se prononcer sur la qualification des faits et d'en tirer les conséquences au titre de la sécurité collective. Le projet de résolution, présenté le 22 février et soutenu par 82 signataires, qui d'ailleurs ne condamnait pas, mais « déplorait » l'« agression contre l'Ukraine », a été repoussé par le veto de la Russie²¹.

Selon la formule de l'Albanie, « le résultat a déçu, mais n'a pas surpris », car le mécanisme de la sécurité collective y conduisait inexorablement du fait de la mise en cause d'un membre permanent. Les positions se figeront dès lors sur cette opposition : la Russie refusant de reconnaître l'agression ; les membres permanents occidentaux refusant, dans tous les débats sur l'Ukraine, de faire abstraction de l'agression. Aucun nouveau projet de résolution portant sur l'illégalité de l'« opération militaire spéciale » ne sera présenté : il l'aurait été en pure perte. Les séances publiques consacrées par le CSNU à la situation en Ukraine se borneront le plus souvent à des accusations réciproques. Faute de pouvoir agir sur le *jus ad bellum* il tentera de rappeler à de multiples reprises dans les débats, les exigences du *jus in bello*, mais sans pour autant parvenir à mettre un terme aux violations graves du DIH²². Tout au plus, les agences des Nations unies parviendront-elles à obtenir des résultats, cependant limités, sur l'assistance humanitaire et, le CICR, sur la situation des prisonniers de guerre alors

²⁰ Même si l'on peut rappeler que « négocier et conclure un traité collectif, par lequel les intérêts de sécurité de tous les États européens auraient été reconnus et protégés aurait mieux servi la paix et la sécurité qu'une extension unilatérale et indéfinie de l'OTAN » (S. Sur, *Thucyblog* n° 227 – *La guerre du droit dans le conflit ukrainien* (1/3) (conférence à Centre Thucydide 2022), <https://www.afri-ct.org/2022/thucyblog-n-228-la-guerre-du-droit-dans-le-conflit-ukrainien-> (publié le 20 juin 2024)).

²¹ Projet de résolution 155 (2022), 25 février 2022, S/2022/155(2022), repoussé par le veto de la Russie avec trois abstentions, Chine, Émirats arabes unis et Inde.

²² Contre lesquelles les mécanismes judiciaires ont commencé à fonctionner en droit interne comme en droit international ; voir L. Balmond, *Questions de sécurité humaine: migrants, réfugiés et victimes de conflit*, 19 Paix et Sécurité européenne et internationale 45 (2022), p. 45–52.

que l'Initiative céréalière de la mer Noire ne sera rendue possible que par l'intervention décisive de la Turquie.

Au-delà de l'exercice du droit de veto par un membre permanent, le dossier ukrainien était aussi victime de la disparition d'un consensus minimum entre les États, les perceptions communes et les allégeances traditionnelles ayant perdu beaucoup de leur influence. On en voudra pour preuve le vote intervenu à l'Assemblée générale le 2 mars 2022 qui allait permettre de connaître la position de tous les États membres de l'ONU quant à la qualification des faits survenus le 22 février 2022²³. Le projet de résolution destiné à « condamner l'agression de la Russie en Ukraine » obtiendra 141 votes contre 5 (Russie, Bélarus, Érythrée, Corée du Nord et Syrie), 35 États s'étant abstenus (entre autres la Chine, l'Inde et l'Afrique du Sud et plusieurs États africains pourtant traditionnellement proches des Occidentaux) et 11 États (parmi lesquels le Maroc) n'ayant pas pris part au vote. La qualification d'agression est donc retenue, mais ne fait pas l'unanimité, face à une violation flagrante de la souveraineté et de l'intégrité territoriale d'un État, notions auxquelles les abstentionnistes et les absents sont pourtant particulièrement attachés. Derrière les procédures, il apparaît bien que le système international lui-même est en cause, car, comme tous les systèmes politiques, il repose sur « la loi et les institutions d'une part », et « les mœurs de l'autre, les premières ne se soutenant que grâce aux seconds ». « Les États, dans leurs relations, doivent faire preuve d'un minimum de respect mutuel et de prudence, de déférence aux engagements souscrits et de sens des responsabilités à l'égard de la société internationale dont ils sont les membres »²⁴.

Ces exigences, que l'on n'a pas vues se manifester, face au déclenchement et à la poursuite du conflit en Ukraine, sont également absentes à Gaza.

3.2. Les transgressions résultant de l'attaque du Hamas contre Israël et de la riposte israélienne à Gaza

Le conflit à Gaza illustre, plus encore que la guerre en Ukraine, les limites des mécanismes de la sécurité collective et les difficultés du CSNU à assurer le maintien de la paix en appliquant les principes de la Charte : l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales et la reconnaissance d'un droit naturel à la légitime défense. Le 7 octobre, contrairement au 22 février où un membre permanent était directement impliqué dans le conflit, la sécurité collective est confrontée à une opération militaire conduite par des groupes palestiniens, l'Opération *Déluge d'Al Aqsa* à partir de Gaza contre le territoire israélien. Outre les pertes de combattants dans les deux camps, elle s'accompagne de crimes commis contre des civils israéliens et de la capture de plus de 240 otages israéliens ou étrangers. Les faits matériels sont là encore

²³ En contournant le blocage du veto par la convocation d'une session extraordinaire d'urgence permettant à l'AGNU de se prononcer en application du précédent constitué par la résolution 377 (V) de l'assemblée générale, 3 novembre 1950 (dite résolution « Dean Acheson »).

²⁴ G. Andreani, *Ouverture – Le système international en question*, 122 Questions internationales 4 (2024), p. 13.

établis : un usage de la force armée contre la population civile d'un État, contraire au droit international qui sera immédiatement qualifié d'« agression contre l'État d'Israël ». Nul doute qu'au sens commun du terme, une agression a été commise, mais, sur le plan du droit international, la qualification des faits s'avère plus complexe. L'opération a été conduite, en effet, non par un État, mais par un groupe, le Hamas, comportant une branche politique et une branche armée. Par sa branche politique, le Hamas administre le territoire de Gaza à la suite d'un processus électoral en 2006 qui s'est achevé en guerre civile avec l'Autorité palestinienne et sans nouvelles élections depuis. Par sa branche armée, le Hamas maintient une situation d'insécurité par des attentats et des frappes de missiles à partir de Gaza contre Israël et ses habitants. De ce fait, il est considéré comme une « organisation terroriste », par Tel-Aviv, justifiant la répression pénale et des opérations militaires de contre-terrorisme et, par une partie des États membres de l'ONU, soumis de ce fait à des sanctions. Toutefois, le droit international ne fournit pas une définition incontestée de l'« organisation terroriste » et de plus, pour une majorité d'États membres de l'ONU, ce qualificatif ne peut s'appliquer au Hamas qu'ils considèrent comme un mouvement de libération nationale, fondé à employer la force pour exercer le droit à l'autodétermination, reconnu au peuple palestinien par le droit international.

Israël, qui a constamment, dans les faits, contesté ce droit, notamment par la poursuite de la colonisation des territoires palestiniens occupés, déclenchera le 8 octobre, en riposte à l'attaque du Hamas, une action militaire contre la bande de Gaza, l'Opération « Épée de fer », au nom de son « droit naturel de légitime défense », avec pour objectif de libérer les otages et de prémunir sa population de toute nouvelle agression en éradiquant le mouvement terroriste. La formule, qui cite l'article 51 de la Charte, a été reprise par un grand nombre d'États, mais la plupart ont préféré évoquer, dans une formule neutre, « le droit d'Israël à se défendre ». Cela permettait d'éviter de se trouver dans le cadre juridique fixé par le texte qui exige une « agression » au sens du droit international, c'est-à-dire commise par un État, pour que l'exercice de la légitime défense soit fondé. Cette condition n'était pas réalisée, les États ne s'étant pas accordés sur la possibilité de qualifier d'agression les opérations militaires conduites par des entités non étatiques. Israël aurait donc dû s'appuyer sur le dispositif mis en place par la résolution 1373 (2001) après les attentats du 11 septembre, qui organise une réponse globale au terrorisme, puisque telle est la qualification donnée à l'opération du Hamas, fondée sur la répression pénale et la coopération internationale. Pour autant, comme le constatait à juste titre C. De Visscher, les réalités ne doivent pas être négligées au profit des théories : il est difficile de ne pas admettre le droit et même l'obligation pour un État de défendre sa population en recourant à la force armée si nécessaire, sous peine de nier sa qualité même d'État souverain. (Ce que consacre d'ailleurs la notion de responsabilité de protéger). Dans le cas de l'opération israélienne, il était difficile également d'écarter le fait que l'attaque provenait du territoire limitrophe de celui d'Israël, administré par le Hamas et qu'elle n'avait pas

pris la forme d'un acte terroriste meurtrier, mais plutôt d'une opération de grande ampleur, organisée et planifiée avec éventuellement des appuis extérieurs. L'objectif était à l'évidence de remporter une victoire, fut-elle passagère sur l'armée israélienne, tout en recourant à des méthodes visant les civils, susceptibles d'agir fortement sur les opinions publiques.

La qualification des faits, à savoir l'attaque du Hamas et l'opération militaire israélienne qui a immédiatement suivi, à partir de laquelle le CSNU devait pouvoir déclencher les mécanismes de la sécurité collective, faisait donc l'objet de dissensions majeures entre les États. Elles s'inscrivent à la fois dans les fractures évoquées précédemment au sein de la société internationale, mais s'aggravent de plus d'un contentieux israélo-palestinien vieux de 65 ans. Entre affrontements armés, attentats, occupation, colonisation et multiples initiatives de paix, il constitue désormais, pour les membres de la société internationale, un clivage majeur que seule la « solution à deux États » pourra dépasser. Il faut, pour cela, que la volonté soit au rendez-vous, et que l'action diplomatique ne soit pas entravée par les contingences de politique nationale, touchant notamment les États les plus influents, les uns tenus de considérer de prochaines échéances électorales, les autres soucieux de ménager une ou plusieurs composantes de leur population. Du fait de ces blocages, le CSNU ne s'est pas prononcé avant le 16 octobre 2023. À cette date, il est saisi d'un projet de résolution sur la « situation à Gaza », c'est à dire, sur la crise humanitaire résultant des combats entre les forces des deux parties à la suite du déclenchement de l'opération *Épée de fer*. Ce texte « humanitaire » ne peut être accepté par les États qui attendent d'abord du CSNU une condamnation de l'attaque du Hamas. L'initiative sera donc un échec : le projet de résolution présenté par la Russie, appelant à « l'instauration d'un cessez-le-feu humanitaire durable », mais sans référence à l'attaque du Hamas, est rejeté²⁵. Ces deux positions vont dès lors perdurer, mais leur opposition se creuser du fait de la persistance et de l'aggravation des combats. L'invocation, par Israël, de la légitime défense entraînait en effet l'application du régime juridique fixé par le droit international soumettant sa riposte militaire à l'exigence de proportionnalité. Il est admis que cette notion est difficile à définir et qu'elle comporte une part de subjectivité, d'autant plus lorsqu'elle intervient à l'occasion d'un conflit asymétrique. Mais, est-il possible de retenir l'application du principe de proportionnalité alors qu'Israël assigne à son armée la mission d'éradiquer le Hamas à Gaza, ce qui est indéfinissable, à la fois quant à la nature des cibles (combattants, soutiens ou sympathisants, actuels ou futurs ?) et quant à la durée des opérations qui seront nécessaires pour y parvenir. Ce dernier élément, face au désastre humanitaire s'aggravant sans cesse, a conduit la quasi-unanimité des observateurs à juger que la condition de proportionnalité n'était pas respectée.

²⁵ Project de résolution 772 (2023), 16 octobre 2023, S/2023/772 (2023), repoussé par 4 votes contre (États-Unis, France Royaume-Uni, Japon) 5 États ayant voté pour le texte (Russie, Chine, Émirats arabes unis, Gabon, Mozambique) et 6 États s'étant abstenus.

Ce sont alors les membres élus du CSNU qui ont pris l'initiative de présenter des projets de résolution, portant, non pas sur l'instauration d'un cessez-le-feu, inacceptable par les États-Unis, mais de pauses humanitaires permettant d'apporter de l'aide à Gaza. Ces tentatives ont été longtemps vouées à l'échec. Le projet présenté par le Brésil le 18 octobre, demandant des pauses humanitaires, a été repoussé par le veto des États-Unis²⁶, alors qu'il condamnait « les attentats terroristes odieux perpétrés par le Hamas en Israël » et les prises d'otages, parce qu'il passait sous silence « le droit à la légitime défense d'Israël ». Le 25 octobre, le CSNU a encore échoué face à deux textes concurrents, émanant l'un des États-Unis, l'autre de la Russie²⁷, en opposition sur la nécessité d'un cessez-le-feu, ce qui conduira l'Équateur à regretter que l'organe chargé du maintien de la paix et de la sécurité internationales se transforme en « arène où s'expriment les rivalités de ses membres » et la Chine à dénoncer le « tout politique et le tout géopolitique » ayant paralysé la capacité d'action du CSNU. Ce n'est que le 15 novembre 2023 qu'un accord sur un projet porté par les 10 membres non permanents a pu être obtenu²⁸. Le texte traduit, selon la Chine, « un consensus a minima » puisqu'il a un caractère purement humanitaire axé sur les enfants avec pour principal objectif de « faire rentrer l'aide humanitaire à Gaza et de faire sortir les otages ». Pour obtenir le consensus, le texte demande (et non pas exige) des pauses humanitaires urgentes et prolongées (et non un cessez-le-feu)²⁹ et aussi « la libération immédiate et inconditionnelle des otages détenus par le Hamas et d'autres groupes, tout particulièrement des enfants ». Il a donc pu être adopté parce qu'il ne condamne pas l'attaque du 7 octobre, ce qu'Israël dénoncera, et qu'il n'entraîne pas l'interruption des opérations de Tsalal puisqu'il n'impose pas de cessez-le-feu.

Certains États ont perçu la résolution comme un début de sortie de crise, demandant au CSNU d'ouvrir de nouveaux horizons politiques pour tenir la promesse de la paix pour les Palestiniens et les Israéliens, y compris la solution des deux États. Cette ouverture est restée dans un premier temps sans effet. Si le CSNU a pu, le 22 décembre 2023, exiger des Parties qu'elles élargissent l'aide humanitaire³⁰, il n'a pu obtenir ni le 8 décembre 2023, ni le 20 février 2024, un cessez-le-feu

²⁶ Conseil de sécurité 9442e séance du mercredi, 18 octobre 2023 à 10 heures, UN Doc. S/PV.9442. Le projet avait obtenu 12 votes pour et 2 abstentions, celles de la Russie et du Royaume-Uni.

²⁷ Conseil de sécurité 9453e séance du mercredi, 25 octobre 2023, à 15 h 40, UN Doc. S/PV.9453. Le projet des États-Unis a recueilli 10 voix pour, mais a été rejeté en raison du veto de la Chine et de la Russie, les Émirats arabes unis ayant aussi voté contre, le Brésil et le Mozambique s'étant abstenus; le projet de la Russie a été rejeté n'ayant réuni que 4 votes pour, deux votes contre (États-Unis et Royaume-Uni) et 9 abstentions.

²⁸ Résolution 2712 (2023), 15 novembre 2023, S/RES/2712(2023), adoptée par 12 voix et 3 abstentions (Chine, Russie et Royaume-Uni).

²⁹ Comme le demandait dans un amendement la Russie, en s'inspirant de la formule utilisée par l'AGNU dans sa résolution « Protection des civils et respects des obligations juridiques et humanitaires » du 26 octobre 2023.

³⁰ Résolution 2720 (2023), 22 décembre 2023, S/RES/2720(2023), adoptée par 13 votes pour et deux abstentions (États-Unis et Russie).

à Gaza³¹, les États-Unis utilisant dans les deux cas leur droit de veto. Il faudra attendre le 25 mars 2024, pour que les membres élus parviennent à faire adopter une résolution³² qui « exige un cessez-le-feu humanitaire immédiat pendant le mois du ramadan, qui soit respecté par toutes les parties et mène à un cessez-le-feu durable ». Elle exige également « la libération immédiate et inconditionnelle de tous les otages et la garantie d'un accès humanitaire pour répondre à leurs besoins médicaux et autres besoins humanitaires », tout en insistant sur « la nécessité urgente d'étendre l'acheminement de l'aide humanitaire aux civils et de renforcer la protection des civils dans l'ensemble de la bande de Gaza ».

Le résultat ainsi obtenu est significatif, mais limité, car il dépend désormais de la capacité de la diplomatie américaine à convaincre Israël, d'abord, d'accepter un cessez-le-feu limité dans le temps, pour aller ensuite vers un cessez-le-feu définitif. Ce résultat est encore loin d'être acquis, même si la pression de Washington, dans une position de plus en plus difficile, a fortement augmenté sur les autorités de Tel-Aviv.

4. CONCLUSION

Le constat auquel conduisent les analyses sur l'état actuel des conflits en Ukraine et à Gaza est assurément négatif quant aux mécanismes de la sécurité collective. Il apparaît qu'ils n'ont pas permis de faire respecter l'interdiction du recours à la force, ce qui a contraint le CSNU, comme souvent, à se replier sur la sauvegarde de la sécurité humaine. Les résultats sur ce point ont été cependant limités et tardifs, de nombreux États refusant de dissocier, comme pourtant appelle à le faire le DIH, le *jus ad bellum* et le *jus in bello*. Cet échec majeur condamne-t-il pour autant la sécurité collective ? Ce n'est pas certain. On peut noter en effet que le blocage a été circonscrit à deux conflits finalement atypiques, alors que, dans le même temps, les mécanismes de la sécurité collective continuaient de fonctionner sur la base du consensus, en particulier dans le domaine du maintien de la paix. De même, la solidarité contre la menace islamique n'a pas été entamée, les États-Unis, avertissant même l'Iran puis la Russie d'une menace d'attentat sur leur sol. Seule la méfiance actuelle dans la plupart des rapports internationaux a fait que les deux États n'en ont pas tenu compte et qu'elle s'est concrétisée. Enfin, l'impuissance des membres permanents, se bornant à transformer le CSNU en champ clos de leurs affrontements, a suscité une réaction salubre des membres élus, qui s'est manifestée à la fois au sein de l'AGNU, mais aussi devant le CSNU. Le 22 avril 2022, faisant suite à son recours au précédent « Acheson », l'AGNU adoptait, une résolution suivant laquelle, chaque fois que le droit de veto sera exercé au CSNU, un débat sera organisé à l'Assemblée générale dans les

³¹ Projet de résolution 970 (2023), 6 décembre 2023, S/2023/970(2023), présenté par les EAU avec 97 coauteurs ; Conseil de sécurité 9499e séance du vendredi, 8 décembre 2023 à 15 h 30, UN Doc. S/PV.9499 ; projet de résolution 173 (2024), 20 février 2024, S/2024/173(2024), 13 votes pour et abstention du Royaume-Uni.

³² Résolution 2728 (2024), 25 mars 2024, S/RES/2728(2024) adoptée par 14 voix et abstention des États-Unis.

10 jours suivants sur la situation au sujet de laquelle le veto a été opposé. L'organe « démocratique » représentant la communauté des États se dotait ainsi d'un mandat permanent qui a provoqué des réactions contrastées, mais dont la portée est dès à présent significative. De même, c'est la persévérance des 10 membres non permanents du CSNU qui a fini par conduire les États-Unis à laisser passer un projet de résolution susceptible d'enclencher un processus de cessez-le-feu. Ces initiatives sont d'autant moins négligeables qu'elles traduisent une évolution des rapports de force sur le plan international. Dans les débats qui entourent ces deux crises majeures depuis février 2022, on perçoit clairement la lassitude voire l'hostilité d'un grand nombre d'États à l'égard des Occidentaux auxquels il est reproché leurs ingérences et leur volonté d'imposer leur modèle alors qu'ils n'hésitent pas à pratiquer le « deux poids et deux mesures » comme c'est le cas, selon eux, entre l'Ukraine et la Palestine. En réalité, abandonnant le multilatéralisme, les Occidentaux ont laissé un vide que la Chine a comblé en captant ce mouvement pour apparaître, à la fois, comme le leader du « sud profond » et le premier défenseur du multilatéralisme. Cette perception doit être à la fois relativisée et contestée : l'unité du « sud profond » et la cohérence des revendications qu'il formule est encore à démontrer et la Chine ne peut faire oublier qu'elle est une grande puissance et par là même que son discours sur le multilatéralisme est instrumentalisé. Dès lors, il appartient aux Occidentaux de réinvestir le multilatéralisme en s'appuyant sur leurs valeurs, mais en veillant à ne pas les méconnaître.

WKŁAD PROFESORA WŁADYSŁAWA CZAPLIŃSKIEGO W BADANIA NAD PRAWNYMI ASPEKTAMI STOSUNKÓW POLSKO-NIEMIECKICH W SPRAWIE TZW. KAMPANII REPARACYJNEJ

Zainteresowania Władysława Czaplińskiego prawem międzynarodowym rozpoczęły się – podobnie jak przypadku większości polskich znawców prawa międzynarodowego – od prawnych problemów dotyczących stosunków polsko-niemieckich w okresie powojennym, koncentrujących się wokół sporu o status granicy na Odrze i Nysie Łużyckiej w świetle prawa międzynarodowego. Kwestia ta wymaga dodatkowego naświetlenia dla współczesnej generacji, bowiem w ostatnich latach – w ramach „polityki historycznej” – coraz modniejsza stała się ocena, że niemiecki rewizjonizm terytorialny w okresie powojennym był propagandowym wymysłem „komunistycznym” czy PRL-owskim. Sporo jest w tym racji, ponieważ „sprawa granicy” czy szerzej „zagrożenie niemieckie” bywało wielokrotnie w czasach PRL wykorzystywane do celów ideologicznych i skupiania społeczeństwa wokół władzy. Niemniej niezbędną jest w tej ocenie rozważa i zachowanie proporcji, tak aby nie zatracić samej istoty problemu: przez kilkadziesiąt lat okresu powojennego według oficjalnego stanowiska RFN „granica na Odrze i Nysie Łużyckiej” miała bowiem stanowić prowizorium – *modus vivendi* – w rozumieniu prawa międzynarodowego. Istniał więc w relacjach między obu państwami, za sprawą stanowiska RFN, poważny problem statusowy, który zażegnany został dopiero w 1990 r.¹

Również obecnie – prawie osiemdziesiąt lat po zakończeniu II wojny światowej – rząd PiS sięgał chętnie, w celu konsolidacji swego elektoratu politycznego, do „zagrożenia niemieckiego” – owego „ułańskiego czaka”, „husarskiego skrzydła”

¹ Zob. J. Barcz, *Sprawy polskie podczas konferencji „2+4”. Potwierdzenie granicy polsko-niemieckiej i odszkodowania od Niemiec. Studium z historii dyplomacji i prawa międzynarodowego*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2021, s. 23–83.

* Jan Barcz – profesor prawa; wykładowca na Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie. ORCID: 0000-0002-2826-1945.

i „powstańczej panterki”², mimo że Polska – jako państwo o uznanych i niekwestionowanych granicach – jest połączona ścisłym sojuszem z Niemcami w ramach Unii Europejskiej i NATO.

Natomiast, jak wspomniano wyżej, problem przedstawiał się zupełnie inaczej w okresie powojennym. Polska, przesunięta po II wojnie światowej na zachód przez mocarstwa sojusznicze (Stany Zjednoczone, Zjednoczone Królestwo i ZSRR), uważała ustanowienie swojej granicy zachodniej na Odrze i Nysie Łużyckiej za decyzję sprawiedliwą, stanowiącą kompensatę za utracone na wschodzie na rzecz ZSRR terytoria. Decyzję tę, podjętą przez mocarstwa sojusznicze w Umowie poczdamskiej z 2 sierpnia 1945 r., uważano za ostateczną, ustanawiającą polską granicę zachodnią. Zawarte w postanowieniach umowy poczdamskiej pewne zastrzeżenia, że ostatnie słowo w tej sprawie miałoby paść w ramach przyszłego *peace settlement* interpretowano, wobec niemożności zawarcia z Niemcami traktatu pokojowego po II wojnie światowej, w ten sposób, że zastrzeżenia te stały się bezprzedmiotowe wobec innych decyzji mocarstw sprzymierzonych świadczących o finalnym charakterze terytorialnej decyzji zawartej w umowie poczdamskiej (przede wszystkim co do wysiedlenia ludności niemieckiej z terytoriów przekazanych Polsce oraz wyłączenia tych terytoriów z radzieckiej strefy okupacyjnej Niemiec i kompetencji Sojuszniczej Rady Kontroli Niemiec) oraz aktów uznawania tej granicy ze strony innych państw (w tym przede wszystkim ze strony Niemieckiej Republiki Demokratycznej – Układ Zgorzelecki podpisany 6 lipca 1950 r.)³.

W Republice Federalnej Niemiec natomiast, od chwili powstania tego państwa w 1949 r., zajęto inne stanowisko, ujmując je w oficjalną doktrynę państwową

² J.J. Lipski pisał: „Strzeżmy się i podejrzliwie patrzmy na każdą nową kampanię «patriotyzmu» – jeśli jest bezkrytycznym powielaniem ulubionych sloganów megalomanii narodowej. Za frazeologią i rekwizytornią miłą przeważnie Polakowi – czają się najczęściej cyniczni socjotechnicy, którzy patrzą, czy ryba bierze: na ulańskie czako, na husarskie skrzydło, na powstańczą panterkę”. J.J. Lipski, *Dwie ojczyzny, dwa patriotyzmy (uwagi o megalomanii narodowej i ksenofobii Polaków)*, w: J.J. Lipski, *Umysł niepodległy. Autobiografia odczytana*, Ośrodek KARTA, Warszawa: 2022, s. 370.

³ Z publikacji polskich autorów o podstawowym znaczeniu w tym kontekście wskazać należy m.in. na następujące: L. Gelberg, *Układ PRL–NRF z 7 grudnia 1970 roku. Analiza prawna*, Ossolineum, Wrocław: 1974; L. Janicki, *Republika Federalna Niemiec wobec terytorialno-politycznych następstw klęski i upadku Rzeszy. Zagadnienia prawne*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań: 1982; A. Klafkowski, *Umowa poczdamska z dnia 2.VIII. 1945 r. Podstawy prawne likwidacji skutków wojny polsko-niemieckiej z lat 1939–1945*, PAX, Warszawa: 1985; A. Klafkowski, *Układ Polska–NRF z 7 grudnia 1970 r. Podstawy interpretacji w świetle prawa międzynarodowego*, Interpress, Warszawa: 1973; J. Kokot, *Logika Poczdamu*, Wydawnictwo „Śląsk”, Katowice: 1961; M. Lachs, *The Polish-German Frontier. Law-Life and Logic of History*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa: 1964; K. Skubiszewski, *Zachodnia granica Polski w świetle traktatów*, Instytut Zachodni, Poznań: 1975; J. Barcz (red.), *Status prawny Niemiec w latach 1945–1949. Materiały z konferencji naukowej*, Instytut Badania Prawa Sądowego, Warszawa: 1986; *Układ PRL–RFN z 7 grudnia 1970 roku a proces normalizacji. Aspekty prawne i polityczne*, PISM, Warszawa: 1985; B. Wiewióra, *Granicy polsko-niemiecka w świetle prawa międzynarodowego*, Instytut Zachodni, Poznań: 1957. W. Czapliński jest autorem szeregu publikacji na ten temat. Zob. reprezentatywnie: W. Czapliński, *Polish Legal Positions with Regard to Post-Potsdam Germany in Light of International Law. Aggression–Territory–Citizenship*, 3 PISM Series 37 (2007).

(*Rechtsposition*)⁴. Według tego stanowiska powstały w 1871 r. „niemiecki podmiot prawa międzynarodowego” nie upadł w następstwie II wojny światowej jako podmiot prawa międzynarodowego, lecz istniał nadal, przybierając formę ustrojową Republiki Federalnej Niemiec. Odnosiłnikiem terytorialnym tego „podmiotu prawa międzynarodowego” miało być terytorium Rzeszy Niemieckiej według stanu z 31 grudnia 1937 r. (w więc z okresu przed dokonaniem przez III Rzeszę aneksji terytorialnych). Postanowienie terytorialne umowy poczdamskiej tego niemieckiego podmiotu prawa międzynarodowego nie mogły wiązać: nie był on bowiem stroną umowy poczdamskiej (umowy ta dla podmiotu niemieckiego była *res inter alios acta*); w myśl tej doktryny ostateczne decyzje co to granic Niemiec miały być zastrzeżone dla traktatu pokojowego zawartego z przyszłymi, zjednoczonymi Niemcami.

Stanowiska tego nie zmienił pakiet tzw. układów wschodnich z początku lat 70., w tym Układ z 7 grudnia 1970 r. o podstawach normalizacji stosunków między PRL a RFN⁵. Układ ten był bowiem interpretowany w RFN wyłączenie jako układ zobowiązujący do niestosowania siły w odniesieniu do zmiany granic (*Gewaltverichtsvertrag*). Uznanie przez RFN Niemieckiej Republiki Demokratycznej musiało mieć oczywiście wpływ na stanowisko trzymające się granic Rzeszy według stanu z 31 grudnia 1937 r. Takich zabiegów interpretacyjnych dokonał Federalny Trybunał Konstytucyjny w serii wyroków z pierwszej połowy lat 70. (w odniesieniu do Układu normalizacyjnego z Polską – w wyroku z 1975 r.), ograniczając wykonywanie praw zwierzchnich przez RFN do jej terytorium, a terytoria NRD oraz polskie Ziemie Zachodnie i Północne (byłe „niemieckie obszary wschodnie”) kategoryzując odrębnie w ramach granic Rzeszy według stanu z 31 grudnia 1937 r.

Republika Federalna Niemiec trzymała się kurczowo powyżej *Rechtsposition* aż do czasu zjednoczenia Niemiec w 1990 r., co wprowadzało do stosunków polsko-niemieckich poważną substancję konfliktogenną i było przyczyną olbrzymich napięć politycznych podczas trwania Konferencji „2+4”. Ostateczny charakter granicy polsko-niemieckiej, ustalony w umowie poczdamskiej, został jednoznacznie potwierdzony w podpisanym 12 września 1990 r. Traktacie „2+4” (uzgodnionym w ramach konferencji Stanów Zjednoczonych, Francji, Zjednoczonego Królestwa,

⁴ Zob. L. Gelberg, *supra* note 3, s. 45 i n.; L. Janicki, *supra* note 3, s. 198 i n.; J. Barcz, *Podstawowe elementy pozycji prawnej (Rechtsposition) rządu federalnego SPD/FDP w związku z tzw. polityką wschodnią*, 1 Przegląd Zachodni 1 (1980); J. Sułek, *Wybrane aspekty prawno-polityczne działalności rządu RFN w odniesieniu do procesu normalizacji stosunków z PRL*, w: J. Barcz (red.), *Główne problemy prawne normalizacji stosunków PRL–RFN*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa: 1979, s. 44 i n. W. Czapliński odnosił się również do tej kwestii w szeregu publikacji – sumując: W. Czapliński, *Polskie pozycje prawne wobec Niemiec popoczdamskich w świetle prawa międzynarodowego: agresja–terytorium–obywatelstwo*, w: W.M. Góralski (red.), *Polska–Niemcy 1945–2007: od konfrontacji do współpracy i partnerstwa w Europie: studia i dokumenty*, PISM, Warszawa: 2007, s. 37 i n.; W. Czapliński, *The German Doctrine of International Law and Polish-German Relations (Past and Future)*, 50 German Yearbook of International Law 419 (2007).

⁵ Zob. sumując: J. Barcz, K. Ruchniewicz (red.), *Akt normalizacyjny. 50 lat Układu o podstawach normalizacji stosunków PRL–RFN z 7 grudnia 1970 r.*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2021. Z rozdziałami autorstwa m.in. K. Ruchniewicza, A.D. Rotfelda, J. Barcza, J. Kranza, W.M. Góralskiego, A. Krzemińskiego, M. Zybury.

ZSRR i obu państw niemieckich – z odpowiednim udziałem Polski) oraz w podpisanym 14 listopada 1990 r. Traktacie bilateralnym między Polską i zjednoczonymi Niemcami. Od tej pory zjednoczone Niemcy jednoznacznie opowiadają się za trwałością tej granicy w świetle prawa międzynarodowego⁶. Członkostwo Polski w Unii Europejskiej, zapewniające swobody unijnego rynku wewnętrznego i swobodę przemieszczania się obywatela Unii oraz członkostwo w Sojuszu Północnoatlantyckim utrwaliły „europejski” charakter granicy polsko-niemieckiej.

Władysław Czapliński należy do trzeciej generacji polskich prawników w okresie powojennym, którzy znaczącą część swojego dorobku naukowego poświęcili stosunkom Polski z Niemcami. Jego zainteresowania tymi problemami sięgają samego początku lat 80. XX w. (i początku Jego kariery naukowej). Przełom lat 70. i 80. XX w. był niezmiernie interesujący w stosunkach polsko-niemieckich. Dekada odprężenia, wzmocniona procesem KBWE, szczególnie Aktem końcowym z 1 sierpnia 1975 r. z Helsinek, przyczyniła się do większego otwarcia między Wschodem i Zachodem. W stosunkach Polski z RFN szczególną rolę odegrał w tym procesie Układ normalizacyjny, podpisany 7 grudnia 1970 r. (wszedł w życie w 1972 r.). Pogłębiający się proces normalizacji coraz wyraźniej ujawniał zarazem negatywne problemy praktyczne, powiązane z poważnym konfliktem statusowym (politycznym i prawnym), powiązanym z *Rechtsposition* RFN, które stanowiły coraz istotniejszą przeszkodę w realizacji zaprogramowanego w Układzie procesu normalizacji (problem obywatelstwa, obrotu prawnego, czy szerzej stosunków konsularnych, nazewnictwa urzędowego, oficjalnego oznaczania granic, stosunków w dziedzinie zabezpieczenia społecznego, stosunków kulturalnych, mniejszości niemieckiej w Polsce etc.)⁷. Oczywiście ważnym tłem politycznym były przemiany polityczne zachodzące w ówczesnym bloku wschodnim, zwłaszcza w Polsce.

Publikacje naukowe Władysława Czaplińskiego z lat 80.⁸ wprawdzie dotyczyły ogólnego przeglądu problemów prawnych w stosunkach Polski z RFN (artykuły dotyczące bilansu procesu normalizacji), interpretacji Układu normalizacyjnego podpisanego 7 grudnia 1970 r. oraz analizy oficjalnej „pozycji prawnej” (*Rechtsposition*) RFN. Było to wówczas o tyle istotne, iż szczegółowe analizy wykazywały, iż między głównymi partiami politycznymi w RFN nie ma zasadniczych różnic w odniesieniu do naszkicowanej wyżej „pozycji prawnej”⁹.

⁶ Na ten temat wypowiadał się Władysław Czapliński w szeregu prac – zob. reprezentatywnie: W. Czapliński, *Regulacja pokojowa z Niemcami po II wojnie światowej*, 2 Państwo i Prawo 35 (1991); W. Czapliński, *Zewnętrzne aspekty międzynarodowoprawne zjednoczenia Niemiec: problematyka sukcesji państw*, w: L. Janicki, B. Koszela, W. Wilczyński (red.), *Zjednoczenie Niemiec: studia politologiczno-ekonomiczno-prawne*, Instytut Zachodni, Poznań: 1996, s. 349 i n.

⁷ Zob. J. Barcz (red.), *Główne problemy prawne normalizacji stosunków PRL–RFN*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa: 1979.

⁸ Zob. wykaz publikacji W. Czaplińskiego zamieszczony w niniejszym tomie.

⁹ Zwl. rozdział autorstwa J. Sułek, *supra* note 4, s. 44 i n.

Wychodząc z tej podstawy, Władysław Czapliński zaczął zajmować się szczegółowymi problemami, koncentrując się na sprawie obywatelstwa (był to wówczas problem szczególnie istotny, bowiem art. 116 ustawy zasadniczej RFN wiązał obywatelstwo niemieckie z granicami Rzeszy według stanu z 31 grudnia 1937 r., a obywatelstwo z kolei z pojęciem „Niemca”, przy czym granice Rzeszy według stanu z 31 grudnia 1937 r. miały być terytorialnym wykładnikiem – w różnych mutacjach doktrynalnych – nadal istniejącego niemieckiego podmiotu prawa międzynarodowego) oraz obrotu prawnego. Nie rezygnował jednocześnie z szerszych zainteresowań – na przykład ustrojem RFN, zwłaszcza kompetencjami *landów* w stosunkach międzynarodowych, szeregiem kwestii z dziedziny prawa międzynarodowego (sukcesją państw, zasadą estoppel, ochroną i pojęciem mniejszości narodowych, aktami jednostronnymi w prawie międzynarodowym). Było to podejście niezmiernie istotne, bowiem szerszy kontekst zainteresowania prawem międzynarodowym pozwalał w latach następnych Władysławowi Czaplińskiemu oceniać i analizować specyficzne prawne problemy w stosunkach polsko-niemieckich w świetle powszechnego prawa międzynarodowego.

Podsumowaniem tego nurtu w badaniach Władysława Czaplińskiego była obroniona w 1985 r. rozprawa doktorska, wydana po modyfikacjach w 1990 r. – *Obywatelstwo w procesie normalizacji stosunków RFN–PRL i RFN–NRD*. Odegrała ona istotną rolę w sprecyzowaniu problemów polityczno-prawnych w przededniu zjednoczenia Niemiec. Mimo zjednoczenia Niemiec w 1990 r., które miało formę przystąpienia NRD do RFN („dobrowolnej inkorporacji”), monografia ta nie straciła na znaczeniu. Wywody Autora koncentrowały się bowiem na analizie „pozycji prawnej” (*Rechtsposition*) RFN, powiązanej z nią koncepcji obywatelstwa zachodnioniemieckiego (*deutsche Staatsangehörigkeit*) i konstrukcji „Niemca” w rozumieniu art. 116 ust. 1 ustawy zasadniczej RFN. Na tym tle Autor przeprowadził wnikliwą analizę problemów związanych z obywatelstwem polskim na Ziemiach Zachodnich i Północnych (byłych wschodnich obszarach Rzeszy Niemieckiej) oraz problemów w stosunkach konsularnych RFN z Polską i z NRD. Było to więc znakomite skodyfikowanie problemów z tej dziedziny w przededniu przystąpienia do ich rozwiązania w relacjach między demokratyczną Polską a zjednoczonymi Niemcami (w zupełnie nowych warunkach, wynikających z bezwarunkowego potwierdzenia przez zjednoczone Niemcy granicy polsko-niemieckiej).

Z punktu widzenia kontrowersji, jakie wywołała „kampania reparacyjna” rozpoczęta przez kolejne rządy PiS (wpierw w latach 2005–2006, a następnie we wzmożonej formie w latach 2017–2023), niezmiernie istotne jest obszerne studium Władysława Czaplińskiego pt. *Problemy majątkowe w stosunkach PRL–RFN* (opublikowane w 1988 r. w *Zeszytach Niemcoznawczych PISM*¹⁰). Jednym z głównym zarzutów w stosunku do tej „kampanii” oraz sporządzonego w jej ramach *Raportu o stratach poniesionych przez Polskę w wyniku agresji i okupacji niemieckiej w czasie II wojny świat-*

¹⁰ W. Czapliński, *Problemy majątkowe w stosunkach PRL–RFN*, 3(4) *Zeszyty Niemcoznawcze PISM* 31 (1988).

towej 1939–1945¹¹ (który został upubliczniony w 2022 r. i miałby stanowić podstawę do wysuwanych wobec Niemiec „roszczeń reparacyjnych”) jest nie tylko brak w tym „raporcie” bilansu świadczeń, jakie ze strony niemieckiej przekazano Polsce i żyjącym w Polsce ofiarom zbrodni nazistowskich w okresie powojennym¹², lecz również brak solidnej analizy skutków prawnych II wojny światowej, w tym zwłaszcza regulacji prawnych i politycznych dotyczących reparacji i odszkodowań od Niemiec¹³.

Dogłębnych studiów z tego zakresu, sporządzonych przez kolejne generacje polskich prawników w okresie powojennym, nie brakuje¹⁴. Wskazane natomiast wyżej studium Władysława Czaplińskiego wyróżnia się tym, że Autor nie tylko poddał wnikliwej analizie postanowienia umowy poczdamskiej i wynikający z niej polski tytuł prawny do Ziem Zachodnich i Północnych, legitymację Polski do wprowadzenia na tych terytoriach polskiego prawa i dokonania przekształceń własnościowych, lecz również powiązał przeprowadzone przekształcenia własnościowe z „poczdamską formułą” zaspokajania przez Polskę reparacji (roszczeń międzypaństwowych) od Niemiec.

Przyjmując jako punkt odniesienia powszechne prawo międzynarodowe, poddał analizie podstawę prawną przejęcia przez Polskę mienia poniemieckiego. Słusznie rozróżnił przy tym dwie jego kategorie tego mienia.

¹¹ K. Wnęk (red.), *Raport o stratach poniesionych przez Polskę w wyniku agresji i okupacji niemieckiej w czasie II wojny światowej 1939–1945*, t. 1–3, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa: 2023, <https://instytutstratwojennych.pl/strona/117-tom-i> (dostęp 12 marca 2024). Krytycznie na temat raportu: *Objaśnienie 11* (29.01.2024). *W sprawie oceny Raportu o szkodach wojennych A. Mularczyka*, w: J. Barcz, K. Ruchniewicz (red.), *supra* note 5, s. 50–53.

¹² *Zob. Objąśnienie 9* (25.01.2024). *Bilans świadczeń ze strony niemieckiej*, w: *ibidem*, s. 42–45.

¹³ *Zob. pkt 3* opublikowanego w styczniu 2024 r. stanowiska Centrum Studiów Niemieckich i Europejskich im. Willy’ego Brandta Uniwersytetu Wrocławskiego i Konferencja Ambasadorów RP – *Partyjna „kampania reparatoryjna” PiS wymaga audytu i rozliczenia*, w: *ibidem*, s. 16–25: „W toku tej „kampanii reparatoryjnej” pomijano całkowicie uwarunkowania prawne i polityczne po zakończeniu II wojny światowej, które sprawiły, że Polska i żyjące w niej ofiary zbrodni nazistowskich pozbawione zostały w znacznej mierze reparacji względnie indywidualnych odszkodowań. Zignorowano również sieć zawartych po II wojnie światowej umów międzynarodowych dotyczących indywidualnych odszkodowań dla żyjących w Polsce ofiar narodowego socjalizmu. Zwłaszcza zaś deprecjonowano i świadomie pomijano porozumienia zawarte po przełomie w Polsce oraz zjednoczeniu Niemiec (z lat 1991 i 2000), na mocy których zagwarantowano konkretną pomoc dla żyjących jeszcze wówczas byłych więźniów obozów koncentracyjnych i robotników przymusowych”. *Zob. również Objąśnienie 10* (27.01.2024). *W sprawie braku analizy regulacji prawnych i politycznych dotyczących reparacji i odszkodowań od Niemiec*, w: *ibidem*, s. 46–49.

¹⁴ *Zob. zwłaszcza* wydane przez PISM w 2004 r. dwa tomy W.M. Góralski, *Problem reparacji, odszkodowań i świadczeń w stosunkach polsko-niemieckich 1944–2004*, PISM, Warszawa: 2004. Przy czym tom drugi zawiera wybór podstawowych dokumentów. Szczegółowe omówienie problematyki wraz z wyczerpującą literaturą naukową oraz dokumentacją – *zob. J. Barcz, J. Kranz, Reparacje od Niemiec po drugiej wojnie światowej w świetle prawa międzynarodowego. Aspekty prawa i praktyki*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2019, <https://repozytorium.kozminski.edu.pl/pub/5925> (dostęp 10 lipca 2024). Wyczerpująca dokumentacja: J. Kranz (red.), *Reparacje i odszkodowania w świetle prawa międzynarodowego. Wybór dokumentów*, Warszawa: 2023, <https://repozytorium.kozminski.edu.pl/system/files/War%20Reparations%20-%20Selected%20Documents.pdf> (dostęp 10 lipca 2024).

W stosunku do poniemieckiego mienia państwowego, odwołał się do obowiązującej normy międzynarodowego prawa zwyczajowego, zgodnie z którą mienie stanowiące – w przypadku cesji terytorialnej – własność państwową poprzednika, znajdujące się na terytorium zmieniającym suwerena, przechodzi bez jakiegokolwiek odszkodowania na własność sukcesora. Przejęcie praw majątkowych następuje więc w takim przypadku automatycznie¹⁵.

Inaczej natomiast wygląda stan prawny w odniesieniu do mienia prywatnego, stanowiącego własność osób fizycznych i prawnych poprzednika. W tym przypadku prawo międzynarodowe dopuszcza, co prawda, pod pewnymi względami wyłączenie, niemniej za odszkodowaniem. Władysław Czapliński w swoim studium ustalił szereg okoliczności uzasadniających przejście przez Polskę prywatnego mienia poniemieckiego bez odszkodowania. Zalicza do takich okoliczności formułę przymusowego wysiedlenia – na mocy decyzji sprzymierzonych – ludności niemieckiej z terytoriów przekazanych Polsce, co oznaczało, że sprzymierzeni akceptowali środki podejmowane przez władze polskie wobec mienia poniemieckiego jako zgodne z polityką aliantów w stosunku do Niemiec¹⁶, ustawę nr 5 Sojuszniczej Rady Kontroli Niemiec i związaną z tą ustawą późniejszą praktykę (zwłaszcza sankcjonowaną tzw. Układem przejściowym 1952/1954¹⁷, stosownie do której alianci przejmowali bez odszkodowania mienie niemieckie znajdujące się „poza granicami Niemiec”, a Niemcy zostały zobowiązane do wypłaty stosownego odszkodowania dla byłych właścicieli. Co prawda Polska nie była objęta tzw. masą zachodnią (jeśli chodzi o formułę zaspakajania roszczeń reparacyjnych), niemniej – podkreśla Władysław Czapliński – środki podejmowane przez Polskę były zgodne z zasadami polityki alianckiej¹⁸.

Zasadniczą konstatacją Władysława Czaplińskiego jest natomiast to, że przejęte przez Polskę prywatne mienie niemieckie należy zaliczyć na poczet reparacji należnych Polsce na mocy umowy poczdamskiej¹⁹. Istotną rolę, potwierdzającą powyższą konstatację, odegrała umowa polsko-radziecka z 16 sierpnia 1945 r. (Polska zaspakajała na mocy umowy poczdamskiej roszczenia reparacyjne z części przeznaczonej dla ZSRR; w umowie ZSRR rzekała się wszelkich roszczeń do mienia niemieckiego, znajdującego się na terytorium Polski, zwłaszcza na Ziemiach Zachodnich i Północnych; umowa regulowała również sposób zaspakajania polskich roszczeń reparacyjnych z puli należnej ZSRR). W tym kontekście Władysław Czapliński odnosi się również do kwestii zrzeczenia się roszczeń reparacyjnych przez ZSRR i PRL w 1953 r. wobec Niemiec, podkreślając jego ostateczny charakter²⁰. Do sprawy tej powrócimy jeszcze w dalszej części artykułu, ponieważ kwestionowanie zrzeczenia się przez PRL w 1953 r. roszczeń reparacyjnych należy do kanonu „kampanii reparacyjnej” funkcjonariuszy PiS.

¹⁵ W. Czapliński, *supra* note 10, s. 50.

¹⁶ *Ibidem*, s. 58.

¹⁷ *Ibidem*, s. 70 i n.

¹⁸ *Ibidem*, s. 83.

¹⁹ *Ibidem*, s. 80–81.

²⁰ *Ibidem*, s. 78.

Powracając natomiast do wątku głównego: Władysław Czapliński potwierdzał konsekwentnie zasadniczą tezę, że niemieckie mienie prywatne przejęte przez Polskę po II wojnie światowej należy zaliczyć na poczet należnych Polsce reparacji²¹. W pracach opublikowanych w latach 90.²² oraz w kolejnych latach, gdy problem „odżył” w 2004 r. za sprawą roszczeń Powiernictwa Pruskiego w stosunku do Polski i w ostatnich latach za sprawą „kampanii reparatornej” rządu PiS, której kanonem jest minimalizowane świadczeń ze strony niemieckiej na rzecz Polski i żyjących w Polsce ofiar zbrodni nazistowskich („Polska nic nie otrzymała”)²³. Wliczenie wielkiej wartości mienia ponemieckiego, przejętego przez Polskę po II wojnie światowej, mocno by ten „kanon” naruszyło.

Do oceny prawnych aspektów „kampanii reparatornej” PiS w pracach Władysława Czaplińskiego powrócimy w dalszej części artykułu. W tym miejscu podkreślić natomiast należy, że zarysowane powyżej badania z lat 80. stanowiły punkt wyjścia do publikacji Władysława Czaplińskiego, dotyczących w zasadzie wszystkich zasadniczych problemów natury prawnej w stosunkach polsko-niemieckich, które należało rozwiązać w toku przełomu politycznego 1989/1990 (w budowanej wówczas polsko-niemieckiej „wspólnocie interesów i wartości” (tak minister Krzysztof Skubiszewski)²⁴.

Dotyczyło to również różnego rodzaju „zaszłości”, jakie pojawiały się w kolejnych dziesięcioleciach²⁵, zwłaszcza zamknięcie sprawy roszczeń wysuwanych wobec Polski przez byłych właścicieli niemieckich (kulminacja tego problemu nastąpiła w 2004 r. za sprawą Powiernictwa Pruskiego i ostateczne zamknięta została w 2008 r. orzeczeniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, odrzucającym skargi Powiernictwa). Dotyczyło to również hecy antyniemieckiej rozpętanej podczas pierwszych i kontynuowanej podczas drugich rządów PiS, dyfamujących ludność rodzimą Warmii i Mazur pod hasłem „roszczeń niemieckich” (chodziło o zwrot nieruchomości, skonfiskowanych bezprawnie przez PRL osobom migrującym do RFN, zwłaszcza w latach 70. i 80.). Szczególnie wsławiła się podżeganiem do antyniemieckiej kampanii posłanka

²¹ Zob. na ten temat: *Objaśnienie 5 (19.01.2024). O „mieniu ponemieckim” raz jeszcze*, w: J. Barcz, K. Ruchniewicz (red.), *supra* note 5, s. 32–33.

²² Zob. np. W. Czapliński, *Skutki prawne nielegalnego użycia siły w stosunkach międzynarodowych*, Agencja Scholar, Warszawa: 1993, s. 140.

²³ Zob. na ten temat: *Objaśnienie 9, supra* note 12.

²⁴ Zob. J. Barcz, K. Ruchniewicz (red.), *Akt dobrosąsiedzki. 30 lat Traktatu polsko-niemieckiego o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa: 2021 (z rozdziałami autorstwa m.in. R. Kuźniara, J. Sułka, J. Barcza, W.M. Góralskiego, W. Staszewskiego, B. Wrzochalskiego, J. Truszczyńskiego, M. Zybury, A. Wolff-Powęskiej).

²⁵ Zob. J. Kranz, *Polsko-niemieckie kontrowersje prawne – próba syntezy*, w: W.M. Góralski (red.), *Przełom i wyzwanie. XX lat polsko-niemieckiego Traktatu o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy 1991–2011*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2011, s. 477–520.

PiS Dorota Arciszewska-Mielewczyk²⁶. W końcu dotyczyło to prawnych aspektów „kampanii reparacyjnej” PiS.

Tak więc przedmiotem publikacji Władysława Czaplińskiego stały się następujące węzłowe problemy prawne związane ze stosunkami polsko-niemieckimi:

- szereg publikacji dotyczy bilateralnych traktatów, wynegocjowanych w toku zjednoczenia Niemiec i mających fundamentalne znaczenie dla stosunków niepodległej Polski ze zjednoczonymi Niemcami, tj. traktatu o potwierdzeniu granicy polsko-niemieckiej, podpisanego 14 listopada 1990 r. i traktatu o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy, podpisanego 17 czerwca 1991 r.;
- związane są z tym publikacje odnoszące się do niektórych aspektów Traktatu „2+4” (Traktatu o ostatecznej regulacji w odniesieniu do Niemiec, podpisanego 12 września 1990 r.) – przedmiotem szczególnie interesujących i istotnych rozważań jest powiązanie tego Traktatu z potwierdzeniem przez Niemcy ostatecznego charakteru granicy polsko-niemieckiej, w tym kwalifikacja Traktatu „2+4” w świetle pojęcia „regulacji pokojowej” oraz „traktatu pokoju” (związane były z tym uprzednio zastrzeżenia ze strony RFN kwalifikujące granicę na Odrze i Nysie Łużyckiej jako *modus vivendi* do czasu owej regulacji pokojowej czy zawarcia traktatu pokoju);
- kwestia zamknięcia kontrowersji wokół granicy polsko-niemieckiej, wynikających ze stanowiska RFN, została przez Władysława Czaplińskiego ujęta w szerszym kontekście zmian terytorialnych w regionie Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1990–1992 – monografia o fundamentalnym znaczeniu: *Zmiany terytorialne w Europie Środkowej i Wschodniej i ich skutki międzynarodowoprawne (1990–1992)*²⁷; znaczenie analizowanej w tej monografii problematyki wynika przede wszystkim z tego, że osiągnięcie stabilności

²⁶ Przy okazji rozpoczęto kampanię również przeciwko sędziom: „Szczególnym rysem sytuacji na ziemi warmińsko-mazurskiej są pojawiające się roszczenia ze strony dawnych właścicieli i są sądy, które nie stają po stronie Polaków, tylko po stronie tych, którzy Polakami nie są”. (J. Kaczyński, za: A. Libudzka, Kaczyński: nienawiść do własnej ojczyzny jest jedną z chorób, która dotknęła części sędziów, <https://www.pap.pl/aktualnosci/news%2C1575767%2Ckaczynski-nienawisc-do-wlasnej-ojczyzny-jest-jedna-z-chorob-ktora-dotknela-czesci-sedziow.html> (dostęp 8 września 2024). Zob. oświadczenie Konferencji Ambasadorów RP, O „ojkofobii”, 2 października 2018 r.; Jarosław Kaczyński *zatrzuwa polską opinię publiczną „ojkofobią” oraz pogłębia izolację Polski w społeczności państw demokratycznych*, w: J. Barcz (red.), *O naprawie polityki zagranicznej Rzeczypospolitej. Pięć lat działalności Konferencji Ambasadorów RP. Stanowiska – oświadczenia – listy (2018–2023)*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2024, s. 28–29. W oświadczeniu tym stwierdzono m.in.: „3. Podejście takie nie tylko nie ma nic wspólnego z praworządnością i jest obraźliwe dla sędziów. Jest ono również obraźliwe dla polskiej ludności rodzimej Ziemi Zachodnich i Północnych, poddanej w okresie PRL presji migracyjnej, pozbawianej bezprawnie obywatelstwa polskiego i pozostawianych w kraju nieruchomości. Po 1990 r. potwierdzono ich prawo do odzyskania obywatelstwa polskiego, a tym samym ubiegania się o zwrot ich własności względnie stosowne odszkodowanie. W państwie praworządnym, jakim do niedawna była Polska, nikt nie wpadłby na pomysł, aby Polaków – którzy wyemigrowali do Zjednoczonego Królestwa – nazywać Anglikami, Szkotami czy Irlandczykami oraz konfiskować ich pozostawione w Polsce mieszkania, domy i gospodarstwa”.

²⁷ W. Czapliński, *Zmiany terytorialne w Europie Środkowej i Wschodniej i ich skutki międzynarodowoprawne (1990–1992)*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 1997.

politycznej (a to wymagało położenia kresu sporom terytorialnym) było istotną przesłanką rozpoczęcia negocjacji akcesyjnych przez „nowe demokracje” w sprawie członkostwa w WE/UE i NATO;

- Władysław Czapliński poświęca również szereg publikacji, nawiązując do wcześniejszych zainteresowań, uszczegółowieniu swoich badań nad układem poczdamskim, obywatelstwem polskim na Ziemiach Zachodnich i Północnych, pojęciem i ochroną mniejszości narodowych, niektórych aspektów ustroju zjednoczonych Niemiec, reparacji i odszkodowań; na szczególną uwagę zasługuje opublikowana w 2009 r. praca zbiorowa pod naukową redakcją Władysława Czaplińskiego (i Bernarda Łukańko) – *Problemy prawne w stosunkach polsko-niemieckich u progu XXI wieku*²⁸, w której podjęto udaną próbę „skodyfikowania” najważniejszych „zaszłości”, jakie pozostały po kontrowersjach prawnych w stosunkach polsko-niemieckich w okresie powojennym; Władysław Czapliński w swoim rozdziale sumuje dogłębne badania nad *Odpowiedzialnością agresora za bezprawne wszczęcie i prowadzenie wojny*.

Przejdźmy teraz do zasadniczego wątku w badaniach Władysława Czaplińskiego, będącego przedmiotem niniejszego artykułu, tj. do jego oceny prawnych aspektów „kampanii reparacyjnej” PiS. Kanonem tej „kampanii” jest podważanie zrzeczenia się przez Polskę reparacji wobec Niemiec w 1953 r.²⁹ Główny promotor tej „kampanii”, poseł Arkadiusz Mularczyk, pisze:

W 2017 r. zleciłem do Biura Analiz Sejmowych przygotowanie ekspertyzy dot. możliwości dochodzenia reparacji wojennych od Niemiec. Odpowiedź była pozytywna, toteż powołałem zespół parlamentarny, którego badacze po pięciu latach badań opracowali Raport o stratach wojennych.³⁰

Straty wyliczono na ponad 6 bln złotych. Natomiast we wstępie do owego Raportu koncentruje się na argumentach, które miałyby świadczyć o nieważności zrzeczenia z 1953 r.

W celu stwierdzenia stanu prawnego w tej mierze nie trzeba było powoływać ani ekspertów, ani zespołu parlamentarnego. Kwestia zrzeczenia się przez Polskę reparacji w stosunku do Niemiec w 1953 r. była przedmiotem szczegółowych analiz w okresie powojennym, a zwłaszcza już po zmianach politycznych – w związku z negocjacjami w sprawie świadczeń dla ofiar zbrodni nazistowskich w latach 1990–1991 i 1997–2000 oraz w latach 2004 i 2005 w kontekście ówczesnych dyskusji nad roszczeniami ze strony byłych niemieckich właścicieli nieruchomości położonych na PZZiP.

²⁸ W. Czapliński, B. Łukańko, *Problemy prawne w stosunkach polsko-niemieckich u progu XXI wieku*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2009.

²⁹ *Objaśnienie 6 (20.01.2024)*. „Kłamstwo reparacyjne” posła Arkadiusza Mularczyka, w: J. Barcz, K. Ruchniewicz (red.), *supra* note 5, s. 34–36.

³⁰ A. Mularczyk, Post na FB, 5 lutego 2024 r., https://www.facebook.com/story.php/?story_fbid=955469639281490&id=100044553891931 (dostęp 13 października 2024 r.).

Większość sporządzonych w tym ostatnim okresie ekspertyz (*notabene* na zalecenie BAS) została opublikowana w „Przeglądzie Sejmowym”³¹.

Eksperci, czołowi reprezentanci polskiej doktryny prawa międzynarodowego, prawie jednomyślnie stwierdzili niewzruszalność zrzeczenia z 1953 r. Wśród wyżej wymienionych ekspertyz znalazło się również obszerne studium Władysława Czaplińskiego. Konkluzja zawarta w tym studium była zbieżna z większością ocen:

W świetle prawa międzynarodowego – zarówno współczesnego, jak i obowiązującego w latach 1950-tych – jednostronne oświadczenie państwa, a w szczególności zrzeczenie się uprawnienia było ponad wszelką wątpliwość skutecznym źródłem zobowiązań międzynarodowych. Tym samym Polska jest tą deklaracją związana. Wysłanie roszczeń reparacyjnych byłoby naruszeniem prawa międzynarodowego³².

Władysław Czapliński podkreślał zarazem, że uzyskanie reparacji wojennych od Niemiec „wydaje się prawnie niemożliwe”, natomiast ich faktyczne wysunięcie „przyniosłoby niepowetowane szkody w stosunkach polsko-niemieckich”³³.

W tym samym czasie (w styczniu 2005 r.) swoje stanowisko „w sprawie roszczeń reparacyjnych Polski wobec Niemiec w związku z II wojną światową” przedłożył również Doradczy Komitet Prawny przy Ministrze Spraw Zagranicznych (skupiający wówczas czołowych polskich znawców prawa międzynarodowego, w tym Władysława Czaplińskiego). Wnioski zawarte w tym stanowisku były jednoznaczne: „

zarówno oświadczenie z 23 sierpnia 1953 r. jak i (przede wszystkim) leżąca u jego podstaw praktyka państwowa wywołuje w stosunkach międzynarodowych trwałe skutki prawne dla Polski jako podmiotu prawa międzynarodowego; stosownie do zasady *estoppel* Polska nie może skutecznie odstąpić od stanowiska wyrażonego w tej praktyce³⁴.

Również co do możliwości dochodzenia roszczeń reparacyjnych stanowisko było jednoznaczne: „w płaszczyźnie prawa międzynarodowego nie istnieje [...] procedura, która prowadziłaby do skutecznego dochodzenia potencjalnych roszczeń reparacyjnych Polski w stosunku do Niemiec”.

Władysław Czapliński konsekwentnie podtrzymywał swoje stanowisko w powyższej sprawie na kolejnych etapach dyskusji. W artykule opublikowanym w 2024 r., krytycznie odnosząc się do zasadniczych aspektów prawnych „kampanii reparacyjnej”

³¹ W. Czapliński, *Opinia dotycząca projektu uchwały w sprawie uznania deklaracji z 23 sierpnia 1953 r. o zrzeczeniu się przez Polskę reparacji wojennych za nicobowiązującą*, 4(69) Przegląd Sejmowy 93 (2005), s. 93 i n. W wersji roboczej nazwane – W. Czapliński, *Problematyka reparacji wojennych w stosunkach polsko-niemieckich*, 303(IP-105 P) Ekspertyza BSIE 31 (2003), s. 31–97.

³² *Ibidem*, s. 97.

³³ *Ibidem*, s. 93.

³⁴ Na temat znaczenia zasady *estoppel* w tym kontekście: *Objaśnienie 6, supra* note 29. Szczegółowa dokumentacja dotycząca potwierdzenia oświadczenia z 1953 r. przez kolejne polskie rządy: J. Barcz, K. Ruchniewicz, *supra* note 5.

PiS, stwierdzał sumująco: „Zrzeczenie się reparacji z 1953 r. pozostaje nadal skuteczne, a próby podważenia go są niepoważną hucpą, kompromitującą Polskę jako partnera w stosunkach międzynarodowych”³⁵.

Powróćmy więc do sprawy ekspertyzy „zleconej w 2017 r.” Biuru Analiz Sejmowych, która stała się kanonem „kampanii reparacyjnej”³⁶. Otóż już u źródeł „kampanii reparacyjnej” legła manipulacja³⁷. Jest tajemnicą poliszynela, że w 2017 r. BAS wpiერw zleciło sporządzenie ekspertyzy nt. możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń reparacyjnych specjalistę z prawa międzynarodowego. Wynik nie był po myśli promotorów „kampanii reparacyjnej”, więc ekspertyzę schowano głęboko w archiwum³⁸ (o ile wiadomo, ekspertyza ta – mimo zapowiedzi – nie została dotychczas ujawniona przez BAS). Zaproszono natomiast prawnika, który nigdy uprzednio nie zajmował się problematyką skutków prawnych II wojny światowej i który w błyskawicznym tempie porządził „ekspertyzę” po myśli promotorów „kampanii reparacyjnej”. „Ekspertyza” ta, pisana na zamówienie polityczne i pełna wadliwych interpretacji i pobożnych życzeń, kończy się finalnymi wnioskami, że Polska może dochodzić „od Niemiec odszkodowań za szkody spowodowane drugą wojną światową”. Nie odpowiada natomiast na pytanie zasadnicze: jakie są procedury skutecznego dochodzenia takich „odszkodowań” od Niemiec. Wnioski te zamieszczone są w „Raporcie o stratach wojennych”³⁹ i powtarzane od tamtej pory w różnych wariantach zarówno we wstępie do powyższego raportu, jak i w narracji wspierającej „kampanię”.

Władysław Czapliński odniósł się bardzo krytycznie do tej „ekspertyzy”⁴⁰. Już sam jej tytuł określił jako „kuriozalny” – „sugeruje [on], że otrzymamy jakieś remedium, środki prawne, pozwalające na dochodzenie roszczeń reparacyjnych. Innymi słowy, poznamy jakieś dostępne nam procedury działania. Takich środków jednak nie wskazano – zresztą z prostego powodu: po prostu ich nie ma”.

Również struktura „ekspertyzy” wzbudziła w ocenie Władysława Czaplińskiego uzasadnione zastrzeżenia. Znaczną jej część zajmują zagadnienia historyczne, przede wszystkim reparacyjny system wersalski, który się nie sprawdził (co można było odnotować), ale dla systemu poczdamskiego (który odszedł od świadczeń pieniężnych) nie ma żadnego znaczenia. Podobnie niefortunne są nawiązania do niedawno zakończonych spłat przez Niemcy świadczeń związanych z reparacjami po I wojnie światowej

³⁵ W. Czapliński, *Roszczenia reparacyjne Polski wobec Niemiec jako delikt prawa międzynarodowego*, Przegląd Zachodni (w druku).

³⁶ Opinia prawna w sprawie możliwości dochodzenia przez Polskę od Niemiec odszkodowania za szkody spowodowane przez drugą wojnę światową w związku z umowami międzynarodowymi (Robert Jastrzębski), BAS-WAP – 1455/17, 6 września 2017 r., [https://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/513_opinia_ws_reparacji/\\$file/513_opinia_ws_reparacji.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/513_opinia_ws_reparacji/$file/513_opinia_ws_reparacji.pdf) (dostęp 8 września 2024).

³⁷ Zob. *Objaśnienie 10*, *supra* note 13.

³⁸ A. Burzyńska rozm. z A. Mularczykiem, *PiS ukryło ten ważny dokument. Jest niewygodny dla planów Kaczyńskiego*, www.fakt.pl/wydarzenia/polityka/biuro-analiz-sejmowych-ukrylo-ekspertyze-o-reparacjach-o-niemiec/9p0c50v (dostęp 24 sierpnia 2021).

³⁹ K. Wnęk (red.), *supra* note 11, s. 502–505.

⁴⁰ W. Czapliński, *[Reparacje od Niemiec] Biuro Analiz Sejmowych naraża nas na śmieszność*, <https://kulturaliberalna.pl/2017/09/16/czaplinski-reparacje-opinia-sejmu/> (dostęp 11 lipca 2024).

(chodziło nie tyle o reparacje co o spłatę pożyczek zaciągniętych przez Niemcy na rzecz spłaty reparacji, a prolongata spłaty pożyczek zostały uzgodniona w umowach zawartych po II wojnie światowej; sprawa nie ma żadnego związku z poczdamskim systemem reparacyjnym). Rozważania na temat polskich strat podczas II wojny światowej też nie są potrzebne, tym bardziej, że autor ani nie był w stanie zweryfikować wcześniejszych danych, ani tym bardziej samemu dokonać wiarygodnego szacunku⁴¹.

Jeśli chodzi o stronę merytoryczną „ekspertyzy”, to Władysław Czapliński bezlitośnie punktuje jej mankamenty: błędną ocenę znaczenia prawnego oświadczenia z 1953 r. o zrzeczeniu się przez Polskę reparacji (powoływanie aspektów konstytucyjnych, które nie mają żadnego znaczenia dla ważności aktu w świetle prawa międzynarodowego oraz pominięcie dalszej praktyki – potwierdzanie zrzeczenia przez kolejne rządy, co z kolei ma zasadnicze znaczenie w świetle prawa międzynarodowego – zasada *estoppel*); zignorowanie formuły poczdamskiej zaspokajania polskich roszczeń reparacyjnych za pośrednictwem ZSRR (jeśli ze strony polskiej podnoszono by, że roszczenia reparacyjne nie zostały zaspokojone, to adresatem powinna być Federacja Rosyjska, a nie Niemcy); błędną interpretację „przymusu” w kontekście oświadczenia z 1953 r. (w świetle ówczesnego prawa międzynarodowego trudno dowieść, że oświadczenie z 1953 r. zostało przyjęte pod wpływem użycia siły lub groźby jej użycia ze strony ZSRR); brak rozróżnienia między nieprzedawnianiem zbrodni międzynarodowych a nieprzedawnianiem roszczeń: ścigać sprawców zbrodni międzynarodowych można bezterminowo (brak przedawnienia), natomiast odszkodowania jak najbardziej objęte są w prawie międzynarodowym przedawnieniem. Podobnie – podkreśla Władysław Czapliński – nikt nie kwestionuje podstaw prawnych reparacji (m.in. naruszenie IV konwencji haskiej z 1907 r.), natomiast należy brać pod uwagę dalsze regulacje prawno- międzynarodowe. W przypadku roszczeń reparacyjnych Polski do Niemiec, poza zrzeczeniem z 1953 r., również Traktat „2+4” z 1990 r. o „ostatecznym uregulowaniu w odniesieniu do Niemiec”, który „zamknął wszystkie kwestie sporne wynikające z II wojny światowej wobec Niemiec”.

Sumuje swoją ocenę „ekspertyzy” Władysław Czapliński następująco: „Oparcie na niej roszczeń reparacyjnych w stosunku do Niemiec naraziłoby nas na śmieszność, a to ostatnia rzecz, na którą państwo w stosunkach międzynarodowych może sobie pozwolić”⁴².

⁴¹ *Notabene* szacunki podane w Raporcie (owe ponad 6 bln złotych) są również zupełnie niewiarygodne. Kwota z rządowego raportu „jest kosmicznie zawyżona”. M. Wroński, *6.2 biliona złotych strat wojennych? Kwota z rządowego raportu jest kosmicznie zawyżona*, <https://www.oko.press/62-biliona-zlotych-strat-wojennych-kwota-z-rzadowego-raportu-jest-kosmicznie-zawyzona> (dostęp 19 stycznia 2024). W Raporcie nie przeprowadzono krytycznej analizy szacunków zawartych w uprzednich raportach (w zasadzie przeliczono jedynie kwoty zawarte w raporcie BOW na dzisiejsze kwoty pieniężne, natomiast szacunki BOW były znacznie zawyżone), szacunki dotyczące ZZiP budzą – jak wspomniano – zasadnicze wątpliwości, a wyliczenia wpływu strat wojennych na tempo wzrostu polskiego PKB, gdyby wojny nie było, są czystymi spekulacjami. *Zob. Objaśnienie 11, supra* note 11.

⁴² W. Czapliński, *supra* note 40

Klamrą spinającą krytyczną ocenę prawnych aspektów „kampanii reparacyjnej” PiS w publikacjach Władysława Czaplińskiego jest podkreślenie integralności postanowień Umowy poczdamskiej. Przypomnijmy, że Umowa ta miała dla Polski fundamentalne znaczenie w co najmniej trzech aspektach: ustanowienia polskiej granicy zachodniej na Odrze i Nysie Łużyckiej, zobowiązania Polski do wysiedlenia ludności niemieckiej i ustanowienia formuły zaspokajania przez Polskę reparacji wojennych od Niemiec.

Promotorzy „kampanii reparacyjnej” z dużą niechęcią podchodzą do problemu wpływu wysuwania obecnie roszczeń reparacyjnych w stosunku do Niemiec na wyżej wymienione decyzje zawarte w umowie poczdamskiej. Wyrazem tego jest stosowana przez nich kakofonia terminologiczna: początkowo mowa była o „reparacjach”, następnie doszły do tego „odszkodowania”, a obecnie coraz częściej pojawia się „zadośćuczynienie”. Nie wydaje się jednak, aby za powołanymi terminami stała świadomość ich znaczenia w rozumieniu prawnym⁴³. Niemniej koncentrowanie się na próbach unieważnienia zrzeczenia się przez Polskę reparacji w 1953 r. jako kanonu „kampanii reparacyjnej” świadczyłoby o tym, że głównym punktem odniesienia tej kampanii są reparacje w rozumieniu poczdamskim, czyli świadczenia międzypaństwowe.

Również w doktrynie pojawiają się od czasu do czasu pytania – czy wysuwanie obecnie roszczeń reparacyjnych nie postawi pod znakiem zapytania tytułu prawnego Polski do granicy na Odrze i Nysie Łużyckiej, czy nie wzmocni to argumentów na rzecz nielegalności wysiedleń ludności niemieckiej po 1945 r., czy w końcu nie da to asumptu do ponownego wysuwania roszczeń byłych właścicieli niemieckich nieruchomości na polskich Ziemiach Zachodnich i Północnych? Niemniej odpowiedzi nie są jednoznaczne, są przesuwane na dalszy plan, wydają się należeć do świata fikcji politycznej, a w związku z tym nie warto się nimi zajmować.

Władysław Czapliński nie obawia się jednak konfrontacji z powyższymi pytaniami. Wychodzi jednoznacznie z zasady, że postanowienia umów międzynarodowych, w tym umowy poczdamskiej, są niepodzielne – „Żadne państwo nie może wybrać sobie tylko niektórych postanowień umowy międzynarodowej, jednocześnie odrzucając inne regulacje tej samej umowy”⁴⁴.

Wybiórcze stosowanie umowy poczdamskiej przez promotorów „kampanii reparacyjnej”, poprzez odrzucenie jej postanowień w sprawie reparacji od Niemiec, może mieć natomiast istotne następstwa polityczne i znaczenie prawne.

Następstwa polityczne sprowadzają się do zasadniczej kwestii:

podważając system reparacji wojennych określony w umowie poczdamskiej, powtarzamy argumenty przez lata wysuwane przez stronę zachodnioniemiecką: ani Polska, ani Niemcy nie

⁴³ Na temat znaczenia poszczególnych terminów zob. J. Kranz, *Reparacje wojenne i roszczenia indywidualne w kontekście relacji polsko-niemieckich*, 3 Państwo i Prawo 5 (2020).

⁴⁴ W. Czapliński, *supra* note 35.

uczestniczyły w konferencji poczdamskiej, nie brały również udziału w wypracowaniu porozumień międzyalianckich w latach 1944–1945 dotyczących Niemiec⁴⁵.

Decyzje więc terytorialne umowy poczdamskiej nie wiązałyby Niemiec (zastrzeżone były dla ich decyzji), a decyzje w sprawie przesiedlenia ludności niemieckiej – byłyby bezprawne. Jest to kanon tzw. pozycji prawnej (*Rechtsposition*) RFN, którą wielokrotnie analizował i oceniał krytycznie Władysław Czapliński.

Ten aspekt polityczny przekłada się na poważne konsekwencje natury prawnej. Dotyczą one czterech – wspomnianych wyżej – spraw uregulowanych w umowie poczdamskiej o fundamentalnym znaczeniu dla Polski:

- podstawy prawnej polskiej granicy zachodniej na Odrze i Nysie Łużyckiej;
- podstawy prawnej wysiedlenia ludności niemieckiej z Polski po 1945 r.;
- podstawy prawnej przejścia przez Polskę własności niemieckiej oraz samej formuły zaspokajania przez Polskę reparacji od Niemiec.

Władysław Czapliński jednoznacznie wykazuje, że następstwem wysuwania obecnie roszczeń reparacyjnych wobec Niemiec jest podważanie spraw fundamentalnych dla polskiej racji stanu, może również spowodować naruszenie prawa międzynarodowego przez Polskę (popętnienie deliktu prawa międzynarodowego)⁴⁶:

Ad 1) **„Kampania reparacyjna” a podstawy prawne polskiej granicy zachodniej na Odrze i Nysie Łużyckiej**: działania podejmowane w ramach „kampanii reparacyjnej” mają bezpośrednie powiązanie – podkreśla Władysław Czapliński – z polskim tytułem prawnym do granicy na Odrze i Nysie Łużyckiej⁴⁷. Podważanie postanowień umowy poczdamskiej w następstwie tych działań „prowokuje do postawienia pytania o podstawę prawną, datę i tryb przeniesienia suwerenności nad byłymi niemieckimi terenami wschodnimi na rzecz Polski”⁴⁸. Generacje polskich ekspertów w dziedzinie prawa międzynarodowego wykazywały, że układ poczdamski jest aktem konstytutywnym, ustanawiającym polską granicę zachodnią na Odrze i Nysie Łużyckiej. Wszystkie późniejsze umowy dotyczące tej granicy miały charakter deklaratoryjny, potwierdzały jedynie granicę wcześniej ustaloną. Tak interpretowane postanowienia umowy poczdamskiej stanowiły podstawę dla objęcia suwerennością państwa polskiego byłych niemieckich obszarów wschodnich oraz do przeprowadzenia zmian przewłaszczeniowych, tj. przejścia znajdującego się tam mienia poniemieckiego. Jak już wyżej wskazano, Władysław Czapliński zwraca uwagę na to, że podważanie systemu reparacji wojennych określony w umowie poczdamskiej w ramach „kampanii reparacyjnej” PiS prowadzi do wsparcia stanowiska przez lata reprezentowanego w „pozycji prawnej” (*Rechtsposition*) RFN, że nie czuje

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

się ona związana postanowieniami umowy poczdamskiej, gdyż Niemcy nie były stroną. Tym samym Polska nie miałaby suwerenności na „niemieckich obszarach wschodnich”, sprawując tam jedynie tymczasową administrację. Decyzji ustanawiających granicę polsko-niemiecką należałoby upatrywać dopiero w Traktacie „2+4”⁴⁹. Nie trzeba dodawać, że tym samym podstawa prawna przewłaszczeń dokonanych przez Polskę na „niemieckich obszarach wschodnich” stawiana jest pod znakiem zapytania (o czym dalej).

Ad 2) **„Kampania reparacyjna” a podstawy prawne wysiedlenia ludności niemieckiej z Polski po 1945 r.:** w tej sprawie Władysław Czapliński zauważa wprawdzie⁵⁰, że zgłoszenie roszczeń reparacyjnych pod adresem Niemiec podważa system ściągania reparacji wojennych ustanowiony przez umowę poczdamską, co ma istotne konsekwencje dla całego systemu politycznego po II wojnie światowej, szczególnie jeśli zważymy, że postanowienia tej umowy były podstawą regulacji dotyczących granicy między Polską a Niemcami oraz wysiedlenia ludności pochodzenia niemieckiego z Polski (a także z Czechosłowacji i Węgier). W systemie poczdamskim pod pojęciem „Niemiec” rozumie się terytorium określone w umowie poczdamskiej, co zostało potwierdzone w Traktacie „2+4”. Poprzez działania podejmowane w ramach „kampanii reparacyjnej” rząd PiS „przyznaje... że przesiedlenia ludności niemieckiej nie miały odpowiedniej podstawy prawnej, były zatem równoznaczne z czyszkami etnicznymi. Ma to istotne konsekwencje dla rozwiązania problemów związanych z przejściem przez Polskę mienia poniemieckiego”⁵¹.

Ad 3) **„Kampania reparacyjna” a podstawy prawne przejście przez Polskę własności niemieckiej:** wyżej wskazano już na to, że w ramach „kampanii reparacyjnej” kwestionowane są regulacje umowy poczdamskiej, co pociąga za sobą następstwa dla tytułu prawnego Polski w odniesieniu do granicy na Odrze i Nysie Łużyckiej oraz do tytułu prawnego dla przewłaszczeń przeprowadzonych przez Polskę na byłych niemieckich obszarach wschodnich. Jest jeszcze kolejna, niezmiernie istotna konsekwencja działań w ramach „kampanii reparacyjnej”. Władysław Czapliński – jak na początku niniejszego artykułu wskazano – już w swoich pracach z lat 80. podkreślał, że niemieckie mienie prywatne mogło zostać przejęte bez odszkodowania przez Polskę, ponieważ jego wartość zaliczona została na poczet reparacji. W okresie późniejszym stanowisko takie stało się punktem wyjścia dla stwierdzenia, że roszczenia byłych właścicieli niemieckich „nie mają żadnej podstawy prawnej, a więc nie istnieją” (2004 r.)⁵², co zostało potwierdzone

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Zob. J. Barcz, J.A. Frowein, *Ekspertyza w sprawie roszczeń z Niemiec przeciwko Polsce w związku z drugą wojną światową* (2 listopada 2004 r.), 1 Sprawy Międzynarodowe 110 (2004), s. 110–142.

w 2008 r. przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (który odrzucił skargi Powiernictwa Pruskiego)⁵³. Władysław Czapliński odrzuca zdecydowanie⁵⁴ – jako ideologizowane prawa międzynarodowego – próby relatywizowania powyższego stanowiska podejmowane przez promotorów „kampanii reparacyjnej”. Tło „pragmatyczne” tego rodzaju zabiegów jest jednoznaczne – chodzi o uwiarygodnienie twierdzeń, że Polska od Niemców „nic nie dostała”. Władysław Czapliński kreśli jednak dalsze scenariusze, które wcale nie muszą należeć do świata fantastyki. Skoro rząd polski – pisze – naruszył zobowiązania wynikające ze zrzeczenia się roszczeń reparacyjnych, nie można wykluczyć, że przy korekcie polityki niemieckiego rządu federalnego powróci problem odszkodowań dla osób indywidualnych dotkniętych wywłaszczeniami, a władze RFN będą wspierać takie roszczenia na forum międzynarodowym⁵⁵.

Last but not least – „Można sobie również wyobrazić czarny scenariusz eskalacji roszczeń, jeżeli w Polsce zostanie preforsowana regulacja prawna pozwalająca na pozywanie państwa niemieckiego z tytułu odszkodowań za szkody poniesione w związku z II wojną światową, wbrew przysługującego mu immunitetu państwa. Otworzyłoby to drogę z jednej strony do ewentualnego postępowania przed sądami międzynarodowymi, w którym Polska byłaby na straconej pozycji, ale również do otwarcia drogi sądowej przed sądami niemieckimi przeciwko Polsce, na zasadzie znanych z prawa o odpowiedzialności państwa środków odwetowych (*countermeasures*)”⁵⁶.

Ad 4) **„Kampania reparacyjna” a formuła zaspokajania przez Polskę reparacji od Niemiec na podstawie umowy poczdamskiej**: umowa ta, jak już o tym była mowa, jednoznacznie określiła procedurę pobierania przez Polskę reparacji od Niemiec (za pośrednictwem ZSRR) oraz formę pobieranych reparacji (konfiskaty, produkcja bieżąca – nie w formie świadczeń finansowych). Jeśli rząd PiS w toku „kampanii reparacyjnej” twierdzi, że Polska nie otrzymała żadnych reparacji, w szczególności nie zawarła z Niemcami żadnej umowy w tej dziedzinie (tak reprezentatywnie w uchwale nr 55 rządu PiS z 18 kwietnia 2023 r.), to albo oznacza to zakwestionowanie postanowień umowy poczdamskiej, albo kierować należałoby roszczenia w sprawie należnych jeszcze reparacji od Niemiec do Federacji Rosyjskiej⁵⁷. Władysław Czapliński odrzuca argumentację nakierowaną na „ominięcie” powyższego problemu (zrzeczenie się reparacji przez Polskę czy

⁵³ ETPC, *Preußische Treuband GmbH & Co. KG a.A. p. Polsce* (skarga nr 47550/06), 7 października 2008 r. Szerzej zob. J. Barcz, *Długi cień historii: w sprawie postanowienia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 7 października 2008 r.*, 1 Sprawy Międzynarodowe 45 (2009), s. 45–62.

⁵⁴ W. Czapliński, *supra* note 35.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

odmowa ich przekazywania przez ZSRR nie eliminowałaby możliwości dochodzenia reparacji bezpośrednio od Niemiec), podkreślając, że jeżeli Polska na mocy umowy poczdamskiej uzyskała określone uprawnienia (w tym przypadku do reparacji od Niemiec), to objęły one zarówno prawa materialne, jak i rozwiązania proceduralne⁵⁸. Wystąpienie z roszczeniami w stosunku do Federacji Rosyjskiej byłoby obecnie trudne nie tylko ze względu na okoliczności polityczne, lecz również ze względu na umowę polsko-radziecką z 1957 r., w której potwierdzono „zamknięcie” pobierania reparacji od Niemiec⁵⁹. Natomiast wysuwane w ramach „kampanii reparacyjnej” roszczenia bezpośrednio do Niemiec ocenia Władysław Czapliński następująco: „Jakikolwiek próby dochodzenia roszczeń bezpośrednio od Niemiec, z pominięciem ZSRR/ Federacji Rosyjskiej, stanowią naruszenie prawa międzynarodowego, zwłaszcza w świetle omówionego wyżej zrzeczenia się reparacji od Niemiec. Z politycznego punktu widzenia umowa poczdamska nie była kwestionowana do momentu przejścia rządów przez tzw. zjednoczoną prawicę, która po kilku latach rządów, dla celów czysto instrumentalnych (podobnie traktował stosunki polsko-niemieckie W. Gomułka), wszczęła kolejną awanturę międzynarodową, przedstawiającą Polskę jako państwo niepoważne i niegodne zaufania”⁶⁰.

Jak już wspomniano, promotorzy „kampanii reparacyjnej” PiS, wysuwając roszczenia wobec Niemiec w 80 lat po zakończeniu II wojny światowej, zignorowali, zmanipulowali, względnie błędnie zinterpretowali regulacje aliantów wobec Niemiec z lat 1945–1949, późniejsze liczne regulacje RFN z państwami zachodnimi, RFN z Polską⁶¹, w końcu wyniki Konferencji „2+4”. Zaczęli działać tak, jakby pojawili się nagle na *terra incognita*, proponując rozwiązania pomijające uprzednio zawarte porozumienia, sprzeczne z utrwaloną praktyką państw i utrwalonymi poglądami doktryny prawa międzynarodowego. Sztandarowym przykładem takiego działania jest uchwała (nr 55) PiS-owskiego rządu z 18 kwietnia 2023 r., stanowiąca próbę „zabetonowania” hucpy politycznej, jaka znalazła wyraz w „kampanii reparacyjnej”.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Zob. J. Barcz, *Odszkodowania wojenne od Niemiec dla Polski po upływie 70 lat od zakończenia II wojny światowej w świetle prawa międzynarodowego*, 11 Państwo i Prawo 18 (2017), s. 23.

⁶⁰ W. Czapliński, *supra* note 35.

⁶¹ J. Barcz, K. Ruchniewicz, *Akt symboliczny. Świadczenia z Niemiec dla ofiar zbrodni nazistowskich w Polsce. Formuła „pragmatyczna” w świetle porozumień z lat 1991 i 2000*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2023, <https://repozytorium.kozminski.edu.pl/pub/7163> (dostęp 11 lipca 2024); J. Barcz, K. Ruchniewicz, *Wybór dokumentów. Akt Symboliczny. Świadczenia z Niemiec dla ofiar zbrodni nazistowskich w Polsce. Formuła „pragmatyczna” w świetle porozumień z lat 1991 i 2000*, Wydawnictwo Centrum Studiów Niemieckich i Europejskich im. Willy’ego Brandta Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław: 2022, <https://repozytorium.kozminski.edu.pl/pub/7062> (dostęp 11 lipca 2024).

Tragedia Polski podczas II wojny światowej, zbrodnie nazistowskie popełnione wobec Polski i obywateli polskich, świadomość historyczna w tych sprawach w stosunkach polsko-niemieckich, to kwestie najwyższej wagi. Nie powinno się w tak poważnych sprawach wystawiać na szwank prestiżu państwa i lekceważyć żyjące jeszcze ofiary zbrodni nazistowskich⁶².

Władysław Czapliński w sposób precyzyjny obnaża ignorancję i manipulacje promotorów „kampanii reparacyjnej”, konstatując gorzko: *ignorancja iuris gentium nocet*, pół biedy, że promotorom „kampanii”, gorzej, że Państwu Polskiemu⁶³.

⁶² *Objaśnienie 11, supra* note 11.

⁶³ W. Czapliński, *supra* note 31.

MIEDZY DYSONANSEM A EUFONIA – O SILE JEDNOŚCI SYSTEMU PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO W KONTEKŚCIE JEGO FRAGMENTACJI

1. WSTĘP – OD EUFONII W OPERZE I OPERETCE DO SYSTEMU PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

Wieloaspektowo postrzegana kategoria fragmentacji prawa międzynarodowego jest jednym z tych zagadnień, które kształtując oddziałuje na międzynarodowy porządek prawny i jego rozwój. Ewokuje mnogość wielokontekstowych i złożonych problemów badawczych sprawia, że mierzenie się z nimi na naukowym gruncie stanowi nie tylko swoiste wyzwanie, ale wywołując w dyskursie naukowym skrajnie różne – często przeciwstawne – oceny, rozwija także i naukę. Nie bez powodu bowiem, ukazując wagę i znaczenie analizowanej kategorii wskazuje się, że z jednej strony przed fragmentacją prawa międzynarodowego nie ma ucieczki¹, z drugiej zaś, że stanowi ona – wraz z konstytucjonalizacją i wertykalizacją – „świętą trójcę” międzynarodowej debaty początku XXI w.²

Fragmentacja prawa międzynarodowego – będąc w swej istocie dość wymagającą i złożoną kategorią badawczą – stanowić może punkt odniesienia nie tylko dla analiz poświęconych systemowości prawa międzynarodowego jako takiego, ale także dla licznych zagadnień szczegółowych, przywoływanych w jej kontekście. Można nawet zaryzykować twierdzenie, że w kategorii fragmentacji – niczym w soczewce – skupiają się ważne współcześnie zjawiska, determinujące charakter systemu prawa międzynarodowego. Rozszerzając zakres porównań sięgnąć można także na grunt innej – na pozór mało oczywistej, choć ryzykownej alegorii – za swoisty kontrapunkt³ myślenia

¹ M. Koskeniemi, *Hierarchy in International Law: A Sketch*, 8(4) The European Journal of International Law 566 (1997), s. 579.

² J. Klabbers, *Setting the Scene*, w: J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein (red.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2009, s. 1.

³ Por. E. Łętowska, K. Pawłowski, *O operze i o prawie*, Wolters Kluwer, Warszawa: 2014.

* Ewelina Cała-Wacinkiewicz – profesor nauk prawnych na Uniwersytecie Szczecińskim. ORCID: 0000-0002-5439-4653.

o systemie prawa międzynarodowego przyjmując operę i operetkę, skrywając za tym zabiegiem dwojakiego rodzaju powody. Pierwszym jest rozwikłanie kwestii na ile im właściwej swoistej eufonii – harmonijnego współbrzmienia dźwięków⁴ – doszukać się można również i w systemowym charakterze prawa międzynarodowego, na ile zaś charakterowi tego prawa bliżej do – z założenia zakłócającego harmonię – dysonansu? Jeśli wziąć bowiem pod uwagę, że – w przeciwieństwie do prawa krajowego – prawo międzynarodowe pierwotnie nie było konstruowane na podstawie systemowych założeń⁵, a owa systemowość stanowi raczej konsekwencję rozwoju tego porządku prawnego, aniżeli jego pierwotne środowisko, to kwestia eufonii i dysonansu nabiera szczególnego znaczenia także na naukowym gruncie. Drugim – ważniejszym, jeśliby dokonać swoistej gradacji – powodem zastosowania owej alegorii jest chęć oddania naukowego hołdu Profesorowi Władysławowi Czaplińskiemu, którego badania stanowią inspirację dla kolejnych pokoleń prawników, w tym również prawników internacjonalistów, a który swoje życiowe pasje dzieli między naukę a operę i operetkę. W pogłębionej warstwie analiz Jubilata, mających za przedmiot prawo międzynarodowe *in genere*, można zatem poszukiwać także i pewnych refleksów pasji muzycznej.

Prowadząc szeroko zarysowane rozważania Władysław Czapliński kierunkuje uwagę nie tylko w stronę zagadnień społecznie doniosłych⁶, ale także i takich, których szczególnie praktyczny wymiar jest nie do podważenia⁷. Zgłębiając liczne opracowania Jubilata odnoszące się do rudymenarnych kategorii prawa międzynarodowego⁸,

⁴ Rodowód słowa „eufonia” wiązany jest ze starożytną greką, na gruncie której oznaczało ładny, dobry głos, dźwięczność tonu czy harmonię. W sensie najbardziej ogólnym eufonię można określić jako zdolność współbrzmienia do zwracania na siebie uwagi swą samowystarczającą atrakcyjnością. Jednym z jej atrybutów może być pełnia (harmoniczne bogactwo) współbrzmienia. Zob. L. Akopian (Hakobian), *Eufonia i parafonia jako kategorie teoretyczno-muzyczne*, 11 Teoria Muzyki 11 (2017), s. 12. W nawiązaniu do powyższego, w muzyce eufonia to zgodność tonów. Zob. W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa: 1960, s. 769.

⁵ Zob. podobnie: A. Lindroos, *Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System: The Doctrine of Lex Specialis*, 74(1) Nordic Journal of International Law 27 (2005), s. 30.

⁶ W. Czapliński, *Zasada niedyskryminacji/równego traktowania w prawie wspólnotowym*, w: B. Mielnik (red.), *Status prawny obywatela RP po przystąpieniu do Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław: 2005, s. 29–46; W. Czapliński, *Odpowiedzialność państwa za naruszenie praw człowieka*, w: C. Mik (red.), *Prawa człowieka w XXI wieku: wyzwania dla ochrony prawnej*, Wydawnictwo TNOiK „Dom Organizatora”, Toruń: 2005, s. 93–113; W. Czapliński, *Sprawa Tanji Kreil: czyli o roli kobiet w relacjach prawa europejskiego do krajowego*, w: M. Kruk, J. Trzciniński, J. Wawrzyniak (red.), *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna – prawo – praktyka. Prace dedykowane Profesorowi Wojciechowi Sokolewiczowi na siedemdziesiątce urodzin*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa: 2002, s. 453–461.

⁷ Już tylko przykładowo warto wskazać: W. Czapliński, *Samostanowienie – secesja – uznanie (Uwagi na tle inkorporacji Krymu do Federacji Rosyjskiej)*, w: J. Menkes, E. Cała-Wacinkiewicz (red.), *Państwo i terytorium w prawie międzynarodowym*, C.H. Beck, Warszawa: 2015, s. 231–249; W. Czapliński, *Zmiany terytorialne w Europie Środkowej i Wschodniej i ich skutki międzynarodowoprawne (1990–1992)*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 1997; W. Czapliński, *Reforma ONZ – zasady użycia siły w stosunkach międzynarodowych*, w: J. Symonides (red.), *Organizacja Narodów Zjednoczonych: bilans i perspektywy*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2006, s. 672–688.

⁸ W. Czapliński, *Ius cogens and the Law of Treaties*, w: C. Tomuschat, J.M. Thouvenin (red.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Brill, Leiden–Boston: 2006, s. 83–97; W. Czapliński, *Multiplikacja sądów międzynarodowych – szansa czy zagrożenie dla jednoci*

warunkowanych teoretyczną solidną podbudową, za szczególnie doniosłe uznać należy te, w których przedmiotem naukowego poznania uczynił on konsekwentnie – pośrednio bądź bezpośrednio – rozwijaną myśl o jedności systemu prawa międzynarodowego. Rekonstrukcja owej myśli – wpisanej w ramy systemowości prawa międzynarodowego – z często złożonych konstrukcji myślowych Jubilata, ma istotne znaczenie z perspektywy obranego celu niniejszego opracowania. Jest nim próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, w którym *implicite* zawarto przypuszczenie, że to właściwa operze i operetce eufonia – nie zaś jej przeciwstawny dysonans – zobrazować może systemowy charakter prawa międzynarodowego i jego jedność. Czy opierając się na naukowym dorobku Władysława Czaplińskiego możliwe jest zatem wyrowadzenie wskazanej myśli, jeśli zderzyć ją z fragmentacją prawa międzynarodowego, ujmowaną nie tylko jako współczesne zjawisko, ale także jako stan i pewien proces?

Ocena przedmiotowego zagadnienia stanowi część debaty o takim czy innym charakterze prawa międzynarodowego, będąc również swoistym polem bitwy o podstawowe wartości w prawie tym zakodowane. Jeśli bowiem uznać, że fragmentacja prawa międzynarodowego zagraża jego systemowej jedności, to skutkiem wykazania prawdziwości takiego twierdzenia jest wniosek co do zagrożonej przyszłości międzynarodowego porządku prawnego i jednoczesna słuszność poglądu D.H. Joynera oraz M. Rosciniego, że ewoluuje on w rozbudowaną, ale jednak fragmentaryczną strukturę⁹. Charakter owej struktury wyraziście egzemplifikują B. Simma oraz D. Pulkowski, ukazując ją jako wszechświat i planety¹⁰, czy jak widzi to J. Pauwelyn jako wszechświat i połączone wyspy¹¹, a w nieco zmodyfikowanej formule planet, komet i galaktyki również i V.P. Tzevelekos¹². Barwne spostrzeżenie wyraził także C. Mik, który używając biologicznego porównania do rozmnażania (strobilizacji) krążkopławów, mówi o odrywaniu się reżimów czy podsystemów od ogólnych reguł tego prawa¹³. Czy zatem fragmentacja prawa międzynarodowego godzi w jedność tego prawa, poprzez funkcjonowanie w jego obrębie wielu pomniejszych zbiorów norm prawnych, czy też raczej jest tak, że obiektywnie odzwierciedla ona proces ewolucji

prawa międzynarodowego, w: J. Kolasa, A. Kozłowski (red.), *Rozwój prawa międzynarodowego – jedność czy fragmentacja?*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław: 2007, s. 77–130; W. Czapliński, *Zasady ogólne prawa międzynarodowego*, w: J. Symonides, D. Pyć (red.), *Wielka encyklopedia prawa*. T. 4 *Prawo międzynarodowe i publiczne*, Fundacja Ubi Societas Ibi Ius, Warszawa: 2014, s. 596–597.

⁹ D.H. Joyner, M. Roscini, *Introduction*, w: D.H. Joyner, M. Roscini (red.), *Non-proliferation Law as a Special Regime. A Contribution to Fragmentation Theory in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge: 2012, s. 1.

¹⁰ B. Simma, D. Pulkowski, *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, 17(3) *The European Journal of International Law* 483 (2006), s. 504–505.

¹¹ J. Pauwelyn, *Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands*, 25(4) *Michigan Journal of International Law* 903 (2004), s. 903–916.

¹² V.P. Tzevelekos, *The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT in the Case Law of the ECtHR: An Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology? Between Evolution and Systemic Integration*, 31(3), *Michigan Journal of International Law* 621 (2010), s. 629.

¹³ C. Mik, *Lex generalis w prawie międzynarodowym*, w: B. Krzan (red.), *Ubi Ius Ibi Remedium. Księga dedykowana pamięci Profesora Jana Kolasy*, C.H. Beck, Warszawa: 2016, s. 413.

prawa międzynarodowego, tj. przejścia z jednego poziomu jakościowej systematyzacji norm prawnych na drugi?

Rozstrzygnięcie wskazanej kwestii możliwe będzie poprzez zastosowanie metody analitycznej, ukierunkowanej powyżej sformułowanymi problemami, przy założeniu, że optyka badawcza skupiona zostanie na fragmentacji prawa międzynarodowego *a priori* ujmowanej jednak jako intrasystemowe zjawisko. Założenie to wyznaczy zatem nie tylko zakres prowadzonych badań, ale nade wszystko stanowiąc swoiste tło – poprzez naniesienie na nie zakodowanej w eufonii potrzeby harmonijnego współbrzmienia dźwięków – umożliwi ukazanie systemowej całości prawa międzynarodowego, wyznaczonej twierdzeniami Jubilata.

2. FRAGMENTACJA PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO – OD DYSONANSU DO EUFONII W RAPORTACH KOMISJI PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

Jakiegokolwiek ustalenia w przedmiocie istoty fragmentacji prawa międzynarodowego¹⁴ nie mogą pomijać stanowiska Komisji Prawa Międzynarodowego, włączając w to przede wszystkim prace jej Grupy Badawczej¹⁵, poświęcone temu zagadnieniu. Taka optyka wynika głównie z dwóch powodów. Pierwszy jest dość oczywisty i stanowi pochodną niekwestionowanego autorytetu naukowego tego gremium i jego kształtującego pojmowanie fundamentalnych kategorii prawa międzynarodowego oddziaływania. Drugi zaś – być może nieco zaskakujący – to fakt, że do powstania doktrynalnego sporu o istotę fragmentacji prawa międzynarodowego dość istotnie

¹⁴ Na ten temat szerzej: E. Cała-Wacinkiewicz, *Fragmentacja prawa międzynarodowego*, C.H. Beck, Warszawa: 2018. Niniejsze opracowanie w części dotyczącej fragmentacji stanowi pochodną przemyśleń zawartych w monografii.

¹⁵ Wskazując chronologicznie przyjęte przez Grupę Badawczą Komisji Prawa Międzynarodowego raporty poświęcone fragmentacji prawa międzynarodowego (dalej jako raporty Grupy Badawczej Komisji Prawa Międzynarodowego), przywołać należy:

1. Report of the Study Group on Fragmentation of International Law, 1 August 2002, A/CN.4/L.628;
2. Report of the Study Group on Fragmentation of International law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 18 July 2003, A/CN.4/L.644;
3. Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 28 July 2004, A/CN.4/L.663/Rev.1;
4. Report of the Study Group on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 29 July 2005 A/CN.4/L.676;
5. Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, finalized by Martti Koskenniemi, 13 April 2006 A/CN.4/L.682 (dalej jako Raport Grupy Badawczej Komisji Prawa Międzynarodowego z 2006 r.). Do Raportu dołączono: Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law (A/61/10), para. 251. Przedmiotowe Konkluzje ujęte także zostały w Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 18 July 2006, A/CN.4/L.702.

przyczyniła się sama Komisja Prawa Międzynarodowego, wychodząc od dwóch przeciwnych poglądów, na trwałe dzielących przedstawicieli nauki w zajmowanych przez nich stanowiskach.

Punkt wyjścia ku temu spostrzeżeniu stanowił Raport Komisji Prawa Międzynarodowego z 2000 r. i wyrażony w nim pogląd G. Hafnera¹⁶, zgodnie z którym – sumując – fragmentacja to proces, prowadzący do erozji prawa międzynarodowego, głównie ze względu na fakt, że tzw. częściowe systemy powodują ryzyko powstania wzajemnie wykluczających się zobowiązań poszczególnych państw. W jego pejoratywnym ujęciu, fragmentacja może zagrażać nie tylko stabilności prawa międzynarodowego, ale także jego spójności¹⁷. Pewna „odwilż” w zakresie postrzegania fragmentacji prawa międzynarodowego potwierdzona została Raportem Grupy Badawczej Komisji Prawa Międzynarodowego z 2006 r., zamykającym prace Komisji w tym obszarze, a przygotowanym pod przewodnictwem M. Koskenniemi. W Raporcie tym nie tylko złagodzone wcześniejsze ustalenia G. Hafnera, ale przede wszystkim dopuszczono stymulującą funkcję fragmentacji względem rozwoju międzynarodowego porządku prawnego, dopatrując się – co szczególnie cenne – jej pozytywnych aspektów¹⁸.

Raport Grupy Badawczej Komisji Prawa Międzynarodowego z 2006 r. – mimo wielu poznawczych walorów i odmiennego światła rzuconego na zjawisko fragmentacji jako takiej – nie może zostać przyjęty bezkrytycznie. Choć wywołał ożywioną dyskusję na naukowym gruncie, to jednak ciężar zdefiniowania pojęcia fragmentacji prawa międzynarodowego przerzucił na doktrynę ze wszystkimi skutkami z tego wynikającymi. W Raporcie bowiem – co istotne – nastąpiło zdecydowane przesunięcie akcentów. W miejsce określenia istoty fragmentacji prawa międzynarodowego, w tym sposobu jej pojmowania, opisanych zostało szereg pojęć i zjawisk z nią związanych (pojawiających się w jej kontekście). Można zatem stwierdzić, że Grupa Badawcza niemal całkowicie zaniechała rozważań o pojęciu fragmentacji prawa międzynarodowego, zastępując je pogłębionymi analizami kategorii, do których może być ono odnoszone. Rozważania *de re* zbyt stanowczo wyparły rozważania *de nomine*, a próby zbyt szerokiego ujmowania pojęcia fragmentacji prawa międzynarodowego przyczyniły się do tego, że jego zakresem mylnie obejmuje się wszelkie przekształcenia systemu prawa międzynarodowego. Egzemplifikując powyższe, już tylko na gruncie Konkluzji do Raportu Grupy Badawczej Komisji Prawa Międzynarodowego z 2006 r., stanowiących kwintesencję prac nad analizowanym zagadnieniem, termin „fragmentacja” z wyjątkiem tytułu dokumentu (Conclusions of the work of the Study Group on

¹⁶ Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session 1 May – 9 June and 10 July – 18 August 2000, A/55/10. Do Raportu dołączono Annex No. 5: G. Hafner, *Risks Ensuing from Fragmentation of International Law*, 2(2) Yearbook of the International Law Commission (2000).

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Zob.* Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, finalized by Martti Koskenniemi, 13 April 2006 A/CN.4/L.682; Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Yearbook of the International Law Commission (2006).

the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law) nie pojawił się w jego treści ani razu. Wbrew oczekiwaniom przyjęto bowiem odwrócony schemat analiz Komisji, odnosząc się we wskazanych Konkluzjach jedynie do problematyki *lex specialis, self-contained regimes*, znaczenia i funkcji ogólnej reguły interpretacji z art. 31 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 23 maja 1969 r.¹⁹, (w tym uszczegóławiając postanowienia art. 31 ust. 3 lit. c Konwencji wyrażającego tzw. systemową integrację²⁰) oraz do konfliktu norm prawnych.

Obiektywna potrzeba krytycznej refleksji nad zjawiskiem oraz świadomość naukowych korzyści z dyskusji nie zastąpią próby zdefiniowania pojęcia fragmentacji prawa międzynarodowego. Odnosząc się do relacji pomiędzy całością a częścią, fragmentacja prawa międzynarodowego *sensu stricto* winna być rozumiana jako zjawisko, którego istotą jest wewnętrzny podział systemu prawa międzynarodowego na zróżnicowane w swej prawnej istocie wyodrębnione zespoły norm prawnych, jakimi są działy. Zakodowany w – składających się na nie – sektorowych instytucjach prawnych „tryb autonomiczny” wpływać może na odrębność normatywną działów, które, mając status wyodrębnionych części całości, posiadają tę właściwość, że zdolne są do względnie samodzielnego funkcjonowania w obrębie systemu prawa międzynarodowego, jednocześnie na system ten oddziałując. Efektem tak rozumianej fragmentacji jest rozdrobnienie (rozcłonkowanie), sprowadzające się do funkcjonowania w obrębie prawa międzynarodowego wielu pomniejszych zespołów norm prawnych – porządków normatywnych (takich jak, na przykład, międzynarodowe prawo karne, międzynarodowe prawo środowiska czy międzynarodowe prawo gospodarcze), w konsekwencji mogące prowadzić do rozpadu tego prawa²¹. Ze względu jednak na dość ograniczony zakres przedmiotowych rozważań podkreślić należy, że nie tyle rzecz jest w odwzorowujących poziome porządkowanie systemu prawa międzynarodowego działach tego prawa, ile w skali zjawiska i w „trybie autonomicznym”, zakodowanym w – składających się na poszczególne działy – instytucjach sektorowych. To w nich należy upatrywać zagrożenia jedności systemu prawa międzynarodowego.

Ewolucja – odzwierciedlona w raportach Komisji Prawa Międzynarodowego – przestrzegania kategorii systemu prawa międzynarodowego i jego fragmentacji, wpisuje się w analizy poświęcone dysonansowi i eufonii. Komisja wyszła bowiem od – korygującego się jednoznacznie ze zniszczeniem – zagrożenia rozpadem systemu prawa

¹⁹ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów (uchwalona 22 maja 1969 r., weszła w życie 27 stycznia 1980 r.) [1990] Dz.U. Nr 74, poz. 439, załącznik.

²⁰ Na ten temat zob. szerzej C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention*, 54(2) *International and Comparative Law Quarterly* 279 (2005), s. 279–320; B. McGrady, *Fragmentation of International Law or „Systemic Integration” of Treaty Regimes: EC-Biotech Products and the Proper Interpretation of Article 31(3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, 42(4) *Journal of World Trade* 589 (2008), s. 589–618.

²¹ E. Cała-Wacinkiewicz, *supra* note 14, s. 422–423.

międzynarodowego, po to, by w jego kontekście ukazać nie tylko siłę owego systemu, ale także jego zabezpieczenia przed destrukcją.

3. JEDNOŚĆ SYSTEMU PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO I JEGO ZABEZPIECZENIA W ROZWAŻANIACH PROFESORA WŁADYSŁAWA CZAPLIŃSKIEGO

Rekonstruuując postrzeganie przez Władysława Czaplińskiego kategorii systemu prawa międzynarodowego i jego jedności, nie sposób w pierwszej kolejności nie sięgnąć na grunt współautorskiego – wspólnie z Anną Wyrozumską – opracowania podręcznikowego, zatytułowanego *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*²². Warto jest ono analizy nie tylko z powodu szczególnego waloru poznawczego oraz znaczenia w procesie kształcenia wielu pokoleń prawników, ale przede wszystkim ze względu na swoiste potwierdzenie uprzednio wyrażonego przekonania o pasji, jaką nieprzerwanie dla Jubilata pozostaje prawo międzynarodowe *in extenso*. Już bowiem we Wstępie tegoż opracowania znaleźć można zapewnienie o niezmienności fascynacji prawem międzynarodowym jako domeną badań naukowych oraz jednocześnie wyrażone przekonanie o jedności systemu tej dziedziny prawa²³, co nieprzypadkowo – jak należy przypuszczać – poprzedza jakiejkolwiek analizy o merytorycznym charakterze.

Wyrażona konstatacja nie tylko konsekwentnie przenika budowane od ogółu do szczegółu rozważania Władysława Czaplińskiego, ale nade wszystko daje się ująć w ramy swoistej myśli przewodniej, mimo że pogląd o jedności systemu prawa międzynarodowego (zwłaszcza w kontekście jego fragmentacji) doktrynalnie nie zawsze przyjmowany jest bezkrytycznie²⁴. Konsekwencją powyższego staje się niejako naturalne ujmowanie prawa międzynarodowego jako systemu norm regulujących wzajemne stosunki pomiędzy podmiotami tego prawa, który to system opiera się na kilku zasadniczych normach, mających charakter zasad prawa: suwerenności państw, zakazie stosowania siły, pokojowym rozstrzyganiu sporów międzynarodowych, mocy wiążącej zobowiązań międzynarodowych, a także na poszanowaniu podstawowych praw

²² W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa: 2014, s. 11.

²³ *Wstęp do trzeciego wydania*, w: W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa: 2014, s. V–XIV.

²⁴ I tak np. A. Jakubowski oraz K. Wierczyńska wskazują, że „fragmentation basically refers to the profound systemic rupture in the structure of international law, reflected in the lack of well-developed and established hierarchies or other techniques to deal with normative conflicts and tensions between general international law norms and its specialized regimes, as well as between those regimes *inter se*”. Zob. A. Jakubowski, K. Wierczyńska, *Introduction*, w: A. Jakubowski, K. Wierczyńska (red.), *Fragmentation vs the Constitutionalisation of International Law. A Practical Inquiry*, Routledge, London: 2016, s. 1. Podobnie M. Craven, *Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law*, 14 Finnish Yearbook of International Law 3 (2003), s. 3.

człowieka²⁵. Idąc dalej tym tokiem, jeśli normy prawa międzynarodowego stanowią pewien system, to stosuje się do niego teoretyczny postulat niesprzeczności i zupełności, na co w kolejnej publikacji *Sędzia krajowy wobec prawa międzynarodowego*, jednoznacznie zwracają uwagę współautorzy powyższego opracowania²⁶. Jubilat nie poprzestaje jednak na przedmiotowym stwierdzeniu i w kolejnej publikacji, zatytułowanej *Zasady ogólne prawa międzynarodowego*, dostrzega konieczność oparcia prawa międzynarodowego na bardziej sformalizowanych zasadach²⁷, sięgając w tym celu na grunt rozważań poświęconych zjawisku konstytucjonalizacji. Nie kierunkuje jednak sposobu myślenia w stronę konstytucji w znaczeniu formalnym, jak symplifikująco zwykło się czynić w piśmiennictwie. Swoje analizy silnie zakorzenia w kategorii systemowości prawa międzynarodowego, zwracając uwagę na konieczność

wykształcenia się pewnych norm o charakterze porządkującym system, określających wzajemny stosunek jego poszczególnych elementów oraz strukturę władzy (w tym kompetencji stanowienia prawa). Jedność systemu opierałaby się na hierarchii norm z wiodącym znaczeniem Karty Narodów Zjednoczonych²⁸.

Potrzeba porządkowania systemu prawa międzynarodowego nabiera szczególnej doniosłości w kontekście zauważalnej przez Władysława Czaplińskiego – wspólnie z Anną Wyrozumską – tendencji, stanowiącej pewne *signum temporis* współczesnego prawa międzynarodowego. Jak ujmują ją autorzy, wciąż nowe dziedziny obejmowane są przez normy międzynarodowe, a tej ekspansji normatywnej towarzyszy tendencja do posługiwania się w poszczególnych dziedzinach własnymi zasadami, aparatem metodologicznym i pojęciowym, a także własnymi odrębnymi rozwiązaniami instytucjonalnymi i proceduralnymi, co musi prowadzić do konfliktów²⁹ nie tylko pomiędzy poszczególnymi normami czy przepisami umów, ale całymi instytucjami i dziedzinami regulowanymi przez normy³⁰.

Kontynuacja myśli, dotyczącej „ekspansji normatywnej”, podjęta została w kolejnym opracowaniu Władysława Czaplińskiego, w którym odniósł się on do problematyki multiplikacji (prolifracji) sądów międzynarodowych (*Multiplikacja sądów międzynarodowych – szansa czy zagrożenie dla jedności prawa międzynarodowego*³¹). Wychodząc od pytania – czy zwiększająca się liczba sądów międzynarodowych wpływa na jednolitość prawa międzynarodowego, czy jedność ta jest w jakikolwiek sposób zagrożona, czy też nie wiąże się z tym żadne niebezpieczeństwo dla systemu

²⁵ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *supra* note 22, s. 11 oraz W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Sędzia krajowy wobec prawa międzynarodowego*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa: 2001, s. 15.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ W. Czapliński, *supra* note 8, s. 597.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Szerzej na ten temat Jubilat pisał, jako współautor, *zob.* W. Czapliński, G. Danilenko, *Conflicts of Norms in International Law*, 21 Netherlands Yearbook of International Law 3 (1990), s. 3–42.

³⁰ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *supra* note 22, s. 18.

³¹ W. Czapliński, *supra* note 8.

prawa³² – Jubilat wnikliwie przeanalizował system sądownictwa międzynarodowego. Prowadzone badania doprowadziły go do ważkiego naukowo spostrzeżenia, co do spójności orzecznictwa organów sądowych.

Co ważniejsze jednak, mimo dostrzeżenia możliwości tworzenia przez systemy sądowe (rozumiane jako instrumenty prawne stanowiące podstawę działania sądów międzynarodowych) reżimów zamkniętych przesądził on jednoznacznie, że byłoby to możliwe tylko wtedy, gdyby nie odwoływały się one w swym orzecznictwie do powszechnego prawa międzynarodowego³³. Odesłanie do wskazanej kategorii dowodzi nie tylko tego, że Władysław Czapliński całościowo postrzega prawo międzynarodowe, w kolejnych swoich publikacjach afirmując jego systemową naturę, ale przede wszystkim, że dostrzegając współczesne przekształcenia wewnątrzsystemowe wciąż analizuje czy „poszczególne dziedziny regulowane przez normy szczegółowe doprowadziły już do wykształcenia się i utrwalenia odrębności między nimi, czy też w dalszym ciągu stanowią one części tego samego systemu”³⁴. Odwołania do powszechnego prawa międzynarodowego mają niebagatelne znaczenie, zwłaszcza w kontekście fragmentacji tego prawa. Władysław Czapliński nie pozostawia wątpliwości, że tym co zabezpiecza system prawa międzynarodowego przed rozpadem, będąc swoistą klamrą spinającą poszczególne elementy szczegółowe, jest właśnie powszechne prawo międzynarodowe³⁵. Istnienie pewnej części wspólnej o ogólnym charakterze, właściwej prawu międzynarodowemu, dającej się stosować w poszczególnych częściach składowych systemu, jest niczym innym jak pewną siłą dośrodkową, spajającą poszczególne składowe w całość.

Co ciekawe i warte podkreślenia zarazem, Władysław Czapliński odrębny nurt swoich badań poświęcił normom bezwzględnie obowiązującym (*ius cogens*)³⁶, nie tylko analizując ich prawny charakter, ale także ukazując je jako swoiste zabezpieczenie systemowe, niepozwalające na zdeintegrowanie systemu, a zatem na jego podział na wiele systemów prawnych³⁷. Jubilat w opracowaniu zatytułowanym *Is There a Space for Jus Cogens in Present International Law? Remarks in the Context of a Ban on the Use of Force*³⁸, odniósł się bezpośrednio do fragmentacji prawa międzynarodowego, kategorii powszechnego prawa międzynarodowego i norm *ius cogens*, podkreślając – w kontekście badanego orzecznictwa MTS – że normy te muszą mieć jednakową moc

³² *Ibidem*, s. 77.

³³ *Ibidem*, s. 130.

³⁴ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *supra* note 22, s. 7.

³⁵ *Ibidem*, s. 7–8.

³⁶ W. Czapliński, *Concepts of ius cogens and Obligations erga omnes in International Law in the Light of Recent Developments*, 23 Polish Yearbook of International Law 87 (1998), s. 87–97; W. Czapliński, *Jus Cogens, obligations Erga Omnes and International Criminal Responsibility*, w: J. Doria, H.-P. Gasser, M. Cherif Bassiouni (red.), *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blisshchenko*, Brill, Leiden: 2009, s. 401–420; W. Czapliński, *Is There a Space for Jus Cogens in Present International Law? Remarks in the Context of a Ban on the Use of Force*, 11(2) Polish Review International and European Law 149 (2022), s. 149–171.

³⁷ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *supra* note 22, s. 21.

³⁸ W. Czapliński, *Is There a Space*, *supra* note 36, s. 155.

wobec wszystkich członków społeczności międzynarodowej³⁹. Co ważniejsze jednak w analizowanym kontekście, przesądzając wpisał normy bezwzględnie obowiązujące w powszechne prawo międzynarodowe, potwierdzając ich systemowe powiązania.

4. PODSUMOWANIE – EUFONIA SYSTEMU PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

Systemowi prawa międzynarodowego – w myśli Profesora Władysława Czaplińskiego – z pewnością bliżej do właściwej operze i operetce eufonii, niż do jej przeciwnego dysonansu. I choć przedmiotowa alegoria może zostać uznana za zbyt ryzykowną, a i nawet śmiałą, to jej celowość sprowadza się do ukazania odbicia refleksów muzycznej pasji Jubilata w jego harmonijnie współbrzmiących twierdzeniach. Dostrzegalna eufonia może zostać zatem odniesiona nie tylko do systemowej natury prawa międzynarodowego, którego jedność – rozpisując na wiele naukowych nut – Władysław Czapliński wielokontekstowo analizuje, ale także i do Jego publikacji, stanowiących niekwestionowany wkład do światowej⁴⁰ i polskiej nauki.

Pamiętając, że jedność systemu prawa międzynarodowego stanowi płaszczyznę styczną dla konstytutywnych cech warunkujących istnienie tegoż systemu, to fragmentacja prawa międzynarodowego, będąc intrasystemowym zjawiskiem, zachodzi w jego części szczegółowej. Tym samym nie narusza norm prawnych – instytucji, zasad czy reguł – składających się na powszechne prawo międzynarodowe, które niczym kłamra – jak określił to Jubilat – spina system prawa międzynarodowego. Do jego jedności ze szczególną naukową troską podchodzi Jubilat, bo przywołując za H. Grotiusem – wszystko staje się niepewne z chwilą, gdy odstępujemy od prawa⁴¹.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Na badania Jubilata nie bez powodu powołuje się Komisja Prawa Międzynarodowego. *Zob.* już tylko przykładowo: Fourth report of the International Law Commission on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, 31 January 2019, A/CN.4/727.

⁴¹ H. Grotius, *O prawie wojny i pokoju*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa: 1957. Cytat ten zawarty został na okładce współautorskiego opracowania podręcznikowego W. Czapliński, A. Wyrozumski, *supra* note 22.

CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW: ITS STATUS AS LAW IN THE REPUBLIC OF CHINA ON TAIWAN

1. INTRODUCTION

Customary international law is a crucial component of the global legal process, governing several vital areas such as state immunity, human rights, state responsibility, state succession and international humanitarian law. It is also significant in domestic courts in areas where international treaty norms are non-binding, missing or obsolete.

Understanding the status of customary international law in a state's legal system is crucial for legal practitioners, judges and lawmakers to ensure that domestic law aligns with international obligations. This article explores the application of customary international law in Taiwan.¹ Before examining the constitutional basis for incorporating customary international law and other related questions and addressing its potential status in the legal system of the Republic of China (ROC), this article illustrates the application of customary international law in Poland in a domestic context.²

¹ For a detailed introduction to the status of international law in the law of the ROC on Taiwan, see H. Chiu, C. Chen, *The Status of Customary International Law, Treaties, Agreements and Semi-official or Unofficial Agreements in Law of the Republic of China on Taiwan*, School of Law University of Maryland, Maryland, USA: 2008, <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1189&context=mscas> (accessed 14 September 2024). In this publication, the names the "Republic of China," the "Republic of China on Taiwan," "ROC (Taiwan)," "Taiwan," and "ROC" are used interchangeably, depending upon the context.

² For different state practices on the status of international law in the domestic legal system, see R. Jennings, A. Watts, *Oppenheim's International Law*, Vol. 1 *Introduction*, Part 1, Longmans Group UK Limited, Harlow, Essex: 1992, p. 63–70; see also M. Leigh, M. R. Blakeslee (eds.), *National Treaty Law and Practice: France, Germany, India, Switzerland, Thailand, United Kingdom*, Washington, D.C., American Society of International Law: 1995; M. Leigh, M. R. Blakeslee, L. B. Ederington (eds.), *National Treaty Law and Practice: Austria, Chile, Colombia, Japan, the Netherlands, United States*, Washington, D.C., American Society of International Law: 1999; M. Leigh, M. R. Blakeslee, L. B. Ederington (eds.), *National Treaty Law and Practice: Canada, Egypt, Israel, Mexico, Russia, South Africa*, Washington, D.C., American Society of International Law: 2003; D. Shelton (ed.), *International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion*, Oxford, UK, Oxford University Press: 2011.

* Chun-i Chen – Distinguished Professor, National Chengchi University, Taipei, Taiwan. ORCID: 0000-0002-0141-7954.

2. DOMESTIC APPLICATION OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW: THE CASE OF POLAND

The domestic status of rules of customary international law differs from state to state. Although the constitutions of most countries indicate that customary international law can be applied within their jurisdictions, courts usually delve into the content of international law only when one of the parties in a case relies on it.³

Most national courts, when ascertaining customary international law, may not be able to fully judge according to Article 38(1)(b) of the Statute of the International Court of Justice. Instead, many countries use multilateral treaties, non-binding but authoritative resolutions or draft articles, doctrines and judgments of the International Court of Justice⁴, among other means, to ascertain and confirm the existence of customary international law.⁵

In the case of Poland, Article 9 of the 1997 Polish Constitution⁶ stipulates that Poland shall respect the international law binding upon it,⁷ without explicitly defining “international law”. Still, based on subsequent judicial practice, Article 9 of the 1997 Polish Constitution is often cited by Polish courts as an essential basis for the effectiveness of customary international law or other non-treaty sources of international law in Poland.⁸ According to scholars, Polish courts have a long history of citing customary international law in judicial cases.⁹ Most scholars believe that Article 9 of the Polish Constitution allows customary international law to be automatically incorporated into the Polish legal system. There are few practices under the 1997 Constitution regarding applying customary international law in Polish domestic courts. Scholars point out that a relatively important recent case is *Winicjusz Natoniewski v. the Federal Republic of Germany*, in which the Polish Supreme Court stated that the conditions for determining the existence of customary law are set out in Article 38 of the Statute of ICJ. It is necessary to consider Article 9 of the Polish Constitution to determine whether customary international law is binding in Poland and applicable in the case.¹⁰

As for the legal hierarchy of customary international law in Poland, scholars have yet to answer clearly. However, they believe that Article 9 of the Polish Constitution and the related judicial practice in the country can prove that Poland will try to

³ D. Shelton, *International Law in Domestic Systems*, in: K. Brown, D. Snyder (eds.), *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Springer, Dordrecht: 2012, p. 522.

⁴ Statute of the International Court of Justice [1945] 59 Stat 1031.

⁵ C.M.J. Ryngaert, D.W. Hora Siccama, *Ascertaining Customary International Law: An Inquiry into the Methods Used by Domestic Courts*, 65 *Netherlands International Law Review* (2018), p. 5.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Constitution of the Republic of Poland) [1997] Dz.U. No. 78, item. 483.

⁷ A. Wyrozumska, *Poland*, in: D. Shelton (ed.), *supra* note 2, p. 472.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, p. 486.

¹⁰ *Ibidem*, p. 488.

harmonise conflicts between domestic law and international law as much as possible.¹¹ Based on the above principles of interpretation, it can be inferred that if customary international law conflicts with Polish domestic law, the courts should prioritise the former. However, scholars have also mentioned that when Polish courts adopt a friendly interpretation of international law, they still pay attention to whether applying international law would result in lower protection of the rights of the parties involved in the case, in which case domestic law will be applied (the law with greater protection of rights).¹²

3. POSITION OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW IN TAIWAN

3.1. Constitutional basis

The Constitution of the Republic of China prescribes review processes for treaties in Article 38, Article 58 paragraph 2, Article 63 and Article 141. These articles oblige the government of the ROC to respect treaties. However, the Constitution does not explicitly define the meaning of treaties. Interpretation 329,¹³ issued by the Grand Justice Council of the Judicial Yuan in 1993, and Article 3 of the Conclusion of Treaties Act enacted in 2015¹⁴ defined the meaning of “treaty” in the ROC’s legal system. Unlike treaties, customary international law is not explicitly recognised in the Constitution of the Republic of China. While the Conclusion of Treaties Act mentions that treaties have the same legal force as domestic laws, no law explicitly states that customary international law is valid in the ROC’s internal law.

In 2002, the Grand Justice Council of the Judicial Yuan released Interpretation 549, according to which survivor allowance, insurance benefits and other related issues

¹¹ *Ibidem*, p. 472.

¹² *Ibidem*, p. 491–492.

¹³ Interpretation No. 329 of the Grand Justice Council of the Judicial Yuan (ROC Constitution Court) of 24 December 1993, explained, “within the Constitution, ‘treaty’ means an international agreement concluded between the ROC and other nations or international organizations whose title may apply to a treaty, Convention, or Agreement. Its content involves essential issues of the Nation or rights and duties of the people, and its legality is sustained. *See* Constitution Court ROC (Taiwan), Interpretation No. 329, <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&id=310510> (accessed 26 March 2024).

¹⁴ Article 3 of the Conclusion of Treaties Act stipulates that “treaty” means internationally written agreements that meet one of the following circumstances:

- (1) carry the designation of “treaty” or “convention”
- (2) contain a ratification, acceptance, approval or accession clause
- (3) involve people’s rights and obligations
- (4) involve national defence, foreign affairs, financial matters, economic interests or other issues of national interest
- (5) involve incoherence or changes to domestic laws.

Conclusion of Treaties Act, 1 June 2015, <https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=E0020021>.

should be examined and arranged based on the principles of this Interpretation, international labour conventions and the pension plan of the social security system. Some authors suggest that Interpretation 549 implies that customary international law holds the same weight as domestic law.¹⁵

3.2. Application authorised by statutes or administrative decrees

It is evident from legislative and administrative references that the rules of customary international law are included in the terms “public international law”, “international law” or “international custom.” Therefore, the courts and administrative agencies of the Republic of China are obligated to apply these rules whilst carrying out their functions. For instance, the 1937 Regulations Concerning Air Defence state that all persons must participate in air defence and that their assets may be requisitioned if necessary, subject to treaties and international law restrictions.¹⁶

Similarly, the 1945 Provisional Arrangements Governing Handling of Italian Nationals and Properties in China states that Italian nationals in Chinese territory shall be dealt with according to Chinese law and international customs.¹⁷

3.3. Application without authorisation

Is it permissible for a court of the Republic of China to apply a rule of customary international law without specific authorisation by a statute or an administrative decree? There is no legal prohibition against such an approach. In practice, the courts in the Republic of China sometimes use rules of customary international law to clarify the meaning of statutory provisions or to decide a question of jurisdiction. In this context, I examine cases and opinions in which the courts and judicial organs of the Republic of China have relied on rules of customary international law.

¹⁵ See Prof. Nigel N. T. Li, *Kuo-chi Jen-ch'üan Kung-yüeh yü Hsien-fa Chieh-shih: Hui-liu te Mo-shih, Kung-nêng chi T'ai-wan Shih-chien Lun-wên yü Tan-kao* [International Human Rights Conventions and Constitutional Interpretation: Convergence Models, Functions, and Taiwanese Practice – Papers and Discussions], in: *Ssü-fa Yüan Ta-fa Kuan 104 Nien-tu Hsüeh-shu Yen-t'ao Hui - Jen-ch'üan Kung-yüeh yü Wo-kuo Hsien-fa Chieh-shih* [Judicial Yuan Grand Justices 2015 Academic Conference on Human Rights Conventions and Constitutional Interpretation in ROC], 5 December 2015, Judicial Yuan Grand Justices Council, Yuan: 2015, p. 28.

¹⁶ The Air Defence Law, which was promulgated on 19 August 1937, amended on 12 May 1948 and repealed on 26 January 2005, states in Article 3: “Foreigners or stateless persons with domicile, residence or assets in the territory of the Republic of China [...] have the duty of participating in air defence. In case of necessity, their assets may be requisitioned, subject to restrictions imposed by treaties and *international law*.” Air Defence Law, in: Li-fa Yuan [Legislative Yuan], *Chung-hua Min-kuo fa-lu hui-pien* [Collection of Laws of the Republic of China], Secretariat of the Legislative Yuan, Taipei: 1958, p. 1136.

¹⁷ The 1945 Provisional Arrangements Governing Handling of Italian Nationals and Properties in China states that “2. Italian nationals in Chinese territory shall be dealt with by Chinese law and *international custom*.” See Shanghai Ch'u Ti-wei Ch'an-yeh Chu [Shanghai Area Enemy and Puppet Government Property Administration], *Chang-tse hui-pien* [Collection of Rules and Regulations], Shanghai Area Enemy and Puppet Government Property Administration, Shanghai: 1945, p. 53.

3.3.1. Court decisions

In 1921, a Chinese Manchuria court faced a dilemma. It had to decide whether to apply the laws of the defunct Russian Empire or the newly-formed Soviet state that China did not recognise. The court sought guidance from the Ta-li Yuan, the supreme judicial organ at the time. On 24 August 1921, Ta-li Yuan replied that since China did not recognise the Soviet state, its laws should not hold any legal validity in China.¹⁸ In this case, the Ta-li Yuan followed the rule of international law that a state shall not give effect to the legislative acts of an unrecognised state or government through its courts or other organs.¹⁹

In 1927, in the case of *Rizaeff Freres v. The Soviet Mercantile Fleet*, the defendant, as the successor of the former Russian Volunteer Fleet, was sued for breach of contract. The defendant claimed jurisdictional immunity as a Soviet state organ. The Provisional Court of Shanghai dismissed the case and ruled as follows:

As the question of jurisdiction has been raised, it has to be decided before considering other questions. The question of jurisdiction shall be settled by public international law. According to the custom of public international law, the state-owned navigation organ of a friendly country is not subject to the jurisdiction of this court. As the defendant is a state-owned navigation organ of the Union of Soviet Socialist Republics, it is clear that this court does not have the right to adjudicate this case.²⁰

In 1965, in the case of *Public Procurator v. Wang Min-yao and Sung Chen-wu*, the defendants were prosecuted for committing the offence of interfering with public function in the Embassy of the Republic of China in Seoul, Republic of Korea. One of the defendants, Wang Min-yao, argued that the offence was committed in Korea, a foreign territory outside the jurisdiction of the Republic of China. The District Court of Taipei rejected the argument and held that

although an embassy is located in a foreign country, it is not subject to the jurisdiction of the host country. It is still within the reach of Chinese law. This is the so-called “imaginary territory” [fictitious territory] in legal theory, and this is also a principle generally recognised by international law. As the place in which the defendant committed the offence was within the premises of the Chinese Embassy in Korea [...] there is no doubt that he should be subject to the jurisdiction of Chinese law.²¹

¹⁸ Tung-tzu No. 1589 Interpretation, in: Kuo Wei (ed.), *Ta-li Yuan chieh-shih li ch'uan-wen* [Complete text of the interpretations of the Ta-li Yuan], Secretariat of the Judicial Yuan, Taipei: 1930, p. 923–924.

¹⁹ See D.P. O'Connell, *International Law*, vol. 1, Stevens & Sons, London: 1970, p. 168–169, 175–180, 182–183.

²⁰ Civil Judgment No. 15 [1926]-4885, 3(6) China Law Review 101 (1927), p. 101–102.

²¹ Criminal Judgment No. 54 [1965], Shu-2107, 40 International Law Reports 56 (1965), p. 56–57. Article 7 of the Chinese Criminal Code provides that “this Code shall apply to an offence [...] which is committed by a citizen of the Republic of China beyond the territory of the Republic of China and for which the minimum basic punishment is imprisonment for not less than three years”. The defendants were prosecuted under Article 136 of the Criminal Code where the minimum basic punishment is imprisonment for one year;

Upon appeal, the Taiwan High Court dismissed the case because the Criminal Code of the Republic of China did not specify that an offence committed in the embassies or legations of the Republic of China abroad should be subject to the jurisdiction of the Republic of China.²² The Chief Procurator of the Supreme Court brought an extraordinary appeal in this case, again based on the “fictitious territory” theory of international law. However, this appeal was rejected by the Supreme Court, thus affirming the dismissal of the case.²³ However, the Supreme Court did not challenge the view of the District Court and the Chief Procurator of the Supreme Court that Chinese courts can apply customary international law.

In 2001, in the case of *Kao Lin Co. v. The Embassy of the Republic of Panama in the Republic of China*, the defendant was sued for reselling a Mercedes-Benz sedan to the plaintiff. In the default judgment, the Taipei District Court ruled that although Ambassador Jose Antonio Dominguez, who was the Head of the Mission of the Republic of Panama in the Republic of China, could claim jurisdictional immunity of the receiving state under Paragraph 1 of Article 31 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, the defendant in this case was the Embassy of Panama. The court then held that, according to customary international law, the jurisdictional immunity of a sovereign state is restrictive and that a diplomatic mission of a foreign state may not claim state immunity for *acta jure gestionis*.²⁴

Upon appeal, the Taiwan High Court upheld the case that “according to international practices and customs, a state or its representative organ may not claim jurisdictional immunity for *acta jure gestionis* (commercial activities)”.²⁵

3.3.2. Pronouncements of judicial organs

At the 1969 Term First Meeting of the General Conference of Civil-Criminal Divisions of the Supreme Court of the Republic of China, held on 25 August 1969, the Fourth Criminal Division of the Supreme Court submitted the following question to the Conference’s decision: Should an offence committed by our nationals within

therefore, the Court could not assume jurisdiction under Article 7. Unless the Court applied the customary international law rule of “fictitious territory”, it could not exercise jurisdiction over this case.

²² Criminal Judgment of the Taiwan High Court, 56 [1967] Shang-kang No. 2-118 and P’an No. 1738 (29 April 1967), in: H. Chiu, R.-J. Chen, J. C. T. Hsia (trans.), *Contemporary Practice and Judicial Decisions of the Republic of China Relating to International Law, 1982–1984*, 3 *Chinese Yearbook of International Law and Affairs* (1983), p. 204–207. For a study of this case, see H. Chiu, *Chung-kuo kuo-chi-fa lun-chi* [Essays on Chinese international law problems], The Commercial Press, Taipei: 1968, p. 48–55.

²³ Criminal Judgment of the Supreme Court, 58 [1969] T’ai-fei-tzu-129 (13 November 1969), 3 *Chinese Yearbook of International Law* (1969), p. 207–211.

²⁴ Civil Judgment 90 [2001], Shu-387 (Taipei District Court, 3 June 2003), 17 *Chung-kuo kuo-chi-fa yu kuo-chi-shih-wu nien-pao* [Chinese Yearbook of International Law and International Affairs] (2003), p. 937–982.

²⁵ Civil Judgment 92 [2003], Shang-yi-875 (Taiwan High Court, 17 February 2004), 17 *Chung-kuo kuo-chi-fa yu kuo-chi-shih-wu nien-pao* [Chinese Yearbook of International Law and International Affairs] 982 (2003), p. 982–988.

an embassy or consulate of our country abroad be considered an offence committed within our territory or without?

The question involves the interpretation of the term “territory of the Republic of China”, which appears in Article 3 of the Criminal Code of the Republic of China. The Fourth Criminal Division submitted three different theories for consideration at the Conference. All three theories refer to international law or the custom of international law to clarify the meaning of the term “territory of the Republic of China” in Article 3 of the Criminal Code of the Republic of China. For instance, Theory C, submitted by the Fourth Criminal Division, reads in part: “According to international law, the term ‘territory of the Republic of China,’ referred to in Article 3 of the Criminal Code, certainly consists of real territory as well as imaginary [*i.e.*, fictitious] territory. The former refers, for example, to our territorial land, territorial sea, and territorial airspace; and the latter refers, for example, to our vessels, [war]ships, and aircraft outside our territory, and the offices of our diplomatic envoys sent abroad”.²⁶

In 1994, Professor Hungdah Chiu, President of the International Law Association Chinese (Taiwan) Branch, sent the Judicial Yuan a questionnaire about international law practice in the municipal courts of the Republic of China. The Secretary-General of the Judicial Yuan responded to the letter, stating that they would provide their response based on the current legal system of the Republic of China. Their response to Question 10 of the questionnaire was as follows:

The court is bound by the Constitution, treaties (or agreements), laws (including the orders issued from the administrative authorities by authorization of statute), interpretations issued by the Council of Grand Justices of the Judicial Yuan, and the Supreme Court precedents. As to [the validity, content, scope, and manner of application of the international custom], the parties involved have the burden to prove them, and the court is also competent to initiate an investigation. As to general international law, the court can refer to the legal opinion of the International Court of Justice, other courts in the Republic of China, executive branches, and domestic and foreign scholars to ascertain what it is.²⁷

²⁶ The Conference adopted Theory C as the correct theory, 11(11) *Su-fa Yuan kung-pao* [Gazette of the Judicial Yuan] 30 (1969), p. 30–31; H. Chiu (trans.), *Chinese Contemporary Practice and Judicial Decisions Relating to International Law*, 7 *The Annals of The Chinese Society of International Law* 87 (1970), p. 87–88.

²⁷ See Responses of the Chinese (Taiwan) Branch of the International Law Association and the Judicial Yuan of the Republic of China to the Questionnaire of the International Law Association Regarding the International Law Practice in the Municipal Courts of the Republic of China, 13 *Chinese Yearbook of International Law and Affairs*, (1995), p. 202. The full text of question 10 is as follows:

“When the relevant rule of international law is a rule deriving from custom, or otherwise from general international law, do the courts ascertain the validity, content, scope and manner of application of that rule

- (a) from the court’s own knowledge of international law?
- (b) from the writing of jurists, textbooks, encyclopaedias, digests or other writings?
- (c) from the jurisprudence of other courts within the forum state?
- (d) from the jurisprudence of courts of other states?
- (e) from the jurisprudence of international courts of other states?”

3.4. Conflicts with municipal laws

When there is a conflict between customary international law and municipal law, it is unclear which rule courts or administrative organs of the Republic of China should apply. This issue needs to be addressed in the present Constitution.²⁸ When a statutory provision conflicts with customary international law, the question arises as to which one takes precedence. However, the Republic of China's judicial decisions have not discussed or interpreted this matter. It is generally believed that the statutory provisions will take precedence.²⁹

It is generally accepted that a law takes precedence over an administrative decree or order if they are inconsistent. Similarly, a rule of customary international law would also take precedence over an inconsistent administrative decree or order.³⁰ In some cases, the courts of the ROC have applied rules of customary international law as if they were applicable laws under the country's legal system. However, all of these cases involved consistent administrative decrees or orders. Therefore, it is unclear whether a rule of customary international law would prevail over an inconsistent administrative decree or order before a court of the Republic of China, as there is not enough evidence to answer this question conclusively.

4. CONCLUSIONS

Even though the current Constitution of the Republic of China does not explicitly state the position of customary international law in the country's legal system, judicial practice shows that customary international law is considered valid in the country and can be directly applied by courts or administrative organs when performing their duties.

²⁸ Article 141 of the Constitution provides that "the foreign policy of the Republic of China shall [...] respect treaties and the Charter of the United Nations" It does not say that treaties can operate internally. Art. 80 of the ROC constitution provides that "judges shall be above partisanship and shall, in accordance with law, hold trials independently, free from any interference." According to Interpretation No. 38 of the Council of the Grand Justices of the Judicial Yuan (ROC Constitution Court) of 27 August 1954, "the term 'in accordance with law' denotes that statutes are the primary basis of adjudication. It does not exclude ordinances and regulations that do not contradict the Constitution and statutes as a source of law." See Constitution Court ROC (Taiwan), Interpretation No. 38, <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=100&cid=310219> (accessed 26 March 2024). The Council does not expressly say that this phrase includes customary international law, treaties or agreements.

²⁹ H. Chiu, C.-I. Chen (rev.), *Hsien-tai Kuo-chi Fa* [Modern International Law], San Min Book Co., Taipei: 2021, p. 129.

³⁰ *Ibidem*.

The application of customary international law by Taiwan's courts is considered an established practice. None of the procurators, attorneys or judges involved in the cases introduced in this article have questioned the use of customary international law. Additionally, no writers in the Republic of China have challenged this practice. Therefore, it is evident that courts in the ROC can use customary international law to carry out their functions without needing special authorisation by statutes or administrative decrees.

LOCUS STANDI OF THIRD STATES IN WORLD COURT PROCEEDINGS CONCERNING ERGA OMNES VIOLATIONS

1. INTRODUCTION

Recent years have brought an observable influx of proceedings in the International Court of Justice concerning violations of *erga omnes* norms¹ in which third states (i.e. those not considered to be specially affected by particular violations)² were engaged in both contentious³ and advisory cases.⁴ In addition, in those proceedings initiated by specially affected states, e.g. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, there have been an unprecedented number of interventions made by third

¹ W. Czapliński wrote extensively about *erga omnes* norms: W. Czapliński, *jus cogens, Obligations erga omnes and International Criminal Responsibility*, in: J. Doria, H.-P. Gasser, M. Cherif Bassiouni (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Brill Nijhoff, Leiden: 2009, p. 401–420; W. Czapliński, *Concepts of ius cogens and Obligations erga omnes in International Law in the Light of Recent Developments*, 23 Polish Yearbook of International Law 87 (1998), p. 87–97.

² A specially affected state was defined by the ILC as a state which suffers from “particular adverse effects” in light of “the object and purpose of the primary obligation breached and the facts of each case”, ILC Commentary to ARISWA, A/56/10, p. 119. Usually, the specially affected state would be the state on the territory of which the violation took place, or against whose citizens the violation was committed, or whose interests were particularly endangered.

³ E.g. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*The Gambia v. Myanmar*) instituted on 11 November 2019; Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (*Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic*) instituted on 8 June 2023; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (*South Africa v. Israel*) instituted on 29 December 2023; Proceedings instituted by the Republic of Nicaragua against the Federal Republic of Germany on 1 March 2024.

⁴ E.g. Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem instituted on 2023.

* Patrycja Grzebyk – Doctor habilitus, Professor at the Faculty of Political Sciences and International Studies of the University of Warsaw. ORCID: 0000-0003-4022-7018.

The Author wishes to acknowledge that the research for this contribution was written as part of project No. 2020/37/B/HS5/00792, financed by the National Science Centre, Poland.

states.⁵ These kinds of interventions have also been submitted in proceedings initiated by other, not directly/specially affected states – as in *The Gambia v. Myanmar*.⁶

These developments raise the following questions: On what basis can third states participate in proceedings concerning violations of *erga omnes* norms? Is their participation beneficial for the protection of *erga omnes* norms, and for the Court's role?

2. THE CONCEPT AND CATALOGUE OF *ERGA OMNES* OBLIGATIONS

As far back as in 1951, in its advisory opinion on reservations to the Convention on Genocide⁷, the Court recognised the multilateral obligations which bind all States Parties despite their lack of individual interests in a matter. The Court explained that “in such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention.”⁸ Later, in its judgment of 1970 concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, the ICJ proposed a clear and – in its opinion – essential distinction

between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*.⁹

It can thus be concluded that this common interest in the protection of *erga omnes* norms extends beyond the mere interest to preserve the legal regime based in a particular multilateral treaty;¹⁰ it concerns the most fundamental values that form the core of multilateral obligations.¹¹

⁵ Thirty-three states filed declarations of interventions at the preliminary objections phase: Latvia, Lithuania, New Zealand, the UK, Germany, the USA, Sweden, Romania, France, Poland, Italy, Denmark, Ireland, Finland, Estonia, Spain, Australia, Portugal, Austria, Luxembourg, Greece, Croatia, Czechia, Bulgaria, Malta, Norway, Belgium, the Netherlands, Slovakia, Slovenia, Cyprus and Liechtenstein. The USA's declaration was found inadmissible by the Court.

⁶ Seven states filed declarations of interventions: Maldives and the joint one of Canada, Denmark, France, Germany, the Netherlands and the UK.

⁷ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78(1021) UNTS 277 (1951).

⁸ ICJ, *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion, 28 May 1951, ICJ Rep 1951, p. 23.

⁹ ICJ, *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment, 5 February 1970, ICJ Rep 1970, paras. 33–34.

¹⁰ Cf. S. Villalpando, *The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law*, 21(2) European Journal of International Law 387 (2010), p. 395.

¹¹ Cf. IIL, Resolution obligations *erga omnes* in international law, 27 August 2005, https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_01_en.pdf (accessed 22 March 2024).

The Court recognised several obligations as *erga omnes*. The list includes prohibitions against acts of aggression, genocide, human rights violations in armed conflicts, slavery, racial discrimination, torture and violations of the right to self-determination.¹² Judge Xue emphasises that the Court's reasoning concerning *erga omnes* obligations means that many conventions – specifically those relating to human rights, disarmament and the environment – include such obligations.¹³ Other candidates for the status include freedom of navigations, telecommunication obligations or those related to world health regulations.

3. LEGAL INTEREST AND *LOCUS STANDI*

3.1. Contentious proceedings

By the definition of *erga omnes* norms, all the states bound by them have a common legal interest in protecting them. Therefore, logically, in case of a violation of *erga omnes* norms, each and every state should have *locus standi* in proceedings against the violator, as each and every state has its own legal interest in stopping the violation.¹⁴ However, this logic was not supported by the ICJ at first, which was surprising, considering the PCIJ's judgment in the Wimbledon case, where the legal standing of Italy and Japan (neither specially affected by Germany's actions) was recognised.¹⁵

In its judgement of 1966 concerning South West African cases (*Ethiopia v. South Africa* and *Liberia v. South Africa*), the ICJ rejected the “plea that the Court should allow the equivalent of an *actio popularis*, or right resident in any member of a community to take legal action in vindication of a public interest”.¹⁶ Four years later, the Court in the judgment concerning the Barcelona Traction case at the same time stressed that “on the universal level, the instruments which embody human rights do not confer on States the capacity to protect the victims of infringements of such

¹² See ICJ, *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, ICJ Rep 1970; ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 11 July 1996, ICJ Rep 1996, para. 31 and ICJ, *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Rep 2007, para. 147; ICJ, *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, 30 June 1995, ICJ Rep 1995, para. 29; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Rep 2004, para. 155–157; ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Judgment, 3 February 2006, ICJ Rep 2006, para. 64.

¹³ Dissenting Opinion of Judge Xue, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Judgment, 22 July 2022, ICJ Rep 2022, para. 39; Cf. K. Zemanek, *New Trends in the Enforcement of Erga Omnes Obligations*, 4 Max Planck United Nations Yearbook 2 (2000), p. 6.

¹⁴ Cf. M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations erga omnes*, Oxford University Press, Oxford: 1997, p. 17; C. Tams, *Enforcing Obligations erga omnes in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge: 2005, p. 156.

¹⁵ PCIJ, *SS “Wimbledon” (UK v. Japan)*, Judgment, 17 August 1923, PCIJ Series A, No. 1, p. 20.

¹⁶ ICJ, *South West Africa cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Judgment, 18 July 1966, ICJ Rep 1966, para. 88.

rights irrespective of their nationality”.¹⁷ This statement could be interpreted as a denial of any claims concerning any variation of *actio popularis* in cases of violations of *erga omnes* obligations. Thus, the ICJ seemed to suggest that the legal interest of states does not necessarily result in *locus standi* in cases regarding *erga omnes* obligations. In other words, the common interest in compliance with *erga omnes* obligations cannot be transmuted into individual interest enforceable through the institution of proceedings before the Court.

The shift in the Court’s jurisprudence came with the judgment of 2012 on *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. In this judgment, the Court stated that

the common interest in compliance with the relevant obligations under the Convention against Torture implies the entitlement of each State party to the Convention to make a claim concerning the cessation of an alleged breach by another State party. [...] any State party to the Convention may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations *erga omnes partes* [...] and to bring that failure to an end.¹⁸

In consequence, even though Belgium claimed that it has a special interest in this particular case, and therefore did not act as a not specially affected state, the Court in the excerpt above gave hope that all parties to the Convention could institute proceedings against a state violating its obligations derived from the Convention. This reasoning was confirmed by the judgment on preliminary objections in *The Gambia v. Myanmar*, where the Court corroborated that for all the States Parties to the Genocide Convention, there is

a common interest to ensure the prevention, suppression and punishment of genocide, by committing themselves to fulfilling the obligations contained in the Convention. [...] such a common interest implies that the obligations in question are owed by any State party to all the other States parties to the relevant convention; they are obligations *erga omnes partes*, in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case.¹⁹

Thus, “the Genocide Convention entails that any State party, without distinction, is entitled to invoke the responsibility of another State party for an alleged breach of its obligations *erga omnes partes*.”²⁰ According to the Court there is no need for any party to the Convention to demonstrate its special interest. In consequence, the

¹⁷ ICJ, *The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Judgment, ICJ Rep 1970, para. 91.

¹⁸ ICJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, 20 July 2012, ICJ Rep 2012 para. 69.

¹⁹ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Judgment, ICJ Rep 2022, paras. 107–108.

²⁰ *Ibidem*, para. 108.

Court ignored the distinction proposed by Myanmar and to some extent by The Gambia with regard to injured (including specially affected/directly injured/specially injured) and non-injured states, where injured means “adversely affected by an internationally wrongful act”.²¹ This distinction was derived on the basis of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) adopted by the ILC in 2001, where the notions of “injured state” and “other than injured state” are used.²² In consequence, the Court rejected the idea that proceedings can only be launched if a state demonstrates that its nationals are among the victims of an alleged breach of obligations *erga omnes partes*.²³

The reasoning of recent judgments of the ICJ is not surprising, considering the wording of Article 48 of ARSIWA:

any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State [...] if (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) the obligation breached is owed to the international community as a whole.²⁴

In consequence, the ICJ’s decision of 2022 only repeats what had already been recognised by other bodies concerning standing against the violator of *erga omnes* obligations.

The fact that all states bound by a particular *erga omnes* norm have *locus standi* in proceedings against a violator of that norm does not mean that those states have any special rights concerning the commencement of proceedings in the Court; the ordinary jurisdictional requirements still stand. The fact that the rights and obligations in question are not only of *erga omnes* character, but also have the status of peremptory norms of general international law, does not “constitute an exception to the principle that its jurisdiction always depends on the consent of the parties”.²⁵ It is necessary to demonstrate the existence of a dispute, i.e. “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests” between parties,²⁶ and to demonstrate

²¹ *Ibidem*, paras. 93–94, 101, 106.

²² Articles 39, 42–43, 45–49, 52, 54 on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) adopted by the ILC in 2001. Cf. Articles 39, 44–49, 51–53, 55, 57 on the Responsibility of international organisations adopted by the ILC in 2011.

²³ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Judgment, ICJ Rep 2022, para. 109.

²⁴ Article 3 of 2005 IDI. The IDI clearly indicated that a State to which the obligation is owed has standing to bring a claim to the ICJ in relation to a dispute concerning compliance with that obligation (under the condition that jurisdiction requirements are met).

²⁵ ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Judgment, ICJ Rep 2006, paras. 64 and 125; ICJ, *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, ICJ Rep 1995, para. 29; ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ Rep 2007, para. 147.

²⁶ PCIJ, *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Britain)*, Judgment, 30 August 1924, PCIJ Series A, No. 2, p. 11.

that there are two sides of the dispute which “hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain international obligations”.²⁷ Therefore, it must be proven that “the claim of one party is positively opposed by the other”,²⁸ which might be also inferred from the lack of response to the applicant’s claims.²⁹ This is the reason why The Gambia, in proceedings against Myanmar, or Nicaragua in its intervention in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)* referred to their own statements in different bodies or diplomatic exchanges with the other side of the dispute. Apparently the Court does not require much, since the existence of the dispute between The Gambia and Myanmar was established based solely on two comments from either side, concerning the reports of the Fact-Finding Mission on Myanmar established by the Human Rights Council in the course of the United Nations General Assembly general debates and based on the Note Verbale sent by The Gambia to the Permanent Mission of Myanmar to the United Nations on 11 October 2019, in which The Gambia asked whether Myanmar would comply with its obligations (the Note was left without a response).

In case of interventions in proceedings concerning *erga omnes* norms, so far we can observe that the overwhelming majority of interventions have been based on Article 63 of the ICJ Statute, i.e. with reference to the construction of a convention. Therefore, the *erga omnes* status did not have to be explored in order to justify the interventions.

The noticeable exception is the intervention of Nicaragua in *South Africa v. Israel*, as this intervention is based on Article 62 of the ICJ Statute. Nicaragua is relying heavily on the *erga omnes* character of obligations enshrined in Genocide Convention in order to prove that it has an interest of a legal nature which may be affected by the decision in the case. Nicaragua argues that “even if these proceedings were instituted as a bilateral contentious case by South Africa against Israel, they concern all State parties to the 1948 Genocide”; thus, all States Parties have “interests of a legal nature that stem from the rights and obligations imposed by the Genocide Convention on all State Parties”.³⁰ Therefore, Nicaragua has “a legal interest in the fulfilment of the conventional obligations as much as South Africa, or any other State party”, and in

²⁷ See e.g. ICJ, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Advisory Opinion, 30 March 1950, ICJ Rep 1950, p. 74; ICJ, *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, 17 March 2016, ICJ Rep 2016, para. 50; ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Order, 23 July 2018, ICJ Rep 2018, para. 18.

²⁸ ICJ, *South West Africa cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Judgment, ICJ Rep 1966, p. 319, 328.

²⁹ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Judgment, ICJ Rep 2022, para. 71; ICJ, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Judgment, 1 April 2011, ICJ Rep 2011, para. 30.

³⁰ ICJ, *Application for permission to intervene submitted by Nicaragua*, Written pleading, 23 January 2024, ICJ Rep 2024, para. 13.

consequence, “as the beneficiary of the *erga omnes* rights embodied in the Genocide Convention and the debtor of the mirror *erga omnes* obligations to prevent and punish violations of those rights, Nicaragua’s interests of a legal nature will necessarily be affected by the Court’s decision.”³¹ The logic behind Nicaragua’s intervention based on Article 62 seems to be justified. If the Court agreed to recognise *locus standi* of not directly injured states, all States Parties to the Convention have exactly the same reasons to intervene in the proceeding because the other option would be to multiply proceedings concerning the same events.

3.2. Advisory proceedings

There have been numerous advisory proceedings concerning violations of *erga omnes* norms, such as the prohibition of certain war crimes and crimes against humanity (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory), the right to self-determination³² and the prohibition to use force (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons). In all of the above-listed proceedings, numerous states decided to submit written and oral statements. As a noticeable example, in the most recent advisory procedure concerning *Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, 54 written statements were submitted (this includes statements on behalf of international organisations, i.e. the League of Arab States and the Organisation of Islamic Cooperation) and 49 Member States of the United Nations and three international organisations presented oral statements. Most of those statements referred to the *erga omnes* status of the obligations in the case – the right to self-determination and obligations related to the prevention and punishment of core crimes – and based on this *erga omnes* status, states justified their need to engage in proceedings.³³

In the case of advisory proceedings in the ICJ, the notion of a third state as defined in the introduction is not very relevant, as a request for an advisory opinion needs to be interpreted as articulating an institutional interest, rather than individual interest of a group of states, considering that the organisation which asks for the opinion is separate and distinct from the states which vote for the adoption of a relevant resolution. In consequence, every UN member (as well as other particularly interested subjects) are allowed to make statements and, for example, expose violations and act for the purpose of better protection of *erga omnes* norms. The opinion is legally relevant, as the Court usually does not depart from its opinions in subsequent judgments, and UN organs and agencies (as well as states) are obliged to perform their

³¹ *Ibidem*, para. 16.

³² *Ibidem*. Western Sahara, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo; Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965.

³³ See verbal statements made e.g. by Indonesia, Slovenia or Syria. Cf. with UK’s position, 23 February 2024, CR2024/12, p. 15.

obligations in good faith – obligations which have been clarified by the ICJ in the opinions, which in consequence cannot be totally disregarded.³⁴ As there are many *erga omnes* obligations which do not have the status of *erga omnes partes* due to the lack of a binding treaty (as in the case of crimes against humanity) or the lack of a judicial clause in the existing treaty (as in the case of war crimes and the Geneva Conventions of 1949), the advisory procedure could be the only solution to trigger the Court's jurisdiction and receive from the Court a legal assessment of a particular situation or problem.

4. CONCLUSIONS – DO WE THROW THE BABY OUT WITH THE BATHWATER?

The *erga omnes* status of norms might encourage states to engage in contentious and advisory proceedings, which has happened in recent years. This development has its advantages and disadvantages. On the one hand, bearing in mind how cautiously the states have used the Court throughout its whole history (including the PCIJ period), nothing suggests that we can expect a flood of claims concerning violations of *erga omnes* obligations.³⁵ At the same time, if states are expected to react to serious breaches of peremptory norms, they might be encouraged to initiate or participate in the Court's proceedings. Judicial settlement of disputes is a peaceful and civilised tool, and greater use of the Court might increase its perception as an effective and important element of the whole UN system. In addition, in case of serious violations of *erga omnes* obligations which are prolonged and/or continuous, if the violator does not comply with the Court's judgment the opening of the doors for future proceedings engaging the violator and exposing its infringements can only be seen in a positive light. The threat of a particular state initiating proceedings for violations of *erga omnes* norms might be a preventive tool worth considering. On the other hand, relaxing the conditions of admissibility (by broadening third states' right to initiate proceedings) could make states less willing to ratify specific treaties (especially those considered to support a common interest, as in the case of the 1946 International Convention for the Regulation of Whaling³⁶) or to accept the judicial clauses enshrined therein.³⁷

³⁴ R. Kolb, *The Elgar Companion to the International Court of Justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham: 2014, p. 276.

³⁵ G. Gaja, *Claims Concerning Obligations erga omnes in the Jurisprudence of the International Court of Justice*, 55 *Questions of International Law* 131 (2018), p. 145.

³⁶ See ICJ, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, 31 March 2014, ICJ Rep 2014, where the Court did not have to address the question of the legal standing as Japan did not argue that the Convention for the Regulation of Whaling could not be invoked in a common interest.

³⁷ Dissenting Opinion of Judge Xue, *see and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Judgment, ICJ Rep 2022, para. 39.

In extreme situations, granting the right to all those interested in an intervention could potentially result in proceedings with over one hundred intervening states, which would complicate and definitely prolong the procedure. This is already considered by the Court, which (due to the unprecedented number of interventions in *Ukraine v. Russia*) decided to amend its rules and restrict the right to take part in hearings.³⁸ There might also be some serious practical problems related with guaranteeing the fairness of proceedings when one side in fact represents a group of states or an organisation (like The Gambia allegedly did, acting as a proxy for the Organisation of Islamic Cooperation),³⁹ or is supported by a number of intervening states; thus, several judges on the bench could be nationals of states directly engaged in the proceedings.

Furthermore, the principle of finality can be challenged, as proceedings concerning the same violations could be commenced by another state that is not specially affected, and then another, then yet another and so on. There is a danger related to potential public-interest litigation in case of violations of human rights against individuals, if a bond of nationality and the exhaustion of local remedies are not consistently required by law.⁴⁰ In consequence, the Court could be overwhelmed with highly sensitive cases, which could have a detrimental effect on the perception of its effectiveness. It seems that those problems are already bothering judges, who might diminish them by amending the rules of the Court or through restrictive interpretations of the admissibility requirements. The Court would need to more often deal with the question of whether initiating proceedings is a proper use of the claimant's right, or rather an abuse which might put the Court's function in danger.

³⁸ See Amendments to Articles 81, 82 and 86 of Rules of Court which entered into force on 1 June 2024.

³⁹ Dissenting Opinion of Judge Xue, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Judgment, ICJ Rep 2022, para. 10.

⁴⁰ T. Ruys, *Legal Standing and Public Interest Litigation – Are All Erga Omnes Breaches Equal?*, 20(3) Chinese Journal of International Law 457 (2021), p. 457–498.

WHEN WAS THE CONSTITUTION OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION ESTABLISHED?

1. INTRODUCTION

The webpage of the International Labour Organization (ILO) on its Constitution includes a section titled Amendments to the Constitution, which states that

the original text of the Constitution, established in 1919, has been modified by the amendment of 1922 which entered into force on 4 June 1934; the Instrument of Amendment of 1945 which entered into force on 26 September 1946; [...] and the Instrument of Amendment of 1997 which entered into force on 8 October 2015.¹

Notably, it specifies that the “original” text of the Constitution was “established” in 1919, instead of being “adopted” at that time. This distinction invites an examination of what precisely was *established* in that year.

In 1919, the essential provisions that would form today’s ILO Constitution were adopted at the Paris Peace Conference, as part of several peace treaties: Part XIII of the Treaty of Versailles (with Germany),² Part XIII of the Treaty of Saint-Germain-en-Laye (with Austria),³ Part XII of the Treaty of Neuilly (with Bulgaria),⁴ Part XIII of the Treaty of Trianon (with Hungary)⁵ and Part XII of the Treaty of Sèvres

¹ ILO Constitution, <https://bit.ly/3UbXzvr> (accessed 25 April 2024).

² Traité de paix, signé à Versailles, le 28 juin 1919, in: M. de Martens (ed.), *Nouveau recueil général de traités*, 3^e série, vol. 11, Librairie de Dieterich, Gottingue: 1919, p. 323.

³ Traité de paix, signé à Saint-Germain-en-Laye, le 10 septembre 1919, in: M. de Martens (ed.), *Nouveau recueil général de traités*, 3^e série, vol. XI, no. 34, Librairie de Dieterich, Gottingue: 1919.

⁴ Traité de paix, signé à Neuilly-sur-Seine, le 27 novembre 1919, in: M. de Martens (ed.), *Nouveau recueil général de traités*, 3^e série, vol. XII, no. 70, Librairie de Dieterich, Gottingue: 1919.

⁵ Traité de paix, signé à Trianon, le 4 juin 1920, in: M. de Martens (ed.), *Nouveau recueil général de traités*, 3^e série, no. 71, p. 423, Librairie de Dieterich, Gottingue, 1920.

* Shotaro Hamamoto – Professor of the Law of International Organizations, Kyoto University. ORCID: 0000-0002-3334-2459.

(with Turkey).⁶ It is well known that the Covenant of the League of Nations constitutes Part I of these treaties, and the provisions on labour exhibit similar characteristics.

The above statement on the ILO website indicates that these treaty provisions have undergone a series of amendments and are still in force today. Indeed, according to the website of the French Ministry of Foreign Affairs, the depositary of these series of peace treaties, Chapter XIII of the Treaty of Versailles is still in force today.⁷ This means that what is today called the Constitution of the International Labour Organization still remains part of these peace treaties.

The question then arises: Does the Constitution of the International Labour Organization exist as such under international law, and if so, when and in what form was it established? Although the ILO has been the subject of an enormous number of studies,⁸ we have not found any previous studies that answer this question. To do so, we first briefly review the legal status of the Covenant of the League of Nations, which is similar (1), and then we examine the Constitution of the International Labour Organization on that basis (2).

2. COVENANT OF THE LEAGUE OF NATIONS

The birth of the concept of the “League of Nations” and the *travaux préparatoires* of the Covenant have been well documented in prior research.⁹ The creation of the League was considered a crucial component of the post-World War I settlement, primarily due to President Wilson of the United States championing its establishment through his Fourteen Points, particularly the fourteenth point, which advocated for a “general association of nations”.¹⁰ Furthermore, Germany, keen to avoid being marginalised from the post-war international framework, actively supported being included in such an association.¹¹ As a legal manoeuvre, the Covenant was integrated into a series of peace treaties.¹² This was because President Wilson anticipated that

⁶ Traité de paix, signé à Sèvres, le 10 août 1920, in: M. de Martens (ed.), *Nouveau recueil général de traités*, 3^e série, vol. XII, no. 86, Librairie de Dieterich, Gottingue, 1920.

⁷ Traité de paix entre les puissances alliées et associées et l'Allemagne (dit “Traité de Versailles”), accord signé ou adopté le 28/06/1919, <https://bit.ly/4aR8Loe> (“Autres informations”). Castellarin argues that Parts II and III as well as Part XIII “déploient encore des effets” – E. Castellarin, *L'apport du traité de Versailles au droit international*, in: *Société française pour le droit international, 11èmes Journées franco-allemandes, Le traité de Versailles*, Pedone, Paris: 2020, p. 8.

⁸ E.g. M. Morsa, *L'Organisation internationale du Travail*, Anthemis, Limal: 2021; D. Maul, *The International Labour Organization*, de Gruyter, Berlin: 2019.

⁹ E.g. D.H. Miller, *The Drafting of the Covenant*, vol 1–2, Putnam's, New York: 1928.

¹⁰ *President Woodrow Wilson's 14 Points (1918)*, <https://bit.ly/4benZ6J> (accessed on 25 April 2024).

¹¹ D.H. Miller, *The Making of the League of Nations*, in: E.M. House, C. Seymour (eds.), *What Really Happened at Paris: The Story of the Peace Conference, 1918–1919*, Charles Scribner's Sons, New York: 1921, p. 399.

¹² A resolution to the effect that “this League should be treated as an integral part of the general Treaty of Peace” was adopted on 25 January 1919. *Foreign Relations of the United States, 1919*, vol. 3, p. 201. Miller says that “treated” is a misprint for “created” – D.H. Miller, *supra* note 9, vol. 1, p. 76, n. 2.

whilst the US Senate might reject the Covenant if presented as an independent treaty, it would likely accept the peace treaties that encompassed it.¹³

The legal status of the League of Nations as understood at that time has been the subject of extensive research.¹⁴ The question here is how the legal status of the Covenant of the League of Nations was understood. It was not included in the Treaty Series of the League of Nations, though the peace treaties were registered under Article 18 of the Covenant.¹⁵ The Covenant itself was never registered as a standalone treaty pursuant to Article 18, nor was it published in the Treaty Series. It is thus safe to say that it was not considered that there existed a treaty called Covenant of the League of Nations.

On the other hand, several elements indicate that the Covenant was understood to constitute a distinct legal document, separate from the series of peace treaties. Firstly, the Covenant was published on the first pages of the first number of the League of Nations' Official Journal, without any assertion that it was part of the 1919 peace treaties.¹⁶ Secondly, it was presumed from the outset that the States parties to the Covenant could differ from parties to the peace treaties, as specified in Article 1. Notably, the defeated nations such as Germany, although signatories to the peace treaties which incorporated the Covenant as Part I, were not considered parties to the Covenant itself, according to Article 1 and its Annex.¹⁷ Moreover, while the peace treaties lacked general amendment provisions, Article 26 of the Covenant established specific procedures that enabled parties to the Covenant who were not parties to the peace treaties to participate in its amendment.

Also, it is well-known that the Treaty of Sèvres, a component of these peace treaties, was not ratified due to the Turkish Revolution and was replaced by the Treaty of Lausanne.¹⁸ The latter treaty omitted provisions equivalent to Parts I and XIII of the Treaty of Versailles, suggesting that by 1923, when the Treaty of Lausanne was signed, these provisions were deemed unnecessary within the peace treaty, as the League of Nations, and likewise the ILO, had already been established. Notably, Turkey became a member of the League of Nations in 1932.¹⁹

Additionally, when the League of Nations was dissolved, the Assembly adopted a resolution stating that the League would cease to exist, but no formal actions were taken to terminate the Covenant of the League. Various dissolution methods were

¹³ F.P. Walters, *A History of the League of Nations*, Oxford University Press, London: 1952, p. 31. F. Couveinhes-Matsumoto says that this idea came from Miller, but no source is indicated. F. Couveinhes-Matsumoto, *Les travaux préparatoires*, in: R. Kolb (ed.), *Commentaire sur le pacte de la Société des Nations*, Bruylant, Bruxelles: 2015, p. 36.

¹⁴ E.g. P. Klein, *La personnalité juridique de la Société des Nations*, in: *ibidem*, p. 1131.

¹⁵ *League of Nations Treaty Series, General Index No. 1 (Vol. I-XXXIX)*, pp. 16–17.

¹⁶ Covenant of the League of Nations, 1 LNOJ (1920), p. 3.

¹⁷ For example, Germany became a member of the League as late as 1926. For a list of non-original members of the League, see N.D. White, *Article 1*, in: R. Kolb, *supra* note 13, p. 100.

¹⁸ Treaty of Peace, signed at Lausanne, 24 July 1923, 28 LNTS 701 (1923).

¹⁹ Fifty-two members of the League assembly, 102 LNOJ, Special Supplement 21 (1932).

contemplated after the dissolution policy was finalised: 1) Member States would individually withdraw from the League, 2) the Covenant would be terminated pursuant to Article 26 on amendment or 3) a separate treaty would be negotiated to terminate the Covenant. However, all these options were abandoned for being too complex and time-consuming, leading to the decision to adopt a dissolution resolution in the Assembly.²⁰ As such a mode of dissolution was not uncommon among international organisations,²¹ it is difficult to infer the legal nature of the Covenant from the League's dissolution process.

3. "LABOUR" CHAPTER AND ITS UNCERTAIN LEGAL NATURE AT THE TIME OF THE CONCLUSION OF THE PEACE TREATIES

The process of creating what is now known as the ILO has also been discussed in previous studies.²² Below, the *travaux préparatoires* of the treaty provisions on which it is based are examined. During the preparatory talks for the peace conference among the five powers (the USA, the UK, France, Italy and Japan), a commission was formed to consider the structure of a "permanent agency" to address labour issues "in cooperation with and under the direction of the League of Nations".²³ This commission's proposal for a Draft Convention Creating a Permanent Organization for the Promotion of the International Regulation of Labor Conditions²⁴ was accepted during the preliminary peace conference.²⁵ Unlike the League of Nations, the records of the peace conference do not clearly indicate at which stage the decision to incorporate these labour provisions into the peace treaties was made.²⁶ It was generally expected that the entity handling labour matters would work in conjunction with the League of Nations.²⁷ Given that the Covenant of the League was included in the peace treaties, it might have appeared logical that the provisions dealing with labour issues would be similarly integrated. Consequently, the labour part of the peace treaties paralleled the trajectory and form of the League of Nations Covenant. Similarly to

²⁰ V.Y. Ghebali, *Organisation internationale et guerre mondiale*, Bruylant, Bruxelles: 2013, p. 634–638.

²¹ H.G. Schermers, N.M. Blokker, *International Institutional Law*, Brill, Leiden: 2018, p. 1103–1105.

²² See J.T. Shotwell (ed.), *The Origins of the International Labor Organization*, Columbia University Press, New York: 1934.

²³ Draft Convention Creating a Permanent Organization for the Promotion of the International Regulation of Labor Conditions, 3 Foreign Relations of the United States (1919), p. 697.

²⁴ *Ibidem*, p. 270.

²⁵ *Ibidem*, pp. 257 and 260.

²⁶ The "Draft Convention" took the form of a stand-alone treaty, but even before it was adopted discussions were based on the assumption that labour-related provisions would be incorporated into the peace treaties. *Ibidem*, p. 226.

²⁷ *Ibidem*, p. 202.

the Covenant, the labour part has not been published as an independent treaty in the League of Nations Treaty Series.

Contrastingly, there are notable differences from the League's Covenant. First and foremost, whilst the first part of the peace treaties is denoted as the "Covenant of the League of Nations", the part corresponding to the ILO Constitution in the Treaty of Versailles (and the analogous part of the other peace treaties) is merely titled "Labour". Thus, the League's Covenant is published in the League of Nations' Official Journal as the Covenant of the League of Nations, whereas the part corresponding to the ILO Constitution appears in the Official Bulletin of the International Labour Office as Part XIII of the Treaty of Versailles.²⁸ Unlike the Covenant published in the Official Journal of the League of Nations, this part is clearly identified as a component of the peace treaties. The term "constitution" has been infrequently and inconsistently applied to refer to Treaty of Versailles Part XIII (and the corresponding part in the other peace treaties).²⁹ When amendments were made in 1923 to this part, the resulting instrument was titled: Amendment to Article 393 of the Treaty of Versailles and to the Corresponding Articles of the Other Treaties of Peace.³⁰

Considering the appellation of the established organisations, it was evident from the preamble to Part I of each peace treaty, which declared to "adopt the present Covenant establishing the League of Nations", that an organisation named the League of Nations was being formed. However, in the labour part, whose preamble emphasises the need for international cooperation on labour conditions, Article 387 of the Treaty of Versailles (and corresponding articles in other peace treaties) provides that "a permanent organization is hereby established for the promotion of the objects set forth in the Preamble", without specifying the organisation's name. It merely mentions the establishment of "a permanent organisation" using an indefinite article. Indeed, the proceeding of the first General Conference was called the "League of Nations, International Labour Conference, First Annual Meeting".³¹ When a speaker refers to the organisation established by Article 387 of the Treaty of Versailles (and corresponding articles of the other peace treaties) as "this organisation" in English,³² it is translated as *l'Organisation permanente internationale du travail* in the French version of the proceeding.³³ A document submitted to the Conference refers to *l'Organisation internationale du Travail* in its French version³⁴ and to the

²⁸ Part XIII of the Treaty of Versailles, 1 Official Bulletin, p. 332. The other peace treaties are equally mentioned.

²⁹ Conférence internationale du Travail, Deuxième session, Gênes, 15 juin–10 juillet 1920, Société des Nations, Genève: 1920, p. 70.

³⁰ Amendment to Article 393 of the Treaty of Versailles and to the Corresponding Articles of the Other Treaties of Peace, 149(3431) LNTS.

³¹ League of Nations, International Labor Conference, First Annual Meeting, October 29, 1919 – November 29, 1919, Société des Nations, Genève: 1919.

³² *Ibidem*, p. 11.

³³ Conférence internationale du Travail, première session annuelle, 29 octobre – 29 novembre 1919, Washington, D.C. États-Unis, 1920. p. 7.

³⁴ *Ibidem*, p. 8.

International Labor Conference in its English version.³⁵ This inconsistency in naming indicates that there was initially no consensus that the organisation formed by the labour part of the peace treaties would be known as the International Labour Organization / Organisation internationale du travail.³⁶ This lack of a consistent name suggests that there was no clear recognition that the labour part of the peace treaties, nor the organisation it established, had a distinct legal identity separate from the peace treaties themselves.

Furthermore, the fact that the part corresponding to the Constitution of the International Labour Organization does not appear as a separate autonomous legal instrument is also indicated by the article numbers. The Covenant of the League of Nations is located at the beginning, as Part I in each of the peace treaties, with consistent article numbers across them. For instance, Article 10 of the Covenant is Article 10 in all of the peace treaties. However, the labour part is situated towards the end of each treaty, leading to varying article numbers (e.g. the Treaty of Versailles Part XIII, Articles 387 to 427, versus the Treaty of Saint-Germain Part XIII, Articles 332 to 372). As a result, one cannot simply refer to Article 10 of the Labour Constitution but must specify, for example, Article 388 of the Treaty of Versailles and corresponding articles of the other Peace Treaties, thus emphasising that these provisions are integral parts of the peace treaties.

On the other hand, the fact that the first General Conference was convened in October–November 1919, prior to the Treaty of Versailles coming into effect on 10 January 1920, suggests that the association established by the labour Part of the peace treaties was recognized from the inception of its activities as an entity distinct from the peace treaties themselves.³⁷ Additionally, it is stipulated that membership in the League of Nations shall carry with it membership of the organisation established by the labour part of the peace treaties (Article 387 of the Treaty of Versailles and corresponding articles of other peace treaties), implying that, as with the League, it was assumed from the outset that the Member States of the organisation and the parties to the peace treaties would differ. The amendment provisions specific to the labour part (Article 422 of the Treaty of Versailles and corresponding articles of other peace treaties), which would allow non-parties to the peace treaties to participate in amending the labour part³⁸ parallels the practice observed with the Covenant of the League of Nations.

³⁵ International Labor Conference, *supra* note 31, p. 12.

³⁶ Similar inconsistencies can be found in contemporary academic writings. E.g. L. Jouhaux, *L'Organisation internationale du travail*, Éditions de la sirène, Paris: 1921; M. Lazard, *L'«Organisation permanente du Travail»*, Rivière, Paris: 1922; E. Francke, *Die Organisation der Arbeit im Friedensvertrag und im Völkerbund*, 15 Weltwirtschaftliches Archiv 299 (1920).

³⁷ M. Morsa, *supra* note 8, p. 44.

³⁸ Non-parties to the peace treaties did participate in the 1922 amendment mentioned above.

4. GENESIS OF THE CONSTITUTION OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – USA ACCESSION AS A TURNING POINT

After a period of ambiguity, a significant turning point occurred in 1934 with the United States' accession. Article 387 of the Treaty of Versailles (and corresponding articles in other peace treaties) merely stipulated that Member States of the League of Nations would automatically be members of the organisation established by the labour part, with no explicit provision for the participation of non-League members. Consequently, when the United States – a non-League member – joined, the following procedure was taken. The US Congress adopted a resolution granting the President authority to accept membership in the ILO.³⁹ This resolution was communicated to the International Labour Office⁴⁰ and the General Conference unanimously adopted a resolution to invite the USA to be a member,⁴¹ which the President accepted.⁴²

At each stage – Congressional resolution, General Conference resolution and Presidential acceptance – it was emphasised that joining the ILO did not involve accepting obligations under the League of Nations Covenant. Moreover, the term “the Constitution of the International Labour Organization” was consistently used throughout these documents. Although it was noted that the Constitution of the International Labour Organization formed Part XIII of the Treaty of Versailles [and corresponding Parts of the other peace treaties],⁴³ there was a growing understanding that Part XIII of the Treaty of Versailles (and corresponding parts of the other peace treaties) constituted an autonomous legal instrument separate from the series of peace treaties.

This shift is also reflected in changes to the terminology used in ILO documents from 1935 onwards. For example, while General Conference proceedings were previously titled League of Nations, International Labour Conference, the mention of League of Nations was omitted starting in 1935.⁴⁴ Furthermore, article references

³⁹ Joint resolution providing for membership of the United States in the International Labor Organization, 19 June 1934, P.R. 73–43, 48.

⁴⁰ R.P. Churchill, M.F. Axton, S.L. Landau, N.O. Sappington, K.J. Carroll (eds.), *Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers, 1934, General, the British Commonwealth*, vol. 1, Washington, US Government Printing Office: 1951, p. 735.

⁴¹ International Labour Conference, Eighteenth Session, Geneva, 1934, Record of Proceedings, ILO, Geneva: 1934, p. 466.

⁴² R.P. Churchill, M.F. Axton, S.L. Landau, N.O. Sappington, K.J. Carroll (eds.), *supra* note 40, p. 738. *See also* Membership of the United States of America in the International Labor Organization. Proclamation by the President of the United States, September 10, 1934, 49 Stat. 2712.

⁴³ The Constitution of the International Labour Organization formed Part XIII of the Treaty of Versailles [and corresponding Parts of the other peace treaties], 19 Official Bulletin (1934), p. 70.

⁴⁴ International Labour Conference, Nineteenth Session, Geneva, 1935, Record of Proceedings, ILO, Geneva: 1935.

shifted from, for example, “Article 408 of the Treaty of Versailles (and corresponding articles of other peace treaties)” to “Article 22 of the Constitution”. In 1935, when this practice started, an explanatory footnote was added under “Article 22 (408) Constitution”, stating that the Constitution of the International Labour Organization forms Part XIII of the Treaty of Versailles and the corresponding Parts of the other Treaties of Peace. The figures which appear in brackets after the numbers of the articles of the Constitution are the numbers of the corresponding articles of the Treaty of Versailles⁴⁵. By 1937, references to the Treaty of Versailles’ article numbers were entirely omitted.⁴⁶ Certainly, this is no more than a change of designation,⁴⁷ but it no doubt indicates a growing awareness of the autonomy of the Constitution of the ILO.

5. OFFICIAL ESTABLISHMENT OF THE CONSTITUTION OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION

After World War II, the dissolution of the League of Nations and the creation of the United Nations Organization, the ILO Constitution saw minimal amendments in 1945. The adopted instrument was titled Instrument for the Amendment of the Constitution of the International Labour Organization,⁴⁸ based on the presumption that an instrument named Constitution of the International Labour Organization already existed – though at that time, this name was used only conventionally. Article 1 of this amendment introduced the term “Constitution of the International Labour Organization” into the preamble, officially adopting this title. The amendment took effect in 1946.

A significant amendment occurred in 1946, entering into effect in 1948. The relevant instrument was again named Instrument for the Amendment of the Constitution of the International Labour Organization.⁴⁹ Article 1 provided that from the date the Instrument entered into force, the Constitution “of which the text at present in force is set forth in the first column of the Annex to this Instrument, shall have effect as amended in the second column of the said Annex”. It is important to understand that this did not signify the adoption of a new Constitution of the International Labour Organization; rather, it was an amendment of the existing Constitution, that is, Part XIII of the Treaty of Versailles and corresponding Parts of the other peace treaties. Thus, what is called the Constitution of the International

⁴⁵ Treaty of Versailles, 20 Official Bulletin (1935), p. 35.

⁴⁶ E.g. Constitution of the International Labour Organization forms Part XIII of the Treaty of Versailles and the corresponding Parts of the other Treaties of Peace, 22 Official Bulletin (1937), p. 7.

⁴⁷ C.W. Jenks, *The Separation of the Covenant from the Treaty of Versailles*, 8 Acta Scandinavica Juris Gentium 56 (1937).

⁴⁸ Instrument for the Amendment of the Constitution of the International Labour Organization, 2 UNTS 18.

⁴⁹ Amendment of the Constitution of the International Labour Organization, 15 UNTS 229.

Labour Organization is nothing but an amended version of Part XIII of the Treaty of Versailles (and corresponding parts of the other peace treaties). It is not an instrument that was signed or ratified, nor was it registered in the United Nations pursuant to Article 102 of the Charter.⁵⁰

This clarification has some practical implications. Article 37, Paragraph 1 of the ILO Constitution provides that “any question or dispute relating to the interpretation of the Constitution or of any subsequent Convention concluded by its Members in pursuance of the provisions of this Constitution shall be referred for decision to the International Court of Justice” [emphasis added]. If it were presumed that the ILO was adopted in 1946 and entered into force in 1948, the ICJ would not have jurisdiction over the interpretation of ILO conventions adopted prior to these dates. However, since the “Constitution” of the ILO is simply a renamed version of Part XIII of the Treaty of Versailles (and corresponding parts of the other peace treaties), the term “any subsequent convention” also applies to ILO conventions adopted after the conclusion of the Treaty of Versailles. Consequently, all ILO conventions are within the jurisdiction of the ICJ under Article 37. The amendment of 1946 that replaced the term “interpretation of this treaty” with “interpretation of this Constitution”⁵¹ further underscores this point.

6. CONCLUSION

The legal status of the Constitution of the International Labour Organization has largely been overlooked by international lawyers, although it was well recognised internally within the ILO. During the 1945 amendment of the Constitution, Jenks, the then legal advisor to the International Labour Office, noted:

The present formal status of the Constitution of the Organisation is an unusual one. The Constitution formed one of the “Parts” of each of the 1919–1920 peace treaties, and the only title given to it in those treaties is the one word “Labour”. Like the Covenant, the Constitution was brought into effect by virtue of the provisions of several distinct treaties which came into force on different dates, but unlike the Covenant it did not enjoy pride of place and, instead of appearing in the various treaties as a distinguishable instrument with a proper title and a uniform numbering of its articles, it was included in the Treaties of Versailles, St. Germain, and Trianon, and in the unratified Treaty of Sèvres as Part XIII, and in the Treaty of Neuilly as Part XII, the numbering of its articles differing in each case. For this reason it was referred to, during the first fifteen years of the history of the Organisation, as Part XIII of the Treaty of Versailles and the corresponding Parts of the other Treaties of Peace. But the form in which the Constitution was embodied in the various treaties does not affect the fact that in legal substance Part XIII of the Treaty of Versailles, Part XIII of the Treaty of St. Germain, Part XII of the Treaty of Neuilly, and Part XIII of the Treaty of Trianon were merely successive incarna-

⁵⁰ It is the instruments of amendment that are registered. *See* Constitution of the International Labour Organization, 191 UNTS 2581; 466 UNTS 6752; 958 UNTS 13747; 3124 UNTS 53623.

⁵¹ Instrument of Amendment, Annex, *supra* note 48.

tions of a single constituent instrument which by 1934 had acquired an existence which for all practical purposes was distinct from that of the various treaties by virtue of the provisions of which it was brought into effect.⁵²

The present article only slightly elaborates on Jenks' explanation. Yet, while Jenks' observations may hold for practical purposes – as he himself emphasises – the ILO Constitution is nothing but amended of Part XIII of the Treaty of Versailles (and corresponding parts of the other peace treaties). No separate treaty named the Constitution of the International Labour Organization has ever been concluded. As indicated by the French Ministry of Foreign Affairs website, Part XIII of the Treaty of Versailles (and corresponding parts of the other peace treaties) remains valid today.

⁵² Instrument for the Amendment of the Constitution of the International Labour Organisation, Recommendation and Resolutions adopted by the International Labour Conference at its 27th Session, 27(1) Official Bulletin (1945), p. 114–115, para. 2.

THE ICJ'S POWER TO ISSUE INTERIM MEASURES ACCORDING TO ARTICLE 41 OF THE ICJ STATUTE AT THE TEST: *SOUTH AFRICA V. ISRAEL* BEFORE THE ICJ

1. INTRODUCTION

There can be no doubt that the Gaza conflict of 2023/2024 with tens of thousands of deaths was unleashed by the murderous Hamas attacks of 7 October 2023 (and of other terrorist groups) against mostly civilians in Israel. The subsequent extremely strong reaction by Israel had some military success but tested the limits of international humanitarian law, with many signs that these borders had been transgressed. The ensuing situation became a matter of public discussion and contention at a global scale that few other issues see. These controversies unfolded along political and ideological dividing lines: they pit East against West and the Global South against Western Israeli allies.

Ultimately, it became a test case for the suitability of the international judiciary contributing workable solutions to deeply entangled political conflicts to which international law has so far not been able to provide solutions. At its core stands the Palestine conflict, which has been virulent since the very beginnings of the UN era and which remains unresolved. While ICJ jurisdiction is still limited in scope and dependent on state consent, various attempts have been made recently to overcome these hurdles, especially if *erga omnes* obligations, “obligations of a State towards the international community as a whole”,¹ are at issue. As shown below, such attempts can also be encountered in the present case. Here, the attempt was made to use the Genocide Convention of 1948 to bring immediate relief to the Palestine population in Gaza presently under enormous strain by the Israeli counter-attack, on the one hand, and to start a sort of public interest litigation whereby the Palestine cause should be advanced in more general terms, on the other hand. In the following, the

¹ See ICJ, *The Barcelona Traction, Light and Power Company, limited (Belgium v. Spain)*, Judgement, 5 February 1970, ICJ Rep 1970, p. 32.

* Peter Hilpold – Professor at the University of Innsbruck. ORCID: 0000-0001-9947-3972.

potential and the limits of such an approach is outlined, with particular reference to the instrument of interim measures according to Article 41 of the ICJ Statute.²

2. THE UNFOLDING OF THE CONFLICT

On 7 October 2023, about 3,000 fighters from Hamas and other terrorists groups entered Israeli territory – mainly from Gaza – and killed more than 1,200 people, predominantly civilians, and not sparing the elderly, women and children. The most cruel and gruesome acts were committed in the murder spree. Attacks against the Israeli civilian population included unspeakable sexual violence against women and girls, “perpetrated with shocking brutality”.³ The scale of this massacre would not have been possible if not for a dramatic failure of Israel intelligence and security, which largely remained inactive for hours after the attacks began. The aggressors were also able to abduct about 250 hostages before the borders were closed, whilst the terrorists remaining on Israeli territory were arrested or killed, and a bombing campaign started against Gaza. Nearly three weeks later, on 27 October, an Israeli ground offensive began.

At the time of writing, this campaign was still ongoing. It has caused more than 30,000 deaths, primarily civilians. The blockade of Gaza and subsequent military campaign, with the widespread destruction of homes, infrastructure and hospitals, caused a public health disaster and spread infectious diseases, malnutrition and hunger.⁴ Investigations by the UN and other international institutions are underway as to possible war crimes committed both by Israeli and Palestinian armed groups, including Hamas.⁵ There is consistent evidence that Israeli hostages continue to be victims of sexual abuse, even in captivity.⁶

Although Israel was able to inflict heavy casualties to the terrorist network, at the time of writing (April 2024), Israeli forces have not been able to uproot Hamas nor to liberate a significant number of the hostages. The reach, the limits and the contradictions of international humanitarian law are being tested like never before

² This contribution builds on P. Hilpold, *South Africa v. Israel: A Solomonic Decision as “Constructive Ambiguity”*, <https://verfassungsblog.de/south-africa-v-israel-a-solomonic-decision-as-constructive-ambiguity> (accessed 8 April 2024).

³ See Security Council Meetings Coverage, Reasonable Grounds to Believe Conflict-Related Sexual Violence Occurred in Israel During 7 October Attacks, Senior UN Official Tells Security Council, SC/15621, 11 March 2024, <https://press.un.org/en/2024/sc15621.doc.htm> (accessed 8 April 2024).

⁴ See ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order, 26 January 2024, ICJ Rep 2024, para. 47, which cites a series of independent and reliable sources.

⁵ AOA, *Alleged Violations of International Humanitarian Law in the Israel-Palestine Conflict: A Simple Explainer*, <https://aoav.org.uk/2023/alleged-violations-of-international-humanitarian-law-in-the-israel-palestine-conflict-a-simple-explainer/> (accessed 8 April 2024).

⁶ P. Kingsley, R. Bergman, *Israeli Hostage Says She Was Sexually Assaulted and Tortured in Gaza*, <https://www.nytimes.com/2024/03/26/world/middleeast/hamas-hostage-sexual-assault.html> (accessed 8 April 2024).

in modern history. As Hamas and other terrorist groups are hiding behind the civilian population, and even in tunnels beneath hospital complexes, innocent civilians are in the crossfire. The attempt to cut Hamas terrorists' supply of food and water prompted the risk of starvation for large parts of the Palestine population.

It may be true that protected civilian sites can become legitimate targets of warfare once they are abused by combatants,⁷ but there is the evident risk that a civil war can thereby fully escalate, with the total elimination of any limits and restraints set by international humanitarian law. The principles of distinction (between combatants and civilians)⁸ and proportionality⁹ have to be respected to the utmost possible extent.¹⁰

The related questions are not new and are not even specific to the Gaza conflict: It cannot be ignored that the "human shields tactic" used especially in asymmetric warfare harbours the risk of decisively altering the symmetry in the legal position of the belligerents if the protection of civilians should remain absolute.¹¹ Although this raises the question of how a balance should be struck between these contending values, goals and interests,¹² there can be no doubt that the very existence of the broad body of international humanitarian law proves the need to prioritise the protection of civilians as much as possible.¹³

With the UN Security Council blocked by juxtaposed allegiances and different visions about right and wrong in the present conflict, it was understandable that international judicial organs, in particular the ICJ, were looked to for relief. Alas, the ICJ holds no jurisdiction to act as an arbiter in a contentious case regarding allegations of international humanitarian law violations in the Gaza conflict.

South Africa instituting proceedings against Israel on the basis of the Genocide Convention can be seen in different lights: as an act stemming from the true belief that genocide has been committed, is ongoing and must be stopped and that Israel has to be sanctioned for this crime; as an act intended to deflect the attention of South Africa's own population from a dismal internal situation and to posit South Africa

⁷ "A hospital or school may become a legitimate military target if it contributes to specific military operations of the enemy and if its destruction offers a definite military advantage for the attacking side" – ICRC, *Frequently Asked Questions on the Rule of Law*, <https://www.icrc.org/en/document/ihl-rules-of-war-faq-geneva-conventions> (accessed 8 April 2024).

⁸ See Art. 52 para. 2 of the Additional Protocol I of 1977 to the Geneva Conventions 1977, 1125 UNTS 17512.

⁹ See *Ibidem*, Art. 57 para. 2. As to the problem of properly measuring proportionality, see e.g. R. Kolb, *International Humanitarian Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham: 2014, p. 152 ss. and N. Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Turin: 2017, p. 209 et f.

¹⁰ In case of "dual-use objects", i.e. objects which are actually or potentially used both for civilian and military objectives, it is said that "special care and precautions in attack will need to be taken when targeting them". See D. Turn, *Military Objectives*, in: R. Livoja, T. McCormack (eds.), *Routledge Handbook of the Law of Armed Conflict*, Routledge, Oxon: 2016, p. 139–156 (n. 152).

¹¹ See E. Cannizzaro, *Proportionality in the Law of Armed Conflict*, in: A. Clapham, P. Gaeta (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford University Press, Oxford: 2014, p. 332–352.

¹² "If the defenders are using the presence of movement of civilians "in attempts to shield military objectives from attacks", as was done by the Iraqis during the First Gulf war, how (if at all) is that factored in to the proportionality equation?" See D. Turn, *supra* note 10.

¹³ See E. Cannizzaro, *supra* note 11, p. 343.

as a standard bearer of the Global South; as an astute move to exploit an instrument designed for quite different purposes in order to judicialise an otherwise intractable conflict exacting an intolerable humanitarian toll; or as a combination of all these motives and considerations.

3. *SOUTH AFRICA V. ISRAEL* (“GENOCIDE IN THE GAZA STRIP”)

On 29 December 2023, the Republic of South Africa filed an application at the ICJ in The Hague against the State of Israel alleging violations in the Gaza Strip of obligations under the Genocide Convention.¹⁴ In this application, South Africa maintained that Israel had breached and continued to breach its obligations under the Genocide Convention and requested *inter alia* that Israel ensure the persons committing genocide or directly and publicly inciting genocide are punished; collect and conserve evidence in furtherance of these obligations; and perform the obligations of reparation in the interest of Palestinians. Furthermore, South Africa requested a series of provisional measures with reference to Article 41 of the ICJ Statute. It petitioned the Court to request Israel to suspend its military operations, take all reasonable measures within their power to prevent genocide and desist from committing any and all acts within the scope of Article II of the Convention.

In its Order of 26 January 2024, following a detailed analysis of allegations concerning widespread violations of international humanitarian law in Gaza, the ICJ came to the conclusion

that at least some of the rights claimed by South Africa and for which it is seeking protection are plausible. This is the case with respect to the right of the Palestinians in Gaza to be protected from acts of genocide and related prohibited acts identified in Article III, and the right of South Africa to seek Israel’s compliance with the latter’s obligations under the Convention.¹⁵

With regard to the consequent need to indicate provisional measures when irreparable prejudice could be caused to rights which are the subject of judicial proceedings, the ICJ emphasised that its task was not to determine the existence of breaches of obligations under the Genocide Convention, “but to determine whether the circumstances require the indication of provisional measures for the protection of rights under this instrument”.¹⁶ On this basis, deviating to a considerable extent from the requests made by South Africa, in both their material content and their wording, the Court considered that Israel must take all measures in relation to Palestinians

¹⁴ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order, ICJ Rep 2024, para. 2.

¹⁵ *Ibidem*, para. 56.

¹⁶ *Ibidem*, para. 62.

in Gaza to prevent the commission of all acts within the scope of Article II of the Genocide Convention.¹⁷

Israel was furthermore required “to take all measures within its power to prevent and punish the direct and public incitement to commit genocide in relation to members of the Palestinian group in the Gaza Strip”,¹⁸ “to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance to address the adverse conditions of life faced by Palestinians in the Gaza Strip”¹⁹ and to “take effective measures to prevent the destruction and ensure the preservation of evidence” related to allegations of genocide.²⁰ Israel was then obliged to report, within one month, on the measures taken to implement the Order, whilst South Africa was granted the right to comment thereon.²¹

4. A FIRST ASSESSMENT OF THE ORDER OF 26 JANUARY 2024

In a partisan approach, the ICJ Order of 26 January 2024 could have been, and in fact it was, celebrated as a victory for South Africa. Genocide, as “the crime of crimes”, is a violative act that casts extreme blame on the perpetrating state. Symbolically, it could be equated to a “mark of Cain”, an indelible sign of the most heinous wrongdoing a state could be accused of. This being so, the drafters of the Genocide Convention were well aware of the need to craft extremely demanding requisites for such a crime to be committed. As is well known, Article 2 of the Genocide Convention 1948 defines genocide as

any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnic, racial or religious group, as such:

- (a) Killing members of the group;
- (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
- (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
- (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
- (e) Forcibly transferring children of the group to another group²².

It is this particular volitive element, the “intent to destroy”, which is required in addition to the will to commit any of the five acts enumerated in (a) to (e) that is so hard to prove and which ensures that the charge of genocide should be reserved for the most outrageous manifestations of the crimes mentioned above.

¹⁷ *Ibidem*, para. 78.

¹⁸ *Ibidem*, para. 79.

¹⁹ *Ibidem*, para. 80.

²⁰ *Ibidem*, para. 81.

²¹ *Ibidem*, para. 82.

²² Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 78 UNTS 27.

An order of provisional measures does not require that breaches of obligations under the Genocide Convention be determined previously, but, according to Article 41 of the ICJ Statute, emphasis is put on the preservation of “the respective rights of either party”.

In order to lend more substance and authority to its decisions based on Article 41, the ICJ introduced, rather recently, the “plausibility” criterion that should guide its decision to grant or reject requests for preliminary measures.²³ As a result, the Court thereby seemingly created a test that would at least incidentally allow for a *prima facie* review of the merits, to ascertain whether, according to the Roman Law tradition, a “*fumus boni iuris*” was given. In reality, however, considerable doubts regarding this test remained.²⁴ Whilst there has been some confidence that this “plausibility test” has consolidated somewhat in the meantime, in reality the warning expressed by Judge Cançado Trindade in *Ukraine v. Russia* of 2017 very pertinently pinpoints the basic problems with this test. In fact, as Judge Trindade remarked, there are two aspects to this test: It can refer to the plausibility of rights or to a “factual plausibility”.²⁵

In its Order of 26 January 2024 the ICJ did not specify this issue further, but in the discussion and the interpretation of this Order the confusion seems pervasive. The ICJ reformulated the need to “preserve the rights of either party” as a need “to determine whether the circumstances require the indication of provisional measures for the protection of rights under this instrument”. In the first analyses some assumed that “the International Court of Justice has said already that it is plausible that Israel harbored [an intent to destroy]”.²⁶

Whether such an assumption is justified is open to debate. It is true that in abstract theory the “protection of rights under the Genocide Convention” is needed and possible if an “intent to destroy” can at least to a some extent be assumed. But how can such an extremely demanding requisite be determined – even to a purely rudimentary degree – in a provisional proceeding if it is so hard to prove its existence in the merits, with its fully-fledged probatory guarantees? No further hints can be found in the Order of 26 January 2024 that the ICJ had identified and ascertained elements of this kind to a degree that could warrant a somewhat robust, albeit purely anticipatory, statement about the “plausibility” that this volitive element was given.

These considerations may sound like sophism, but upon closer inspection they point not only to a possible, far-reaching misunderstanding, but also to a conundrum that had to be solved in some ways by the ICJ. How to engage, even provisionally,

²³ See ICJ, *Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Provisional Measures, 19 February 2009, ICJ Rep 2009, p. 139 and 151.

²⁴ See C. Miles, *Provisional Measures and the “New” Plausibility in the Jurisprudence of the International Court of Justice*, 87 British Yearbook of International Law 1 (2018), p. 41.

²⁵ See ICJ, *Ukraine v. Russia*, ICJ General List No. 166 (38); Judge C. Trindade, cited according to C. Miles, *supra* note 24, p. 45.

²⁶ See J.B. Quigley, *Legal Standard for Genocide Intent: An Uphill Climb for Israel in Gaza Suit*, <https://www.ejiltalk.org/legal-standard-for-genocide-intent-an-uphill-climb-for-israel-in-gaza-suit/> (accessed 8 April 2024).

in such a demanding assessment when thousands of civilians are dying? Prompt reaction was needed, and to deny jurisdiction in the face of such an extreme humanitarian challenge could have been interpreted as a miserable failure of one of the most prominent international institutions when most hope had been pinned on it. The ICJ took recourse to a Solomonic approach: With no trace of even ephemeral proof for Israel's "intent to destroy" being delivered, the ICJ seemed to concentrate on the material consequences of warfare in Gaza, where innocent people were dying in droves.

The way Israel conducted – and at the time of writing, still conducts – its military operations in Gaza has been met with sharp reproach even by its closest allies, notwithstanding the ever more horrifying facts about the Hamas massacres that have become public or the fact that Hamas (and related terrorist groups) constituted and still constitute an existential threat for Israel. That Israel should have a right to self-defence when confronted with such an attack can hardly be denied. Nonetheless, the challenge to humanitarian law resulting from the Israeli counter-attack was deemed unbearable by an ever-growing number of governments and by an increasingly impatient international civil society.

5. THE SHAKY JURISDICTIONAL BASIS FOR A GENOCIDE PROCEEDING BEFORE THE ICJ AGAINST ISRAEL

The ICJ's finding that "at least some of the rights claimed by South Africa and for which it is seeking protection are plausible"²⁷ has been celebrated, in particular by Israel's enemies. The way the ICJ came to this conclusion and the legal reasoning behind it, raises many questions. The following warning by Professor Hugh Thirlway, one of the most prominent experts on the ICJ procedure, comes to mind:

The provisional measures procedure has always offered a temptation to States to commence proceedings on a shaky jurisdictional foundation in the hope of getting at least the short-term benefit of an order of provisional measures, and this is all the more attractive when the order is recognized to be immediately binding, even if unenforceable.²⁸

In political comments, allegations were consistently made that South Africa acted out of (internal) political motives and in line with a historical consistent pattern of pro-Palestine alignment.²⁹

²⁷ See ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order, ICJ Rep 2024, para. 54.

²⁸ See H. Thirlway, *The International Court of Justice*, in: M.D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2018, p. 598.

²⁹ See e.g. A. Lubotzky, *Israel-Palestine Conflict Divides South African Politicians – What Their Responses Reveal About Historical Alliances*, <https://theconversation.com/israel-palestine-conflict-divides-south-african-pol>

Even more so, the “sister proceeding” initiated by Nicaragua against Germany on 1 March 2024 concerning Germany’s alleged violations of the Genocide Convention 1948 and the Geneva Conventions 1949 and their Additional Protocols by continuing to aid and assist Israel is legally untenable and apparently designed to muster political support for Nicaragua’s government, itself accused of widespread human rights abuses.³⁰

The granting of standing to all parties to the Genocide Convention in case of an alleged genocide is not a problem as such and legally correct in any case (where no reservations were made), in view of the clear provision in Article IX of the Genocide Convention.³¹ Thus, there is nothing to object to the fact that Gambia filed an application against Myanmar in view of the horrific massacres carried out by the Myanmar military junta against the Rohingya people.³² The situation is different, however, when this provision is blatantly abused, as in the case of *Nicaragua v. Germany*, where all the substantive elements for action are missing: Not only is there, as shown, no proof at all of a genocide unfolding or having happened according to the Genocide Convention, but it is even less demonstrable that Germany lent aid and assistance to such a crime (or to the violation of humanitarian law of any sort). Theoretically, the plaintiffs could rely on both Article 16 of the ILC draft articles on state responsibility (ASR) (giving aid and assistance when there is a breach of international law) and on Article 41 para. 2 ASR (rendering aid and assistance in maintaining a situation created by a serious breach of peremptory norms – at least some of the alleged violations, primarily those concerning the Genocide Convention, surely relate to peremptory norms). In reality, however, such an attempt must fail on both material and procedural grounds. In fact, whilst it is true that Germany is cooperating closely with Israel and provides aid and assistance, even military aid, there is no evidence that this help is used to carry out an internationally wrongful act and surely no such knowledge can be attributed to Germany.³³ On procedural grounds, the so-called

iticians-what-their-responses-reveal-about-historical-alliances-215349 (accessed 8 April 2024); C. McGreal, *How Apartheid History Shaped South Africa's Genocide Case Against Israel*, <https://www.theguardian.com/world/2024/jan/08/south-africa-genocide-case-israel-apartheid-history> (accessed 8 April 2024); P. Fabricius, *The Complex Politics of South Africa's Genocide Case Against Israel*, <https://www.thenation.com/article/world/the-complex-politics-of-south-africas-genocide-case-against-israel/> (accessed 8 April 2024).

³⁰ See M. Simons, *Nicaragua Takes Germany to Court Over Supplying Arms to Israel*, <https://www.nytimes.com/2024/04/08/world/middleeast/nicaragua-germany-world-court-israel-arms.html> (accessed 8 April 2024). ICJ, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*, Order, 30 April 2024, ICJ Rep 2024, by which the ICJ rejected Nicaragua’s request for provisional measures, deserves unconditional approval.

³¹ This provision reads as follows: “Disputes between the Contracting Parties relating to the interpretation, application or fulfilment of the present Convention, including those relating to the responsibility of a State for genocide or for any of the other acts enumerated in article III, shall be submitted to the International Court of Justice at the request of the parties to the dispute.”

³² See for a critical standpoint in this regard Post by Stefan Talmon (Lecture at the Twitter in 3 March 2024), <https://twitter.com/StefanTalmon/status/1764250387869999275?s=20> (accessed 8 April 2024).

³³ See ILC, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries* (2001), p. 66, para. 4.

Monetary Gold principle applies here: Because the wrongfulness of aid and assistance by the assisting state depends on the wrongfulness of the acts by the assisted state, the ICJ could decide on the allegations against Germany without Israel being a party to the proceeding.³⁴ The fact that a parallel proceeding is underway between South Africa and Israel is of no relevance here, let alone the fact that Nicaragua's accusation against Germany is far broader than that of South Africa against Israel, as they extend well beyond the Genocide Convention and generally concern international humanitarian law.

This intermingling of allegations relating to different norms endowed with different natures and protection instruments is also characteristic of the whole proceedings of *South Africa v. Israel*, and therefore most likely also a major hindrance for the ICJ to side with South Africa on the merits: The very substance of the allegations concerns violations of international humanitarian law. In this area violations by Israel might be plausible, but no jurisdiction is given to the ICJ in this regard and in this situation.

Although the ICJ in its Order of 26 January 2024 managed to avoid any clear positioning as to the exact dividing line between the reach of the Genocide Convention (on which South Africa's claim was based) and that of international humanitarian law (not providing any standing to the plaintiff to act in this case), when deliberating on the third Order of 28 March 2024, four judges (Xue, Brant, Gómez Robledo and Tladi) relied explicitly on international humanitarian law (Articles 55 and 56 of the Fourth Geneva Convention of 1949) when they deplored the unacceptable humanitarian situation in the Gaza Strip.³⁵ There can be no doubt that this situation cries out for action, even though the Genocide Convention is hardly the right basis for judicial proceedings on this extreme crisis before the ICJ.

6. CONCLUSIONS – A NEW LOOK AT THE ROLE OF PRELIMINARY PROCEEDINGS

As evidenced, the present case might provide a further impetus to reassess the prerequisites of interim measures according to Article 41 of the ICJ Statute. It has been shown that in recent years much attention has been paid by both the ICJ and academic writers to the so-called “plausibility test”, which seemed to introduce at least some elements of an assessment of the merits for when a request should be advanced to “preserve the rights of the parties” in a preliminary way. A closer look at this test, however, reveals that it is not able to provide greater authority to the respective decision by the Court because much uncertainty and confusion are still associated with the related assessment. These uncertainties become even greater if

³⁴ *Ibidem*, p. 67, para. 11.

³⁵ See also T. Mimran, *Reflections on the Right to be Heard and on Substantive Justice*, in: *Third Provisional Measures in South Africa v. Israel: Reflections on the Right to be Heard and on Substantive Justice*, <https://verfassungsblog.de/third-provisional-measures/> (accessed 8 April 2024).

erga omnes obligations are at issue in the face of radical challenges to basic human rights insufficiently protected by international law.

As was convincingly shown a long time ago,³⁶ the Court's power to indicate interim measures resides in the State's consent to be bound by the whole ICJ Statute, including Article 41; this consent is not to be equated with that which establishes the substantive jurisdiction of the Court.³⁷ There is no denial that a plausibility test taken seriously and anticipating some decisive elements of the merits could further "objectivise" decisions about interim measures. It is not clear, however, whether such an approach would always make sense, and in any case, in *South Africa v. Israel*, the ICJ seems to have primarily paid lip service to any plausibility test of substance.

The impression is that the ICJ has attributed a rather extensive reach to this "consent to be bound by the whole ICJ Statute" in the case at hand, obviously also in view of the "magnitude of the interests at stake"³⁸ concerning pivotal *erga omnes* obligations. Whilst there can be no doubt that eventually this power is also consent-bound, it appears that the ICJ is assuming here an authority that is fed by a growing State consent, in view of a broadening conviction that the most glaring lacunae in international law have to be overcome if basic humanitarian values are at stake.

The foregoing analysis might seem to offer a dire picture of not only the ongoing conflict in Gaza, but also of the pertinent international law. Nonetheless, a closer look at the basic circumstances of this struggle could be seen to reveal that at least an attempt is underway to overcome far-reaching lacunae in international law in general, and international humanitarian law in particular. Israel is faced with brutal aggression by terrorist groups which show no respect whatsoever for principles of international humanitarian law. This country has reacted in a way that tested the outer limits of international humanitarian law and in many cases may also have gone beyond what this branch of international law permits. From a strictly legal perspective the Genocide Convention is hardly the right legal basis to discuss this situation before the ICJ, although reference to this instrument has nonetheless permitted the extraordinary challenge unfolding after 7 October 2023 to be addressed before this highly respected Court. The words pronounced by the Court call for moderation and restraint, and it is remarkable that the ICJ did not neglect the lot of the abducted hostages. Further evidence is thus given to the fact that the accusation of genocide, whatever the political motives behind it might have been, has opened the door for the ICJ to rule on a conflict which has reached an intolerable dimension.

³⁶ See M. Mendelson, *Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction*, 36 British Yearbook of International Law (1973), p. 308, 320.

³⁷ *Ibidem*, p. 278, which also cites Sir Hersch Lauterpacht voicing a similar view, very early in the ICJ's existence: "The Court may properly act under the terms of Article 41 provided there is in existence an instrument such as a Declaration of Acceptance of the Optional Clause, emanating from the Parties to the dispute, which *prima facie* confers jurisdiction upon the Court" (H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge University Press, Cambridge: 1958, p. 112).

³⁸ See M. Mendelson, *supra* note 36, p. 318.

It would have been preferable to address this situation on a more appropriate legal basis, but this conflict has once again revealed the glaring deficits of international humanitarian law,³⁹ particularly with regard to implementation instruments and their reach and relevance in asymmetrical conflicts with the involvement of a non-state party not prepared to respect the minimum rules of international humanitarian law from the very outset. The preliminary procedure, a still somewhat alien element in the ICJ procedural system,⁴⁰ has revealed here astonishing potential. With all the conflicting goals and aims at play in the seemingly unsolvable Israel–Palestine conflict, it opened up a forum where at least a minimum of a dialogue, indirect as it may be, could be established.⁴¹ Irreconcilable as the conflicting goals and ambitions appear in this case – there is surely no mathematical, logical solution that international law could offer to solve the fundamental conflicts at issue – the formalism of (preliminary) justice can offer a voice to the oppressed and persecuted,⁴² precisely because preliminary proceedings are so detached from the need to prove the soundness of the claims on the merits. Whilst the consent rule in international jurisdiction might often constitute an unsurmountable obstacle for discussing challenges in dire need to be brought before an international court, the specifics of preliminary proceedings might provide relief, despite the uncertainties still associated with them and perhaps exactly because of them. *South Africa v. Israel* is therefore an important test case for the role of preliminary proceedings in the ICJ system and, even more importantly, for the function of State consent in an international order in which *erga omnes* obligations acquire ever more importance⁴³ and where central institutions are challenged to attribute ever greater importance to the underlying fundamental values.

³⁹ As to the shortcomings of international humanitarian law, see F. Mégret, *The Limits of the Laws of War*, in: B. Fassbender, K. Traisbach (eds.), *The Limits of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford: 2019, p. 283–295.

⁴⁰ For more details on this procedure see K. Oellers-Frahm, *Article 41*, in: A. Zimmermann, C.J. Tams, K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford: 2012, p. 1026–1077.

⁴¹ For more on the difficulties reconciling the different conflicting interests and goals at issue, see also M. Arcari, *Quali misure cautelari della Corte internazionale di giustizia per il caso Sud Africa c. Israele?*, 18(1) *Diritti Umani e Diritto Internazionale* 147 (2024), p. 147–164.

⁴² As to this function of justice in international law in general, see M. Koskeniemi, *What is International Law For?*, in: M. Evans (ed.), *International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2019, p. 42.

⁴³ However, this is not to ignore that regarding the merits we are not yet there as long as the findings in ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, ICJ Rep 2009, p. 165–200 are still relevant.

THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER: TOO FRAGILE TO BE AN ATTRACTIVE SAFETY NET? OR ARE WE WITNESSING A FATAL EROSION OF THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER?

1. INTRODUCTION

The current public international law situation is plagued with problems. For the past five years the international legal order has been in serious trouble. Firstly, there is the Russian aggression against Ukraine, which is seriously affecting the basis of the international legal order, namely the principle of the non-use of force.¹ To take another example, the international economic order is threatened, for one reason or another, by the USA by not nominating new judges for the Appellate Body of the WTO. This makes any legal solution of economic conflicts between states more or less impossible, which had been the greatest advantage of the new international economic order.² Moreover, following the recent Palestinian aggression against Israel and the invasion of Israel into Palestinian territory, there has been considerable bloodshed, bringing into question any rules of *jus contra bellum* and *jus in bello*.³

These three hotspots shall arise as particular examples for this short illustration that it may be easier than ever to breach the international legal order if one has good excuses, and that such behaviour is basically not seriously threatened with sanctions by the international community. This rather sad perspective is taken in order to

¹ For a legal account see S. Hobe, *Is Article 2 (4) of the United Nations Charter Still Alive?*, in: P.B. Donath, A. Heger, M. Malkmus, O. Bayrak (eds.), *Der Schutz des Individuums durch das Recht. Festschrift für Rainer Hofmann zum 70. Geburtstag*, Berlin: Springer, 2023, p. 31 ff.

² For a description, see L. von Daniels, S. Dröge, A. Bögner, *WTO-Streitschlichtung: Auswege aus der Krise*, 10 January 2020, <https://www.swp-berlin.org/publikation/wto-streitschlichtung-auswege-aus-der-krise> (accessed 10 September 2024).

³ See e.g. the complaint of *South Africa v. Israel* because of alleged genocide in the Gaza strip of 29 December 2023, CR 2024/1, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf> (accessed 10 September 2024).

* Stephan Hobe – Professor Dr. Dr. h.c.; director of the Institute of Air Law, Space law and Cyber Law as well as co-Director of the International Investment law Centre Cologne. ORCID: 0000-0002-2604-7443.

honour my friend Władysław Czapliński, one of the leading scholars of international law in neighbouring Poland. We have known each other for more than 20 years and have taken several courses together, be it in Cologne, Warsaw or Gdańsk.⁴ In more recent times we even felt encouraged or obliged to institutionalise German-Polish talks on public international law, the first of which took place in 2021 in Bonn⁵ and the second of which is planned for this year in Szczecin. This shows that on the basis of a close friendship, an increasingly close relationship between Polish and German leading international lawyers can come into existence, which is still a wonderful thing to see, considering the sometimes difficult more recent Polish-German history.

2. DEVELOPMENTS I

Everything started so well after 1990: the demise of communist governance over Eastern Europe opened up new possibilities, not only for Europe or for Germany, but for the entire world. It should be mentioned here that it was of course a genuine Polish initiative that was so helpful and that made us hope for fresh perspectives for the international legal order as well. It was in these times that several so-called humanitarian interventions first showed that the utter disregard of human rights, even within a country, would be concerning for the international legal community and would thus provoke humanitarian interventions ordered either by a group of states or by the Security Council.⁶

Moreover, there were promising new aspects with the foundation of the WTO. All earlier attempts to establish an International Trade Organisation as an institutionalised body for the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) had failed.⁷ In fact, after 1945, the GATT was playing a singular role and almost became institutionalised.⁸ After long negotiations, in 1994 the international community succeeded in founding the WTO, which was to govern over the functioning of the GATT, the General Agreement on Trade in Services (GATS) and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). This was a very important step, so to speak, in creating an organisation that could resolve international economic differences among countries by legal means. The system of panels and the Appellate Body served to help solve economic conflicts.

Moreover, in 1998 the racial discriminatory dictatorship of the white minority in South Africa came to an end, and the black majority – personified in the liberation fighter Nelson Mandela – took over without any bloodshed. This gave very much

⁴ See the protocols of the meetings between 1999 and 2013.

⁵ See: *50 Jahre Deutsch-Polnischer Vertrag und 30 Jahre Zwei-Plus-Vier Vertrag*, 41 Polish Yearbook of International Law (2021), p. 9–144.

⁶ For a description, see S. Hobe, *Einführung in das Völkerrecht*, UTB, Stuttgart: 2020, p. 36 ff.

⁷ *Ibidem*, p. 317–320.

⁸ *Ibidem*, p. 322 ff.

hope to the idea that conflicts, even as severe as this racial segregation that had been going on for more than 60 years, could be solved by peaceful means.⁹

3. DEVELOPMENTS II

Unfortunately, the positive first aspects of the new international order did not last long. Let's describe the various scenarios. Firstly, the WTO lasted for some time and the panel and Appellate Body system worked fairly well. There were some problems, but these problems seemed solvable.¹⁰ Increasingly, however, the United States became uneasy about the composition of the Appellate Body in particular. They started to block any new nominations of judges for the Appellate Body. With this, the new prospect of solving international economic conflicts by legal means came to an end.¹¹

Moreover, the situation in Africa deteriorated. In South Africa the peaceful changes that had made people so hopeful continued, but did not endorse the peaceful element within the races of the South African society under Nelson Mandela's successors, Thabo Mbeki and particularly Jacob Zuma, as he wanted. More and more, the African National Congress – as the only governing party for over 25 years – became a clan that was more interested in preserving its own advantage than doing good for the South African people. The rule of law was abandoned to a greater and greater degree.

This unfortunately coincided with a general weakness of governance in Africa. While the People's Republic of China understood the situation of the weak governments in Africa and built up its own presence by rebuilding infrastructure with Chinese people working in Africa,¹² this did not stabilise the African governments. Difficult examples in various parts of Africa show that there are still many problems.

Moreover, the situation in Russia had worsened over time. Inside the country Vladimir Putin was about to stabilise his governance by holding elections with no real opponent. The human rights situation was deplorable: all adversaries to Putin's governance were imprisoned. Moreover, in the early 2000s a propagandistic perception of Russia being deprived and having lost control of any parts of neighbouring territory began. This led to aggression against Abkhazia and Georgia in 2008.¹³

In 2014 the first part of the aggression against Ukraine started with the invasion of Crimea. Completely disregarding public international law, Russian troops occupied

⁹ Bundeszentrale für politische Bildung, *Das Ende der Apartheid-Gesetze*, 28 January 2016, <https://www.bpb.de/kurz-knapp/hintergrund-aktuell/219628/das-ende-der-apartheid-gesetze/> (accessed 28 January 2024).

¹⁰ L. von Daniels, S. Dröge, A. Bögner, *supra* note 2.

¹¹ *Ibidem*.

¹² For the Chinese attitude in Africa, see *Chinas Entwicklungsfinanzierung für Afrika, Stand 3.1.2024*, https://de.wikipedia.org/wiki/Chinesische_Entwicklungsfinanzierung_für_Afrika_ (accessed 29 January 2024).

¹³ See Bundeszentrale für politische Bildung, *Der Kaukasuskrieg 2008*, 1 August 2023, <https://www.bpb.de/kurz-knapp/Hintergrund-aktuell/523728/der-kaucasuskrieg-2008> (accessed 29 January 2024).

this peninsula and asserted that it was genuine Russian territory.¹⁴ Some plebiscites directed by Russia gave the impression that the population of Crimea was enthusiastic about now living in Russia.

4. DEVELOPMENTS III

The Russian aggression went on and in 2019 there was a well-prepared aggression against the entire territory of Ukraine, ideologically underpinned by the assertion that Ukraine had always belonged to Russia and that therefore this military operation was justified. Moreover, since 2018 there has been a total blockade of the dispute settlement system of the WTO due to the non-nomination of judges for the Appellate Body.¹⁵

On 7 October 2023 Hamas started bombarding people in Israel, killing people and of course provoking an Israeli reaction. As is well known, the situation in the Middle East was fragile from the very beginning. The UN mandated an Israeli state in the Middle East in 1947,¹⁶ but equally gave territory to Palestine. Ever since, the cooperation of the two countries has been extremely difficult. Israel's attempts to make peace with Egypt were successful,¹⁷ and there were also attempts to come to a peaceful settlement with the Palestinian Liberation Organisation under its leader Yasser Arafat, but in the end the entire peace process was unsuccessful. Ever since, all attempts of the international community to stabilise the situation and make it attractive by way of proposing a two-state solution have been unsuccessful.

5. THE UNITED NATIONS – A SAFETY NET?

Now one could very well ask how the United Nations has contributed to the situation that we currently have. More generally and more interesting for our viewpoint, one may ask whether its system of collective security is still helpful for countries wishing to abstain from the great struggles of our time. As is well known, the United Nations was a compromise after the end of the Second World War. It was a very fragile compromise between the United States and the Soviet Union, between US President Franklin D. Roosevelt, and later on Harry Truman, and Stalin for the Soviet Union. One thing was clear: the most powerful organ of the United Nations, the Security

¹⁴ For an account, see A. Peters, C. Marxsen, *Die Krimkrise und die Reterritorialisierung internationaler Konflikte*, https://www.mpg.de/8906607/mpil_jb_20141 (accessed 29 January 2024).

¹⁵ L. von Daniels, S. Dröge, A. Bögner, *supra* note 2.

¹⁶ Palestine plan of partition with economic union – General Assembly resolution 181 (II) Future government of Palestine, 29 November 1947, A/RES/181(II).

¹⁷ Bundeszentrale für politische Bildung, *Osloer Abkommen als Meilenstein im Friedensprozess*, <https://bpb.de/kurz-knapp/hintergrund-aktuell/275803/osloer-abkommen-als-meilenstein-im-nahost-friedensprozess> (accessed 29 January 2024).

Council – as the master of the system of collective security – would be composed of the victorious powers from the Second World War. These five powers, today the People's Republic of China, France, the United Kingdom, the United States of America and the Russian Federation, have the veto right in the Security Council to the effect that no sanction which is in principle foreseen by the system of collective security can be enacted against them or their allies. A lot of criticism has been raised, particularly as regards its representativeness.¹⁸

This is because these five countries no longer truly represent all the leading powers in the international system; on the Security Council there is no representative of an African state, nor of strong countries from Latin and South America, nor of economically strong countries like Japan. Discussions on a new composition of the Council are in progress,¹⁹ but will go on for quite some time because the existing powers in the Security Council have no interest in any change which would effectively mean giving away their superior position. As regards Africa, we have already mentioned the Chinese neo-colonialism that has infected large parts of Africa. Under strong Russian and Chinese influence, countries, starting with South Africa and others, have formed a group with which they hope to establish a counter to the West.²⁰ The BRICS states, currently composed of Brazil, Russia, India, China, South Africa and others are now taking countries like North Korea and Venezuela on board, countries that are adversaries to the United States. In other words, the United Nations of today is back to the disunity which characterised it during the Cold War between 1945 and 1990. Now, however, the situation is even worse than before because there are more centres of gravity that are not exactly inclined to cooperate.

6. PERSPECTIVES

Of course, the question is whether the system described above can offer any help to countries that are looking for direction. We are speaking of countries that, unlike European countries playing their own game and following more or less the same political direction, neither rally with the Western club under the leadership of the United States nor with China or Russia. What shall these countries do? This is exactly the situation for approximately 50 countries. Forty of them did not vote in favour of a resolution to condemn the Russian aggression against Ukraine. An equal number of countries, like South Africa, Brazil and others, abstained from the vote to condemn these clear aggressions because they did not want to hamper their eco-

¹⁸ See e.g. B. Fassbender, *The Security Council Reform is Possible but Unlikely*, in: A. Cassese (ed.), *Realising Utopia – The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2012, p. 52–60.

¹⁹ See Wikipedia, *Reform of the United Nations Security Council*, <https://www/en.wikipedia.org/wiki/Reform-of-the-United-Nations-Security-Council> (accessed 29 January 2024).

²⁰ See Bundeszentrale für Politische Bildung, *Erweiterung der BRICS-Gruppe*, <https://www.bpb.de/kurz-knapp/hintergrund-aktuell/540816/erweiterung-der-brics-gruppe/> (accessed 29 January 2024).

conomic relations with Russia. The problem today after a quarter of the 21st century is that these countries are left between the newly emerging blocs of gravity, like the United States, China and Russia, and other parts of the world which are opposed to any kind of cooperation.

Moreover, the entire situation may still change fundamentally because of the great challenge of climate change.²¹ Climate change does not care about political animosities. Climate change only asks for sincere cooperation – according to the principles of the United Nations – including help for the weaker countries of the international community to overcome the problems of climate change. In fact, the problem of climate change will prove whether the international body is still worth something.

At the end I want to remind the reader that in the late 1980s it was Poland and the movement of the people from the shipyards of Gdansk together with the Pope from Poland who helped to overcome communist dictatorship in the entire world. Perhaps it is overly optimistic that something may appear in the foreseeable future with regard to climate change. Without comparing Władysław Czapliński to the then Polish opposition, who strived for the rule of law and made a significant contribution to international legal governance, it may help to uphold this hope that one day in the not too distant future we may overcome the current ideological diversities and all strive for one aim: the survival of all mankind!

²¹ For a legal perspective on this entirely new situation, see German Constitutional Court, *NSU-Verfahren hinsichtlich drei weiterer Angeklagter rechtskräftig*, E 157/2021, Judgment, 19 August 2021, p. 30 ff, *inter alia* at p. 139 ff. with random note 199. See also S. Hobe, *supra* note 6, p. 452 ff. (community of states sharing climate risks).

THE RIGHT TO CULTURAL HERITAGE IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

1. INTRODUCTION

On 2 May 2024 the European Court of Human Rights (ECtHR or Court) ruled in a case concerning the famous ancient statue, “Victorious Youth”, one of the highlights of the J. Paul Getty Museum in California.¹ Found in 1964 in the waters of the Adriatic Sea, the artwork was brought to land in Italy, and smuggled to Germany where it was purchased by the Getty Trust in 1977. More than three decades later, the Italian authorities issued a confiscation order to recover the statue from the Museum. The applicants (the Getty Trust and fourteen members of its board of trustees) complained that the adoption of the order constituted a violation of their right to the peaceful enjoyment of their possessions, as guaranteed by Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights.² Yet the Court found that the Trust had not acted with the requisite diligence when purchasing the statue. It also recognised that Italy’s years-long efforts to recover this artwork were proportionate and legitimate in light of pursuing the general interest in protecting cultural heritage,³ and concluded that Italy did not violate the applicants’ rights. Thus, not only can this judgement be seen as contributing to the struggle against trafficking in archaeological objects, but also as reaffirming states’ sovereign rights and duties to formulate policies and adopt measures to protect and recover lost cultural heritage.

This article does not address the content of such policies and measures, however, nor the endless debates about the relationship between collective and individual rights.

¹ ECtHR, *The J. Paul Getty Trust and Others v. Italy* (App. No. 35271/19), 2 May 2024.

² Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (opened for signature 20 March 1952, entered into force 18 May 1954), 213 UNTS 262.

³ ECtHR, *The J. Paul Getty Trust and Others v. Italy*, *supra* note 1, paras. 404–408.

* Andrzej Jakubowski – Assistant Professor, Institute of Law Studies, Polish Academy of Sciences. ORCID: 0000-0002-4914-7068.

The Author wishes to acknowledge that the research for this contribution was carried out within the project titled Legal Forms of Cultural Heritage Governance in Europe – A Comparative Law Perspective, No. umo-2019/35/b/hs5/02084, funded by the National Science Centre (Poland), No. umo-2019/35/b/hs5/02084.



Instead, it queries whether the regime of the European Convention on Human Rights (ECHR)⁴ protects a “human right to cultural heritage” and discusses what such a right might entail. It attempts to answer these questions in the specific context of the human rights law and cultural framework established by the Council of Europe (CoE). Indeed, in no other regional law system to date has there been such a wide-ranging debate on the role of cultural heritage for society. The Court’s jurisprudence is discussed in the broader context of the CoE’s legal framework vis-à-vis the parallel practice of UN monitoring bodies. This contribution is thus about the ECtHR’s contribution to the global *ordre culturel*, and pays tribute to Professor Władysław Czapliński, a great legal mind, academician, music and fine arts connoisseur, with whom I have had the honour and great privilege of working and becoming friends.

2. CULTURAL HERITAGE AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Over the past three decades the relationship between culture, cultural heritage, diversity and human rights has been widely debated before various international fora. It has also been addressed in expanding treaty law and international jurisprudence.⁵ Yet the interplay between the legal and institutional system of human rights and the evolving legal concept of heritage is not an easy one. In fact, major international human rights instruments do not explicitly mention heritage; even references to culture or cultural life are rare or laconic. Moreover, the concept of culture was long associated only with “high”, institutionalised culture (museums, theatres, philharmonic orchestras *etc.*). This is partially understandable, inasmuch as most of these instruments, at both the international and regional levels, were adopted many years prior to the consolidation of heritage legislation worldwide. On the other hand, it is also true that “the original conception and the later development of human rights law were not extraneous to the notion of cultural rights and cultural heritage”.⁶ Indeed, the legal paradigm has shifted from the right to a thing of (exceptional) cultural value towards the right of individuals, communities and groups to enjoy and cherish their heritage, including traditional ways of life.⁷ This would mean that in a legal sense, heritage is more about its uses, interpretation and societal functions rather than on its institutionalised preservation and custody. In fact, the first years of the new millennium saw the birth

⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 4 November 1950, entered into force 3 September 1953), 213 UNTS 221, as amended.

⁵ See A. Jakubowski, *Cultural Rights and Cultural Heritage as a Global Concern*, in: M.-C. Foblets, M. Goodale, M. Sapignoli, O. Zenker (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, Oxford University Press, Oxford: 2022, p. 481–490.

⁶ F. Francioni, *Culture, Heritage and Human Rights: An Introduction*, in: F. Francioni, M. Scheinin (eds.), *Cultural Human Rights*, Brill-Nijhoff, Boston–Leiden: 2008, p. 8.

⁷ See e.g. M.-S. de Clippele, *Does the Law Determine What Heritage to Remember?*, 34(3) International Journal for the Semiotics of Law 623 (2021), p. 631.

of the international law framework bridging human rights, heritage(s) and cultural lives: UNESCO's Universal Declaration on Cultural Diversity (2001),⁸ Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (2003),⁹ and Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions (2005; CDCE),¹⁰ and the CoE's Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society (2005; Faro Convention).¹¹ In particular, this last treaty presents cultural heritage as a resource for human development, the enhancement of cultural diversity and the promotion of intercultural dialogue, and recognises that "rights relating to cultural heritage are inherent in the right to participate in cultural life, as defined in the Universal Declaration of Human Rights" (UDHR)¹² (Article 1(a)). The Faro Convention also constitutes the basis of major cultural programmes and agendas of the European Union.

Concerning these developments, the UN Human Rights Council (UNHRC), particularly within its special procedure—the mandate of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights and Diversity—has repeatedly confirmed that the protection and preservation of cultural heritage is "an important component of the promotion and protection of all human rights".¹³ Most significantly, the former Special Rapporteur, Farida Shaheed, concluded that there are a number of human rights issues related to cultural heritage; all of them relate to the right to access and enjoy cultural heritage: a right already founded and guaranteed in international human rights law.¹⁴ Accordingly, the right to cultural heritage may derive from and/or give rise to a variety of international human rights with an explicit reference to culture (such as the universal right to take part in cultural life, the right to enjoy one's own culture or the right to a cultural identity), to rights (in)directly linked to culture (such as the right to education, the rights to freedom of religion, freedom of expression or freedom of assembly and association, the right to adequate housing and the cultural dimension of other rights, including civic, political, social and economic rights) and to rights of minorities and Indigenous peoples.¹⁵ In other words, today the right to cultural heritage is identified with to the right to access and enjoy cultural heritage and for it to be protected from damage or destruction on a non-discriminatory basis,

⁸ Universal Declaration on Cultural Diversity (adopted 2 November 2001), 31C/Res 25, Annex I.

⁹ Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (adopted 7 October 2003, entered into force 20 April 2006), 2368 UNTS 3.

¹⁰ Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions (adopted 20 October 2005, entered into force 18 March 2007), 2440 UNTS 311.

¹¹ Convention on the Value of Cultural Heritage for Society (opened for signature 10 October 2005, entered into force 1 June 2011), 2758 UNTS 21.

¹² Universal Declaration of Human Rights Res 217A(III) (10 December 1948), A/810, p. 71.

¹³ UNHRC, Resolution: Protection of Cultural Heritage as an Important Component of the Promotion and Protection of Cultural Rights, 28 September 2007, A/HRC/RES/6/11, para 8.

¹⁴ *Report on Access to Cultural Heritage of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights, Farida Shaheed*, March 2011, A/HRC/17/38, paras. 78–79.

¹⁵ See A. Jakubowski, *Heritage and Human Rights Law*, in: L. Lixinski, L. Morisset (eds.), *The Routledge Handbook of Heritage and the Law and Human Rights Law*, Routledge, London–New York: 2024, p. 504–509.

and it may thus refer to an array of international human rights beyond those specifically labelled as *heritage*-related.¹⁶

However, this raises the question of to what extent such rights are truly substantive, justiciable rights or rather mere political commitments. In this regard, it is worth emphasising that in recent decades human rights violations have more often triggered international responsibility of states.¹⁷ This also regards the responsibility for internationally wrongful acts consisting in the breach of obligations towards human rights attached to culture and cultural heritage.¹⁸ Moreover, the practice of international human rights monitoring bodies has demonstrated that such rights are justiciable and enforceable today. Since 2013, the rights protected under the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)¹⁹ are directly justiciable, as the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights was entrusted with the competence to receive and consider individual communications.²⁰ At the same time, the progressive, evolutionary interpretation of various provisions of regional human rights treaties has led to the consolidation of a catalogue of cultural human rights. In this regard, the most developed practice can be found in the Inter-American²¹ and CoE human rights regimes.

3. CULTURAL RIGHTS AND THE ECTHR

Whilst the ECHR and its protocols enforce basic rights set out in the UDHR, they do not provide for any explicit cultural guarantees. Moreover, initiatives from the 1990s to add a protocol to the ECHR designed to guarantee individual cultural rights (including access to cultural activities, access to information and the right to cultural heritage) were widely discussed at that time. The post-cold war initiatives in this regard mostly focussed on the cultural rights of persons belonging to national minorities. Following the adoption of the Framework Convention for the Protection

¹⁶ *Ibidem*, p. 506; see also Y. Donders, *Cultural Heritage and Human Rights*, in: F. Francioni, A.F. Vrdoljak (eds.), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law*, Oxford University Press, Oxford: 2020, p. 389–406.

¹⁷ See e.g. W. Czapliński, *State Responsibility for Violations of Human Rights*, in: T. Wang, Y. Sienho (eds.), *International Law in the Post-Cold War World*, Routledge, London: 2001, p. 177–181.

¹⁸ See P. Vigni, *Cultural Heritage and State Responsibility*, in: F. Francioni, A.F. Vrdoljak (eds.), *The Oxford Handbook*, *supra* note 16, p. 617–641; F. Lenzerini, *Suppressing and Remedying Offences against Culture*, in: A.F. Vrdoljak (ed.), *The Cultural Dimension of Human Rights, Collected Courses of the Academy of European Law*, Oxford University Press, Oxford: 2013, p. 261–272.

¹⁹ International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976), 993 UNTS 3.

²⁰ Optional Protocol to the ICESCR (opened for signature 10 December 2008, entered into force 5 May 2013), 2922 UNTS 27.

²¹ See K. Hausler, *Collective Cultural Rights in the Inter-American Human Rights System*, in: A. Jakubowski (ed.), *Cultural Rights as Collective Rights: An International Law Perspective*, Brill-Nijhoff, Leiden–Boston: 2016, p. 222–251.

of National Minorities in 1995,²² the CoE suspended these initial works, and further initiatives did not receive support. The decision not to extend the competences of the ECtHR in the field of individual cultural rights seems to have been driven by both the lack of political will and legal difficulties in defining such rights as substantive rights, whose protection would impose specific positive obligations on states.²³ However, the ECHR is a “living”, ever-evolving organism which today casts its net of protection over an increasingly wide range of rights, also contributing to the enhancement of collective rights. Indeed, “the Court, through a dynamic interpretation of the different Articles of the Convention, has gradually recognised substantive rights which may fall under the notion of ‘*cultural rights*’ in a broad sense”.²⁴ It has thus dealt with issues reaching far beyond the original concepts enshrined in the ECHR’s preamble, such as “a common heritage” of legal traditions, democracy, cultures and ideals.

The provisions most often invoked in relation to cultural rights are Article 8 (the right to respect for private and family life), Article 9 (freedom of thought, conscience and religion) and Article 10 (freedom of expression) of the ECHR, as well as Article 2 of Protocol No. 1 (the right to education). Accordingly, seven specific human rights addressed in the jurisprudence of the Court can be labelled as cultural rights or having cultural content: the right to artistic expression, access to culture, the right to cultural identity, linguistic rights, the right to education, the right to seek historical truth and the right to academic freedom. In addition, it also seems that the ECtHR makes implicit references to cultural rights in dealing with cases brought by persons belonging to national, cultural, linguistic or ethnic minorities. Such claims usually refer to “the right to maintain a minority identity and to lead one’s private and family life in accordance with the traditions and culture of that identity”.²⁵ The Court has also recognised certain rights directly related to cultural heritage, through dynamically interpreting various provisions of the ECHR.

4. PROTECTION OF AND ACCESS TO CULTURAL HERITAGE AS A GENERAL COMMUNITY INTEREST

In general, the Court’s approach to cultural heritage is seen in terms of securing a general community interest in protection of and access to cultural heritage as a legiti-

²² Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities (opened for signature 1 February 1995, entered into force 1 February 1998), 2151 UNTS 243.

²³ See A. Meżykowska, *European Convention on Human Rights (ECHR)*, in: A.J. Wiesand, K. Chainoglou, A. Śledzińska-Simon, Y. Donders (eds.), *Culture and Human Rights: The Wrocław Commentaries*, De Gruyter, Berlin–Boston–Cologne–Wrocław: 2016, p. 157.

²⁴ ECtHR, *Cultural Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights* January 2011, p. 4 (Report 2011), <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2020/12/Cultural-Rights-in-the-Case-Law-of-the-ECtHR-Artistic-Freedom-RD.pdf> (accessed on 4 May 2024).

²⁵ *Ibidem*.

mate aim of the state to interfere with certain individual rights.²⁶ This is particularly true in cases concerning the right to property (to the peaceful enjoyment of one's possessions) under Article 1 of Protocol No. 1. In the vast majority of cases, states' policies and measures in respect of cultural heritage are indeed accepted by the Court as advancing a collective, societal interest in the cultural sphere.²⁷ In principle, the ECtHR is seen as

favouring a concept of good cultural governance, according to which the protection of cultural heritage is considered to be a public objective that is worthy of protection, so long as other human rights, including property rights, are not disproportionately and/or arbitrarily affected.²⁸

In fact, in a number of cases the Court has recognised that the protection of cultural heritage and its public enjoyment may constitute a legitimate aim to restrict the free disposal of one's property. This approach has manifested in a number of cases concerning the right of pre-emption exercised by the public authorities over cultural real (immovable) property – such as the Castle of Firmiano/Sigmundskron in South Tirol, Italy²⁹ – or movable property, such as paintings by Francisco Goya³⁰ or by Vincent van Gogh.³¹ The Court has repeatedly stated that the parties to the ECHR have a very broad margin of appreciation in their decisions to intervene in the disposal of property declared to be of cultural interest or listed as part of the country's historical heritage for the benefit of the wider general public, thus favouring the general interest of the community. Similar concerns have been addressed in a series of cases concerning the use and development of property. The Court has often made explicit references to the CoE's cultural heritage treaties, including the Faro Convention. Whilst the ECtHR generally accepts that the protection of and access to cultural heritage could be shared at some level between public authorities and individual owners of cultural property with an important social function,³² it

²⁶ See M. Bieczyński, *The "Right to Cultural Heritage" in the European Union: A Tale of Two Courts*, in: A. Jakubowski, K. Hausler, F. Fiorentini (eds.), *Cultural Heritage in the European Union: A Critical Inquiry into Law and Policy*, Brill-Nijhoff, Boston–Leiden: 2019, p. 118–122.

²⁷ *Ibidem*; see also A. Jakubowski, *Cultural Heritage and the Collective Dimension of Cultural Rights in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in: Jakubowski (ed.), *Cultural Rights*, *supra* note 21, p. 164–179.

²⁸ V. Vadi, *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge: 2014, p. 47.

²⁹ ECtHR, *Buonomo Gärber and others v. Italy* (App. No. 63783/00), 20 May 2003.

³⁰ ECtHR, *Ruspoli Morenes v. Spain* (App. No. 28979/07), 28 June 2011 – this case concerned the painting called *The Countess of Chinchón*, a portrait of María Teresa de Borbón y Vallabriga, granddaughter of King Philip V of Spain, now in the collection of the National Museum of Prado in Madrid.

³¹ ECtHR, *Beyeler v. Italy* (App. No. 33202/96), Grand Chamber, 5 January 2000 – this case concerned the painting called "Portrait of a Young Peasant", also known as "The Gardener", today in the collection of the National Gallery of Modern Art in Rome.

³² See ECtHR, *Fürst von Thurn und Taxis v. Germany* (App. No. 26367/10), 14 May 2013, paras. 28, 33; see also ECtHR, *SCEA Ferme de Fresnoy v. France* (App. No. 61093/00), 1 December 2005.

firmly underscores that the latter cannot be the only one to carry these public burdens.³³ In general, cultural significance cannot be a reason for taking away property (expropriation).³⁴ In this regard, the recent judgment in *Getty v. Italy* is unique, as it refers to a confiscation order. In this case, however, the purpose of the measure is not to expropriate an owner (depriving them of private propriety rights), but to regain possession of an object (an archaeological item), which is by law the inalienable property of the state.³⁵

Interestingly, the ECHR has also found that in addition to the right to peaceful enjoyment of possessions, the right to freedom of expression can sometimes be limited by measures designed to protect national cultural heritage. For instance, in a case concerning an artistic project (a mural) in close proximity to protected historic monuments, it found that freedom of artistic expression may sometimes give way to “the protection of the common good and respect for the collective intent”,³⁶ as expressed in cultural heritage legislation and local planning choices.³⁷

5. ACCESS TO CULTURAL HERITAGE AS A COLLECTIVE AND INDIVIDUAL RIGHT

Significantly, in a series of cases the ECtHR has recognised, to some extent, the human rights of individuals, groups and communities to access and enjoy their heritage. In the above-mentioned case of van Gogh’s painting, it noted that “it is legitimate for a state to take measures designed to facilitate, in the most effective way, wide public access to them in the general interest of universal culture”.³⁸ Emblematically, in the case concerning state authorities’ seizure of a Turkish translation of the erotic novel “*Les Onze Mille Verges ou les Amours d’un hospodar*”, written by Guillaume Apollinaire, the Court referred to the right to accede heritage. This widely known novel, first published in 1907, contains graphic descriptions of scenes of sexual intercourse, including various practices such as sadomasochism or vampirism. The Court found a violation of the publisher’s right of expression (Article 10 ECHR) and concluded that

³³ See e.g. ECtHR, *Potomska and Potomski v. Poland* (App. No. 33949/05), 4 November 2014, paras. 23–26, 29.

³⁴ See ECtHR, *Debelianovi v. Bulgaria* (App. No. 61951/00), 29 March 2007; ECtHR, *Kozacıoğlu v. Turkey* (App. No. 2334/03), Grand Chamber, 19 February 2009; ECtHR, *Sud Fondi srl and Others v. Italy* (App. No. 75909/01), 20 January 2009; ECtHR, *Nowakowski v. Poland* (App. No. 55167/11), 24 July 2012.

³⁵ ECtHR, *Getty v. Italy*, paras. 128–136, 227–231, 273–281, 360; see also Partly Dissenting, Partly Concurring Opinion of Judge Wojtyczek, p. 85–88, particularly paras. 5–6.

³⁶ ECtHR, *Ehrmann and SCI VHI v. France* (App. No. 2777/10), Decision, 7 June 2011, p. 12 – the case concerned a 17th century property close to Lyons known as “*La Demeure du Chaos*” (Abode of Chaos), transformed by its owners into “a museum and a residence of artists”.

³⁷ See E. Polymenopoulou, *Artistic Freedom in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge: 2023, p. 146–148.

³⁸ ECtHR, *Beyeler v. Italy*, *supra* note 31, para. 113.

whilst this freedom is subject to certain legitimate limitations (such as the protection of morals), the public of a given language (in this case Turkish) could not be prevented from having access to a work that is part of the “European literary heritage”.³⁹

In turn, in *Nowakowski v. Poland* the ECtHR referred to the “sentimental value” of a collection of historic artefacts and weapons gathered through the years by a Polish partisan,⁴⁰ whilst in *Catholic Archdiocese of Alba Iulia v. Romania*, it recognised the right of a religious community to have access to its library and a museum of great historical and cultural importance.⁴¹ It also deemed that the basis for the right to access and enjoy cultural heritage derives from the right to respect for private and family life (Article 8). In particular, in the judgement concerning an alleged violation of the applicant’s right to access his property and home located in a village near Nagorno-Karabakh, the Court explained that “the applicant’s cultural and religious attachment with his late relatives’ graves in Gulistan may also fall within the notion of private and family life”.⁴²

6. INTERSECTIONALITY AND INTERCULTURALITY

Another area in which the Court has dealt with the relationship between human rights protected under the ECHR and cultural heritage is the tension between minority and majority manifestations of heritage that touches upon intersectionality and interculturality. Today, both concepts are deeply rooted in international and domestic human rights law theory and practice, whilst addressing different, yet interlinked aspects of discrimination and equality based on or stemming from one’s identity, including cultural, gender and religious identities. Accordingly, whereas intersectionality describes the unique forms of discrimination and marginalisation that can result from the interplay of two or more identity-based grounds of discrimination,⁴³ interculturality “refers to the existence and equitable interaction of diverse cultures and the possibility of generating shared cultural expressions through dialogue and mutual respect” (Article 4(8) CDCE). In European law such tensions have involved the presence of religious symbols in public spaces or the recognition of migrants’ cultural rights in host countries, including the widely debated issue of publicly wearing *nigabs* in non-Muslim countries.

³⁹ ECtHR, *Akdaş v. Turkey* (App. No. 41056/04), 16 February 2010, para. 30.

⁴⁰ ECtHR, *Nowakowski v. Poland* (App. No. 55167/11), 22 July 2014, para. 56.

⁴¹ ECtHR, *Catholic Archdiocese of Alba Iulia v. Romania* (App. No. 33003/03), 25 September 2012.

⁴² ECtHR, *Sargsyan v. Azerbaijan* (App. No. 40167/06), 16 June 2015, para. 257.

⁴³ See S. Fredman, *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-Discrimination Law*, Publications Office of the European Union, Luxembourg: 2016, p. 27–31; see also A.N. Davis, *Intersectionality and International Law: Recognizing Complex Identities on the Global Stage*, 28(1) Harvard Human Rights Journal 205 (2015), p. 205–242.

In a case brought by a Muslim woman over the French ban on covering faces in public, the ECtHR held that such an interference with individual freedoms did not violate her rights to privacy and freedom of religion protected under the ECHR. Although it acknowledged that the ban affected the situation of Muslim women and their right to use traditional garments, it found that “respect for the minimum requirements of life in society” could under certain circumstances be considered “protection of the rights and freedoms of others”.⁴⁴ The issue of the nature and level of cultural discrimination against Muslim women in relation to their individual (personal) and group (cultural) identity and heritage, as formed by a spectrum of customs and beliefs, was not dealt with by the Court.

Instead, a different approach was taken by the UN Human Rights Committee in two parallel cases against France.⁴⁵ It found that the state discriminated against Muslim women who wear such veils and thus violated the general equality provision under Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).⁴⁶ It found that France’s ban was “too sweeping” and that state authorities did not adequately explain why it was necessary to ban such clothing. Furthermore, the UN Human Rights Committee (“HRC”) stated that although the ban was aimed to protect women, it could have the opposite effect by “confining them to their homes, impeding their access to public services and exposing them to abuse and marginalization”. Thus, instead of referring to broader social policy goals (as the ECtHR did), it emphasised the intersectionality of the case: “intersectional discrimination based on gender and religion”.⁴⁷

7. CONCLUSIONS

The aim of this article was to demonstrate that in its jurisprudence the ECtHR has identified several substantive rights that can be labelled as cultural rights or rights with cultural content and connected to heritage. However, it has rarely made explicit reference to heritage and has never recognised the right to the protection of heritage as such. Instead, it has usually accepted *a priori* the existence of a general community interest in the protection of and access to cultural heritage, albeit without exploring the very nature of the interest. On the other hand, it can be argued that the Court, by recognising the interest and right of the general public to not only accede to their own culture and heritage but also to engage with other cultures and heritages,

⁴⁴ ECtHR, *SAS v. France* (App. No. 43835/11), 1 July 2014, para. 121.

⁴⁵ See also F. Bretscher, *Protecting the Religious Freedom of New Minorities in International Law*, Routledge, Abingdon–New York: 2020, p. 177–193.

⁴⁶ International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976), 999 UNTS 171.

⁴⁷ HRC, *Sonia Yaker v. France* (Comm. No. 2747/2016), 17 July 2018, paras. 8.15, 8.17; HRC, *Miriana Hebbadj v. France* (Comm. No. 2807/2016), 17 July 2018, paras. 7.15, 7.17.

seeks to promote cultural diversity and foster interculturality.⁴⁸ Importantly, the ECtHR has also recognised the significance of an individual's and group's right to enjoy their cultural heritage against other collective rights, including access to and the conservation of important cultural properties. Arguably, the Court's attempt to reconcile and balance these rights (and interests), despite its reluctance to address intersectional discrimination, constitutes one of its most significant contributions to the protection and promotion of cultural rights in a rapidly evolving societal and cultural reality in Europe and globally.

⁴⁸ See M. Bieczyński, *supra* note 26, p. 138.

WYPOWIEDZENIE EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA PRZEZ ZJEDNOCZONE KRÓLESTWO – NIEKOŃCZĄCA SIĘ OPOWIEŚĆ CZY REALNA PERSPEKTYWA?

1. WPROWADZENIE

Zjednoczone Królestwo (Wielka Brytania)¹ wielokrotnie zapowiadało, że wypowie² Europejską konwencję praw człowieka (Konwencja)³. Ta powtarzalność groźby, oznajmianej w różny sposób i stanowiącej często reakcję na pewne orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (Trybunał, ETPC) zapadające w sprawach przeciwko Londynowi, nauczono się traktować jako swoisty rytuał brytyjskiego życia politycznego, pozbawiony jednak realnych konsekwencji.

Jednak już nawet powierzchowne porównanie zapowiedzi formułowanych w przeszłości i wyrażanych obecnie, czyli w trzeciej dekadzie bieżącego wieku, identyfikuje istotną różnicę. Po pierwsze, brytyjskie zarzuty formułowane wobec Trybunału nie są „prostą reakcją” na pojedyncze „irytujące rozstrzygnięcie” tego sądu międzynarodowego, lecz przyjmują formę rozbudowanej krytyki wcale niemającej jedynie politycznego charakteru. Po drugie, w Zjednoczonym Królestwie podjęto prace nad wystąpieniem z Konwencji, a co najmniej z ograniczeniem wpływu tej umowy na brytyjski porządek prawno-polityczny. Po trzecie, Londyn zainicjował zmianę tekstu Konwencji, która miała „przywrócić równowagę” między oskarżanym o nadmierny

¹ Zjednoczone Królestwo i Wielka Brytania to pojęcia wielokrotnie stosowane zamiennie. Pierwsze to jednak poprawna nazwa państwa, podczas gdy drugie ma dwa znaczenia – określa państwo, ale i jednostkę geograficzną obejmującą Anglię, Walię i Szkocję (a więc bez Irlandii Północnej, która wchodzi w skład Zjednoczonego Królestwa). W tekście będę się posługiwał określeniem Zjednoczone Królestwo oraz przymiotnikiem brytyjski jako odnoszącym się do tego państwa.

² Chociaż poprawne prawniczo jest sformułowanie „wypowiedzenie” (traktatu), w niniejszym artykule będę też zamiennie używał określeń „wyjście” i „wystąpienie”.

³ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Europejska konwencja praw człowieka) [1993] Dz.U. Nr 61, poz. 284.

* Ireneusz C. Kamiński – profesor w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Publicznego Instytutu Nauk Prawnych PAN. ORCID: 0000-0002-5033-5023.

aktywizm Trybunałem a państwami-stronami tego traktatu. Ta zmiana polegała na przygotowaniu Protokołu nr 15 do Konwencji. Kluczowe jest więc ustalenie, czy w praktyce ten cel został osiągnięty. Po czwarte, wyjście z Konwencji byłoby Brexitem 2.0. Zjednoczone Królestwo wystąpiło już z UE. Wypowiedzenie Konwencji nie stanowiłoby więc trudnej do wyobrażenia sobie decyzji narodowego suwerena, lecz konsekwentny ciąg dalszy procesu „odzyskiwania suwerenności”, gdy narodowych interesów oraz tożsamości nie udało się obronić innymi środkami.

Niniejszy tekst stanowi przede wszystkim rekonstrukcyjny opis brytyjskiego sporu z ETPC. Ale jednocześnie jest też próbą zastanowienia się, czy i jakie konsekwencje wyjścia Zjednoczonego Królestwa z Konwencji mieć może (mieć musi) dla Londynu oraz Rady Europy, a więc organizacji kształtującej „wspólną wartość” państw naszego kontynentu.

2. HISTORYCZNE ZAPOWIEDZI WYPOWIEDZENIA KONWENCJI

2.1. Brytyjska ochrona przed obrazą sądu i strasburska wolność słowa

W 1979 r. skład plenarny Trybunału wydał wyrok w sprawie „*Sunday Times*” p. *Zjednoczonemu Królestwu* (nr 1)⁴. To jedno z tzw. formacyjnych orzeczeń, które określiły w okresie kształtowania linii orzeczniczej ETPC kluczowe reguły dotyczące kontroli przez Trybunał ingerencji dokonywanej przez państwo w prawo chronione na mocy Konwencji. Wyrok ugruntowywał i doprecyzowywał zobiektywizowaną oraz autonomiczną europejską perspektywę kontrolną, porzucając tradycyjny test oparty jedynie na sprawdzeniu, czy państwo „subiektywnie” działało rozsądnie i w dobrej wierze. Potwierdził też podjętą już wcześniej reorientację zasady krajowego marginesu swobody ocen. Tradycyjnie ta zasada działała propaństwowo i skutkowała tym, że zakres krajowego marginesu decyzyjnego był zawsze niezwykle szeroki⁵. Wskutek dokonanej zmiany w centrum analizy i kontroli Trybunału zaczęło zawsze znajdować się pytanie o konwencyjny standard.

Wyrok „*Sunday Times*” (nr 1) dotyczył zagadnienia kluczowego dla brytyjskiego systemu sądowego – długotrwałego zakazu publikacji wydanego w toku głośnego procesu w celu zapobieżenia „obrazie sądu”. Podczas strasburskiego postępowania brytyjskie władze podkreślały specyfikę brytyjskiego sądownictwa i przekonywały, że w Europie brakuje wspólnego standardu prawnego odnoszącego się do potrzeby zapewnienia bezstronności i powagi wymiaru sprawiedliwości. Chociaż strasburscy

⁴ ETPC, *Sunday Times* p. *Wielkiej Brytanii* (skarga nr 6538/74), 26 kwietnia 1979 r.

⁵ Tak np. M. de Salvia, *Contrôle européen et principe de subsidiarité: faut-il encore (et toujours) élargir à la marge d'appréciation?*, w: F. Maatscher, H. Petzold, L. Wildhaber (red.), *Protection des droits de l'homme: le perspective européen, Protecting Human Rights: the European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Heymanns, Köln: 2000, s. 378.

sędziowie zauważyli odmiennność brytyjskiego sądownictwa i jego organizacji, to jednocześnie nie zgodzili się, że okoliczność ta samodzielnie zmienia sposób przeglądu ingerencji przez Trybunał i prowadzi do porzucenia pytania o zgodność z konwencyjnym standardem na rzecz testu niearbitralności i działania w dobrej wierze. Skutkowało to konkluzją mówiącą o złamaniu Konwencji.

Użycie europejskiego testu oznacza także możliwość podważenia każdego niezgodnego z nim krajowego orzeczenia, nawet wydanego (lub potwierdzonego) przez najwyższą hierarchicznie instancję sądową lub sąd konstytucyjny. W sprawie „*Sunday Times*” (nr 1) przegrana w Strasburgu była bolesnym zakwestionowaniem autorytetu krajowego sądu i wypracowanej przezeń linii orzeczniczej – Izby Lordów, będącej wówczas najwyższą instancją orzecniczą. Po strasburskim wyroku pojawiły się w Zjednoczonym Królestwie głosy, że kraj ten powinien ponownie rozważyć zasadność swojej deklaracji uznającej jurysdykcję Trybunału⁶. Ostatecznie żadnych radykalnych kroków jednak nie podjęto.

2.2. Prawo do życia (terrorystów)

Nieporównanie większe emocje wywołał wyrok wydany w 1995 r. przez Wielką Izbę w sprawie *McCann i in. p. Zjednoczonemu Królestwu*⁷. Skarga dotyczyła zabicia w Gibraltarze trojga członków Tymczasowej Irlandzkiej Armii Republikańskiej, którzy mieli przygotowywać zamach terrorystyczny przeciwko stacjonującym tam brytyjskim żołnierzom. Chociaż zastrzelenie uzasadniano wykonaniem przez podejrzanych podczas – jak twierdzono – próby zatrzymania ruchów mogących wskazywać na zamiar zdalnego odpalenia ładunków wybuchowych, postępowanie członków sił bezpieczeństwa bardziej przypominało celowe pozbawienie życia.

Trybunał nie dopatrywał się naruszenia chroniącego prawo życia art. 2 EKPC wskutek sugerowanego przez skarżących (krewnych zabitych) braku precyzyjnych reguł dotyczących użycia siły, które należycie zabezpieczałyby ludzkie życie (pozytywny obowiązek stworzenia odpowiedniego prawa), oraz nieprzeprowadzenia wymaganego postępowania wyjaśniającego (pozytywny obowiązek proceduralny)⁸. Strasburscy sędziowie uznali jednak, że sposób zorganizowania i przeprowadzenia operacji nie korespondował z wymogami konwencyjnego standardu. Służby specjalne wiedziały o przyjeździe podejrzanych i monitorowały ich podróż do Gibraltaru. Nie podjęto jednak decyzji o zatrzymaniu tych osób na przejściu granicznym z Hiszpanią. Następnie przyjęto założenie, bez poddania go krytycznej weryfikacji, że podejrzani mogli przy pomocy radiowo sterowanego urządzenia dokonać zdalnego odpalenia materia-

⁶ F.A. Mann, *Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights*, 95 Law Quarterly Review 352 (1979), s. 352.

⁷ ETPC, *McCann i in. p. Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 18984/91), 27 września 1995 r.

⁸ Na temat „pragmatycznego podejścia” Trybunału w tej części wyroku zob. J. Chevalier-Watts, *Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?*, 21(3) The European Journal of International Law 701 (2010), s. 702 i n.

łów wybuchowych, co miało uzasadniać taki sposób użycia broni, by spowodować „eliminację terrorystów”. Stąd liczne strzały z bardzo bliskiej odległości. W tej części wyrok stwierdzający złamanie art. 2 zapadł większością 10 głosów do 9.

Wyrok *McCann i in. p. Zjednoczonemu Królestwu* to kluczowe strasburskie orzeczenie wydobywające z art. 2 pozytywny obowiązek państwa polegający na odpowiednim organizowaniu i przeprowadzeniu działań polegających na użyciu siły. Jednak nie ten aktywizm w odczytaniu Konwencji stał się powodem krytyki Londynu. Jego niezgodę powodowała odmiennosc ocen dokonanych w postępowaniach krajowych i w Strasburgu. Użycie siły stało się przedmiotem kilku procedur kontrolnych, tak administracyjnych, jak i sądowych, w których potwierdzono zasadność i prawidłowość postępowania członków sił specjalnych. Tę ocenę zakwestionował wyrok Trybunału.

W krytycznych głosach wobec wyroku podnoszono, że Trybunał wkroczył w obszar, gdzie należało „co do zasady” akceptować konkluzje krajowych procedur, chyba że byłyby one arbitralne. ETPC wyszedł poza przysługujący mu zakres kontroli i zignorował przysługujący Zjednoczonemu Królestwu krajowy margines swobody ocen. Miał działać jako „supersąd” albo sąd czwartej instancji. Rząd brytyjski oznajmił, że należy ponownie rozważyć członkostwo państwa w Konwencji, a wicepremier M. Heseltine powiedział, że wyrok stanowi zachętę dla „terrorystycznej mentalności”, władze kraju go „zignorują i niczego nie zrobią”⁹. Ostatecznie brytyjskie władze zdecydowały się na inny scenariusz – postanowiły podjąć wysiłki zmierzające do przekonania państw-stron Konwencji do podjęcia prac prowadzących do zmiany tekstu tego traktatu w taki sposób, by odzwierciedlał on istnienie doktryny krajowego marginesu swobody ocen oraz rzeczywistą realizację tej doktryny przez Trybunał¹⁰.

2.3. Prawa wyborcze więźniów

Strasburskie instytucje kontrolne (Trybunał, a wcześniej Europejska Komisja Praw Człowieka – dalej Komisja) długo i konsekwentnie orzekały, że Konwencja (art. 3 Protokołu dodatkowego nr 1) nie stanowi przeszkody dla pozbawienia więźniów praw wyborczych. Skargi uznawano więc za w oczywisty sposób nieuzasadnione już na wstępnym poziomie postanowienia (decyzji) o niedopuszczalności¹¹. To podejście uległo radykalnej zmianie w sprawie *Hirst p. Zjednoczonemu Królestwu* (nr 2). Już Izba (jednogłośnie), a następnie Wielka Izba (12 głosów do 5) orzekły, że doszło do naruszenia Konwencji¹². Przełamanie własnej linii orzeczniczej uzasadniono wykształcaniem się w państwach Konwencji nowego, wspólnego standardu prawnego

⁹ D.W. Jackson, *The United Kingdom Confronts the European Convention on Human Rights*, University Press of Florida, Gainesville: 1997, s. 57.

¹⁰ *Reform of the Court: the Foreign Office Position Paper*, 3 European Human Rights Law Review 229 (1996).

¹¹ ETPC, *X. p. Holandii* (skarga nr 6573/74), 19 grudnia 1974 r.; ETPC, *H. p. Holandii* (skarga nr 9914/82), 4 lipca 1983 r.; ETPC, *Patrick Holland p. Irlandii* (skarga nr 24827/94), 14 kwietnia 1998 r.; ETPC, *M.D.U. p. Włochom* (skarga nr 58540/00), 28 stycznia 2003 r.

¹² ETPC, *Hirst p. Zjednoczonemu Królestwu* (nr 2) (skarga nr 74025/01), 30 marca 2004 r.; ETPC, *Hirst p. Zjednoczonemu Królestwu* (nr 2) (skarga nr 74025/01), Wielka Izba, 6 października 2005 r.

(większość państw nie pozbawia więźniów, a co najwyżej tylko pewne ich grupy udziału w wyborach).

Po wyroku i po kolejnych rozstrzygnięciach Trybunału dotyczących praw wyborczych więźniów¹³ rozpoczęto w Londynie dyskusję o wykonaniu tych orzeczeń, a więc zmianie prawa prowadzącej do przyznania czynnego prawa wyborczego, jeśli nie wszystkim osobom pozbawionym wolności, to przynajmniej wielu kategoriom więźniów. Ostatecznie parlament uznał, że zmiana powodowałaby naruszenie długoletniej „tradycji konstytucyjnej”¹⁴. Co ciekawe, wyrok w sprawie *Hirst p. Zjednoczonemu Królestwu* (nr 2) oraz pozostałe „wyroki wyborcze” Komitet Ministrów Rady Europy uznał jednak za wykonane, gdy w Zjednoczonym Królestwie z pozbawienia praw wyborczych zostały wyłączone w 2016 r. dwie kategorie więźniów: osoby tymczasowo zwolnione z odbywania kary (*release on temporary licence*) oraz osoby zwolnione w celu odbycia pozostałej części kary w trybie dozoru elektronicznego (*home detention curfew*)¹⁵. Trudno oprzeć się wrażeniu, że chciano w ten sposób uniknąć kryzysu w stosunkach ze Zjednoczonym Królestwem i szukano pretekstu dla zamknięcia procedury kontrolnej. Wcześniej Komitet Ministrów wyrażał kilkakrotnie niezadowolone z niewykonania wyroku *Hirst p. Zjednoczonemu Królestwu* (nr 2), wzywając Londyn do podjęcia skutecznych działań naprawczych.

„Więzienne wyroki” Trybunału wywołały ponownie falę krytyki w Zjednoczonym Królestwie. Podnoszono, że strasburscy sędziowie, którzy nie mają demokratycznego mandatu, wkroczyli w „konstytucyjny obszar” zarezerwowany dla krajowego suwerena działającego poprzez parlament. Znowu pojawiły się wezwania do zrewidowania członkostwa w Konwencji, a przynajmniej podjęcia działań w celu reformy Trybunału, by ten zaczął akceptować krajowe wybory, zwłaszcza dokonane przez ciała ustawodawcze¹⁶.

¹³ ETPC, *Greens i M.T. p. Zjednoczonemu Królestwu* (sprawy połączone, skargi nr 60041/08 i 60054/08), 23 listopada 2010 r.; ETPC, *Firth i in. p. Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 47784/09, 47806/09, 47812/09, 47818/09, 47829/09, 49001/09, 49007/09, 49018/09, 49033/09 i 49036/09), 12 sierpnia 2014 r.; ETPC, *McHugh i in. p. Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 51987/08 oraz 1014 innych skarg), 10 lutego 2015 r.; *Millbank i in. p. Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 44473/14 i 21 innych skarg) 30 czerwca 2016 r. Skarżącym nie przyznano jednak jakiegokolwiek słusznego zadośćuczynienia na mocy art. 41 EKPC ani nie zasądono zwrotu wydatków i kosztów sądowych.

¹⁴ M. Rulka, *Problem wykonywalności orzecznictwa strasburskiego na przykładzie wyroku w sprawie Hirst przeciwko Wielkiej Brytanii*, 2 Europejski Przegląd Sądowy 32 (2015), s. 32–40; E. Bates, *Analysing the Prisoner Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg*, 14 Human Rights Law Review 503 (2014), s. 503–540.

¹⁵ Resolution on the execution of the judgments of the European Court of Human Rights, 6 December 2018, CM/ResDH(2018)467, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016808feca9 (dostęp 30 kwietnia 2024). Warto dodać, że w następstwie tej zmiany prawa wyborcze nabyło tylko ok. 8% osób skazanych na karę pozbawienia wolności.

¹⁶ Podczas debaty parlamentarnej wykonanie wyroku *Hirst p. Zjednoczonemu Królestwu* (nr 2) łączono więc np. z „potrzebą dalszej reformy Trybunału, zwłaszcza jego relacji z demokratycznie wybranymi organami ustawodawczymi” – Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill [2013], HL Paper 103 HC 924, par. 100.

3. DEKLARACJA Z BRIGHTON I PROTOKÓŁ NR 15

Rosnące znaczenie Trybunału połączone ze zwiększeniem się liczby skarg trafiających do Strasburga uruchomiło dyskusję o reformie mającej zapewnić strasburskim sędziom warunki do sprawnego orzekania. Proces ten rozpoczął w 2010 r. podczas szwajcarskiej prezydencji w Komitecie Ministrów Rady Europy¹⁷. Kolejna dyskusja miała miejsce w czasie drugiej konferencji w tureckim Izmirze 26–27 kwietnia 2011 r. Przedstawione propozycje polegały m.in. na zwiększeniu liczby sędziów Trybunału, personelu jego kancelarii oraz podwyższeniu budżetu. Kluczowa i nadająca kierunek zmianom była jednak deklaracja przyjęta na trzeciej konferencji międzyrządowej w Brighton 19–20 kwietnia 2012 r. Dla Londynu stanowiła ona próbę realizacji politycznego projektu polegającego na zmianie tekstu Konwencji w sposób, który potwierdzałby przede wszystkim uprawnienia państw-stron w procesie stosowania tego traktatu, zapobiegał wkraczaniu Trybunału w obszar „zarezerwowany” dla krajowych władz oraz powstrzymywał strasburski aktywizm.

Deklaracja z Brighton w pkt. 12 wskazuje, że konferencja „z zadowoleniem przyjmuje rozwój przez Trybunał w jego orzecznictwie zasad takich jak subsydialność i margines swobody oceny, i zachęca Trybunał do nadania dużej wagi tym zasadom oraz ich konsekwentnemu stosowaniu w jego orzeczeniach”. Oznajmia następnie, że „odniesienie do zasady subsydialności i marginesu swobody oceny wypracowanej w orzecznictwie Trybunału powinno zostać uwzględnione w preambule Konwencji”. Do Komitetu Ministrów RE zwrócono się o przyjęcie niezbędnego instrumentu prawnego zmieniającego do końca 2013 r. tekst Konwencji.

Następstwem deklaracji z Brighton było opracowanie Protokołu nr 15 do Konwencji. Poza kilkoma innymi zmianami o zasadniczo niewielkim znaczeniu Protokół dodawał do preambuły Konwencji zasady subsydiarności i krajowego marginesu swobody ocen. Po związaniu się protokołem przez wszystkie państwa-strony Konwencji wszedł on w życie 1 sierpnia 2021 r.¹⁸

Po kilka lat od wejścia w życie tego „propaństwowego protokołu” nie wydaje się, by osiągnął w pełnym zakresie zamierzony przez państwa skutek, a więc powodował powstrzymanie aktywizmu Trybunału, a przede wszystkim skutkowało uwzględnianiem przez strasburskich sędziów w spójny i konsekwentny sposób, że to państwa-strony odpowiadają za wykonanie konwencyjnych obowiązków i należy zawsze przyznawać im margines ocen. Obok wyroków uwzględniających perspektywę prawną powodowaną przez zmianę tekstu Konwencji, nawet jeśli kwestionowana

¹⁷ Konferencja wysokiego szczebla na temat przyszłości Trybunału odbyła się w tym mieście 18–19 lutego 2010 r.

¹⁸ Polski tekst: Protokół nr 15 zmieniający konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony w Strasburgu dnia 24 czerwca 2013 r. [2021] Dz.U. poz. 1879. Na temat protokołu i prac związanych z jego powstaniem zob. np. A. Mężykowska, *Niekończąca się historia: Protokół nr 15 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – kolejny etap długofalowej reformy strasburskiego systemu ochrony praw człowieka*, 4 Europejski Przegląd Sądowy 4 (2018), s. 4–12.

przez skarżącego reguła krajowa stanowi wyjątek na tle innych państw,¹⁹ są też rozstrzygnięcia w zaskakujący sposób pomijające istnienie znacznego krajowego marginesu decyzyjnego, co Trybunał powtarzał w stały sposób w swoim wcześniejszym orzecznictwie w odniesieniu do pewnej kategorii spraw²⁰.

Uważam, że nie dokonała się zmiana praktyki orzeczniczej Trybunału, której oczekiwało nie tylko Zjednoczone Królestwo, ale i duża grupa innych państw, przyjmując najpierw deklarację w Brighton, a później Protokół nr 15. Może to powodować chęć podjęcia bardziej radykalnych kroków, w tym wypowiedzenie Konwencji²¹.

4. „OCIOSYWANIE” KONWENCJI PRZEZ ZJEDNOCZONE KRÓLESTWO

Zjednoczone Królestwo jest przedstawiane jako klasyczny przypadek tzw. metody dualistycznej związanej z nabyciem skuteczności przez traktat międzynarodowy w wewnętrznym (krajowym) porządku prawnym. Umowę międzynarodową zawiera rząd bez potrzeby uzyskania wcześniejszej zgody parlamentu. Skutkuje to potrzebą podjęcia przez legislaturę działań w celu wprowadzenia takiej umowy do prawa krajowego²². Jednocześnie w brytyjskim porządku prawnym nie ma konstytucji zawierającej gwarancje ochrony praw i wolności analogiczne do chronionych na mocy Konwencji.

Brak konstytucji zawierającej korespondujący z Konwencją katalog gwarancji dla praw i wolności powodował, że Konwencja długo wiązała Zjednoczone Królestwo jedynie na poziomie międzynarodowym. Na przepisy Konwencji nie można się było powołać „krajowo”, chyba że po wyroku Trybunału doszło do zmiany krajowego prawa. Zmianę spowodowało dopiero wejście w życie ustawy o prawach człowieka z 1998 r. (*Human Right Act 1998*), co stało się 2 października 2000 r.²³ Ten akt prawny, poza przyznaniem jednostce ochrony szeregu praw i wolności, określa też zakres

¹⁹ *Np.* ETPC, *Humpert i in. p. Niemcom* (skargi nr 59433/18, 59477/18, 59481/18 i 59494/18), 14 grudnia 2023 r.

²⁰ *Np.* ETPC, *Rabczewska p. Polsce* (skarga nr 8257/13), 15 września 2022 r., gdzie Trybunał jako izba odszedł radykalnie od swojego utrwalonego standardu prawnego, zakwestionował stanowisko polskiego Trybunału Konstytucyjnego, a następnie nie zaakceptował wniosku Polski o ponowne rozpoznanie sprawy przez Wielką Izbę, mimo że rozstrzygnięcie ujawniało „poważne zagadnienie dotyczące wykładni i stosowania Konwencji” (art. 43 ust. 2).

²¹ Niedawny „klimatyczny wyrok” ETPC, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz i in. p. Szwajcarii* (skarga nr 53600/20), 9 kwietnia 2024 r., spotkał się ostrą krytyką szwajcarskich partii politycznych. W oświadczeniu Szwajcarskiej Partii Ludowej, największego ugrupowania politycznego kraju, wezwano do wyjścia z Konwencji i Rady Europy, pisząc, że „strasburscy sędziowie przekształcili się w marionetki aktywistów i ostatecznie utracili swoją wiarygodność. Ich beczelna ingerencja w szwajcarską politykę jest nie do zaakceptowania w suwerennym państwie”.

²² W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa: 1999, s. 395–396.

²³ *Zob. np.* D.J. Hoffman, J. Rowe, *Human Rights in the UK: An Introduction to the Human Rights Act 1998*, Pearson, Harlow: 2013; J. Wadham, H. Mountfield, E. Prochaska, R. Desai, *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, Oxford University Press, Oxford: 2015.

stosowania jego postanowień oraz relację z Konwencją (orzecznictwem Trybunału). W kluczowym przepisie stanowi on, że sąd rozpoznający sprawę musi wziąć pod uwagę (*must take into account*) strasburskie orzecznictwo w takim zakresie, w jakim jest ono relewantne dla prowadzonego postępowania (art. 2.1).

Pomimo rosnącej roli prawa stanowionego, prawo Zjednoczonego Królestwa ma nadal charakter precedensowy (sędziowski). Po wejściu w życie ustawy o prawach człowieka z 1998 r. brytyjscy prawnicy i sędziowie bardzo często poddawali krytyce jakość i spójność strasburskiego orzecznictwa. Zarzucano ponadto, że Trybunał wkracza bez należytego uzasadnienia w wybory dokonane przez parlament krajowy, który działa w imieniu narodowego suwerena²⁴.

Krajowe sądy wypracowały w związku z art. 2.1 ustawy o prawach człowieka kilka doktryn stanowiących reakcję na orzecznictwo Trybunału. Bez dokonywania szczegółowej analizy wskażę jedynie, że brytyjskie sądy nie będą stosowały strasburskiego orzecznictwa w następujących sytuacjach: gdy podejście Trybunału nie jest wyrazem czytelnej i utrwalonej linii orzeczniczej, co oznacza m.in. istnienie tylko jednego lub niewielkiej liczby rozstrzygnięć w danej kwestii, wydanie przez Trybunał orzeczeń jedynie we wczesnym okresie jego działalności, zwłaszcza jeśli podlegały one krytyce, sprzeczność nowych orzeczeń z wcześniejszymi²⁵; gdy w orzeczeniu Trybunału błędnie rozumiano brytyjskie prawo²⁶; gdy nie uwzględniono należyte, nawet w wyrokach Wielkiej Izby, głównych zasad brytyjskiego prawa²⁷. Powstanie takich „doktryn orzeczniczych” jest konsekwencją odmiennych perspektyw przyjmowanych przez sądy brytyjskie oraz Trybunał jako sąd międzynarodowy. Dla brytyjskich sędziów centralne jest pojęcie precedensu i towarzyszący mu rygor prawny, połączony z zasadą ciągłości orzekania – *stare decisis*, wykluczającą odchodzenie od sposobu rozstrzygnięcia zastosowanego we wcześniejszych judykatach. Tymczasem w sądownictwie międzynarodowym nie wiąże wymóg ciągłości²⁸.

Krytyczna reakcja nie ograniczała się tylko do stworzenia wskazanych wyżej doktryn sądowych. W grudniu 2020 r. powstała grupa ekspertów mająca dokonać przeglądu ustawy o prawach człowieka z 1998 r. (*Independent Human Rights Act Review*). Obszerny raport stanowiący efekt pracy został przedstawiony parlamentowi brytyjskiemu w październiku 2021 r.²⁹ Sugeruje on podjęcie prac nad zmianą ustawy. Nowelizacja

²⁴ Najbardziej znana, ostra krytyka Trybunału została dokonana przez lorda Hoffmanna, jednego z najbardziej znanych i szanowanych brytyjskich prawników. Był on m.in. jednym z tzw. *law lords*, a więc członków Komitetu Sądowego Izby Lordów, która do czasu powstania Sądu Najwyższego w 2009 r. była najwyższą instancją orzeczniczą. Zob. L. Hoffmann, *The Universality of Human Rights*, 125 *Law Quarterly Review* 416 (2009), s. 416–432.

²⁵ UKSC, *R (Quila) p. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKSC 45; UKSC, *R (Chester) p. Secretary of State for Justice* (Rev 1) [2013] UKSC 63.

²⁶ UKSC, *R p. Horncastle* [2009] UKSC 14; UKSC, *R (Hallam) p. Secretary of State for Justice* [2019] UKSC 2.

²⁷ UKSC, *R (Chester) p. Secretary of State for Justice*, *supra* note 25; UKSC, *Manchester City Council p. Pinnock* [2010] UKSC 45; UKSC, *Poshteh p. Kensington and Chelsea Royal London Borough Council* [2017] UKSC 36.

²⁸ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *supra* note 22, s. 25.

²⁹ Zob. *Independent Human Rights Act Review*, Ministry of Justice, London: 2020, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61b8531c8fa8f5037778c3ae/ihrar-final-report.pdf> (dostęp 30 kwietnia 2024).

polegałyby przede wszystkim na modyfikacji art. 2.1 ustawy o prawach człowieka. W nowym brzmieniu zobowiązywałaby ona sądy do stosowania brytyjskiego prawa stanowionego i precedensowego, a strasburskiego orzecznictwa jedynie subsydiarnie. Pojawiłyby się też przepisy wprost wykluczające użycie kilku bloków strasburskiego dorobku orzeczniczego: związanego z ochroną prawa do życia prywatnego i rodzinnego w przypadku deportacji cudzoziemców, z ekstraterytorialnym stosowaniem Konwencji (a więc poza terytorium Zjednoczonego Królestwa, co w praktyce oznacza związek z zagranicznymi działaniami wojskowymi), z istnieniem obowiązku przeprowadzenia skutecznego postępowania wyjaśniającego w przypadkach śmierci i aktów złego traktowania poprzedzających wejście w życie ustawy o prawach człowieka.

By pokazać wadę strasburskiego orzecznictwa polegającą na zmienności, powodującą nieprzewidywalność rozstrzygnięć ETPC, posłużę się jedną tylko ilustracją. Dotyczy ona jednocześnie kluczowego zagadnienia związanego z możliwością i zakresem zastosowania Konwencji w brytyjskim systemie prawnym, a tym samym również implementującej ten traktat ustawy z 1998 r. Odpowiadając na pytanie, czy na państwie spoczywa obowiązek przeprowadzenia skutecznego postępowania wyjaśniającego w przypadkach śmierci lub aktów złego traktowania poprzedzających wejście w życie Konwencji o prawach człowieka, Trybunał oznajmiał:

- (a) w 2001 r. – sprawy *Moldovan i in. p. Rumunii* oraz *Rostaş i in. p. Rumunii* (jednomyślnie) – obowiązek nie istnieje³⁰;
- (b) w 2003 r. – sprawa *Bălăşoiu p. Rumunii* (jednomyślnie) – obowiązek istnieje³¹;
- (c) w 2005 r. – sprawa *Voroshilov p. Rosji* (większością głosów) – obowiązek nie istnieje³²;
- (d) w 2007 r. – sprawa *Šilih p. Słowenii* (jednomyślnie) – obowiązek istnieje³³;
- (e) w 2009 r. – sprawa *Šilih p. Słowenii* (Wielka Izba) – obowiązek istnieje, jeśli przeprowadzenie postępowania wynika z testu rzeczywistego związku („znacząca część” kroków procesowych ma miejsce po związaniu się państwa EKPC) lub potrzeby zapewnienia, że „gwarancje i wartości założycielskie EKPC są chronione w rzeczywisty i skuteczny sposób”³⁴;
- (f) w 2011 r. – sprawa *Janowiec i in. p. Rosji* (Izba) – istnienie obowiązku opartego na potrzebie zapewnienia, że „gwarancje i wartości założycielskie EKPC są chronione w rzeczywisty i skuteczny sposób” jest uzależniony od ujawnienia się „istotnej okoliczności” w okresie poratyfikacyjnym³⁵;
- (g) w 2013 – sprawa *Janowiec i in. p. Rosji* (Wielka Izba) – test rzeczywistego związku oznacza, że daty śmierci (aktu złego traktowania) i związania się państwa

³⁰ ETPC, *Moldovan i in. p. Rumunii* (skarga nr 41138/98), Izba, 12 lipca 2005r.; ETPC, *Rostaş i in. p. Rumunii* (skarga nr 64320/01), 13 marca 2001 r.

³¹ ETPC, *Bălăşoiu p. Rumunii* (skarga nr 37424/97), 2 września 2003 r.

³² ETPC, *Voroshilov p. Rosji* (skarga nr 21501/02), 8 grudnia 2005 r.

³³ ETPC, *Šilih p. Słowenii* (skarga nr 71463/01), Izba, 28 czerwca 2007 r.

³⁴ ETPC, *Šilih p. Słowenii* (skarga nr 71463/01), Wielka Izba, 9 kwietnia 2009 r.

³⁵ ETPC, *Janowiec i in. p. Rosji* (skargi nr 55508/07 i 29520/09), Izba, 16 kwietnia 2012 r.

EKPC nie może dzielić „co do zasady” więcej niż 10 lat; test „gwarancji i wartości założycielskich EKPC” nie ma natomiast zastosowania do postępowań związanych z aktami poprzedzającymi datę uchwalenia EKPC, jednak ETPC zdaje się dopuszczać istnienie obowiązku, gdy w okresie poratyfikacyjnym ujawnia się „istotna okoliczność”³⁶.

O ile powyższa ilustracja identyfikuje uderzającą niepewność strasburskiego standardu, dwa pozostałe krytyczne obszary są związane z nieprzyznawaniem – w ocenie brytyjskich władz – przez Trybunał należnego znaczenia interesowi państwa/interesowi publicznemu (polegającemu na zwalczaniu nielegalnej migracji i zapewnieniu porządku publicznego, gdy emigranci popełniają przestępstwa) oraz wykroczeniem przez Trybunał poza to, czego zasadnie można było oczekiwać podczas ratyfikacji Konwencji (brak ekstraterytorialnego zastosowania wpisanego do traktatu).

Propozycja grupy ekspertów wydawała się radykalna, ale później brytyjski rząd postanowił pójść jeszcze dalej. Do Izby Gmin 22 czerwca 2022 r. trafił projekt Karty Praw (*Bill of Rights*)³⁷, która ma zastąpić ustawę o prawach człowieka z 1998 r. Postanowiono więc nie dokonywać korekty istniejącej ustawy, lecz przyjąć nowy akt prawny, zrywający ze starym. Taka decyzja spowodowała irytację Londynu po zarządzeniu przez Trybunał środka tymczasowego w sprawie grupy migrantów, którzy do czasu rozpoznania ich wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej mieli zostać przeniesieni do Rwandy (transfer oraz kwestie pobytowe zostały uzgodnione przez oba państwa). Strasburski trybunał zabronił transferu, mimo że zezwoliły nań kluczowe angielskie sądy (Sąd Wyższy i Sąd Najwyższy)³⁸.

Projekt Karty Praw – jak piszą autorzy propozycji – uściśla i ponownie równoważy (*clarifies and re-balances*) relację sądów krajowych, Trybunału i parlamentu. Najwyższym autorytetem określającym treść i następstwa konwencyjnych praw w krajowym porządku prawnym stałyby się Sąd Najwyższy, a nie Trybunał. Sądy krajowe nie byłyby już zobowiązane do odczytywania i nadawania skutków ustawodawstwu w sposób korespondujący z konwencyjnymi prawami, a jednocześnie przyjmowałyby, że ustawodawstwo parlamentu w należyty sposób równoważy różne cele polityk publicznych i konwencyjne prawa. Co więcej, wyroki, postanowienia i środki tymczasowe zarządzone przez Trybunał nie byłyby częścią krajowego porządku prawnego i nie wywierałyby wpływu na prawotwórcze uprawnienia parlamentu (art. 1). Z innych postanowień wskażę jedynie dwa: minimalizujące możliwość wstrzymania deportacji migranta ze względu na ochronę jego prawa do życia rodzinnego i prywatnego (art. 8) oraz wykluczające nadanie prawom konwencyjnym ekstraterytorialnej skuteczności (art. 14).

³⁶ ETPC, *Janowiec i in. p. Rosji* (skargi nr 55508/07 i 29520/09), Wielka Izba, 21 października 2013 r.

³⁷ *Zob.* Bill of Rights Bill, Bill 117 2022-23.

³⁸ Zarządzenie sądów tymczasowych: ETPC, *N.S.K. p. Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 28774/22), 14 czerwca 2022 r.

5. ZAKOŃCZENIE

Brytyjski spór ze Strasburgiem ma wiele konsekwencji. Trybunał stara się uniknąć „mocnego” egzekwowania konwencyjnych wymogów, zwłaszcza jeśli mogłoby to prowadzić do kwestionowania utrwalonej linii orzeczniczej brytyjskich sądów lub wyborów dokonanych przez parlament. Strasburscy sędziowie wypracowali też mechanizm kontroli „abstrakcyjnej proporcjonalności”. Polega on nie na zbadaniu, czy w indywidualnym przypadku doszło do naruszenia Konwencji, lecz na sprawdzeniu, czy tworząc dane ustawodawstwo stanowiące podstawę dla zarzutów stawianych w Strasburgu, uwzględniono konkurencyjne interesy (dobra) i starano się je równoważyć. W takim przypadku Trybunał będzie gotów orzec, że nie doszło do złamania Konwencji, bo dany przypadek trafiający do Strasburgu to swoisty wypadek przy pracy, który można/należy wybaczyć³⁹.

Chociaż pomysł wypowiedzenia Konwencji powraca w brytyjskiej debacie politycznej, bardziej prawdopodobny jest scenariusz, który nazwałem „ociosywaniem” Konwencji, czyli ograniczania, a nawet pozbawiania realnego wpływu strasburskiego orzecznictwa na proces tworzenia i stosowania prawa w Zjednoczonym Królestwie. Powstaje oczywiście pytanie, jak daleko Trybunał i Rada Europy taki proces mogą tolerować.

Na koniec jednak kilka myśli o sytuacji, w której Zjednoczone Królestwo wychodzi z Konwencji. Miałoby to duże znaczenie symboliczne. Zjednoczone Królestwo było jednym z założycieli Rady Europy i twórców Konwencji. Było też pierwszym państwem, które związało się tym traktatem międzynarodowym. Wypowiedzenie Konwencji tworzyłoby na pewno lukę w ochronie praw człowieka w kraju. Oczywiście parlament mógłby przyjąć ustawę o ochronie praw człowieka, zastępując nią Konwencję/ustawę o prawach człowieka z 1998 r. Należy też uwzględnić tzw. szkody towarzyszące (*collateral damage*), a więc zachętę dla innych państw do powtórzenia brytyjskiego kroku⁴⁰.

Europejska Konwencja jest dzisiaj nazywana konwencją statutową. Konsekwencją tego poglądu jest przekonanie, że każde państwo członkowskie Rady Europy powinno/musi stać się stroną Konwencji i poddać się w całości jej mechanizmowi kontrolnemu. Taki obowiązek nie został jednak określony w Statucie Rady Europy. Nakaz związania się przez państwo Rady Konwencją jest następstwem ewolucji opinii Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, poprzedzających przyjęcie nowych

³⁹ W tym kontekście uderzające jest podejście Trybunału w dwóch sprawach dotyczących zakazu „reklam politycznych”: ETPC, *VGT Verein gegen Tierfabriken p. Szwajcarii* (skarga nr 24699/94), 28 czerwca 2001 r.; ETPC, *Animal Defenders International p. Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 48876/08), 22 kwietnia 2013 r.

⁴⁰ Już wcześniej odmowa wykonania wyroku *Hirst p. Zjednoczonemu Królestwu* została wykorzystana przez Federację Rosyjską do stworzenia własnego mechanizmu kontroli z konstytucyjną wyroków ETPC.

członków. Począwszy od opinii w sprawie członkostwa Andory (opinia 182 [1994]⁴¹) Zgromadzenie wymaga, by nowy członek w momencie przyjęcia do Rady podpisał Konwencję, a następnie „bez zbędnej zwłoki” ją ratyfikował (co rozumiano jako termin roczny). Czy państwo dokonujące wypowiedzenia Konwencji musiałoby też opuścić też Radę Europy? Uważam, że nie, ale lepiej takiej hipotezy realnie nie testować.

⁴¹ CoE, Opinion on the application by the Principality of Andorra for membership of the Council of Europe [N°182 (1994)], 3 October 1994, CRI (99) 29, Doc. 7152.

RESOLUTION 377 “UNITING FOR PEACE”: THE UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY POWERS AND THE PROHIBITION OF THE USE OF FORCE

1. INTRODUCTION

It is a great privilege to contribute to this volume celebrating the life and work of Professor Władysław Czapliński. As his former PhD student, I was one of the many who have benefited over the years from his wisdom and passion for international law. Professor Czapliński has written a multitude of academic texts on a wide range of international law topics. This includes articles, chapters and books devoted to the prohibition of the use of force,¹ the customary² and peremptory³ character of the prohibition, specific cases of the use of force,⁴ the use of force by regional international organisations⁵ and the United Nations Security Council (UNSC) competencies

¹ E.g. W. Czapliński, *Skutki prawne nielegalnego użycia siły w stosunkach międzynarodowych*, Agencja Scholar, Warszawa: 1993, p. 14–61; W. Czapliński, *Interwencja w Iraku z punktu widzenia prawa międzynarodowego*, 1 Państwo i Prawo 18 (2004), p. 18–19; W. Czapliński, *Intervention in Iraq from the Point of View of International Law*, 10 The Polish Foreign Affairs Digest 31 (2004), p. 31–33; W. Czapliński, *Reforma ONZ – zasady użycia siły w stosunkach międzynarodowych*, in: J. Symonides (ed.), *Organizacja Narodów Zjednoczonych: Bilans i Perspektywy*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2006, p. 672–688; W. Czapliński, *Podstawowe zagadnienia prawa międzynarodowego. Zarys wykładu*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa: 2009, p. 161–172; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne – zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa: 2014, p. 855–930.

² W. Czapliński, *Sources of International Law in the Nicaragua Case*, 38 International & Comparative Law Quarterly 151 (1989), p. 158–161; W. Czapliński, *Customary Law of the Use of Force*, 69 Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Minas Gerais 715 (2016), p. 715–734; W. Czapliński, *Customary International Law on the Use of Force*, 8(2) Wrocław Review of Law, Administration & Economics 97 (2018), p. 97–111.

³ W. Czapliński, *Is There a Space for Jus Cogens in Present International Law? Remarks in the Context of a Ban on the Use of Force*, 11(2) Polish Review International & European Law 149 (2022), p. 163–168.

⁴ W. Czapliński, *Intervention in Iraq...*, *supra* note 1, p. 19–34, 44–52.

⁵ W. Czapliński, *Organizacje regionalne a użycie siły: kilka uwag na tle rozdziału VIII Karty NZ*, 1 Krakowskie Studia Międzynarodowe 31 (2005), p. 31–45; W. Czapliński, *Odpowiedzialność za naruszenia prawa międzynarodowego w związku z konfliktem zbrojnym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2009, p. 9–36.

* Agata Kleczkowska – Assistant Professor, Institute of Law Studies, Polish Academy of Sciences, ORCID: 0000-0003-4621-6336.

under Chapter VII of the UN Charter.⁶ In his works, Professor Czapliński also mentioned the legal implications of the United Nations General Assembly (UNGA) Resolution 377 “Uniting for Peace” (UfP)⁷ and the “responsibility to protect” (R2P) doctrine.⁸

To honour his legacy, this contribution investigates whether under UfP the UNGA may recommend the use of armed force when the circumstances to exercise the right to self-defence have not been fulfilled. The paper starts with a brief overview of the UfP resolution. It then moves on to discuss five arguments supporting the view that the UNGA may make such recommendations, which are juxtaposed with five counterarguments to these claims.

2. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 377 (V) “UNITING FOR PEACE” – GENERAL OVERVIEW

The UfP resolution was adopted when, after a USSR veto, the UNSC was unable to protect the Republic of Korea against aggression from the North. The USA delegation developed a draft resolution allowing the UNGA to claim its subsidiary responsibility for international peace and security.

According to the resolution’s first paragraph, the UNGA

resolves that if the Security Council, because of lack of unanimity of the permanent members, fails to exercise its primary responsibility for the maintenance of international peace and security in any case where there appears to be a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression, the General Assembly shall consider the matter immediately with a view to making appropriate recommendations to Members for collective measures, including in the case of a breach of the peace or act of aggression the use of armed force when necessary, to maintain or restore international peace and security. If not in session at the time, the General Assembly may meet in emergency special session within twenty-four hours of the request therefor. Such emergency special session shall be called if requested by the Security Council on the vote of any seven members, or by a majority of the Members of the United Nations.

This first provision is the most crucial part of UfP, as it reveals the reason behind this instrument: “organizing the possibilities of collective action through the medium of the General Assembly.”⁹ The procedure envisaged in the resolution is triggered

⁶ W. Czapliński, *Ewolucja kompetencji Rady Bezpieczeństwa ONZ*, in: K. Lankosz (ed.), *Aktualne problemy prawa międzynarodowe we współczesnym świecie*, Wydawnictwo Uczelniane Akademii Ekonomicznej, Kraków: 1995, p. 27–39.

⁷ UNGA resolution of 7 October 1950, *Uniting for Peace*, A/RES/377; See W. Czapliński, *Skutki prawne nielegalnego...*, *supra* note 1, p. 76; W. Czapliński, *Reforma ONZ...*, *supra* note 1, p. 674; W. Czapliński, *Podstawowe zagadnienia prawa...*, *supra* note 1, p. 167; W. Czapliński, *Odpowiedzialność za naruszenia...*, *supra* note 5, p. 58, 66, 71, 254.

⁸ *Ibidem*, p. 60–61, 65.

⁹ J. Andrassy, *Uniting for Peace*, 50 (3) *American Journal of International Law* 563 (1956), p. 563.

only if certain conditions are cumulatively fulfilled. The most important of them is the failure of the UNSC “to exercise its primary responsibility for the maintenance of international peace and security” because of the “lack of unanimity of the permanent members”. Secondly, the UNGA may act under UfP only “where there appears to be a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression”.¹⁰

The most controversial part is the passage which allows the UNGA to recommend to Member States collective measures, “including in the case of a breach of the peace or act of aggression the use of armed force when necessary”. Most scholars and states claim that there are two exceptions to the prohibition of the use of force from Article 2(4) of the UN Charter:¹¹ the right to self-defence under Article 51 and collective armed action authorised by the UNSC on the grounds of Article 42. In other words, if the UNSC fails to authorise the use of force, any forcible action undertaken by states must be restricted to self-defence. That also refers to the UNGA recommendations about the use of force: whilst it is the UNGA’s prerogative “to encourage Member States to exercise a right which is conferred upon them under the Charter”,¹² it cannot recommend any action beyond self-defence.¹³ However, there are scholars who claim that the Assembly may indeed recommend forcible measures like the UNSC, i.e. also when the conditions for the exercise of the right to self-defence are not fulfilled.

Given these divergent opinions, this article presents the claims of both sides. It provides arguments in support of the view that the UNGA may recommend the use of force outside the right to self-defence; alongside each such plea, a counterargument is put forward to ultimately prove that any UNGA recommendations on the use of force beyond self-defence would amount to a violation of international law.

¹⁰ In the remaining part, the resolution establishes two new bodies – the Peace Observation Commission and the Collective Measures Committee – and deals with the measures necessary to carry out the recommendation of the Assembly; see UNGA resolution of 7 October 1950, *Uniting for Peace*, A/RES/377.

¹¹ Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945), 16 UNTS 1.

¹² Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, Cambridge: 2011, p. 906.

¹³ M.P. Scharf, *Power Shift: The Return of the Uniting for Peace Resolution*, 55 Case Western Reserve Journal of International Law 1 (2023), p. 9, 11; L.D. Johnson, *Uniting for Peace: Does it Still Serve Any Useful Purpose?*, 108 AJIL Unbound 106 (2014), p. 112–114; J. Stone, *Legal Controls of International Conflict*, Rinehart & Company Inc., Publishers, New York: 1959, p. 274; D. Zaum, *The Security Council, the General Assembly, and War: The Uniting for Peace Resolution*, in: V. Lowe, A. Roberts, J. Welsh, D. Zaum (eds.), *The United Nations Security Council and War*, Oxford University Press, Oxford: 2008, p. 158; C. Binder, *Uniting for Peace Resolution (1950)*, in: *Max Planck Encyclopedias of International Law*, para. 20, <https://opil.ouplaw.com/home/MPIL> (accessed 20 February 2024). See also statements made during preparatory works for the UfP by the UK (UNGA, First Committee, Summary Record of 364th meeting, 16 October 1950, A/C.1/SR.364, para. 18), Syria (UNGA, First Committee, Summary Record of 359th meeting, 11 October 1950, A/C.1/SR.359, para. 15) and Mexico (UNGA, First Committee, Summary Record of 360th meeting, 12 October 1950, A/C.1/SR.360, para. 36).

3. THE “UNITING FOR PEACE” RESOLUTION AND THE USE OF FORCE

The crowning argument supporting the view that the UNGA can recommend the use of force outside self-defence is that such a recommendation would not be contrary to the UN Charter, as Articles 10–12 of this act “provide a sufficient internal constitutional basis for the General Assembly to recommend collective measures up to and including the use of force against states.”¹⁴ Thus, UfP does not grant powers to the UNGA beyond the competencies given to it by the Charter, but “the resolution serves to reveal the latent potential of the Assembly already residing within the UN Charter.”¹⁵

Such a view must be confronted with a brief analysis of the UN Charter. Under Article 10, the UNGA is competent to discuss “any questions or any matters” with regard to international peace and security, as well as to recommend non-binding measures in this field. There is one limitation of this power: Article 12(1) prevents the Assembly from making any recommendation whilst the UNSC “is exercising in respect of any dispute or situation the functions assigned to it in the present Charter.”¹⁶ Article 11(1) empowers the UNGA to deal with the same matters as the UNSC,¹⁷ whilst Article 11(2) envisages three distinct stages of applying the UNGA’s powers¹⁸ (which partially overlap with Article 10): firstly, the UNGA may choose only to discuss questions relating to the maintenance of international peace and security, including when the UNSC is exercising its functions with regard to the same matter.¹⁹ Secondly, the UNGA may adopt recommendations, with the exception provided in Article 12(1).²⁰ What is new is the third step: when “action is necessary”, the UNGA is obliged to refer both general questions relating to peace and security and specific cases to the UNSC. As stated by the International Court of Justice in the Advisory Opinion on certain expenses of the United Nations,

¹⁴ A.J. Carswell, *Unblocking the UN Security Council: The Uniting for Peace Resolution*, 18(3) *Journal of Conflict & Security Law* 453 (2013), p. 476. See also V. Gowlland-Debbas, *The Limits of Unilateral Enforcement of Community Objectives in the Framework of UN Peace Maintenance*, 11(2) *European Journal of International Law* 361 (2000), p. 374. See also Y. Nahlawi, *Overcoming Russian and Chinese Vetoes on Syria through Uniting for Peace*, 24(1) *Journal of Conflict and Security Law* 111 (2019), p. 120; F.A. Vallat, *The General Assembly and the Security Council of the United Nations*, 29 *British Year Book of International Law* 63 (1952), p. 96–97; C. Binder, *supra* note 14, paras. 20, 22.

¹⁵ A.J. Carswell, *supra* note 14, p. 476.

¹⁶ Cf. ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, ICJ Rep 2004, p. 136, para. 27.

¹⁷ J. Andrassy, *supra* note 9, p. 565.

¹⁸ *Ibidem*, p. 566.

¹⁹ *Ibidem*; see also ICJ, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, 22 July 2010, ICJ Rep 2010, p. 403, para. 40.

²⁰ J. Andrassy, *supra* note 9, p. 566.

the word ‘action’ must mean such action as is solely within the province of the Security Council. [...] The ‘action’ which is solely within the province of the Security Council is that which is indicated by the title of Chapter VII of the Charter, namely ‘Action with respect to threats to the peace, breaches of the peace, and acts of aggression’.²¹

Thus, as long as the UNGA may discuss at any time questions relating to international peace and security, as well as make recommendations (except for the situation described in Article 12), when it faces a situation in which an action under Chapter VII is required it must refer the matter to the UNSC. As a result, Articles 10–12 do not give the UNGA powers even close to those possessed by the UNSC under Article 42.²² And it is in this context that UfP should be interpreted: the resolution does not alter the balance between the UNGA and the UNSC, change the UNSC’s primary role in the maintenance of international peace and security or create new competencies for the UNGA.

As the second argument, the view may be invoked that since “the prohibition on the use of force binds members and not the United Nations organization [...], where the organization delegates authority to use force through a recommendation, such force will not run afoul of the Article 2(4) prohibition.”²³ Thus, any armed action of Member States based on a UNGA recommendation adopted under UfP would be ascribed to the Assembly, or in other words to the Organization itself, and consequently, would fall outside the ambit of Article 2(4) of the UN Charter.²⁴

Addressing this argument, in the first place one must mention that the Article 2 chapeau states that “the Organization and its Members [...] shall act in accordance with the following Principles”. Thus, the principles established in Article 2 bind both the Member States and the Organization. Not only that, “Article 2 plays a central role for the United Nations as a law-abiding entity under, not above, the basic principles of international law.”²⁵ As a result, the UNGA has no power under the UN Charter to relieve Member States of their obligations stemming from Article 2(4).²⁶ States deciding to implement the UNGA recommendation to use force outside self-defence

²¹ ICJ, *Certain Expenses of the United Nations* (Article 17, para. 2, of the Charter), Advisory Opinion, 20 July 1962, ICJ Rep 1962, p. 151, 165.

²² H. Reicher, *The Uniting for Peace Resolution on the Thirtieth Anniversary of Its Passage*, 20 Columbia Journal of Transnational Law 1 (1982), p. 136.

²³ M.P. Scharf, *supra* note 13, p. 9. See also A.J. Carswell, *supra* note 14, p. 460–461; N. Ahmad, *The Erosion of the Prohibition on the Use of Force in the Face of United Nations Security Council Inaction: How Can the United Nations General Assembly Maintain International Peace?*, 1(2) Chicago Journal of International Law 80 (2022), p. 95; C. Kenny, *Responsibility to Recommend: The Role of the UN General Assembly in the Maintenance of International Peace and Security*, 3 Journal on the Use of Force and International Law 3 (2016), p. 25; C. Binder, *supra* note 13, para. 30.

²⁴ A.J. Carswell, *supra* note 14, p. 464–467.

²⁵ A. Paulus, *Article 2*, in: B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford: 2012, p. 128.

²⁶ L.D. Johnson, *supra* note 13, p. 114.

“would risk violating Article 2 (4) of the Charter and thus being held internationally responsible for having committed an internationally wrongful act.”²⁷

Another argument for the more extensive UNGA powers when it comes to recommending the use of force is that UNGA recommendations are non-binding, so even if the UNGA recommended the use of force outside the right to self-defence, Member States would not be compelled to undertake any action.²⁸ Though this statement is true, it should be highlighted that even non-binding UNGA recommendations convey “great moral force”,²⁹ and their purport “would be more than a recommendation to those against whom force was to be deployed.”³⁰ Such perception of the recommendatory powers of the UNGA was confirmed during the preparatory works for the UfP resolution: even though there was no consensus between states in their understanding of the scope of the UNGA’s competencies to recommend the use of armed force,³¹ many states highlighted the significance of these recommendations. States mentioned, *inter alia*, that “the voluntary response to a recommendation could be even more effective than obedience to an order”³² and that recommendations “have considerable moral force” and constitute “much more than mere legal obligations.”³³

Fourthly, it is sometimes claimed that under UfP the UNGA may authorise the use of armed force beyond the scope of the right to self-defence because the procedure envisaged in UfP was one of the alternatives pointed out by the International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS) in its report *The Responsibility to Protect*. According to it, if the UNSC failed to react when the

²⁷ *Ibidem*, p. 115.

²⁸ Y. Nahlawi, *supra* note 15, p. 118–119. *See also* the statement made by Czechoslovakia (UNGA, First Committee, Summary Record of 359th meeting, 11 October 1950, A/C.1/SR.359, para. 44).

²⁹ J. Krasno, M. Das, *The Uniting for Peace Resolution and Other Ways of circumventing the Authority of the Security Council*, in: B. Cronin, I. Hurd (eds.), *The UN Security Council and the Politics of International Authority*, Routledge, London–New York: 2008, p. 191.

³⁰ T.M. Franck, *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge University Press, Cambridge: 2002, p. 35. *See also* Y. Dinstein, *supra* note 12, para. 905; ICISS, *The Responsibility to Protect; Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, December 2001, para. 6.30, <https://www.globalr2p.org/resources/the-responsibility-to-protect-report-of-the-international-commission-on-intervention-and-state-sovereignty-2001/> (accessed 20 February 2024).

³¹ T.M. Franck, *supra* note 30, p. 35; J.W. Halderman, *Legal Basis for United Nations Armed Forces*, 56(4) *American Journal of International Law* 971 (1962), p. 992–993; F.A. Vallat, *supra* note 14, p. 96.

³² Statement made by the USA: UNGA, First Committee, Summary record of 354th meeting, 9 October 1950, A/C.1/SR.354, para. 10. *See also* statement by Colombia: UNGA, First Committee, Summary record of 361st meeting, 12 October 1950, A/C.1/SR.361, para. 73.

³³ Statement made by Peru: UNGA, First Committee, Summary Record of 356th meeting, 10 October 1950, A/C.1/SR.356, para. 35. *See also* statements made by the UK (UNGA, First Committee, Summary Record of 364th meeting, 16 October 1950, A/C.1/SR.364, para. 15); Ecuador (UNGA, First Committee, Summary record of 358th meeting, 1 October 1950, A/C.1/SR.358, para. 43), Canada (UNGA, First Committee, Summary record of 358th th meeting, 1 October 1950, A/C.1/SR.358, para. 43), Mexico (UNGA, First Committee, Summary Record of 360th meeting, 12 October 1950, A/C.1/SR.360, para. 34) and Argentina (UNGA, First Committee, Summary record of 361st meeting, 12 October 1950, A/C.1/SR.361, para. 45).

population was at risk, the UNGA could recommend the use of force for human protection purposes under UfP.³⁴

One should nevertheless observe that the legal framework of the use of force presented in the ICISS report raises many issues. For instance, the report claims that “sovereign states have a responsibility to protect their own citizens [...] but [...] when they are unwilling or unable to do so, that responsibility must be borne by the broader community of states.”³⁵ In such cases, members of the international community may undertake different “interventionary measures”, including “in extreme cases” a military intervention.³⁶ Although the ICISS underscores that such an intervention should primarily be of a collective nature and conducted under UNSC authorisation,³⁷ ultimately it does not entirely rule out the possibility of either unilateral intervention or action conducted by an “*ad hoc* coalition”.³⁸ In other words, the ICISS report inclines towards the view that states may also be allowed to use force outside the two well-established exceptions to the prohibition of the use of force. That finding forms part of the context in which any statements in the report concerning the use of force should be interpreted: the report proposes a more stretchable framework for the use of force than was presented in the UN Charter and is accepted by the majority of the international community; in that sense, the report is not a declaration of a state of customary law or states’ interpretation of *jus ad bellum* norms.³⁹

Fifthly, UNGA Resolution 498(V)⁴⁰ is recalled as an example of the application of UfP, when the UNGA authorised the use of force outside the right to self-defence.⁴¹ However, this argument is based on an oversimplification of facts. First of all, whilst it is true that Resolution 498(V) was adopted during the Korean crisis – i.e. in reaction to events which directly led to the drafting of UfP – and that it includes allusions to UfP,⁴² its links with this resolution are far from clear. It neither explicitly refers to

³⁴ ICISS, *supra* note 31, para. 6.29. See also E. Klein, S. Schmahl, *Article 10*, in: B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford: 2012, p. 477; Johnson, *supra* note 13, p. 113; Nahlawi, *supra* note 15, p. 120; Kenny, *supra* note 24, p. 13, 18, 24.

³⁵ ICISS, *supra* note 30, p. VIII.

³⁶ *Ibidem*, para. 4.1.

³⁷ *Ibidem*, paras. 6.14, 4.34.

³⁸ *Ibidem*, paras. 4.34, 6.36–6.40.

³⁹ See e.g. UNGA resolution of 16 September 2005, 2005 World Summit, A/RES/30/1, para. 139. There is also no mention that the UNGA can recommend armed measures to protect the population in: UNGA, *A More Secure World: Our Shared Responsibility*: Report of the High-Level Panel on Threats, Challenges and Change, 2 December 2005, A/59/565, paras. 201–202, or UNGA, *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*: Report of the Secretary-General, 21 March 2005, A/59/2005, para. 7b.

⁴⁰ UNGA Resolution of 1 February 1951, Intervention of the Central People’s Government of the People’s Republic of China in Korea, A/RES/498.

⁴¹ M.P. Scharf, *supra* note 13, p. 7; E. Klein, S. Schmahl, *supra* note 34, p. 477.

⁴² For instance, the first preambular paragraph of Resolution 498 (V) notes that “the Security Council, because of lack of unanimity of the permanent members, has failed to exercise its primary responsibility for the maintenance of international peace and security in regard to Chinese communist intervention in Korea” (UNGA Resolution. of 1 February 1951, 498(V), Intervention of the Central People’s Government of the People’s Republic of China in Korea, A/RES/498).

UfP nor was adopted during the emergency special session. Secondly, in the fourth paragraph of Resolution 498(V) the Assembly called upon “States and authorities to continue to lend every assistance to the United Nations action in Korea;” thus, this language resembles the UNSC appeals for “all necessary means”, which are understood as authorisation for the use of force.⁴³ But to understand the meaning of this provision, one must recall that just a few months earlier UNSC Resolution 83⁴⁴ recommended UN members to “furnish such assistance to the Republic of Korea as may be necessary to repel the armed attack and to restore international peace and security in the area”, which was interpreted as authorisation for the use of force. Thus, it was the UNSC which authorised the use of force by UN Member States in Korea, and UNGA 498(V) only repeated and referred to the language of the Council’s Resolution 83.⁴⁵ Therefore, the claim that in Resolution 498(V) the UNGA authorised the use of force under UfP outside self-defence is ungrounded.⁴⁶

4. CONCLUSIONS

Under UfP, the Assembly did not gain powers similar to that of the UNSC, i.e. to recommend the use of armed force regardless of the circumstances. The only case when the UNGA may recommend that Member States use armed force is when the conditions to exercise the right to individual or collective self-defence are fulfilled; in such a situation the Assembly would be advising states to use their inherent right, which they are anyway entitled to.

In support of the view that the UNGA cannot recommend the use of armed force outside the right to self-defence, one can invoke several arguments: Firstly, UfP is fully grounded in Articles 10 and 11 and in line with Article 12 of the UN Charter, which do not give the UNGA such powers. Secondly, not only the Member States, but also the UN itself are bound by the prohibition of the use of force from Article

⁴³ N. Krisch, *Article 42*, in: B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford: 2012, p. 1342.

⁴⁴ UNSC Resolution 83 (1950), S/RES/83(1950).

⁴⁵ M.P. Scharf, *supra* note 13, p. 7. Moreover, the right to collective self-defence is submitted as another ground for the use of force in Korea (*ibidem*; L.D. Johnson, *supra* note 13, p. 112).

⁴⁶ To portray how in the past the UNGA used the UfP procedure, it may be mentioned that the UNGA recommended, urged or called upon member States to e.g. “refrain from introducing military goods in the area of hostilities” (UNGA Resolution 997 (ES-1) of 2 November 1956, A/RES/997(ES-1)), “desist from any form of intervention, in particular armed intervention” (UNGA Resolution 1004 (ES-2) of 4 November 1956, A/RES/1004(ES-2)) or “extend humanitarian relief assistance” (UNGA Resolution ES-6/2 of 14 January 1980, A/RES/ES-6/2). But not only that: the UNGA may direct or contribute to the organisation of peacekeeping and observer missions, also by using the UfP procedure. *See generally* H. Nasu, *International Law on Peacekeeping*, Brill, Leiden–Boston: 2009, p. 210–215; R. Barber, *A Survey of the General Assembly’s Competence in Matters of International Peace and Security: In Law and Practice*, 8(1) *Journal on the Use of Force and International Law* 1 (2021), p. 31–33. *See also* UNGA Resolution 1000 (ES-I) of 5 November 1956, A/RES/1000(ES-I); UNGA Resolution 1237 (ES-III) of 21 August 1958, A/RES/1237(ES-III); UNGA Resolution 1474 (ES-IV) of 20 September 1960, A/RES/1474(ES-IV).

2(4) of the UN Charter, which means that the UNGA cannot freely establish new exceptions to the ban. Thirdly, even though the UNGA recommendations on the use of force beyond the right to self-defence would not be binding on Member States, they still would have great moral force, and states' response to such recommendations could be even more powerful than in the case of a binding UNSC decision. Fourthly, the fact that the ICISS considered that the UfP resolution can be used to fulfil the R2P doctrine when the UNSC fails to act is not conclusive for determining the UNGA functions, as in general the Commission's report postulates a very flexible framework when it comes to the use of force. Finally, the UNGA to date has never recommended the use of armed force outside the right to self-defence, including during the Korean crisis in the 1950s.

Paralysis of the UNSC caused by a veto from a permanent member(s) is certainly a serious obstacle for the UN in its mission to maintain international peace and security. It also seems natural that in such cases states turn to the UNGA and want it to fulfil the UNSC role ascribed to it in the UN Charter. As long as the UNGA shares the responsibility for international peace and security⁴⁷ and may serve as an important deliberative forum, providing the UNGA with any new powers with regard to the protection of international peace and security requires amendment of the UN Charter and cannot be introduced by a non-binding resolution approved only by the Assembly.

⁴⁷ See ICJ, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, para. 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, ICJ Rep 1962, p. 163.

EUFONIA W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM WOBEC ZGIEŁKU CZASU – WKŁAD UNII EUROPEJSKIEJ W ROZWÓJ MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA HUMANITARNEGO W ZWIĄZKU Z INWAZJĄ ROSJI NA UKRAINĘ

1. POSTAWIENIE PROBLEMU

Eufonia z greki to „piękne brzmienie”. Jako termin muzyczny oznacza zgodność tonów, a w językoznawstwie i poetyce określa nadawanie głoskom harmonijnego brzmienia. Zasady eufonii realizują się w ten sposób, że dźwięk oraz brzmienia wielodźwiękowe są prawidłowe z punktu widzenia określonego porządku i odpowiedniego systemu, stając się przeciwstawieniem parafonii, czyli drażniącego zgiełku. Czy w takim razie i w jakim zakresie ta prawidłowość może także dotyczyć systemu prawnego, a konkretnie prawa międzynarodowego i międzynarodowego prawa humanitarne w zgiełku współczesności wywołanym przez Rosję po zbrojnej inwazji na Ukrainę? Czy podobnie jak w muzyce, wraz z odejściem od systemu dur-moll i zasady tonalności, w prawie międzynarodowym powinno się przyjąć nowe, inne metody jego stosowania? Czy w społeczności międzynarodowej powinno nastąpić odejście od ścisłej korelacji pomiędzy dysonansem i konsonansem na rzecz rozmywania wewnętrznych napięć w systemie i jaką rolę ma tu do odegrania Unia Europejska? To przedmiot tego opracowania.

2. ZGIEŁK CZASU

Agresja Rosji na Ukrainę w lutym 2022 r. boleśnie wykazała, że radziecki imperializm ma dziś swoją kontynuację w polityce Putina. Wykazała także, jak bardzo międzynarodowe prawo humanitarne, jak i prawo międzynarodowe jako system, stają się coraz

* Dagmara Kornobis Romanowska – profesor w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego na Wydziale Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. ORCID: 0000-0001-5860-0760.

bardziej dysfunkcyjne w rozwiązywaniu podstawowych problemów stojących przed społecznością światową, takich jak utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, czy ochrona międzynarodowych praw człowieka. Wojna w Ukrainie trwa już ponad dwa lata, a wciąż nie można nawet określić kierunku jej rozstrzygnięcia. Co więcej, im dłużej trwa wojna, tym ryzyko nieoczekiwanych zachowań po obu stronach tego konfliktu zbrojnego jest większe.

W stosunkach międzynarodowych jest to sytuacja, którą można określić jako dysonansowa. Ostatecznym celem społeczności międzynarodowej w tych okolicznościach powinno być dążenie do zgody i przejście na podstawie prawa międzynarodowego od fazy rozbieżności w zbieżność. Podobnie jak w muzyce, zaistniały dysonans wymaga rozwiązania na konsonans, nawet jeśli wewnętrzna droga jest zawiła i długa. Jest to jednak jedyna droga, która prowadzi od zgiełku w harmonię.

3. DZIAŁANIA UNII EUROPEJSKIEJ NA RZECZ PRZYWRÓCENIA POKOJU W UKRAINIE

Wojna w Ukrainie to precedensowy moment dla całej społeczności międzynarodowej, która została postawiona przed koniecznością politycznego decydowania, prawnego reagowania, faktycznego działania z natychmiastowym skutkiem, ale i ze świadomością konsekwencji w przyszłości. Unia Europejska jest jednym z najaktywniejszych podmiotów w tej społeczności inicjujących działania mające na celu udzielenie wsparcia dla władz ukraińskich oraz pociągnięcie do odpowiedzialności i rozliczenie Rosji za zbrodnie międzynarodowe popełnione na Ukrainie.

Unia podjęła w związku z tym bezprecedensowe działania za pośrednictwem Delegatury UE, czy Eurojustu. Wsparcia na miejscu udziela władzom ukraińskim misja doradcza UE w Ukrainie¹, która ściśle współpracuje z Międzynarodowym Trybunałem Karnym (MTK) i uczestniczy w działaniach grupy doradczej ds. masowych aktów okrucieństwa. Na Rosję zostało nałożonych kilkanaście rund sankcji, a dla Ukrainy zorganizowano pomoc wojskową. Unia przyjęła także odpowiedzialność za ochronę, udzielając tymczasowej ochrony dla obywateli tego państwa, jak i obywateli państw trzecich uciekających przed konfliktem². Unia omawiała także plany zakończenia uzależnienia niektórych państw członkowskich od rosyjskiej energii. Celem Unii jest zapewnienie Ukrainie kompleksowej pomocy, w tym we współdziałaniu z innymi partnerami międzynarodowymi, jak np. z państwami członkowskimi oraz NATO, by wzmocnić jej obronny potencjał, wesprzeć badanie i ściganie zbrodni

¹ Decyzja Rady (WPZiB) 2022/638 z 13 kwietnia 2022 r., zmieniająca decyzję 2014/486/WPZiB w sprawie misji doradczej Unii Europejskiej na rzecz reformy cywilnego sektora bezpieczeństwa na Ukrainie (EUAM Ukraine) [2022] OJ L 117.

² Decyzja wykonawcza Rady (UE) nr 2022/382 z 4 marca 2022 r., stwierdzająca istnienie masowego napływu wysiedleńców z Ukrainy w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2001/55/WE i skutkująca wprowadzeniem tymczasowej ochrony [2022] OJ L 71.

wojennych³. W ramach wieloletnich ram finansowych (WRF) tworzony jest Instrument na rzecz Ukrainy⁴, który pozwoli na zapewnienie wsparcia temu krajowi tak długo, jak to będzie konieczne.

Unia Europejska czyni szczególne wysiłki na rzecz doprowadzenia do odpowiedzialności Rosji za zbrodnie ludobójstwa popełniane w Ukrainie. Celowi temu służy prowadzenie i wzmacnianie przez Unię linii oskarżycielskiej wobec agresywności Rosji dla uzasadnienia udzielenia Ukrainie międzynarodowego wsparcia oraz dla podjęcia działań wojennych. Wskazując motywy działania, UE z szeregiem państw członkowskich oraz z państwami trzecimi przyjęła wspólną deklarację w sprawie udzielenia poparcia dla skargi Ukrainy, która wszczęła postępowanie przeciwko Rosji przed MTS na podstawie konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 1948 r. Celem jest ustalenie, że Rosja nie ma podstaw prawnych do podejmowania działań zbrojnych na Ukrainie na podstawie fałszywego powołania zarzutów o ludobójstwo⁵. Przy wsparciu Eurojustu i we współpracy z Biurem Prokuratora MTK został także ustanowiony wspólny zespół dochodzeniowo-śledczy w sprawie zbrodni popełnionych na Ukrainie (JIT). Zadaniem tego zespołu jest ułatwienie gromadzenia i wymiany dowodów w sprawie przestępstw międzynarodowych, aby usprawnić krajowe dochodzenia i ścigania⁶. Od 2018 r. Ukraina jest jednym z dziesięciu państw spoza UE, które mają prokuratora łącznikowego przy Eurojuście. Ułatwianiu wymiany informacji, wiedzy, doświadczeń i sprawdzonych rozwiązań wśród krajowych praktyków służy także europejska sieć punktów kontaktowych dotyczących osób odpowiedzialnych za ludobójstwo, zbrodnie przeciw ludzkości oraz zbrodnie wojenne, które dysponują istotną wiedzą fachową w odniesieniu do najpoważniejszych zbrodni wagi międzynarodowej, utworzona przez Radę⁷. Efektem współpracy Eurojustu, sieci punktów kontaktowych ds. ścigania ludobójstwa oraz Urzędu Prokuratora MTK są także wytyczne dla organizacji społeczeństwa obywatelskiego, opublikowane pt. *Dokumentowanie zbrodni międzynarodowych i naruszeń praw człowieka do celów*

³ Zob. Nieformalne posiedzenie szefów państw lub rządów. Deklaracja wersalska, Wersal, 11 marca 2022 r., <https://www.consilium.europa.eu/media/54787/20220311-versailles-declaration-pl.pdf> (dostęp 11 lipca 2024).

⁴ Proposal for a regulation of European Parliament and of the Council on establishing the Ukraine Facility, COM(2023)338 final.

⁵ MTS, *Ukraina p. Federacji Rosyjskiej*, Wniosek o wszczęcie postępowania, 26 luty 2022 r., ICJ Rep 2022, s. 3 i n. Więcej na temat tej skargi, zob. T. Kamiński, P. Kobielski, *Środki tymczasowe w sporze między Ukrainą a Federacją Rosyjską dotyczącym zarzutów popełnienia zbrodni ludobójstwa a kwestia jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości*, 2(74) Zeszyty Prawnicze 9 (2022).

⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2022/838 z 30 maja 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) 2018/1727 w odniesieniu do zabezpieczania, analizy i przechowywania w Eurojuście dowodów dotyczących ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości, zbrodni wojennych oraz powiązanych przestępstw [2022] OJ L 148.

⁷ Decyzja Rady 2002/494/WSiSW z 13 czerwca 2002 r., ustanawiająca europejską sieć punktów kontaktowych dotyczących osób odpowiedzialnych za ludobójstwo, zbrodnie przeciw ludzkości oraz zbrodnie wojenne [2002] OJ L 167; Decyzja Rady 2003/335/WSiSW z 8 maja 2003 r., w sprawie wykrywania i karania ludobójstwa, zbrodni przeciw ludzkości i zbrodni wojennych [2003] OJ L 118

*zapewnienia odpowiedzialności karnej*⁸. Skutkuje to m.in. wszczęciem przez niektóre państwa krajowych postępowań karnych w związku z domniemanymi zbrodniami o charakterze okrucieństwa, zgodnie z tą zasadą jurysdykcji uniwersalnej. Pojawiła się także propozycja powołania specjalnego Trybunału do spraw Zbrodni Agresji przeciwko Ukrainie⁹. Propozycja ta wynika z braku możliwości działania MTK w tej sprawie, jako że nie ma szans na jej przekazanie Prokuratorowi MTK przez Radę Bezpieczeństwa ONZ, w której Rosja ma prawo weta.

Działania UE w obliczu wojny w Ukrainie należy niewątpliwie uznać za sprawne. Wszystkie one są podejmowane przez UE we współpracy z partnerami krajowymi i międzynarodowymi, co sprawia, że Unia staje się ich organizatorem i koordynatorem. Służą one promowaniu przestrzegania międzynarodowego prawa humanitarnego, mają na celu zapobieganie naruszeniom tego prawa i zwalczać bezkarność na całym świecie. Warto także zauważyć szerszy wymiar i kontekst tych działań, które przez zinstytucjonalizowaną współpracę i skoordynowane wysiłki, mają także na celu ustanowienie nowych standardów dla społeczności międzynarodowej w zakresie reagowania na sytuacje kryzysowe i zajmowania się zbrodniami międzynarodowymi w dowolnym miejscu na świecie. Jest to z tego punktu widzenia precedensowy moment dla Unii i z jej udziałem w rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego oraz międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, z szansą by „dynamikę Ukrainy” uczynić standardem w walce z bezkarnością agresji w innych częściach świata.

4. ODPOWIEDZIALNOŚĆ UNII EUROPEJSKIEJ ZA OCHRONĘ (R2P)

To jednak nie skuteczność, a prawne umocowanie jest pierwszoplanową kwestią dla wszelkich działań Unii Europejskiej na rzecz przywrócenia pokoju w Ukrainie. W prawie unijnym działania te mają uzasadnienie przede wszystkim w ochronie własnych wartości i interesów, co wynika w szczególności z art. 3 ust. 5 oraz 21 ust. 2 TUE¹⁰. Na zewnątrz, w ramach Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa (WPZiB), jako jej integralna część, realizowana jest Wspólna Polityka Bezpieczeństwa i Obrony (WPBiO). Przepisy art. 42–46 TUE określają podstawy prawne, dzięki którym państwa członkowskie mogą wspólnie brać udział w rozwiązywaniu międzynarodowych

⁸ Konkluzje Rady w sprawie walki z bezkarnością w odniesieniu do zbrodni popełnionych w związku z rosyjską wojną napastniczą przeciwko Ukrainie [2022] OJ C 474.

⁹ Rezolucja Parlamentu Europejskiego 2022/3017(RSP) z 19 stycznia 2023 r. w sprawie utworzenia trybunału do spraw zbrodni agresji przeciwko Ukrainie [2023], P9_TA(2023)0015.

¹⁰ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) [2016] OJ C 202. *Zob. szeroko na temat tych przepisów D. Kornobis-Romanowska, R. Grzeszczak (red.), Traktat o Unii Europejskiej. Komentarz, Wolters Kluwer, Warszawa: 2023.*

konfliktów i kryzysów¹¹. Wspólna polityka bezpieczeństwa i obrony zapewnia Unii zdolność operacyjną dla celów utrzymania pokoju i zapobiegania konfliktom zgodnie z KNZ i jest realizowana w oparciu na zdolnościach cywilnych i wojskowych państw członkowskich, wynikających z NATO.

Jeśli natomiast chodzi o prawo międzynarodowe, to działania unijne, najogólniej mówiąc, oparte są na wcześniejszym założeniu zgodności z normami międzynarodowymi, w tym z zasadami KNZ, traktatami dotyczącymi prawa humanitarnego oraz praw człowieka, jako że integralność terytorialna, suwerenność i niezawisłość Ukrainy oraz prawo do samoobrony w ramach granic tego państwa uznanych przez społeczność międzynarodową nie mogą być w jakimkolwiek stopniu kwestionowane. Wiele z działań podejmowanych przez Unię odpowiada działaniom mieszczącym się w ramach międzynarodowoprawnej koncepcji tzw. odpowiedzialności za ochronę (*responsibility to protect*, R2P). Koncepcja ta precyzuje i wzmacnia istniejące zobowiązania państw w zakresie zapewnienia ochrony ludności cywilnej, zwłaszcza podczas konfliktów zbrojnych. Nakłada na nie obowiązek reagowania na zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości, w tym we współpracy w celu położenia kresu poważnym naruszeniom bezwzględnie obowiązujących norm prawa międzynarodowego (*ius cogens*).

Doktrynalnie zobowiązania R2P ujęte są w trzech filarach, tj. prewencji, reakcji i odbudowie¹². W I filarze jest to zobowiązanie państwa do ochrony własnych obywateli, do zwalczania ludobójstwa, zbrodni wojennych, czystek etnicznych i zbrodni przeciw ludzkości oraz zapobiegania im i reagowania na nie, a także ochrony podstawowych zasad prawa międzynarodowego, w szczególności międzynarodowego prawa humanitarnego, prawa dotyczącego uchodźców oraz praw człowieka¹³. W sytuacji, w której państwo rażąco zaniedbuje ochronę lub nie jest w stanie jej zapewnić, odpowiedzialność ta zostaje przeniesiona z państwa na społeczność międzynarodową w postaci wsparcia dla państwa i budowania potencjału (II filar), a także zdecydowanego i szybkiego reagowania dla powstrzymania zbrodni (III filar). Wobec nieskuteczności państwa, odpowiedzialność za ochronę obywateli przejmują zatem inne podmioty prawa międzynarodowego, które są w stanie ją skutecznie zapewnić, bez względu na to, czy są to podmioty państwowe, międzynarodowe, ponadnarodowe, czy regionalne. Sekwencyjność filarów nie jest formalnie wymagana, nie jest także niezbędne jednoznaczne wykazanie, któremu z trzech filarów wyłącznie podlega dana działalność¹⁴.

¹¹ *Ibidem*.

¹² A. Nollkaemper, J. Hoffmann, *Responsibility to Protect: From Principle to Practice*, Amsterdam University Press, Amsterdam: 2011; zob. także A.J. Bellamy, *Global Politics and the Responsibility to Protect: From Words to Deeds*, Routledge, London: 2011, s. 35 i n.

¹³ *The Responsibility to Protect. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty*, International Development Research Center, Ottawa: 2001, <https://www.globalr2p.org/resources/the-responsibility-to-protect-report-of-the-international-commission-on-intervention-and-state-sovereignty-2001/> (dostęp 11 lipca 2024).

¹⁴ Responsibility to protect: timely and decisive response. Report of the Secretary-General, 25 July 2012, A/66/874-S/2012/578, p. 4.

Lokowanie spodziewanego działania w ramach któregoś z filarów R2P nie jest przy tym konieczne, jest też niekoniecznie pomocne. Ostatecznie więc w ramach odpowiedzialności za ochronę nie są określone żadne konkretne sposoby postępowania.

W R2P dostępne są wszelkie środki polityczne i prawne i z tego powodu, koncepcja ta nie ma jednoznacznego oparcia w prawie międzynarodowym i w szczególności nie jest to norma prawa zwyczajowego. Jak słusznie zauważył prof. Władysław Czapliński w swoim piśmiennictwie, przedmiotowa koncepcja nie ma charakteru normatywnego, gdyż norma R2P nie została dotąd potwierdzona przez praktykę ani państw, ani organizacji międzynarodowych. W odniesieniu do tych ostatnich, zdaniem Profesora można tu mówić o praktyce tylko jednej organizacji – ONZ¹⁵. Praktyka ta okazała się jednak porażką ze względu na polityczny opór wewnątrz Rady Bezpieczeństwa ONZ do podjęcia interwencji humanitarnej w Ukrainie, przez co nie tylko skuteczność, ale i wiarygodność ONZ zostały boleśnie poddane pod wątpliwość.

Pomimo porażki ONZ, albo raczej wobec tej porażki, koncepcja R2P zdaje się być szczególnie przydatna dla praktyki Unii Europejskiej wobec Ukrainy, jako rzeczywista i skuteczna odpowiedź na problemy polityczne i prawne wywołujące międzynarodowy chaos i paraliż, już nie tylko w regionalnej skali, ale globalnie. Można więc powiedzieć, że agresja na Ukrainę jest to precedensowy moment nie tylko dla Unii, ale i dla całej społeczności międzynarodowej. Jest to chaos, z którego może powstać impuls na rozwój samego prawa Unii, jak również międzynarodowego prawa humanitarnego, a także międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. Mowa tu o rozwoju i impulsie, obecnie bowiem, wszelkie tego rodzaju działania na Ukrainie podejmowane przez Unię należałoby w myśl prawa międzynarodowego uznać za nieuzasadnione. W szczególności na przeszkodzie takim działaniom Unii stoją postanowienia KNZ powierzające Radzie Bezpieczeństwa ONZ wyłączne kompetencje do podejmowania interwencji zbrojnej¹⁶, z wyjątkowym umocowaniem dla Zgromadzenia Ogólnego, gdy co najmniej jeden stały członek Rady Bezpieczeństwa ONZ wykorzystuje weto, by utrudniać Radzie Bezpieczeństwa wykonywanie jej funkcji zgodnie z mandatem zawartym w KNZ¹⁷. Sytuacja ta mogłaby ulec zmianie, gdyby utworzenie Europejskiej Unii Obrony, będącej konsekwencją WPZiO stało się faktem. Decyzję w tym zakresie podejmuje jednak Rada Europejska, stanowiąc

¹⁵ W. Czapliński, *Odpowiedzialność za naruszenie prawa międzynarodowego w związku z konfliktem zbrojnym*, Wydawnictwo Scholar, Warszawa: 2009, s. 60; podobnie: J. Welsh, *Norm Contestation and the Responsibility to Protect*, 5(4) *Global Responsibility to Protect* 365 (2013), s. 376. Są w doktrynie także głosy opowiadające się za normatywnym znaczeniem tej koncepcji, zob. np. C. Stahn, *Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?*, 101(1) *American Journal of International Law* 99 (2007), s. 101 i n. oraz P.G. Ercan, *Debating the Future of the 'Responsibility to Protect: The Evolution of a Moral Norm*, Palgrave Macmillan, London: 2016.

¹⁶ Art. 41, 42 Karty Narodów Zjednoczonych z 15 października 1945 r. [1947] Dz.U. Nr 23, poz. 90.

¹⁷ Procedura *Zjednoczeni dla Pokoju*, w której RB może podjąć uchwałę proceduralną przekazującą sprawę Zgromadzeniu Ogólnemu. Procedura ta została wykorzystana przez Radę Bezpieczeństwa w lutym 2022 r. do przekazania sprawy Ukrainy Zgromadzeniu Ogólnemu. *Security Council Calls for Emergency Session of General Assembly on Ukraine Crisis*, <https://press.un.org/en/2022/sc14809.doc.htm> (dostęp 11 lipca 2024).

jednomyślnie na podstawie art. 42 TUE. Jak dotąd, Rada Europejska po spotkaniu w Wersalu w 2022 r. przyjęła konkluzje w formie tzw. deklaracji wersalskiej, w której szefowie państw i rządów w UE zgodzili się w m.in. w tak istotnej kwestii, jak konieczność budowania zdolności Unii do działania autonomicznego w dziedzinie bezpieczeństwa, poprzez inwestycje w sektor zbrojeniowy, nowoczesne technologie, realizację wspólnych zamówień w sektorze zbrojeniowym. Jest to więc jeden z możliwych scenariuszy w tym obszarze, ale jeszcze niezinstytucjonalizowany. Niewątpliwie, deklaracja wersalska, będąca wynikiem także agresji Rosji na Ukrainę, dała asumpt do debaty w ramach społeczności międzynarodowej o przyszłości międzynarodowego porządku prawnego i dla rządzących nim procesów prawnych, wskazując możliwe alternatywne perspektywy roli Unii w zapewnieniu międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa.

5. KODA

Eufonia to harmonia. Brak eufonii to chaos. Wprowadzanie chaosu jest burzeniem ogólnego porządku, w tym porządku prawnego, co może stanowić przestępstwo lub zbrodnię, w tym karaną śmiercią. Są czasy i miejsca, gdzie tonacja moll lub dur jest wyborem decydującym o życiu i losie. Jak na przykład stalinowska Rosja. W 1936 r. w Rosji, młody kompozytor, Dymitr Szostakowicz, naraził się Stalinowi po incydencie związanym z wystawieniem opery „Lady Makbet mceńskiego powiatu”, która została potępiona jako chaos, głównie z tego powodu, że kończyła się w tonacji moll, a więc nieradośnie. Od tego momentu Szostakowicz tworzył swoje dzieła pod maksymalną cenzurą, kontrolą polityczną i pod groźbą potępienia. Nauczył się funkcjonować i tworzyć swoją muzykę w totalitaryzmie, a mimo to pozostał zwycięzcą swojej muzyki, w której oprócz artyzmu zawarty jest także głęboki humanitaryzm. Bo jeśli nawet kompozytor mówi, co mu nakazano, to w formułowaniu frazy pozostaje on wolny, a zamierzona parafonia zyskuje pozamuzyczne, egzystencjalne podłoże.

Jest to także przekaz dla społeczności międzynarodowej w obliczu wojny i świadomości konsekwencji tolerowania agresji w którymkolwiek miejscu na świecie. Prawo międzynarodowe, w tym humanitarne, może stanowić remedium jedynie wówczas, gdy stanie się powszechne, a proces jego tworzenia na skutek zjawisk społecznych będzie ciągły. Jakże prawdziwe okazuje się twierdzenie, że traktaty humanitarne pojawiają się zawsze o jedną wojnę za późno. Wojna w Ukrainie wyjątkowo dobitnie wykazuje istnienie prawnych luk, trudności i niejasności interpretacyjnych, braku konsekwencji w stosowaniu prawa. Wymusza to na wszystkich członkach społeczności międzynarodowej podjęcie działań w celu uzupełnienia obowiązujących norm prawnych. Teraz do tej społeczności należy decyzja, jaką koncepcję prawa międzynarodowego można uznać za powszechnie akceptowaną, a zatem jaki jest aktualny stan tego systemu prawa.

W tym ujęciu, prawo międzynarodowe jako narzędzie utrzymania oraz przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, powinno odejść od ścisłej korelacji pomiędzy dysonansem i konsonansem na rzecz niwelowania wewnętrznych napięć w systemie. Aby powstrzymać zbrodnicze działania Rosji, wymagane jest więc przede wszystkim strategiczne, kreatywne i nieszablonowe podejście, nie zaś ścisłe wykonywanie skazanych na niepowodzenie decyzji i procedur.

UNIJNE SANKCJE INTELIGENTNE PO LUTYM 2022 R.

Niewiele osób miało większy wkład w rozwój doktryny prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej niż Pan Profesor Władysław Czapliński. Miałam szczęście i przyjemność zarówno uczestniczyć w zajęciach dydaktycznych Pana Profesora, korzystać z pisanych przez niego podręczników, pracować pod jego kierunkiem, jak i poznać szeroki krąg jego naukowych przyjaciół i adversarzy. Wiele się od niego nauczyłam, a przynajmniej się starałam. Po przeczytaniu mojej rozprawy doktorskiej Pan Profesor napisał mi, że „barok się chowa” i że wiele przede mną pracy, by uprościć mój język. Ten proces upraszczania (niestety nieskutecznie) trwa do dziś. Chciałabym na łamach tej publikacji wyrazić wdzięczność za tę możliwość dialogu i współpracy z Panem Profesorem oraz nawiązać do kilku wątków z szerokich zainteresowań Pana Profesora. Zainteresowania te obejmowały między innymi problematykę zajęcia Krymu przez Federację Rosyjską w 2014 r.¹, obowiązek Unii, by wykonywać sankcje nałożone przez ONZ² czy zagadnienia związane z odpowiedzialnością państwa za agresję³. Pan Profesor był też współautorem jednego z pierwszych komentarzy do Traktatu o Unii Europejskiej⁴.

Z tego względu zdecydowałam się podjąć tematykę ewolucji europejskiego podejścia do zindywidualizowanej odpowiedzialności podmiotów wspierających agresora, możliwej dzięki stosowaniu przez UE sankcji indywidualnych, w ramach unijnej

¹ W. Czapliński, S. Dębski, R. Tarnogórski, K. Wierczyńska (red.), *The Case of Crimea's Annexation Under International Law*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2019.

² W. Czapliński, *Znaczenie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w procesie rozwoju prawa europejskiego*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2021, s. 510 i n.

³ W. Czapliński, *Odpowiedzialność za naruszenia prawa międzynarodowego w związku z konfliktem zbrojnym*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2009.

⁴ Traktat o Unii Europejskiej [1992] OJ C 191; C. Mik, W. Czapliński, *Traktat o Unii Europejskiej. Komentarz*, Wydawnictwo ABC, Warszawa: 2005.

* Krystyna Kowalik-Bańczyk – doktor habilitowany nauk prawnych. Autorka jest sędzią Sądu Unii Europejskiej, profesorem nadzwyczajnym Instytutu Nauk Prawnych PAN. ORCID: 0000-0001-7007-3203. Tekst wyraża osobiste poglądy Autorki i nie może być interpretowany jako stanowisko Sądu.

wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa (WPZiB)⁵. Chodzi o zindywidualizowane działania o charakterze ekonomicznym, przybierające postać tzw. sankcji inteligentnych wobec osób fizycznych lub prawnych, które są stosowane, by zaradzić trwającym kryzysom, wesprzeć pokój i demokrację, oraz przywrócić przestrzeganie praw człowieka i prawa międzynarodowego⁶. Na ogół takie sankcje nakładane są na podmioty związane z państwem agresorem, mogą polegać na restrykcjach wjazdowych do państw UE lub na zamrożeniu aktywów (wobec osób fizycznych), bądź na sankcjach gospodarczych skierowanych wobec poszczególnych sektorów gospodarki (wobec osób prawnych). Sankcje inteligentne są przykładem instrumentów opartych na złożonej podstawie prawnej – z jednej strony konieczne jest uzyskanie jednomyślnej decyzji państw w ramach dawnego tzw. drugiego filaru UE, z drugiej wykonanie tej decyzji pozostaje w obrębie dawnego „pierwszego filaru”, o charakterze „wspólnotowym”⁷.

W niniejszym tekście zostaną skrótkowo przedstawione trzy zagadnienia – podstawy prawne do przyjmowania sankcji indywidualnych, modyfikacja charakteru tych sankcji w ostatnim czasie, co stopniowo zostaje potwierdzone przez orzecznictwo Sądu Unii Europejskiej (SUE) dotyczące tego zagadnienia, i wreszcie zmian w proceduralnej praktyce SUE wobec nowatorskich spraw z tej dziedziny. Refleksje zostaną co do zasady ograniczone do relacji rosyjsko-unijnych, w związku z zaatakowaniem Ukrainy przez Federację Rosyjską w lutym 2022 r. Tłem dla rozwijającego się orzecznictwa sądów UE są wydarzenia ostatnich lat. Od 2014 r. UE nałożyła sankcje indywidualne na ponad 2200 podmiotów związanych z Federacją Rosyjską, a sankcje te zostały rozszerzone i uzupełnione po lutym 2022 r. Ich lista jest regularnie ogłaszana w Dzienniku Urzędowym UE. Rada wyjściowo przyjęła sankcje w odpowiedzi na sytuację bezprawnej aneksji Krymu i Sewastopola oraz uznania przez Rosję niekontrolowanych przez ukraiński rząd obszarów Ukrainy w obwodzie donieckim, obwodzie chersońskim, obwodzie ługańskim i obwodzie zaporoskim⁸. W odpowiedzi na militarną agresję Rosji wobec Ukrainy, sankcje ulegają stałemu

⁵ UE może nakładać sankcje z własnej inicjatywy lub w celu wykonania rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ. Niekiedy UE nakłada tzw. sankcje mieszane, zastrzegając sankcje ONZ, wprowadzając dodatkowe środki, oprócz tych nałożonych przez Radę Bezpieczeństwa ONZ.

⁶ CoE, *Jakie sankcje nakłada UE?*, <https://www.consilium.europa.eu/pl/policies/sanctions/different-types/> (dostęp 25 marca 2024).

⁷ J. Ryszka, *Ochrona praw podstawowych a sankcje UE stosowane w walce z międzynarodowym terroryzmem*, 11 Europejski Przegląd Sądowy 18 (2008), s. 18–27.

⁸ CoE, *Sankcje UE wobec Rosji*, <https://www.consilium.europa.eu/pl/policies/sanctions/restrictive-measures-against-russia-over-ukraine/#individual> (dostęp 25 marca 2024); European Commission, *Sanctions adopted following Russia's military aggression against Ukraine*, https://finance.ec.europa.eu/eu-and-world/sanctions-restrictive-measures/sanctions-adopted-following-russias-military-aggression-against-ukraine_en (dostęp 25 marca 2024).

rozszerzeniu⁹ i w momencie oddania tego tekstu obejmowały już czternaście pakietów sankcji (ostatni pakiet jest z 24 czerwca 2024 r.)¹⁰.

1. HYBRYDOWA PODSTAWA PRAWNA DLA SANKCJI INTELIGENTNYCH W SPRAWIE UKRAINY

Artykuł 29 TUE: „Rada przyjmuje decyzje, które określają podejście Unii do danego problemu o charakterze geograficznym lub przedmiotowym. Państwa Członkowskie zapewniają zgodność swych polityk krajowych ze stanowiskami Unii” przewiduje przyjmowanie decyzji WPZiB przez Radę. Tradycyjnie embargo na broń oraz ograniczenia podróży są regulowane tylko przez takie decyzje, natomiast wszystkie inne działania, wymagające implementacji przez Państwa Członkowskie, są oparte na podwójnej podstawie prawnej, uzupełnionej przez decyzje zgodne z art. 215 TFUE¹¹. Z tego względu podstawą prawną dla ustanowienia sankcji UE jest zawsze łączne stosowanie art. 29 TUE oraz art. 215 TFUE.

Gdy decyzja, przyjęta na podstawie art. 29 TUE, przewiduje zerwanie lub ograniczenie w całości lub w części stosunków gospodarczych i finansowych z jednym lub z większą liczbą państw trzecich, Rada przyjmuje niezbędne środki, stanowiąc większością kwalifikowaną na wspólny wniosek wysokiego przedstawiciela Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa oraz Komisji. Na podstawie art. 215 TFUE Rada informuje o tym Parlament Europejski. W tej procedurze Rada może przyjąć środki ograniczające wobec osób fizycznych lub prawnych, grup lub podmiotów innych niż państwa.

Art. 215 TFUE musi zostać wykorzystany, by wykonać środki / decyzje oparte na art. 29 TUE. W obu przypadkach można się zastanawiać jak daleko sięgają kompetencje Rady, by takie środki przyjmować i co powinno się znajdować w którym z tych dwóch instrumentów. Pomocne dla ustalenia tego jest orzeczenie *Rosneft*¹²

⁹ Odbywa się to na podstawie uaktualnionych wersji rozporządzeń: rozporządzenie Rady (UE) nr 833/2014 z 31 lipca 2014 r. dotyczące środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie [2014] OJ L 229 oraz rozporządzenie Rady (UE) nr 269/2014 z 17 marca 2014 r. w sprawie środków ograniczających w odniesieniu do działań podważających integralność terytorialną, suwerenność i niezależność Ukrainy lub im zagrażających [2014] OJ L 78.

¹⁰ Czternasty pakiet – 24 czerwca 2024 r., trzynasty pakiet – 23 lutego 2024 r., dwunasty pakiet – 18 grudnia 2023 r. (rozszerzenie zakresu sankcji na Białoruś – 3 sierpnia 2023 r.), jedenasty pakiet – 23 czerwca 2023 r., dziesiąty pakiet – 25 lutego 2023 r., dziewiąty pakiet – 16 grudnia 2022 r., ósmy pakiet – 5 października 2022 r., pakiet podtrzymujący i ujednolicający – 21 lipca 2022 r., szósty pakiet – 3 czerwca 2022 r., piąty pakiet – 8 kwietnia 2022 r., czwarty pakiet – 15 marca 2022 r., pakiet o zgodności – 9 marca 2022 r., trzeci pakiet – 2 marca i 28 lutego 2022 r., drugi pakiet – 25 lutego 2022 r., pierwszy pakiet 23 lutego 2022 r.

¹¹ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Rzym 25 marca 1957 r. [2004] Dz.U. Nr 90 864/2.

¹² TSUE, sprawa C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company p. Her Majesty's Treasury i in.* [2017] EU:C:2017:236. Por. H. Over de Linden, *The Court of Justice's Difficulty with Reviewing Smart Sanctions as Illustrated by Rosneft*, 24(1) European Foreign Affairs Review 27 (2019), s. 27–42; M. Kuisma, *Jurisdiction, Rule of Law, and Unity of EU Law in Rosneft*, 37 Yearbook of European Law 3 (2018), s. 3–26; S. Poli, *The Common Foreign Security Policy After Rosneft: Still Imperfect but Gradually Subject to the Rule of Law*, 54(6) Common

– wyrok wydany w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne brytyjskiego High Court, dopuszczający by Trybunał Sprawiedliwości UE miał kompetencję, by oceniać ważność decyzji WPZiB, takich jak decyzja 2014/512/WPZiB¹³, w zakresie w jakim przewidują one środki restrykcyjne wobec osób fizycznych lub prawnych albo pod kątem przestrzegania art. 40 TUE.

W kontekście ukraińskim, Rada przyjęła jak dotychczas akty trojakiiego rodzaju. Po pierwsze, tzw. decyzje WPZiB (wyjściowe i modyfikujące), oparte na art. 29 TUE (chodzi o decyzję 2014/145/WPZiB¹⁴). Po drugie, rozporządzenia bazowe (wyjściowe i modyfikujące), które są oparte na art. 215 TFUE (chodzi o zmodyfikowane wspomniane już rozporządzenie 269/2014). Po trzecie, na rozporządzenia wykonawcze, oparte na przepisie rozporządzenia bazowego (w tym przypadku na podstawie zmodyfikowanego rozporządzenia 269/2014). Procedura przewidziana w art. 215 TFUE zakłada przyjmowanie decyzji większością kwalifikowaną na wspólny wniosek wysokiego przedstawiciela Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa oraz Komisji. Po przyjęciu takich środków, ich wykonanie stanowi zadanie państw członkowskich, które monitorują, sprawdzają i ewentualnie również nakładają sankcje za naruszenie unijnych rozwiązań, w tym za ich obchodzenie¹⁵.

Istotnym pytaniem, przewijającym się w orzecznictwie dotyczącym środków restrykcyjnych, jest relacja między kompetencjami Rady wykonywanymi na podstawie art. 29 TUE oraz tymi wykonywanymi na podstawie art. 215 TFUE. Zwłaszcza dyskutowane było to, czy decyzja WPZiB musi zawierać wszystkie elementy, które znajdują się następnie w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 215 TFUE, czy też Rada może taką decyzję WPZiB uzupełnić w rozporządzeniu wydanym na podstawie 215 TFUE. Nie ulega kwestii, że wydanie rozporządzenia Rady na podstawie art. 215 TFUE wymaga wcześniejszego istnienia decyzji WPZiB, przewidującej przyjęcie środków ograniczających wobec osób fizycznych lub prawnych, grup lub

Market Law Review 1799 (2017), s. 1799–1834; L. Lonardo, *Law and Foreign Policy Before the Court: Some Hidden Perils of Rosneft*, 3(2) European Papers 547 (2018), s. 547–561; M. Gatti, *Jurisdiction de la Cour de justice sur les renvois préjudiciels en matière de politique étrangère et de sécurité commune : à propos de l'arrêt Rosneft de la CJUE*, 63 Annuaire Français de Droit International 440 (2017), s. 440–447; J. Czuczai, *The Rosneft Case as a Good Example of Smooth Interaction Between EU law and International Law in the Most Recent post-Lisbon Jurisprudence of the Court of Justice*, w: I. Govaere, S. Garben (red.), *The Interface Between EU and International Law: Contemporary Reflections*, Bloomsbury, London: 2019, s. 307–319; I. Bosse-Platière, *Le juge de l'Union, artisan de la cohérence du système de contrôle juridictionnel au sein de l'Union européenne, y compris en matière de PESC: (CJUE, gr. ch., 28 mars 2017, aff. C-72/15, Rosneft, ECLI:EU:C:2017:236)*, 3 Revue trimestrielle de droit européen 555 (2017), s. 555–563.

¹³ Decyzja Rady 2014/512/WPZiB z 31 lipca 2014 r., dotycząca środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie [2014] OJ L 229.

¹⁴ Decyzja Rady 2014/145/WPZiB z 17 marca 2014 r., w sprawie środków ograniczających w związku z działaniami podważającymi integralność terytorialną, suwerenność i niezależność Ukrainy lub im zagrażającymi [2014] OJ L 78.

¹⁵ F. Finelli, *Countering Circumvention of Restrictive Measures: the EU Response*, 60(1) Common Market Law Review 733 (2023), s. 737.

podmiotów niepaństwowych¹⁶, stanowi ona warunek *sine qua non* działania Unii. W sprawie *Rosneft* TSUE wyjaśnił, że oba akty mają odmienne funkcje: decyzja WPZiB określa pozycję Unii co do kwestii czy należy przyjąć środki restrykcyjne, natomiast rozporządzenie 215 stanowi instrument zapewniania skuteczności tym środkom na poziomie Unii¹⁷. W sprawie *Rosneft* Rada zdefiniowała stanowisko Unii w sposób niezwykle precyzyjny i w ten sposób naruszyła kompetencje Rady oraz rozwiązania proceduralne wynikające z art. 215 TFUE (pkt 84 wyroku). TSUE uznał, że w związku z dużym zakresem swobody w tej dziedzinie Rada mogła nie tylko zdefiniować, ale też doprecyzować w szczegółowy sposób w decyzji WPZiB to, jaki jest cel środków ograniczających, nawet jeśli determinowało to co do szczegółów technicznych część rozporządzenia Rady z art. 215 TFUE. Jest to dopuszczalne, jednak nie oznacza, że Rada jest zobowiązana do wyczerpującego uregulowania wszystkich szczegółów w decyzji WPZiB. Należy wobec tego sprawę *Rosneft* interpretować w ten sposób, że dopuszcza ona, by decyzja WPZiB była bardzo szczegółowa, ale tego nie wymaga. Rada ma możliwość uzupełnienia i doprecyzowania decyzji WPZiB w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 215 TFUE. Taka interpretacja sprawy *Rosneft* znajduje odzwierciedlenie w praktyce Rady poprzedzającej to orzeczenie¹⁸. Z kolei w sprawie *RT France*¹⁹ SUE uznał, że Rada ma dużą swobodę w definiowaniu celów środków ograniczających, i to w obu rodzajach aktów (wydanych na podstawie art. 29 TUE i art. 215 TFUE). Ta swoboda pozwala Radzie na skuteczne reagowanie na poważne zagrożenia dla pokoju, i niekiedy na przyjmowanie niespotykanych wcześniej rozwiązań, takich jak tymczasowe wstrzymanie nadawania „Russia Today” na terytorium UE. Oznacza to, że art. 29 TUE może zostać wykorzystany dla zdefiniowania nowych rodzajów środków ograniczających, a państwa członkowskie w Radzie, działając na podstawie art. 215 TFUE mogą przez swoje propozycje uzupełnić decyzję WPZiB, tak by zapewnić jej jak najpełniejszą skuteczność.

To co jeszcze może budzić wątpliwości, to fakt, że Rada, wydając rozporządzenia na podstawie art. 215 TFUE na ogół nie precyzuje, czy opiera się na ustępie pierwszym czy drugim tego postanowienia (ewentualnie wskazuje oba ustępy). Tak właśnie wyglądają wszystkie rozporządzenia – wyjściowe i modyfikujące, dotyczące sytuacji w Ukrainie i unijnej reakcji na działania Federacji Rosyjskiej. Jest to zapewne celowe działanie Rady, by nie pozwolić na zbyt łatwe unieważnianie rozporządzeń opartych na art. 215 TFUE, w przypadku gdyby ich treść dotyczyła zarazem hipotezy wynika-

¹⁶ TSUE, sprawa C-130/10, *Parlament Europejski p. Radzie Unii Europejskiej* [2012] EU:C:2012:472, pkt 47 i 58; TSUE, sprawa C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company p. Her Majesty's Treasury i in.* [2017] EU:C:2017:236, pkt 55; TSUE, sprawa C-548/09, *P Bank Melli Iran p. Radzie Unii Europejskiej, Republice Francuskiej, Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, Komisji Europejskiej* [2011] EU:C:2011:735, pkt 70 i 73.

¹⁷ TSUE, sprawa C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company p. Her Majesty's Treasury i in.* [2017] EU:C:2017:236, pkt 90.

¹⁸ TSUE, sprawa C-130/10, *Parlament Europejski p. Radzie Unii Europejskiej* [2012] EU:C:2012:472, pkt 72 i 76.

¹⁹ TSUE, sprawa T-125/22, *RT France p. Radzie Unii Europejskiej* [2022] EU:T:2022:483.

jącej z ustępu 1 (relacje z państwami trzecimi) oraz z ustępu 2 (środki ograniczające skierowane wobec podmiotów prywatnych). Nie ulega wątpliwości, że przy przyjmowaniu sankcji skierowanych wobec podmiotów indywidualnych (osób fizycznych lub prawnych, grup lub podmiotów niepaństwowych), właściwą podstawą prawną jest art. 215 ust. 2²⁰.

2. MODYFIKACJA CHARAKTERU SANKCJI INTELIGENTNYCH PO LUTYM 2022 R.

Rosyjska agresja na Ukrainę spowodowała modyfikację dotychczasowej praktyki Rady w nakładaniu sankcji²¹. O ile wcześniej zdarzały się ograniczenia związane z dysponowaniem aktywami posiadanymi przez podmiot objęty sankcjami, to po lutym 2022 r. po raz pierwszy zdecydowano się na ograniczenie swobody wypowiedzi. W trzecim pakiecie sankcji²² Rada przyjęła sankcje dotyczące działalności mediów związanych z Kreml, które zostały ocenione jako propagujące systemową dezinformację²³. Jeden z podmiotów objętych trzymiesięcznym zakazem nadawania na terytorium UE zakwestionował tę decyzję Rady przed SUE. Sprawa rozpatrywana przez Wielką Izbę SUE, T-125/22 *RT France p. Radzie Unii Europejskiej*²⁴ była pierwszym orzeczeniem dotyczącym środków restrykcyjnych po rosyjskiej agresji na Ukrainę. Była też pierwszym orzeczeniem Wielkiej Izby dotyczącym przedsiębiorcy (wcześniejsze rozstrzygnięcie Wielkiej

²⁰ TSUE, sprawa C-130/10 *Parlament Europejski p. Radzie Unii Europejskiej* [2012] EU:C:2012:472, pkt 65 i 75.

²¹ L.M. Chauvel, *La continue diversification des mesures restrictives: in varietate concordia?*, 3 *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 476 (2023), s. 476–479.

²² Decyzja Rady (WPZiB) 2022/351 z 1 marca 2022 r., w sprawie zmiany decyzji 2014/512/WPZiB dotyczącej środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, [2022] OJ L 60 oraz rozporządzenie Rady (UE) nr 2022/350 z 1 marca 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie [2022] OJ L 65. W 2022 r. UE zawiesiła działalność nadawczą i licencje nadawców wspieranych przez Kreml szerzących dezinformację i wykorzystywane przez rosyjski rząd do manipulowania informacjami i do rozpowszechniania dezinformacji o inwazji na Ukrainę (zwłaszcza propagandy). Chodziło o następujące podmioty: Sputnik i jednostki zależne, w tym Sputnik Arabic; Russia Today i jednostki zależne; Rossija RTR / RTR Płaneta; Rossija 24 / Russia 24; Rossija 1; TV Centre International; NTW/NTV Mir; REN TV; Pierwyj Kanał; Oriental Review; Cargrad TV; New Eastern Outlook; Katehon; kanał Spas. *Por. szerzej o kwestii fake news: C.R. Sunstein, Liars: Falsehoods and Free Speech in an Age of Deception (Inalienable Rights)*, Oxford University Press, Oxford: 2021.

²³ F. Hoffmeister, *Strategic Autonomy in the European Union's External Relations Law*, 60(3) *Common Market Law Review* 667 (2023).

²⁴ TSUE, sprawa T-125/22, *RT France p. Radzie Unii Europejskiej* [2022] EU:T:2022:483. *Por. V. Szép, R. Wessel, Balancing restrictive measures and media freedom: RT France v. Council*, 60 *Common Market Law Review* 1381 (2023), s. 1383–1396; B. Baade, *EU Sanctions Against Propaganda for War – Reflections on the General Court's Judgment in Case T-125/22 (RT France)*, 83(2) *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 257 (2023), s. 257–282; J. Gundel, *Europäischer Grundrechtsschutz für (dritt-)staatliche Propagandasender? – Anmerkung zum Urteil des EuG v. 27.07.2022, Rs. T-125/22 (RT France/Rat)*, 58(1) *Europarecht* 110 (2023), s. 110–118.

Izby SUE w tej dziedzinie dotyczyło państwa trzeciego)²⁵. Było to również pierwsze rozstrzygnięcie ograniczające swobodę wypowiedzi w odniesieniu do transmisji audiowizualnych. Skarżący wskazywali, że ich zdaniem UE nie miała kompetencji do nałożenia tego typu sankcji, ponieważ regulacja mediów pozostaje w rękach państw członkowskich i naruszenie tego podziału stanowi naruszenie art. 11 Karty Praw Podstawowych UE²⁶. SUE odrzucił te zarzuty, wskazując, że żaden narodowy organ na poziomie państw członkowskich nie byłby w stanie nałożyć ogólnounijnego zakazu nadawania, niezbędnego w walce ze zmasowaną kampanią dezinformacyjną, zorganizowaną przez rosyjską spółkę Novosti i przez jej spółki córki w Europie.

W sprawie *RT France* SUE wskazał przede wszystkim, że wolność wypowiedzi, tak jak jest ona chroniona przez art. 11 KPP, może zostać ograniczona w określonych warunkach: po pierwsze ograniczenie powinno być przewidziane przez przepisy prawa (musi istnieć podstawa prawna), po drugie ograniczenie musi gwarantować zachowanie istoty treści swobody wypowiedzi (*essential content*), po trzecie ograniczenie musi odpowiadać celowi ochrony ogólnego interesu uznawanego przez Unię jako taką i po czwarte, ograniczenie musi być proporcjonalne (pkt 144, 145 wyroku)²⁷. Wyrok *RT France* jest jednak istotny z wielu innych powodów. Wyjaśnia zakres stosowania Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa i doprecyzowuje, że środki, które czasowo ograniczają podmioty nadające rosyjską propagandę wewnątrz UE mogą zostać przyjęte na podstawie art. 29 TUE²⁸. Taka interpretacja art. 29 TUE powoduje dalsze rozszerzenie stosowania tego przepisu, który w połączeniu z art. 215 TFUE stanowił dopuszczoną przez SUE podstawę do wydania takich środków. W pkt. 51 wyroku SUE stwierdził, że art. 29 TUE stanowi prawidłową podstawę prawną dla kontestowanych aktów, a interpretacja art. 29 TUE powinna być szeroka. W ramach tej interpretacji Rada może wyjść poza proste deklaracje z zakresu wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa i przyjąć środki wpływające na sytuację prawną podmiotów prywatnych. W pkt. 52 wyroku SUE przyznał, że Rada korzysta z wielkiej swobody (*latitude*) przy definiowaniu celów unijnych środków restrykcyjnych. Rada nie można zarzucać, że biorąc pod uwagę rosyjską agresję na Ukrainę, właściwą odpowiedzią na poważne zagrożenie dla pokoju na granicach Unii i naruszenia prawa międzynarodowego może być m.in. czasowe wykluczenie nadawania audycji „Russia Today”, finansowanych z rosyjskiego budżetu państwowego. SUE dopuścił też, by swoboda mediów została ograniczona przez środki restrykcyjne oparte na art. 29 TUE i 215 TFUE. Nie było to oczywiste, ponieważ swoboda wypowiedzi korzysta z bardzo wysokiego stopnia ochrony w obrębie UE. SUE odwołał się do art. 10 ust. 2 EKPC²⁹,

²⁵ SUE, sprawa T-65/18 RENV, *Boliwariańska Republika Wenezueli p. Radzie Unii Europejskiej* [2023] EU:T:2023:529.

²⁶ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej [2016] OJ C 202.

²⁷ V. Szép, R. Wessel, *supra* note 24, s. 1388.

²⁸ *Ibidem*, s. 1384.

²⁹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Rzym 4 listopada 1950 r. [1993] Dz.U. Nr 61, poz. 284.

gdzie wolność wypowiedzi znajduje zastosowanie nie tylko do informacji i idei, które są publicznie akceptowane, ale również do informacji i idei, które są obraźliwe lub niepokojące. Nie oznacza to jednak, że swoboda wypowiedzi jest nieograniczona.

Wypowiedzi usprawiedliwiające lub stojące w obronie przemocy, nienawiści, ksenofobii lub innych form nietolerancji co do zasady nie są chronione. Jak „wynika z motywów 7 i 8 zaskarżonej decyzji – tymczasowe ograniczenie nadawanych treści wynikało z faktu, że „Russia Today” wspierała i usprawiedliwiała rosyjską agresję na Ukrainę. W związku z tym SUE przypomniał, że zgodnie z art. 11 KPP wolność wypowiedzi może zostać ograniczona przy zachowaniu wskazanych już wyżej czterech warunków. W pkt. 149 wyroku SUE wskazał, że art. 29 TUE i art. 215 TFUE są przewidywalne dla zainteresowanych stron w takim zakresie, że są one podstawą prawną dla przyjmowania środków restrykcyjnych, które mogą przewidywać ograniczenie swobody wypowiedzi. Wskazał na to również Wysoki Przedstawiciel Unii do spraw polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, który został dopuszczony do udziału w postępowaniu jako interwenient³⁰. Sprawa *RT France* jest także istotna, ponieważ dotyczy wpływu sankcji inteligentnych na prawa podstawowe. W większości przypadków sankcje inteligentne mają wpływ na te prawa, w wymiarze ekonomicznym lub w odniesieniu do ograniczeń przemieszczania się. Jednak w sprawie *RT France* chodziło o swobodę wypowiedzi, w sytuacji gdy ta swoboda mogła się przysłużyć wspieraniu agresji na Ukrainę. W takim kontekście politycznym, informacja usprawiedliwiająca taką agresję mogła stanowić znaczące i bezpośrednie zagrożenie dla porządku publicznego i bezpieczeństwa Unii³¹.

Pojęcie środków o charakterze ekonomicznym zostało w ten sposób rozszerzone na środki ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego, a SUE potwierdził że Unia posiada kompetencje by takie środki przyjmować. Należy jednak podkreślić, że w ustroju demokratycznym informacje mogą pochodzić z bardzo różnych źródeł i nie ma tutaj miejsca cenzura wobec całości tych źródeł, a jedynie wobec jednego konkretnego źródła, które można, jak się wydaje, słusznie uznać za niewiarygodne.

Rosyjska inwazja na Ukrainę spowodowała zatem tę istotną zmianę polityki UE wobec jej środków ograniczających. Pierwsze sankcje skierowane wobec rosyjskich podmiotów w 2022 r. przewidywały nowe rozwiązania, takie jak te potwierdzone w orzeczeniu *RT France*. Kolejna pula sankcji, z 2023 r. została uzupełniona o tzw. środki towarzyszące (*accompanying measures*), których celem jest przede wszystkim uniknięcie obchodzenia dotychczas przyjętych sankcji i które są niezbędne, by sankcje pozostały skuteczne. Klauzule, które mają zapobiec „obchodzeniu” sankcji zawsze uzupełniają środki restrykcyjne³², a orzecznictwo TS, w tym zwłaszcza sprawa

³⁰ F. Hoffmeister, L. Havas, *The High Representative for Foreign Affairs and Security Policy before the Court of Justice of the European Union*, 26 *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 13 (2023), s. 13–30; V. Szép, R. Wessel, *supra* note 24, s. 1391.

³¹ *Ibidem*, s. 1396.

³² F. Finelli, *supra* note 15, s. 733.

*Afrasiabi*³³ wyjaśnia, że przez działania, których celem lub skutkiem jest „obejście” w sposób bezpośredni lub pośredni środków zakazu określonych w akcie UE, prawodawca Unii rozumie działania, których celem lub wynikiem jest umożliwienie sprawcy uniknięcia zastosowania tego środka zakazu. Obejmują one działania, co do których na podstawie obiektywnych elementów można ustalić, że ich celem lub skutkiem jest, bezpośrednio lub pośrednio, udaremnienie zakazu lub niewykonanie nakazu nałożonego aktem UE.

Obchodzenie obejmuje nie tylko działania, które de facto uderzają w cele unijnych środków ograniczających, ale również działania, które mają na celu w nie uderzyć, niezależnie od rzeczywistego rezultatu tych działań³⁴. Sprawy dotyczące tego zagadnienia w kontekście rosyjskiej agresji są w toku.

3. NOWA PRAKTYKA SĄDU UNII EUROPEJSKIEJ W TRAKTOWANIU (NIEKTÓRYCH) SANKCJI INTELIGENTNYCH

Stosowanie środków ograniczających okazuje się dziedziną, w której SUE udało się przełamać pewien impas w sięganiu po rozwiązanie proceduralne, które ma być wykorzystywane w sprawach o dużym znaczeniu prawnym i politycznym, mianowicie w sięganiu po rozstrzygnięcie w składzie Wielkiej Izby. Zagadnienia związane z kontrolowaniem korzystania przez Radę z kompetencji do nakładania sankcji już kilkakrotnie zostały przez SUE przekazane pod rozwagę Wielkiej Izby. Możliwość rozpoznania sprawy w Wielkiej Izbie jest przewidziana w art. 28 Regulaminu postępowania SUE³⁵, jeżeli „jest to uzasadnione zawilnością prawną, znaczeniem sprawy lub szczególnymi okolicznościami”. Sprawa jest wówczas rozstrzygana przez izbę składającą się z piętnastu sędziów (art. 15 Regulaminu postępowania SUE). O przekazaniu sprawy Wielkiej Izbie decyduje zgromadzenie ogólne sędziów SUE w sytuacji gdy waga rozstrzygnięcia jest duża, a zwłaszcza gdy konieczne jest rozstrzygnięcie co do istnienia i zakresu kompetencji po stronie UE. W odniesieniu do środków restrykcyjnych, pierwszą sprawą, w której rozstrzygała Wielka Izba była sprawa *Wenezuela p. Radzie*³⁶. W odniesieniu do spraw rosyjskich najlepszym przykładem pozostaje rozstrzygnięcie w sprawie *RT France*, w której SUE koncentrował się na kwestii kompetencji Rady oraz dopuszczalnych ograniczeń dla swobody wypowiedzi³⁷.

³³ TSUE, sprawa C-72/11 *Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof p. Mohsenowi Afrasiabiemu, Behzadowi Sababiemu, Heinzowi Ulrichowi Kesselowi* [2011] EU:C:2011:874.

³⁴ F. Finelli, *supra* note 15, s. 734.

³⁵ Regulamin postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości [2012] OJ L 265.

³⁶ SUE, sprawa T-65/18 RENV, *Boliwariańska Republika Wenezueli p. Radzie Unii Europejskiej* [2023] EU:T:2023:529.

³⁷ V. Szép, R. Wessel, *supra* note 24, s. 1386.

Zakończyły się też właśnie dwa inne postępowania, w których również powołana do rozstrzygnięcia sprawy została Wielka Izba³⁸.

4. PODSUMOWANIE

Często mówi się, że nadzwyczajne sytuacje wymagają nadzwyczajnych rozwiązań. Rosyjska agresja na Ukrainę spowodowała, że państwa członkowskie UE oraz instytucje Unii musiały użyć istniejących instrumentów prawnych w sposób zapewniający skuteczną reakcję na rozwój wypadków. Stąd po pierwsze zmiany w charakterze i zakresie nakładanych sankcji inteligentnych, co od razu wzbudziło dyskusję nad tym, czy Unia posiada kompetencje, by w ten sposób rozszerzyć zakres swego działania. Po drugie, charakter sankcji został poddany kontroli sądowej i mimo że wiele spraw nadal się toczy, można już stwierdzić, że sądy UE starały się jak najsprawniej i najrzetelniej odpowiedzieć na rozmaite zastrzeżenia podmiotów objętych sankcjami. Największą nowością w podejściu SUE było odejście od dotychczasowej praktyki, by praktycznie nie korzystać z Wielkiej Izby na rzecz coraz częstszego sięgania po taki skład Izby. W sprawach dotyczących sankcji inteligentnych nakładanych na osoby współpracujące z Federacją Rosyjską już trzykrotnie, z uwagi na wagę przyszłego rozstrzygnięcia, powołana została Wielka Izba. W pierwszej z tych spraw podmiot skarżący wycofał apelację i tym samym zaakceptował solenny charakter rozstrzygnięcia Wielkiej Izby SUE. Czas pokaże czy podobne podejście znajdzie zastosowanie w innych toczących się przed SUE sprawach.

³⁸ Por. sprawy połączone w toku: SUE, T-635/22, *Michail Fridman, Petr Aven, German Khan p. Radzie Unii Europejskiej* [2022] OJ L 194 i SUE, T-252/22, *Timchenkop. Radzie* [2023] EU:T:2023:496 oraz SUE, sprawa w toku T-797/22, *Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles i in. p. Radzie Unii Europejskiej* [2023] OJ C 63.

NEUTRALNOŚĆ I JEJ UTRACONA, PODWÓJNA RATIO LEGIS

Tym, co należałoby uznać za jedną z najbardziej rozpoznawalnych cech dorobku naukowego Profesora Władysława Czaplińskiego jest nieustająca gotowość kwestionowania zastanych schematów myślowych i przenikliwa krytyka argumentacji prawniczej – zarówno tej doktrynalnej, jak i orzeczniczej – która na tych schematach się opierając, pozostaje w coraz większym oderwaniu od rzeczywistości stosunków międzynarodowych w ich prawnym wymiarze¹. Takie inspirujące podejście badawcze jest szczególnie ważne dzisiaj, gdy współczesna doktryna prawa międzynarodowego – co, w pewnym zakresie, odnajduje odzwierciedlenie także w orzecznictwie międzynarodowych organów rozstrzygania sporów – często pozostaje mocno przywiązana do pojęć i konstrukcji prawnych, które określa się mianem tradycyjnych. Tymczasem w niektórych przypadkach właściwiej byłoby mówić nie tyle o tradycyjnym, lecz raczej o ich wstecznym charakterze. Międzynarodowy porządek prawny nieustannie bowiem ewoluuje pod wpływem aktywności prawotwórczej państw i innych podmiotów prawa międzynarodowego, prowadząc często do nieuniknionego przewartościowania pojęć prawnych – także tych, które na pewnym etapie rozwoju leżały u jego podstaw. Takim właśnie przykładem jest – w moim przekonaniu – pojęcie neutralności.

W innym miejscu analizowałem szeroko międzynarodowoprawną ewolucję pojęcia neutralności w kontekście pomnikowego orzeczenia Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej z 1923 r. w sprawie parowca *Wimbledon*². Sto lat, które

¹ Tytułem przykładu można w tym miejscu powołać jeden z ostatnich artykułów W. Czaplińskiego, w której dokonuje krytycznej analizy peremptoryjnego statusu zakazu użycia siły zbrojnej we współczesnym prawie międzynarodowym; W. Czapliński, *Is There a Space for Jus Cogens in Present International Law? Remarks in the Context of a Ban on the Use of Force*, 11(2) Polish Review of International and European Law 149 (2022), s. 149 i n.

² M. Kowalski, *Wimbledon Judgement and the Evolutive Nature of Neutrality: Decline of the Relic*, w: R. Kwiecień, M. Fitzmaurice (red.), *The Legacy of the Wimbledon Case: Centenary of the First Judgment of the Permanent Court of International Justice*, Brill, Leiden: 2025 (w druku). W niniejszym artykule wykorzystano fragmenty powoływanego tekstu. Warto też nadmienić, że w pracy pod redakcją R. Kwietnia i M. Fitzmaurice, W. Czapliński analizuje znaczenie wyroku wimbledońskiego dla ujmowania i ewolucji pojęcia suwerenności:

* Michał Kowalski – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego. ORCID: 0000-0002-4539-3579.

minęły od wydania tego orzeczenia, stanowi ramy czasowe unaoczniające, jak bardzo zmieniło się prawo międzynarodowe. Równocześnie wskazuje też w zaskakujący sposób, jak niewiele zmieniła się rzeczywistość stosunków międzynarodowych, zwłaszcza w kontekście konfliktów zbrojnych, i jak powtarzają się próby instrumentalizacji argumentacji prawniczej. Kontekst wojny polsko-radzieckiej z lat 1919–1921 i rosyjskiej agresji przeciw Ukrainie zapoczątkowanej w pełnym wymiarze w lutym 2022 r. są tu uderzającym przykładem. Odsyłając czytelników zainteresowanych tym kontekstem do ww. tekstu, w tym miejscu chciałbym ograniczyć się do wskazania, jak zmieniła się na przestrzeni ostatnich stu lat *ratio legis* leżąca u podstaw pojęcia neutralności, co powoduje, że konieczne jest – wbrew wciąż dominującym poglądom doktrynalnym – przewartościowanie tego pojęcia we współczesnym prawie międzynarodowym. W obliczu bezprecedensowej w XXI w. agresji Federacji Rosyjskiej przeciwko Ukrainie musi wybrzmieć pytanie, czy neutralność może być nadal postrzegana jako pojęcie prawa międzynarodowego, które jest do pogodzenia ze stanowiącym *ius cogens* zakazem agresji i – w szerszym ujęciu – ze zobowiązaniami państw wynikającymi z norm peremptoryjnych służących ochronie interesów wspólnotowych³.

Neutralność zasadniczo rozumie się jako szczególny status międzynarodowoprawny państwa, które nie jest stroną międzynarodowego konfliktu zbrojnego (dalej: konfliktu zbrojnego). Z tego statusu wynikają pewne uprawnienia i obowiązki w relacjach pomiędzy państwem neutralnym a stronami wojującymi, czyli państwami będącymi stronami danego konfliktu zbrojnego⁴. Neutralność można więc ujmować jako zespół międzynarodowych norm prawnych – zarówno zwyczajowych, jak i traktatowych – regulujących ten szczególny status prawny i mający zastosowanie w trakcie trwającego konfliktu zbrojnego. Ten zespół norm prawnych przyjęto także określać mianem prawa naturalności. Warto też zauważyć, że Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości posłużył się pojęciem „zasada neutralności”, niemniej jednak nie wyjaśnił, w jakim dokładnie sensie rozumiał w tym kontekście pojęcie zasady⁵.

Od tak rozumianej neutralności, którą określa się też mianem neutralności ad hoc, odróżnia się stałą (wieczystą) neutralność danych państw w oderwaniu od istnienia

W. Czapliński, *The Wimbledon Statement on State Sovereignty, and the Relationship between International and National Law: Then and Now*, w: *ibidem*.

³ Szeroko o interesach wspólnotowych w kontekście ewolucji prawa międzynarodowego w literaturze polskiej zob. R. Kwiecień, *Interesy indywidualne państw a interesy wspólnotowe w prawie społeczności międzynarodowej. O znaczeniu liberalizmu i komunitaryzmu dla teorii prawa międzynarodowego*, Wydawnictwo UMCS, Lublin: 2015.

⁴ M. Bothe, *Neutrality, Concept and General Rules*, w: R. Wolfrum (red.), *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2012, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e349?rskey=RsFGLF&result=1&prd=MPIL> (dostęp 16 lipca 2024); zob. też szeroko np.: J. Upcher, *Neutrality in Contemporary International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2020; C. Antonopoulos, *Non-Participation in Armed Conflict: Continuity and Modern Challenges to the Law of Neutrality*, Cambridge University Press, Cambridge: 2022.

⁵ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 July 1996, ICJ Rep 1996, par. 89.

określonego konfliktu zbrojnego⁶. W wymiarze międzynarodowoprawnym stała neutralność danego państwa skutkuje jego neutralnością w każdym nowo powstałym konflikcie zbrojnym pomiędzy państwami trzecimi. O ile niniejsze uwagi odnoszą się przede wszystkim do neutralności *ad hoc*, o tyle pewne wnioski będą także adekwatne w kontekście stałej naturalności w jej międzynarodowoprawnym wymiarze.

Neutralność, rozumiana jako szczególny status międzynarodowoprawnego państwa, które nie jest stroną konfliktu zbrojnego, jest oparta na dwóch podstawowych zobowiązaniach po stronie państwa (mocarstwa) neutralnego, tj. po pierwsze, na powstrzymaniu się od udziału w danym konflikcie zbrojnym i, po drugie, na bezstronności wobec jego stron. Wywiązanie się z tych obowiązków po stronie państwa neutralnego skutkuje natomiast powstaniem zobowiązania po stronie państw wojujących do uznania neutralnego statusu danego państwa i do niepodejmowania żadnych działań, które mogłyby doprowadzić do rozciągnięcia konfliktu zbrojnego na państwo neutralne. Takie rozumienie neutralności zaczęło kształtować się z końcem XVIII w., przez cały XIX w., uzyskując status prawa zwyczajowego, skodyfikowanego na początku XX w. w postaci dwóch konwencji haskich z 1907 r.: konwencji dotyczącej praw i obowiązków mocarstw i osób neutralnych w razie wojny lądowej (tzw. V konwencja haska) i konwencji dotyczącej praw i obowiązków mocarstw i osób neutralnych w wojnie morskiej (tzw. XII konwencja haska). Także pewne inne zobowiązania umowne tej epoki miały znaczenie dla traktatowego normowania neutralności. Przyjmuje się też powszechnie, że prawo zwyczajowe dotyczące neutralności zostało następnie skodyfikowane w konwencjach genewskich z 1949 r.⁷

Nie podlega wątpliwości, że ówczesne znaczenie neutralności było szczególnie istotne w kontekście zapobiegania konfliktom zbrojnym i ich rozszerzaniu się. Było tak tym bardziej że wojna została zdelegalizowana w prawie międzynarodowym dopiero na mocy traktatu paryskiego (Brianda–Kellogga) z 1928 r. W konsekwencji *ratio legis* neutralności sprowadzała się początkowo do ograniczania wojny jako środka rozstrzygnięcia sporów międzynarodowych i utrzymywania pokoju w stosunkach międzynarodowych. Ta funkcja była dominująca, ale była uzupełniana przez jeszcze jedną – równie istotną. Chodzi o funkcję ochronną państw i ich suwerenności, gdyż wynikające z prawa neutralności zobowiązania państw wojujących wobec państw neutralnych chroniły te ostatnie przed skierowanymi przeciwko nim działaniami zbrojnymi. W dobie przed delegalizacją wojny w prawie międzynarodowym, państwa nie były zobowiązane do powstrzymania się od użycia siły zbrojnej na podstawie ogólnej normy zakazującej, ale były zobowiązane do poszanowania neutralnego statusu państw neutralnych. Nie jest przypadkiem, że postanowienia V konwencji haskiej rozpoczynają się od gwarancji nienaruszalności terytorium państwa neutral-

⁶ W literaturze polskiej zob. np.: R. Czachor, *Stala neutralność państwa w prawie międzynarodowym publicznym*, Instytut Profesjonalnego Rozwoju, Wrocław: 2021.

⁷ M. Bothe, *supra* note 4, par. 8; Ł. Kułaga, *Udzielanie wsparcia wojskowego stronie międzynarodowego konfliktu zbrojnego z perspektywy prawa międzynarodowego w kontekście agresji rosyjskiej przeciwko Ukrainie*, 3 Przegląd Legislacyjny 13 (2022), s. 15.

nego. W tym kontekście jest też oczywiste, że taka sama *ratio legis* leżała u podstaw ogłaszania przez niektóre państwa stałej neutralności. Dążyły one w ten sposób do ochrony swoich interesów, które mogłyby zostać narażone na skutek konfliktu zbrojnego pomiędzy państwami trzecimi.

Ta pierwotna podwójna *ratio legis* neutralności miała oczywisty charakter pa cyfistyczny. A jako, że neutralność poprzedzała delegalizację wojny, przekształconą następnie w zakaz użycia siły zbrojnej, może być ona zasadnie postrzegana jako istotny czynnik w procesie kształtowania się tego zakazu i, szerzej, jako element w procesie uczynienia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa naczelną wartością aksjologiczną prawa międzynarodowego w erze zapoczątkowanej przyjęciem Karty Narodów Zjednoczonych (dalej: KNZ) w 1945 r. Uznając tę ważną rolę, którą neutralność odegrała w ewolucji prawa międzynarodowego, należy stwierdzić, że musiała ona sama przejść istotne przeobrażenie na skutek zmian w tym porządku prawnym, a przede wszystkim ze względu na rozwój norm *ius ad bellum* regulujących dopuszczalność użycia siły zbrojnej. Opinie doktrynalne postrzegające neutralność jako swoisty anachronizm zaczęły pojawiać się już w okresie międzywojennym w kontekście statutu Ligi Narodów i następnie delegalizacji wojny w 1928 r.⁸, ale przybrały na sile po przyjęciu KNZ. Tytułem przykładu, w 1968 r. K. Skubiszewski pisał o stopniowym unieważnianiu (ang. *gradual invalidation*) neutralności, choć uznawał, że pomimo zmian, które przeszła, neutralność pozostała trwałym elementem porządku międzynarodowego⁹. Taki pogląd dominuje również w najnowszej doktrynie prawa międzynarodowego¹⁰, gdzie można wskazać poglądy, które argumenty ukazujące utratę znaczenia neutralności we współczesnym prawie międzynarodowym określają mianem mitu¹¹. Warto jednak rozważyć, czy we współczesnym prawie międzynarodowym pozostaje dopuszczalne powoływanie się przez państwa na neutralność wobec danego konfliktu zbrojnego w oderwaniu od jego oceny prawnej na podstawie wiążących norm *ius ad bellum*.

Jest bowiem tak, że we współczesnym porządku międzynarodowoprawnym to właśnie normy *ius ad bellum*, oparte na normie zakazującej użycia siły zbrojnej, służą ochronie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Te same normy służą także ochronie państw i ich suwerenności przed siłową interwencją ze strony innych państw.

W porównaniu więc do ery sprzed KNZ, mamy do czynienia z zupełnie innym paradygmatem prawa międzynarodowego, w którym tradycyjnie rozumiana neutralność musiała utracić swoją pierwotną, podwójną *ratio legis*. Pierwotne funkcje

⁸ Pisze o nich np. S. Neff, *A three-fold struggle over neutrality: The American experience in the 1930s*, w: P. Lottaz, H.R. Reginbodin (red.), *Notions of Neutralities*, Lexington Books, Lanham: 2018, s. 3 i n.

⁹ K. Skubiszewski, *Use of Force by States. Collective Security. Law of War and Neutrality*, w: M. Sørensen (red.), *Manual of Public International Law*, Palgrave Macmillan, London: 1968, s. 841.

¹⁰ Np.: M. Bothe, *supra* note 4; J. Upcher, *supra* note 4; C. Antonopoulos, *supra* note 4.

¹¹ W. Heintschel von Heinegg, „Benevolent” *Third States in International Armed Conflicts: The Myth of the Irrelevance of the Law of Neutrality*, w: M.N. Schmitt, J. Pejic (red.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, Brill, Hague: 2007, s. 543 i n.

neutralności zostały bowiem zastąpione przez znacznie bardziej rozwinięte i zarazem znacznie bardziej efektywne normy prawne składające się na *ius ad bellum*.

Jest tak tym bardziej widoczne, jeśli weźmie się pod uwagę stałą ewolucję współczesnego prawa międzynarodowego ku porządkowi prawnemu bardziej instytucjonalizowanemu i opartemu na wartościach, w którym to porządku prawnym w coraz większym stopniu ochronie podlegają interesy wspólnotowe. Z perspektywy prawnej jest to odzwierciedlone przez rozwój koncepcji norm peremptoryjnych (*ius cogens*) mających skutki *erga omnes*. Zakaz agresji pozostaje natomiast jednym z nielicznych niekontestowanych przykładów norm peremptoryjnych. Równocześnie rozwojowi podlegają także normy regulujące odpowiedzialność międzynarodową państw za czyny niedozwolone, a w szczególności odpowiedzialność powstałą na skutek poważnego naruszenia zobowiązań wynikających z normy peremptoryjnej zgodnie z regulacją art. 40–41 artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego (KPM) z 2001 r.¹², które współcześnie odzwierciedlają wiążące prawo zwyczajowe. W tym kontekście kluczowe znaczenie ma zobowiązanie do współpracy nakierowanej na doprowadzenie środkami zgodnymi z prawem do zakończenia naruszenia normy peremptoryjnej. Pomijając w tym miejscu szczegółowe rozważania dotyczące charakteru prawnego tego obowiązku¹³, można postawić pytanie, czy w sytuacji agresji, bezstronność zarówno wobec agresora, jak i wobec ofiary agresji, jest możliwa do pogodzenia ze zobowiązaniem do doprowadzenia do zakończenia naruszenia normy peremptoryjnej. A jest tak zwłaszcza wtedy, gdy państwo powołuje się na wynikającą z neutralności bezstronność, aby zwolnić się z obowiązku współpracy z państwami, które podejmują zgodne z prawem działania nakierowane na wsparcie państwa będącego ofiarą agresji. W szczególności, gdy w określonych okolicznościach odmowa współpracy stanowi poważną przeszkodę dla takich działań wspierających ofiarę agresji, można twierdzić, że jest to równoznaczne ze wspieraniem państwa agresora, co pozostaje jednoznacznym naruszeniem zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw.

Należy zwrócić też uwagę na konsekwencje prawne wynikające z neutralności dla państw trzecich, które podejmują działania wspierające ofiarę agresji. Jak już była mowa powyżej, dwoma podstawowymi obowiązkami po stronie państwa neutralnego są powstrzymanie się od udziału w konflikcie zbrojnym i zachowanie bezstronności w stosunku do stron konfliktu. Oba te zobowiązania pozostają do pewnego stopnia niejednoznaczne w kontekście ich precyzyjnej kwalifikacji, przy czym niewątpliwie mniej niejednoznaczny pozostaje obowiązek braku udziału w konflikcie zbrojnym. Każdy udział w danym konflikcie zbrojnym (niezależnie, czy zgodny z prawem w ramach samoobrony zbiorowej po stronie ofiary agresji, czy też niezgodny z prawem po

¹² ILC, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, A/56/10, 2(2) Yearbook of International Law Commission (2001). *Zob. też* ILC, Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*), with commentaries, A/77/10, 2(2) Yearbook of International Law Commission (2022).

¹³ Szerzej np.: M. Kowalski, *supra* note 2.

stronie agresora) czyni zaangażowane państwa stroną danego konfliktu zbrojnego ze wszystkimi tego konsekwencjami obejmującymi również utratę statusu państwa neutralnego. To, co pozostaje niejednoznaczne, to precyzyjne określenie skali i charakteru zaangażowania po stronie jednej ze stron konfliktu zbrojnego, które przesądza o tym, że dane państwo wspierające staje się jego stroną. Może to być szczególnie trudne do określenia, gdy dane państwo co prawda nie podejmuje żadnych działań zbrojnych, które mogą być kwalifikowane jako użycie siły zbrojnej, ale jego wsparcie zbliża się do tego typu zaangażowania przez, na przykład, dostarczanie uzbrojenia i inne działania pomocowe o wojskowym charakterze, jak na przykład szkolenie personelu wojskowego, udostępnianie danych wywiadowczych i innych *etc.* Przykładem tego typu trudności może być kwalifikacja wsparcia przez państwa członkowskie NATO Ukrainy jako ofiary agresji ze strony Federacji Rosyjskiej po 24 lutego 2022 r.¹⁴

Niezależnie jednak od kwalifikacji tego typu działań jako udziału lub braku udziału w konflikcie zbrojnym, bez wątpienia w sytuacji, gdy mają one miejsce i nie zostaną uznane za przekraczające granicę przekształcającą dane państwo w stronę konfliktu zbrojnego i tak nie ma mowy o zachowaniu obowiązku bezstronności, która tradycyjnie uznawana była za kluczowy element neutralności¹⁵. Powstaje w tym miejscu zasadne pytanie, czy peremptoryjny status zakazu agresji unieważnia obowiązek bezstronności państw trzecich wobec agresora i ofiary agresji?

Należy bowiem zwrócić uwagę, że w tradycyjnym ujęciu neutralności istniała jedynie następująca alternatywa w sytuacji rozpoczęcia konfliktu zbrojnego: dane państwa trzecie pozostaje neutralne, albo tracąc swój neutralny status staje się stroną danego konfliktu zbrojnego. Jednakże w kontekście rozwoju norm *ius ad bellum* można zidentyfikować stan pośredni, tj. dane państwo nie podejmuje działań zbrojnych (kwalifikowanych jako użycie siły zbrojnej), a więc nie staje się stroną danego konfliktu zbrojnego, ale nie jest też neutralne w stosunku do stron tego konfliktu. W ujęciu tradycyjnym takie państwo narusza prawo neutralności, a więc jego działania pozostają bezprawne. W konsekwencji, pokrzywdzona takim działaniem strona konfliktu zbrojnego jest uprawniona do podjęcia zgodnych z prawem międzynarodowym, a więc pokojowych, przeciwsrodków (*countermeasures*) w stosunku do państwa, które naruszyło prawo neutralności. Takie wnioskowanie prowadzi jednak w konsekwencji do przyjęcia, że państwo, które podejmuje działania wspierające ofiarę agresji poniżej progu użycia siły zbrojnej, narusza swoje zobowiązania prawnomiędzynarodowe wynikające z prawa neutralności. Powoduje to, że państwo-agresor jest uprawnione na podstawie prawa międzynarodowego do podjęcia przeciwko takiemu państwu przeciwsrodków. Z perspektywy współczesnego prawa międzynarodowego trudno takiej interpretacji nie uznać za paradoksalną i nie do utrzymania.

¹⁴ W literaturze polskiej szczegółowo analizuje tę kwestię Ł. Kułaga, *supra* note 7, s. 25–29.

¹⁵ Zob. np. K. Skubiszewski, *supra* note 9, s. 841; R.L. Bindschedler, *Neutrality, Concept and General Rules*, w: R. Bernhardt (red.), *Encyclopedia of Public International Law*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam: 1982, s. 11.

Można wskazać trzy sposoby zmierzenia się z tym paradoksem. Po pierwsze, można w sposób kazuistyczny odnosić się do działań pomocowych dla jednej ze stron konfliktu zbrojnego, aby wykazać, że ze swojego charakteru nie stanowią one naruszenia obowiązku bezstronności. Można starać się też w tym kontekście wykazać, że rozumienie bezstronności zmieniło się na gruncie ewolucji prawa zwyczajowego w ten sposób, że współcześnie bezstronności nie wyklucza podejmowanie szerokiego zakresu pomocowych czynności o pokojowym charakterze. Odpowiedź na pytanie, czy o takiej ewolucji normy zwyczajowej można mówić, wymagałoby drobiazgowej analizy praktyki i towarzyszącej jej *opinio iuris*, ale i tak takie założenie wydaje się co najmniej wątpliwe i trudne do pogodzenia z samą istotą bezstronności. Takie ujęcie nie rozwiązuje bowiem problemu, który leży w zupełnie innym miejscu. Państwa, które wspierają pokojowo ofiarę agresji, zasadniczo nie stoją na stanowisku prawnym, że pozostają neutralne, lecz że są uprawnione, a nawet zobowiązane, do podjęcia działań mających na celu powstrzymanie agresji, która stanowi naruszenie zakazującej normy peremptoryjnej.

Druga możliwa interpretacja sprowadza się do twierdzenia, że działania wspierające ofiarę agresji co prawda pozostają w sprzeczności z prawem neutralności, ale pozostają zgodne z prawem międzynarodowym, jeśli kwalifikuje się je jako działania w ramach wykonywania prawa do samoobrony zbiorowej. Taka interpretacja byłaby zgodna z ujmowaniem w art. 21 artykułów z 2001 r. przez KPM samoobrony jako przesłanki wykluczającej bezprawność. Trafniej byłoby jednak argumentować, że w sytuacji podjęcia działań w samoobronie zbiorowej dane państwo przestaje być neutralne i staje się stroną konfliktu zbrojnego. Twierdzenie, że możliwe jest wykonywanie prawa do samoobrony zbiorowej przez podejmowanie środków pokojowych na rzecz państwa będącego bezpośrednią ofiarą napaści zbrojnej i równoczesne niestawanie się stroną konfliktu zbrojnego, jest w najwyższym stopniu kontrowersyjne. Właściwszym wydaje się twierdzenie, zgodnie z którym powołanie się na wykonywanie prawa do samoobrony zbiorowej powoduje, że dane państwo staje się każdorazowo stroną konfliktu zbrojnego. Równocześnie poza ramami prawnymi samoobrony zbiorowej, stosowanie pokojowych środków przez państwo przeciwko państwu, które dopuściło się agresji, jest dopuszczalne na podstawie zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw i nie skutkuje tym, że państwo stosujące takie pokojowe środki staje się stroną konfliktu zbrojnego.

Trzecim możliwym rozwiązaniem jest koncepcja tzw. neutralności kwalifikowanej (*qualified neutrality*), która jest też określana mianem neutralności dyskryminującej (*discriminating neutrality*) lub przychylnej (*benevolent neutrality*)¹⁶. Koncepcja ta uwzględnia status prawny zakazu agresji, który doprowadził do modyfikacji prawa

¹⁶ Por. jednak nadal reprezentatywne dla dużej części doktryny stanowisko R.L. Bindschedlera, zgodnie z którym „*There is no ‘strict’, ‘benevolent’, ‘qualified’ or ‘discriminatory’ neutrality, and no state of non-belligerency*” – tzn. „Nie ma ‘ścisłej’, ‘życzliwej’, ‘kwalifikowanej’ lub ‘dyskryminującej’ neutralności, ani stanu braku wojowniczości”. *Ibidem*, s. 13.

neutralności w ten sposób, że państwa trzecie są uprawnione do zróżnicowania swojego podejścia do agresora i ofiary agresji, a to ostatecznie może być zgodnie z prawem wspierane. M. Bothe zauważył w tym kontekście, że obowiązek bezstronności nie oznacza, że dane państwo jest zobowiązane traktować strony konfliktu zbrojnego dokładnie w ten sam sposób¹⁷. Wyjątkowy charakter omawianej koncepcji przejawia się w tym, że opowiadający się za nią autorzy uzależniają jej dopuszczalność od stwierdzenia aktu agresji przez Radę Bezpieczeństwa ONZ. We wszystkich innych przypadkach neutralność nakłada na państwa trzecie obowiązki powstrzymania się od udziału w konflikcie zbrojnym i ścisłej bezstronności wobec stron¹⁸.

Powołane wyżej interpretacje, jak starano się wykazać, nie wydają się przekonujące. Wskazują one jednak dobitnie na to, że ujmowanie neutralności w oderwaniu od prawnej kwalifikacji użycia siły zbrojnej i statusu stron konfliktu zbrojnego nie jest we współczesnym prawie międzynarodowym możliwe. Obowiązek bezstronności wobec państwa-agresora nie jest możliwy do utrzymania w świetle współczesnego prawa międzynarodowego. Dlatego tradycyjne ujmowanie neutralności musiało się zmienić, a jego ewolucja każe stawiać pytanie o to, czy pojęcie to pozostaje nadal przystającym do współczesnego prawa międzynarodowego, w którym interesy wspólnotowe, w tym zachowanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, pozostają chronione prawnie. To, co w kontekście neutralności pozostaje kluczowe, to obowiązek powstrzymania się od udziału w konflikcie zbrojnym. Zwracał na to uwagę już w 1968 r. K. Skubiszewski, który pisał: „tak długo, jak państwo niebędące stroną wojującą nie uczestniczy w działaniach wojennych, zachowuje ono status państwa neutralnego i nie może stać się przedmiotem żadnych siłowych środków zaradczych ze strony wojującej”¹⁹. Powstaje więc pytanie, czy neutralność zredukowana do obowiązku powstrzymania się od udziału w konflikcie zbrojnym zachowuje walor odrębnej instytucji prawnej? Uważam, że nie. To, co wydaje się współcześnie w pełni wystarczające i adekwatne, to prawne rozróżnienie statusu państwa będącego stroną konfliktu zbrojnego od statusu państwa, które stroną konfliktu zbrojnego nie jest. Praktyka państw odnotowywana po rozpoczętej 24 lutego 2022 r. pełnoskalowej agresji Federacji Rosyjskiej przeciw Ukrainie stanowi ważny argument na potwierdzenie tej tezy.

Zasadne jest więc twierdzenie, że ważna w swoim czasie, pacyfistyczna geneza pojęcia neutralności stanowi powód, dla którego we współczesnej nauce prawa międzynarodowego niechętnie – jeśli w ogóle – podnosi się nieprzystawalność tego pojęcia do współczesnego kształtu prawa międzynarodowego. Wydaje się jednak, że tego typu obiekcje nie są zasadne. Ramy prawne *ius ad bellum*, rozwój koncepcji

¹⁷ M. Bothe, *supra* note 4, par. 3.

¹⁸ Choć przypadek rosyjskiej agresji przeciwko Ukrainie zmusił niektórych autorów do rozważania dalszych modyfikacji tej koncepcji w sytuacji, gdy agresorem jest jeden ze stałych członków Rady Bezpieczeństwa ONZ. Zob. np.: W. Heintschel von Heinegg, *Neutrality in the War against Ukraine*, <https://lieber.westpoint.edu/neutrality-in-the-war-against-ukraine/> (dostęp 1 kwietnia 2024).

¹⁹ K. Skubiszewski, *supra* note 9, s. 841. Tł. redakcji.

interesów wspólnotowych chronionych normami peremptoryjnymi i zasady odpowiedzialności międzynarodowej państw stanowią gwarancje prawne o bardzo dużym znaczeniu. W tym kontekście zasadne jest twierdzenie, że pierwotna, podwójna *ratio legis* neutralności została utracona i zastąpiona mechanizmami prawnymi o znacząco bardziej zaawansowanym charakterze.

“IN THE SECOND PLACE, WHERE APPROPRIATE...”: CONSIDERATIONS ON THE POSITION OF INTERNATIONAL LAW IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

As is well known, the enumeration of the “applicable sources” for the International Criminal Court as stipulated in the Rome Statute is similar to the approach of the Convention on the International Court of Prize. Though the latter never entered into force, according to the general scholarly opinion this was due to the hierarchical structure of the “sources”¹ being considered as referring to the sources of international law.

Whether this was the states’ real motivation or not, it is clear that the Statute of the Permanent Court of International Justice² drafted in the context of remaking the world order after world war I contained an opposite approach: no subordination was attached to the enumeration of sources³ and states joined the PCIJ rapidly and in surprisingly high numbers. The Statute of the International Court of Justice is

¹ Convention (XII) Relative to the Creation of an International Prize Court. The Hague (adopted 18 October 1907), 3 Martens Nouveau Recueil 713 (ser. 3) – Article 7. “If a question of law to be decided is covered by a treaty in force between the belligerent captor and a Power which is itself or whose subject or citizen is a party to the proceedings, the Court is governed by the provisions in the said treaty. In the absence of such provisions, the Court shall apply the rules of international law. If no generally recognized rule exists, the Court shall give judgment in accordance with the general principles of justice and equity.”

² Statute of the Permanent Court of International Justice, 16 December 1920, <https://www.refworld.org/legal/constinstr/lon/1920/en/57478> (accessed 17 September 2024).

³ League of Nations, Statute of the Permanent Court of International Justice, 16 December 1920, <https://www.refworld.org/legal/constinstr/lon/1920/en/57478> (accessed 13 September 2024) Article 38: “The Court shall apply:

1. International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States;
2. International custom, as evidence of a general practice accepted as law;
3. The general principles of law recognized by civilized nations;

* Péter Kovács – Professor of International Law (Péter Pázmány Catholic University, Budapest) and judge of the International Criminal Court (2015–2024). This contribution was written in his personal capacity. The thoughts expressed therein cannot be attributed to the International Criminal Court.

at this point *quasi verbatim* identical; the new introductory words do not alter the non-hierarchical concept.⁴

However, the Rome Statute enumerates the “applicable sources” *prima facie* in a hierarchical way.⁵ When analysing the *travaux préparatoires* of Article 21 of the Rome Statute, the commentaries explain the hierarchy with the states’ will to be in harmony with the *nullum crimen sine lege* principle stipulated in Article 22, and in particular its second paragraph about the prohibition of extension by analogy.⁶

This explanation can be found, for example, in the Triffterer & Ambos Commentary⁷ in the comments made by de Guzman,⁸ who states that “the principal issue

4. Subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.”

⁴ United Nations, *Statute of the International Court of Justice*, 18 April 1946, <https://www.refworld.org/legal/constinstr/un/1946/en/17385> (accessed 13 September 2024) – Article 38:

1. “The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
 - a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
 - b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
 - c) the general principles of law recognized by civilized nations;
 - d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.
 - e) This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.”.

⁵ Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, 2187 UNTS 3 – Article 21: Applicable law:

1. “The Court shall apply:
 - b) In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence;
 - c) In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict;
 - d) Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that those principles are not inconsistent with this Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.
5. The Court may apply principles and rules of law as interpreted in its previous decisions.
6. The application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights, and be without any adverse distinction founded on grounds such as gender as defined in article 7, paragraph 3, age, race, colour, language, religion or belief, political or other opinion, national, ethnic or social origin, wealth, birth or other status.”

⁶ Rome Statute of the ICC, Article 22: *Nullum crimen sine lege*:

1. “A person shall not be criminally responsible under this Statute unless the conduct in question constitutes, at the time it takes place, a crime within the jurisdiction of the Court.
2. The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted.
3. This article shall not affect the characterization of any conduct as criminal under international law independently of this Statute.”

⁷ K. Ambos (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court, Article-by-Article Commentary*, Beck, Hart, Nomos, München–Oxford–Baden-Baden: 2022.

⁸ M.M. de Guzman, *Article 21*, in: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, Hart Publishing, Oxford: 2008, p. 1130–1148.

at stake in drafting Article 21 was how much discretion should be granted to the ICC's judges in light of the conflicting demands of the principle of legality on the one hand, and, on the other, the inevitability of lacunae in a nascent legal system."⁹

The original draft of the International Law Commission at this point followed the style of Article 38 of the ICJ Statute, and whilst most of the intense discussions were about the "general principles of law" – whether they cover or allow the invocation of national legal norms and whether national law should be explicitly mentioned beside them – the stipulation of hierarchy did not appear even in the final draft¹⁰ of 11 July 1998, which means that we may presume it was added by the team led by Philippe Kirsch during the finalisation of the text. Concerning the additional element of the hierarchy, de Guzman writes in Triffterer & Ambos that "the inclusion of the phrase "where appropriate" serves to emphasize the discretion that the Court enjoys in determining the applicability of treaties and principles and rules of international law."¹¹ The commentator states that the agreement with the host state can be such an invocable treaty.¹²

The Klamberg Commentary,¹³ where Article 21 is analysed by Mikaela Heikkilä,¹⁴ also concludes that there is hierarchy and shows the jurisprudential approach which allows the reference to the "external sources" of Article 21(1)(b) "only in case of lacuna".¹⁵ The commentator adds that the existence of a lacuna is to be interpreted restrictively¹⁶

⁹ *Ibidem*, p. 1130.

¹⁰ *Ibidem*, p. 1131–1132.

¹¹ *Ibidem*, p. 1137.

¹² *Ibidem*.

¹³ M. Klamberg (ed.), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Torkel Opsahl Academic Epublisher, Brussels: 2017, <http://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/> (accessed 1 December 2023).

¹⁴ M. Heikkilä, *Article 21*, in: M. Klamberg (ed.), *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Torkel Opsahl Academic Epublisher, Brussels: 2017, p. 242–252.

¹⁵ *Ibidem*, p. 245: "The phrase 'in the second place' emphasises that the applicable treaties and the principles and rules of international law in the ICC legal system are legal sources that hierarchically are below the legal sources mentioned in Article 21(1)(a). This has also been stressed in case law. The ICC has held that the external sources of law can only be resorted to when two conditions are met: (i) there is a lacuna in the written law contained in the Statute, the Elements and the RPE; and (ii) the lacuna cannot be filled by the application of the criteria of interpretation provided in the Vienna Convention and Article 21(3) of the ICC Statute (*Prosecutor v. Al Bashir*, ICC PT. Ch. I, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, para. 44. See also for example, *Prosecutor v. Ruto et al.*, ICC PT. Ch. I, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the ICC Statute, 23 January 2012, para. 289). In this regard, the ICC has in relation to modes of responsibility found that since the Statute in detail regulates the applicable modes of responsibility, it is not necessary to consider whether CIL admits or discards some modes of responsibility (*Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, ICC PT. Ch., Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07-717, 30 September 2008, para. 508)."

¹⁶ *Ibidem*: "Importantly, the fact that a question is not regulated in ICC's internal legal instruments does not necessarily mean that there is a lacuna that must be filled by applying external legal sources (See further for example, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, AC, 13 July 2006, paras. 33–39). Article 21(1)(b) contains the criterion of 'where appropriate', which emphasises that the judges have a certain discretion in the use of the external legal sources."

and concurs with de Guzman that an agreement with the host state could be an example for the use of a treaty as a source.¹⁷

The French commentary edited by Fernandez, Pacreau and Ubéda-Saillard,¹⁸ where Article 21 is commented on by Nathalie Clarenc Bicudo,¹⁹ points out that the aim was "to limit the discretion of the judges in determining the applicable law" and "the Statute was conceived as an exhaustive source of the law applicable by the Court".²⁰ She posits that it is not a hierarchy but a strict order of application that is conceived, a priority of application where the norms in the first sub-point are followed by the norms in the second sub-point.²¹ On this basis, she criticises the Katanga condemnation judgment²² for a wording where *priority* appeared *quasi* as *primacy* as far as the judges considered the invocation of applicable treaties possible, and that of the principles and rules of international law "only in case of lacuna".²³ Nevertheless, she expresses her trust that actual conflict could only rarely emerge.²⁴

In this way, her conclusions follow those of Alain Pellet, who also criticised the adopted wording. "Yet, the combination of this formal hierarchy with another, substantial hierarchy is perplexing. In any case, the latter seems mainly aimed at giving a clear conscience to the authors of the Statute and should have little concrete impact on the implementation of the applicable law."²⁵

The crucial point is the interpretation of the phrase "only in case of lacuna". Whilst it is legitimate in the observation of *material criminal law* rules and the *procedural criminal law* rules of the Rome Statute, hence serving the principles of *nullum crimen sine lege* and *fair trial* as well as showing due respect to the difficult compromise achieved at the Rome Diplomatic Conference, its over-extended application could run against the "interests of justice" and it can hamper judges in the perception of complex international legal situations inseparably underlying a "case" or a "situation".

In such cases, in my view, judges must not end their analysis at Article 21(1)(a) of the Statute simply because it begins with "in the first place". Rather, they have

¹⁷ *Ibidem*: "It appears that applicable treaties at least include those to which the Court itself is a party, viz. the Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations (2004) and the Headquarters Agreement between the International Criminal Court and the Host State (2007)."

¹⁸ J. Fernandez, X. Pacreau, M. Ubéda-Saillard, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale; commentaire article par article*, Pedone, Paris: 2019.

¹⁹ N. Clarenc Bicudo, *Article 21*, in: J. Fernandez, X. Pacreau, M. Ubéda-Saillard (eds.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale; commentaire article par article*, Pedone, Paris: 2019, p. 957–976, in particular p. 959–960.

²⁰ *Ibidem*, p. 960, 961. The French text supports this argumentation.

²¹ *Ibidem*, p. 968–969.

²² ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Trial Chamber II, 7 March 2014, paras. 40–41.

²³ N. Clarenc Bicudo, *supra* note 19, p. 969.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ A. Pellet, *Applicable law*, in: Cassese, Gaeta, Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford: 2002, p. 1082.

the obligation to refer to Article 21(1)(b) of the Statute (“in the second place, where appropriate”) and also to Article 21(1)(c) of the Statute (“failing that”) when the circumstances require. It follows that according to jurisprudence and legal doctrine, ICC judges can base their findings solely on Article 21(1)(a) of the Statute only when the issue under scrutiny is so simple that the answer can evidently be found in the provisions of the Statute, the Elements of Crimes and the Rules of Procedure and Evidence (the “Rules”). However, when the submitted request repeatedly emphasises the complexity of the issues,²⁶ we can hardly speak of simplicity.

In order to have a better understanding of the original message of the often-evoked Appeals Chamber judgements²⁷ for the use of the phrase “only in case of lacuna”, it is necessary to study their context. The first decision²⁸ treated the Prosecutor’s request, which in the attempt to obtain an interlocutory appeal also cited some common law rules as general principles of law. This led the Appeals Chamber into a detailed examination in order to establish that Article 82 of the Statute exhaustively regulates the issue. The Appeals Chamber also considered the preparatory works dedicated to this article as well as the wording of some international human rights conventions.

The second decision²⁹ concerns a case where the defence requested a stay of proceedings on the basis of an alleged irregularity in the cooperation between the Prosecutor and the government of the Democratic Republic of Congo. In support of its argument, the defence referred to the practice developed in several common law countries under the name of “doctrine of abuse of process”. Notably, this concept only received limited acceptance in civil law countries.³⁰ In fact, the question was whether to accept what was presented by a party as a “general principle of law”.

In my view, the lesson learnt from these two judgments is that an extensive analysis is in fact required before accepting a *prima facie* rule as a general principle of law.

²⁶ See e.g. ICC, *Situation in Palestine, Application for extension of pages for request under article 19(3) of the Statute*, ICC-01/18-8, Pre-Trial Chamber I, 20 December 2019, paras 2, 5: “however, mindful of the unique and complex factual and legal circumstances in this situation, and the significance of the requested ruling on the Court’s exercise of jurisdiction, the Prosecution requests an extension of pages to a maximum of 110 pages. [T]he Request addresses an issue which is not only highly significant to any exercise of jurisdiction over this situation by the Court, but touches upon matters which are perhaps uniquely controversial within the international community. As such, it is legally and factually complex.”. See also ICC, *Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine*, ICC-01/18-12, together with Public Annex A, ICC-01/18-12-AnxA, Pre-Trial Chamber I, 22 January 2020, paras. 5, 46–52, 65, 80, 116 etc.

²⁷ See also ICC, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-397-Corr, Appeals Chamber, 17 May 2019, para. 97.

²⁸ ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-168, Appeals Chamber, 13 July 2006, paras. 33–39.

²⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-772, Appeals Chamber, 14 December 2006, para. 34.

³⁰ *Ibidem*, para. 33.

It is true that in the first ten years of the ICC jurisprudence, several decisions adopted the "only in case of lacuna" approach (such as in the *Al Bashir* case³¹ or in the Kenyan situation).³² This is also reflected in the great commentaries. It is worth mentioning that for some commentators, the issue is whether the "lacuna" can be *adequately* filled through the interpretation of the Rome Statute according to the Vienna Convention on the Law of Treaties³³ and by taking into account the Elements of Crimes and the Rules.

These commentators nevertheless emphasise that in practice

the Court is free to refer to all treaties in its search for the principles and rules of international law referenced in paragraph 1(b). While treaties that are merely "relevant" to the work of the Court cannot be applied directly, therefore, they can nonetheless provide evidence in support of the other sources. This makes sense because [...] it is unlikely that the drafters wished to deprive the Court of the possibility of referring to international treaties to assist them in deciding novel issues.³⁴

Obviously, there is a great difference between (1) claiming an additional, typically procedural right not recognised by the Rome Statute or the Rules simply by referring to its presence in another international treaty (or in the interpretation of such a treaty in the jurisprudence) and (2) referring to the provisions of the United Nations Charter and the practice of the UNO when interpreting the content of a certain document as relevant to an actual situation or case submitted before the ICC. Whilst the former is a claim for "importation", the latter is a question of interpretation. The "only in case of lacuna" approach seems to pertain to the first category (the claim for importation). Of note, the question of whether there is a lacuna or not may also not necessarily be easy to answer at once (as has been the case, for example, with the issue of "no case to answer" before several chambers of the Court). That is why, in

³¹ ICC, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-3, Pre-Trial Chamber I, 3 April 2009, para. 44: "Third, the consistent case law of the Chamber on the applicable law before the Court has held that, according to article 21 of the Statute, those other sources of law provided for in paragraphs (l)(b) and (l)(c) of article 21 of the Statute, can only be resorted to when the following two conditions are met: (i) there is a lacuna in the written law contained in the Statute, the Elements of Crimes and the Rules; and (ii) such lacuna cannot be filled by the application of the criteria of interpretation provided in articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of the Treaties and article 21(3) of the Statute."

³² ICC, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-373, Pre-Trial Chamber II, 23 January 2012, para. 289: "The jurisprudence of other international or hybrid tribunals is not, in principle, applicable law before the Court and may be resorted to only as a sort of persuasive authority, unless it is indicative of a principle or rule of international law. But even then, applying a customary rule of international law only 'where appropriate' limits its application to cases where there is a lacuna in the Statute and the other sources referred to in article 21(1)(a). In other words, the Chamber should not resort to applying article 21(1)(b), unless it has found no answer in paragraph (a)."

³³ M.M. de Guzman, *supra* note 8, paras 11, 20, 21.

³⁴ *Ibidem*, p. 1138, (citing L. Sadat, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millenium*, Brill Nijhoff, Leiden: 2002, para. 12).

my view, when implementing the latter (the tool of interpretation of a document), the restrictions reflected in the above-cited decisions do not prevent consideration of the rules of public international law.

Moreover, the already mentioned Katanga judgment superseded the two old dicta sometimes cited for substantiating the “only in case of lacuna” concept. Here, Trial Chamber II gave a rather lengthy presentation of the rules of interpretation contained in Articles 31 and 32 of the VCLT³⁵, and then clarified when a chamber “may” and when it “must” rely on extraneous rules.³⁶ The chamber did not reiterate the alleged “prohibition” to have recourse to extraneous rules. On the contrary, according to its interpretation, it is an obligation (“the Chamber must”) “where the founding texts do not specifically resolve a particular issue”, and there is always a possibility (“the Chamber may”) to benefit from extraneous international legal rules “where it is established that they are applicable to the relations between the States Parties”.³⁷ It is clear from the examples it gives that the chamber understood Article 21(1)(b) and (c) and Article 21(3) of the Statute as needing to be interpreted in conjunction with Article 31(3)(c) of the VCLT.

In the judgment of the appeal submitted by Jordan in a later phase of the Al Bashir case, the Appeals Chamber did not mention the “only in case of lacuna” wording, and although it stated that it argued “in keeping with article 21(1)(a) of the Statute”,³⁸ a special sub-chapter was devoted to presenting the conformity of the text of Article 27(2) to customary law.³⁹ In the joint concurring opinion of three judges, the analysis of the customary law basis of the statutory disposition about the non-applicability of

³⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties [1969] 1155 UNTS 331.

³⁶ ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436-t-ENG, Trial Chamber II, 7 March 2014, para. 47: “Article 31 of the Vienna Convention also provides that in addition to the context consideration shall be given to ‘any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties’. The General Rule provides that, to interpret or impart meaning to a provision of a treaty, the bench may rely on rules extraneous to the text concerned (in this case, the founding texts) where it is established that they are applicable to the relations between the States Parties. Where the founding texts do not specifically resolve a particular issue, the Chamber must refer to treaty or customary humanitarian law and the general principles of law. To this end, the Chamber may, for example, be required to refer to the jurisprudence of the *ad hoc* tribunals and other courts on the matter. Nonetheless, the ultimate meaning which the Chamber will apply must always be underpinned by the above-mentioned method of interpretation, which means that it must construe, in good faith, the terms used in accordance with their ordinary meaning, considered in their context and in the light of the purpose and object of the Statute” (emphasis added).

³⁷ *Ibidem*, para. 47.

³⁸ ICC, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09-397-Corr, Appeals Chamber, 6 May 2019, p. 51–52, para. 97: “For present purposes, the issues in the appeal are adequately resolved along the same general framework of reasoning that the Pre-Trial Chamber had adopted in this case, with the exception of a strain of reasoning concerning customary international law. Following that approach, in keeping with article 21(1) (a) of the Statute, which stipulates that the Court shall apply ‘in the first place, [the] Statute’, the Appeals Chamber is satisfied that the issues in this appeal ultimately rest on a proper construction of the provisions of the Rome Statute, in particular articles 27(2), 86, 89 and 98 of the Statute.”

³⁹ *Ibidem*, p. 100–119, in particular paras 98, 101, 103, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119.

eventual constitutional immunity comes back again in a sub-chapter.⁴⁰ Consequently, as to the recourse to international law, the extended form of the "only in case of lacuna" approach is rather an arbitrary interpretation made in some academic and scholarly works. However, as to alleged restrictions regarding tools of interpretation, it has never been an authoritative position established in the Court's jurisprudence.

The interpretation of the phrase "in the second place, where appropriate" and the issue of the validity or limits of the "only in case of lacuna" approach are not purely matters of hypothetical discussion. Their importance could be felt in the majority decision⁴¹ and the attached dissenting opinion⁴² concerning the Palestinian situation and their coverage in political and academic discussions and follow-ups.

The enumeration of the "sources" in Article 21 of the Rome Statute and their real internal relationship as reflected in the practice of the International Criminal Court is definitely interesting and deserves regular appraisal. The underlying theoretical problematics also inspired my friend, Professor Władysław Czapliński, to whom the present *Liber Amicorum* is devoted, to do research in this field.⁴³ His remarks are precise and serve as food for thought, whether they address the relationship between general international law and international criminal law,⁴⁴ the importance of the parallel implementation of state responsibility and individuals' responsibility⁴⁵ or arguments in favour of and against the alleged "self-contained regime" of the International Criminal Court.⁴⁶

⁴⁰ Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański and Bossa, ICC-02/05-01/09-397-Anx1, 6 May 2019, p. 171–189, paras 413–451.

⁴¹ ICC, *Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine*, ICC-01/18-143, Pre-Trial Chamber I, 5 February 2021.

⁴² Partly Dissenting Opinion of Judge Péter Kovács, ICC-01/18-143-Anx1, 5 February 2021.

⁴³ W. Czapliński, *Jus cogens and the Law of Treaties*, in: C. Tomuschat, J.M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Martinus Nijhoff Publishers, Hague: 2006, p. 83–98; W. Czapliński, *Jus cogens, Obligations erga omnes and International Criminal Responsibility*, in: J. Doria, H.-P. Gasser, M. Cherif Bassiouni (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blisshchenko*, Brill Nijhoff, Leiden: 2009, p. 401–420; W. Czapliński, *Customary International Law as a Basis of an Individual Criminal Responsibility*, in: B. Krzan (ed.), *Prosecuting International Crimes: A Multidisciplinary Approach*, Brill-Martinus Nijhoff, Leiden: 2016, p. 53–69.

⁴⁴ W. Czapliński, *Jus cogens, Obligations...*, *supra* note 42, p. 418: "We suggest that it is possible to establish a certain parallel between the obligations *erga omnes* and universal jurisdiction under international criminal law. There is no direct and full coherence between the acts classified under both notions. However, the universal jurisdiction can be ascertained with respect to individual crimes under the same circumstances as international responsibility of States."

⁴⁵ W. Czapliński, *Jus cogens and the Law...*, *supra* note 42, p. 97: "Last but not least, the principles governing State responsibility for violations of fundamental and vital obligations must be implemented and applied in practice, and they should be supported by the activity of the International Criminal Court leading towards the punishment of perpetrators of – at least – the most important crimes against international law."

⁴⁶ W. Czapliński, *Customary International Law...*, *supra* note 43, p. 53, 65: "So-called self-contained regimes are often regarded as an exception to that principle, and it seems that international criminal law reflects so many specific features, that it could constitute such regime. [...] According to some authors, the system of international law was divided into many subsystems. Some of them acquired a status of self-contained regimes, while others show a number of particular features, distinguishing them at least partially from general international law. The reasoning proposed by the *ad hoc* tribunals would be correct if international criminal

Summarising his thoughts on *jus cogens* in treaty law and definitions of crimes in international criminal law, Professor Czapliński rightly said that “international criminal law is still developing, and so does the concept of *jus cogens* and obligations *erga omnes* – the latter can be developed also thanks to the activities of international penal tribunals.”⁴⁷

law could be classified as a self-contained regime, i.e. a subsystem of international law containing a full set of norms regulating the area.”

⁴⁷ W. Czapliński, *Jus cogens, Obligations...*, *supra* note 42, p. 420.

REKONSTRUOWANIE ZASADY OGÓLNEJ PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO – UWAGI WPROWADZAJĄCE

W czym kryje się wartość rozważań nad rekonstruowaniem czy identyfikowaniem zasad ogólnych prawa międzynarodowego? Odpowiedź na to pytanie wymaga umieszczenia kwestii w szerszym kontekście. Składa się nań kilka kluczowych założeń. Skoro zostało rozstrzygnięte, że prawo międzynarodowe jest zbiorem wiążących norm¹, wartość normatywna przysługuje także zasadom ogólnym prawa międzynarodowego, które do tego zbioru przynależą². Jeśli zaś prawo międzynarodowe jest porządkiem prawnym, to wykazuje systemowe cechy, do których należą spójność czy zupełność³, odczytywane zgodnie z naturą prawa międzynarodowego. Po trzecie, każdy porządek czy system zabezpiecza niezbędną spójność i zupełność, wykorzystując narzędzia służące hierarchizacji jego elementów składowych, w momencie rozstrzygania kolizji, doboru właściwych dyrektyw wykładni czy wykazywania inferencyjnych związków między normami⁴.

Podstawowy przymiot zasad ogólnych prawa międzynarodowego (ZOPM) to zdolność wpływania na proces wewnętrzznego porządkowania prawa międzynarodowego⁵. W warunkach występowania obok ogólnego prawa międzynarodowego

¹ Pośród wielu, np. A. Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, London: 2019, s. 8: „Prawny i wiążący charakter prawa międzynarodowego jest również potwierdzony pozytywnymi dowodami”. Por. H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley: 1967, s. 320: „kompleks norm regulujących wzajemne zachowanie państw”. Tł. redakcja.

² Zob. F. Mégret, *International law as law*, w: J. Crawford, M. Koskenniemi (red.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, Cambridge: 2012, s. 64–92.

³ UNGA, Resolution 61/34: Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 18 December 2006, A/RES/61/34, pkt 1(1). Por. A. Clapham, *Brierly's Law of Nations*, Oxford University Press, Oxford: 2012, s. 69.

⁴ Por. M. Koskenniemi, *Hierarchy in International Law: A Sketch*, 8(4) *European Journal of International Law* 566 (1997), s. 567.

⁵ Zob. R. Kolb, *Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith)*, 53(1) *Netherlands International Law Review* 1 (2006), s. 25 i n.

* Artur Kozłowski – profesor nauk prawnych na Uniwersytecie Wrocławskim, kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego i Europejskiego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii. ORCID: 0000-0003-4386-3343.

także następstw procesu fragmentacji efekt ten uzyskuje się poprzez stabilizowanie prawa międzynarodowego, jego odczytywanie i stosowanie w sposób eliminujący sprzeczności, dysonanse i paradoksy. Posługiwanie się zasadami ogólnymi w dłuższej perspektywie służy budowaniu i wzmacnianiu zaufania do prawa międzynarodowego jako normatywnego narzędzia porządkowania otaczającej rzeczywistości. Prawo międzynarodowe tym bardziej staje się normatywne, im jest bardziej uporządkowane. A jest tym bardziej uporządkowane, im w większym stopniu wykorzystuje ZOPM. Takie ujęcie istoty prawa i występujących w jego granicach zasad ogólnych pozwala jednoznacznie identyfikować źródło regulacyjnej siły prawa, w tym także prawa międzynarodowego⁶. W wypadku prawa międzynarodowego w ten kontekst wpisują się zasady ogólne prawa („uznane przez narody cywilizowane”) oraz zasady ogólne prawa międzynarodowego. Rozważania zawarte w niniejszych uwagach dotyczą tej drugiej kategorii zasad i odnoszą się przede wszystkim do projektowanych wniosków Komisji Prawa Międzynarodowego (KPM)⁷.

W świetle powyższego w procesie rekonstrukcji zasad ogólnych prawa międzynarodowego kluczową staje się sędziowska weryfikacja normy stanowiącej podstawę rozstrzygnięcia sporu prawnego pod kątem osiągnięcia pożądanego efektu porządkowania obrazu prawa międzynarodowego. Wykorzystanie przez sędziego zasad prawnych (*the legal principles*) A. Ross trafnie charakteryzuje jako następstwo przynależności sędziego do określonej wspólnoty⁸. W jej ramach obowiązkiem sędziego jest wyrokowanie w sposób wzmacniający zaufanie do prawa jako narzędzia regulacyjnego. Im więcej we wnioskowaniu sędziowskim odwołania do zasad ogólnych, tym obraz podstawy wyrokowania jest bardziej uporządkowany. Im bardziej podstawa wyrokowania jest w tym sensie uporządkowana, tym łatwiej, na poziomie argumentacji prawniczej, z uwzględnieniem elementów retoryki, wykazać obowiązywanie normy (w znaczeniu przekonania o obowiązywaniu) oraz jej właściwą treść⁹. Z kolei im bardziej zastosowanie przez sędziego w ten sposób „uporządkowanej” normy współgra z oczekiwaniem po stronie jej adresata ogólnego uporządkowania rozumienia rzeczywistości, tym większy stopień zaufania w ramach wspólnoty do prawa i jego regulacyjnej funkcji¹⁰.

⁶ Por. A. Clapham, *supra* note 3, s. 53; *ibidem*, s. 68: sędziowski rozsądek (*a „judicial” reason*) jako źródło prawa międzynarodowego. Por. B. Brożek, *Umysł prawniczy*, Copernicus Center Press, Kraków: 2018, s. 255 („umysł prawniczy zbudowany z intuicji, wyobraźni i umiejętności prowadzenia rozumowań w języku”).

⁷ Report of the International Law Commission, 24 April–2 June and 3 July–4 August 2023, A/78/10, s. 11. Jest to przyjęty w pierwszym czytaniu projekt 11 wniosków wraz z komentarzem. Państwa mogą do 1 grudnia 2024 r. zgłaszać do niego swoje uwagi.

⁸ A. Ross, *A Textbook of International Law. General Part*, The Lawbook Exchange, New Jersey: 2006, s. 79–80.

⁹ Zob. J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Wolters Kluwer, Warszawa: 2006, s. 167–168, 185–189.

¹⁰ Por. C. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa: 1984, s. 227: „Prawo rozwija się poprzez zrównoważone zaspokajanie dwu wymagań: jednego o charakterze systemowym, sprowadzającego się do wypracowania spójnego porządku prawnego, oraz drugiego o charakterze pragmatycznym, polegającego na poszukiwaniu rozwiązań możliwych do przyjęcia, gdyż uważanych przez środowisko za sprawiedliwe i rozsądne.”

KPM w swoim rozwijanym projekcie na temat zasad ogólnych prawa wyróżnia kilka ich funkcji. Skonsolidowana propozycja przyjęta w 2023 r. i zaakceptowana w pierwszym czytaniu stwierdza, że zasada ogólna w rozwiązywaniu sporu ma zasadniczo charakter pomocniczy, chociaż jest źródłem praw i obowiązków, zapewnia spójność porządku, jest wykorzystywana w trakcie wykładni i uzupełnia pozostałe normy międzynarodowoprawne¹¹.

Aby zastosować określoną zasadę ogólną prawa międzynarodowego, należy ją w pierwszej kolejności prawidłowo zrekonstruować. Jest to działanie wymagające staranności z uwagi na normatywny charakter takiej zasady i konsekwencje związane z jej wykorzystaniem. Z uwagi na kontynuowane przez KPM prace w zakresie źródeł prawa międzynarodowego należy uznać, że stopniowo finalizowany projekt dotyczący zasad ogólnych prawa (art. 38 ust. 1 lit. c Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości¹² (MTS)) zawiera istotne informacje na temat elementów modelu rekonstrukcji zasad ogólnych prawa międzynarodowego i towarzyszących mu systemowych uwarunkowań. Ten materiał można oceniać w dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, w związku z wykorzystaną przez KPM formą (*draft conclusions on general principles of law*), a po drugie, badając wyróżnione konkluzje pod kątem zgodności z wymogiem porządkowania normatywnej rzeczywistości. Zatem efektem prac KPM nad zasadami ogólnymi prawa będą wskazówki¹³, które w ramach instytucji domniemania (*iuris tantum*) można oceniać jako odwzorowanie obowiązujących norm zwyczajowych lub zasad ogólnych (wariant silniejszy)¹⁴. Normy te tworzą prawo zasad ogólnych. W drugiej kolejności same prace nad zagadnieniem i towarzyszący im wynik można oceniać, zresztą zgodnie z intencją KPM¹⁵, jako pomocnicze źródło (*subsidiary means*) w rozumieniu Statutu MTS (wariant słabszy). W tym sensie prace KPM stanowią pomocnicze źródło do identyfikowania norm składających się na prawo zasad ogólnych, czyli zasób, który w momencie uchylenia przedmiotowego domniemania może zostać wykorzystany w celu przeprowadzenia dowodu na obowiązywanie reguł odwzorowanych w treści konkluzji.

W projektowanym wniosku nr 3 KPM potwierdza, że pojęcie zasad ogólnych prawa, o którym stanowi art. 38 ust. 1 lit. c Statutu MTS, obejmuje zasady wywodzone z wewnętrznych porządków prawnych państw oraz zasady ogólne prawa międzynarodowego.

Ogólne zasady prawa obejmują te:

- (a) wywodzące się z krajowych systemów prawnych;
- (b) które mogą być tworzone w ramach międzynarodowego systemu prawnego.

¹¹ Report of the ILC, *supra* note 7, s. 28 i 33.

¹² Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych [1947] Dz.U. Nr 23, poz. 90.

¹³ M. Vázquez-Bermúdez, *General Principles of Law*, Report of the ILC on the work of its sixty-ninth session, 1 May to 2 June and from 3 July to 4 August 2017, A/CN.4/702, s. 161–162, pkt 33–36.

¹⁴ Domniemanie to może być jednak skutecznie uchylone dowodem przeciwnym.

¹⁵ Report of the ILC, *supra* note 11, wniosek 9, pkt 6, s. 28.

KPM w przygotowywanym komentarzu nawiązuje jednak do głosów, które wyrażają sceptycyzm w sprawie występowania ogólnych zasad prawa międzynarodowego lub wiązania ich w charakterze autonomicznego źródła prawa międzynarodowego z odnośnym fragmentem art. 38 ust. 1 Statutu MTS. Stąd wykorzystanie frazy „które mogą być ukształtowane” w przeciwieństwie do „które pochodzą” ma obrazować potrzebę elastycznego podejścia do zasad ogólnych prawa międzynarodowego. Oczywiście elastyczność w procesie rekonstruowania konkretnych zasad ogólnych prawa międzynarodowego jest czymś wskazanym. Natomiast elastyczność w podejściu do koncepcji zasady ogólnej prawa międzynarodowego, która ma stanowić swoistą zasłonę dla wyrażania sceptycznych poglądów, jest nieporozumieniem.

Negowanie koncepcji zasad ogólnych prawa międzynarodowego oznacza negację normatywnego charakteru prawa międzynarodowego. W tym miejscu należy zatem przywołać podstawową zależność towarzyszącą rekonstruowaniu zasady ogólnej prawa międzynarodowego. Zasada ogólna prawa jest konsekwencją systemowego charakteru prawa międzynarodowego. Akceptacja normatywnej natury międzynarodowego porządku prawnego tworzy logiczną przestrzeń do wykazania obowiązywania zasad ogólnych prawa międzynarodowego. Jest to założenie, które należy przyjąć w związku z potrzebą identyfikacji każdej zasady ogólnej prawa międzynarodowego.

Ogólne stanowisko KPM w tej sprawie jest pozytywne. Komisja przywołuje praktykę państw i sądów międzynarodowych i potwierdza zdolność prawa międzynarodowego, podobnie jak każdego innego porządku prawnego, do wytwarzania samoistnych i specyficznych dlań zasad ogólnych¹⁶. Podaje także w projekcie swojego komentarza przykłady zasad ogólnych prawa międzynarodowego. Zalicza do nich zasadę suwerennej równości państw, zasadę integralności terytorialnej, zasadę *uti possidetis juris*, zasadę nieinterwencji w sprawy wewnętrzne innego państwa, zasadę zgody na jurysdykcję międzynarodowych sądów i trybunałów, podstawowe względy humanitarne, poszanowanie godności ludzkiej, zasady norymberskie i zasady międzynarodowego prawa ochrony środowiska¹⁷. Piśmiennictwo dodaje jeszcze kilka dalszych indukcyjnych przykładów, utrwalając w ten sposób obraz zasad ogólnych prawa międzynarodowego jako rzeczywistych składowych międzynarodowego porządku prawnego. Oprócz już wymienionych pojawiają się w kontekście ogólnych zasad prawa międzynarodowego ujęte w Deklaracji Zasad Prawa Międzynarodowego dotyczących Przyjaznych Stosunków i Współpracy między Państwami z 1970 r. zasada dobrej wiary, zakaz użycia siły, zasada pokojowego rozstrzygania sporów, obowiązek międzynarodowej współpracy, równość praw, prawo do samostanowienia¹⁸. Ponadto włącza się do tego zakresu zasady zgody, wzajemności, ostateczności wyroków

¹⁶ *Ibidem*, s. 22, pkt 2.

¹⁷ *Ibidem*, s. 22, przyp. 34.

¹⁸ W ten sposób A.A. Cancado Trindade, *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*, Brill Nijhoff, Leiden: 2020, s. 65–74; zob. M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge: 2017, s. 77.

sądowych (*res iudicata*), ważności umów międzynarodowych, jurysdykcji krajowej oraz wolności mórz¹⁹.

Poszczególne elementy modelu rekonstrukcji zasady ogólnej prawa międzynarodowego zostały rozproszone w kilku kolejnych propozycjach konkluzji. Kluczowy z tego punktu widzenia jest wniosek nr 7. W wersji przyjętej przez KPM w pierwszym czytaniu stanowi on:

1. Aby ustalić istnienie i treść ogólnej zasady prawa, która może być ukształtowana w ramach międzynarodowego systemu prawnego, konieczne jest upewnienie się, że wspólnota narodów uznała tę zasadę za nieodłączną od międzynarodowego systemu prawnego.
2. Ustęp 1 pozostaje bez uszczerbku dla kwestii ewentualnego istnienia innych ogólnych zasad prawa utworzonych w ramach międzynarodowego systemu prawnego²⁰.

Zaproponowana formuła zawiera kilka konstrukcyjnych elementów. KPM podkreśla konieczność upewnienia się (*it is necessary to ascertain*), że wspólnota narodów (*community of nations*) uznała (*has recognized*) określoną zasadę ogólną za nieodłączną, inherentną, kluczową, podstawową, integralną, przynależną w sposób naturalny (zgodny z istotą) do międzynarodowego porządku prawnego (*the principle as intrinsic to the international legal system*). Warto w tym miejscu podkreślić odesłanie przez KPM w procesie rekonstruowania zasady ogólnej do wyraźnie podkreślonej metody. Ułatwia ona zespolenie wskazanych elementów przedmiotowego modelu w funkcjonalną całość. W zgodzie z nadrzędną dyrektywą dążenia do stanu uporządkowania jako stanu pożądanego z punktu widzenia istoty prawa²¹ został zasygnalizowany w projekcie komentarza KPM współgrający z tym oczekiwaniem wymóg wykorzystania metody indukcyjno-dedukcyjnej. W kontekście modelu podejście indukcyjne wiąże się z badaniem konkretnych norm prawnych lub precedensów w celu zidentyfikowania nadrzędnych zasad lub reguł, które mogą wpływać na podejmowanie decyzji lub wykładnię prawa. W tym znaczeniu występuje zbieżność między identyfikacją zasad ogólnych prawa międzynarodowego, a komparatystycznym ustalaniem zasady ogólnej prawa w postaci wspólnego mianownika występującego w wielu krajowych porządkach prawnych.

Element wspólny w obrębie metod służących rekonstrukcji zasad ogólnych prawa oraz prawa międzynarodowego nie oznacza jednak pełnej tożsamości wszystkich towarzyszących im uwarunkowań. Szczególną uwagę należy zwrócić na praktyczne cele towarzyszące działaniu podmiotu wykorzystującego zasadę ogólną prawa międzynarodowego. Sędzia powołany do rozstrzygnięcia sporu prawnego, ustalając podstawę wyrokowania, analizuje stan faktyczny także w celu identyfikacji zasad

¹⁹ J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2012, s. 37.

²⁰ Report of the ILC, *supra* note 7, s. 14. Tł. redakcja.

²¹ Zob. R. Kwiecień, *International Law as Legal System: Legality, Legitimacy, and Legal Position of States*, 4(2) Polish Review of International and European Law 9 (2015), s. 11.

ogólnych prawa międzynarodowego. Działanie to jest nakierowane na odtworzenie normatywnej idei zawartej w poszczególnych normach lub leżącej u ich podstawy jako kluczowe uzasadnienie²². Sędzia musi to jednak uczynić z uwzględnieniem uznania ze strony wspólnoty państw (*community of nations*). KPM czyni z tego w projekcie komentarza warunek rekonstrukcji zasady ogólnej prawa międzynarodowego jako zasady autonomicznej, czyli wypływającej ze szczegółowych norm, ale skutkującej normatywnie w oderwaniu od normatywnego charakteru źródeł (umownych czy zwyczajowych), z których została wywiedziona²³. Komisja sugeruje poszukiwanie tego uznania w międzynarodowych dokumentach, rezolucjach organizacji międzynarodowych lub aktach przyjętych na międzyrządowych konferencjach albo po prostu w oświadczeniach państw. Spełnienie tego wymogu ilustruje przykładami wypływającymi z orzecznictwa międzynarodowego, odnoszącego się do konkretnych zasad ogólnych prawa międzynarodowego. W wypadku zasady *uti possidetis* KPM podążą za wyrokiem MTS w sprawie sporu granicznego (*Burkina Faso p. Mali*), w którym stwierdzono, że przedmiotowa zasada jest ściśle powiązana z niezależnością, która charakteryzuje państwo jako podmiot prawa międzynarodowego w całym jego obszarze, a nie tylko w jakichś wyodrębnionych podsystemach²⁴. W odniesieniu do zasady humanitaryzmu (*humanity*) przywołane zostało wnioskowanie wykorzystane w sprawie Kanału Korfu²⁵. Z kolei zasadę ochrony godności osoby ludzkiej zilustrowano wyrokiem w sprawie *Furundžija*²⁶.

W świetle powyższego, łącząc wątki teoretyczne i praktyczną perspektywę sędziowską, należy stwierdzić, że wyodrębniony akt uznania przez państwa z punktu widzenia modelu rekonstrukcji nie jest elementem konstytutywnym. Uznanie ma charakter jedynie deklaracyjny. Rolą sędziego jest prawidłowe jego odczytanie za pośrednictwem i w granicach częściowych norm²⁷. Ich forma i treść, ukształtowane zgodnie z zamiarem państw, składają się na materię, której analiza pozwala na wyprowadzenie wspólnych, uogólnionych elementów (pojęć, wartości, wyrażen). Te zaś już bezpośrednio, po dostosowaniach wynikających z reguł języka, przekładają się na treść zasad ogólnych prawa międzynarodowego. Oczekiwanie ich odrębnego, konstytutywnego potwierdzenia ujmowałoby państwom ich pierwotnej podmiotowości. Konstytutywny charakter tego uznania w odniesieniu do zasady ogólnej prawa międzynarodowego pozbawiałby elementy zawarte w partykularnych normach ich znaczenia jako składowych, które tę normatywność budują. Paradoks ten można zobrazować w następujący sposób. Założenie dobrej wiary towarzyszy powstaniu każdej normy prawa międzynarodowego. Norma jest tworzona w dobrej wierze. Bez tego elementu norma ta nie powstanie. Byłoby zatem czymś przeciwnym podstawowej

²² J. Crawford, *supra* note 18, s. 37.

²³ *Por. ibidem*.

²⁴ MTS, *Frontier Dispute (Burkina Faso p. Republic Mali)*, 22 grudnia 1986 r., ICJ Rep 1986, s. 565, pkt 20.

²⁵ MTS, *Kanał Korfu (Zjednoczone Królestwo p. Albanii)*, 9 kwietnia 1949 r., ICJ Rep 1949, s. 22.

²⁶ MTKJ, *Prosecutor p. Anto Furundžija*, IT-95-17/1-T, 10 grudnia 1998 r., pkt 183.

²⁷ MTS, *Frontier Dispute (Burkina Faso p. Republic Mali)*, *supra* note 24, pkt 24.

dyrektywie porządkującej kształt prawa międzynarodowego, oczekiwać na odrębne uznanie dobrej wiary w charakterze zasady ogólnej prawa międzynarodowego w sytuacji, gdy wykorzystano się tę dobrą wiarę jako fundament w momencie tworzenia normy prawa międzynarodowego. Milczenie państwa w tych okolicznościach, czyli brak wyodrębnionego uznania, nie pozbawia przecież dobrej wiary jej waloru fundamentalnego: warunku międzynarodowoprawnej normatywności.

Jednak z raportu VI Komitetu Prawnego wynika, że część państw nie rozpoznaje tej zależności. Oczekują one potwierdzenia roli zasad ogólnych prawa międzynarodowego poprzez odrębną praktykę zaświadczącą o włączeniu tychże zasad do kręgu norm składających się na prawo międzynarodowe („podczas gdy inni uznali kwestię uznawania ogólnych zasad prawa ukształtowanych w ramach międzynarodowego systemu prawnego za problematyczną, m.in. ze względu na niewystarczającą praktykę państw w tym zakresie”)²⁸. Stąd sugestia, aby KPM dostarczyła kolejnych przykładów praktyki państw jako niezbędnego dowodu na istnienie zasad ogólnych prawa międzynarodowego, jest nieporozumieniem. Państwa mają bezpośredni wpływ na istnienie zasad ogólnych prawa międzynarodowego. Czynią to jednak poprzez własne prawotwórcze działania, które z kolei stają się źródłem uogólnień prowadzących do konstatowania zasad ogólnych prawa międzynarodowego. Państwa uczestniczą w tych procesach. Ostatecznie do nich też należy oddziaływanie na materię wyjściową, czyli partykularne normy prawa międzynarodowego, które stanowią źródło zasad ogólnych prawa międzynarodowego. Zatem to państwa odgrywają kluczową rolę w rekonstruowaniu (uznaniu) zasad ogólnych prawa międzynarodowego. W tym zakresie wnioskowanie sędziowskie jest ważne, ale w swym charakterze pośrednie i pomocnicze.

Powyższy wniosek odgrywa szczególnie istotną rolę w warunkach fragmentacji prawa międzynarodowego. Milczenie państw, tym razem w granicach autonomicznego porządku prawnego (czyli brak wyraźnego uznania ze strony określonej wspólnoty) w odniesieniu do wykorzystania np. zasady dobrej wiary jako zasady ogólnej prawa międzynarodowego i wypływających z niej konsekwencji, nie oznacza postawienia tejże zasady poza zakresem jej zastosowania w obrębie tego autonomicznego porządku prawnego. Obowiązuje tu domniemanie ciągłości (*lex generalis*), które może być uchylone w sposób wyraźny lub dorozumiany na poziomie *lex specialis*²⁹. Zasada ogólna prawa międzynarodowego nie wymaga potwierdzenia (uznania) dla swego obowiązywania w granicach międzynarodowego prawa kosmicznego, prawa Światowej Organizacji Handlu (WTO) czy prawa UE. Jej wyłączenie lub ograniczenie skuteczności może nastąpić, ale tylko poprzez przekształcenie cząstkowych norm składających się na ten porządek w warstwie dotyczącej istoty rzeczy lub za pośrednic-

²⁸ Report of the International Law Commission on the work of its seventy-third session, 24 April – 2 June and 3 July–4 August 2023, A/CN.4/755, s. 9, pkt 40. Tł. redakcja.

²⁹ PCA, *The South China Sea Arbitration* (sprawa nr 2013-19) 12 lipca 2016 r., s. 468, pkt 1200: odwołanie do dobrej wiary jako ogólnej zasady prawa międzynarodowego. Nie ma zatem potrzeby „przypominania” w konkretnym przepisie prawa o potrzebie przestrzegania zasady ogólnej. Podobnie Trybunał Arbitrażowy, *Lake Lanoux Arbitration (Francja p. Hiszpanii)*, 16 listopada 1957 r., R.I.A.A. 281, pkt 305; oraz Trybunał

twem jednoznacznej klauzuli. Zasada zgody ma np. pełne zastosowanie do odczytania istoty traktatów stanowiących podstawę działania UE. Pewien zasób częściowych przekształceń w obrębie prawa traktatów UE zastąpił odnośne reguły ogólnego prawa traktatów skodyfikowane w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, lecz nie zmienił istoty rzeczy, czyli sposobu pojmowania źródła, z którego wypływa unijna współpraca. Zatem przedmiotowe domniemanie jest nadal skuteczne. Co oznacza, że podstawą działania UE pozostaje umowa międzynarodowa, u której fundamentu spoczywa zasada zgody i dobrej wiary.

Niektóre z zasad ogólnych przenikają całość porządku prawnego. Ma to znaczenie szczególnie w odniesieniu do tych, które są powiązane bezpośrednio ze sferą tworzenia prawa międzynarodowego. Uchylenie konsensualnie zasady dobrej wiary w relacjach między podmiotami na rzecz innego fundamentu regulacyjnego jest do wyobrażenia, ale oznaczałoby pojawienie się jakiegoś nowego stanu, którego nie można by już wiązać z terminem „prawo międzynarodowe” w jego aktualnym znaczeniu³⁰.

Należy zatem przyjąć, że uznanie przez wspólnotę państw (*community of nations*) określonej zasady za zasadę ogólną prawa międzynarodowego, o ile przyjmuje ono wyraźną postać, urzeczywistnia się w formie deklaratywnej. Zasadę ogólną prawa międzynarodowego konstituuje w sposób dorozumiany zaangażowanie państw w prawodawcze postawy, które prowadzą do powstania konkretnej normy³¹. Norma ta wiąże w podmiotowym i przedmiotowym zakresie, ale jednocześnie poprzez swoje współistnienie z innymi normami współtworzy źródło zasad ogólnych prawa międzynarodowego.

W związku z aktem uznania pojawia się potrzeba ustalenia znaczenia terminu „wspólnota państw” (*community of nations*)³². KPM podkreśla na tym etapie prac, że jest to synonim wykorzystanego w art. 38 ust. 1 lit. c Statutu MTS wyrażenia „państwa cywilizowane” (*civilized nations*)³³. Odwołanie się do wspólnoty państw ma podkreślać znaczenie suwerennej równości państw. Jest to oczywista zależność, skoro wszystkie państwa ze swej istoty korzystają z *ius contrahendi* tworząc normy prawne, z których z kolei wyrastają ZOPM. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na aspekt ilościowy i jakościowy towarzyszący realizacji *ius contrahendi*. Intensywność relacji traktatowych czy zwyczajowych, ich pogłębiony charakter w odniesieniu do

Arbitrażowy, *Chagos Marine Protected Area Arbitration* (Mauritius p. Zjednoczonemu Królestwu), 20 grudnia 2010 r., R.I.A.A. 31, s. 546, pkt 443.

³⁰ Zob. L. Ehrlich, *Prawo międzynarodowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa: 1958, s. 15: „Uchylenie normy raz obowiązującej następuje, oczywiście, tylko w stosunku do tych podmiotów, które na jej uchylenie się zgodziły, a między którymi dotychczas obowiązywała. Zasada dobrej wiary jako zasada podstawowa musiałaby być uchylona zgodą wszystkich państw wzajemnie uznających się za podmioty prawa międzynarodowego, ale tym samym prawo to w dzisiejszym znaczeniu przestałoby istnieć.”

³¹ Prawo azylu jako zopm wypływająca z suwerenności państwa (M.-T. Gil-Bazo, *Asylum as a General Principle of International Law*, 27(1) *International Journal of Refugee Law* 3 (2015), s. 3–28).

³² R. Kwiecień, *Reflections on the Role of Fairness for the Sources of International Law*, 11 *European Society of International Law Paper* 2 (2024), s. 19.

³³ Report of the ILC, *supra* note 7, wniosek 2, pkt 3, s. 14.

części państw, ostatecznie w większym stopniu będą oddziaływać na kształt zasad ogólnych niż zachowania podmiotów z różnych względów bardziej wstrzemięźliwych. Stąd sugestia KPM, że z perspektywy wymaganego uznania nie ma potrzeby, aby osiągało ono w ramach przedmiotowej wspólnoty poziom wysoce ujednolicony czy kolektywny³⁴. W tym znaczeniu uznanie zasady ogólnej prawa międzynarodowego wyłaniałoby się z normatywnej praktyki części państw i *acquiescence* pozostałych. Ponadto w sugerowanym mechanizmie rekonstruowania „wspólnota państw” jest bytem odrębnym od „międzynarodowej wspólnoty państw jako całości”. Tym pojęciem posługuje się Konwencja wiedeńska o prawie traktatów (VCTL) w art. 53³⁵, wskazując podmiot uprawniony do uznania określonej ogólnej zasady prawa międzynarodowego za normę peremptoryjną³⁶. Identyczne rozwiązanie znalazło zastosowanie w zasadach KPM dotyczących identyfikacji norm bezwzględnie obowiązujących³⁷.

Kluczową kwestią pozostaje powiązanie tak rozumianego uznania określonej zasady z istotą międzynarodowoprawnej regulacji jako całości lub jej wyodrębnionej części. Chodzi zatem o spełnienie podstawowego wymogu związanego z procesem rekonstruowania zasady ogólnej, a więc wykazanie jej relacji z istotą prawa międzynarodowego. Zasady te można uznać za trwale powiązane z międzynarodowym systemem prawnym (*intrinsic to the international system*)³⁸. KPM stwierdza, że chodzi w tym wypadku o normę specyficzną (*specific*) dla międzynarodowego systemu prawnego, która odzwierciedla i reguluje jego podstawowe cechy (*basic features*)³⁹. W tym sensie termin „intrinsic” wskazuje na zasadę, która jest inherentna lub istotna dla międzynarodowego systemu prawnego. Stanowi integralną część systemu i nie zależy od czynników zewnętrznych. Przy takich parametrach ZOPM jest fundamentalna i podstawowa. Oznacza to, że jednocześnie wypływa z istoty międzynarodowego porządku prawnego i w tym samym czasie równolegle obrazuje, dookreśla, kształtuje i reguluje podstawowe cechy międzynarodowego porządku prawnego.

O owej istocie w aktualnym stanie rozwoju prawa międzynarodowego rozstrzygają państwa i ich pierwotna podmiotowość. Mimo rozlicznych reinterpretacji i przy pełnej świadomości rozwoju czy ewolucji prawa międzynarodowego nie wydaje się, żeby nastąpiło tu przełamanie istoty porządku⁴⁰. Wynikająca z pierwotnego charakteru zdolność państw do redukcji wszelkich przerostów pojęciowych, zbędnych z punktu widzenia istoty prawa międzynarodowego, jest nadal rozstrzygająca. Podążanie zatem za naturą prawa międzynarodowego jako całości lub wyodrębnionych jego części jest jedyną drogą do skutecznego zrekonstruowania odnośnych zasad

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties [1969] 1155 UNTS 331.

³⁶ *Ibidem*, pkt 4.

³⁷ Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*), 18 April–3 June and 4 July–5 August 2022, A/77/10, par. 43.

³⁸ Report of the ILC, *supra* note 7, s. 24, pkt 9.

³⁹ *Ibidem*, s. 23, pkt 4.

⁴⁰ Na przykład feministyczna teoria prawa międzynarodowego. W sposób klarowny nakreśla ona kierunki i cele rekonstrukcji podstawowych instytucji prawa międzynarodowego, w tym także pojęcia państwa, lecz

ogólnych prawa międzynarodowego. Z kolei na tej drodze szczególna rola przypada sędziom, krajowym i międzynarodowym, a dokładnie rzecz ujmując, rozumowaniu czy wnioskowaniu sędziowskiemu, które ma związek z potrzebą ustalenia podstawy prawnej rozstrzygnięcia sporu w granicach prawa międzynarodowego. Wnioskowanie prowadzi do prawidłowej identyfikacji normy, w tym także zasady ogólnej prawa międzynarodowego, o ile w jego trakcie sędzia⁴¹ podąża za nadrzędną dyrektywą systemowego uporządkowania całości (międzynarodowego porządku prawnego lub jego wyodrębnionego fragmentu) elementów składowych (poszczególnych norm).

Przy założeniu prawidłowości sędziowskiego wnioskowania, nakierowanego na zrekonstruowanie zasady ogólnej prawa międzynarodowego, nie jest możliwe, aby w trakcie identyfikowania istoty prawa międzynarodowego w warunkach *ad casum*, a w konsekwencji wyznaczników zasad ogólnych prawa międzynarodowego, doszło do aktu progresywnego rozwoju prawa międzynarodowego w ścisłym tego słowa znaczeniu (*progressive development*). Inferencyjne dekodowanie elementu, który przynależy do danego porządku prawnego w postaci jego zasady ogólnej, nie jest tworzeniem normy, lecz jej odkrywaniem. Jej zrekonstruowanie w momencie rozstrzygania sporu jest następstwem właściwego (porządkującego) odczytania przez sędziego istoty prawa międzynarodowego, a nie formalnej decyzji sądu. Jeśli to odczytanie istoty, przekładające się na identyfikację zasady, spełnia warunki precedensu materialnego, to wówczas uzyskuje się efekt uporządkowania i systemowego utrwalenia rozumienia prawa wyłaniającego się z wyroku. Sędzia nie jest w stanie przekształcić istoty rzeczy. Może jedynie wydłużyć okres braku uporządkowania, gdy popełni w swym rozumowaniu błąd. Ten nieprawidłowy z punktu widzenia istoty prawa międzynarodowego wniosek będzie wiążący mocą wyroku sądu, ale nie wypełni skutecznie przestrzeni w granicach międzynarodowego porządku prawnego. Powstaje w tym momencie wyobrażenie zasady ogólnej, wiążącej tu i teraz, ale bez systemowej rzeczywistej wartości.

Zatem jeśli sąd nie popełnia błędu w trakcie odtwarzania zasady ogólnej prawa międzynarodowego, to rekonstruuje coś, co już w tym systemie istnieje. W tym sensie dedukcyjnie rzecz porządkuje, ale niczego nie tworzy ponad prawidłową rekonstrukcję. Jeśli z tego zadania się nie wywiąże, wówczas pojawia się rozstrzygnięcie, które jest źródłem systemowych dysonansów i paradoksów. Ich suma osłabia zaufanie do prawa. Prawo międzynarodowe nie jest tu wyjątkiem. W świetle powyższego indukcja polega na poszukiwaniu i odtwarzaniu wspólnych mianowników, natomiast dedukcja na nadawaniu im systemowo uporządkowanej treści.

ich nie porzuca (H. Charlesworth, C. Chinkin, *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis*, Manchester University Press, Manchester: 2016, s. 61, 164–170). Por. R. Kwiecień, *supra* note 20, s. 40–41.

⁴¹ Wniosek dotyczy sędziego międzynarodowego lub krajowego. Wyrok sądu krajowego jest elementem praktyki państwa (zob. zasady KPM dotyczące odpowiedzialności państw czy prawa zwyczajowego). O wartości konkretnego sędziowskiego wnioskowania rozstrzyga jego porządkujący charakter. KPM podkreśla jednak, że sądom krajowym może niekiedy brakować doświadczenia i umiejętności w prawidłowym odczytywaniu zamiaru państw jako podmiotów prawa międzynarodowego (Report of the ILC, *supra* note 7, s. 27, pkt 10).

Zasada ogólna prawa międzynarodowego prawidłowo zrekonstruowana przez sąd jako element współtworzący podstawę wyrokowania w sporze stanowi odwzorowanie prawotwórczego zamiaru państw stojącego za poszczególnymi normami. Każda szczegółowa norma prawa międzynarodowego kryje taki zamiar⁴². W tym znaczeniu, jeśli państwo w związku z potrzebą uznania zasady ogólnej prawa międzynarodowego za autonomiczne źródło prawa międzynarodowego następczo odrzuciłoby ją w formie ustnych czy pisemnych oświadczeń, przy założeniu jej uprzedniej prawidłowej identyfikacji, wówczas w sposób jasny zaprzeczyłoby sobie, podważając skuteczność swoich własnych wcześniejszych działań w sferze stanowienia prawa dyspozytywnego. W konsekwencji w wariancie negatywnym oznaczałoby to źródło międzynarodowej odpowiedzialności. W wariancie pozytywnym dezawuowanie przez państwa określonej zasady ogólnej prawa międzynarodowego mogłoby być odczytane jako sygnał o dorozumianym przypisaniu partykularnym normom prawa międzynarodowego znaczenia prowadzącego do wykształcenia się zasady ogólnej o odmiennej treści. Jednak w praktycznym zastosowaniu taka nowa zasada mogłaby skutkować tylko *ex nunc*.

Należy podkreślić, że w ramach budowanego modelu identyfikacji zasad ogólnych niekiedy odrzucenie przez państwo zasady ogólnej prawa międzynarodowego, zrekonstruowanej na poziomie orzecznictwa lub w wypowiedziach doktryny, lecz z naruszeniem dyrektywy nakazującej porządkujący sposób wnioskowania, będzie miało walor korygujący, redukcyjny. W tym sensie nie będzie to odrzucenie zasady ogólnej prawa międzynarodowego, lecz jedynie jej rozumienia błędnie ustalonego w wyroku sądu (co ważniejsze) lub w wypowiedziach doktryny. To oczywiście wymagałoby rozważenia systemowej możliwości i skuteczności zgodnego pominięcia wyroku przez strony w postępowaniu i sięgnięcia przez nie po alternatywny, pokojowy sposób rozstrzygnięcia sporu z powołaniem się na błędną identyfikację podstaw wyrokowania przez sąd⁴³.

Spoglądając na model wnioskowania, który stopniowo wyłania się z końcowej fazy prac KPM, można wyprowadzić kilka wniosków. Sugerowany model rekonstrukcji zasady ogólnej prawa międzynarodowego jest statyczny w tym sensie, że odnosi się do określonej stałej, czyli zasad ogólnych, które występują w każdym porządku prawnym, również w prawie międzynarodowym. Jest to model jednocześnie dynamiczny, gdyż

⁴² Por. M. Cherif Bassiouni, *A Functional Approach to General Principles of International Law*, 11(3) Michigan Journal of International Law 768 (1990), s. 768–769, tzw. źródła doskonałe i niedoskonałe (*perfected sources / unperfected sources*). Te pierwsze miałyby zdolność samoistną tworzenia zobowiązań. Te drugie, np. *opinio iuris* niepoparte praktyką lub poparte niedostateczną / niespójną, stanowiłyby źródło zasad ogólnych prawa międzynarodowego. Podobnie C.C. Joyner, *UN General Assembly Resolutions and International Law: Rethinking the Contemporary Dynamics of Norm-Creation*, 11(3) California Western International Law Journal 445 (1981), s. 460.

⁴³ W wypadku państw członkowskich ONZ art. 94 Karty Narodów Zjednoczonych (KNZ) nakazuje wykonanie wyroku MTS. Jednak przed trybunałem arbitrażowym *ad hoc*, ograniczenie państw w tym względzie nie wydaje się już tak jednoznaczne. Przeszkodą może być *res iudicata*. Zastanawia jednak, co waży więcej w prawie międzynarodowym: uprzedni wyrok trybunału czy nadal pokojowe i uzgodnione przez strony następcze rozstrzygnięcia sporu metodą alternatywną?

uwzględnia konieczność podążania za zmieniającymi się na skutek konsensualnych uzgodnień elementami międzynarodowego porządku prawnego. Przy takim założeniu ZOPM, zrekonstruowana za pośrednictwem przedmiotowego modelu, staje się normą każdorazowo dostosowaną do miejsca oraz czasu jej przywołania i zastosowania⁴⁴. Jest to także model, który współgra z nadrzędnym źródłem zobowiązań prawnych w postaci dyrektywy nakazującej przy tworzeniu, wykładni i stosowaniu prawa porządkowanie otaczającej rzeczywistości, a tym samym unikanie paradoksu, dysonansu, chaosu. Ponadto jest to model autonomiczny. Służy on zrekonstruowaniu zasad ogólnych prawa międzynarodowego w sposób niezależny od metod mających zastosowanie w wypadku identyfikacji umów międzynarodowych czy norm prawa zwyczajowego. Dzieje się tak, mimo że w trakcie rekonstruowania norm, bez względu na źródło, z którego wypływają, może zachodzić przypadek analizowania tego samego zakresu postaw, działań czy zaniechań państw. W ten sposób zrekonstruowana ZOPM jest częścią prawa międzynarodowego równolegle do współwystępujących i zakresowo, w ujęciu przedmiotowym oraz podmiotowym (w całości lub części), zgodnych z nią norm umownych czy zwyczajowych⁴⁵.

Model ten wiąże również jednoznacznie pojęcie zasady ogólnej prawa międzynarodowego z istotą prawa międzynarodowego. Zasada ogólna prawa międzynarodowego z tej istoty wypływa, a następnie w trakcie swej rekonstrukcji, wykładni i stosowania ku niej ciąży (*intrinsic general principles*). Należy podkreślić, że model ten nie wyklucza normatywnej wartości zasad ogólnych prawa międzynarodowego. Akceptuje on i rozwija systemowy charakter prawa międzynarodowego, z zastrzeżeniem jego specyfiki. Istotną rolę w tym zakresie mają do odegrania następujące zasady ogólne prawa międzynarodowego: *pacta sunt servanda*, dobra wiara, formuły *lex specialis* oraz *lex posterior*, godność osoby ludzkiej czy podstawy humanitaryzmu⁴⁶.

Prawidłowość przedmiotowego modelu, który ostatecznie wyłoni się z prac KPM, czyli jego systemowa odpowiedniość, jest warunkiem koniecznym pełnego wykorzystania potencjału zasad ogólnych prawa międzynarodowego. Chodzi tu przede wszystkim o zdolność zasad ogólnych prawa międzynarodowego współtworzenia podstaw wyrokowania, gdy pozostałe normy, w całości lub części, nie są w tym względzie wystarczające. W tym sensie, prawidłowo zrekonstruowana ZOPM może być samodzielną podstawą wyrokowania, w wymiarze praw i obowiązków podmiotów, reguł ich odpowiedzialności czy zasad procesowych, lub uzupełnieniem istniejących norm prawnych. Natomiast w każdym wypadku ZOPM jest elementem interpretacyjnego kontekstu.

⁴⁴ Por. na tle prawa zwyczajowego: K.A. Johnston, *Rules of Change and the Nature of Customary International Law*, 13(1) ESIL Reflections 1 (2024), s. 9. Każdy wypadek zastosowania normy zwyczajowej, z uwagi na jej budowę, musi poprzedzić zbadanie aktualnej praktyki i *opinio iuris* w powiązaniu z regułami temporalnymi. Podobny wniosek należy odnieść do zasad ogólnych prawa międzynarodowego.

⁴⁵ Report of the ILC, *supra* note 7, s. 34, pkt 4: „Źródła te w płaszczyźnie prawa ogólnego nie występują względem siebie w jakiejś hierarchicznej zależności, chociaż możliwe jest od tego uzgodnione odstępstwo.”

⁴⁶ *Ibidem*, s. 30, pkt 6.

MIEDZY NADRZĘDNOŚCIĄ, PIERWSZEŃSTWEM I PRAWORZĄDNOŚCIĄ

Wśród wielu pól badawczych Profesora Władysława Czaplińskiego odnajdujemy Jego ciekawą refleksję i pytanie: *Czy art. 9 Konstytucji RP jest spreczny z Konstytucją?*¹

Poniższe uwagi stanowią swoiste uzupełnienie i rozwinięcie postawionego przez Autora pytania, w tym zwłaszcza relacji między prawem międzynarodowym (unijnym) a prawem krajowym, w szczególności konstytucyjnym.

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Uwikłanie się w spory z Unią Europejską, strukturami międzynarodowymi oraz niektórymi sąsiadami Polski, a także kwestionowanie fundamentów prawa międzynarodowego, w tym prawa Unii, przybrało w okresie 2015–2023 jaskrawy charakter². Naruszenie praworządności w Polsce wiązało się ze specyficznym postrzeganiem relacji

¹ A. Czaplińska, W. Czapliński, *Czy art. 9 Konstytucji RP jest spreczny z Konstytucją?*, w: A. Kozłowski (red.), *Rządy prawa jako wartość uniwersalna. Księga jubileuszowa Profesora Krzysztofa Wójtowicza*, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław: 2022, s. 281–294, <https://www.doi.org/10.34616/145202>. Zob. też W. Czapliński, *Znaczenie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w procesie rozwoju prawa europejskiego*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2021, https://scholar.com.pl/pl/index.php?controller=attachment&id_attachment=823 (dostęp 14 września 2024).

² O stanie praworządności w Polsce zob. J. Barcz, A. Grzelak, R. Szyndlauer (red.), *Problem praworządności w Polsce w świetle dokumentów Komisji Europejskiej. Okres „dialogu politycznego” 2016–2017*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2020; J. Barcz, A. Grzelak, R. Szyndlauer (red.), *Problem praworządności w Polsce w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (2018–2020)*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2021; J. Barcz, A. Grzelak, R. Szyndlauer (red.), *Problem praworządności w Polsce w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (2021)*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2022; zob. także W. Sadurski, *Polski kryzys konstytucyjny*, Fundacja Liberté!, Łódź: 2020; M. Ziółkowski, M. Zachariasiewicz, *Rule of Law in Poland*, w: A. Kornezow (red.), *Mutual Trust, Mutual Recognition and the Rule of Law*, FIDE National Report, Sofia: 2023.

* Jerzy Kranz – emerytowany profesor Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie. Dyplomata, były podsekretarz stanu w MSZ i były ambasador RP w RFN. Autor licznych publikacji z dziedziny prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych, w tym stosunków polsko-niemieckich oraz prawa Unii Europejskiej. ORCID: 0000-0001-5182-4104.

między prawem krajowym, zwłaszcza konstytucyjnym, a prawem międzynarodowym, szczególnie unijnym³.

Wbrew oficjalnym argumentom, spór między polskimi władzami a Unią w latach 2015–2023 dotyczył nie tyle konfliktu prawa UE z polską konstytucją, ile niezgodności z tą konstytucją (i również z prawem Unii) polskich ustaw związanych z tzw. deformą sądownictwa.

W tym kontekście orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz doktrynę prawną dotyczące relacji prawa Unii z prawem krajowym postrzegać należy w perspektywie upływającego czasu (zwłaszcza deformacji TK po 2015 r.), problemów z definiowaniem niektórych pojęć prawnych oraz inspiracji wyrokami niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego (FTK).

Poniżej kilka opinii ilustrujących nieporozumienia związane z omawianą relacją:

- nadrzędność Konstytucji RP⁴ wynikająca z jej art. 8 ust. 1 („Konstytucja jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej”) pozostaje w kolizji z zasadą pierwszeństwa prawa Unii, przewidującej nadrzędność jej prawa nad prawem państw członkowskich UE, w tym nad konstytucją;
- nadrzędność Konstytucji RP skutkuje pierwszeństwem jej obowiązywania i stosowania na terytorium Polski;
- nadrzędność Konstytucji RP jest równoznaczna z zachowaniem suwerenności państwa; suwerenność Rzeczypospolitej wyraża się w nieprzekazywalnych kompetencjach organów władzy państwowej, stanowiących o tożsamości konstytucyjnej państwa; przystąpienie do UE jest swoistym ograniczeniem suwerenności państwa;
- bezpośredni skutek, bezpośrednie stosowanie i pierwszeństwo nie są immanentnymi cechami autonomicznego prawa unijnego, ani rezultatem unijnego *case law*, lecz jedynie skutkiem krajowego aktu ratyfikacji, czyli emanacją woli suwerena;
- przepisy i akty międzynarodowe sprzeczne z polską konstytucją nie korzystają z zasady pierwszeństwa.

Powtarza się też pogląd, że przekazanie kompetencji na rzecz Unii nie powinno być traktowane jako przesłanka dorozumianej zgody na zmianę konstytucji oraz że sprzeczność między normą konstytucyjną a prawem Unii nie może być rozwiązywana przez uznanie nadrzędności prawa unijnego.

³ Szerzej J. Kranz, *W sprawie zasady pierwszeństwa stosowania prawa UE*, w: J. Barcz, A. Grzelak, R. Szyndlauer (red.), *Problem praworządności w Polsce w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (2018–2020)*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2021, s. 5–72.

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. [1997] Dz.U. Nr 78, poz. 483.

2. CHARAKTER UNII EUROPEJSKIEJ I JEJ PRAWA

Konieczność otwarcia się na współpracę międzynarodową, rozwój prawa międzynarodowego i uwikłanie procesów decyzyjnych w sieć międzynarodowego (ponadnarodowego) zarządzania stanowią wyzwanie dla tradycyjnie rozumianej roli państwa⁵.

Zaciąganie zobowiązań międzynarodowych jest wyrazem woli państwa i wykonywania jego kompetencji. Jednak, trzeba to mocno podkreślić, o ile decyduje ono swobodnie w momencie związania się umową międzynarodową, o tyle jej stosowanie, interpretacja lub wypowiedzenie podlegają procedurom wykluczającym dowolność działań⁶.

Związanie się traktatami Unii zależy od zgody wszystkich państw członkowskich, a moment wejścia w życie określony jest w traktatach, a nie w prawie krajowym. Istotą aktu (z reguły ustawa) wyrażającego zgodę na ratyfikację jest nic innego jak treść uzgodnionego już wcześniej przez wszystkie strony traktatu. W rezultacie pojedyncze państwo nie może jednostronnie kwestionować zakresu kompetencji Unii (art. 5 TUE)⁷ pod pretekstem, że nie był on objęty jego zgodą⁸.

Prawo międzynarodowe i prawo krajowe współegzystują, przenikają się treściowo, oddziałują na siebie i wzajemnie potrzebują⁹. Funkcjonowanie Unii jest możliwe

⁵ Szerzej J. Barcz, *Od lizbońskiej do post-lizbońskiej Unii Europejskiej. Główne kierunki reformy ustrojowej procesu integracji europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa: 2020; J. Kranz, *Polska i Unia Europejska w epoce „dobrej zmiany”, czyli jak wygrać trzecią wojnę światową*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2023; J. Kranz, *Jak postrzegać Unię Europejską? Kilka podstawowych pojęć i problemów*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2013.

⁶ Zob. *United around our values. Reykjavik Declaration*, Council of Europe, Strasbourg: 2023; a także Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu 23 maja 1969 r., Dz.U. 1990 Nr 74, poz. 439.

⁷ Traktat o Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2007 r. (wersja skonsolidowana) [2016] OJ C 202. Zob. też K. Kowalik-Bańczyk, *Zasada kompetencji powierzonych i kategorie kompetencji*, w: S. Biernat (red.), *Podstawy i źródła prawa Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa: 2020, s. 385–403; J. Kranz, *Przekazanie kompetencji na rzecz organizacji międzynarodowej w świetle praktyki Polski, Niemiec i Francji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź: 2013; K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków: 2007; C. Mik, *Powierzenie Unii Europejskiej władzy przez państwa członkowskie i jego podstawowe konsekwencje prawne*, w: J. Kranz (red.), *Suwerenność i ponadnarodowość a integracja europejska*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa: 2006, s. 80–147.

⁸ TK, sprawa K 32/09, 24 listopada 2010 r., LEX 621758: „Do Trybunału Konstytucyjnego nie należy precyzowanie treści ustawy wyrażającej zgodę na ratyfikację umowy międzynarodowej, o której mowa w art. 90 Konstytucji, ani określanie reguł udziału parlamentu oraz rządu w wykonywaniu postanowień Traktatu z Lizbony” (III.2.6).

⁹ I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisited*, 36(4) Common Market Law Review 703 (1999), s. 703–750; I. Pernice, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, 15(3) The Columbia Journal of European Law 349 (2009), s. 349–407; w literaturze polskiej E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, 4 Państwo i Prawo 3 (2005), s. 3–10.

tylko przy przestrzeganiu ogólnych zasad prawa takich jak wzajemne zaufanie, lojalna współpraca, praworządność oraz pierwszeństwo stosowania prawa Unii¹⁰.

Prawo Unii oraz prawo krajowe to systemy autonomiczne¹¹, co nie znaczy odrębne. Różne systemy prawne mogą na siebie wpływać i być ze sobą powiązane – to znaczy, że w określonym zakresie są sobie nieodzowne, a osiągnięcie zamierzonych celów jest niemożliwe bez ich współdziałania¹².

Dla państwa związanego prawem unijnym oznacza to zintegrowanie obu porządków¹³. W świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE) prawo Unii staje się częścią porządku krajowego i jest stosowane bezpośrednio niezależnie od tego, czy w danym państwie relacja między prawem międzynarodowym a krajowym kształtowana jest w kategorii dualizmu albo monizmu.

Ustaliła się w prawie międzynarodowym, także w (wiążącej Polskę) Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (1969 r.), zasada ogólna, że „strona nie może powoływać się na postanowienia swojego prawa wewnętrznego dla usprawiedliwienia niewykonywania przez nią traktatu” (art. 27) oraz że „każdy będący w mocy traktat wiąże jego strony i powinien być przez nie wykonywany w dobrej wierze” (art. 26). Znajduje ona też odzwierciedlenie w orzecznictwie Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej (STSM) i Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS)¹⁴, a także w prawie Unii¹⁵ oraz w niektórych konstytucjach krajowych.

¹⁰ W myśl art. 4 ust. 3 TUE: „Zgodnie z zasadą lojalnej współpracy Unia i Państwa Członkowskie wzajemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z Traktatów. Państwa Członkowskie podejmują wszelkie środki ogólne lub szczególne właściwe dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji Unii. Państwa Członkowskie ułatwiają wypełnianie przez Unię jej zadań i powstrzymują się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać rzeczywistnieniu celów Unii”.

¹¹ Szerzej na ten temat A. Sołtys, *Cechy i charakter prawa unijnego oraz problem jego konstytucjonalizacji*, w: S. Biernat (red.), *Podstawy i źródła prawa Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa: 2020, s. 199–288.

¹² ETS, sprawa C-26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos p. Nederlandse administratie der belastingen* [1963] EU:C:1963:1.

¹³ ETS, sprawa C-6/64, *Flaminio Costa p. E.N.E.L.* [1964] EU:C:1964:66: „traktat EWG ustanowił własny porządek prawny, który został włączony [intégré] do systemu prawnego państw członkowskich po jego wejściu w życie i który ma charakter wiążący dla sądów krajowych”.

¹⁴ Zestaw orzeczeń sądów międzynarodowych w tej kwestii zob. ILC, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, A/56/10, 2(2) Yearbook of the International Law Commission (2001), s. 36–38 – komentarz do art. 3. Zob. też R. Kwiecień, *The Permanent Court of International Justice and the Constitutional Dimension of International Law: From Expectation to Reality*, w: C.J. Tams, M. Fitzmaurice (red.), *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Nijhoff, Brill, Leiden: 2013, s. 361–398.

¹⁵ ETS, sprawa C-6/64, *Flaminio Costa p. E.N.E.L.*, *supra* note 13; ETS, sprawa C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato przeciwko Simmenthal SpA.* [1978] EU:C:1978:49. Zob. też TSUE, sprawę C-430/21, *Postępowanie zainicjowane przez RS* [2022] EU:C:2022:99.

Koncepcję państw jako tzw. władców traktatów (Herren der Verträge) należy traktować z ostrożnością¹⁶, zwłaszcza że stawiając państwo ponad jego zobowiązaniami prawnymi łatwo podkopać fundamenty międzynarodowego porządku prawnego¹⁷.

Kolizje między normami prawa Unii a prawem krajowym (w tym konstytucyjnym) nie są częste, a zasada pierwszeństwa stosowania prawa Unii (jako refleks powyższych przepisów) służy przewyższaniu napięć na tym tle¹⁸. Bez zasady pierwszeństwa bezpośredni skutek i jednolite stosowanie prawa Unii byłyby niemożliwe.

Zasady tej nie sformułowano wprost w traktatach UE, lecz ma ona swoje źródło w orzecznictwie TSUE¹⁹. Ta linia orzecznicza zaakceptowana została przez państwa w deklaracji nr 17 do Traktatu z Lizbony z 2008 r., zgodnie z którą „traktaty i prawo przyjęte przez Unię na podstawie Traktatów mają pierwszeństwo przed prawem Państw Członkowskich na warunkach ustanowionych przez wspomniane orzecznictwo”²⁰.

Warto też przypomnieć stanowisko przyjęte w 2023 r. w ramach Parlamentu Europejskiego²¹:

Pojęcie pierwszeństwa nie oznacza, że istnieje hierarchia między prawem unijnym a prawem krajowym. Oznacza to natomiast, że w przypadku konfliktu państwa członkowskie mają obowiązek niestosowania prawa krajowego sprzecznego z prawem UE. Jeżeli spełnione są przesłanki bezpośredniego stosowania, organy krajowe zobowiązane są do stosowania przepisów prawa UE. W przeciwnym razie organy krajowe mają obowiązek interpretować prawo krajowe zgodnie z prawem UE.

¹⁶ R. Kwiecień, *Państwa jako suwerenni „międzynarodowi prawodawcy” a systemowe cechy prawa międzynarodowego*, w: R. Kwiecień (red.), *Państwo a prawo międzynarodowe jako system prawa*, Wydawnictwo UMCS, Lublin: 2015, s. 69. Zgoda państw „pełni rolę jednej, lecz nie jedynej reguły walidacyjnej”, co – nie negując centralnej pozycji państw – wynika z pluralizmu podmiotów prawa międzynarodowego.

¹⁷ Zob. R. Kwiecień, *Teoria i filozofia prawa międzynarodowego*, Difin, Warszawa 2011, s. 36.

¹⁸ P. Eleftheriadis, *The Primacy of EU Law: Interpretive, not Structural*, 8(3) European Papers 1255 (2023), s. 1255–1291; C. Rauchegger, *Four Functions of the Principle of Primacy in the ECJ’s Post-Lisbon Case Law*, w: K. Ziegler, P. Neuvonen, V. Moreno-Lax (red.), *Research Handbook: The General Principles of EU Law*, Edward Elgar Publishing, Northampton: 2022, s. 157–172.

¹⁹ Zob. ETS, sprawa C-6/64, *Flaminio Costa p. E.N.E.L.*, *supra* note 13; ETS, sprawa C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato przeciwko Simmenthal SpA.*, *supra* note 16; TSUE, sprawa C-430/21, *Postępowanie zainicjowane przez RS*, *supra* note 16.

²⁰ Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej - Deklaracje dołączone do Aktu końcowego konferencji międzypaństwowej, która przyjęła Traktat z Lizbony podpisany w dniu 13 grudnia 2007 roku. A. Deklaracje odnoszące się do postanowień traktatów - 17. Deklaracja odnosząca się do pierwszeństwa [2008] OJ C 115. „Konferencja przypomina, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej Traktaty i prawo przyjęte przez Unię na podstawie Traktatów mają pierwszeństwo przed prawem Państw Członkowskich na warunkach ustanowionych przez wspomniane orzecznictwo.”

²¹ European Parliament, Committee on Legal Affairs, Committee on Constitutional Affairs, Report on the implementation of the principle of primacy of EU law, 7 November 2023, 2022/2143(INI), Explanatory Statement (2b).

Trafnie w kwestii pierwszeństwa wypowiedział się już w 2004 r. hiszpański sąd konstytucyjny, stwierdzając²², że:

Pierwszeństwo nie jest ustanowione jako hierarchiczna nadrzędność, ale jako »wymóg egzystencjalny« prawa Unii, w celu osiągnięcia w praktyce bezpośredniego skutku i równego stosowania we wszystkich państwach. [...] Pierwszeństwo prawa Unii [...] nie stoi w sprzeczności z nadrzędnością Konstytucji. Pierwszeństwo (*primacia*) i nadrzędność (*supremacia*) to kategorie, które rozwijają się w zróżnicowanych porządkach. [...] Nadrzędność opiera się na hierarchicznej wyższości normy, a zatem jest źródłem walidacji norm niższych, prowadząc w konsekwencji do nieważności tych ostatnich, jeśli naruszają one bezwzględnie obowiązujące przepisy norm wyższych. Pierwszeństwo natomiast niekoniecznie opiera się na hierarchicznej nadrzędności, ale na rozróżnieniu zakresu stosowania różnych norm, co do zasady obowiązujących, z których jednak jedna lub więcej z nich ma zdolność wypierania innych ze względu na różne przyczyny preferencyjnego stosowania.

3. MIĘDZY PIERWSZEŃSTWEM A NADRZĘDNOŚCIĄ

W kontekście nietypowego charakteru prawnego Unii i relacji jej prawa z prawem państw członkowskich pojawia się odwołanie do suwerenności²³. Dość dowolne posługiwanie się tym pojęciem prowadzi niekiedy do zamieszania.

Suwerenność państwa – jego status i zdolność prawna – wynika z prawa i nie oznacza niezależności od prawa (krajowego lub międzynarodowego). Tak więc suwerenności nie należy postrzegać jako wolności od prawa, lecz jako wolność w ramach prawa²⁴.

Współczesne stosunki międzynarodowe opierają się na prawnej zasadzie równości wszystkich państw pod względem suwerenności. Suwerenność jest zasadniczym pojęciem organizującym społeczność międzynarodową i należy ją pojmować jako ideę regulatywną, niezbędną dla istnienia i funkcjonowania systemu międzynarodowo-prawnego²⁵, wraz z którym ewoluuje ona w postaci zasady ogólnej prawa.

²² Constitutional Court of Spain, Declaration 1/2004, 13 December 2004 (unofficial translation), DTC 1/2004, II3 i II.4, <https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/Declaration%201-2004.pdf> (dostęp 30 lipca 2024).

²³ Zob. szerzej J. Kranz, *Pojęcie suwerenności we współczesnym prawie międzynarodowym*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2015; R. Kwiecień, *Does the State Still Matter? Sovereignty, Legitimacy and International Law*, 32 Polish Yearbook of International Law 45 (2013), s. 45–73; J. Kranz (red.), *Suwerenność i ponadnarodowość a integracja europejska*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa: 2006; R. Kwiecień, *Suwerenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków: 2004.

²⁴ J. Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law. General Course on Public International Law*, Brill, Leiden: 2014, § 98: „Suwerenność nie oznacza wolności od prawa, ale wolność w ramach prawa”. Tł. redakcja.

²⁵ R. Kwiecień, *Suwerenność państwa...*, *supra* note 23, s. 88, 92; S. Besson, *Sovereignty in Conflict*, 8(15) European Integration online Papers 131 (2004), s. 131–190: „Zasada suwerenności [...] jest kluczową zasadą współczesnego prawa międzynarodowego. To, co liczy się jako suwerenność, zależy od charakteru i struktury międzynarodowego porządku prawnego i odwrotnie”. Tł. redakcja..

Konsekwencją równego statusu państw jest obowiązek przestrzegania prawa międzynarodowego. Ta podległość prawu (jego przestrzeganie) chroni suwerenność, co więcej, sprzyja ona współpracy i koegzystencji państw. Prawo międzynarodowe (unijne) nie ogranicza suwerenności państwa²⁶, natomiast jego naruszanie nie jest wyrazem suwerenności i nie może być dla tego naruszenia uzasadnieniem.

W wywiadzie z 7 listopada 2017 r. Prezydent RP ubolewał, że „polski Trybunał Konstytucyjny do tej pory nigdy nie zdobył się na takie orzeczenie, które [...] w sposób absolutnie jednoznaczny i absolutnie stanowczy” wskazywałoby na „nadrzędność polskiej Konstytucji nad prawem Unii Europejskiej – tak jak przecież zrobił to Trybunał Konstytucyjny w Niemczech”²⁷. Ta opinia skłania do zastanowienia nad znaczeniem niektórych pojęć, a zwłaszcza nadrzędności i pierwszeństwa²⁸.

Na obowiązujący w Polsce porządek prawny składają się normy pochodzenia krajowego (ustawy, rozporządzenia) oraz pochodzenia międzynarodowego – jest to system (monistyczny) o wieloskładnikowym charakterze.

W art. 91 Konstytucji RP przewidziano co następuje:

1. Ratyfikowana umowa międzynarodowa, po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi część krajowego porządku prawnego [obowiązywanie, J.K.] i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy.
2. Umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo [stosowania, J.K.] przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową.
3. Jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodową, prawo przez nią stanowiące jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo [stosowania, J.K.] w przypadku kolizji z ustawami.

Tym samym ustanowiono konstytucyjne reguły obowiązywania i stosowania prawa międzynarodowego (unijnego), a zwłaszcza zasadę pierwszeństwa stosowania w przypadku kolizji z ustawą. Sprawa komplikuje się jednak w przypadku sprzeczności z konstytucją.

W systemie polskim „Konstytucja jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej” (art. 8 ust. 1 konstytucji), jednak „Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego” (art. 9). Znaczenie i pogodzenie obu przepisów (w istocie zasad prawnych) nie jest oczywiste. W treści art. 9 potwierdzono ogólną zasadę prawa międzynarodowego, czyli prawny obowiązek (a nie tylko przychyłność) przestrzegania przez Polskę wiążącego ją prawa.

Zarówno Konstytucja RP (art. 91), jak i prawo unijne posługują się terminem pierwszeństwa (*primacy*), natomiast polska doktryna oraz praktyka Trybunału Kon-

²⁶ CPJI, *Affaire du vapeur Wimbledon*, Recueil, série A, no. 1, 17 août 1923, s. 25.

²⁷ *Profesor Biernat o zawstydzających wypowiedziach doktora Dudy i magister Przyłbelskiej*, <https://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/1894> (dostęp 30 lipca 2014).

²⁸ *Zob.* A. Sołtys, *supra* note 11; oraz komentarze do Konstytucji RP: L. Bosek, M. Safjan (red.), *Konstytucja RP. T. 1. Komentarz do art. 1–86*, C.H. Beck, Warszawa: 2016; P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa: 2021.

stytucyjnego odwołują się również do pojęcia nadrzędności (*supremacy*), chociaż tym ostatnim nie posługują się ani konstytucja, ani prawo UE²⁹. Nie są to pojęcia tożsame – spełniają one różną funkcję i wyrażają odmienną perspektywę³⁰. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z pierwszeństwem stosowania normy prawa (*primacy of application*), natomiast *supremacy* odnosi się do pierwszeństwa obowiązywania normy i jej miejsca w krajowym katalogu źródeł prawa. Na tym tle pojawiają się nieporozumienia, ponieważ *primacy* nie przesądza o *supremacy*, a *supremacy* nie wyklucza *primacy*.

W polskiej doktrynie używa się niekiedy terminu „prymat” na określenie nadrzędności, co należy uznać za niewłaściwe (nie trafne jest też tłumaczenie angielskiego terminu *primacy* jako nadrzędność). Ponadto nie istnieje pierwszeństwo nad, a jedynie pierwszeństwo przed (a nadrzędność wobec, ewentualnie nad).

W tym kontekście wypada przyrzeć się wywodzonemu z art. 8 Konstytucji RP i używanemu w doktrynie oraz orzecznictwie pojęciu nadrzędności. Posługiwanie się nim prowadzi niekiedy w praktyce do opacznych wniosków, zwłaszcza w kontekście relacji między art. 8 i 9.

Po pierwsze, z art. 8 miałby wynikać (fałszywy) wniosek, że przymiotnik najwyższy jest równoznaczny z nadrzędnym, co miałyby skutkować nadrzędnością konstytucji nad prawem unijnym (międzynarodowym). Taka wynikająca z prawa krajowego nadrzędność nie obowiązuje jednak w sferze prawa międzynarodowego (unijnego) – czego nie są w stanie zmienić krajowe parlamenty lub sądy konstytucyjne. Inne państwa lub organizacje międzynarodowe nie są związane polskim prawem (w tym polską konstytucją oraz wyrokami polskich sądów) – państwo nie dysponuje wobec nich władzą najwyższą. Nadrzędność konstytucji nie deroguje kolidujących reguł lub zasad międzynarodowych, które w płaszczyźnie międzynarodowej nadal obowiązują. Z kolei z prawa unijnego (międzynarodowego) nie wynika, że jest ono nadrzędne nad prawem krajowym, w tym konstytucyjnym. W tej relacji działa jedynie zasada pierwszeństwa stosowania.

Drugi wątpliwy wniosek sprowadza się do tego, że wynikająca rzekomo z art. 8 nadrzędność – jako wyraz suwerenności – miałyby stanowić instrument kwestionowania ważności norm prawa Unii (międzynarodowego) i usprawiedliwiać ich selektywne niestosowanie, w tym wyroków sądów międzynarodowych. Przypomnij-

²⁹ W terminologii francuskiej *primauté* oraz *suprématie*, natomiast w niemieckiej *Anwendungsvorrang* (pierwszeństwo stosowania) oraz *Geltungsvorrang* (pierwszeństwo obowiązywania).

³⁰ Zob. J. Lindeboom, *Is the Primacy of EU Law Based on the Equality of the Member States? A Comment on the CJEU's Press Release Following the PSPP Judgment*, 21(5) German Law Journal 1032 (2020), s. 1032–1044, <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/is-the-primacy-of-eu-law-based-on-the-equality-of-the-member-states-a-comment-on-the-cjeus-press-release-following-the-pspp-judgment/D3B62401E6ECF79BB01ED4FF00C3BE19> (dostęp 30 lipca 2024); R. Kwiecień, *The Primacy of European Union Law Over National Law Under the Constitutional Treaty*, 6(11) German Law Journal 1479 (2005), s. 1479–1495; F.C. Mayer, *Supremacy – Lost? Comment on Roman Kwiecień*, w: P. Dann, M. Rynkowski (red.), *The Unity of the European Constitution*, Springer, New York: 2006, s. 87–96. Zob. też Declaration 1/2004, *supra* note 23.

my jednak, że za naruszenie prawa unijnego (międzynarodowego) państwo ponosi odpowiedzialność prawną niezależnie od tego, czy konkretne działania uznawane są w prawie krajowym za zgodne z konstytucją³¹. I tak skargi Komisji przeciwko Polsce³² są wynikiem odmowy wykonania orzeczeń TSUE.

Z art. 8 można natomiast i należy wysnuć wniosek, że w przypadku niezgodności normy międzynarodowej z konstytucją powstaje po stronie państwa obowiązek eliminowania tej kolizji, przy czym art. 8 nie jest przeszkodą dla zmiany konstytucji.

Ponadto art. 8 (jako wzorzec kontroli) nie stanowi przeciwwagi i nie relatywizuje obowiązku sformułowanego w art. 9, który można uznać za refleks zasady pierwszeństwa. Zgodnie z tą zasadą organ państwa stosuje normę międzynarodową, pomijając normę krajową („nie widzi” jej), która obowiązuje i wiąże nadal w zakresie niekonfliktującym z normą międzynarodową (reguła kolizyjna). Tak rozumiane pierwszeństwo nie oznacza jednak hierarchicznej nadrzędności, a zwłaszcza nie skutkuje derogacją norm krajowych (w tym konstytucyjnych) lub krajowych wyroków sądowych.

Zasada pierwszeństwa, jako ogólna zasada prawa, jest przesłanką i fundamentem międzynarodowej współpracy, umożliwia realizację celów traktatowych, zapewnia przestrzeganie wiążących zobowiązań, sprzyja eliminowaniu kolizji norm oraz pozwala zarządzać relacją między autonomicznymi, lecz powiązаныmi systemami prawnymi. Takiej funkcji nie pełni zasada nadrzędności.

Kolizja norm unijnych z krajową konstytucją jest zjawiskiem znanym, chociaż niezbyt częstym. Konstytucję można zmienić pod wpływem prawa unijnego (międzynarodowego)³³ – kolizja nie jest zatem nieuchronna i bywa rozwiązywalna, chyba że jest ona celowo wykreowana przez organy państwa.

Pojawia się zatem pytanie o granice stosowania zasady pierwszeństwa. Państwa chronią bowiem swoje najistotniejsze cele, wartości i kompetencje, odwołując się w praktyce do suwerenności lub tzw. tożsamości konstytucyjnej (fundamenty ustrojowe państwa), do przestrzegania zakresu kompetencji powierzonych (*ultra vires*) oraz do krajowego poziomu ochrony praw człowieka.

Kolizje na tym tle należy postrzegać w dwóch perspektywach: zgodności działań państw z wiążącym je prawem międzynarodowym (prawem Unii) oraz zgodności norm tego prawa z prawem krajowym, zwłaszcza konstytucyjnym.

³¹ ILC, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001. annex to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, and corrected by document A/56/49 (Vol. I)/Corr.4, 2(2) Yearbook of the International Law Commission (2001): „Kwalifikacja czynu państwa jako bezprawnego międzynarodowo jest regulowana przez prawo międzynarodowe. Na taką kwalifikację nie ma wpływu kwalifikacja tego samego czynu jako zgodnego z prawem wewnętrznym.” Tł. redakcja. *Zob. też* art. 27 VCTL.

³² W lipcu 2023 r. Komisja, na podstawie art. 258 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2007 r. (wersja skonsolidowana) [2016] OJ C 202, wniosła skargę przeciwko Polsce TSUE, sprawa C-448/23, Komisja Europejska p. Polsce [2023] OJ C 304). Jej przedmiotem stały się interpretacja polskiej konstytucji oraz skład TK w związku z wyrokami TK, sprawa P 7/20, 14 lipca 2021 r., LEX 3228383; TK, sprawa K 3/21, 7 października 2021 r., LEX 3231776.

³³ *Zob. J. Kranz, supra* note 7.

W pierwszym przypadku ciężar spoczywa głównie na sądach (organach) międzynarodowych, jednak państwa rzadko poddają się ich jurysdykcji (co nie wyklucza jurysdykcji sądów krajowych). Unia stanowi pod tym względem daleko posunięty wyjątek, przewidując obowiązkową i wyłączną jurysdykcję TSUE dotyczącą legalności i stosowania prawa Unii przez jej instytucje oraz przez państwa członkowskie (art. 19 TUE, art. 258–260, 263–269, 344 TFUE).

W drugim przypadku właściwe są organy i sądy krajowe, zwłaszcza konstytucyjne. Prawo krajowe współczesnych państw przewiduje niekiedy wprost pierwszeństwo stosowania prawa międzynarodowego (unijnego) przed ustawami. Pierwszeństwo przed przepisami konstytucji narodowych jest jednak bardziej skomplikowane. Problematiczna jest nie tyle sama kontrola zgodności z konstytucją, ile zakres tej kontroli i jej skutki, czyli odpowiedź na pytanie: co robić po stwierdzeniu przez sąd krajowy kolizji normy międzynarodowej (unijnej) z konstytucją.

W przypadku prawa pierwotnego Unii (traktaty) i jego zmian znajdują zastosowanie krajowe mechanizmy kontroli, np. ratyfikacja i opinia sądu konstytucyjnego. Z kolei ocena, czy akty instytucji w obszarze prawa wtórnego nie przekraczają zakresu kompetencji powierzonych Unii, należy do TSUE, ponieważ dotyczy ona uzgodnionej przez wszystkie państwa członkowskie treści traktatów i ich interpretacji. Takiej kompetencji nie mają sądy konstytucyjne państw członkowskich, ponieważ prowadziłyby to do zróżnicowanego stosowania prawa Unii.

W sytuacjach wyjątkowych wyobrażalna jest kontrola przez sąd konstytucyjny aktów instytucji UE pod kątem *ultra vires*, jednak tylko w kontekście niezgodności z konstytucją i uwzględniając, że nie każde działanie *ultra vires* narusza konstytucję. W praktyce sądów konstytucyjnych pojawiła się (jako wzorzec kontroli) koncepcja tzw. tożsamości konstytucyjnej³⁴. Trybunał Unii kwestionuje to kryterium, ponieważ jego treść nie jest identycznie rozumiana w każdym państwie, a jednostronne definiowanie tożsamości stanowi zagrożenie dla jednolitej interpretacji i stosowania prawa unijnego. Co więcej, jako przeciwwagę TSUE sformułował pojęcie tożsamości Unii chronionej jej prawem³⁵.

Kontrola zgodności prawa Unii z konstytucją może niekiedy prowadzić do nadużyć, zwłaszcza gdy sąd (organ) krajowy – pod pretekstem badania zgodności z konstytucją

³⁴ Zob. np. M. Ziółkowski, *Tożsamość konstytucyjna jako wzorzec i kryterium kontroli w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym (uwagi na marginesie wyroków K 32/09 i P 7/20)*, w: M. Florczak-Wątor, M. Krzemiński (red.), *Interdyscyplinarny wymiar tożsamości konstytucyjnej*, Wydawnictwo Księgarnia Akademicka, Kraków: 2022, s. 103–134.

³⁵ TSUE, sprawa C-157/21, *Rzeczpospolita Polska p. Parlamentowi Europejskiemu, Radzie Unii Europejskiej* [2022] EU:C:2022:98, §145. Wartości wskazane w art. 2 TUE zostały określone i są podzielane przez państwa członkowskie. Definiują one samą tożsamość Unii jako wspólnego porządku prawnego. A zatem Unia powinna być w stanie, w granicach swoich uprawnień przewidzianych w traktatach, bronić tych wartości. [...] 265. Chociaż jak wynika z art. 4 ust. 2 TUE, Unia szanuje tożsamość narodową państw członkowskich nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, skutkiem czego państwa te dysponują pewnym zakresem uznania w celu zapewnienia urzeczywistnienia zasad państwa prawnego, to w żaden sposób nie wynika z tego, że ów obowiązek osiągnięcia rezultatu może być różny dla poszczególnych państw członkowskich”.

– dokonuje w istocie rzeczy oceny treści traktatów uzgodnionej przez wszystkie państwa członkowskie. Z tego względu winna być ona poprzedzona sformułowaniem pytania prejudycjalnego do TSUE (ewentualnie skargą do Trybunału na działania instytucji UE), bez czego kontrola pod kątem *ultra vires* może się przeradzać w działanie *ultra vires*.

W tym kontekście należy zadać pytanie, czy w przypadku stwierdzenia przez organy państwa kolizji normy unijnej z konstytucją, może ono selektywnie odmówić stosowania prawa Unii. Zarys odpowiedzi na to pytanie znajdujemy w orzecznictwie i doktrynie niemieckiego FTK³⁶. Jednak jak długo i jak sprawnie Unia może funkcjonować w cieniu doktryny FTK?³⁷

Ilustrację tej problematyki odnajdujemy w niektórych wyrokach TK sprzed 2015 r.³⁸

W wyroku z 11 maja 2005 r. (K 18/04) Trybunał stwierdza, że:

Konstytucja pozostaje [...] „prawem najwyższym Rzeczypospolitej Polskiej” w stosunku do wszystkich wiążących Rzeczypospolitą Polską umów międzynarodowych. [...] Z racji wynikającej z art. 8 ust. 1 Konstytucji nadrzędności mocy prawnej korzysta ona na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z pierwszeństwa obowiązywania i stosowania³⁹.

Trybunał dochodzi jednak do wniosku, że w przypadku nieusuwalnej sprzeczności między normą konstytucji a normą prawa UE

do polskiego ustawodawcy należałoby podjęcie decyzji albo o zmianie Konstytucji, albo o spowodowaniu zmian w regulacjach wspólnotowych, albo – ostatecznie – decyzji o wystąpieniu z Unii Europejskiej⁴⁰.

Nie przeszkadza to jednak Trybunałowi skonstatować, że:

Państwa członkowskie zachowują prawo do oceny, czy prawodawcze organy wspólnotowe (unijne), wydając określony akt (przepis prawa), działały w ramach kompetencji przekazanych

³⁶ Zob. M. Ludwigs, P. Sikora, *Der Vorrang des Unionsrechts unter Kontrollvorbehalt des BVerfG*, 3 *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 121 (2016), s. 121–131; Ch. Calliess, *Primacy of Union Law and Control of Competences: Challenges and Reforms in the Light of the German Constitutional Courts PSPP-Ruling and the EU Commission's Treaty Infringement Proceeding*, 133 *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht* 2 (2021), s. 2–16.

³⁷ J. Kranz, *Verfassung über alles oder wohin uns die Gralshüter führen...*, 60(4) *Archiv des Völkerrechts* 410 (2022), s. 410–438.

³⁸ Zob. *np.* wyroki: TK, sprawa P 1/05, 27 kwietnia 2005 r., LEX 149970; TK, sprawa K 18/04, 11 maja 2005 r., LEX 155502; TK, sprawa K 32/09, 24 listopada 2010 r. [2010] OTK-A nr 9, poz. 108; TK, sprawa SK 45/09, 16 listopada 2011 r., LEX 1027531.

³⁹ TK, sprawa K 18/04, *supra* note 39, nb. 285. Teza ta jest powtarzana w wyrokach: TK, sprawa SK 45/09, *supra* note 39, pkt 2.2, oraz TK, sprawa K 32/09, *supra* note 39, pkt 2.5. i 2.6, a także w sentencji wyroku TK [Trybunał J. Przyłębskiej], sprawa K 3/21, 7 października 2021 r., [2021] Dz.U. poz. 1852.

⁴⁰ TK, sprawa K 18/04, *supra* note 39, nb. 302

i czy wykonywały swe uprawnienia zgodnie z zasadami subsydiarności i proporcjonalności. Przekroczenie tych ram powoduje, że wydane poza nimi akty (przepisy) nie są objęte zasadą pierwszeństwa prawa wspólnotowego⁴¹.

Wątek ten jest rozwinięty w wyroku Trybunału z 16 listopada 2011 r. (SK 45/09):

Trudne do pogodzenia z tą zasadą [lojalnej współpracy – art. 4 ust. 3 TUE] byłoby przyznanie poszczególnym państwom kompetencji do decydowania o pozbawieniu mocy obowiązującej norm prawa unijnego. (III.2.5) [...] Następstwem omawianego stanu rzeczy mogłoby być postępowanie przeciwko Polsce prowadzone przez Komisję Europejską i skarga do Trybunału Sprawiedliwości przeciwko Polsce na naruszenie zobowiązań ciężących na podstawie traktatów (art. 258–260 TFUE). [...] Orzeczenie o niezgodności prawa unijnego z Konstytucją powinno mieć zatem charakter *ultima ratio* i wystąpić jedynie wówczas, kiedy zawiodłyby wszystkie inne sposoby rozstrzygnięcia konfliktu z normami należącymi do unijnego porządku prawnego. [...] Należy przyjąć, że po orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego o niezgodności określonych norm unijnego prawa pochodnego z Konstytucją należałoby niezwłocznie podjąć działania mające na celu usunięcie tego stanu. (III.2.7)⁴².

Innymi słowy, w przeciwieństwie do niemieckiego FTK polski Trybunał nie zadowolą się stwierdzeniem, że pozostający w niezgodzie z konstytucją akt lub przepis unijny (międzynarodowy) staje się niestosowny (niewykonalny) na terytorium Polski. Przewiduje on natomiast wyraźnie, że obowiązkiem państwa jest dążyć do wyeliminowania zaistniałej kolizji⁴³. Jest to pogląd bardziej zadowolający niż doktryna *Bundesverfassungsgericht*.

Zdeformowany polski TK nie zawahał się jednak po 2015 r. urzeczywistnić doktrynę niemieckiego sądu konstytucyjnego⁴⁴. Odwołuje się on między innymi do konstrukcji tzw. kontroli zakresowej, zgodnie z którą, opierając się na nadrzędności polskiej konstytucji, orzeka, że dana norma (akt) prawa unijnego – o treści wyobrażonej jednostronnie przez tenże Trybunał – jest częściowo albo całkowicie niezgodna z konstytucją⁴⁵. Stosując akrobatykę prawną, dochodził w takim przypadku do

⁴¹ *Ibidem*, nb. 329.

⁴² TK, sprawa SK 45/09, *supra* note 39.

⁴³ Cf. art. 218 ust. 11 TFUE.

⁴⁴ Szerzej A. Wyrozumska, *Conflict between the Polish Constitutional Tribunal and the CJEU with regard to the reforms of the judiciary*, 60 Archiv des Völkerrechts 379 (2022), s. 379–409; A. Wyrozumska, *Odwracanie kota ogonem bez żadnego trybu, czyli o orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego w sprawach Kpt 1/20 i U 2/20*, w: J. Barcz, A. Grzelak, R. Szyndlauer (red.), *Problem praworządności w Polsce w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (2018–2020)*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2021, s. 488–528; A. Wyrozumska, *Wyroki Trybunału Konstytucyjnego w sprawach K 3/21 oraz K 6/21 w świetle prawa międzynarodowego*, 12 Europejski Przegląd Sądowy 27 (2021), s. 27–38; A. Wyrozumska, *Wet za wet, czyli wyroki „Trybunału Konstytucyjnego” w sprawach P 7/20 oraz K 3/21*, w: J. Barcz, A. Grzelak, R. Szyndlauer (red.), *Problem praworządności w Polsce w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (2018–2020)*, Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa: 2021, s. 897–935.

⁴⁵ Przypomnijmy, że w wyroku TK, sprawa K 32/09, *supra* note 39 stwierdzał, że „nie jest [on] powołany do oceny hipotetycznego sposobu stosowania Traktatu z Lizbony. [...] Wnioski odnoszące się do potencjalnego stosowania traktatu w sposób z traktatem sprzeczny wykraczają poza kognicję Trybunału Konstytucyjnego” (III.2.6).

wniosku, że w wyniku sprzeczności z Konstytucją RP mamy do czynienia z normą (aktem) nieistniejącą, a takiej nie sposób przestrzegać, a tym bardziej naruszyć⁴⁶.

Przytoczmy przykładowo wyrok z 7 października 2021 r. (K 3/21), w którym Trybunał stwierdził, że niektóre fundamentalne przepisy TUE (art. 1, 4 ust. 3, 19 ust. 1) są niezgodne z polską konstytucją, w zakresie w jakim – działając poza granicami przekazanych jej przez Polskę kompetencji (*ultra vires*) – Unia doprowadza do sytuacji, w której konstytucja „nie jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej, mającym pierwszeństwo obowiązywania i stosowania”⁴⁷.

W tym samym wyroku czytamy (w tzw. komunikacie prasowym), że przepisy tworzone poza ramami art. 4 ust. 2, art. 5 ust. 1 TUE „nie są dla Rzeczypospolitej Polskiej wiążącym prawem międzynarodowym, o którym stanowi art. 9 Konstytucji” (III.16); „wyroki TSUE nie stanowią – w świetle traktatów – źródła prawa Unii Europejskiej” (III.19); „wartości wymienione w art. 2 TUE mają jedynie znaczenie aksjologiczne, nie są natomiast zasadami prawnymi” (II.13).

Z kolei w wyroku z 14 lipca 2021 r. (P 7/20) Trybunał orzekł, że uchwalanie przez TSUE bez podstawy prawnej (*ultra vires*) środków tymczasowych odnoszących się do ustroju i trybu postępowania przed polskimi sądami, jest niezgodne z Konstytucją RP (art. 2, 7, 8 ust. 1 oraz 90 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1) i w tym zakresie nie jest objęte zasadami pierwszeństwa oraz bezpośredniego stosowania określonymi w art. 91 ust. 1–3 Konstytucji RP⁴⁸. Trybunał stwierdził jednocześnie, że

bezpośredni skutek (bezpośrednie stosowanie) i pierwszeństwo nie są immanentnymi cechami prawa unijnego, ani rezultatem unijnego *case law*, lecz są jedynie skutkiem krajowego aktu ratyfikacji, czyli emanacją woli suwerena działającego na podstawie krajowej konstytucji (III.7)⁴⁹.

W opinii Trybunału sugestia, że skutkiem konfliktu norm może być zmiana konstytucji, zmiana prawa europejskiego albo wystąpienie z UE, jest dopuszczalna „jedynie w retoryce akademickiej”⁵⁰.

Przykład Polski rządzonej w latach 2015–2023 przez środowiska antyliberalne, antyeuropejskie i nacjonalistyczne oraz świadome upolitycznienie wymiaru sprawiedliwości (zwłaszcza TK) doprowadziło do powstania modelu zwanego demokratą.

⁴⁶ Zob. A. Wyrozumski, *Wyrok Trybunału Konstytucyjnego (K 6/21) dotyczący orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Xero Flor, które rzekomo „nie istnieje”*, 2 Europejski Przegląd Sądowy 4 (2023), s. 8–10; R. Manko, P. Tacik, *Sententia non existens: A New Remedy Under EU Law?: Waldemar Zurek (W.Z.) (Case C-487/19)*, 59 Common Market Law Review 1169 (2022), s. 1169–1194; CoE, Report by the Secretary General under Article 52 of the European Convention on Human Rights on the consequences of decisions K 6/21 and K 7/21 of the Constitutional Court of the Republic of Poland, 9 November 2022, SG/Inf(2022)39.

⁴⁷ TK, sprawa 3/21, *supra* note 39.

⁴⁸ W wyroku TK, sprawa P 7/20, 14 lipca 2021 [2021] Dz.U. poz. 1309 TK przejmuje w tym względzie fragment wyroku TK, sprawa K 18/04, *supra* note 39.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ TK, sprawa K 3/21, *supra* note 40, pkt IV(21).

Skład i orzeczenia TK świadczą o daleko idącym serwilizmie politycznym, a w konsekwencji Trybunał ten, funkcjonujący nadal w niezmienionym składzie, należy uznać za atrapę.

Sądy międzynarodowe i sądy krajowe nie znajdują się wobec siebie w stosunku nadrzędności (hierarchii)⁵¹. Sąd konstytucyjny określany jest niekiedy mianem sądu ostatniego słowa, lecz opinię tę należy zrelatywizować, ponieważ dzieje się tak tylko w ramach własnej autonomii⁵². O ile jednak wyrok krajowego sądu konstytucyjnego nie wywołuje skutków w prawie Unii, o tyle wyrok TSUE jest wiążący dla państwa tak długo, jak pozostaje ono członkiem Unii⁵³. Innymi słowy skutki prawne nie są w każdym przypadku identyczne⁵⁴.

W komunikacie TSUE, ogłoszonym w 2020 r. po wyroku niemieckiego FTK⁵⁵, czytamy, że wyrok TSUE⁵⁶:

wiąże sąd krajowy przy rozstrzyganiu zawisłego przed nim sporu. [...] Jedyne Trybunał Sprawiedliwości [...] jest właściwy, by stwierdzić niezgodność aktu instytucji Unii z prawem Unii. Rozbieżność opinii co do ważności owych aktów pomiędzy sądami państw członkowskich mogłaby bowiem podważyć jedność unijnego porządku prawnego, z uszczerbkiem dla pewności prawa. [...] Sądy krajowe są zobowiązane do zapewnienia pełnej skuteczności postanowień

⁵¹ Zob. L. Garlicki, *Stosowanie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka przez sądy krajowe a podporządkowanie sędziego Konstytucji i ustawie*, 11 Europejski Przegląd Sądowy 4 (2023), s. 4–12; A. Wyrozumska, *Kilka uwag na trzydziestolecie obowiązywania konwencji o ochronie praw człowieka w Polsce*, 11 Europejski Przegląd Sądowy 21 (2023), s. 21–32.

⁵² Zob. R. Kwiecień, *The Court of Justice, the National Courts and the Controversy Over the „Ultimate Arbiter” of the Constitutionality of Law in the European Union*, 8(1) Polish Review of International and European Law 9 (2019), s. 9–41; C. Calliess, *Struggling About the Final Say in EU Law: The ECB Ruling of the German Federal Constitutional Court*, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/06/struggling-about-final-say-eu-law-ecb-ruling-german-federal> (dostęp 30 lipca 2024).

⁵³ TSUE, sprawy połączone C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 i C-840/19 *Postępowanie karne przeciwko PM i in.*, pkt. 254 [2021] EU:C:2021:1034: „Do Trybunału [TSUE] należy określenie zakresu zasady pierwszeństwa prawa Unii w kontekście odpowiednich przepisów tego prawa, przy czym zakres ten nie może zależeć od interpretacji przepisów prawa krajowego lub przepisów prawa Unii przyjętej przez sąd krajowy, która nie odpowiada interpretacji Trybunału. Procedura pytań prejudycjalnych przewidziana w art. 267 TFUE, która stanowi zwornik systemu sądownictwa ustanowionego przez Traktaty, ustanawia dialog sędziowski między Trybunałem a sądami państw członkowskich w celu zapewnienia jedności wykładni prawa unijnego, umożliwiającą tym samym zapewnienie jego spójności, pełnej skuteczności i autonomii, a tym samym specyficznego charakteru prawa ustanowionego przez Traktaty”.

⁵⁴ *United around our values. Reykjavík Declaration*, 4th Summit of Heads of State and Government of the Council of Europe, 16-17 May 2023, Council of Europe, Strasbourg: 2023, s. 17: „przypominając, że władze wykonawcze, krajowe i lokalne, sądy krajowe i parlamenty krajowe ponoszą odpowiedzialność za wdrażanie Konwencji i stosowanie się do wyroków Trybunału”. Tł. redakcja.

⁵⁵ O wyroku FTK z 5 maja 2020 r. zob. J. Barcz, J. Kranz, *Niedobry wyrok w niefortunnym czasie (uwagi na tle wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego RFN z 5.05.2020 r.)*, 9 Państwo i Prawo 23 (2020), s. 23–46; A. Wyrozumska, *Wyrok FTK z 5.05.2020 r. w świetle podobnych orzeczeń sądów innych państw członkowskich Unii Europejskiej*, 9 Państwo i Prawo 47 (2020), s. 47–70.

⁵⁶ CJEU, Release No 58/20 (8 May 2020): Press release following the judgment of the German Constitutional Court of 5 May 2020, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058en.pdf> (accessed 29 September 2023).

prawa Unii. Jedynie w ten sposób może zostać zagwarantowana równość państw członkowskich w ramach utworzonej przez nie Unii.

Pozostajemy zatem skonfrontowani z pytaniem: *Quis custodiet ipsos custodes?* Jeśli nie ma na nie dobrej odpowiedzi, nie znaczy to, że wszystko jest dozwolone.

Zarzut, że orzekając o interpretacji prawa unijnego TSUE działa jako sędzia we własnej sprawie, można odeprzeć argumentem, że krajowy sąd konstytucyjny orzekając o zakresie powierzonych Unii kompetencji występuje w podobnym charakterze.

W kwestiach konfliktowych postawa państw i ich sądów konstytucyjnych nie może się jednak ograniczyć do odmowy skuteczności normy międzynarodowej. Tego typu praktykę można określić mianem putinizacji prawa międzynarodowego (unijnego).

Zasada pierwszeństwa stosowania wydaje się w tym względzie pomocna. Pojęcia pierwszeństwa oraz nadrzędności współlegzystują, lecz spełniają różne funkcje i wyrażają różne perspektywy – *primacy* nie przesądza o *supremacy*, a *supremacy* nie wyklucza *primacy*.

Tytułem podsumowania przytoczmy konkluzję Profesora Władysława Czaplińskiego, w której odnosi się do zadanego na wstępie pytania:

Artykuły 8 i 9 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. zawsze powinno się czytać razem. Dopiero zestawienie tych dwóch przepisów pozwala zrekonstruować normę określającą relację między Konstytucją a prawem międzynarodowym wiążącym Polskę. Otóż Konstytucja, która jest najwyższym źródłem prawa w Polsce, odsyła do prawa międzynarodowego i potwierdza na gruncie krajowego porządku prawnego obowiązek jego przestrzegania.

Tym samym prawo międzynarodowe staje się materią konstytucyjną. Oczywiście obowiązek przestrzegania prawa międzynarodowego nie wynika z art. 9, jego źródłem jest samo prawo międzynarodowe. Ale Konstytucja RP wyraźnie potwierdza, że zobowiązania międzynarodowe państwa wywierają skutek także w jego porządku wewnętrznym, że tworzone w Polsce prawo krajowe musi być zgodne z wiążącym Rzeczpospolitą prawem międzynarodowym, że władze polskie mają obowiązek interpretować i stosować prawo krajowe zgodnie ze swoimi międzynarodowymi zobowiązaniami, że – kiedy spełnione są szczególne warunki (np. z art. 91 konstytucji) – normy prawa międzynarodowego są w Polsce bezpośrednio stosowane. Naruszenie tych zobowiązań poprzez działanie władzy na płaszczyźnie krajowej powoduje odpowiedzialność na płaszczyźnie porządku międzynarodowoprawnego, ale jednocześnie stanowi też naruszenie samej konstytucji – jej art. 9 w zw. z art. 8 ust. 1.⁵⁷

⁵⁷ A. Czaplińska, W. Czapliński, *supra* note 1, s. 294.

SOURCES FOR FORCE

How is the international law on force and intervention to be constituted? This question has animated and informed a good deal of the work of Professor Władysław Czapliński in his distinguished academic career. In this chapter of the volume rightly honouring him and his life and work, I would like to seize on this theme and offer some thoughts of my own, as it is a subject that I have taught and researched for some three decades or so now. As I do so, I think in particular of Professor Czapliński's article for the *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics* in December 2018,¹ which followed earlier contributions made in the *Revista da Faculdade Direito Universidade Federal de Minas Gerais* in July / December 2016² and, much further back than that, in the *International and Comparative Law Quarterly* in January 1989.³ There is also his more recent contribution for the *Polish Review of International and European Law*⁴ published in 2022, but that point of focus will not detain us to any great extent in the pages that follow. In my view it is most productive to return to these earlier contributions and to think through some of their claims and implications, not least of all because of the continuing tendency in the literature to privilege conventional iterations of the law to the exclusion (or so it would seem) of all other considerations – notwithstanding the important conclusion reached in June 1986 by the International Court of Justice in the *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* that “customary international law continues to exist alongside treaty law”.⁵

¹ W. Czapliński, *Customary International Law on the Use of Force*, 8(2) *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics* 97 (2018).

² W. Czapliński, *Customary Law of the Use of Force*, 69 *Revista da Faculdade Direito Universidade Federal de Minas Gerais* 715 (2016).

³ W. Czapliński, *Sources of International Law in the Nicaragua Case*, 38(1) *International and Comparative Law Quarterly* 151 (1989).

⁴ W. Czapliński, *Is There A Space for Jus Cogens in Present International Law? Remarks in the Context of A Ban on the Use of Force*, 11(2) *Polish Review of International and European Law* 149 (2022).

⁵ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, 27 June 1986, ICJ Rep 1986, p. 14, 94, § 176.

* Dino Kritsiotis – Professor of Public International Law; Director of the Nottingham International Law and Security Centre, University of Nottingham. LL.B. (Hons.) Cardiff, LL.M. (international law) Cambridge. ORCID: 0000-0002-9818-8421.

To set us on our way, it should be stated that there is an immediate difference in how “force” and “intervention” are actually devised as a matter of conventional form: while the 1945 United Nations Charter instructs its Members to “refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations” (Article 2(4)), it also provides that none of its terms

shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any State or shall require Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII (Article 2(7)).⁶

Importantly, the principle in question in the latter provision is that of non-intervention as addressed to the United Nations itself – that is as an international organisation,⁷ rather than to its Members, which (as we have seen) marks the concern of Article 2(4). As if to reinforce this point, the *chapeau* to Article 2 of the Charter announces that “the Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the [...] Principles” of the organisation, which include the prohibitions of force and intervention just mentioned.⁸ There are thus, here, at this very moment, at least two actors that the Charter has in its sights.

Importantly, it is to General Assembly Resolution 2625 (XXV) of October 1970 – the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations – that one must turn for the law on intervention *qua* States,⁹ with the Resolution admitting at its outset “the paramount importance of the Charter of the United Nations in the promotion of the rule of law among nations”,¹⁰ as well as underscoring the need for the “progressive development and codification” of the Resolution’s seven principles: that States shall refrain in their international relations

⁶ United Nations Charter [1945] 15 UNCIO 355, amendments in 557 UNTS 143, 638 UNTS 308 and 892 UNTS 119.

⁷ H. Kelsen, *Principles of International Law*, Reinhart & Co., New York: 1952, p. 63–64.

⁸ It is interesting to note that, of the seven paragraphs of Art. 2, four are addressed to Member States (good faith (Art. 2(2)), peaceful settlement of disputes (Art. 2(3)), the prohibition of threat or use of force (Art. 2(4)) and assistance to the United Nations/refrain from assistance to any State against which the United Nations is taking preventive or enforcement action (Art. 2(5)), while the remaining three concern the organisation itself (sovereign equality (Art. 2(1)), relation with non-member States (Art. 2(6)) and the prohibition of intervention (Art. 2(7)).

⁹ For more, see D. Tladi, *The Duty Not to Intervene in Matters within Domestic Jurisdiction*, in: J.E. Viñuales (ed.), *The UN Friendly Relations Declaration at 50: An Assessment of the Fundamental Principles of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge: 2020, p. 87.

¹⁰ 4th preambular recital of General Assembly Resolution 2625 (XXV), Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (A/8082), 24 October 1970, A/RES/2625(XXV).

from the threat or use of force; that States shall settle their international disputes by peaceful means; the duty not to intervene in matters within the domestic jurisdiction of any States; the duty of States to cooperate with one another in accordance with the Charter; the principle of sovereign equality of States; and the principle that States shall fulfil in good faith the obligations assumed by them in accordance with the Charter. Indeed, each of these principles finds some utterance in the preambular recitals of the Resolution: for example,

the strict observance by States of the obligation not to intervene in the affairs of any other State is an essential condition to ensure that nations live together in peace with one another, since the practice of any form of intervention not only violates the spirit and letter of the Charter, but also leads to the creation of situations which threaten international peace and security.¹¹

And equally,

it is essential that all States shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations.¹²

One is struck by the close heed that these (and other) formulations of the Resolution pay to the actual wording contained in the Charter, but the core observation to make here is how the Resolution was conceived to address States *en bloc* – and for international law to be cast in terms beyond the organisation and its Members (“by States” and “all States”).¹³ Arguably, this is one manner in which the United Nations can ensure and is ensuring, as the Charter requires of it, “that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security” (Article 2(6))¹⁴ – that is, by turning to what has been called “the fundamental rule of customary international law”.¹⁵ The vitality of custom, then, makes its presence

¹¹ *Ibidem*, 8th preambular recital.

¹² *Ibidem*, 10th preambular recital. For more, see O. Corten, *The Prohibition of the Use of Force*, in: J.E. Viñuales (ed.), *supra* note 9, p. 51.

¹³ One of the common refrains of the Resolution in its statement of the principles is its reference to “every State” or to “States” *simpliciter* (i.e. without any qualification). For an assessment of the terminologies put to use in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea [1982] 1833 UNTS 397; see L.T. Lee, *The Law of the Sea Convention and Third States*, 77(3) American Journal of International Law 541 (1983), p. 549.

¹⁴ W. Czapliński argued against this provision as “a widening of the scope of the applicability of the Charter”, and instead believed that the provision “deals exclusively with the basic principles of the Charter”. W. Czapliński, *supra* note 3, p. 156. For further discussion, consider R.A. Falk, *The Authority of the United Nations over Non-Members*, Woodrow Wilson School of International Affairs, Princeton: 1970.

¹⁵ S. Talmon, in: B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte, A. Paulus, N. Wessendorf (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, Oxford: 2012, p. 252, 255 – commentary to Art. 2(6).

felt with respect to any non-Member of the United Nations,¹⁶ but, in addition to those States who choose to stand apart from the United Nations and its membership, one must also factor in how the dissolution of existing States can create some delays in the process of formal admission to membership in the organisation (as occurred with new States arising from the Socialist Federal Republic of Yugoslavia after the Cold War) or from consequences arising from any act of expulsion (under Article 6 of the Charter) or even withdrawal (as occurred with Indonesia between 20 January 1965 and 19 September 1966).¹⁷ So the opportunity for custom to demonstrate its significance can be somewhat varied, quite apart from the fact that, as the Court observed in its *Nicaragua* judgment, “the areas governed by the two sources of law [...] do not overlap exactly, and the rules do not have the same content”.¹⁸

There is a further complexity arising for the present discussion, and that relates to the immediate aftermath of the events in the United States on 11 September 2001, when it was argued that States “must take account of the beginning of a new century and of a renewed tide of globalization pulling us together” and act “to complement Article 2(4) [of the Charter] to establish an additional constitutional principle of international peace and security for a different world.”¹⁹ The form this principle would take would be an apparent amendment to the Charter which would provide that “all states and individuals shall refrain from the deliberate targeting or killing of civilians in armed conflict of any kind” – a series of words undoubtedly involving a trespass from the *jus ad bellum* to the *jus in bello* (“in armed conflict of any kind”).²⁰ It was the stated intention of this proposed innovation “to establish parallel prohibitions on the use of force between states and the use of force against civilians – parallel prohibitions that are the twin foundations of international order”,²¹ but for all the reference to prohibitions in the plural it was left unattended whether there exists in law any “parallel prohibition” of force for actors who are not only non-Member States of the United Nations but those who are not even States (hence the reference to “all states *and individuals*” [emphasis added] in the clarion call for some kind of legislative reform).²²

¹⁶ The United Nations Organization lists the Holy See and the State of Palestine as non-Member States having received a standing invitation to participate as Observers in the sessions and the work of the General Assembly and maintaining Permanent Observer Missions at its Headquarters: Non-Member-States, <https://www.un.org/en/about-us/non-member-states> (accessed 24 September 2024).

¹⁷ T. Long, *Indonesia Explains U.N. Withdrawal*, New York Times, 5 January 1965, p. 3.

¹⁸ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 5, p. 94, § 176. See also W. Czapliński, *supra* note 3, p. 161.

¹⁹ W.W. Burke-White, A.-M. Slaughter, *An International Constitutional Moment*, 43(1) Harvard International Law Journal 1 (2002), p. 2.

²⁰ Reinforced by the authors’ insistence that “this provision articulates a provision of civilian inviolability”. *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, p. 2–3.

²² W. Czapliński also emphasised this with “non-recognized states also known as de facto regimes”: W. Czapliński, *supra* note 2, p. 721.

One possible response to this question might be to say that the prohibition of force is not in point of fact a stand-alone proposition within the Charter, but that it forms part of a fabric of other related propositions²³ that very much serve to affirm the State-centric nature of the rules at issue: the prohibition of force is not an absolute rule as the Charter goes on to accommodate an exception to that rule in the form of the “inherent” right of self-defence (Article 51 of the Charter), whereby “the Charter does not take away pre-existing rights of states without provision”.²⁴ That said, and measured against the Charter’s concerted efforts as related above, it is clear that the vision moving forward from 1945 was to break from the idea of international law as the exclusive preserve of States to the extent where, as the International Court of Justice was to point out in its first advisory opinion of April 1949, the United Nations “occupies a position in certain respects in detachment from its Members”.²⁵ Additionally, it is necessary to recall that international law actually operates at *both* the national level and the international level and it is not possible to escape or pretend away this basic societal fact.²⁶ Of course, for the purposes of internalising international law at the national level, the significance might well be the difference that custom dictates on content when compared with any treaty dispensation,²⁷ but the point to bring forward in the analysis is whether, for the purposes of international law operating at the international level, the customary iteration of a rule comes with the benefit of addressing and therefore binding all other actors within the international system.²⁸ Arguably, this might be one way of registering developments that have occurred within United Nations practice in subsequent years, for in Resolution 3070 (XXVIII) of November 1973 the General Assembly reaffirmed “the legitimacy of the peoples’ struggle for liberation from colonial and foreign domination and alien

²³ See the discussion of N. Schrijver, *The Ban on the Use of Force in the UN Charter*, in: M. Weller (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford: Oxford University Press, Oxford: 2015, p. 471–472 (working within the framework of “written Charter exceptions, implicit Charter exceptions, and alleged extra-Charter exceptions” – *ibidem*, p. 472).

²⁴ C. Gray, *International Law on the Use of Force*, Oxford University Press, Oxford: 2018, p. 124. See also the discussion by K.N. Trapp, *Can Non-State Actors Mount An Armed Attack?*, in: M. Weller (ed.), *supra* note 23, p. 684–685.

²⁵ ICJ, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, 11 April 1949, ICJ Rep 1949, p. 174, 179.

²⁶ So argued Antonio Cassese in his consideration of rebels and their relationship with common Art. 3 of the 1949 Geneva Conventions and Additional Protocol (II) to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts: *The Status of Rebels under the Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts*, 30(2) International and Comparative Law Quarterly 416 (1981), pp. 429–430.

²⁷ Not to mention the premise of the “overarching explanation” of legislative jurisdiction developed by S. Sivakumaran, *Binding Armed Opposition Groups*, 55(2) International and Comparative Law Quarterly 369 (2006), p. 369.

²⁸ This is the unadulterated position reached by W. Czapliński, *supra* note 2, p. 731 (“customary international law is binding on all subjects of international law”). Note, too, his observation that “the essence of international subjectivity of non-state actors implies that their role in law-making should be much more significant”: *Ibidem*, p. 152. See also Sivakumaran, *supra* note 27, p. 373.

subjugation by all available means”²⁹ – which has been read in some quarters as “a legitimate exception to the prohibition of the use of force”.³⁰ Implicit in this assessment is the fact that, at some point in the unfolding of this practice (never quite fully determined, it must be said!), the prohibition of force became applicable to non-State actors as well, for it is only in that context that recourse to the language of “exception” gains meaning and makes any sense.³¹

We might consider that it is the institution of custom that allows us to think this way or to entertain such possibilities,³² especially if “*opinio juris* [*sive necessitatis*] may, though with all due caution, be deduced from, *inter alia*, the attitude of the Parties and the attitude of States towards certain General Assembly resolutions,”³³ as reasoned by the International Court of Justice in its *Nicaragua* judgment. This would mark out a distinct preserve for the customary rule apart from its conventional iteration,³⁴ but it would be separate again from the provision that has been made within international criminal law – where one of the amendments reached in Kampala, Uganda, regarded the crime of aggression under Article 5 of the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court as involving

the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.³⁵

²⁹ General Assembly Resolution 3070(XXVIII), Importance of the universal realization of the right of peoples to self-determination and of the speedy granting of independence to colonial countries and peoples for the effective guarantee and observance of human rights, 30 November 1973, A/RES/3070(XXVIII) (second operative paragraph).

³⁰ N. Schrijver, *supra* note 23, p. 474.

³¹ Though consider the “inapplicability of the rule to national liberation struggles,” as argued by O. Corten, *The Law Against War: The Prohibition of Force in Contemporary International Law*, Hart Publishing, Oxford: 2021, p. 145. In its brief engagement of this issue in the *Nicaragua* case, the International Court of Justice considered this matter during its discussion of the prohibition of intervention – and not the prohibition of force: ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *supra* note 5, p. 108, § 206. Consider, too, the case of non-State actors and the commission of armed attacks – or as it has been put, “non-attributable attacks by non-State actors”. K.N. Trapp, *supra* note 24, p. 683 (note the reference, however, to “*un-attributable* armed attacks” – *ibidem*, p. 694).

³² See W. Czapliński, *supra* note 3, p. 157 (“the principles contained in the Charter can also bind as customary rules, either as existing before the entry of the Charter into force or established during the period of the validity of the Charter”).

³³ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *supra* note 5, p. 100, § 188.

³⁴ Though “not clearly consecrated” for O. Corten, *supra* note 31, p. 138.

³⁵ Rome Statute of the International Criminal Court [1998] 2187 UNTS 3. See Art. 8 bis(1) Resolution RC/Res.6, Annex I, Art. 8 bis, para. 1. Note that, under Art. 8 bis (2), “act of aggression” means “the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall in accordance with the United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression [amendment listing the seven types of

The conceptualisation of the crime of aggression is in obvious hoc to the prohibition of force as formulated in the Charter all those years ago,³⁶ but its overall design could be said to be in some tension with developments relating to the prohibition of force in United Nations practice when all is said and done.³⁷

Soon after the judgment was delivered in the *Nicaragua* case, the idiom of entanglement – or, indeed, disentanglement – of treaty and custom was put to use in the literature to reflect the particular findings that the Court had made in June 1986.³⁸ The very notion of entangling or disentangling suggests that the premise of the Court relating to the “separate applicability” of custom when set against the provision or provisions of any given treaty³⁹ carried its own appeal,⁴⁰ and this has been pleaded in altogether different contexts (such as the scope of the jurisdictional power of States⁴¹ and the position of offshore archipelagos under the law of the sea).⁴² Fundamentally, it could also be said that the previous pronouncements of the Court on the relationship between treaty and custom – via the processes of codification, crystallisation and progressive development⁴³ – took the treaty as their crucial point of departure,⁴⁴ but this does not fully cater for situations where the custom takes root *après* the treaty.⁴⁵

aggression identified in that resolution]”. Resolution RC/Res.6, The crime of aggression, RC/Res. 6, Annex I, Art. 8 bis, para. 2, <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf> (accessed 24 September 2024).

³⁶ And necessarily so given what is said in Art. 5(2) of the 1998 Statute of the International Criminal Court, 2817 UNTS 3 – “such a provision shall be consistent with the relevant provisions of the Charter of the United Nations”.

³⁷ Specifically, “the language adopted [in Kampala] excludes non-governmental actors, such as persons leading a terrorist group (e.g. Al Qaeda), leaders of an insurgency, or industrialists in a country even if they have substantial involvement in and influence upon governmental conduct”. S.D. Murphy, *The Crime of Aggression at the International Criminal Court*, in: M. Weller (ed.), *supra* note 23, p. 540–541.

³⁸ “The question of whether customary and international law are entangled, and if so, whether it is necessary to disentangle the two” – R.B. Bilder, O. Schachter, J.I. Charney, M. Mendelson, *Disentangling Treaty and Customary International Law*, 81 Proceedings of the American Society of International Law 157 (1987).

³⁹ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *supra* note 5, p. 94, § 175.

⁴⁰ Though not all were on board: *see* R.B. Bilder, O. Schachter, J.I. Charney, M. Mendelson, *supra* note 38, p. 158 (“the court carried the conclusion that two similar norms can bind states on both levels to the extreme by stating that these norms can retain their separate existence with separate legal consequences”).

⁴¹ O. Schachter, *Entangled Treaty and Custom*, in: Y. Dinstein, M. Tabory (eds.), *International Law At A Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht: 1989, p. 717.

⁴² C. Redgwell, A. Tzanakopoulos, *The Interaction of Treaty and Custom in the Concept of Offshore Archipelagos*, 72(3) International and Comparative Law Quarterly 573 (2023) (“the general issue of the relationship (and potential entanglement) between treaty and custom” – *ibidem*, p. 575).

⁴³ As discussed in ICJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany / Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands)*, Judgment, 20 February 1969, ICJ Rep 1969, p. 3. *See* W. Czapliński, *supra* note 3, p. 153–155.

⁴⁴ *See especially* R.B. Bilder, O. Schachter, J.I. Charney, M. Mendelson, *supra* note 38, p. 158 (“the Court did not follow its normal pronouncements with respect to the distinction between the two, e.g., that Charter provisions are declaratory of previously existing customary law or that treaty law generates or crystallizes new norms of customary international law”).

⁴⁵ In the alternative, consider “practice” as an instance of “subsequent practice” in the interpretation of treaties in accordance with Art. 31(3)(b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties [1969] 1155 UNTS 331. For more, *see* I. Buga, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford: 2018.

Quite how one is meant to determine “practice” for the purposes of making custom as being distinct from the practice involved in interpreting treaties was not at all forthcoming from the Court, but the *Nicaragua* case offers some telling examples that might help structure our understanding of things. At one point in its ruling, for example, the Court observed in respect of the right of self-defence under Article 51 of the Charter that “the Charter, having itself recognized this right [of self-defence], does not go on to regulate directly all aspects of its content” in that “it does not contain any specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law”⁴⁶ – propositions that are often understood to derive from the *Caroline* correspondence between the United States and Great Britain of 1838–1842.⁴⁷ To take another example supplied by the Court, “a definition of [...] ‘armed attack’ which, if found to exist, authorizes the exercise of the ‘inherent right’ of self-defence, is not provided in the Charter and is not part of treaty law.”⁴⁸ Both of these examples suggest that, in the mind of the Court, treaty and customary law on self-defence were designed to work in tandem – the one could not be regarded as complete without the other – and that, taken together, they marked out the totality of regulation for the right of self-defence in international law. On this reading of things, there could therefore be no question of disentangling any aspect of the complement of law that had evolved at staggered points through time, but this proved to be a necessary indulgence of the Court on that occasion in the face of the jurisdictional arrangement concerning the United States.⁴⁹

Let us now skip to a later part of the *Nicaragua* judgment where the Court turned its attentions to the question of whether

in customary international law there is any requirement corresponding to that found in the treaty law of the United Nations Charter, by which the State claiming to use the right of individual or collective self-defence must report to an international body, empowered to determine the conformity with international law of the measures which the State is seeking to justify on that basis.⁵⁰

⁴⁶ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *supra* note 5, p. 94, § 176.

⁴⁷ Consider C. Force, *Destroying the Caroline: The Frontier Raid that Reshaped the Right to War*, Irwin Law, Toronto: 2018.

⁴⁸ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *supra* note 5, p. 94, § 176.

⁴⁹ In view of the Vandenberg Amendment that accompanied the United States’ acceptance of the optional clause of the Court under Art. 36(2) of its Statute (reserving “disputes arising under a multilateral treaty, unless (1) all parties to the treaty affected by the decision are also parties to the case before the Court”).

⁵⁰ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *supra* note 5, p. 105, § 200. This reference is, of course, to the stipulation in Article 51 of the Charter that “measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain

This example comes as an important contrast to the two previously considered examples, since it presents custom as different to rather than additional to the conventional arrangement – with the Court deciding that

whatever influence the Charter may have had on customary international law in these matters, it is clear that in customary international law it is not a condition of the lawfulness of the use of force in self-defence that a procedure so closely dependent on the content of a treaty commitment and of the institutions established by it, should have been followed.⁵¹

According to the Court, non-compliance with the “reporting duty”⁵² in custom carries an evidential rather than any substantive consequence for the offending (i.e. non-reporting) State,⁵³ which is a perplexing position for the Court to have reached, to say the least, on account of its earlier finding that no such “condition” existed as a matter of custom.⁵⁴

Through to this point in this chapter, there has been an evident preoccupation with the relationship between treaty and custom, but the Statute of the International Court of Justice does not leave out of the reckoning a third formal source of international law: “general principles of law recognized by civilized nations”, or so it is put in Article 38(1)(c) of the Statute.⁵⁵ As we proceed with this element of the enquiry, it must be borne in mind, as Władysław Czapliński has maintained, that “all sources of international law are equally binding”,⁵⁶ so that, fundamentally, one is not of any lesser normative worth than any other; each formal source performs the same function as the next in terms of supplying the bindingness of a given rule,⁵⁷

or restore international peace and security.” For more, see J.A. Green, *The Article 51 Reporting Requirement for Self-Defence Actions*, 55(3) Virginia Journal of International Law 563 (2015).

⁵¹ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *supra* note 5, p. 105, § 200.

⁵² G. Nolte, A. Randelzhofer, in: Simma, D.-E. Khan, G. Nolte, A. Paulus, N. Wessendorf (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol. II, Oxford University Press, Oxford: 2012, p. 1397, at p. 1425 – commentary to Art. 51.

⁵³ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *supra* note 5, p. 105, § 200 (“for the purpose of enquiry into the customary law position, the absence of a report may be one of the factors indicating whether the State in question was itself convinced that it was acting in self-defence”).

⁵⁴ The Court came to this position by way of an “expectation” of sorts: *ibidem*, p. 105, § 200.

⁵⁵ For the relevance of this particular framing, consider K. Knop, *Reflections on Thomas Franck, Race and Nationalism (1960): “General Principles of Law” and Situated Generality*, 35(2) New York University Journal of International Law and Politics 437 (2003), pp. 456–457.

⁵⁶ W. Czapliński, *supra* note 3, p. 162–163 (“all norms being equally binding”).

⁵⁷ It is, however, important to make the qualification between formal and material sources of law, since the former are mechanisms for official validation of rules of law, whereas the latter are mechanisms for their determination. For more, see B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens & Sons, London: 1953, p. 23.

though, in this analysis, we must surely be as sensitive to the designated addressees of said rule as we are to its temporal scope of application.⁵⁸

It is no doubt a matter of some curiosity that “general principles” of law are often overlooked in the treatment of the law regarding force and intervention – incidentally, one of the “regimes” omitted from the fourth and final part of *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, published by Oxford University Press in 2012.⁵⁹ Still, how this concept has progressed across the breadth of international law since its initial articulation in the Statute of the Permanent Court of International Justice of December 1920 deserves consideration,⁶⁰ not least of all because of how each of these regimes reflect back on the concept itself in order to reveal changes in meaning and utility that may have evolved in the intervening decades.⁶¹ It is indeed telling that the American Branch of the International Law Association had in mind the prohibition of force when it considered the relevance of general principles of law in its Report on The Role of State Practice in the Formation of Customary and Jus Cogens Norms of International Law in January 1988, arguing there that “the concept of a ‘recognized’ general principle seems to conform more closely than the concept of ‘custom’ to the situation where a norm is widely accepted even though widely violated.”⁶²

To make some headway with our broad understanding of general principles within the normative constellation and their significance in this context, it is perhaps useful to recall the following passage from the advisory opinion of the International Court of Justice in *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* of May 1951, where the Court said:

The origins of the Genocide Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as “a crime under international law” involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96(I) of the General Assembly, 11 December

⁵⁸ Most usefully on this, consider O. Sender, M. Wood, *Between “Time Immemorial” and “Instant Custom”*: *The Time Element in Customary International Law*, 42(2) *Grotiana* 229 (2021).

⁵⁹ Part IV of that volume (chap. 39–50: *The Regimes of the Sources of International Law*) is devoted to international human rights law, international humanitarian law and international criminal law, international environmental law, international organizations’ law, international trade law and international investment law: S. Besson, J. D’Aspremont (eds.), *The Oxford Handbook of The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2012.

⁶⁰ Most recently on this, see I. Saunders, *General Principles as a Source of International Law: Art. 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford: 2021.

⁶¹ For example, B. Simma, P. Alston, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles*, 12 *Australian Yearbook of International Law* 82 (1992), p. 102. They have claimed that “the emphasis on acceptance *in foro domestico* was simply caused by the necessity to validate general principles in a reliable way; it cannot be read as closing the door to alternative means of objective validation”.

⁶² Report of the Committee on the Formation of Customary Law (Interim Committee Paper), in: Proceedings of the American Branch of the International Law Association (1987–1988), ILA, New York: 1988, p. 112 (referring, though, to prohibitions on the use of force (n. 23) – i.e. in the plural).

1946)⁶³. The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character of both of the condemnation of genocide and of the co-operation required “in order to liberate mankind from such an odious scourge” (Preamble to the Convention). The Genocide Convention was therefore intended by the General Assembly and by the contracting parties to be definitely universal in scope.⁶⁴

What is noticeable from this excerpt is how the Court pivoted to the language of “principle” and “principles” as it sought to locate its analysis beyond the 1948 United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide⁶⁵: it is these principles which, we learn from the Court, predate but also came to inform the content of the Convention itself (“underlying the Convention”),⁶⁶ and while the Court may have intimated that the reader is being propelled with these words towards the realm of custom (hence “without any conventional obligation”), the Court’s particular framing of “principles which are recognized by civilized nations as binding on States” could suggest that the Court had general principles of law foremost in mind – in other words, Article 38(1)(c) rather than Article 38(1)(b) of its Statute. That impression takes hold even more so in light of the Court’s reference to “moral law” in the preceding sentence, since it has been said that general principles of law “opened a new channel through which concepts of natural law could be received into international law.”⁶⁷

To be sure, the common denominator shared by custom and general principles of law is that, by definition, they are both *lex non scripta* in contradistinction to the *scripta* of conventional law,⁶⁸ and there is also their respective universality of scope when set against the totality of geographical reach of the High Contracting Parties listed to any convention.⁶⁹ However, it is also notable how, in the excerpted passage above, the Court refrained from any explicit summoning of “general principles”: the term does not feature at all in the advisory opinion of May 1951, and this could

⁶³ UN General Assembly Resolution 96 (I), The Crime of Genocide, A/RES/96(I).

⁶⁴ ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 28 May 1951, ICJ Rep 1951, p. 15, 23.

⁶⁵ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Paris, 9 December 1948, 78 UNTS 277.

⁶⁶ Hence, as the Court said a short while later, “its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality”. *Ibidem*, p. 23.

⁶⁷ G. Schwarzenberger, *Foreword*, in: B. Cheng *supra* note 57, p. XI. See also W. Czapliński, *supra* note 4, p. 154 (“the general principles of law may be naturally associated with the standards reflecting and protecting fundamental values of the international community”).

⁶⁸ B. Cheng, *supra* note 57, p. 23.

⁶⁹ ICJ, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *supra* note 64. This is not to deny the rare phenomenon of “universal treaties” which, admittedly, is “a contingent matter”. J. Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, Hague Academy of International Law, The Hague: 2014, p. 126, § 145.

be taken to mean that it was in fact custom foregrounding what was being said by the Court.⁷⁰ With this reading, the “principles” spoken of were those indeed “recognized” by civilised nations, but done so as part of custom, since it is not uncommon to encounter the idea of “principle” or “principles” in the context of *that* formal source: indeed, that was very much the vocabulary that came to inform the overall content of the 1970 Declaration on Friendly Relations, with its seven principles in tow.⁷¹ Specifically, the “principle” that “States shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations”, which soon admits to several (more detailed) perorations in the resolution,⁷² giving some pause for thought as to the appeal of the distinction often made between *principles* and *rules* (that “both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give”).⁷³ This “principle” must after all also co-exist with the right of individual or collective self-defence under Article 51 of the Charter – a right that involves States’ discretion in respect of its use, which the Declaration mentions in its final peroration on force.⁷⁴

Then again, the “principle” concerning “the duty not to intervene in matters within the domestic jurisdiction of any State, in accordance with the Charter” is cast in rather absolute terms in the Declaration on Friendly Relations,⁷⁵ arguably bearing all the hallmarks of a rule as articulated above.⁷⁶ Still, it could be said that the Declaration exhibits a certain deference to the Charter and its statement of principles in the form of Article 2,⁷⁷ essentially the “heritage” stemming from that esteemed document.⁷⁸

⁷⁰ Contrast the reference made to “general” international law, which is often regarded as a synonym for custom: M. Wood, *Customary International Law and the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, 21(3/4) *International Community Law Review* 307 (2019), p. 313–316.

⁷¹ See the text accompanying General Assembly Resolution 2625 (XXV), *supra* notes 10 and 11.

⁷² E.g., “every State has the duty to refrain from the threat or use of force to violate the existing international boundaries of another State or as a means of solving international disputes, including territorial disputes and problems concerning frontiers of States” and “every State has the duty to refrain from organizing or encouraging the organization of irregular forces or armed bands, including mercenaries, for incursion into the territory of another State”.

⁷³ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London: 1977, p. 24.

⁷⁴ Noting that “nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as enlarging or diminishing in any way the scope of the provisions of the Charter concerning cases in which the use of force is lawful”.

⁷⁵ For more on this, see V. Lowe, *The Principle of Non-Intervention: Use of Force*, in: V. Lowe, C. Warbrick (eds.), *The United Nations and the Principles of International Law*, Routledge, London: 1994, p. 66.

⁷⁶ R. Dworkin, *supra* note 73 (“if the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision”).

⁷⁷ In Art. 2(1)–(7). For more, see I.M. Sinclair, *Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States*, in: M.K. Nawaz (ed.), *Essays in International Law in Honour of Krishna Rao*, Sijthoff, Leyden: 1976, p. 107, 110.

⁷⁸ Such is the understanding of G. Abi-Saab, *The System of the Friendly Relations Declaration*, in: E.J. Viñuales (ed.), *supra* note 9, p. 12, 18. Cf. on the limitations of the Declaration and “all” fundamental principles of international law – J.E. Viñuales, *Introduction: The Fundamental Principles of International Law – An Enduring Ideal?*, in: *ibidem*, p. 3.

Clearly, though, as seen from the foregoing analysis, the notions of “principle” and “general principle” are as likely to obscure as they are to enlighten, so that the act of naming a given proposition might say little about its pedigree or intended function.⁷⁹ For example, in the context of the exclusiveness of flag state jurisdiction over ships on the high seas, it has been said that there is good cause to distinguish “a residual presumption for the resolution of doubtful claims” from a contender for general principles of law – but, equally, to regard whether “such principles are better regarded as rules, or more accurately principles, of customary law, albeit principles having a particular and fundamental importance.”⁸⁰

We now return to the *Nicaragua* case and the Court’s discussion of what it called the “specific rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it”⁸¹ – a rule that, the Court maintained, was “well established in customary international law.”⁸² Setting aside other terminologies deployed by the Court on that occasion to describe this rule (also referring to the “canons” and “criteria” of necessity and proportionality),⁸³ and the fact that the Court appeared to combine necessity and proportionality into a “specific” and singular rule,⁸⁴ it is striking how varied descriptors have been – Yoram Dinstein has written, for example, of the “conditions” of necessity and proportionality,⁸⁵ but also of the “preconditions of the exercise of self-defence”;⁸⁶ Ashley S. Deeks has referred to “the *Caroline* factors”;⁸⁷ for Michael Wood, they are the “requirements” of necessity and proportionality⁸⁸ – yet it is surely reasonable to contend that the most common frame of reference is to these as “principles” (or even

⁷⁹ Note that, in its Study on customary international humanitarian law, the ICRC concluded as its Rule 43 that: “The general principles on the conduct of hostilities apply to the natural environment:

- A. No part of the natural environment may be attacked, unless it is a military objective.
- B. Destruction of any part of the natural environment is prohibited, unless required by imperative military necessity.
- C. Launching an attack against a military objective which may be expected to cause incidental damage to the environment which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated is prohibited.”

J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I: *Rules*, Cambridge University Press, Cambridge: 2005, p. 143. “General principles” are also invoked with respect to the use of weapons, where two are identified: weapons which by nature cause superfluous injury or unnecessary suffering (Rule 70) and weapons that are by nature indiscriminate (Rule 71).

⁸⁰ R. Churchill, V. Lowe, A. Sander, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, Manchester: 2022, p. 18 (referring, also, to the freedom of the high seas as “general principles of a slightly different kind”).

⁸¹ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *supra* note 5, p. 94, § 176.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*, p. 122, § 237.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 94, § 176.

⁸⁵ Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, Cambridge: 2017, p. 297, § 777.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 184, § 490.

⁸⁷ A.S. Deeks, *Taming the Doctrine of Pre-emption*, in: M. Weller (ed.), *supra* note 23, p. 661, 671.

⁸⁸ M. Wood, *The Caroline Incident – 1837*, in: T. Ruys, O. Corten, A. Hofer (eds.), *The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach*, Oxford University Press, Oxford: 2018, p. 5, 11.

“uncontroversial principles”) for the regulation of the right of self-defence.⁸⁹ What is clear is that, although he did not systematically style his formula in the *Caroline* correspondence in terms of principles as such, United States Secretary of State Daniel Webster intended both necessity and proportionality as standards or thresholds to be met before any lawfulness of self-defence could be established. He did so by arguing that there must be “a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation”, and that the self-defending State must do “nothing unreasonable or excessive; since the act justified by the necessity of self-defense must be limited by that necessity, and kept clearly within it.”⁹⁰

It will be appreciated that Secretary Webster intended the principle of necessity to determine whether, in the first instance, force across State frontiers was justified for Great Britain in December 1837 (for he went on to write that “the necessity of the moment authorized them to enter the territories of the United States at all”),⁹¹ which would in turn need to be followed by some demonstration of proportionality of the resulting action taken (since “nothing unreasonable or excessive” could be undertaken in the name of self-defence in his view).⁹² Lord Ashburton, a later interlocutor of Secretary Webster in the correspondence, did in fact come to refer to “the general principles of international law applicable to this unfortunate case”, but, when he did so, first among these was “respect for the inviolable character of the territory of independent nations” from which all else stemmed.⁹³ The reference is instructive because it once again focuses minds on the function of the proposition at hand, but also its respective pedigree, as Lord Ashburton went on to claim that “it is useless to strengthen a principle so generally acknowledged by any appeal to authorities on international law,” with Her Majesty’s Government “set[ting] the highest possible value on this principle, and [being] sensible of their duty to support it by their conduct and example for the maintenance of peace and order in the world.”⁹⁴

Proportionality itself has been identified as being “not [one of the] substantive norms of international law in the same sense as, for example, jurisdiction, or recognition, or the use of force”;⁹⁵ it “do[es] not so much comprise the norms of international

⁸⁹ C. Gray, *supra* note 24, p. 159.

⁹⁰ Doc. No. 1269, in: W.R. Manning (ed.), *Diplomatic Correspondence of the United States, Canadian Relations, 1784–1860*, Vol. III: 1836–1848, Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC: 1943, p. 136.

⁹¹ *Ibidem*. We can assume that this is separate to “the case of necessity (*l'état d'urgence*, *Notstand*),” which, Cheng has written, “stands in a class by itself” on account of the overall framework that Secretary Webster developed in the correspondence: *supra* note 57, p. 99.

⁹² Consider D. Kretzmer, *The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus ad Bellum*, 24(1) *European Journal of International Law* 235 (2013), p. 278 (referring to “the whole picture”). See also M. Newton, L. May, *Proportionality in International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2014, p. 66.

⁹³ Doc. No. 1593, in: W.R. Manning (ed.), *supra* note 90, p. 766 (describing it as “the most essential foundation of civilization”).

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, Oxford: 1994, p. 219.

law as ease their appropriate application in particular cases.”⁹⁶ This has very much been borne out by proportionality as it emerged from the *Caroline* correspondence, where it was not conscripted as a free-standing principle but – intently, deliberately – one tethered to the normative context of the regulation of the right of self-defence.⁹⁷ The same may be said – though it is not often said – for the principle of necessity: its function or task was moulded in similar fashion by that self-same context.⁹⁸ It is interesting, then, that Rosalyn Higgins has remarked that “this limitation [of proportionality] on self-defence is one known to all systems of domestic law, as well as to international law”,⁹⁹ as if to suggest that there was some sort of expatriation of normativity from the national to the international sphere as far as the correspondence was concerned, although that statement could also be read to contrast general principles as a matter of national law (“all systems of domestic law”) to those forged by virtue of international law itself.¹⁰⁰ To be sure, there is some evidence to this effect in the *Caroline* correspondence, as Secretary Webster prefaced his articulation of the principles by probing “what rules of national law [...] the destruction of the *Caroline* is to be defended”,¹⁰¹ a logic that, fully pursued, could spell an entirely separate (and additional) prospectus for the right of self-defence to its status as an “inherent”¹⁰² right of States (which the International Court of Justice believes “it is hard to see how this can be other than of a customary nature, even if its present content has been confirmed and influenced by the Charter”).¹⁰³ Still, there is nothing to stop a given proposition of international law from commanding the force of more than one formal source as stated in the Statute of the International Court of Justice, and that should encourage a holistic appreciation of the forms and plurality of normativity developed and endorsed by international law.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 219 (discussing equity in the same breath).

⁹⁷ See R. Higgins, *supra* note 95, p. 231 (“permitted action [...] is however limited by the requirement of proportionality”).

⁹⁸ A. Clapham, *War*, Oxford University Press, Oxford: 2021, p. 122.

⁹⁹ R. Higgins, *supra* note 95, p. 231.

¹⁰⁰ In his general course at the Hague Academy of International Law in the summer of 1982, Oscar Schachter identified five “analytically distinct” categories of general principle, each of which “has a different basis for its authority and validity as law”: (1) the principles of municipal law “recognized by civilized nations”; (2) general principles of law “derived from the specific nature of the international community”; (3) principles “intrinsic to the idea of law and basic to all legal systems”; (4) principles “valid through all kinds of societies in relationships of hierarchy and co-ordination”; and (5) principles of justice founded on “the very nature of man as a rational and social being”: O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht: 1991, p. 50.

¹⁰¹ See Doc. No. 1269, *supra* note 90.

¹⁰² See M. Roscini, *On the “Inherent” Character of the Right of States to Self-defence*, 4(3) Cambridge Journal of International and Comparative Law (2015), p. 634.

¹⁰³ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *supra* note 5, p. 94, § 176. See also P. Haggénmacher, *Self-Defence as A General Principle of Law and Its Relation to War*, in: A. Eyffinger, A. Stephens, S. Muller (eds.), *Self-Defence as A Fundamental Principle*, Hague Academic Press, Hague: 2009, p. 3.

A final word does need to be entered as this chapter draws to its close, and that relates to the elaboration given by the International Court of Justice for its remark regarding the “separate existence” of treaty and custom.¹⁰⁴ Here, the Court emphasised what it called “the standpoint of their applicability”,¹⁰⁵ indicating that the mechanics of remedial action under the law of treaties – “if a State exercises its right to terminate or suspend the operation of a treaty on the ground of the violation of the other party of a ‘provision essential to the accomplishment of the object and purpose of the treaty’ (in the words of Article 60, para. 3(b) of the VCLT) it is exempted, vis-à-vis the other State, from a rule of treaty-law because of the breach by that other State of a different rule of treaty-law”¹⁰⁶ – are distinct from that which is available in custom (where “the failure of the one State to apply the one rule does not justify the other State in declining to apply the other rule”).¹⁰⁷ This statement has the important and necessary effect of realigning the focal point of formal sources away from the question of the bindingness they bring to a given rule towards the consequences that might or could follow from the violation of that rule once it has become binding.¹⁰⁸ Here, evidently, there is much more to be understood or said on this front as the Court is reminding us that a formal source does not just provide validation for a given rule, but it conveys at one and the same time the mechanisms to ensure the health and survival of that rule – a consideration that admittedly is as potent for treaties as it is for custom, but not one typically associated with general principles of law as discussed herein.

¹⁰⁴ ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *supra* note 5, p. 95, § 178. “Rules which are identical in treaty law and in customary international law are [...] distinguishable by reference to the methods of interpretation and application”.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ “A State may accept a rule contained in a treaty not simply because it favours the application of the rule itself, but also because the treaty establishes what the State regards as the desirable institutions or mechanisms to ensure implementation of the rule”. *Ibidem*.

A DIFFERENT DRUM: THE UN SECURITY COUNCIL AND CLIMATE CHANGE

1. INTRODUCTION

The expertise of Professor Władysław Czapliński extends over a variety of fields. He is known from his many insightful books (including the best textbook of international law available in Polish, co-authored with Professor Anna Wyzorumska) and even more numerous articles and other contributions. Professor Czapliński has been also very active in promoting and inspiring the next generation of scholars, as a demanding teacher and referee. To celebrate his outstanding career, I would like to take as a starting point his lesser-known contribution on the evolution of the Security Council's powers,¹ which was instrumental in the work on my PhD thesis. Indeed, the powers and the practice of the Security Council seem to be of great interest to him. In line with the general perspective of this *Festschrift*, I should like to discuss the involvement of the Security Council in addressing the problem of climate change. The respective practice of the main political organ of the United Nations seems to detract from the traditional approach, marking a new, different tone or drum, as it were, in the not-so-harmonious melody produced by the UN Security Council and its members.

2. CLIMATE CHANGE

In the introductory paragraph of the United National Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), the Parties thereto expressly acknowledge that “change in the Earth’s climate and its adverse effects are a common concern of humankind”.²

¹ W. Czapliński, *Ewolucja kompetencji Rady Bezpieczeństwa ONZ*, in: K. Lankosz (ed.), *Aktualne problemy prawa międzynarodowego we współczesnym świecie. Księga pamiątkowa poświęcona pamięci Profesora Mariana Iwanajko*, Wydawnictwo Uczelniane AE w Krakowie, Kraków: 1995, p. 28.

² United National Framework Convention on Climate Change, FCCC/INFORMAL/84, GE.05-62220 (E) 200705.

* Bartłomiej Krzan – Professor at the University of Wrocław. ORCID: 0000-0003-3964-114X.
Research project supported by program „Excellence initiative – research university” for years 2020-2026 for University of Wrocław .

In UNFCCC usage, climate change refers to a change in climate that is attributable directly or indirectly to human activity that alters atmospheric composition, but it would be wrong to refer merely to a rise in the global average temperature. Rather, it

encompasses a set of climatic and related events projected to result in potentially dramatic ecological, social and economic changes, which affect human security and have the potential to threaten both international peace and security and the stability, and possibly the very existence, of nations states.³

Undeniably, climate change may lead to the melting of glaciers and thawing of permafrost, depletion of the ozone layer or more extreme weather events and disasters, e.g. triggering and intensifying droughts. Indeed, climate change may act as a “threat multiplier”⁴, as has been frequently recognised.⁵ In most obvious terms, rising sea level brings about considerable migration to safer destinations.⁶ Climate change may also lead to further long-term human suffering, since it may render fertile land useless and limit access to scarce resources—primarily to drinking water, which further creates violent conflicts.⁷ As “conflict drivers”,⁸ the effects of climate change may overlap with environmental warfare, i.e. the manipulation of the environment for hostile military purposes.⁹ Both have destructive effects on the environment and can cause sudden disasters.¹⁰ Climate change creates scenarios very similar to armed conflict.¹¹ Objections have been voiced that there is little evidence of climate change being directly responsible for the outbreak of violent conflict.¹²

³ R. Rayfuse, S.V. Scott, *Mapping the Impact of Climate Change on International Law*, in: R. Rayfuse, S.V. Scott (eds.), *International Law in the Era of Climate Change*, Elgar, Cheltenham: 2012, p. 3.

⁴ C. Gray, *Climate Change and the Law on the Use of Force*, in: R. Rayfuse, S.V. Scott (eds.), *supra* note 3, p. 240.

⁵ See section 3.

⁶ In fact, the greatest single conflict-prone impact of climate change could be environmentally-induced human migration – see C. Vogt, *Security in a “Warming World”: Competences of the UN Security Council for Preventing Dangerous Climate Change*, in: C.M. Bailliet (ed.), *Security: A Multidisciplinary Normative Approach*, Nijhoff, Leiden: 2009, p. 293.

⁷ P. Tielboerger, *International Peace and Security and the Effects of Climate Change: Time for a Green Security Council?*, in: P. Tielboerger, H.-J. Heintze (eds.), *From Cold War to Cyber War: The Evolution of the International Law of Peace and Armed Conflict over the last 25 Years*, Springer, Berlin: 2016, p. 67.

⁸ J. Stigen, O.K. Fauchald, *Environmental Security and the UN Security Council*, in: C.M. Bailliet (ed.), *supra* note 6, p. 329.

⁹ M.A. Ross, *Environmental Warfare and the Persian Gulf War: Possible Remedies to Combat Intentional Destruction of the Environment*, 10 Dickinson Journal of International Law 515 (1992), p. 516, quoting A.H. Westing, *Environmental Warfare: An Overview*, in A.H. Westing, *Environmental Warfare: A Technical, Legal and Policy Appraisal*, Taylor & Francis, New York: 1984, p. 3.

¹⁰ S.M. Christiansen, *Climate Conflicts: A Case of International Environmental and Humanitarian Law*, Springer, Berlin: 2016, pp. 217–218.

¹¹ *Ibidem*, 217.

¹² See C.K. Penny, *Climate Change as a “Threat to International Peace and Security”*, in: S.V. Scott, C. Ku (eds.), *Climate Change and the UN Security Council*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham: 2018, p. 31.

The Secretary General's High-Level Panel on Threats, Challenges and Change report considered environmental degradation as a possible threat to international security.¹³ In a similar, yet more explicit manner, the report of the Secretary-General titled: *In larger freedom: Towards development, security and human rights for all*, following the Millennium Summit, mentioned that

the threats to peace and security in the twenty-first century include not just international war and conflict but [...] also include [...] environmental degradation since th[at] can have equally catastrophic consequences. All of these threats can cause death or lessen life chances on a large scale. All of them can undermine States as the basic unit of the international system.¹⁴

There have been also suggestions to invoke and rely on the concept of the responsibility to protect.¹⁵ For the Small Island Developing States, climate change may even be a temptation to invoke the right to self-defence under Article 51, as the threats posed thereby are even more devastating than regular, traditional armed conflict.¹⁶ It therefore comes as no surprise that it is one of the most controversial topics on the agenda of the Security Council.

3. ACCOMMODATING CLIMATE CHANGE AS A THREAT TO PEACE?

There have been several evident adverse impacts of climate change—food insecurity, water and other resource scarcity and human and animal health risks resulting from floods, storms, desertification, rising temperatures and sea levels—threatening the very existence of several island States. All these factors prove climate change to be a cross-border phenomenon. On the other hand, when the effects of climate change do not transcend State borders it may be less evident to link it with the mandate of the Security Council.¹⁷

There might be different means/levels of Security Council intervention: from refusing to engage, through backdoor responses under the guise of a more traditional heading (such as conflict resolution) or non-binding responses under Chapter VI of

¹³ UN General Assembly, Fifty-ninth session Agenda item 55, 2 December 2004, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, UN Doc. A/59/565.

¹⁴ Fifty-ninth session Agenda items 45 and 55, 21 March 2005, Integrated and coordinated implementation of and follow-up to the outcomes of the major United Nations conferences and summits in the economic, social and related fields. Follow-up to the outcome of the Millennium Summit *In larger freedom: towards development, security and human rights for all*. Report of the Secretary-General, UN Doc. A/59/2005, § 78, p. 24–25.

¹⁵ R. Schubert, H.J. Schellnhuber, N. Buchmann, A. Epiney, R. Griefßhammer, M. Kulessa, D. Messner, S. Rahmstorf, J. Schmid, *Climate Change as a Security Risk*, Earthscan, London: 2008, p. 196.

¹⁶ See M. Nevitt, *Is Climate Change a Threat to International Peace and Security?*, 42 Michigan Journal of International Law 527 (2021), p. 543.

¹⁷ P. Thielboerger, *supra* note 7, p. 83.

the UN Charter¹⁸, to binding Chapter VII measures.¹⁹ The practice by the Council is not always consistent, which may of course affect its credibility.²⁰ As is widely known, Article 39 of the Charter does not define any of the notions needed to trigger its Chapter VII (the threat, breach or act of aggression) so that the Security Council may react flexibly to any of those phenomena. The greatest flexibility is of course given to the notion of a “threat to peace”, traditionally interpreted narrowly, in close connection to a threat of force, which is prohibited under Article 2 (4) UN Charter.²¹ With the passage of time, however, such a restrictive understanding has been gradually liberalised to broaden and expand the meaning of that notion. Since the end of the Cold War one could witness a clear growth in the activity of the Council in respect of applying Chapter VII of the Charter.²² For example, the Council treated as threats to international peace and security serious violations of human rights and international humanitarian law,²³ violations of the right of nations to self-determination²⁴ or even the eruption of an epidemic of the Ebola virus.²⁵ A more recent example is the resolution considering that “the unprecedented extent of the COVID-19 pandemic is likely to endanger the maintenance of international peace and security”.²⁶

According to a learned scholar, “a threat to the peace seems to be whatever the Security Council says is a threat to the peace, which is a political evaluation and, as a matter of principle, not easily subject to legal evaluation”.²⁷ Thus, the conceptual vagueness of peace and security render it difficult to state that the Security Council has exceeded its remit,²⁸ which can even lead to the enactment of general, abstract rules, as was the case with resolutions 1373 and 1540, which set out the obligations imposed on all states. There have been several suggestions for the Security Council

¹⁸ Charter of the United Nations [1945] 1 UNTS 16.

¹⁹ S. Scott, *Implications of Climate Change for the UN Security Council: Mapping the Range of Potential Policy Responses*, 91 International Affairs 1317 (2015).

²⁰ Cf. I. Österdahl, *Threat to the Peace: The Interpretation by the Security Council of Article 39 of the UN Charter*, Iustus, Uppsala: 1998, p. 138.

²¹ See J. Arntz, *Der Begriff der Friedensbedrohung in Satzung und Praxis der Vereinten Nationen*, Humblot und Duncker, Berlin: 1975, p. 64, 110–111.

²² W. Czapliński, *supra* note 1, p. 28. For a detailed analysis, including from a statistical perspective, see P. Wallensteen, P. Johansson, *Security Council Decisions in Perspective*, in: D.M. Malone (ed.), *The UN Security Council: From the Cold War to the 21st Century*, Lynne Rienner, Boulder: 2004, p. 18 ff.

²³ See e.g. Resolution 1264 (1999) adopted by the Security Council at its 4045th meeting, on 15 September 1999, S/RES/1264 (1999).

²⁴ E.g. Resolution 217 (1965) adopted by the Security Council at its 1265th meeting, of 20 November 1965, S/RES/217(1965).

²⁵ See Resolution 2177 (2014) adopted by the Security Council at its 7268th meeting, on 18 September 2014, S/RES/2177(2014), para. 5 of the Preamble.

²⁶ Resolution 2532 (2020) adopted by the Security Council on 1 July 2020, S/RES/2532 (2020).

²⁷ P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, London–New York: 1997, p. 426; cf. J. Combacau, *Le pouvoir de sanction de l'ONU: Etude théorique de la coercition non militaire*, Pedone, Paris: 1974, p. 100.

²⁸ P.H. Kooijmans, *The Enlargement of the Concept “Threat to the Peace”*, in: R.-J. Dupuy (ed.), *Le développement du rôle du Conseil de sécurité, Colloque, La Haye, 21-23 Juillet 1992*, Nijhoff, Dordrecht: 1993, p. 111.

to make use of this scenario when coping with climate change, despite obstacles.²⁹ Its possible future role should not be viewed as a venue to bypass the UNFCCC or other procedures.³⁰ Narrowing the law-making character to binding force in respect of decisions by the Security Council equates the creation of law with its application.³¹

Be that as it may, there have been clear signals suggesting the departure from a State-centred perspective.³² Against the idea to allow the Security Council to address climate change, a fundamental question to be answered is whether the Council oversteps its authority by encroaching on the work of other UN entities and delving into an issue that may often only have tangential links to conflict. Arguably, the climate-security nexus “represents a conglomeration of the multiple topics, relations and implications associated with climate change and security in both theory and practice”.³³ Links between environment and security have been discussed at least since 1971, when Richard Falk argued for environmental change to be treated as a security issue.³⁴ Yet, in 2010 it was still asserted that the Security Council’s engagement “in the climate change *problematique* remains underexplored.”³⁵

This may be perhaps partly explained by the Council’s rather infrequent use of its Chapter VII powers during the Cold War. In this regard, it is important to note that in the beginning the Council did not make use of its powers under Chapter VII. With the end of the Cold War the situation changed completely and the Council has not refrained from exercising its Chapter VII responsibilities in a broader way. A change may be noticed in SCR 687, where the Council considered Iraq to be

liable under international law for any direct loss, damage – including environmental damage and the depletion of natural resources – or injury to foreign Governments, nationals and corporations as a result of its unlawful invasion and occupation of Kuwait.³⁶

²⁹ G. Pleuger, *Climate Change as a Threat to International Peace – The Role of the UN Security Council*, in: S. von Schorlemer, S. Maus (eds.), *Climate Change as a Threat to Peace: Impacts on Cultural Heritage and Cultural Diversity*, Lang, Köln: 2014, p. 34.

³⁰ P.M. Romita, E. Stthoeger, *A Growing Role for the UN Security Council?*, in: E. Sobenes, S. Mead, B. Samson (eds.), *The Environment Through the Lens of International Courts and Tribunals*, Springer, Berlin: 2022, p. 674.

³¹ A. Marschik, *Legislative Powers of the Security Council*, in: R.S.J. Macdonald, D.M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Nijhoff, Leiden: 2005, p. 462.

³² A. Dienelt, *The Climatization of International Peace and Security – A Missed Opportunity?*, in: S. Maljean-Dubois, J. Peel (eds.), *Climate Change and the Testing of International Law / Le droit international au défi des changements climatiques*, Brill, Leiden: 2023, p. 203.

³³ J.N. Hardt, A. Viehoff, *A Climate for Change in the UN Security Council? Member States’ Approaches to the Climate-Security Nexus*, 5 IFSH Research Report (2020), p. 16.

³⁴ S. Cousins, *UN Security Council: Playing a Role in the International Climate Change Regime?*, 25(2) Global Change, Peace & Security 191 (2013), p. 198.

³⁵ D. Conway, *The United Nations Security Council and Climate Change: Challenges and Opportunities*, 1(3) Climate Law 375 (2010), p. 375.

³⁶ Resolution 687 (1991) adopted by the Security Council at its 2981st meeting, on 3 April 1999, S/RES/687(1991). Emphasis added.

In 1992 the Security Council for the first time acknowledged that

the absence of war and military conflicts amongst States does not in itself ensure international peace and security. The non-military sources of instability in the economic, social, humanitarian and ecological fields have become threats to peace and security.³⁷

This statement could be a potential basis for legislation by the Security Council.³⁸

In 2007 the UN Security Council held its first debate on climate change and its implications for international security, which has elevated climate change to a new level.³⁹ Different objectives were at the core of the debate: from raising awareness of the problem and preventing climate change to finally addressing the pressing issue and danger for the most vulnerable states. The opposing view would consider climate change not as a security question, but as an issue within sustainable development. There were also other objections or at least concerns raised against the Security Council infringing on or usurping the authority of the other organs. This is the position of the BRICS countries, among others.⁴⁰ Extensive efforts to activate the Council on climate change have been made thanks to the initiative of elected members.⁴¹

Another reason why the Security Council should not tackle climate change issues may be the need for multilateral arrangements and a more representative body than the Council, with its limited membership and legitimacy.⁴² Very often people advocate for other UN organs, in particular the General Assembly, to play a more active role. The latter organ in Resolution 63/281 (2009), whilst reaffirming the UNFCCC as “the key instrument for addressing climate change” and expressing its deep concern about “the adverse impacts of climate change”, invited “the *relevant* organs of the United Nations, as appropriate and within their respective mandates, to intensify their efforts in considering and addressing climate change, including its possible security implications” and requested the Secretary-General to submit a comprehensive report on the possible security implications of climate change.⁴³ The report⁴⁴ identified five channels through which climate change could affect security

³⁷ UN Security Council Report, S/23500, 31 January 1992, p. 3.

³⁸ P.C. Szasz, *The Security Council Starts Legislating*, 96(4) American Journal of International Law 901 (2002), p. 904.

³⁹ F. Sindico, *Climate Change: A Security (Council) Issue*, 1(1) Carbon & Climate Law Review 29 (2007), p. 33.

⁴⁰ See T. Bruner, *Changing Climate, Unchanged Mandate: BRIC Countries in the UN Security Council*, 11 Climate Law 76 (2021).

⁴¹ A. Kron, *Environmental Peacebuilding and the UN Security Council*. in: N. Schrijver, N. Blokker (eds.), *Elected Members of the Security Council: Lame Ducks or Key Players?*, Brill, Nijhoff, Leiden: 2019, pp. 248 ff.

⁴² M. Binder, M. Heupel, *Contested Legitimacy: The UN Security Council and Climate Change*, in: S.V. Scott, C. Ku, *supra* note 12, pp. 191 ff.

⁴³ Resolution adopted by the General Assembly on 3 June 2009, 63/281. Climate change and its possible security implications, UN Doc. A/63/281 (2009).

⁴⁴ Sixty-fourth session, Item 114 of the provisional agenda, 11 September 2009. Follow-up to the outcome of the Millennium Summit Climate change and its possible security implications. Report of the Secretary-General, UN Doc. A/64/350 (2009).

(vulnerability, development, coping and security, statelessness and international conflict) and noted the perception of climate change “as a ‘threat multiplier’, exacerbating threats caused by persistent poverty, weak institutions for resource management and conflict resolution, fault lines and a history of mistrust between communities and nations, and inadequate access to information or resources”. It also identified several “threat minimizers” (helping to lower the risk of climate-related insecurity).⁴⁵

It is important to note the Statement by the President of the Security Council after the 6587th meeting held on 20 July 2011. There, after acknowledging the UNFCCC and “the global nature of climate change”, it called for “the widest possible cooperation by all countries and their participation in an effective and appropriate international response”, and again invited “the relevant organs of the United Nations, as appropriate and within their respective mandates to intensify their efforts in considering and addressing climate change, including its possible security implications”.⁴⁶

Subsequent resolutions mainly recognised the adverse effects of climate change, although their adoption was often blocked or their language severely constrained. Thus, very often, it was only possible to rely on presidential statements.⁴⁷ Resolution 2242 (2015) on women and peace and security noted in its preamble “the changing global context of peace and security, in particular relating to [...] the impacts of climate change”.⁴⁸

In the present decade there has been a considerable increase in the frequency of the climate change debates within the Security Council—between July 2020 and September 2021 alone there were four debates, exactly as many as in the period 2007 to 2019.⁴⁹ The increasing number of open debates⁵⁰ and Arria-formula⁵¹ meetings also prove helpful in raising awareness of climate-related security threats. It is also important to note some institutional developments, such as the establishment of

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Statement by the President of the Security Council, 20 July 2011, S/PRST/2011/15.

⁴⁷ Statement by the President of the Security Council, 10 December 2012, S/PRST/2012/26; Statement by the President of the Security Council, 16 July 2013, S/PRST/2013/10; Statement by the President of the Security Council, 12 December 2013, S/PRST/2013/20 and subsequent ones.

⁴⁸ Resolution 2242 (2015) adopted by the Security Council at its 7533rd meeting, on 13 October 2015, S/RES/2242 (2015).

⁴⁹ S.V. Scott, N. Nguyen, *The UN Security Council and Climate Security: Responding to a Multifaceted Threat*, in: A. Warren (ed.), *Global Security in an Age of Crisis*, Edinburgh University Press, Edinburgh: 2023, p. 384.

⁵⁰ E.g. UN Security Council, Seventy-third year, 8307th meeting, New York, 11 July 2018, Maintenance of international peace and security, Understanding and addressing climate-related security risks, S/PV.8307; UN Security Council, Seventy-fifth year 8748th meeting, New York, 14 July 2020, Maintenance of international peace and security, S/PV. 8748; UN Security Council, Seventy-eighth year, 9260th meeting, New York, 14 February 2023, Threats to international peace and security, Sea-level rise: implications for international peace and security, S/PV.9260; UN Security Council, Seventy-eighth year, 9345th meeting, New York, 13 June 2023, Threats to international peace and security, Climate change, peace and security, S/PV.9345; UN Security Council, Seventy-ninth year, 9547th meeting, New York, 13 February 2024, Maintenance of international peace and security, The impact of climate change and food insecurity, S/PV.9547.

⁵¹ Named after Ambassador Diego Arria of Venezuela. For more on that informal format, see L. Sievers, S. Daws, *The Procedure of the UN Security Council*, Oxford University Press, Oxford: 2014, pp. 74 ff.

the Climate-Security Mechanism (CSM), the operation of the Group of Friends on Climate and Security and the Informal Expert Group of Members of the Security Council on Climate and Security.

Resolution 2349 (2017) on peace and security in Africa recognised “the adverse effects of climate change and ecological changes among other factors on the stability of the Region, including through water scarcity, drought, desertification, land degradation, and food insecurity”.⁵² The adverse effects of climate change have also been addressed in several other presidential statements⁵³ and resolutions.⁵⁴

Initially, the Council interventions with reference to climate change revolved around Africa. With the adoption of Resolution 2561 on the UN Peacekeeping Force in Cyprus (UNFICYP) in January 2021 and then with Resolution 2576 on the renewal of the UN Assistance Mission for Iraq (UNAMI) in May 2021, the Council successfully expanded the respective geographical scope beyond Africa. Despite some previous attempts, e.g. with regard to Haiti, it was not possible to achieve this before. The subsequent renewals of the BINUH mandate (United Nations Integrated Office in Haiti) offer another reflection of the telling, yet diminishing reluctance. Whilst Resolution 2625 (2022) merely emphasised “the need to address the loss of livelihoods, food security and nutrition, health security, displacement of residents, and access to social infrastructure, including that caused by the earthquake [...] and the passage of Tropical Storm Grace”, Resolution 2692 (2023) recognised that

natural disasters, including hurricanes, earthquakes and floods, and other weather events associated with the adverse effects of climate change, among other factors, can adversely impact food security, water scarcity and the humanitarian situation in Haiti, and may aggravate any existing instability⁵⁵.

On a more optimistic note, it may be worth noting that most recent references to climate change are included even in operative paragraphs of the resolutions.⁵⁶

Still, one may question whether the Council is ready to go beyond ad hoc reactions to certain indirect consequences of climate change and to forestall or minimise its negative impact.⁵⁷ The most telling proof of the lack of the respective readiness may be the fact that the draft resolution on climate and security—which recognised climate-related security threats and emphasised climate and environmental risk factors in the

⁵² Resolution 2349 (2017) adopted by the Security Council at its 7911th meeting, on 31 March 2017, S/RES/2349 (2017), § 23.

⁵³ E.g. Statement by the President of the Security Council, 30 January 2018, S/PRST/2018/3.

⁵⁴ E.g. Resolution 2408 (2018) adopted by the Security Council at its 8215th meeting, on 27 March 2018, S/RES/2408 (2018).

⁵⁵ Security Council resolution 2692 (2023) on extension of the mandate of the UN Integrated Office in Haiti (BINUH) until 15 July 2024, S/RES/2692(2023).

⁵⁶ E.g. Resolutions 2625 and 2567 on the UN Mission in South Sudan (UNMISS), S/RES/2625.

⁵⁷ C.K. Penny, *Greening the Security Council: Climate Change as an Emerging “Threat to International Peace and Security”*, 7(1) International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics 35 (2007), p. 58.

comprehensive assessment and management of threats to peace and security at the national, regional and international levels⁵⁸—was not adopted because of a Russian veto. India voted against it and China cast the sole abstention.⁵⁹ It is important to note that the draft resolution was co-sponsored by 113 States. This is probably the most obvious reflection of the polarised views on the Council's involvement with regard to climate change.

4. CONCLUDING REMARKS

As the preceding analysis has shown, climate change contributes to instability and a prolonged crisis, affecting peace and security indirectly. The threat that climate change and its adverse effects pose to international peace and security is real. Climate change has a direct negative impact on displaced populations, food and water insecurity and rising sea levels. It is therefore safe to conclude that climate change not only exacerbates threats to international peace and security, but is itself a threat to international peace and security. Thus, the Security Council possesses sufficient legal authority to address climate change.

It is important to note that the apparent blindness and reluctance to tackle climate change in more explicit terms nevertheless allows the topic to be smuggled by the back door in order to merely react to it and avoid a veto or avoid revealing greater divides.⁶⁰ There are of course other reflections of such a step-by-step approach, moving from presidential statements to resolutions, and then, within the latter, from preambular to operative paragraphs of the resolutions. Therefore, despite the apparent controversies, it would be impossible to exclude climate change issues from the Security Council prevention strategy, which is indispensable when the organ exercises its primary responsibility for international peace and security.

⁵⁸ UN Security Council, 13 December 2021, The draft resolution in blue on climate and security, S/2021/990.

⁵⁹ UN Security Council, Seventy-sixth year, 8926th meeting, New York, 13 December 2021, Maintenance of international peace and security, Climate and security S/PV.8926.

⁶⁰ Cf. A. Murphy, *The United Nations Security Council and Climate Change: Mapping a Pragmatic Pathway to Intervention*, 13(1) Carbon & Climate Law Review 50 (2019), p. 55.

ŹRÓDŁA FORMALNE PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO PRAW CZŁOWIEKA: TRAKTATY, ZWYCZAJ CZY OGÓLNE ZASADY PRAWA?

Truizmem jest uznawanie źródeł prawa za kluczową problematykę w każdym porządku prawnym. W prawie międzynarodowym ze źródłami wiązane jest szczególne znaczenie. Ze względu na brak centralnej władzy prawodawczej kontrowersje dotyczące międzynarodowych procesów prawotwórczych oraz form istnienia zasad i reguł prawa są trwałym elementem orzecznictwa sądowego, stałym niemal przedmiotem prac Komisji Prawa Międzynarodowego (KPM) i doktrynalnych debat.

Szeroko analizowane w ostatnich dwóch dekadach problemy związane z tak zwaną fragmentacją prawa międzynarodowego *nolens volens* zwracają uwagę na kluczową rolę problematyki źródeł dla normatywności prawa międzynarodowego. To jednolity system źródeł prawa międzynarodowego – zauważa Profesor Władysław Czapliński – jest podstawą jego normatywnej jedności¹. Podzielam to zdanie. Mając na uwadze znaczenie dorobku Jubilata dotyczącego źródeł prawa międzynarodowego, niniejszy tekst dotyczy właśnie tej problematyki. Ściślej, jego przedmiotem są źródła formalne wciąż rozwijającego się prawa międzynarodowego praw człowieka. Skłaniają do tego kontrowersje związane właśnie z jego źródłami formalnymi oraz nierzadko bezkrytycznie przyjmowane utarte przekonania o prawach człowieka w międzynarodowym porządku prawnym. W podręczniku Jubilata i A. Wyrozumskiej znajdujemy w związku z tym twierdzenie, że „nie jest [...] ciągle jasna natura praw współcześnie określanych «prawami człowieka» ani ich rola w prawie międzynarodowym”². Autorzy tego podręcznika zwracają równocześnie uwagę na ważny i – jak sądzę – trafny

¹ Tak: W. Czapliński, *Customary International Law as a Basis of an Individual Criminal Responsibility*, w: B. Krzan (red.), *Prosecuting International Crimes: A Multidisciplinary Approach*, Brill, Leiden: 2016, s. 53.

² W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa: 2014, s. 540–541.

* Roman Kwiecień – profesor nauk prawnych na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie. ORCID: 0000-0003-0831-9203.

pogląd F. Sudre'a, głoszący, że międzynarodowe akty prawa pisanego dotyczące praw człowieka, nie nadały tych praw, lecz je potwierdziły³.

Niejasności związane z naturą i znaczeniem praw człowieka istnieją nie tylko w obrębie międzynarodowego porządku prawnego. Od dawna bowiem dotyczą ich szerszej, pozajurydycznej ontologicznej ważności. Jak zauważa M. Freeman, choć pojęcie praw człowieka jest znaczące, wpływowe i dla wielu ludzi pociągające, to jest „pojęciem nieugruntowanym filozoficznie”. Dotyczy to również tak fundamentalnego aktu, jakim jest Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (1948 r.), która – zdaniem Freemana – „przywraca moc prawną koncepcji praw naturalnych w nowoczesnym przebraniu, ale filozoficzne uzasadnienie dla jej roszczeń pozostaje niejasne”⁴.

Geneza praw człowieka i ich ochrony w prawie krajowym i w prawie międzynarodowym wiązana jest z aktami prawa pisanego. Za akty fundacyjne uchodzą angielskie Magna Charta Libertatum (1215 r.), Habeas Corpus Act (1679 r.), Bill of Rights (1689 r.), francuska Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789 r.), zaś w społeczności międzynarodowej traktaty oraz wspomniana Powszechna Deklaracja Praw Człowieka. Wraz z rozwojem, w okresie międzywojennym i zwłaszcza po II wojnie światowej, traktatowej ochrony praw człowieka ugruntowało się przekonanie o wiodącym znaczeniu umów międzynarodowych dla praw człowieka i, w rezultacie, przekonanie o ich pozycji jako głównego źródła tych praw. Tymczasem B. Simma i P. Alston w inspirującym i często przywoływanym, również krytycznie, studium *The Sources of Human Rights: Custom, Jus Cogens, and General Principles* z pewnym sarkazmem zauważyli, że ostrożność nie jest tym, co cechuje piśmiennictwo prawnicze o prawach człowieka. Wynika to, ich zdaniem, z *wishful thinking*, które stale charakteryzuje prawnicze analizy źródeł formalnych praw człowieka⁵. Przedmiotem niniejszego opracowania jest właśnie ten problem. Mowa będzie w nim o źródłach formalnych prawa międzynarodowego praw człowieka, czyli o formach, w jakich istnieją zasady i reguły prawa, z których wynikają uprawnienia ludzi i obowiązki władz państwowych. Te formy łączą prawa człowieka z międzynarodowym porządkiem prawnym, zaś z szerszej, teoretycznoprawnej perspektywy są, jak określił to H. Hart, „krokiem ze świata przed-prawnego do świata prawnego”⁶. Wychodząc z przekonania o uniwersalizmie praw człowieka w ich substancjalnym wymiarze w artykule staram się zwrócić uwagę na wtórny charakter prawa traktatowego w stosunku do źródeł

³ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris: 2006, s. 40–42. Zob. też C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, Oxford: 2014, s. 3, który przyznaje, że jest raczej niejasne znaczenie przypisywane pojęciu praw człowieka. Tym niemniej, C. Tomuschat podkreśla, że ochrona praw człowieka nie będzie zadowalająca, jeśli będą one związane wyłącznie z ich ustanowieniem przez prawo pozytywne. Zob. zvl. *ibidem*, s. 86–91. Z perspektywy prawa krajowego, zwłaszcza prawa niemieckiego, na uwagę zasługuje analiza „źródłowości” praw człowieka: R. Alexy, *Teoria praw podstawowych*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa: 2010, s. 390–428.

⁴ M. Freeman, *Prawa człowieka*, Sic!, Warszawa: 2007, s. 46, 54.

⁵ B. Simma, P. Alston, *The Sources of Human Rights: Custom, Jus Cogens, and General Principles*, 12 Australian Yearbook of International Law 82 (1989), s. 82.

⁶ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford: 2012, s. 94.

formalnych niepisane prawa międzynarodowego – ogólnych zasad prawa i zwyczaju. Z drugiej strony nie podważam jednak znaczenia prawa traktatowego i podkreślam kluczową rolę traktatów w instytucjonalnym wymiarze międzynarodowej ochrony praw człowieka.

B. Simma i P. Alston we wspomnianym artykule sceptycznie odnieśli się do wielostronnych umów międzynarodowych i zwyczaju jako źródeł formalnych prawa międzynarodowego praw człowieka. W rezultacie, nawiązując do podstaw wyrokowania Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS) określonych w art. 38 jego Statutu, upatrują głównego źródła formalnego tego prawa w ogólnych zasadach prawa. W dużej mierze podzielam ich wątpliwości, zwłaszcza te dotyczące traktatów jako głównego źródła formalnego prawa międzynarodowego praw człowieka. Wątpliwości te wynikają w moim przekonaniu przede wszystkim z trudności w przekonującym uzasadnieniu pozycji traktatów jako źródła formalnego ogólnego prawa międzynarodowego (*general international law*). Skuteczność i przeciwstawność *erga omnes* zasad i reguł jest tym, co odróżnia ogólne prawo międzynarodowe od innych reżimów w międzynarodowym porządku prawnym znanych jako *lex specialis*, *self-contained regimes* czy prawo partykularne. I w takim znaczeniu termin *general international law* będzie używany w niniejszym artykule.

Wobec dużej wartości poznawczej i konstruktywności wyводу B. Simmy i P. Alstona dotyczącego źródeł formalnych praw człowieka wskazane wydaje się przedstawienie ich głównych argumentów. Służyć one będą jako punkt wyjścia do krytycznej analizy przedmiotowego problemu. B. Simma i P. Alston zauważają, że choć traktaty wielostronne w wielu sytuacjach dają solidną podstawę ochrony prawa człowieka, to nie mogą uchodzić za wyłączne, a nawet główne, źródło formalne praw człowieka, ponieważ wciąż spora grupa państw nie jest stronami wielu ważnych „prawnoczłowieczych” traktatów⁷. Upatrywanie takiego podstawowego źródła w zwyczaju międzynarodowym również nie jest zasadne z powodu głębokiego „kryzysu tożsamościowego” (*identity crisis*) w jakim, ich zdaniem, znajduje się prawo zwyczajowe. Wyrazem tego kryzysu jest pomijanie w procesie identyfikacji prawa zwyczajowego jego cech i uwarunkowań strukturalnych w celu osiągnięcia pożądanego *policy outcome*, np. ochrony praw człowieka, a w rezultacie, odwoływanie się w praktyce do tego, co nie przypomina prawa zwyczajowego⁸. Choć obaj autorzy nie kwestionują

⁷ B. Simma, P. Alston, *supra* note 5, s. 82. Od czasu opublikowania tego artykułu zauważalnie wzrosła liczba stron traktatów prawnoczłowieczych, przyjęto również nowe traktaty. Tym niemniej, te uchodzące za najważniejsze, np. Pakty Praw Człowieka czy Konwencja o zapobieganiu i karaniu ludobójstwa, wciąż nie mają charakteru powszechnego w pełnym tego słowa znaczeniu.

⁸ *Ibidem*, s. 83, 88, 96. B. Simma i P. Alston krytykują zarówno Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej, który identyfikując zwyczaj, badał tylko praktykę i pomijał, ich zdaniem, *opinio iuris*, jak i MTS, którego podejściu do zwyczaju zarzucają podkreślanie znaczenia *opinio iuris* i ignorowanie praktyki (*ibidem*, s. 88, 97). Spośród innych reprezentatywnych przedstawicieli nauki prawa charakteru źródła formalnego praw człowieka odmawiają zwyczajowi m.in. L. Henkin, *Human Rights and State Sovereignty*, 25(1) Georgia Journal of International and Comparative Law 31 (1996), s. 35; oraz, w kontekście międzynarodowego prawa karnego, W. Czapliński, *supra* note 1, s. 54. W zwyczaju upatrują go natomiast np. A. Cassese, *International Law*,

obowiązywania pewnych reguł prawa zwyczajowego praw człowieka, to w związku z „tożsamościowym kryzysem” zwyczaju międzynarodowego postulują poszukiwanie innego sposobu uzasadnienia „mocy prawnej powszechnie uznawanych praw człowieka”⁹. Ich propozycja jest dwuwymiarowa. Po pierwsze, dotyczy metodyki ustalania obowiązków państw wobec ludzi – tu proponują podejście oparte na ich „autorytatywnej wykładni” (*authoritative interpretation approach*) jaka oferowana jest przez sądy i inne organy traktatowe. Po drugie, opowiadają się za odejściem od postrzegania praktyki państw za kluczowy czynnik generujący normy dotyczące podstawowych praw człowieka i ich ochrony. Ich zdaniem, to na ogólnych zasadach prawa rozumianych szerzej niż zasady prawa *in foro domestico* oparte jest *general international law* w zakresie praw człowieka. Z tych zasad wynikają również normy o charakterze *iuris cogentis* dotyczące praw podstawowych, ponieważ dla ich normatywnego znaczenia kluczowa i zarazem wystarczająca jest nie tyle praktyka państw, ile ich *opinio iuris*¹⁰.

Istotnie, spora część prawników kieruje się „myśleniem życzeniowym” upatrując w traktatach jako aktach prawa pisanego i, w domyśle, prawa pewniejszego, głównego źródła prawa międzynarodowego praw człowieka i ich ochrony. Odpowiada to ogólniejszemu trendowi we współczesnej nauce prawa międzynarodowego, w której eksponowane jest znaczenie prawa traktatowego w tworzeniu zasad i reguł tego prawa¹¹. Zwolennicy *treaty primacy thesis* nie przywiązują jednak dostatecznej wagi do

Oxford University Press, Oxford: 2005, s. 393–396; W. Schabas, *Customary International Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford: 2021; J. Tasioulas, *Custom, Jus Cogens, and Human Rights*, w: C.A. Bradley (red.), *Custom's Future: International Law in a Changing World*, Cambridge University Press, Cambridge: 2016, s. 95. Ich poglądy wymagają krótkiego komentarza, ponieważ są w dużej mierze wyrazem „myślenia życzeniowego”, o którym mówili B. Simma i P. Alston. J. Tasioulas widzi w zwyczaju główne źródło praw człowieka, opierając się na *moral judgment-based account of customary law*. Wydaje się, że w jego argumentacji występuje niespójność. Twierdzi bowiem, że dla identyfikacji reguły zwyczajowej konieczna jest jedynie „akceptacja” reguły bez wsparcia ze strony szerokiej i trwałej praktyki państw (*without the support of widespread and consistent state practice*). Jest to jednak arbitralne twierdzenie, a jego arbitralność uwidacznia się na tle jednoznacznego odrzucenia przez J. Tasioulasa poglądu P. Alstona i B. Simmy o ogólnych zasadach prawa jako źródle praw człowieka. Stanowisko W. Schabasa również nie jest klarowne; można mu nawet zarzucić niekonsekwencję. Z jednej strony podkreśla on bowiem zasadniczą rolę zwyczaju dla prawa praw człowieka i ścisłe współdziałanie i związku między traktatami i zwyczajem w tym prawie, lecz z drugiej strony głosi, że prawo praw człowieka, inaczej niż reguły prawa humanitarnego, „zostało skodyfikowane zanim doszło do ustalenia norm zwyczajowych” (*human rights law was codified before customary norms were identified*) – *ibidem*, s. 83. W. Schabas nie wyjaśnia jednak jaką formę prawną miały pierwotnie, tj. przed „kodyfikacją”, reguły praw człowieka.

⁹ B. Simma, P. Alston, *supra* note 5, s. 98.

¹⁰ *Zob. ibidem*, s. 101–104.

¹¹ O tak zwanej *treaty primacy thesis* *zob.* M. Prost, *Sources and the Hierarchy of International Law. Sources Preferences and Scales of Values*, w: S. Besson, J. D'Aspremont (red.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2017, s. 640, 645–650. Krytycznie o traktatach jako źródle prawa praw człowieka *zob.* powołany artykuł B. Simmy, P. Alstona, *supra* note 5, s. 83–84 oraz B. Simma, *Sources of International Human Rights Law: Human Rights Treaties*, w: S. Besson, J. D'Aspremont (red.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2017, s. 871, 875, 878–881. B. Simma zwraca w szczególności uwagę na „międzypaństwową podstawę” (*interstate foundation*) traktatowych praw człowieka, czego konsekwencją jest jego zdaniem brak rzeczywistych, poza reżimami

głównych reguł prawa traktatów, których źródłem notabene nie jest prawo traktatowe, mianowicie, ważności traktatu tylko wobec podmiotów, które wyraziły zgodę na związanie się nim oraz jej konsekwencji – reguły *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Z tych reguł wynika nieskuteczność, czyli nieprzeciwstawność (*non-opposability*), jak w swoim orzecznictwie określa to MTS, postanowień traktatowych wobec podmiotów trzecich. Taki skutek wywołują jedynie zasady i reguły *general international law*. Wątpliwe jest jednak czy traktaty ze względu na swą kontraktualną naturę mogą być jego źródłem.

W niewystarczającym stopniu, jak się wydaje, przywiązywana jest w dyskursie o źródłach uwaga do różnic między traktatami deklaratoryjnymi (*declaratory*) i tzw. prawotwórczymi (*law-making* albo *non-declaratory*). Według J. Crawforda oczywisty jest powód zwrócenia szczególnej uwagi na tę pierwszą grupę traktatów. Twierdzi on, że

strony traktatu deklaratywnego potwierdzają, przynajmniej między sobą, ale być może *erga omnes*, że dana propozycja odzwierciedla ogólne prawo międzynarodowe. Traktat deklaratywny jest wyrazem *opinio juris*, tego tajemniczego fenomenu¹².

To traktaty deklaratoryjne są podstawową formą kodyfikacji prawa międzynarodowego, czyli systematyzowania i precyzowania reguł prawa, w których, jak głosi art. 15 Statutu Komisji Prawa Międzynarodowego (KPM), „istnieje rozległa praktyka państw, orzecznictwo doktryna”¹³. Traktaty prawotwórcze uchodzą tymczasem za wyraz „stopniowego rozwoju prawa międzynarodowego”, czyli ustanawiania nowych reguł prawa¹⁴. Rzecz jednak w trudności, a wręcz niemożliwości, wyznaczenia wyraźnej granicy między obu rodzajami traktatów, czego przykładem są również traktaty kodyfikacyjne. W każdym razie, traktaty kodyfikacyjne, nawet te uchodzące za udany i potrzebny efekt systematyzacji prawa, w tym Konwencja wiedeńska o prawie traktatów¹⁵, nie składają się tylko z reguł deklaratoryjnych. Nie ma bowiem w praktyce ani

Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Unii Europejskiej, traktatowych „obowiązków pozytywnych” państw wobec ludzi, które odpowiadałyby obowiązkowi władz państwowych w świetle krajowego prawa publicznego.

¹² J. Crawford, *Chance, Order, Change. The Course of International Law*, Hague Academy of International Law, Hague: 2014, s. 121. Tł. redakcja.

¹³ Statute of the International Law Commission, adopted by the General Assembly in resolution 174 (II) of 21 November 1947, as amended by resolutions 485 (V) of 12 December 1950, 984 (X) of 3 December 1955, 985 (X) of 3 December 1955 and 36/39 of 18 November 1981, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf> (dostęp 15 września 2024).

¹⁴ *Zob. np.* A. D'Amato, *Treaties as a Source of General Rules of International Law*, 3(2) Harvard International Law Journal 1 (1962), s. 1, 6–12, 13–17; C. Brölmann, *Law-Making Treaties: Form and Function in International Law*, 74(3–4) Nordic Journal of International Law 383 (2005), s. 383; M. Fitzmaurice, *Treaties*, w: A. Peters (red.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2021, par. 16, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1481?prd=MPIL> (dostęp 15 września 2024).

¹⁵ Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów sporządzona w Wiedniu 23 maja 1969 r. [1990] Dz.U. Nr 74, poz. 439. *Zob. np.* J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press,

„czystych” traktatów deklaratoryjnych, ani „czystych” traktatów prawotwórczych. Problem leży w gruncie rzeczy w proporcji reguł deklaratywnych i prawotwórczych w danym traktacie. Nadto, proces tworzenia każdego traktatu oparty jest na ogólnych zasadach prawa, w tym również tych wynikających z krajowych porządków prawnych¹⁶. Jako wyraz *opinio iuris* państw zasady ogólne mają znaczenie nie tylko dla substancjalnych norm prawa międzynarodowego, ale i dla porządkowania relacji między jego źródłami. Są po prostu „regułami drugiego rzędu”, by użyć języka H.L.A. Harta. W każdym razie, traktatowe reguły deklaratywne nie stanowią źródła nowego prawa, lecz potwierdzają prawo obowiązujące przed wejściem w życie traktatu, w którym zostały one zawarte.

Z kolei w odniesieniu do traktatów prawotwórczych (*law-making treaties*) istnieją duże wątpliwości czy rzeczywiście tworzą one prawo skuteczne *erga omnes* i tym samym czy są źródłem formalnym *general international law*. Opinie opowiadające się za tym, co więcej, podnoszące skuteczność pewnych traktatów wobec podmiotów trzecich¹⁷, nie wydają się uzasadnione w stopniu nawet dostatecznym. Określenie ich jako „myślenie życzeniowe” nie jest więc nieuzasadnione. Z czego bowiem wynikałby obowiązek ich przestrzegania przez podmioty nie będące stronami? Na pewno nie z samego traktatu. Hipotetycznie byłaby to albo ogólna zasada prawa, albo zwyczaj. Hipotetycznie, bowiem prawo międzynarodowe takich nie zna. Obowiązują w nim natomiast zasady *pacta sunt servanda* i *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Wspomniane „myślenie życzeniowe” wobec głównej i sprawczej roli traktatów wynika również z zapoznania, a przynajmniej niedostatecznego uwzględnienia, trzech w równym stopniu ważnych i współzależnych wymiarów porządku prawnego: materialnego, instytucjonalnego i proceduralnego.

Bezdiskusyjna pozostaje rola traktatów w wymiarze instytucjonalnym, również w zakresie ochrony praw człowieka. Bez opartych na wyraźnej zgodzie państw obowiązkach traktatowych bądź obowiązkach powstałych na mocy wiążących uchwał organizacji międzynarodowych nie jest możliwe powstanie i funkcjonowanie instytucji skutecznie kontrolujących działania władz państwowych wobec ludzi podlegających ich jurysdykcji. Niezbędność prawa traktatowego dotyczy również większości, choć nie wszystkich, reguł proceduralnych służących ochronie praw człowieka oraz egzekwowania odpowiedzialności za ich naruszanie, w tym odpowiedzialności karnej. Reguły substancjalne wskazujące na konkretne prawa ludzi i obowiązki państw oraz reguły proceduralne służące ochronie tych praw i kontroli działań państw, są

Oxford: 2019, s. 353, który twierdzi, że nie można było stwierdzić, że Konwencja wiedeńska jako całość stanowi deklarację ogólnego prawa międzynarodowego.

¹⁶ J. Crawford, *supra* note 12, s. 145; J. Crawford, *supra* note 15, s. 32; R. Jennings, A. Watts, *Oppenheim's International Law*, Longman, London: 1996, s. 40.

¹⁷ *Zob. np.* Dissenting Opinion sędziego Alvareza do opinii doradczej w sprawie *Reservations to the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Rep 1951, s. 15, 53 („Reservation”). Sędzia Alvarez twierdził: „traktaty prawotwórcze podpisane przez zdecydowaną większość państw powinny być wiążące dla pozostałych państw, nawet jeśli nie zostały one przez nie wyraźnie zaakceptowane”. Podobnie A. D'Amato, *supra* note 14, s. 12.

bezsilne bez stosownych instytucji. Bez instytucji nie istnieją bowiem fora, w ramach których działalność państw podlegałaby skutecznej kontroli. Obecnie spektakularnym wyrazem takiej bezyły jest brak międzynarodowego forum (sądu), przed którym możliwe byłoby pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za zbrodnię agresji osób zasiadających we władzach Federacji Rosyjskiej w związku z jej napaścią zbrojną na Ukrainę. Na marginesie, optymalnym rozwiązaniem byłoby przyjęcie traktatu tworzącego specjalny sąd karny, którego stroną stałaby się również Rosja, co obecnie nie wydaje się możliwe.

Prawo traktatowe okazuje się jednak niewystarczające w wymiarze substancjalnym ochrony praw człowieka, czyli tego, jakie prawa podstawowe są powszechnie ważne i winny podlegać ochronie. Wyrazem takiego uniwersalistycznego stanowiska jest Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, której art. 1, zdanie pierwsze, głosi: „wszyscy ludzie rodzą się wolni i równi w swej godności i swych prawach”. Ujmijmy ten problem w dwóch następujących pytaniach. Pytanie pierwsze – czy państwa niebędące stronami Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r.¹⁸ nie są związane wobec osób podlegających ich jurysdykcji zakazem arbitralnego pozbawiania życia (art. 6), zakazem tortur (art. 7) czy zakazem niewolnictwa (art. 8)? I drugie pytanie – czy wobec prawnie niewiążącego charakteru Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, prawa w niej proklamowane to jedynie wyraz woli politycznej i przejaw w równym stopniu uprawnionych ideowych i kulturowych stanowisk państw, które, z jednej strony, przyjęły tę rezolucję, jak i, z drugiej strony, ośmiu państw, które wstrzymały się wówczas od głosu? Opowiadając się za uniwersalizmem praw podstawowych człowieka, należy przypomnieć rzecz rudymenarną, jaką jest istnienie i obowiązywanie praw człowieka nie dla władz państwowych, rynków gospodarczych, religii czy obyczajów kulturowych, lecz dla ludzi. Na tym przekonaniu właśnie opiera się Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, której wstęp rozpoczyna *dictum* o „uznaniu przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej” za „podstawę wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie”. Z tego wynika stała aktualność Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, a nawet – jak ujęła to R. Higgins – konieczność dalszego opierania się na „nieprzerwanej uniwersalności Powszechnej Deklaracji” (*the continuing universality of the Universal Declaration*)¹⁹.

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka jednak ze względu na formę prawnie niewiążącej rezolucji Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych (ZO ONZ) nawet dla państw głosujących za jej przyjęciem nie była źródłem obowiązku przestrzegania proklamowanych w niej praw. Jeden z głównych promotorów ochrony praw człowieka po II wojnie światowej – H. Lauterpacht, uważał w związku

¹⁸ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r. [1977] Dz.U. Nr 38, poz. 167.

¹⁹ R. Higgins, *The Continuing Universality of the Universal Declaration*, w: R. Higgins, *Themes and Theories*, Oxford University Press, Oxford: 2009, s. 666. Zob. też W. Schabas, *supra* note 8, s. 80–83 i C. Tomuschat, *supra* note 3, s. 50–52.

z tym, że Powszechna Deklaracja Praw Człowieka nie jest „instrumentem prawnym” i nie stała się częścią prawa międzynarodowego²⁰. Ocena ta okazała się jednak w świetle późniejszej praktyki zbyt uproszczona, ponieważ pomimo niewiążącego charakteru Deklaracja odegrała, jak i inne rezolucje ZO ONZ, ważną rolę w międzynarodowym procesie prawotwórczym. Obrazuje to wagę pytania o formalne źródła praw podstawowych człowieka i ich jurydyczne uzasadnienie.

Podzielam przedstawione wyżej zdanie B. Simmy i P. Alstona upatrujące w tym charakterze ogólne zasady prawa i w pewnym zakresie zwyczaj międzynarodowy. Znaczenie ogólnych zasad jako formy istnienia prawa przejawia się przede wszystkim w odniesieniu do praw człowieka o charakterze *iuris cogentis*. Znaczna większość tego rodzaju norm prawa praw człowieka ma charakter zakazujący. Zwróćmy choćby uwagę na wymienione wyżej prawa z art. 6–8 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Taki ich charakter zobowiązuje państwa w pierwszym rzędzie do powstrzymywania się od działań zakazanych, np. ludobójstwa, tortur czy niewolnictwa. Wykonywanie tych obowiązków nie jest więc „działaniem czynnym”, bo takie byłoby naruszeniem zakazu prawnego, lecz „praktyką negatywną”, czyli powstrzymywaniem się od działań zakazanych. Z tego względu uwydatnia się tu znaczenie nie tyle działań państw, ile ich świadomości obowiązków powstrzymywania się od określonych działań. To właśnie, zdaniem B. Simmy i P. Alstona, przemawia za upatrywaniem w ogólnych zasadach prawa, a nie w zwyczaju, głównego źródła praw człowieka. Według nich, dla powstania imperatywnej normy ogólnego prawa międzynarodowego wystarczające jest powszechne *opinio iuris*, czyli „uznanie przez całą społeczność państw za normę, od której żadne odstępstwa nie są dopuszczalne”. To dzięki ogólnym zasadom prawa, podstawowe prawa człowieka są częścią *general international law*²¹. Zwróćmy też uwagę na inną, choć nie najważniejszą, przeszkodę

²⁰ H. Lauterpacht, *The Universal Declaration of Human Rights*, 25 British Yearbook of International Law 354 (1948), s. 354, 369.

²¹ B. Simma, P. Alston, *supra* note 5, s. 104. Zob. też T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford University Press, Oxford: 1989, s. 88–89. T. Meron dostrzega niewykorzystanie normatywnego potencjału ogólnych zasad prawa. Co więcej, wobec wewnątrzpaństwowego charakteru praktyki dotyczącej praw człowieka uznaje za „dziwne”, że źródło, o którym mowa w art. 38(1)(c) Statutu MTS nie zyskało większego uznania jako środek/forma wzmacniająca jurydyczne znaczenie praw proklamowanych w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i w innych aktach dotyczących praw człowieka. Inaczej, zdaniem T. Merona, wygląda to w odniesieniu do norm międzynarodowego prawa humanitarnego, w obrębie którego zwyczaj odgrywa większą rolę. Za ogólnymi zasadami prawa jako głównym źródłem prawa praw człowieka opowiadają się też W. Kälin, J. Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford University Press, Oxford: 2010, s. 71. Por. również B. Cronin, *Purging the Odious Scourge of Atrocities: The Limits of Consent in International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2023, s. 25–35, który podważa rolę zwyczaju jako źródła głównych reguł prawa międzynarodowego praw człowieka i upatruje go w *international consensus*, który nie tyle odzwierciedla praktykę, ile tworzy ją. Argumentacji tego autora trzeba jednak zarzucić niespójność, powierzchowność i w rezultacie jedynie pozorną nowatorskość. To bowiem w czym B. Cronin upatruje „nowego” źródła praw człowieka, czyli „międzynarodowy konsensus”, który wykracza poza ramy indywidualnej zgody państw nie jest wcale nowym źródłem, lecz sposobem kształtowania się zgodnej świadomości państw prowadzącym do niekwestionowanego źródła formalnego prawa międzynarodowego, którego znaczenie dla praw człowieka podkreślają B. Simma i P. Alston, czyli ogólnych zasad prawa.

dla upatrywania w tym charakterze zwyczaju. Otóż, w kształtowaniu się reguł prawa zwyczajowego tradycyjnie podkreślana jest ciągłość pewnej praktyki w stosunkach między państwami. Tymczasem w odniesieniu do praw człowieka, jest to zachowanie się organów państwowych na forum wewnętrznym, czyli wobec osób podlegających ich jurysdykcji. Nie przekreśla to jednak znaczenia zwyczaju jako źródła pewnych norm dotyczących ochrony praw człowieka, czego przykładem może być zasada *non-refoulement* ukształtowana obecnie w dużej mierze w wyniku sądowego stosowania prawa w różnych jurysdykcjach krajowych.

Stanowisku B. Simmy i P. Alstona zarzucane było nieuwzględnianie braku uznania i implementacji „prawnoczwolniczych” ogólnych zasad prawa w krajowych porządkach prawnych²². Nie wydaje się jednak, aby ta krytyka była w pełni uzasadniona, ponieważ ogólne zasady prawa jako źródło prawa międzynarodowego mogą wynikać zarówno z forum krajowego, jak i kształtować się w środowisku ściśle międzynarodowym. Podkreśla to projekt konkluzji KPM z 2023 r. o ogólnych zasadach prawa²³. Niektórzy autorzy podważają również znaczenie ogólnych zasad dla praw człowieka z powodów ich treściowej niedookreśloności oraz rzekomej tożsamości z „prawem naturalnym”²⁴. Podniesione kwestie tym bardziej skłaniają do ostrożnego badania problemu źródeł formalnych prawa międzynarodowego praw człowieka. Zachowawczość dużej części nauki prawa wobec źródeł niepisanego prawa międzynarodowego wynika przede wszystkim z problemów dotyczących identyfikacji zasad i reguł prawa zwyczajowego i ogólnych zasad prawa. Tego rodzaju problemów nie rodzą traktaty, których normatywna ważność oparta jest na aktach woli i zgody stron uzewnętrznianej w podpisaniu, zatwierdzeniu, ratyfikacji, przystąpieniu lub w innej formie określonej przez konkretny traktat. Tymczasem bardziej problematyczne jest to w przypadku zwyczaju, gdzie obok empirycznie weryfikowalnej praktyki niezbędną jest *opinio iuris*, i jeszcze trudniejsze wobec ogólnych zasad prawa ufundowanych „tylko” na *opinio iuris* państw. Mamy tu do czynienia ze swego rodzaju paradoksem. Otóż, źródła międzynarodowych zobowiązań prawnych, których ważność i skuteczność wobec ich adresatów stosunkowo łatwo stwierdzić, czyli traktaty i wiążące uchwały organizacji międzynarodowych, trudno uznać za źródła *general international law*,

²² Tak: A. Pellet, *‘Droits-de-l’homme’ et Droit International*, 1 Droits Fondamentaux 167 (2001), s. 167, 172.

²³ Zob. ILC, 74th session, Geneva, 24 April–2 June and 3 July–4 August 2023, General Principles of Law. Text of the Draft Conclusions Provisionally Adopted by the Drafting Committee on First Reading, A/CN.4/L.982: Projekt wniosku 3 (Kategorie ogólnych zasad prawa). Ogólne zasady prawa obejmują te: (a) które wywodzą się z krajowych systemów prawnych; (b) które mogą być tworzone w ramach międzynarodowego systemu prawnego. Tł. redakcja.

²⁴ Np. S. Wheatley, *The Idea of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford: 2019, s. 12. Odrzuca on ogólne zasady w charakterze źródła praw człowieka, ponieważ nie są one jego zdaniem „prawem pozytywnym”, lecz „prawem naturalnym”. W książce tej nie znajdujemy wobec tego rozdziału o ogólnych zasadach prawa, a jedynie o roli zwyczaju i traktatów. Argumentacja S. Wheatleya nie przekonuje jednak, ściślej rzecz biorąc jest arbitralna, ponieważ twierdzenie o ogólnych zasadach jako „jedynie” źródle prawa naturalnego pozbawiona jest jakiegokolwiek uzasadnienia. S. Wheatley nie wyjaśnia przy tym, czym jest to prawo naturalne.

ponieważ reguły z nich wynikające nie są skuteczne i przeciwstawne *erga omnes*. A przecież uniwersalizm podstawowych praw człowieka wyraża się w ich przysługiwaniu wszystkim ludziom oraz ich respektowaniu przez wszystkie inne podmioty, zarówno osoby fizyczne, jak i podmioty zorganizowane. Dotyczy to w szczególności praw człowieka o charakterze peremptoryjnym, np. zakazu arbitralnego pozbawiania życia, zakazu ludobójstwa, zakazu niewolnictwa czy zakazu tortur. Przypomnijmy w tym kontekście definicję normy peremptoryjnej z art. 53, zd. 2 Konwencji o prawie traktatów z 1969 r.²⁵:

W rozumieniu niniejszej konwencji imperatywną normą powszechnego prawa międzynarodowego jest norma przyjęta i uznana przez międzynarodową społeczność państw jako całość za normę, od której żadne odstępstwo nie jest dozwolone i która może być zmieniona jedynie przez późniejszą normę powszechnego prawa międzynarodowego o tym samym charakterze.

Obecny w językach autentycznych tego traktatu kodyfikacyjnego termin „norma peremptoryjna ogólnego prawa międzynarodowego” (*a peremptory norm of general international law; une norme impérative du droit international général*), w urzędowym tłumaczeniu na j. polski został przełożony, co obrazuje przytoczona definicja, jako „norma peremptoryjna powszechnego prawa międzynarodowego”. Budzi to pewne wątpliwości zarówno natury prawnej, jak i translatorskiej. W języku prawniczym „ogólny” i „powszechny” to nie zawsze synonimy. Synonimicznie natomiast zostały one potraktowane w przytoczonym tłumaczeniu urzędowym. Waler powszechny w porządku prawnym uzyskują bowiem normy prawne, które wynikają z prawa ogólnego, czyli skutecznego *erga omnes* niezależnie od wyraźnej zgody adresatów. Powszechność prawa jest wobec tego wtórna wobec ogólności normy, z której ono wynika. Po tej uwadze natury translatorskiej wróćmy do sprawy ważniejszej, czyli związku norm *ius cogens* z ogólnym prawem międzynarodowym w przytoczonej definicji normy peremptoryjnej.

Związek ten zasługuje na podkreślenie i uważną analizę, ponieważ wynika z niego, że charakteru peremptoryjnego nie mogą uzyskać normy, które nie są wiążące i skuteczne wobec wszystkich podmiotów porządku prawnego. W celu uzyskania takiej skuteczności nie jest – w świetle definicji normy *ius cogens* – konieczna *general practice*

²⁵ Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów sporządzona w Wiedniu 23 maja 1969 r. [1990] Dz.U. Nr 74, poz. 439. *Zob. też* Report of the ILC, Seventy-first session (29 April–7 June and 8 July–9 August 2019), General Assembly Official Records, Seventy-fourth Session, Supplement No. 10, A/74/10: *Text of the draft conclusions on peremptory norms of general international law (ius cogens)*, przyjęty po pierwszym czytaniu przez Komisję Prawa Międzynarodowego w dniu 31 maja 2019 r., a następnie 7 sierpnia 2019 r. przekazany za pośrednictwem Sekretarza Generalnego ONZ do konsultacji rządów państw członkowskich; oraz Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*ius cogens*) 2022, (A/77/10, para. 43), 2(2) Yearbook of the International Law Commission (2022), przyjęty przez KPM w 2022 r., i przedłożony Sekretarzowi Generalnemu ONZ. Przyjęta przez Komisję w konkluzji 2. w projekcie z 2019 r. i w konkluzji 3. w projekcie z 2022 r. definicja normy peremptoryjnej jest tożsama z tą z art. 53 VCTL. Ten związek wprost podkreśla komentarz Komisji do konkluzji 2. załączony do projektu z 2019 r.

niezbędna dla zwyczaju, lecz „akceptacja i uznanie przez wspólnotę międzynarodową państw jako całość”²⁶. „Akceptacja i uznanie” mogą przybrać formę uznania wyraźnego lub milczącej akceptacji albo przyzwolenia (*acquiescence*). Ta druga forma akceptacji i uznania ma szczególne znaczenie dla normatywnego ugruntowania praw człowieka w międzynarodowym porządku prawnym²⁷. Większość praw podstawowych człowieka o charakterze peremptoryjnym ma bowiem postać zakazów zobowiązujących państwa do powstrzymywania się od konkretnych działań wobec ludzi podlegających ich jurysdykcji²⁸. Nie jest wobec powyższego nieuzasadniony przedstawiony wyżej pogląd B. Simmy i P. Alstona upatrujący właśnie w ogólnych zasadach prawa głównego źródła praw człowieka. Ogólne zasady prawa są formą, w której prawa te weszły do głównego normatywnego nurtu prawa międzynarodowego²⁹. Ścisły związek między prawami podstawowymi człowieka a ogólnym prawem międzynarodowym to w moim przekonaniu kluczowy argument dla prawniczego uzasadnienia ich powszechności. „Uniwersalne/powszechne” w porządku prawnym dotyczy aspektu podmiotowego, „ogólne” zaś rzeczowego. Relację między nimi można ująć następująco: wiążącym i w rezultacie skutecznym uniwersalnie, czyli wobec wszystkich podmiotów, są normy wynikające ze źródeł, których normatywna ważność nie jest uzależniana od każdorazowej zgody podmiotu. Traktaty nie są w stanie sprostać temu wymogowi. Dlatego np. nowe państwo nie staje się *ipso iure* stronami traktatów, zaś skutki sukcesji traktatów mogą być, w zależności od rodzaju zmian terytorialnych, różne. Czy nowe państwa nie są jednak związane normami peremptoryjnymi, w których kształtowaniu się nie brały udziału, np. zakazem ludobójstwa?

²⁶ W. Czapliński, *Jus Cogens and the Law of Treaties*, w: C. Tomuschat, J.M. Thouven (red.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Nijhoff, Hague: 2006, s. 83, 91–92. W. Czapliński zwraca uwagę na różnice między normami *ius cogens* a zwyczajem i podkreśla, że o ile dla uzyskania przez normę prawa międzynarodowego charakteru peremptoryjnego konieczne jest jej powszechne uznanie za taką przez państwa, o tyle dla powstania zwyczaju wymóg powszechności w kontekście jednolitości praktyki nie jest konieczny.

²⁷ Zob. A. Hêche, *L'acquiescement en droit international*, Bruylant, Bruksela: 2023, s. 601–623.

²⁸ Obrazuje to również aneks do przyjętych przez KPM projektów konkluzji o normach *ius cogens* i ich identyfikacji (*supra* note 25), który zawiera (niewyczerpujący) katalog norm peremptoryjnych. Wymienia on: a) zakaz agresji; b) zakaz ludobójstwa; c) zakaz zbrodni przeciwko ludzkości; d) podstawowe zasady międzynarodowego prawa humanitarnego; e) zakaz dyskryminacji rasowej i *apartheidu*; f) zakaz niewolnictwa; g) zakaz tortur; h) prawo do samostanowienia.

²⁹ Tak też T. Meron, *supra* note 21, s. 88, który upatruje w ogólnych zasadach prawa „ścieżki wprowadzającej normy dotyczące praw człowieka do ogólnego prawa międzynarodowego”. Tym niemniej, ten rozwój prawa międzynarodowego i wiązany z nim optymizm tonuje swoisty sceptycyzm wynikający z nieczęstego odwoływania się przez państwa do norm peremptoryjnych w praktyce oraz trudności w precyzyjnej identyfikacji ich treści. Dobrze pokazują to np. W. Czapliński, *Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Criminal Responsibility*, w: J. Doria, H.P. Gasser, M. Cherif Bassiouni (red.), *The Legal Regime of the International Criminal Law. Essays in Honour of Professor I.P. Blischenko*, Brill, Leiden: 2009, s. 403, 412–413; D. Shelton, *Sherlock Holmes and the Mystery of Jus Cogens*, 46 *Netherlands Yearbook of International Law* 23 (2015), s. 23; E. de Wet, *Entrenching International Values through Positive Law. The (Limited) Effect of Peremptory Norms*, w: H. Krieger, A. Liese (red.), *Tracing Value Change in the International Legal Order*, Oxford University Press, Oxford: 2023, s. 85; H. Ruiz-Fabri, *Human Rights and State Sovereignty: Have the Boundaries been Significantly Redrawn?*, w: P. Alston, E. MacDonald (red.), *Human Rights, Intervention, and the Use of Force*, Oxford University Press, Oxford: 2008, s. 33, 38–41.

Jest to pytanie retoryczne. Źródłami formalnymi zaś tych norm są ogólne zasady prawa i/lub zwyczaj, bo to one są źródłami ogólnego prawa międzynarodowego.

Uniwersalizm praw podstawowych człowieka oznacza, z jednej strony, istnienie pewnych uprawnień przysługujących każdemu człowiekowi i, z drugiej strony, istnienia obowiązków wszystkich innych podmiotów respektowania, czyli szanowania tych uprawnień. W kontekście praw człowieka te obowiązki spoczywają przede wszystkim na władzach państw. W tym celu muszą one wynikać z norm skutecznych *erga omnes*. Traktaty, w tym traktaty zawierające tak zwane zobowiązania *erga omnes partes*, nie są źródłem takich norm, ponieważ reguły traktatowe nie są przeciwstawialne i skuteczne wobec podmiotów nie będących ich stronami. Prawotwórcze (*law-making*) regulacje traktatowe staną się częścią ogólnego prawa międzynarodowego wtedy, gdy zostaną uznane i/lub przyjęte w praktyce podmiotów nie będących ich stronami³⁰. Wówczas jednak ich źródłem nie będzie traktat, lecz zwyczaj i/lub ogólna zasada prawa. Innymi słowy, ich normatywne znaczenie uzasadniać będzie powszechna *opinio iuris* znamienita dla „wspólnoty międzynarodowej jako całości”. W związku z tym nie jest w stopniu nawet dostatecznym uzasadniony pogląd spotykany w piśmiennictwie, również tym dotyczącym praw człowieka, upatrujący w szerokim przyjęciu traktatu przez państwa źródła zwyczaju i ogólnych zasad prawa międzynarodowego³¹. Jest zgoła odwrotnie. Traktat, nawet traktat powszechny, czerpie swoje normatywne znaczenie z tych drugich. Trzeba też mieć na uwadze paradoks, który za R. Baxterem określany jest jako „im więcej umowy, tym mniej prawa”³². Wskazuje on na przeszkodę w ukształtowaniu się reguły powszechnego prawa zwyczajowego w szerokim przyjęciu traktatu przez państwa, ponieważ działania stron na jego podstawie będą wykonywaniem obowiązków traktatowych, lecz nie praktyką niezbędną dla powstania reguły zwyczajowej. Dostrzegają to ci znawcy problematyki źródeł prawa międzynarodowego, którzy deficytu niekwestionowanych reguł powszechnego zwyczajowego prawa

³⁰ Zob. argumentację w MTS, *North Sea Continental Shelf* (RFN p. Danii), wyrok, 20 lutego 1969 r., ICJ Rep 1969, s. 3, 41–42, par. 69–73 oraz oparte „na tym wyroku analizy R. Baxtera o relacji traktatów i zwyczaju (R. Baxter, *Treaties and Custom*, Nijhoff, Leiden: 1970, s. 25). Zob. też powtórzenie w znacznej części tej argumentacji w MTS, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nikaragua p. USA), wyrok, 27 czerwca 1986 r., ICJ Rep 1986, s. 14; oraz W. Czapliński, *Problematyka źródeł prawa międzynarodowego w wyroku Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Nicaragui*, 11 Państwo i Prawo 35 (1988), s. 85, 86–88; W. Czapliński, *Sources of International Law in the Nicaragua case*, 38 International and Comparative Law Quarterly 151 (1990), s. 151, 153; R. Kwiecień, *The Formal Sources of International Law, the Relationship between Treaties and Custom, and the International Law-Making Process*, 40 Australian Yearbook of International Law 46 (2022), s. 46, 55–57 i podana tam literatura przedmiotu.

³¹ Wyrażają go np. C.A. Bradley, J.L. Goldsmith, *The Current Illegitimacy of International Human Rights Litigation*, 66 Fordham Law Review 319 (1997), s. 319, 328; J.L. Goldsmith, E.A. Posner, *A Theory of Customary International Law*, w: J. Weiller, A.T. Nissel (red.), *International Law*, Routledge, London: 2011, s. 104, 142; D. Weissbrodt, *The Human Rights of Non-citizens*, Oxford University Press, Oxford: 2008, s. 10, 12–14. Precyzyjnie ujmuje to W. Schabas, *supra* note 8, s. 85, który upatruje w quasi-powszechnych traktatach prawnocząłowieczych „niepodważalnego dowodu zwyczaju”.

³² R. Baxter, *supra* note 30, s. 64. Zob. też J. Crawford, *supra* note 12, s. 115–118, 134–146; R. Kwiecień, „Im więcej traktatu, tym mniej prawa”? Traktaty i zwyczaje a źródła formalne prawa międzynarodowego (przypadek Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów), 9 Państwo i Prawo 24 (2021), s. 24.

praw człowieka upatrują w braku stosownej praktyki ze względu na „zdominowanie” dziedziny praw człowieka przez instrumenty traktatowe³³.

Z ogólnego prawa międzynarodowego (*general international law*) jako prawa skutecznego i przeciwstawialnego wobec wszystkich podmiotów międzynarodowego porządku prawnego wynikają daleko idące konsekwencje w związku z naruszeniami jego zasad i reguł. Wspominam o tym, ponieważ w celu ochrony podstawowych praw ludzi istnieją możliwości prowspólnotowych działań prawnych. Wskazują na nie prace KPM, zwłaszcza jej *Artykuły o odpowiedzialności państw za działania zabronione* z 2001 r. i usystematyzowane w nich prawo zwyczajowe, oraz orzecznictwo MTS. Spróbujmy wyszczególnić te konsekwencje. Po pierwsze, państwo naruszające prawo ma obowiązek zaprzestania naruszeń i naprawienia szkody wyrządzonej naruszeniem. Po drugie, państwo bezpośrednio poszkodowane naruszeniem jest uprawnione do zastosowania środków (*countermeasures*) w celu nakłonienia państwa naruszającego prawo do wywiązania się z wyżej wymienionych obowiązków. Po trzecie, wszystkie państwa wiąże zakaz uznawania sytuacji nielegalnych wynikających z naruszenia zobowiązań *erga omnes*. Po czwarte wreszcie, w związku z naruszeniem zobowiązań *erga omnes*, które służą, jak konsekwentnie od sprawy *Barcelona Traction* ujmuje to MTS, ochronie interesów „wspólnoty międzynarodowej jako całości”, każde państwo jest uprawnione do podjęcia legalnych środków wobec państwa naruszającego zobowiązania *erga omnes* w celu skłonienia go do zastosowania się do obowiązków prawnych³⁴. Podstawowe prawa człowieka mogą być chronione w ramach *actio popularis*, ponieważ ich uniwersalizm i skuteczność *erga omnes* wynikają z normatywnego zakorzenienia w formach ogólnych zasad i zwyczaju, czyli w *general international law*. Bez tego można by podawać w wątpliwość ich charakter jako praw podstawowych, którym przysługują środki ochrony³⁵. Przemawia to za niejako naturalnym związkiem idei uniwersalizmu praw człowieka z *general international law*.

Nie jest to jednak relacja jednostronna, to znaczy relacja wskazująca jedynie na uwarunkowanie skuteczności praw człowieka i ich ochrony od ich „umiejscowienia” w ogólnym prawie międzynarodowym. Prawo międzynarodowe praw człowieka wpływa bowiem również na ogólne prawo międzynarodowe. W nowszym piśmien-

³³ Tak: H. Thirlway, *Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some the Issues*, 28 Leiden Journal of International Law 495 (2015), s. 495, 497.

³⁴ Zob. MTS, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, opinia doradcza, 25 lutego 2019 r., ICJ Rep 2019, s. 95, 138–140, par. 177–182 i wskazane tam wcześniejsze orzeczenia MTS; oraz ostatnio MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Gambia p. Myanmar)*, Zastrzeżenia wstępne, wyrok, 22 lipca 2022 r., ICJ Rep 2022, s. 477, 515–518, par. 106–113. Zob. też ILC, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001*, annex to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, A/56/49 (Vol. I)/Corr.4, 2(2) Yearbook of the International Law Commission (2001) – art. 42, 48, 49 i 54.

³⁵ T. Meron, *supra* note 21, s. 194, zauważa, że prawa człowieka i główne reguły prawa humanitarnego dla uzyskania statusu rzeczywistych praw podstawowych (*fundamental rights*) muszą zostać „mocno ugruntowane w ogólnym prawie międzynarodowym i że zwykle roszczenia moralne lub cele polityczne, choć mogą być ważne, nie kwalifikują ich jako zobowiązań *erga omnes*” (tł. redakcja). Podobnie C. Tomuschat, *supra* note 3, s. 89.

nictwie mowa jest nawet o tym prawie jako o *the new general international law*³⁶. Podkreśla się przy tym, że wpływ prawa międzynarodowego praw człowieka na ogólne prawo międzynarodowe dokonuje się często nie tyle przez samą treść norm o prawach człowieka, ile przez „prawnocześnicze myślenie” takich instytucji jak MTS czy KPM, których argumentacja z kolei ma wpływ na dyskurs doktrynalny. Wspomnieć tu trzeba o zauważalnym w ostatnich dwóch dekadach zwrocie w praktyce argumentacyjnej MTS. Sąd haski interpretując obowiązki państw wynikające z prawa międzynarodowego praw człowieka odwołuje się, czego wcześniej wprost nie czynił, do orzecznictwa innych sądów i organów traktatowych. Ten zwrot, widoczny już w opinii doradczej w sprawie *Nuclear Weapons*, utrwalił się w opinii doradczej w sprawie *Construction of a Wall* i jego kolejnych orzeczeniach³⁷. MTS rozpatruje ostatnio prawa człowieka w perspektywie ogólnego prawa międzynarodowego, co bez wątpienia przemawia przeciwko statycznemu charakterowi międzynarodowego porządku prawnego oraz za tkwiącym w nim potencjale do dalszych zmian³⁸.

³⁶ Tak: S. Besson, *Sources of International Human Rights Law. How General Is General International Law?*, w: S. Besson, J. D'Aspremont (red.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2017, s. 837, 869. Zob. też prace wprost dotyczące tego wpływu: Memmo T. Kamminga, M. Scheinin (red.), *Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2009; B. Simma, *International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis*, 4(2) Collected Courses of Academy of European Law 153 (1995), s. 153–236; S. Wheatley, *The Idea of International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford: 2019. Ostatni z wymienionych autorów opowiada się za dużą autonomią praw człowieka, lecz nie kwestionuje ich związków z *general international law*. Taki wniosek wynika również z analiz relacji między Konwencją europejską o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności a ogólnym prawem międzynarodowym w kontekście źródeł prawa, jego interpretacji, odpowiedzialności za naruszenia, jurysdykcji i immunitetów zawartych w: A. van Aaken, I. Motoc (red.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2018. Książka ta głosi, że relacje między prawem wynikającym z Konwencji europejskiej a ogólnym prawem międzynarodowym są, jak określiły to jej redaktorki, „zawile” (*intricate*), „napięte” (*shimmering*) i „zmienne” (*fluctuating*). Zob. *ibidem*, s. 3, 4.

³⁷ Zob. MTS, *Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, Opinia doradcza, 19 lipca 2024 r., paras. 250, 267–269; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Opinia doradcza, 9 lipca 2004 r., ICJ Rep 2004, s. 136, 177–181, paras. 102–112. Interpretując przepisy Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, które zdaniem MTS, znajdują zastosowanie na terytoriach okupowanych przez Izrael, Trybunał odwołał się aprobowo do opinii Komitetu Praw Człowieka i Komitetu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. O wpływie praw człowieka na rozwój prawa międzynarodowego w orzecznictwie MTS, w szczególności o nowej, „prawnocześniczej” praktyce argumentacyjnej w jego orzecznictwie zob. R. Higgins, *Human Rights in the International Court of Justice*, 20 Leiden Journal of International Law 745 (2007), s. 745–751; B. Simma, *Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?*, w: C.J. Tams, J. Sloan (red.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford: 2013, s. 301, 308–319. Por. jednak W. Schabas, *supra* note 8, s. 41, który twierdzi, że o ile niepodważalne jest znaczenie orzecznictwa MTS dla identyfikacji reguł prawa zwyczajowego, o tyle jego wkład do międzynarodowego prawa zwyczajowego praw człowieka jest skromny.

³⁸ W piśmiennictwie spotykamy w związku z tym pogląd o „cichej rewolucji” jaka dokonuje się za sprawą obecności praw człowieka w ogólnym prawie międzynarodowym. Tak M.T. Kamminga, *Final Report on the Impact of International Human Rights Law on General International Law*, w: M.T. Kamminga, M. Scheinin (red.), *Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2009, s. 22. Zob. też A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2005, s. 396; B. Simma, *supra* note 37, s. 325.

Wykorzystanie tego potencjału, czyli rozwój prawa, zależy jednak od woli jego podmiotów, przede wszystkim od państw.

Przejdźmy do konkluzji. Stojąc na stanowisku powszechności praw podstawowych człowieka, źródeł tych praw w międzynarodowym porządku prawnym należy szukać w źródłach ogólnego prawa międzynarodowego. Z nich bowiem wynikają zasady i reguły prawne, które mogą być skutecznie przeciwstawiane wszystkim innym podmiotom tego porządku prawnego. W związku z tym to ogólne zasady prawa i w pewnym zakresie zwyczaj są źródłami formalnymi zasad zakazujących państwom naruszania praw podstawowych ludzi, na czele z zakazem niewolnictwa czy ludobójstwa. Traktaty ze względu na swój kontraktualny charakter nie są władne pełnić roli takiego źródła. W szczególności nie tworzą one praw podstawowych dla ludzi. Mogą je natomiast potwierdzać, podobnie jak czynią to niewiążące uchwały organizacji międzynarodowych. Traktatom nie można jednak odmawiać znaczenia w międzynarodowym procesie prawotwórczym. Po pierwsze, powszechne i quasi-powszechne traktaty o charakterze deklaratoryjnym to ważny dowód reguł i zasad obowiązujących przed ich wejściem w życie. Po drugie, w razie przystąpienia podmiotów nie będących ich stronami do praktyki generowanej przez wykonywanie zobowiązań traktatowych, traktaty mogą stać się ważnym katalizatorem działań prowadzących do powstania prawa zwyczajowego praw człowieka. Ważnym przykładem jest tu zasada *non-refoulement*. Wreszcie traktaty odgrywają niezastąpioną rolę w tworzeniu instytucji i dostarczaniu środków ochrony substancjalnym prawom człowieka. Dotyczy to również uprawnień do działań państwom bezpośrednio nie dotkniętych naruszeniem praw ucieleśnianych w normach peremptoryjnych prawa międzynarodowego, których źródłem same traktaty nie są. Bez stosownych przepisów traktatowych ochrona tych praw i sądowe egzekwowanie przestrzegania peremptoryjnych obowiązków państw, np. zakazu ludobójstwa, nie jest po prostu w stosunkach między państwami prawnie możliwe, co jednoznacznie i konsekwentnie podkreśla MTS w swym orzecznictwie. Dlatego, niestety, prawa bez środków zaradczych nie są w ogóle prawami (*rights without remedies are not rights at all*).

GENERAL PRINCIPLES OF LAW RECOGNISED BY CIVILISED NATIONS: THE AUTHORITY OF PASTNESS AND ENDURANCE IN INTERNATIONAL LAW

1. INTRODUCTION

General principles of law are an area of controversy, in international as in other areas of the law. Professor Władysław Czapliński himself pointed to them as a possible source of *jus cogens* norms and to their possible natural association “with the standards reflecting and protecting the fundamental values of the international community”.¹ It is hardly necessary to recall that “general principles of law recognized by civilized nations” are explicitly included among the sources of international law by Article 38 para. 1(c) of the Statute of the International Court of Justice² (as they were by Article 38 para. 3 of the Statute of the Permanent Court of International Justice³), and that the International Law Commission is currently working on the topic.⁴

¹ W. Czapliński, *Is There a Space for Jus Cogens in Present International Law? Remarks in the Context of a Ban on the Use of Force*, 11(2) Polish Review of International and European Law 149 (2022), p. 154.

² Charter of The United Nations and Statute of The International Court of Justice United Nations, 188 UNTS 137.

³ Statute of the Permanent Court of International Justice, 16 December 1920, <https://www.refworld.org/legal/constinstr/lon/1920/en/57478> (accessed 15 September 2024).

⁴ ILC, General Principles of Law, https://legal.un.org/ilc/guide/1_15.html (accessed 15 September 2024). The Special Rapporteur, Marcelo Vázquez Bermúdez, has provided three Reports, between 2019 and 2022: First report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (71st session of the ILC (2019)), A/CN.4/732, ILC Report, A/74/10 (2019), chap. IX, paras. 202–262; Second report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (72nd session of the ILC (2021)), A/CN.4/741 with Corr.1, ILC Report, A/76/10, 2021, chap. VIII, paras. 166–239; Third report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez (73rd session of the ILC (2022)), A/CN.4/753, ILC Report, A/77/10, 2022, chap. VIII, paras. 90–88 – hereinafter First Report, Second Report, Third Report. That “an impartial study” of the application of private law principles in international law would greatly facilitate the work of international tribunals, “especially in view of their having to apply ‘generally recognised principles of law’”, was underscored by Lauterpacht as far back as 1927 (H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*

* Monica Lugato – Professor, Chair of International law, LUMSA University, Rome. ORCID: 0000-0001-5185-6085.

The subject of general principles of law is vast and has been referred to as “*forse il più importante degli argomenti della scienza giuridica*” (perhaps the most important of topics in legal science).⁵ One can only approach it with extreme deference. Of the multiple issues raised by general principles of law in international law, our purpose in this brief contribution is to draw from Article 38 para. 1(c) what seem to be significant indications concerning the formation of said principles and the reasons for their necessary presence among the sources of international law. Given the limits placed on the article, references to both case law and doctrine have necessarily been limited, notwithstanding their richness and, as to the latter, substantial increase in connection with the ILC’s work on the topic.⁶

2. GENERAL PRINCIPLES OF LAW RECOGNISED BY CIVILISED NATIONS

Article 38 para. 1(c) of the ICJ Statute was scarcely perceived as an innovation within the Advisory Committee of Jurists during the preparatory works on Article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice – neither compared to the doctrinal elaborations of the time nor the practice of States and of arbitral tribunals.⁷ General principles of law include not only unwritten legal norms with a wide-ranging character that are susceptible to international application, but also legal maxims of a rather more precise technical meaning. They are principles, *prima principia*:⁸ they provide the *ratio* behind norm development and tools for legal reasoning. They are general both because they are common to legal systems and because they connote their overarching legal structure: their universality, built over time, is the true test of their

(*With Special Reference to International Arbitration*), Longmans, Green and Co., London: 1927, p. 303). On the different issue of their codification, see *infra*, text at note 34.

⁵ F. Santoro-Passarelli, *Intervento introduttivo*, in: *I Principi generali del diritto*, Atti Convegni Lincei n. 96, Roma 27–29 May 1991, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma: 1992, p. 7; M. Sørensen, *Principes de droit international public: cours général*, 101 Recueil des Cours de l’Académie de droit international 16 (1960), https://doi.org/10.1163/1875-8096_pplrhc_A9789028613829_01.

⁶ Both case law and the literature on the subject of general principles are amply reported and discussed in the three Reports of the Special Rapporteur on general principles of law, *supra* note 4. Among recent publications, a fairly comprehensive treatment of many of the issues involved is provided in M. Andenas, M. Fitzmaurice, A. Tanzi, J. Wouters (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill Nijhoff, Leiden–Boston: 2019. For a very valuable analytical systematisation of the doctrinal positions on the subject, see B. Vitanyi, *Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de “principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*, 86 Revue général de droit international public 48 (1982).

⁷ See League of Nations Advisory Committee of Jurists, *Procès Verbaux of the Proceedings of the International Commission of Jurists. 16 June–24 July 1920*, Van Langenhuysen, The Hague: 1920, p. 293 ff; H. Lauterpacht, *supra* note 4, p. 67. For a detailed discussion of practice prior to the adoption of the Statute of the PCIJ and of the preparatory works for its Art. 38, see First Report, Part Three, sections I and II. See also A. Pellet, *Article 38*, in: A. Zimmermann, C.J. Tams, K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, New York: 2006, p. 765.

⁸ ICJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, 20 April 2010, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 201.

soundness and of their giving expression to a sense of right, which is substantive and procedural, shared in the generality of legal orders and branches of the law.⁹ In this sense, they are also “fundamental” axiologically and structurally: a building block of the identity and basic functioning of legal systems.¹⁰ As to the commonly held view of their residual role among the sources of international law, it can be agreed upon as meaning that when custom or treaty dictate the rules of conduct, it is custom or treaty that will be at the forefront. However, the general principle remains a criterion of interpretation, to illuminate on the *ratio* of customary and conventional norms and on the solution of ambiguities or contradictions; also, they enable the filling of *lacunae*, revealed by the interpretation of the law in force.

Regarding the formation of general principles, the following indicia provided by Article 38 para. 1(c) deserve to be highlighted. Firstly, it is well known that the reference to recognition by civilised nations was a compromise in the Advisory Committee of Jurists over other proposals referring to “the rules of international law as recognized by the legal conscience of civilized nations”, the “dictates of public conscience”, “justice and equity” and “principles of justice”, which bore no reference to any given legal order.¹¹ Thus, the text does not necessarily imply that only principles drawn from domestic law are concerned, according to an unnecessarily restrictive interpretation.¹² Secondly, under Article 38 para. 1(c) nations – and not States – are regarded as the *recognoscentes*; this is hardly a casual choice when compared with today’s Article 38 letter (a), which indicates that *States’* express recognition is the distinguishing feature of treaties as a source of international law. Said choice suggests an emphasis on history and communities, on the commonality of ideals and aspirations tested by experience, tracing general principles to rooted ways of dealing with everyday business and interpersonal relations within and among different socio-political-historical entities, rather than to just the State, that is, the *locus* of public authority.¹³ Also, since recognition is a unilateral act having declaratory effects, the

⁹ ICJ, *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Judgment, 18 July 1966, ICJ Rep 1966, p. 6, Dissenting opinion of Judge Tanaka, p. 292. See also H. Lauterpacht, *supra*, note 4, p. 69–70.

¹⁰ First Report, *supra* note 4, paras. 153 and 154.

¹¹ League of Nations Advisory Committee of Jurists, *supra* note 7, p. 293 ff. See also ICJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *supra* note 8, The separate opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 8–16, revisiting the legislative history of Art. 38 PCIJ/ICJ Statute on general principles.

¹² To start with, principles of international law are not excluded from the scope of the provision. See First Report, *supra* note 4, paras. 167 and 168 and Report of the International Law Commission, Seventy-fourth session (24 April–2 June and 3 July–4 August 2023), General Assembly, Official Records Seventy-eighth Session, Supplement No. 10 (A/78/10). Cf. E. Bjorge, *General Principles of Law Formed Within the International Legal System*, International & Comparative Law Quarterly 72 (2023), p. 845. According to B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge: 1953, p. 390, it is in the nature of general principles that they belong to no particular system of law, but are common to them all.

¹³ L. Gallino, *Dizionario di sociologia*, UTET, Torino: 1978, p. 462. ILC, Draft conclusion 2 adopted on first reading: Report of the ILC, *supra*, note 12. In the Reservations to the Genocide Convention Opinion, the ICJ seems to contrast – as we do here – nations and States (see text at note 17).

term “recognized” in this framework means an endorsement of collective accumulated legal wisdom, with the State being not the creator of legal wisdom translating into general principles of law, but the recipient of legal tradition. To be sure, general principles of law will generally be reflected in domestic laws and judicial practice, but will also result *aliunde*: from “the fundamental concepts of each branch of law, as well as law in general”; from processes and practices autonomously ordering relationships within any society, the juridical experience of societies in their various dimensions – local, national and international – validated by time, acquiesced to by States and absorbed by the legal orders.¹⁴ It is the approach that one sees in international practice, when, for example, in addition to legal maxims common to and largely codified in domestic legal systems, judges, arbitrators and States themselves in treaty practice invoke the “laws of humanity” or “elementary consideration of humanity” as sources for the solution of cases or as criteria for the reasonable interpretation of international norms.¹⁵

An additional observation concerns the reference to “civilized nations”, strongly criticised as being incompatible with the principle of sovereign equality, one of the pillars of international law, codified in Article 2 para. 1 of the Charter.¹⁶ In the 1920s the reference likely had colonial undertones, but today colonialism is a serious violation of peremptory international law and as such it must be deemed a legally uncivilised form of government. One may therefore suggest that a distinction between civilised and uncivilised nations still makes sense from a juridical point of view – uncivilised being those entities perpetrating egregious violations of fundamental human goods protected by international law, systematically and on a massive scale, once this is ascertained by the shared view of the international community as a whole. In this very restrictive understanding, it is doubtful that distinguishing between civilised and

¹⁴ The obvious example is the *lex mercatoria*, but one could mention also recognition taking place where States collectively express themselves, as in the General Assembly (for more on this point, see note 18). But see ILC, Draft conclusion 2 and commentary, Report of the ILC, *supra* note 12, p. 13–14. For the quote in the text: ICJ, *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *supra* note 9, Dissenting opinion of Judge Tanaka, p. 293. On the concept of “juridical experience”, see the works of P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma–Bari: 2007 and G. Capograssi, *Studi sull'esperienza giuridica*, Editoriale scientifica, Napoli: 2023.

¹⁵ Preamble, Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899, in: D. Schindler, J. Toman (eds.), *The Laws of Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden: 1988, p. 69–93. ICJ, *The Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. The People's Republic of Albania)*, Merits, Judgment, 9 April 1949, ICJ Rep 1949, p. 4; ICJ, *Reservations to the Genocide Convention*, Advisory Opinion, 28 May 1951, ICJ Rep 1951, p. 15; Preamble of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951) 78 UNTS 1021, p. 277 referring to the condemnation of genocide by “the civilized world”; ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 July 1996, ICJ Rep 1996, p. 226, 262, para. 95.

¹⁶ In his separate opinion to the ICJ's *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, 20 February 1969, ICJ Rep 1969, p. 3, which was sharply critical of the expression, Judge Fouad Ammoun suggested that the Court ought to refer simply to general principles of law recognised by nations – “pending the revision of the Court's Statute, or of certain of its provisions” (*ibidem*, p. 136).

uncivilised nations would breach equality before the law: the correct conception of general principles may even imply, if not require, to disregard such entities' recognition or non recognition of general principles of law. Interestingly, in the *Reservations Opinion* the International Court of Justice refers to the principles underlying the Genocide Convention as "principles that are recognized by *civilized nations as binding on States* even without any conventional obligation". Thus, it not only employs the expression, but also implies that there may be uncivilised nations – those which do not share the general condemnation of genocide – and that States are responsible to nations as to their "civility".¹⁷ It is to be stressed again, however, that in order to avoid abuses, a collective assessment, explicitly shared by the various components of the international community, is required.¹⁸

3. INSIGHTS FROM THE CASE LAW OF THE ICJ

The case law of the ICJ on the general principles of law has been the object of in-depth assessments that cannot be recreated here.¹⁹ However, it is necessary to at least highlight a few points. Firstly, it is with reference to both procedural and substantive issues that the ICJ deals with general principles of law, often without explicitly mentioning Article 38 para. 1(c) and without situating the principle in any specific legal order. In the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* case, the Court held that "general principles as to the judicial process require that the facts on which its judgment is based should be those occurring up to the close of the oral proceedings on the merits of the case". It also held, with regard to the weight to be given to evidence, that in

the general practice of courts, two forms of testimony which are regarded as *prima facie* of superior credibility are, first, the evidence of a disinterested witness – one who is not a party to

¹⁷ ICJ, *Reservations to the Genocide Convention*, *supra* note 15, p. 23. Reference to the "civilized world" regarding condemnation of genocide is also present in General Assembly Resolution 96 (1) on the Crime of Genocide Res. 96(I) of 11 December 1946, A/RES/96(I).

¹⁸ The practice of the General Assembly shows that it is entitled to express such collective assessments: its dealings with South Africa at the time of the apartheid regime in the territories of its mandate are a case in point. In the Advisory Opinion on the Reservations to the Genocide Convention, the Court relied on GA Resolution Res. 96 (I) of 11 December 1946 as evidence of recognition by civilised nations of the principles underlying the Convention as generally binding on States (*ibidem*, p. 23). See G. Gaja, *General Principles in the Jurisprudence of the ICJ*, in: M. Andenas, M. Fitzmaurice, A. Tanzi, J. Wouters (eds.), *supra* note 6, p. 40. According to Draft conclusion 2 on general principles of law, recognition has to come from the "community of nations": Report of the ILC, *supra* note 12, p. 13.

¹⁹ Extensive reviews of the pertinent ICJ's case law are provided in three reports submitted by the Special Rapporteur on General principles of law (*supra*, note 4). Recent doctrinal contributions include G. Gaja, *supra* note 18, p. 35; R. Yotova, *Challenges in the Identification of the "General Principles of Law Recognized by Civilized Nations": The Approach of the International Court*, 38 University of Cambridge Legal Studies Research Paper (2017), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3020190 (accessed 15 September 2024).

the proceedings and stands to gain or lose nothing from its outcome – and, secondly, so much of the evidence of a party as is against its own interest.²⁰

It is obviously a general legal principle well known to national procedural laws and to the general sense of procedural justice that evidence has to be assessed in a manner that is objective and fair to both parties to the proceedings. The Court has also had occasion to affirm that indirect evidence is admitted in all systems of law and its use recognised by international law.²¹

Substantive general principles are also invoked by the Court. In the *Corfu Channel* case, the Court stated that the obligations to notify the presence of the minefield and warn the approaching foreign ships derive from

certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.²²

In the *Namibia* Advisory Opinion, the Court referred to “the general principle of law according to which a power of termination on account of breach, even if unexpressed, must be presumed to exist as inherent in any mandate, as indeed in any agreement”.²³ This advisory opinion shows how principles common to national legal systems can be the starting point for the creation of international institutions, in an ideal relation of cross-fertilisation among legal systems.²⁴

The characterisation of equity as a general principle of law by the ICJ, and the progressive adjustment of its approach to it, is also noteworthy for our purposes: once more, it moves general principles of law away from the State and closer to the

²⁰ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Judgment, 27 June 1986, ICJ Rep 1986, p. 14, paras. 58 and 69, respectively.

²¹ E.g. ICJ, *The Corfu Channel Case* (*United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. The People's Republic of Albania*), *supra* note 15, p. 4, at 18.

²² *Ibidem*, p. 22.

²³ ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, 21 June 1971, ICJ Rep 1971, p. 16, para. 98. See the analysis by H. Lauterpacht, *supra*, note 4, pp. 191–202.

²⁴ The mandate systems created by Art. 22 of the Covenant of the League of Nations was based upon the domestic law institution of the mandate. See also ICJ, *International Status of South West Africa*, Advisory Opinion, 11 July 1950, ICJ Rep 1950, p. 128, 131–132; ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *supra* note 23, paras. 50–51. H. Lauterpacht, *supra* note 4, p. 181, underscored that when the parties to a treaty employ technical terms of private law, as in mandates, “a legitimate occasion arises to apply private law principles common to all systems of private jurisprudence” in observance of the declared will of the Parties. See also E.J. Criddle, *A Sacred Trust of Civilization: Fiduciary Foundations of International Law*, in: A.S. Gold, P.B. Miller (eds.), *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Oxford University Press, New York: 2014, p. 404, <https://ssrn.com/abstract=2336075> (accessed 15 September 2024); ICJ, *South West Africa Cases* (*Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*), *supra* note 9. See also J.F. Engers, *From Sacred Trust to Self-Determination*, 24 *Netherlands International Law Review* 85 (1977).

general sense of what is fair in a given case, which the judge is asked to ensure.²⁵ In a well-known passage from the 1969 *North Sea Continental Shelf* judgment, the Court stated that “equity as a legal concept is a direct emanation of the idea of justice. The Court whose task is by definition to administer justice is bound to apply it”, adding that “the legal concept of equity is a general principle directly applicable as law”.²⁶ Judge Ammoun, in his separate opinion mentioned above, argued that equity is a general principle of law recognised by all nations: “a normative legal concept”, and one that is a necessary complement of all law.²⁷ According to an eminent author, *la règle de l'équité* (the rule of fairness) may well be indeterminate and allow the judge a certain amount of discretion, but it is “one of the legal standards known to all legal systems, but which occupy a particularly important place in the international system”.²⁸

4. THE FORMATION OF GENERAL PRINCIPLES OF LAW

Beyond the few cases seen, practice shows that general principles of law have regularly found their way into international case-law, before and after their codification as sources of international law, and that they are articulated as originating in domestic law, international law and law as such – as in the “laws of humanity”. It is a fact that at the level of *general principles of law* a core common to the diverse systems of law is distilled by international courts and international law “laboratories”, representative “of the main forms of civilisation and of the principal legal systems of the world”.²⁹

The issue of which processes produce universal general principles of law, to then be applied internationally, is less explored, and one that is not covered by the ILC's current work on general principles of law.³⁰ Said principles are invoked and applied as a given; no account is usually provided on their origin or mode of formation. It is our submission that the inference suggested by Article 38 para. 1(c) and by international practice is that they are formed in a process of accumulating legal experience, in all its manifestations, over time and across generations and brought to light by judicial and State practice and by the findings of jurists. General principles of law appear to

²⁵ ICJ, *North Sea Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany / Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands), *supra* note 16, p. 3, paras. 85, 88; ICJ, *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia / Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, 24 February 1982, ICJ Rep. 1982, p. 18, para. 71. See P. Weil, *L'équité dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice. Un Mystère en voie de dissipation?*, in: V. Lowe, M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the ICJ: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press, Cambridge: 1996, p. 121.

²⁶ ICJ, *North Sea Continental Shelf Cases* (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany / Netherlands), *supra* note 16, para. 71.

²⁷ *Ibidem*, Separate opinion of Judge Ammoun, paras. 34–41.

²⁸ P. Weil, *supra* note 25, p. 143. Translated by editors.

²⁹ Art. 9 ICJ Statute; Art. 8 ILC Statute. The composition of international courts and laboratories plays a role in the emergence of general principles of law – see M. Sørensen, *supra* note 5, p. 24; A.A. Yusuf, *Concluding Remarks*, in: M. Andenas, M. Fitzmaurice, A. Tanzi, J. Wouters (eds.), *supra* note 6, p. 451).

³⁰ Second Report, *supra* note 4, para. 10.

be part of a heritage created by shared experience in solving legal problems and accommodating legal interests at the various levels of social interaction – which is also legal interaction. They are a quintessential feature of the law, not merely a product of legislation, but of the intrinsic needs of human coexistence, even before or without legislation, filtered by experience and intellectual labour. So conceived, such a shared common core has an objective existence, reducing the margin for subjectivism.³¹

The authority in international law of general principles of law recognised by civilised nations, originally codified in Article 38 para. 3 of the PCIJ Statute and in Article 38 para. 1(c) of today's ICJ Statute, is attached to their universality and their pastness, that is, their originating in the past but having endured through time, across space and generations, due to their continued capacity to satisfy the aims pursued by the communities giving expression to the different systems of law.³² In this sense, it is convincing that general principles can be identified both by reference to national and to international law. The text and drafting history of Article 38 para. 1(c) do not preclude such interpretation. Reasonably, domestic legal systems have a longer history of responding to the needs of human activity and coexistence and therefore of identifying and developing general principles; but the increasing impact of international law in all areas of the law, including interpersonal relationships, implies not only that it can easily avail itself of general principles recognised *in foro domestico*, but also develop general principles itself. In addition, because they are general principles of law (and not of any given legal order specifically), the *prima principia* of law are also, though rarely, identified away from institutionalised legal orders as such, in a practical legal rationality (the laws of humanity; the elementary considerations of humanity) of its own making, which calls to mind the centuries old and ongoing elaborations on the foundations of law and of its binding nature. But this is much too wide and complex an aspect for this article.

5. CONCLUDING OBSERVATIONS

General principles of law are the product of a legal rationality developed over time into a common heritage by humanity's experience with the law at the local, national and international levels: their authority is linked to their having originated in the past (pastness) and endured to the present: they are part of a legal past whose relevance for present needs keeps being generally recognised. Here lie the reasons underlying their recognition as sources of law. In international law general principles of law fulfill a number of important functions: they express the essence of the juridical system,

³¹ League of Nations Advisory Committee of Jurists, *supra* note 7, pp. 324, 307. Cf. G. Gaja, *supra* note 18; P. Weil, *supra* note 25, p. 142.

³² On the notion of pastness, see T.S. Eliot, *Tradition and the Individual Talent (part I)*, 6(4) *The Egoist* 54 (1919) p. 54; T.S. Eliot, *Tradition and the Individual Talent (part II)*, 6(5) *The Egoist* 72 (1919) p. 72–73; H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, Oxford: 2014, p. 5, 56.

that is, its basic legal structures and aims; they ensure the coherent development and systematic unity of international law by being a relatively stable core, in the face of changing circumstances and progressive growth of matters falling within its scope;³³ they provide standards to adjudicate unregulated issues, so that *non liquet* is avoided; and they are a defence against ephemeral political designs, aimed at subverting or manipulating the essence of the system.³⁴ Their fundamental importance is not contradicted by the generally held view that they are a residual source of international law: international practice suggests that general principles of law maintain their relevance, in respect of both custom and treaties, as a key to their interpretation within the legal order as a whole, and as the tool to elaborate possible normative solutions to the gaps that custom or treaty have not yet filled.

³³ M. Sørensen, *supra* note 5, p. 16, described them as the “cement” that ensures cohesion between national and international law and allows for the conception of the unity of all legal phenomena.

³⁴ Such risks were underscored in respect of a proposal put forward in Italy in 1940 to codify general principles in the civil code, the reform of which was under consideration at the time – F. Santoro-Passarelli, *Intervento introduttivo*, *supra* note 5, p. 7. For more on the stakes of codification of general principles in international law, in the current context, see M. Andenas, L. Chiussi, *Cohesion, Convergence and Coherence of International Law*, in: M. Andenas, M. Fitzmaurice, A. Tanzi, J. Wouters (eds.), *supra* note 6, p. 60.

ŚRODEK TYMCZASOWY W ROZUMIENIU ART. 39 REGULAMINU EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA – ZAGADNIENIA WYBRANE

1. WSTĘP

Tymczasowa ochrona prawna ma kluczowe znaczenie dla efektywności całego systemu ochrony. Odnosi się to zarówno do krajowego postępowania cywilnego¹ i sądowno-administracyjnego², jak i np. prawa unijnego³. Uzyskanie tymczasowej ochrony prawnej możliwe jest także przed ETPC w sytuacji, w której Trybunał stosuje środek tymczasowy⁴, o którym mowa w art. 39 Regulaminu ETPC⁵. Przedmiotem

¹ Por. art. 730 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jednolity) [2023] Dz.U. poz. 1550

² Por. art. 61 § 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jednolity) [2024] Dz.U. poz. 935.

³ Por. art. 279 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2007 r. (wersja skonsolidowana) [2016] OJ C 202 oraz art. 160 Regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości [2012] OJ L 265, s. 1-42). Ogólnie na temat efektywności ochrony sądowej w prawie unijnym C.D. Munding, *Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz im Rechtssystemen der Europäischen Union*, Duncker & Humblot, Berlin: 2010, s. 38 i n.; na temat ochrony tymczasowej M. Pechstein, *EU-Prozessrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen: 2011, s. 453 i n.; H. Niedermühlbichler, *Verfahren vor dem EuG und EuGH*, MANZ'sche Wien, Wien: 1998, nb. 330 i n.; A. Thiele, *Europäisches Prozessrecht. Verfahrensrecht vor dem Gerichtshof der Europäischen Union*, C.H. Beck, München: 2014, s. 239 i n.; B. Wegner, *Einstweilige Anordnungen*, w: H.W. Rengeling, A. Middeke, M. Gellermann (red.), *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, C.H. Beck, München: 2014, s. 384 i n.

⁴ W dalszej części opracowania stosowana będzie także liczba mnoga – środki tymczasowe. W polskim piśmiennictwie stosowane jest także pojęcie „zarządzenie tymczasowe” – por. A. Rogalska-Piechota, *Prawny charakter zarządzeń tymczasowych (interim measures) w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, w: M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń: 2011, s. 359 i n.

⁵ Okoliczność, że środki tymczasowe oparte są na przepisach Regulaminu (uchwalanego przez Zgromadzenie Plenarne Trybunału – art. 25 lit. d Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności [1950] CETS 005 (EKPC)), a nie samej umowy międzynarodowej – EKPC stała się powodem krytyki

* Bernard Łukańko – doktor habilitowany nauk prawnych LL.M., profesor INP PAN; kierownik Centrum Polsko-Niemieckich Badań Prawnoporównawczych w Instytucie Nauk Prawnych PAN. ORCID: 0000-0002-3637-5395.

opracowania jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy analizowany instrument prawny ma charakter wiążący i ustalenie podstawy prawnej, na której opiera się jego wykonanie przez krajowe organy i sądy na gruncie prawa polskiego.

2. INSTYTUCJA ŚRODKÓW TYMCZASOWYCH W REGULAMINIE ETPC – UWAGI OGÓLNE

Art. 39 Regulaminu Europejskiego Trybunału stanowi:

1. Izba lub, tam gdzie to właściwe, Przewodniczący Sekcji lub sędzia dyżurny wyznaczony zgodnie z ustępem 4 niniejszego Artykułu, mogą, na wniosek strony lub innej osoby zainteresowanej, albo z urzędu, zalecić stronom środek tymczasowy, jaki należy według nich zastosować w interesie stron lub właściwego przebiegu postępowania.
2. W razie uznania tego za właściwe, można niezwłocznie notyfikować środek zastosowany w danej sprawie Komitetowi Ministrów.
3. Izba lub, tam gdzie to właściwe, Przewodniczący Sekcji lub sędzia dyżurny wyznaczony zgodnie z ustępem 4 niniejszego Artykułu, mogą żądać od stron informacji o jakiegokolwiek kwestii związanej z zastosowaniem środka tymczasowego, który zalecili.
4. Przewodniczący Trybunału może wyznaczyć Wiceprzewodniczących Sekcji jako sędziów dyżurnych orzekających w sprawach wniosków o środki tymczasowe.

ich wiążącego charakteru – *por.* M. Muszyński, *Środek tymczasowy ETPC to wielka prawna wydmuszka*, <https://www.rp.pl/opinie-prawne/art35665431-mariusz-muszynski-srodek-tymczasowy-etpc-to-wielka-prawna-wydmuszka> (dostęp 15 marca 2024). O ile z perspektywy prawa krajowego wątpliwości tego rodzaju mogłaby uzasadniać argumentacja zawarta w TK, sprawa U 3/11, wyrok, 4 grudnia 2012 r., LEX 1230135, to wskazać trzeba, że ETPC nie jest sądem krajowym i nie można bezpośrednio przyjmować do oceny jego orzeczeń wzorców konstytucyjnych zastosowanych w przywołanym orzeczeniu z pominięciem art. 9 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. [1997] Dz.U. Nr 78, poz. 483. Trzeba też zauważyć, że podobne rozwiązania stosowane są także w innych trybunałach międzynarodowych, *por.* np. A. Trindade, *The Evolution of Provisional Measures of protection under the case-law of the Inter-American Court of Human Rights (1987–2002)*, 24(5–8) Human Rights Law Journal 162 (2003), s. 163, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23114.pdf>. (dostęp 15 marca 2024). Na temat kompetencji do wydawania orzeczeń o środkach tymczasowych przez trybunały międzynarodowe *por.* K. Oellers-Frahm, *Expanding the Competence to Issue Provisional Measures—Strengthening the International Judicial Function*, 12(5) German Law Journal 1279 (2019), s. 1284, <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/expanding-the-competence-to-issue-provisional-measures-strengthening-the-international-judicial-function/FC508D94F7CDC8D1E56DE8AC0776D3FC> (dostęp 15 marca 2024). Za kompetencją Trybunału przemawiają pośrednio znane w prawie międzynarodowym publicznym i w prawie europejskim argumenty *effet utile* (*por.* TSUE, sprawa C-253/00, *Antonio Muñoz y Cia SA i Superior Fruticola SA p. Frumar Ltd i Redbridge Produce Marketing Ltd*. [2002] EU:C:2002:497) i tzw. doktryna *implied powers* dotycząca nieregulowanych wyraźnie kompetencji (*por.* w odniesieniu do wyroków pilotażowych D. Haider, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Brill, Leiden: 2013, s. 181 i n.). Dodać trzeba na marginesie, że według szeroko reprezentowanego poglądu także uchwały organizacji międzynarodowych są źródłem prawa międzynarodowego – *por. szerzej* M. Schweizer, *Staatsrecht III. Staatsrecht Völkerrecht Europarecht*, C.F. Müller, Heidelberg: 2000, nb. 268 i n.; *Zob. też* np. NSA, sprawa II GSK 138/05, wyrok, 27 kwietnia 2006 r., LEX 212527, tyżący Rady Stowarzyszenia w Układzie Europejskim. *Por.* jednak także krytyczną analizę tyżącą środków tymczasowych opartych na art. 39 Regulaminu ETPC R. Ekins, *Rule 39 and the Rule of Law*, Policy Exchange, London: 2023, <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/Rule-39-and-the-Rule-of-Law.pdf> (dostęp 15 marca 2024).

Zgodnie z powyższym przepisem ETPC może zastosować środki tymczasowe wobec państwa – strony Konwencji⁶. Celem środków tymczasowych jest zapobieganie tworzeniu faktów dokonanych a państwo-strona zobowiązane zostaje do zaniechania wszelkich działań, które mogłyby ograniczyć skuteczność orzeczenia w sprawie⁷. Przesłanką dla zastosowania środka tymczasowego jest grożące „bezpośrednie, poważne ryzyko powstania u skarżącego niedającej się naprawić szkody”⁸.

Orzeczenia ETPC w przedmiocie zastosowania środków tymczasowych nie są publikowane przez Trybunał natomiast zbiorcza informacja o nich zawarta jest w rocznych sprawozdaniach Trybunału⁹. Wybranych spraw tyczą komunikaty prasowe Trybunału. Ilość składanych wniosków o zastosowanie środków tymczasowych i stosowanych środków nie jest duża¹⁰ – tytułem przykładu wymienić można 2016 r., w którym złożono 2286 wniosków, z których uwzględniono 129 i pierwszy rok pandemii SARS-CoV-2 – 2020 r. – w którym złożono 2024 wnioski, z których Trybunał uwzględnił 253¹¹.

W analizach dotyczących praktyki stosowania art. 39 Regulaminu przez ETPC¹² podkreśla się pewną ogólnikowość regulacji i fakt, że znajduje ona zastosowanie tylko do niektórych problemów prawnych. Praktyka pokazuje, że Trybunał stosuje środki tymczasowe w sytuacji możliwego naruszenia art. 2 EKPC (prawo do życia), art. 3 EKPC (zakaz tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania¹³),

⁶ W piśmiennictwie wskazuje się także na przypadki wydania środka tymczasowego wobec skarżącego – por. A. Rogalska-Piechota, *supra* note 4, s. 361. Szczegółowo na temat postępowania dotyczącego stosowania środków tymczasowych N. Markard, *Die „Rule 39“ des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, 1–2 Asyl Magazin 3 (2012), s. 3 i n., https://www.asyl.net/fileadmin/user_upload/beitraege_asylmagazin/Beitraege_AM_2012/AM2012-1-2-S3-Markard.pdf (dostęp 15 marca 2024). Por. także na temat możliwego czasu ich obowiązywania w praktyce ETPC, *Sufi i Elmi p. Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 8319/07 i 11449/07), 28 czerwca 2011 r.

⁷ Por. A. Peters, T. Altwicker, *Europäische Menschenrechtskonvention. Mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz*, C.H. Beck, München: 2012, nb. 46.

⁸ Niem. „eine unmittelbare ernsthafte Gefahr eines nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Beschwerdeführer” – por. P. Schäfer [w:] U. Karpenstein, F. Mayer (red.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK*, München: 2015, nb. 101 – dot. art. 34.

⁹ Zob. Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, *Zur Anordnung einstweiliger Maßnahmen durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) sowie deren Umsetzung in ausgewählten Mitgliedsstaaten des Europarats*, WD 2-3000-023/2, s. 4, <https://www.bundestag.de/resource/blob/841960/4d5c50d1bd8b134e39975ca5f9b0e480/WD-2-023-21-pdf-data.pdf> (dostęp: 15 marca 2024).

¹⁰ Na tle ogólnej liczby spraw – *Annual Report. European Court of Human Rights 2016*, CoE, Strasbourg: 2017, s. 191 https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Annual_report_2016_ENG (dostęp: 15.03.2024).

¹¹ Wissenschaftliche Dienste, *supra* note 9, s. 8–9

¹² Zestawienie wybranych spraw zawiera także opracowanie Trybunału: Press unit of ECtHR, *Interim measures*, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_interim_measures_eng (dostęp 15 marca 2024); por. także H.R. Garry, *When Procedure Involves Matters of Life and Death: Interim Measures and the European Convention on Human Rights*, 7(3) European Public Law 399 (2001), s. 399–432, https://gould.usc.edu/assets/docs/Garry_Procedure.pdf (dostęp 15 marca 2024).

¹³ Na temat ochrony przed deportacją osób ciężko chorych por. C. Steinorth, *Auf dem Weg zu einem menschenrechtlichen Schutz vor Abschiebung für Schwer Kranke? Anmerkungen zum Paposhvili-Urteil des EGMR*, 2 MenschenRechtsMagazin 87 (2017), s. 87 i n.

a w wyjątkowych przypadkach¹⁴ także w sytuacji możliwego naruszenia art. 6 EKPC (prawo do rzetelnego procesu sądowego) i art. 8 EKPC (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego)¹⁵. Trzeba w tym miejscu wskazać, że największa liczba zastosowanych środków tymczasowych odnosi się do zakazu wydalenia (deportacji) cudzoziemca i spraw zbliżonych przedmiotowo¹⁶. Środki tymczasowe chronią wówczas cudzoziemca przed ryzykiem zastosowania tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, zagrożeniem prześladowania z przyczyn politycznych, etnicznych, religijnych, orientacji seksualnej lub ryzykiem skazania na karę śmierci¹⁷.

3. WIĄŻĄCY CHARAKTER ORZECZENIA O ZASTOSOWANIU ŚRODKA TYMCZASOWEGO

Z perspektywy podmiotu wnioskującego o wydanie środka tymczasowego kluczowe znaczenie ma kwestia, czy środek tymczasowy zastosowany przez ETPC ma charakter wiążący. Brakuje bowiem w tym zakresie, mimo prowadzonych w przeszłości prac prawodawczych nad Protokołem 11¹⁸, regulacji traktatowej. Podejście do środków tymczasowych jako do instrumentu wiążącego państwa-strony Konwencji ewoluowało w orzecznictwie ETPC. O ile początkowo przyjmowano, że nie mają one takiego charakteru¹⁹, o tyle zmiana stanowiska nastąpiła (po wejściu w życie protokołu nr 11 do EKPC²⁰) w wyroku ETPC (I Izba) z 6 lutego 2003 r. i wyroku ETPC (Wielka Izba) z 4 lutego 2005 r., (skargi nr 46827/99 i 46951/99) *Mamatkulov i Askarov p. Turcji*. W uzasadnieniu wyroku Wielkiej Izby Trybunał szczegółowo przeanalizował charakter środków tymczasowych i określił skutki ich naruszenia. Wskazał m.in.:

Zalecenie wydane przez Trybunał na podstawie art. 39 regulaminu pozwala na skuteczne zbadanie skargi i zapewnienie ochrony przewidzianej w konwencji, a Komitetowi Ministrów na nadzór nad wykonaniem ostatecznego orzeczenia. Środek ten daje więc państwu możliwość spełnienia obowiązku podporządkowania się ostatecznemu, obowiązującemu orzeczeniu Trybunału. [...] Państwo ma obowiązek powstrzymania się przed działaniami lub zaniechaniami mogącymi zaszkodzić integralności i skuteczności ostatecznego orzeczenia Trybunału (art. 46).

¹⁴ Wskazać trzeba, że katalog przedmiotowy spraw, w których Trybunał zastosował środki tymczasowe był znacznie szerszy: przykładem jest kwestia kontynuacji leczenia pacjenta znajdującego się w śpiączce, którego funkcje życiowe utrzymywane były przez aparaturę medyczną, zagadnienie zabezpieczenia dowodów w postępowaniu, które to dowody miały zostać zniszczone.

¹⁵ Wissenschaftliche Dienste, *supra* note 9, s. 5.

¹⁶ C. Lechner, *Die Verpflichtung Österreichs aus der EMRK aus asylrechtlicher Sicht am Beispiel von Art. 3 EMRK*, Karl-Franzens-Universität Graz, Wien: 2012, s. 41–43, <https://unipub.uni-graz.at/obvugrhs/content/titleinfo/226687/full.pdf> (dostęp 15 marca 2024); Obszernie N. Markard, *supra* note 6, s. 3 i n.

¹⁷ Wissenschaftliche Dienste, *supra* note 9, s. 6.

¹⁸ A. Rogalska-Piechota, *supra* note 4, s. 361.

¹⁹ EKPC, *Cruz Varas i inni p. Szwecji* (skarga nr 15576/89), 20 marca 1991 r.; *por.* także na temat dalszego orzecznictwa należącego do tej linii orzeczniczej A. Rogalska-Piechota, *supra* note 4, s. 364.

²⁰ *Por.* na ten temat np. U. Zwach, *Die Leistungsurteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Boorberg, Stuttgart: 1996, s. 234 i n.

[...] Konwencję należy interpretować z uwzględnieniem zasady dobrej wiary oraz przedmiotu i celu traktatu, a także zasady użyteczności. Dotyczy to również przepisów regulaminu. Trybunał podkreślił, że każde państwo konwencji, wobec którego zastosowano środek tymczasowy w celu uniknięcia szkody nie do naprawienia, powinno się mu podporządkować i powstrzymać przed działaniem lub zaniechaniem zagrażającym integralności lub skuteczności ostatecznego orzeczenia²¹.

Orzeczenie to spotkało się ze zdecydowaną aprobatą w piśmiennictwie²² a ponadto zostało pozytywnie przyjęte w orzecznictwie sądów państw-stron Konwencji²³. Już w odniesieniu do orzeczenia I Izby wskazano, że Trybunał nie odwołał się wprawdzie w uzasadnieniu do pojęcia wiążącego charakteru orzeczenia, ale wskazał na cel i znaczenie EKPC, która zapewniać ma efektywną ochronę praw człowieka i wymaga wykładni dynamicznej a w pkt 110 wyroku podkreślił, że państwa-strony Konwencji zobowiązane są do wykonania środka tymczasowego²⁴. W odniesieniu do orzeczenia Wielkiej Izby podkreślono, że pomimo deficytu w postaci braku wyraźnego wskazania podstawy wiążącego charakteru (a odwołania do traktatowego obowiązku współpracy z Trybunałem i efektywności skargi indywidualnej regulowanej przez art. 34 EKPC), stanowi on jednoznaczne rozstrzygnięcie problemu wiążącego charakteru orzeczenia o zastosowaniu środków tymczasowych²⁵. Istotne jest, że ETPC zwrócił uwagę na konieczność oceny skuteczności środków tymczasowych w świetle art. 1, 34 i 46 EKPC, czyli także regulacji mówiącej o skutkach prawomocnych wyroków. Środek tymczasowy ma bowiem zapewnić efektywność ochrony udzielonej w wyroku przez zapobiegnięcie powstaniu nieodwracalnej szkody.

Jak trafnie podkreśla się w piśmiennictwie²⁶ znaczenie środków tymczasowych wzmocniło stanowisko zajęte przez ETPC w wyroku z 13 marca 2009 r. w sprawie *Paladi p. Mołdawii* (skarga nr 39806/05), w którym potwierdzono, że „niepodporządkowanie się nakazanemu środkowi tymczasowemu (jeśli nie wystąpiły szczególne okoliczności, na które mogłoby się powołać dane państwo) stanowi naruszenie art. 34

²¹ Cyt. za M.A. Nowicki, *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999–2004*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków: 2005, s. 286.

²² Obszernie na temat omawianego orzeczenia C.J. Tams, *Interim Orders by the European Court of Human Rights – Comments on Mamatkulov and Abdurasulovic v. Turkey*, 63 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 681 (2003); O. Schutter, *The Binding Charakter of the Provisional Measures adopted by the European Court of Human Rights*, 1 *International Law Forum du droid international* 16 (2005), s. 16 i n., https://brill.com/view/journals/inla/7/1/article-p16_3.xml?language=en&body=previewpdf-63165 (dostęp 15 marca 2024); „This is a remarkable development” (To niezwykle rozwój).

²³ *Por.* Bundesverwaltungsgericht, sprawa BVerwG 1 C 14.04, wyrok, 7 grudnia 2004 r., DE:BVerwG:2004:071204U1C14.04.0.

²⁴ K. Oellers-Frahm, *Verbindlichkeit einstweiliger Maßnahmen: Der EuGH vollzieht – endlich – die erforderliche Wende in der Rechtsprechung*, 30(22–23) *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 689 (2003), s. 691–692.

²⁵ K. Oellers-Frahm, *Verbindlichkeit einstweiliger Anordnungen des EGMR-Epilog. Das Urteil der Grossen Kammer im Fall Mamatkulov u.a. gegen Türkei*, 32(13–16) *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 347 (2005), s. 349.

²⁶ I.C. Kamiński, *Działalność ETPCz w 2010 r.*, 9 *Europejski Przegląd Sądowy* 28 (2011).

Konwencji²⁷ (gwarantującego prawo do skargi indywidualnej)²⁸. Orzeczenie to jest istotne także z tej przyczyny, że na przykładzie konkretnego stanu faktycznego wskazuje na wymogi nałożone na państwa-strony Konwencji związane z wykonywaniem środków tymczasowych przez państwo-stronę EKPC. Wskazać trzeba, że zapewnienie skuteczności prawu międzynarodowemu wymaga realizacji przez państwo-stronę umowy międzynarodowej zobowiązań z tej umowy płynących²⁹. Nie może ono skutecznie powoływać się na swoje prawo wewnętrzne³⁰, aby uchylić się od zobowiązania, które na siebie przyjęło³¹. Powstaje zarazem pytanie, czy obowiązek wykonania orzeczenia ETPC ma jedynie charakter zobowiązania państwa opartego na prawie publicznym międzynarodowym, czy też wywołuje ono skutek w prawie wewnętrznym państwa-strony Konwencji. Kwestia skutków wyroków ETPC (na gruncie art. 46 EKPC), która jest pomocna także dla oceny skutków orzeczenia ETPC o środkach tymczasowych³² była przedmiotem niezwykle ożywionej dyskusji w nauce³³, zróżnicowanych stanowisk orzecznictwa sądów państw-stron Konwencji (ewoluującego w kierunku rozszerzenia tych skutków na prawo wewnętrzne³⁴), a także

²⁷ P. Schäfer w: U. Karpenstein, F. Mayer (red.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK. Kommentar*, C.H. Beck, München: 2022, nb. 106 – dot. art. 34; ETPC, *Toumi p. Włochom* (skarga nr 25716/09), 5 kwietnia 2011 r.

²⁸ Praktyka orzecznicza pokazuje, że wykazanie przez państwo szczególnych okoliczności uzasadniających niewykonanie środka jest bardzo trudne – *por. np.* ETPC, *Al-Saadoon i Mufdhi p. Wielkiej Brytanii* (skarga nr 61498/08), 2 marca 2010 r., pkt 165; ETPC, *Sbtukatur p. Rosji* (skarga nr 44009/05), 27 lipca 2008 r., pkt 141–149. W piśmiennictwie podkreśla się, że taka wyjątkowa sytuacja zachodzi, gdy: *po pierwsze* istnieje obiektywna przeszkoda we wdrożeniu środków czyniąca ich wykonanie niemożliwym, *po drugie* zobowiązane państwo musi podjąć wszystkie rozsądne kroki, aby przyczyny te usunąć. Trzeci warunek to stałe informowanie Trybunału o sposobie wdrażania środków tymczasowych – *por.* A. Peters, T. Altwicker, *supra* note 7, nb. 46. Państwo ma natomiast możliwość podniesienia argumentów wykazujących potrzebę uchylenia środka *por.* ETPC, *Olacchea Cabuas p. Hiszpanii* (skarga nr 24668/03), 10 sierpnia 2006 r., pkt 70; ETPC, *Grori p. Albanii* (skarga nr 25336/04), 7 lipca 2009 r., pkt 181ff. Trzeba także pamiętać, że zastosowanie przez Trybunał środków tymczasowych nie implikuje automatycznej zasadności skargi, *por.* N. Markard, *supra* note 6, s. 5.

²⁹ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne, Zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa: 2004, s. 476 i n.

³⁰ Oczywiście należy pamiętać, że miejsce EKPC w krajowym systemie prawa może być inne niż w innym państwie-stronie. Typowym przykładem szczególnej roli Konwencji jest rozwiązanie obowiązujące w Austrii, gdzie stanowi ona regulację o randze konstytucyjnej – *por.* C. Binder, B. Kneih, *Umsetzung von EGMR-Urteilen in Österreich – nationale Aspekte*, 6 Newsletter Menschenrechte 487 (2015), s. 488.

³¹ K. Grzelak-Bach, K. Karski, *Rola polskiego parlamentu w systemie organów wdrażających wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, 5 Przegląd Sejmowy 9 (2020), s. 11 i nast.

³² W piśmiennictwie uznaje się wyroki ETPC za rodzaj „decyzji organizacji międzynarodowych” – *por.* E. Seeber, *Die Bedeutung der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Judikatur der österreichischen Höchstgerichte über den entschiedenen Fall hinaus*, Karl-Franzens-Universität Graz, Graz: 2015, s. 98 i nast. Prawo pochodne organizacji międzynarodowych stosuje się w prawie polskim na podstawie art. 9 Konstytucji RP – *por.* W. Czapliński, A. Wyrozumska, *supra* note 29, s. 543.

³³ *Por. np.* N. Markard, *supra* note 6, s. 3 i n.

³⁴ *Por. np.* stanowisko wyrażone przez Oberster Gerichtshof w wyroku z 17 lutego 1982 r., OGHZ 55, s. 90 i n. (przywołane za J. Polakiewicz, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Springer-Verlag, Berlin: 1993, s. 220), w którym wyraźnie wskazano, że orzeczenia ETPC wiążą tylko państwa-strony. Odmienne stanowisko – związanie sądów krajowych orzeczeniem ETPC przyjął niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny (FTK), sprawa 2 BvR 336/85, postanowienie, 11 paź-

judykatury samego Trybunału³⁵. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na szersze przedstawienie tych stanowisk³⁶, jednak wydaje się, że można uznać dziś za utrwalone stanowisko, iż do wykonania orzeczenia o zastosowaniu środków tymczasowych, którego moc prawna porównywana jest w piśmiennictwie z postanowieniami sądów / trybunałów konstytucyjnych o udzieleniu zabezpieczenia³⁷, zobowiązane są organy państwa-strony Konwencji, a nie tylko samo Państwo jako strona Konwencji³⁸.

4. WYKONANIE ŚRODKA TYMCZASOWEGO W PRAWIE POLSKIM

W przypadku EKPC trafnie podnosi się, że z perspektywy prawa międzynarodowego „jest bez znaczenia, który z organów państwa strony Konwencji [...] wykona wyrok”³⁹ EKPC, jednak w Polsce z „wewnętrznych uwarunkowań ustrojowych wynika, że jest to Rada Ministrów, zgodnie z treścią art. 146 ust. 1–2, ust. 4 pkt 9 Konstytucji RP”⁴⁰. Podmiotem odpowiedzialnym w Polsce bezpośrednio⁴¹ za współpracę z Try-

dziennika 1985 r.; *por. także* WSA w Warszawie, sprawa IV SA/WA 2934/17, wyrok, 9 marca 2018 r., LEX 2590390: „organ ponownie rozpatrując sprawę, będzie zobowiązany dokonać analizy orzeczenia Trybunału, uwzględniając jego treść i skutki, jakie treść środka tymczasowego powinna wywołać również w kontekście art. 32 ustawy o cudzoziemcach. Nie ulega wątpliwości, że środki tymczasowe są wydawane w sytuacjach wyjątkowych, służą zabezpieczeniu praw i interesów stron na czas trwania postępowania, a państwo, wobec którego stosowany jest środek tymczasowy ma obowiązek się mu podporządkować, nie zaś ignorować jego treść”.

³⁵ *Por. w szczególności* ETPC, *Vermeire p. Belgii* (skarga nr 12849/87), 29 listopada 1991 r. i ETPC, *Fabris p. Francji* (skarga nr 16574/08), 7 lutego 2013 r.

³⁶ W odniesieniu do praktyki RP w piśmiennictwie podkreśla się, że „władze polskie wydają się podzielać pogląd wyrażony w orzecznictwie ETPC, dotyczący wiążącego charakteru zarządzeń tymczasowych” – A. Rogalska-Piechota, *supra* note 4, s. 370.

³⁷ *Por. H. Keller, D. Kühne, Zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, 76 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 245 (2016), s. 278.

³⁸ W odniesieniu do wyroków mowa jest o „prawno-międzynarodowym obowiązku zakończenia naruszenia Konwencji” – *por. R. Degener, L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel w: L. Garlicki (red.), Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. T. II. Komentarz do artykułów 19–59 oraz Protokołów dodatkowych*, C.H. Beck: Warszawa 2011, Legalis, nb. 42 – dot. art. 46 EKPC.

³⁹ *Por. SN, sprawa V CSK 271/08, wyrok, 28 listopada 2008 r., LEX 488965.*

⁴⁰ K. Grzelak-Bach, K. Karski, *supra* note 31, s. 11–12.

⁴¹ *Por. obszernie* uwagi I. Wrońskiej, *Pozycja ustrojowa władzy wykonawczej w Polsce w aspekcie wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – wybrane zagadnienia*, 20 *Białostockie Studia Prawnicze* 203 (2016), s. 205–207, https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/4577/1/BSP_20B_Wronska.pdf (dostęp 15 marca 2024). Wykonywanie wyroków ETPC to przede wszystkim zadanie władzy wykonawczej i ustawodawczej (na ten temat szeroko K. Grzelak-Bach, K. Karski, *supra* note 31, s. 9 i n.). Szeroko na temat wykonywania orzeczeń ETPC zob. A. Bodnar, *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce. Wymiar instytucjonalny*, Wolters Kluwer, Warszawa: 2018. Dodać trzeba, że wykonywanie orzeczeń ETPC (w formie wykładni prokonwencyjnej) to także zadanie sądów – *por. R. Kropiwnicki, System wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce*, w: M. Jabłoński, S. Jarosz-Zukowska (red.), *Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki. Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi*, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław: 2014, s. 309 i n., https://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/59078/PDF/19_Robert_Kropiwnicki.pdf (dostęp 15 marca 2024).

bunałem jest Pełnomocnik Ministra Spraw Zagranicznych do spraw postępowań przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka wyznaczony przez Ministra Spraw Zagranicznych. Zgodnie z § 2 ust. 3 Zarządzenia nr 7 Ministra Spraw Zagranicznych z 27 października 2003 r. w sprawie ustanowienia i zadań Pełnomocnika Ministra Spraw Zagranicznych do spraw postępowań przed ETPC⁴² „pełnomocnik współdziała we własnym imieniu z właściwymi komórkami organizacyjnymi konstytucyjnych organów państwa”⁴³. Z regulacji tej wydaje się wynikać, że Pełnomocnik przekazuje właściwemu organowi władzy wykonawczej lub sądowniczej informację o zastosowaniu przez ETPC środków tymczasowych, które powinny być wykonane. Zgodnie z § 2 ust. 2 ww. zarządzenia „w wykonywaniu swoich zadań pełnomocnik kieruje się potrzebą ochrony interesów Rzeczypospolitej Polskiej oraz zapewnienia poszanowania prawa, w tym zobowiązań prawnomiędzynarodowych państwa w dziedzinie praw człowieka”⁴⁴. *De lege ferenda* zasadne wydaje się szczegółowe uregulowanie statusu Pełnomocnika MSZ w akcie rangi ustawowej⁴⁵ i przyznanie mu uprawnień procesowych na gruncie k.p.c., k.p.k.⁴⁶, k.p.a.⁴⁷, p.p.s.a. i ewntualnie dalszych postępowań.

⁴² Zarządzenie nr 7 Ministra Spraw Zagranicznych z 27 października 2003 r. w sprawie ustanowienia i zadań Pełnomocnika Ministra Spraw Zagranicznych do spraw postępowań przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka [2003] Dz.Urz. MSZ Nr 4, poz. 53 z późn. zm. Zadania Pełnomocnika wymienione zostały w odpowiedzi podsekretarza stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych – z upoważnienia ministra – na zapytanie nr 6204 w sprawie bilansu osiągnięć i kosztów utrzymania pełnomocników w Ministerstwie Spraw Zagranicznych z 18 marca 2014 r., <https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=59EC45FA> (dostęp 15 marca 2024). Wśród tych zadań wskazano: „koordynację wykonywania orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na szczeblu konstytucyjnych organów państwa, organów administracji rządowej i samorządowej; pełnomocnik inicjuje dyskusję zmierzającą do przygotowania projektów aktów prawnych, a także uczestniczy w procesach legislacyjnych mających na celu implementację w drodze przyjęcia ustawy wyroków Trybunału (np. inicjatywa w zakresie stworzenia w krajowym porządku prawnym instytucji skargi na przewlekłość postępowania czy pilotowanie przyjęcia rozwiązań legislacyjnych w zakresie mienia zabużańskiego), pełnomocnik jest przewodniczącym powołanego w celu właściwej koordynacji wykonywania orzeczeń ETPC Zespołu ds. Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, sprawozdania z posiedzeń zespołu sporządzane przez pełnomocnika zamieszczane są na bieżąco na stronie internetowej MSZ w zakładce Europejski Trybunał Praw Człowieka: http://www.msz.gov.pl/pl/polityka_zagraniczna/europejski_tribunal_praw_czlowieka/wykonywanie_orzeczen_europejskiego_tribunalu_praw_czlowieka/” (dostęp 16 września 2024).

⁴³ Organem takim jest SN – por. B. Szmulik, *Pozycja ustrojowa Sądu Najwyższego w Rzeczypospolitej Polskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 183 i n.

⁴⁴ Warto w tym miejscu zauważyć, że wdrożenie środka przez państwo powinno uwzględniać jego „ducha i cel” (*Geist und das Ziel der Maßnahme*) – ETPC, *Zokhidov p. Rosji* (skarga nr 67286/10), 5 lutego 2013 r.

⁴⁵ Postulat ten przedstawił w piśmiennictwie D. Dudek, w: M. Sajfan, L. Bosek (red.), *Komentarz do Konstytucji RP*. T. 2. *Komentarz do art. 87–243*, C.H. Beck, Warszawa: 2016, Legalis, nb. 24 – dot. art. 143.

⁴⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst ujednolicony) [2024] Dz.U. poz. 37.

⁴⁷ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst ujednolicony) [2024] Dz.U. poz. 572.

5. PODSTAWA PRAWNA WYKONANIA ŚRODKA TYMCZASOWEGO W PRAWIE POLSKIM – STANOWISKA PIŚMIENNICTWA I PRAKTYKI

W postępowaniu sądowym lub administracyjnym (a także w innych rodzajach unormowanych w prawie krajowym postępowań) powstaje pytanie o podstawę prawną obowiązku wdrożenia środków tymczasowych. Kwestia ta była przedmiotem rozważań w piśmiennictwie. Obszerną analizę znaczenia środków tymczasowych z perspektywy polskiej praktyki, a także rozważania dotyczące podstawy prawnej dotyczącej ich wdrożenia w prawie krajowym przedstawił M. Kowalski, który wskazuje:

W sytuacji zarządzenia przez ETPC środka tymczasowego nakazującego wstrzymanie wydania do czasu zakończenia postępowania przed ETPC, wystarczającą podstawą prawną w tym względzie dla Ministra Sprawiedliwości na podstawie k.p.k. jest – biorąc pod uwagę miejsce EKPC w polskim porządku prawnym – art. 34 EKPC⁴⁸.

W ocenie A. Bodnara, art. 34 EKPC stanowi podstawę wykonania każdego zarządzonego środka tymczasowego ETPC na gruncie prawa polskiego⁴⁹. Analogiczne stanowisko zajmuje I. Górna⁵⁰. W praktyce wykonywania środków tymczasowych przez polskie organy władzy wykonawczej i sądy wyróżnić można kilka koncepcji – w części rozstrzygnięć wymieniony jest art. 34 EKPC, który stanowi wyraźną podstawę uwzględnienia środków tymczasowych⁵¹, w innych wskazano na sam środek tymczasowy, ale nie przytoczono art. 34 EKPC⁵², w jeszcze innych odmówiono wykonania środka tymczasowego ETPC⁵³. Warto wskazać także na postanowienie SN z 29 lipca 1997 r. (II KKN 313/97)⁵⁴, o stwierdzeniu niedopuszczalności ekstradycji

⁴⁸ M. Kowalski, *Środki tymczasowe zarządzane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawach przeciwko Polsce* [w:] *VI Seminarium Warszawskie. Stosowanie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w krajowym porządku prawnym*, MSZ, Warszawa: 2013, s. 121–122 i 128–129.

⁴⁹ A. Bodnar, *supra* note 41, s. 129.

⁵⁰ I. Górna, *Wiążący charakter postanowień Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na przykładzie postanowienia ETPC z dnia 25 sierpnia 2021 r.*, *ECHR 244 (2021)*, 2 Paragraf. *Studia z Prawa i Administracji* 21 (2023), s. 24.

⁵¹ Tak postanowienie Ministra Sprawiedliwości z 20 listopada 2007 r. o wstrzymaniu do czasu zakończenia postępowania przed ETPC wykonania wcześniejszego postanowienia o wydaniu osoby – przywołane za M. Kowalski, *supra* note 46, s. 128.

⁵² SO w Warszawie, sprawa, VI Cz 180/12, postanowienie, 10 maja 2012 r. i poprzedzające jest postanowienie sądu I instancji przywołane za: M. Kowalski, *supra* note 46, s. 128 i n.

⁵³ *Por.* pismo RPO z 17 lipca 2023 r., XI.542.6.2022.JK dotyczące Straży Granicznej zawierające szeroką argumentację wskazującą na obowiązek wykonania środka tymczasowego i odwołujące się do art. 34 EKPC: E. Starzewski, *Cudzoziemiec deportowany, choć ETPC wydał środek tymczasowy. Wyjaśnienia Straży Granicznej*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/tpo-cudzoziemiec-deportacja-etpc-srodek-tymczasowy-sg-odpowiedz> (dostęp 15 marca 2024).

⁵⁴ SN, sprawa II KKN 313/97, postanowienie, 29 lipca 1997 r., [1997] 9–10 OSNKW 85; *por. także* I. Kondak [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wartości. Komentarz do artykułów 19–59*, C.H. Beck, Warszawa: 2011, Legalis, nb. 55 – dot. art. 34.

w sprawie *Mandugeqi i Jinge p. Polsce* (skarga nr 35218/97), w której stosowano środek tymczasowy oraz na orzecznictwo WSA w Warszawie⁵⁵, w którym wskazano wprawdzie na wydanie przez ETPC środka tymczasowego, ale uznano go jedynie za jeden z wielu aspektów uzasadniających uchylenie zaskarżonej decyzji.

Należy pamiętać, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału⁵⁶ i dominującym stanowiskiem doktryny, Konwencja podlega wykładni autonomicznej⁵⁷. Z drugiej strony, stosowanie Konwencji podporządkowane jest zasadzie efektywności (*effet utile*)⁵⁸, a gwarantuje ona prawa konkretne i efektywne a nie iluzoryczne i teoretyczne⁵⁹. W związku z powyższym także⁶⁰ sądy państw-stron Konwencji zobligowane są⁶¹, w oparciu o art. 46 ust. 1 EKPC⁶² w powiązaniu z własnymi regulacjami konstytucyjnymi i ustawowymi do uwzględnienia wyroków ETPC⁶³. Obowiązek ten sięga bardzo daleko⁶⁴, bowiem w doktrynie wyrażono wręcz pogląd o konieczności dostosowania konstytucji do wyroku⁶⁵, tym niemniej poza wyjątkową sytuacją zawarcia w wyroku środków indywidualnych lub ogólnych, brak szczegółowej regulacji w art. 46 EKPC sposobu wykonywania wyroku „pozostawia [...] danemu państwu wybór środków, jakie zastosuje ono w swym prawie wewnętrznym, aby wypełnić zobowiązanie ciążyące na nim w świetle art. 46 EKPC”⁶⁶. Pomimo, że co do zasady państwa członkowskie uprawnione są do autonomicznego regulowania sposobu dostosowania swojego prawa do wymogów Konwencji, to trzeba podzielić przedstawiony powyżej w piśmiennictwie pogląd, że z braku szczególnego unormowania (w prawie polskim nie ma np. odpowiednika maltańskiej ustawy o Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

⁵⁵ Np. WSA w Warszawie, sprawa IV SA/Wa 2934/17, wyrok, 9 marca 2018 r., LEX 2590390; wyrok WSA w Warszawie, IV SA/Wa 820/18, 25 października 2018 r., LEX 2995494.

⁵⁶ EKPC, *Tyrer p. Wielkiej Brytanii* (skarga nr 5856/72), 25 kwietnia 1978 r., pkt 31.

⁵⁷ Por. J.H. Wiethoff, *Das konzeptionelle Verhältnis von EuGH und EGMR*, Nomos, Baden-Baden: 2008, s. 111, wraz z dalszym piśmiennictwem w przypisie 728.

⁵⁸ D. Ehlers, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, De Gruyter, Berlin: 2009, s. 37.

⁵⁹ J.H. Wiethoff, *supra* note 55, s. 11, przypis 723 i podane tam orzecznictwo.

⁶⁰ Obowiązek ten dotyczy wszystkich władz w państwie-stronie Konwencji – por. Wissenschaftliche Dienste, *supra* note 9.

⁶¹ Tak jednoznacznie FTK, sprawa 2 BvR 336/85, *supra* note 34 z głosem J. Froweina, https://www.zaoerv.de/46_1986/46_1986_2_b_286_294.pdf (dostęp 15 marca 2024).

⁶² Por. szeroko na ten temat monografię O.M. Piaskowskiej, *Stwierdzenie naruszenia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i jego skutki w polskim procesie cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa: 2021, s. 156–226.

⁶³ Por. niezwykle instrukcyjny przykład wykonania wyroku ETPC, *Görgülü p. Niemcom* (skarga nr 74969/01), 26 lutego 2004 r. i FTK, 2 BvR 1481/04, postanowienie, 14 października 2004 r., DE:BVerfG:2004:rs20041014.2bvr148104.

⁶⁴ Na temat ograniczeń por. *ibidem*.

⁶⁵ Por. A. Bodnar, *Zmiana konstytucji jako konsekwencja wykonania wyroku ETPCz. Glosa do wyroku ETPC z dnia 20 maja 2010 r.*, 38832/06, 10 Europejski Przegląd Sądowy 38 (2010), s. 38–49. Wydaje się, że tak daleko idącego obowiązku traktatowego *de lege lata* brak; czym innym jest natomiast np. kwestia postulatu *de lege ferenda* (w badanej sprawie chodziło o prawa wyborcze osób ubezwłasnowolnionych).

⁶⁶ O.M. Piaskowska, *supra* note 60, s. 190–196 wraz z dalszym cyt. orzecznictwem ETPC i wskazaniem na art. 9 Konstytucji RP. Na temat konkretnych orzeczeń, w których wskazano konkretny sposób wykonania wyroku – por. np. ETPC, *Assanidze p. Gruzji* (skarga nr 71503/95), 8 kwietnia 2004 r., dotyczącą skarżącego pozbawionego wolności; por. także J. Skrzydło, *Wykonanie wyroku ETPCz*, 11 Europejski Przegląd Sądowy 4 (2010), s. 7; por. także ETPC, *Moreira Ferreira p. Portugalii* (skarga nr 19867/12), 11 lipca 2017 r.

z 1987 r. zawierającej w art. 6 i 6a rozwiązania odnoszące się do orzeczeń⁶⁷) podstawę prawną wdrożenia środków tymczasowych stanowi art. 34 EKPC⁶⁸.

Trafność tego stanowiska potwierdza także fakt, że Konwencja ma w prawie polskim – na podstawie art. 89 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 241 Konstytucji RP status umowy międzynarodowej ratyfikowanej za uprzednią zgodą Parlamentu wyrażoną w ustawie. W odniesieniu do umów międzynarodowych ratyfikowanych w tym trybie na podstawie art. 91 ust. 2 i art. 188 pkt 1 i 2 Konstytucji RP „jest bezsporne, że w razie kolizji z ustawami [...] przeważa ona wobec ustawy”⁶⁹. Regulacja art. 9 Konstytucji RP, zgodnie z którym „Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego”, jest ogólną zasadą ustrojową – przychylności polskiego systemu prawnego wobec prawa międzynarodowego⁷⁰. Przepis ten zawiera domniemanie zgodności prawa krajowego z prawem międzynarodowym⁷¹, wynikające ze zwyczajowej i traktatowej normy prawa międzynarodowego, zakazującej uzasadniać naruszenia umownego prawa międzynarodowego odmiennymi rozwiązaniami prawa krajowego. Na obowiązki sądów w odniesieniu do EKPC, właśnie z odwołaniem do art. 9 Konstytucji RP wskazuje w swoim orzecznictwie SN⁷². W piśmiennictwie zasadnie wskazuje się, że

Konstytucja RP określa wyraźnie [...] regułę rozstrzygania kolizji między umową międzynarodową, ratyfikowaną za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, a ustawą, która polega na tym, że umowa ta ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową (art. 91 ust. 2)⁷³.

Tym samym art. 34 EKPC, uznany powinien być za proceduralną podstawę wdrożenia orzeczenia o środkach tymczasowych przez krajowe sądy i organy.

⁶⁷ European Convention Act, 19 August 1987, CAP.319.

⁶⁸ Pośrednio wynika to także z wyroku ETPC, *Mamatkulov i Askarov p. Turcji* (skarga nr 46827/99), 4 lutego 2005 r.

⁶⁹ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *supra* note 32, s. 54.

⁷⁰ A. Jackiewicz, *Miejsce umów międzynarodowych w polskim porządku prawnym*, w: J. Matwiejuk (red.), *Konstytucyjno-ustawowa regulacja stosunków społecznych w Rzeczypospolitej Polskiej i Republice Białorusi*, Temida 2, Białystok: 2009 s. 254.

⁷¹ *Ibidem*, s. 254 z odwołaniem szeroko R. Kwiecień, *Miejsce umów międzynarodowych w porządku prawnym państwa polskiego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa: 2000, s. 115 i n.

⁷² SN, sprawa I PZ 5/07, postanowienie, 17 kwietnia 2007 r., LEX 399291; zob. także pogląd w istocie odmienny – SN z 30 listopada 2010 r., III CZP 16/10, LEX 618086. E. Łętowska, *Zapewnienie skuteczności orzeczeniom sądów międzynarodowych*, 10 Europejski Przegląd Sądowy 14 (2010), s. 25 trafnie wskazuje, że EKPC nie wymaga wprawdzie przełamania prawomocności, ale „niedopuszczalne są natomiast negacja obowiązku zajęcia się przez sąd krajowy problemem i redukcjonizm interpretacyjny prowadzący do traktowania wyroków ETPCz *per non est*”.

⁷³ A. Wróbel, *Stosowanie prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej przez sądy RP*, w: K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa: 2006, s. 217.

6. WNIOSKI KOŃCOWE

Wydaje się, że powyższe rozważania prowadzą do następujących wniosków:

1. Środki tymczasowe oparte na art. 39 Regulaminu ETPC mają, zgodnie z orzecznictwem tego Trybunału akceptowanym w judykaturze sądów krajowych i przeważającej części doktryny, charakter wiążący.
2. Niewykonanie przez państwo-stronę Konwencji środka tymczasowego skutkować może, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, zasadnością skargi w zakresie naruszenia prawa do skargi indywidualnej opartej na art. 34 EKPC.
3. Obowiązek wykonania orzeczenia spoczywa nie tylko na państwie-stronie EKPC – art. 1 Konwencji w zw. z art. 46 EKPC, ale także na poszczególnych organach i sądach państwa członkowskiego właściwych zgodnie z regulacjami prawa wewnętrznego.
4. Ze względu na brak w prawie polskim na gruncie k.p.c., k.p.k., p.p.s.a., k.p.a. i dalszych ustaw proceduralnych szczegółowych regulacji odnoszących się do wykonania środka tymczasowego ETPC przez organy i sądy, a zarazem konieczność zapewnienia efektywności orzeczeniom Trybunału, należy podzielić pogląd doktryny i stanowisko praktyki stosowania prawa, że podstawą prawną wykonania w prawie krajowym środka tymczasowego Trybunału jest art. 34 EKPC.

DATA PROTECTION AND AI: THEIR INFLUENCE ON THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER

1. INTRODUCTION

In recent decades, we have seen a significant increase in the use of digital technologies in all aspects of life – from communications and entertainment to business and science. We are increasingly talking about personal data protection, artificial intelligence (AI), the Internet of Things, cloud technologies, virtual reality and many other innovations. Each of these concepts already has its own connotation in the various aspects of legal science research. Together, they form the concept of the “digital age”. This term describes the period in which digital information technologies, especially computers and the internet, play a key role in all aspects of human life. The notion is used to highlight the substantial transition from analogue to digital systems and their subsequent effects on society, the economy and the international legal order. Every technological innovation changes the way social relations and the economy work. This fact determines the reflex action of information and communication technologies (ICT) on the international legal order.

* Nikolay Marin – Professor, PhD in International Law and International Relations, Former Dean of the Faculty of Law and History and now Rector of South-West University “Neofit Rilski” in Blagoevgrad, Bulgaria. ORCID: 0000-0001-5461-6546.

Acknowledgment: With this article, I would like to express my sincere gratitude to Prof. Czapliński. We have been friends for nearly 10 years. He has always supported and facilitated research and fruitful discussion in the field of international law. We have participated in various joint international projects and forums, which have been awarded with great success. He was an official guest and scientific committee member of the scientific conference “Law and society in the (post) pandemic world”, held on 9–10 May 2022 on the 30th anniversary of the establishment of the Faculty of Law and History as part of South-West University “Neofit Rilski” in Blagoevgrad, Bulgaria. He is also a member of the editorial board of the journal *International Politics* (ISSN 2367-5373), published by the Faculty of Law and History of SWU “Neofit Rilski”. With a great degree of conviction, I can state that Prof. Czapliński is a great friend not only of our university, but also of Bulgaria. Thanks to him, scientists from our university have had the opportunity to participate in some of the best forums and scientific conferences in Europe. He is a clear sign of the good and stable Polish-Bulgarian international relations over the years. Although Professor Władysław Czapliński is a representative of the traditional academics of international law, he has always supported fruitful discussion on new and modern topics in the field of international law, on which apparently science has not yet given its unified answer.

The current study focusses on personal data protection and AI in the modern world, which are essential to the international legal order. The technological development of the internet contributed to personal data being understood as one of the most modern human rights. Personal data is a very broad concept; it has various manifestations as information, as a resource/commodity¹ and as a database. Its processing can be used for various purposes, both regulated and unregulated. In practice, personal data has led to very rapid adoption of challenges such as AI and automated decision-making (ADM). This is why personal data protection and AI are increasingly important to the international legal order.

These issues are attracting the attention of researchers as they serve to increasingly distinctly realise and define the algorithmic state² as a function of the modern state, which is the main subject of international public law.³ Quite naturally, new functions, new modern rights and new spheres of manifestation appear, determining a new subject of the public international order. The essential examination of digital technologies leads to the creation of new powers of states and international organisations, and this will inevitably lead to the formation of a new independent branch in the system of international public law. In support of the above, arguments are drawn from various acts from the European Union (EU), the Council of Europe (CoE) and the United Nations (UN).

2. LEGAL REGULATION OF PERSONAL DATA PROTECTION AND AI

2.1. Personal data

Personal data protection as a fundamental human right is in a continuous process of development. As technology advances, new challenges arise, such as the proliferation of AI, machine learning and the Internet of Things. As these technologies become more integrated into society, safeguarding personal data requires continuous adaptation to innovations in legal frameworks, industry practices and public awareness.

At the level of the EU, personal data protection is governed by the General Data Protection Regulation (GDPR), which entered into force on 25 May 2018.⁴ The GDPR provides a uniform legal regime for the protection of personal data of all EU citizens and regulates the cross-border transfer of personal data. It includes rights for

¹ S. Elvy, *Paying for Privacy and the Personal Data Economy*, 117(6) Columbia Law Review (2017).

² See N. Marin, *The Jurisprudence of the Court of the European Union on the Personal Data Protection – A New Paradigm*, Neofit Rilski Press, Blagoevgrad: 2023, p. 211–217.

³ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne: zagadnienia systemowe*. C.H. Beck, Warszawa: 2014.

⁴ Secondary EU law: Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC [2016] OJ L 119.

data subjects (individuals whose data is processed) as well as security requirements and obligations for organisations that process personal data.⁵ The GDPR also introduces significant fines for breaches of data protection rules.

At the level of the CoE, the Convention for the Protection of Personal Data is an international agreement that establishes standards for personal data protection. It is the first legal agreement in the world to regulate the processing of personal data; it has been in force since 1981. In 2018, Protocol No. 223 to the Convention was adopted, expanding its scope and updating it in line with the GDPR.

Regarding the UN, there is no single international treaty on personal data protection that would be a counterpart to the GDPR or Convention 108 of the CoE. Instead, the UN is associated with initiatives and documents that affect personal data protection, such as the UN Principles for Personal Data Protection and the UN Principles of Justice and Legality. However, in the modern world the UN continues to play a role in promoting common standards for the protection of human rights, which includes the protection of personal data.

As for individual countries, there is also an awareness of the legal regulation and protection of personal data.⁶ In summary, the acts described above from the EU, CoE and UN provide a general framework, and the specific developments or bills of individual countries may vary from country to country and region to region, depending on the will of the legislative bodies and the willingness of societies to adopt a more categorical or more liberal approach to personal data protection. The overall scope and philosophy of personal data protection continues to evolve, driven by societal, technological and legal changes. The above leads us to conclude that personal data is developing in an extremely dynamic environment in the information and digital sphere, which continues to challenge law and the international legal order. In many respects, the specific cases⁷ examined through the lens of judicial practice at the national, EU, CoE and UN levels presuppose the need to adopt detailed legal regulations in this sphere of public relations. Therefore, we may claim that the main driving force of the legal framework of this category of human rights is not a specific legislative decision or normative act issued by the corresponding rank in the hierarchy of sources of law, but is based first of all on judicial practice – which highlights the problems in applying the normative framework – and only after that does the solution of these problems acquire a legislative expression. Therefore, we can confidently say that this model presupposes the development of a new paradigm for the protection

⁵ See Y. Noneva-Zlatkova, *Kratki belezhki odnosno otgovornostta pri nezakonosobrazno obrabotvane na lichni dannii* [Йорданка, Кратки бележки относно отговорността при незаконосъобразно обработване на лични данни] 30 *Yuridicheski sbornik* 304 (2023), p. 304-310.

⁶ Swedish Data Act: Datalag (1973:289), SFS 1973:289; German Federal Data Protection Act of 1977, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsgr/ (accessed 21 September 2024); French act 78-17 of 6 January 1978 on Data Processing, Data Files and Individual Liberties, <https://www.ssi.ens.fr/textes/a78-17-text.html> (accessed 21 September 2024).

⁷ See also W. Czapliński, *Znaczenie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w procesie rozwoju prawa europejskiego*. Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2021.

of personal data, which to a significant extent develops through the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU) and largely creates a gold standard for the personal data protection of EU citizens and beyond.⁸

In the processing and personalisation of large databases that include personal data, various data mining and disclosure techniques are increasingly being used. For this purpose, intelligent data, text analysis (data mining and text mining), various analytical techniques, methods for network analysis and multimedia and social media analysis are applied. Currently, the use of parallel and distributed paradigms (e.g. cloud technologies) and AI has become necessary to process large databases. This fact of objective reality substantiates the inextricable link between personal data and AI in the modern digital age.

2.2. Artificial intelligence

The development of AI is only beginning to realise its potential. Its rapid entry already leads to consideration of several gaps: undeveloped and imperfect areas of legislation. In this sense, the increased level of risk concerning the protection of fundamental human rights is defined very categorically. Digitisation, AI and the information society are changing the overall concept and essence of algorithms,⁹ which, in addition to being a building block, are also taking shape as an additional new function of the state, refracted through the prism of the algorithmic state. AI and the application of algorithms have every reason to become the next impulse in the development of new technologies, which will pressurise the regulatory framework for personal data protection and will create the need for an adequate response from legislatures.

AI and machine learning have made it easier to create profiles and take automated decisions. They have the potential to make a significant impact on individuals' rights and freedoms. The widespread availability of personal data on the internet facilitates the identification, analysis and prediction of personal or behavioural aspects of a person and their interests and habits, so-called "profiling". To a certain extent, the GDPR provides guarantees through the pseudonymisation, anonymisation or encryption of personal data, preparing an impact assessment.

As a response at the European level to the above-mentioned risks, a proposal for a regulation on artificial intelligence was prepared.¹⁰ The European Union continues to work on proposals to regulate AI. At the beginning of March 2024, the European

⁸ CJEU, case C- 311/18, *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited and Maximillian Schrems* [2020] ECLI:EU:C:2020:559 and CJEU, case C-362/14, *Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner* [2015] ECLI:EU:C:2015:650.

⁹ See C. Castets-Renard, *Accountability of Algorithms in the GDPR and Beyond: A European Legal Framework on Automated Decision-Making*, 30 *Fordham Intellectual Property Media and Entertainment Law Journal* 91 (2019).

¹⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (AI act) and amending certain union legislative acts, COM/2021/206 final.

Parliament (EP) reached an agreement on it and approved it;¹¹ the goal is to adopt the final act by the end of this EP's mandate. The purpose of the regulation is to ensure the protection of fundamental rights, democracy, the rule of law¹² and environmental sustainability from high-risk AI, whilst simultaneously promoting innovation and highlighting Europe as a leader in this field. The regulation defines the obligations of AI systems depending on their potential risks and impact. The new regulation bans applications based on AI that pose a threat to fundamental human rights, providing for certain exceptions regarding law enforcement; creates requirements for greater transparency in the development and training of an AI neural system and obligations for high-risk systems; and envisages measures to support the development of innovation and small and medium enterprises.

The Council of Europe's Committee on artificial intelligence (CAI) is working on the Framework convention on artificial intelligence, human rights, democracy and the rule of law. In its work on the document, the CoE emphasises the promotion of ethical principles and standards for the development and use of AI. On 15 March, the CAI¹³ announced that the latest version of the Framework convention had been finalised and was about to be submitted to the Committee of Ministers for subsequent adoption and accession to individual countries.

Regarding the UN, there are currently no specific international treaties or regulations governing the use of AI. However, the UN continues to address issues related to ethics and human rights in the context of AI, through its agencies such as UNESCO and the United Nations Economic Commission for Europe, which create guidelines and standards for the development and use of these technologies. On 21 March 2024 the UN General Assembly adopted a historic resolution to promote "safe, secure and reliable" AI systems that will also contribute to the sustainable development of the global legal order.¹⁴ It sends a clear signal of the global community's commitment to protect human rights from unregulated technological interference.

We can conclude that international governmental attitudes towards AI vary depending on the context and priorities of different countries and regions. However, there are basic trends around which there is mostly agreement in the international

¹¹ Artificial Intelligence Act: MEPs adopt landmark law, 13 March 2024, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240308IPR19015/artificial-intelligence-act-meps-adopt-landmark-law> (accessed 17 September 2024).

¹² See W. Czapliński, *The Rule of Law as an Object of a Dispute Between the EU and Poland: Remarks on the Jurisprudence of the ECJ*, in: K. Schmalenbach, A. J. Kumin, L.-J. Wagner, J. Schimpfhuber (eds.), *Außen- und sicherheitspolitische Integration im Europäischen Rechtsraum: Festschrift für Hubert Isak*, Jan Sramek Verlag, Wien: 2021, pp. 42–56.

¹³ Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law Framework Convention: Statement by Secretary General Marija Pejčinović Burić on the occasion of the finalisation of the Convention, 15 March 2024, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/-/artificial-intelligence-human-rights-democracy-and-the-rule-of-law-framework-convention> (accessed 17 September 2024).

¹⁴ V. Mishra, General Assembly adopts landmark resolution on artificial intelligence, 24 March 2024, 1 <https://news.un.org/en/story/2024/03/1147831> (accessed 17 September 2024).

community, first of all the creation of regulation and legislation in the field of AI. More and more countries are expressing the need for regulation and legislation to govern the use of AI. The aim is to ensure the safety, protection of human rights and ethical use of the technology. Next, many countries emphasise the importance of the ethical development and use of AI. This includes principles such as transparency, fairness and accountability. Thirdly, AI is seen as a key factor in promoting innovation and improving the competitiveness of countries in the global market. Countries are also aware of the need to develop education programmes to prepare their workforce for the digital age and AI-related people skills. It is therefore seen that attempts are being made to promote international cooperation and standardisation in the field of AI to support knowledge sharing and facilitate joint technology development. At the international level, countries are striving to establish a balanced approach that promotes innovation and economic growth whilst ensuring the ethics, security and protection of human rights in the use of AI.

3. JUSTIFICATION OF THE INFLUENCE ON THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER

Personal data protection is crucial to the international legal order. It is a fundamental human right recognised in various international human rights instruments. This right emphasises the importance of individual freedom and personal autonomy – even more so in a digital environment. It complements the set of guarantees for the individual as a constituent element of the modern state, and in turn, as part of the international legal order.

The state, in cooperation with its international partners, are the ones who must guarantee the security and trust in the digital environment of individuals. In a world where digital technologies play an ever-increasing role, protecting personal data is essential for security and trust in the online environment. Data breaches can have serious consequences for individuals and society, including financial losses, identity theft and breaches of personal privacy. Personal data protection is also important for international trade and the economy. Many countries require compliance with certain standards for personal data protection as part of the terms of trade negotiations. A lack of adequate protection can limit the flow of data between countries and can harm business and economic development. Next, personal data protection requires cooperation and coordination between different countries and regions. International cooperation is essential to combat cross-border crime and personal data breaches. At the same time, legal harmonisation and shared standards help to facilitate data exchange and protect the rights of individuals regardless of their local legal regime. That is why personal data protection is a necessary element of the international legal

order that guarantees respect for fundamental human rights, security and trust in the digital age, as well as the economic and social development of society.

In turn, AI is becoming an increasingly important factor in the international legal order. Processing large amounts of data is a core element of how AI works; AI is a means by which data is processed, including personal data. It can be used for illicit cyber-attacks and other forms of cyber-content. This makes it important to develop international standards and arrangements to protect against threats, including those that use AI. The introduction of autonomous systems, including autonomous robots and autonomous vehicles, requires the development of international standards and legislation for the management and liability of such systems. Issues such as the impact of AI on labour markets, workers' rights and social equality are also relevant in the international legal order, as these issues often have cross-border implications. All these aspects make AI a significant factor in international legal efforts to regulate and create standards to ensure the ethical, responsible and secure use of this technology.

4. JUSTIFICATION OF THE RELATIONSHIP WITH THE ALGORITHMIC STATE

The concept of the algorithmic state is directly related to the status of states in public international law. The state cannot exist in isolation from the modern functions of the state in the digital environment. Resolutions 28/16 of 1 April 2015 and 37/2 of 22 March 2018 of the Council on Human Rights at the United Nations,¹⁵ as well as a resolution of the General Assembly of the United Nations¹⁶ also states this. It is explicitly stated that countries must take effective measures to prevent the unlawful processing of personal data. From the perspective of the algorithmic state, this protection can be achieved thanks to additional legal and technological tools. The need for the implementation of this new toolkit is directly related to the legal regulation of the algorithmic state. It should be noted that this new mechanism for protecting human rights in the digital environment is still under development. Proof of this fact is the gradual definition of the latest generation of information rights that applies in the digital environment. Therefore, it is necessary to envisage the rights and obligations of individual sovereign states when cooperating with other sovereign states to apply algorithmic functions so that it is possible to establish, in case of possible violations and illegal acts by representatives of the states.

Algorithms and ADMs are a reality that will soon be point of discussion in the context of international public law. Algorithms enter people's lives and are used

¹⁵ Resolution 28/16, The right to privacy in the digital age, adopted by the Human Rights Council, 1 April 2015, A/HRC/RES/28/16; Resolution 37/2, The right to privacy in the digital age, adopted by the Human Rights Council, 6 April 2018, A/HRC/RES/37/2.

¹⁶ Resolution 75/176, The right to privacy in the digital age, adopted by the General Assembly, 28 December 2020, A/RES/75/176.

in the management of social processes. It is impossible that large-scale algorithmic activity, penetrating all spheres of society, will not lead to a change and expansion of the application of law in the digital environment. Law should be the regulator of an atypical sphere, combining the interests of society by transferring certain spheres and processes from the real to the virtual environment. The main goal of the legal regulation is to ensure the functioning of the algorithmic state as a part of the modern state at the constitutional level, and to prevent the law and the society lagging behind the development of algorithms in the digital environment. This change should put individuals at the centre of algorithmic functioning processes whilst strictly respecting human rights and actively applying a human-centred approach in the digital environment. Constant discussions and acts in the EU give reason to conclude that algorithms will be a new part of the legislation of the EU and its Member States. It is a strategic objective for the EU to support the development of the concept of the algorithmic state because it is the entity that has been able to establish and implement the most detailed legislation. It is obvious that the integrative approach of sovereignty transfer¹⁷ can be extended to the algorithmic realm. In this way, the EU has a potential opportunity to establish itself as one of the centres behind the technological sovereignty¹⁸ of its Member States. This circumstance will make the EU one of the key subjects in the development and implementation of an algorithmic legal regulation. It would be a natural extension of the fact that the EU was able to establish itself as one of the leaders for the protection of personal data, preserving the possibility of developing algorithms.

The algorithmic state has appeared because society is beginning to organise its activity, moving from traditional forms of management to algorithmic forms in the digital environment. This is an early phase of the algorithmic state, but there is every reason to believe that it will continue to develop beyond its current form. This is suggested by the digital environment adding new features to its application in a short period and shows flexibility for adaptable technologies in the algorithmic state. In practice, these are the future forms of the mixed social/digital environment.

5. CONCLUSIONS

There are several scenarios for the coexistence of AI and personal data protection in the international legal order. International legal frameworks establish rules for the collection, processing and storage of personal data that apply when such data is used in

¹⁷ W. Czapliński, *Demokratyczna forma rządu i ochrona praw człowieka w Unii Europejskiej w świetle Traktatów z Maastricht i Amsterdamu*, in: W. Czapliński, I. Lipowicz, T. Skoczny, M. Wyrzykowski (eds.), *Suwerenność i integracja europejska: materiały pokonferencyjne*, Centrum Europejskie UW, Warszawa: 1999, pp. 173–185.

¹⁸ I. Calzada, *Technological Sovereignty: Protecting Citizens' Digital Rights in the AI-driven and post-GDPR Algorithmic and City-Regional European Realm*, 4 Regions eZine (2018), <https://doi.org/10.1080/13673882.2018.00001038>.

conjunction with AI. These legal frameworks aim to ensure that people have control over their data and that their privacy rights are respected. International organisations such as the UN or the CoE are developing ethical principles and guidelines for the use of AI, including issues related to personal data. These documents serve as a guideline for the development of data protection laws and policies. It is observed that the international community is working together to establish common standards and best practices in the field of personal data protection when using AI. This includes cooperation between states, international organisations, academic communities and private sector organisations. As AI evolves, new technologies are developed, research is supported and technologies are developed to improve personal data protection in all aspects of AI use. It can thus be concluded that scenarios related to AI can be multi-directional, starting from a great benefit and reaching a threat to humanity. That is why countries must unite against the threat model and focus on the core issue, namely the people-centric approach. The individual and the protection of human rights are the foundation in cooperation between countries. The international legal order is evolving to include personal data protection in the context of AI, seeking to create a balance between the promotion of innovation and respect for individual rights and privacy, and has created new forms of functioning of the modern state as a subject of the international public law.

BAN ON TRADE: FROM ROMAN LAW TO INTERNATIONAL LAW

1. INTRODUCTION

One of the demands of Western right-wing populist parties is for giving back of “economic freedoms”¹ that have been restricted or taken away by governments and international institutions.² These freedoms have supposedly always belonged to “free people” and have been one of the guarantees³ of their freedom. Oppressive governments – in the USA referred to as “socialist”, in Europe as “communist” and in Poland as “Euro-Kolkhoz” – restrict or deprive people of their economic freedoms, turning them into slaves.⁴ Behind these restrictions and prohibitions are the “enemies of freedom”: in the USA it is the “deep state”; in Europe it is the Freemasons, or the Communists, or the Jews, or the Germans – or all of them in one.⁵

This love of freedom by right-wing populists is of course selective, as they love and demand only certain freedoms, one of which is the peculiarly conceived economic freedom. Freedom of belief or religion, freedom of artistic expression, freedom of speech and the articulation of national or gender identity are already outside the scope of their beloved freedom. On the contrary, in these spheres, the state should exercise its sovereign functions to restrict freedom and uphold the “eternal principles”. This demand for state activism – the deprivation or restriction of human rights and

¹ At the same time, economic freedoms - in particular freedom of trade - are to be limited to the territory of the state. Indeed, in inter-state relations, they advocate extreme protectionism.

² See W.O. Ötsch, S. Pühringer, *Right-Wing Populism and Market-Fundamentalism: Two Mutually Reinforcing Threats to Democracy in the 21st Century*, Cusanus Hochschule, Institut für Ökonomie und Institut für Philosophie, Bernkastel-Kues: 2017, p. 1–12, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/191608/1/wps-oek26.pdf> (accessed 17 September 2024).

³ Another example is the unlimited right and free access to arms.

⁴ See R. Kleinfeld, *How Does Business Fare under Populism*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington: 2023.

⁵ See C.R. Kaltwasser, *Populism and the Economy: An Ambivalent Relationship*, Friedrich Ebert Stiftung, Berlin: 2019.

* Jerzy Menkes – Professor of Law at the Department of European Integration and Law at the Warsaw School of Economics. Chairman of the Polish Group of the International Law Association (ILA). ORCID: 0000-0002-7744-8167.

** Marcin Menkes – Professor at the Warsaw School of Economics, lawyer. ORCID: 0000-0002-3333-1274.

freedoms – in these spheres stems from the conviction that the evil side of human nature manifests itself in the exercise of these particular human rights and freedoms.

In demanding both freedom (the abolition of restrictions or prohibitions) and the deprivation or restriction of rights and freedoms, right-wing populists invoke the validity of both freedoms and restrictions/prohibitions from time immemorial; they are, in their view, norms of the “one true order of natural law”.

The roots of such attitudes lie in the Manichean vision of the world, in which only right-wing populists represent the forces of good, whilst their opponents are “evil” and represent the forces of darkness. Although the Manichaeic worldview is an element of most religions, right-wing populists are doctrinally and institutionally irreligious from the perspective of contemporary teaching, the doctrine of mainstream reflection in monotheistic religions.

Polemics with right-wing (as well as left-wing) populists are not within the scientific work of international law specialists, but one element of their arguments can be subjected to legal verification. This element is the “eternality” of economic freedoms (the absence of prohibitions or restrictions). Justifying views using *argumentum ad antiquitatem* (*argumentum ad traditionem*) is, of course, logically incorrect without proving that such a state was desirable.⁶ However, in this case, right-wing populists insult not only logic, but also the truth. The reality, the past they invoke, never existed, whilst it currently exists only in their conceptions of reality.

In organised societies, prohibitions on the trade of certain goods have always existed, and they were justified by the value system in force in the given society. At the same time, an analysis of the subject matter of prohibitions shows that the set has a part in common for societies in different epochs and belonging to different civilisations. In the case of trade prohibitions, the prohibition itself was only an instrument for the protection of values; the prohibited good had a “taboo”⁷ status which excluded it from trade.

At the same time, social organisations regulated the trade of certain goods. Trade rationing had a political basis and was to serve the good of the collective. In the case of the rationing of goods, there was rationing as a mode of action.

2. THE ROOTS OF PROHIBITIONS

In ancient Rome, there was a strict division of *res* into *res in commercio* and *res extra commercium*, and it was guarded by the state. The former *res* could be subject to private rights – trading – whilst those in the latter category could not be subject to private rights, and were consequently excluded from trading. Giving *res* the status of *res extra commercium* exempted it from the general principle of freedom of contract

⁶ See K. Szymanek, *Argument z podobieństwa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice: 2008, p. 11–57.

⁷ *Taboo*, in: *Encyclopaedia Britannica Online*, <https://www.britannica.com/topic/taboo-sociology> (accessed 1 July 2024).

(*res extra patrimonium*). The group of *res extra commercium* included (relevant for consideration) *res divini iuris* and *res publice*. The *res divini iuris* comprised *res sacrae*, whose status was the result of a constitutive decision on the part of a legitimate secular or spiritual authority, *res religiosae*; *res sanctae*. The status of *res extra commercium* both protected the values embodied in *res* when they related to the performance of religious cult (*res sacrae*) or the cult of the dead (*res religiosae*) and sacralised the general interest, serving to protect the security of the state by granting the status of *res sancte* to protective buildings in towns.⁸ *Res* acquired this status as either *res humani iuris* or *res divini iuris*.⁹

For the most part, these norms – in terms of subject matter – and the mechanism of regulation have survived to the present day.¹⁰ Items related to religious worship and the cult of the dead are excluded from commercial trade. In the case of the former, if commercial trade does take place, it is camouflaged or considered wrong (trade in relics); in the case of the latter, it is absolute (however, the status of cemeteries, for instance, can be revoked in some legal and religious orders).

The invocation of the ancient prototype of trade prohibitions has two purposes: the first is to prove the falsity, the lack of justification for the use of *argumentum ad antiquitatem* by right-wing populists; the second is to indicate the permanence of the arrangement. Freedom of trade, on the one hand, and prohibitions and regulation of trade, on the other, are equivalent norms/sets of norms constituting societies: states and the international community. In civilisations in which social relations were/are regulated by law, bans on trade in selected goods or rationing are an important instrument for protecting values and building/maintaining society.¹¹

3. BROADENING THE GROUP OF GOODS BANNED FROM TRADE

In the following centuries, the number of objects excluded grew on similar grounds. However, a set of *res* excluded from freedom of trade was retained, recognising that the ban on trading in them is based in natural law. The systematic expansion of the catalogue accelerated in the 19th century. It was recognised through an analysis of practice that outlawing trade, although not fully effective, limited the scale of the undesirable phenomenon both through the effectiveness of the enforcement of the

⁸ See R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa: 1969, p. 116–117. This classification is widely used, although sometimes contested. See W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, C.H. Beck, Warszawa: 2014, p. 122–123.

⁹ H. Insadowski, *Res sacrae w prawie rzymskim. Studium z sakralnego prawa rzymskiego*, Drukarnia “Narodowa” Leona Milarskiego Lublin: 1931, p. 34–75.

¹⁰ See A. Wacke, *Freedom of Contract and Restraint of Trade Clauses in Roman and Modern Law*, 11(2) Law and History Review 1 (1993), p. 1–19.

¹¹ See N. Elias, *The Civilizing Process: The Development of Manners, Changes in the Code of Conduct and Feeling in Early Modern Times*, Urizen Books, New York: 1978.

prohibition and through the impact on the social system of values, strengthening the “taboo”.

This modern development was initiated by the regulations of the early 19th century introducing a ban on the slave trade. In the literature, precedence in this respect is attributed to Denmark, which is said to have been the first to ban the slave trade by the Royal Edict of 1792.¹² This image of the pioneer is not corrected by anyone, not even the Danes; at most it is pointed out that the Edict provided for a 10-year “transition period”, which meant that it did not come into force until 1803. Such a long transition period indicates the economic importance of the transatlantic slave trade, a fear of a reaction from those “aggrieved” by the ban and the relatively little (or no) political power of the abolitionists. This portrayal of Danish law is extremely false. The edict did not ban slavery, but only regulated the management of (African) slaves and their labour. It confirmed that African slaves had the status of things.¹³

The Edict aimed to reduce the Danish economy’s dependence on imported slaves, and focussed on increasing the efficiency of the slave stock whilst reducing the costs involved. This assessment is confirmed by the Edict:

That considering the trade which occur in the Slave Trade on the Coast of Guinea, and in the transportation of the Negroes from thence to our West India Islands, and impressed with the idea, that it would be in every respect beneficial and profitable, if the importation of new Negroes from the Coast of Guinea could be avoided, and our West India Islands, in process of time, cultivated by Negroes born and bred in the Islands, accustomed from their youth to the manner of labour, the climate, and the disposition of their masters, we, in consequence, have made serious enquiries how far, and when it might be possible to accomplish the Abolition of the said Trade. From the result of these enquiries, we are convinced, that it is possible, and will be advantageous to our West India Islands, to desist from the further purchase of new Negroes, when once the Plantations are stocked with a sufficient number for propagation, and the cultivation of the lands; when pecuniary assistance can be given to those who want to purchase Negroes for their estates; and if proper encouragement was to be given to marriage amongst the Negroes, and due attention paid to their instruction and morals. In order, therefore, to withdraw our West India possessions from the state of dependence under which they have hitherto been, and now are, with respect to the importation of Negroes, and to make the importation of Negroes unnecessary in future, we declare our most gracious will on this subject, and order as follows:

1. From the commencement of the year 1803, we forbid any of our subjects to carry on the Slave Trade from the Coast of Africa, or any other place, except in our West India Islands; so that, after that period, no Negro men or women, either from that Coast or other foreign place, will be allowed to be purchased by or for our subjects, or to be transported in our subjects’ ships, neither must they be brought to our West India Islands for Sale; - and every transaction, contrary to this prohibition, shall (after that period) be deemed unlawful.

¹² See R. Pernille, *Why the Danes Got There First – A Trans-Imperial Study of the Abolition of the Danish Slave Trade in 1792*, 35(4) *A Journal of Slave and Post-Slave Studies* 576 (2014), p. 576–592; E. Gøbel, *The Danish Edict of 16th March 1792 to Abolish the Slave Trade* in: J. Black (ed.), *The Atlantic Slave Trade*, Routledge, London: 2006, p. 1–14.

¹³ For the English text of the Edict, see *ibidem*.

2. In the mean time, from the present, until the end of the year 1802, it is permitted to all foreign Nations, without exception, and under all flags, to import Negro men and women from the Coast into our West-India Islands.
3. For every healthy and stout Negro man or woman, who (during that period) shall be thus imported into our West-India Islands, we permit the following quantities of raw sugar to be exported from our Islands to foreign places either in our own or foreign ships, within a year after the importation of such Negroes, viz. For every full grown Negro man or woman, 2000 lb. weight may be exported, and for every half grown Negro the half of that quantity, or 1000 lb. weight, without any difference with regard to sex; but nothing is allowed for the importation of Children.
4. The duty which is fixed, by the ordonnances of the 9th of April, 1764, and 12th of May, 1777, (which ordonnances in every other respect that regards the Slave Trade, are hereby repealed) on the importation of Slaves, we most graciously take off, with regard to the Negro women, who may be hereafter imported; but on the other hand, we impose a duty of 1-half per Cent, more than what is already stipulated, on the sugar which shall be exported to foreign places, for the purchase of such Negro men and women as are imported.
5. It is, moreover, our will, in order to establish an exact proportion among the different sexes, that from the beginning of 1795 and after, the Negro women and girls, who work in the field, and are not house Negroes, shall pay no poll tax; but on the contrary, from the abovementioned period, a double poll tax shall be exacted for every Negro man. 6. From this present period, we forbid, in the strongest manner, all exportation of Negro men or women from our West India Islands, they alone being excepted from this prohibition who are expelled by law; or, such as our Governor General and Council in the West Indies, may, upon very extraordinary occasions, think proper, according to circumstances, to permit to depart.

From 1808,¹⁴ through the Act Prohibiting the Importation of Slaves,¹⁵ the USA banned the importation of slaves into the country and barred US citizens from importing slaves. What may be surprising when analysing the Act from today's perspective and through the lens of human rights is the technical language of the Act. This is in fact a normal sanction law, covering both direct and indirect participation in imports. The US sanctions were primary, i.e. targeted at citizens and entities under US jurisdiction. Consequently, their reach was limited. The ban became universal as a consequence of the extraterritorial status given to it as a result of the Royal Navy's operations (tasks re-performed by the Royal Navy's West Africa Squadron) in the Atlantic against slave traders.¹⁶ This action was in the implementation of the Slave Trade Act of 1807.¹⁷

¹⁴ For the economic dimension of slavery in the USA, see J. L. Huston, *Calculating the Value of the Union: Slavery, Property Rights, and the Economic Origins of the Civil War*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill–London: 2003, p. 3–23.

¹⁵ An Act to Prohibit the Importation of Slaves into any Port or Place Within the Jurisdiction of the United States, From and After the First Day of January, in the Year of our Lord One Thousand Eight Hundred and Eight, 2 March 1807, https://avalon.law.yale.edu/19th_century/sl004.asp (accessed 1 June 2024).

¹⁶ See P. Brendon, *The Decline and Fall of the British Empire (1781-1997)*, Jonathan Cape Ltd., London: 2007, p. 1–29.

¹⁷ An Act for the Abolition of the Slave Trade, 25 March 1807, https://www.pdavis.nl/Legis_06.htm (accessed 1 June 2024).

The actions taken by the Royal Navy were secondary extraterritorial sanctions.¹⁸ They had human rights legitimacy, but their legality was questionable at best. What the US and UK laws shared was the “technical language” of regulations without an indication of the ethical dimension of the ban.

A legal international prohibition of the slave trade was established as a result of decisions taken at the Brussels Anti-Slavery Conference of 1889–1890.¹⁹ The deliberations of the Conference took place from 18 November 1889 to 2 July 1890, and resulted in the adoption of the Brussels Conference Act of 1890²⁰ on the prohibition of the slave trade in Africa. The convening of the Conference and its success was made possible by British-German collaboration. The Brussels Conference Act did not outlaw slavery, but merely confirmed the prohibition of the slave trade. The Brussels Conference Act and the Declaration of Brussels form a set of regulations²¹ initiated by the General Act of Berlin of 1885 and continued by the Convention of Saint-Germain-en-Laye of 10 September 1919 on the Abolition of Slavery in Africa.²² A ban on the slave trade was already indicated by the General Act of the Berlin Conference on West Africa (26 February 1885) in Chapter II, Article 9 Declaration Relative To The Slave Trade:

Seeing that trading in slaves is forbidden in conformity with the principles of international law as recognized by the Signatory Powers, and seeing also that the operations, which, by sea or land, furnish slaves to trade, ought likewise to be regarded as forbidden, the Powers which do or shall exercise sovereign rights or influence in the territories forming the Conventional basin of the Congo declare that these territories may not serve as a market or means of transit for the trade in slaves, of whatever race they may be. Each of the Powers binds itself to employ all the means at its disposal for putting an end to this trade and for punishing those who engage in it.²³

The process of prohibiting slavery culminated in the LN Slavery Convention,²⁴ the culmination of the law-making process,²⁵ it codified the customary law.²⁶ The

¹⁸ The British action was contested by France, seeing it as a manifestation of Britain’s self-assigned role as “world policeman”.

¹⁹ Representatives from 17 countries participated in the Conference.

²⁰ Slave trade and importation into Africa of firearms, ammunition, and spirituous liquors (General Act of Brussels).

²¹ See R.C. Redman, *The League of Nations and the Right to be Free from Enslavement: The First Human Right to Be Recognized as Customary International Law – Freedom: Beyond the United States*, 70(2) Chicago-Kent Law Review 759 (1994), p. 759–800.

²² Convention revising the General Act of Berlin, February 26, 1885, and the General Act and Declaration of Brussels, 2 July 1890, signed at Saint-Germain-en-Laye, 10 September 1919, <https://archive.org/details/conventionrevisi00greaiala/page/98/mode/1up?ref=o> (accessed 1 June 2024).

²³ General Act of the Berlin Conference on West Africa (adopted 26 February, entered into force 19 April 1886), <https://loveman.sdsu.edu/docs/1885GeneralActBerlinConference.pdf> (accessed 1 June 2024).

²⁴ Slavery Convention, signed at Geneva, September 25, 1926 [1927] 60 LNTS 253, p. 254.

²⁵ See A. Tsesis, *The Thirteenth Amendment and American Freedom: A Legal History*, The New York University Press, New York–London: 2004, pp. 101–136.

²⁶ See T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford: 1989, p. 3–9.

fact that the prohibition of slavery was codified as a result of a customary law norm was confirmed by the Preamble of the Convention. The normative framework of detailed regulations²⁷ prohibiting slavery and the slave trade was completed by the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery (Geneva, 7 September 1956).²⁸

At the same time, the dualism of moral values in the form of different treatment of “whites” and “non-whites” was revealed in the process. In relation to “whites”, the prohibition of the slave trade had previously been established by the International Agreement for the Suppression of the “White Slave Traffic”²⁹ and the Convention of 4 May 1910, under the name “White Slave Traffic”.³⁰ In addition, the standards of the Brussels Conference Act do not clearly answer by themselves whether slavery and the slave trade were judged as “evil” or whether they only wished to appease abolitionists. The ban on transporting slaves across the Atlantic did not abolish slavery or even abolish the slave trade; the ban only limited the spread of information about the slave trade. Practice favours accepting the second hypothesis as true.

In the 1920s, a ban on the trade of women and children was established. In 1921 a multilateral treaty, the International Convention for the Suppression of the Trafficking in Women and Children, was concluded, supplemented a few years later by the International Convention for the Suppression of the Trafficking in Women of full age.³¹ The implementation of this Convention was strengthened by being enshrined in the legal regime for preventing and combating trafficking in persons. On the institutional dimension, this included the establishment and work of the Advisory Committee on the Traffic of Women and Children as a permanent advisory committee of the LN. At the same time, the direct effectiveness and impact of the Convention were substantially weakened by the reservations,³² which deprived the Convention of its universal character. The reservations excluded colonies, protectorates and mandated territories from the Convention’s territorial scope. This not only reduced the Convention’s coverage, but also confirmed the dualism of moral and legal standards.

²⁷ I am passing over the texts constituting the International Bill of Human Rights.

²⁸ Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery. Done at the European Office of the United Nations at Geneva, on 7 September 1956 [1957] 266 UNTS 40.

²⁹ International Agreement for the Suppression of the “White Slave Traffic”, signed at Paris, 18 March 1904 [1920] 1(1) LNTS 83.

³⁰ International Convention for Suppression of the White Slave Traffic, signed at Paris on 4 May 1910, and as amended by the Protocol, signed at Lake Success, New York, 4 May 1949 [1951] 98 UNTS 101.

³¹ International Convention for the Suppression of the Trafficking in Women of Full Age, signed at Geneva, October 11th, 1933 [1934] 150 LNTS 431.

³² They were contributed by Australia, the British Empire, Japan, Spain and New Zealand.

A landmark in the development of international human rights law was the participation of representatives of NGOs, they completed the composition of the body, in which nine member states of the League of Nations were represented in addition to them. . The adoption of the Convention neither ended nor stopped the lawmaking process. In 1947, a Protocol was adopted to amend the 1921 Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children, concluded at Geneva on 30 September 1921; the Convention for the Suppression of the Traffic in Women of Full Age concluded in Geneva on 11 October 1933.³³ The Protocol was eventually replaced by the Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others.³⁴

At the end of the 20th century, the prohibition of trafficking in human beings was supplemented by a prohibition of trafficking in human organs (this market is also referred to as the “blood market”). This ban was also established gradually, beginning with the ban on blood trafficking. The beginnings of organ trafficking date back to the second half of the 20th century.³⁵ At that time, “transplant tourism” began, whereby wealthy Asians could buy organs in various regions of Asia and South America.

Centuries of action by abolitionists and more and less concerted action by states, IGOs and NGOs have not led to the elimination of slavery and human trafficking. Still, in the exclaves excluded from the law, “classic” slavery persists; everywhere, “new” slavery continues in different circumstances. The persistence of slavery, its scale and the adaptability of traffickers and slave owners to changing conditions speak to the recognition that the prevention and eradication of slavery is a “never-ending story”. One reason for this is the moral atrophy in many societies and the refusal to recognise that all slavery is slavery and that prostitution or forced labour is slavery. This maintains/builds a climate of acquiescence to crimes against basic human rights and freedoms.

The international community has taken many steps to prevent such practices. The Council of Europe’s regional conventions are of particular importance, judged by their impact on practice. This assessment is due to two factors; the first is the impact of the CE on non-member states cooperating with the CE, which is wider than formal membership implies, and the second is the division of the world into blocs around attitudes towards organ trafficking.

³³ International Convention for the Suppression of the Traffic in Women and Children, concluded at Geneva on 30 September 1921, as amended by the Protocol, signed at Lake Success, New York, on 12 November 1947 [1950] 53 UNTS 39.

³⁴ Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others (with Final Protocol). Opened for signature at Lake Success, New York, on 21 March 1950 [1951] 96 UNTS 271.

³⁵ Social, Health and Family Affairs Committee Report, Trafficking in organs in Europe, 3 June 2003, UN Doc. 9822.

Lawmaking under the CE Convention formula is a step towards generating treaty regulations in a group of “like-minded” states maintaining continuous ties with the CE³⁶ and not seeking to compromise at the “lowest common denominator”.³⁷ The CE adopted the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being regarding the Application of Biology and Medicine (Oviedo Convention) of 1997³⁸ and supplemented it in 2002 with the Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin.³⁹ The axiological basis of the Convention is indicated in its Article 1 sentence 1: “Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine.” The standard is reinforced by Article 2, which indicates its primacy of application (“Primacy of the human being. The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or science”).

Despite significant differences in positions, the work on rulemaking is conducted in universal forums. The WHO first declared organ trafficking illegal in 1987, stating that it violates the Universal Declaration of Human Rights. It indicated that “it is likely to take unfair advantage of the poorest and most vulnerable groups, undermines altruistic donation and leads to profiteering and human trafficking”.⁴⁰ The next step on this path was the adoption of the “Guiding Principles on Human Organ Transplantation” in 1991, at the 44th World Health Assembly.⁴¹ The issue of establishing rules for transplantation – preventing commercial trafficking in human organs for transplantation – is being addressed by the WHO.⁴² The Principles include an unequivocal *de lege ferenda* demand that organs must not be part of financial transactions. On 22 May 2004, the Guidelines were critically reviewed and slightly amended at the 57th World Health Assembly.⁴³ An expression of the dialogue between

³⁶ They are Australia, Canada, Japan, Mexico and the USA. This has already been pointed out in the Preamble: “The Member States of the Council of Europe, the other States and the European Community, signatories hereto”.

³⁷ The differences in the positions of states even among CE members are illustrated by the number of signatures and ratifications of the Convention and the Protocol.

³⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine (Convention on Human Rights and Biomedicine), ETS 164.

³⁹ Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin, Strasbourg, 24 January 2002, ETS 186.

⁴⁰ Resolution WHA40.13 of 4–15 May 1987 on Development of guiding principles for human organ transplants, <https://www.afro.who.int/sites/default/files/2017-06/WHA40-13.pdf> (accessed 18 September 2024).

⁴¹ Resolution WHA44.25 of 13 May 1991 on Human organ transplantation, <https://www.transplant-observatory.org/download/resolution-wha44-25-endorsing-the-1991-guiding-principles/> (accessed 18 September 2024).

⁴² WHO Report, Human organ and tissue transplantation, 26 March 2009, A62/15.

⁴³ Resolution WHA57.17 of 22 May 2004 on Global strategy on diet, physical activity and health, https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/wha57/a57_r17-en.pdf (accessed 18 September 2024).

IGOs – in this case the WHO and the CE⁴⁴ – is the CE's adoption of the Convention against Trafficking in Human Organs.⁴⁵ Unfortunately, also in the case of this Convention, both CE members and “non-members of the Council of Europe” are bound to only a limited extent.⁴⁶

In the legislative process, the actions of states and international intergovernmental organisations are complemented by NGOs. Their work is the Declaration of Istanbul adopted by the Transplantation Society and the International Society of Nephrology in 2008 during the Summit on Organ Trafficking and Transplant Tourism. The Declaration unequivocally condemns organ trafficking and related transplant tourism.

4. OTHER BANS AND ILLICIT TRADE

Although knowledge of the limited effectiveness of trade bans in implementing values is widespread, states and other international actors readily resort to this instrument when seeking a remedy against violations of values or for the realisation of a common goal. Trade prohibitions/restrictions have been resorted to by the international community to protect wild animals and plants of endangered species⁴⁷ and material cultural property. By virtue of the Convention, “wild fauna and flora in their many beautiful and varied forms” were given the legal status of Common Heritage of Mankind and recognised as “an irreplaceable part of the natural systems of the earth”. The granting of this status is intended to protect the resource “for this and the generations to come”. Again, prohibition/regulation has neither prevented nor eradicated the trade. The scale of the illegal trade is difficult to estimate, as is the damage that results. As INTERPOL points out, “environmental and wildlife crime has become one of the world's largest and most profitable crime sectors and continues to grow as it pushes many species to the brink of extinction”. Experts estimate that the “black market” is worth USD 20 billion per year.

International cooperation and the resulting trade prohibitions/restrictions are also intended to protect antiquities and archaeological artefacts. The multilateral treaty creating the ban in question was developed and adopted by UNESCO, it is the UNESCO 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export, and Transfer of Ownership of Cultural Property⁴⁸. These

⁴⁴ See J. Kapelańska-Pręgowska, P. Chrzczonowicz, *Handel organami z perspektywy prawa międzynarodowego oraz polskiego prawa karnego* [Organ trafficking from the perspective of international law and Polish criminal law], 6(131) Przegląd Sejmowy 71 (2015), p. 71–102.

⁴⁵ It was ratified by 14 CE members and Costa Rica.

⁴⁶ Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism, <https://www.declarationofistanbul.org/the-declaration> (accessed 1 July 2024).

⁴⁷ Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora [1973] 993 UNTS 243.

⁴⁸ Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export, and Transfer of Ownership of Cultural Property, 11 November 1970, 823 UNTS 11806.

goods are given the status of “cultural heritage (Preamble)” and are only allowed to be traded under the legal regime of the Convention. Apart from the actual size of the “black market” and the value of its turnover, the fact is that neither restrictions nor prohibitions have had the desired effect.

5. RESTRICTIONS ON TRADE – SELECTED CASES

5.1. Subject matter regulations

The bans analysed above are subjective in nature. The objective of protecting values is pursued by (absolute) prohibitions. However, not in every case is the aim to eliminate a good from trade. In some cases, it is considered that the tool for achieving the objective (which is the protection/realisation of values) could and should be through subjective rationing of trade. Certain categories of things should be excluded from “free” trade: they can only be traded on the basis of permits (permits can indicate the seller or buyer, or seller and buyer). Trading in these things is not “intrinsically evil” (because the things are traded); what may be evil is the way in which these things are used, and traded in. Such rationing is also rooted in the – often distant – past. These prohibitions, subjective restrictions in international trade, are addressed to states, under a regime of absolute or relative sanctions (so-called “smart”); states that use the proceeds of trade to carry out warfare or prohibited activities; producer states whose goods are produced by forced labour; exporter states, by virtue of where the items are obtained (e.g. goods from occupied territories); and non-state actors, where trade bans are intended to limit the financing of secessionist, terrorist and criminal activities.

5.2. Trade control

Even the LN members were taking steps to ration the “trade in opium and other harmful substances”. States recognised that controlling the illicit trade in these substances was as important as eliminating the trade in “women and children”. This is indicated by the entrustment to the LN, in Article 23 (c) of the Treaty of Versailles, of the duty to supervise agreements in this area:

Subject to and in accordance with the provisions of international conventions existing or hereafter to be agreed upon, the Members of the League: [...] (c) will entrust the League with the general supervision over the execution of agreements with regard to the traffic in women and children, and the traffic in opium and other dangerous drugs.⁴⁹

States wanted to institutionalise the control of the trade in these substances, recognising that previous actions, both unilateral and international, had not

⁴⁹ Treaty of Versailles [1919] UKTS 4 (Cmd. 153).

achieved the desired result. The case of multilateral cooperation started with the International Opium Convention and continued with the Agreement concerning the Suppression of the Manufacture of, Internal Trade in, and Use of, Prepared Opium. The Convention was systematically and ineffectively “perfected”. Finally, the Convention (of 1912) was amended in the Protocol of 1946. Evidence of the importance attributed to the control of trade and the belief in the possibility of developing an effective legal instrument is provided by the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, and the attempts to supplement it through “amendments (Protocol amending the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961)”.

The objective of protecting common goods – the enjoyment of them in the common interest – is to be pursued by the regime of exploitation of the resources of the seabed and oceans (International Seabed Authority).

5.3. Subject-object restrictions

Notably among these restrictions, those on the trade in “goods, technologies, and services of military significance” are relevant from a human rights and international security perspective. With regard to the trade in these goods, rationing is of a national plurilateral or universal nature. The relevant regulations of Western institutions – the EU and NATO, among others – are extensive. In the case of analogous universal regulations, in many cases the agreements are the product of the lowest common denominator, which limits their effectiveness. Treaty-based verification mechanisms are also weak in this case.

5.4. Concluding remarks

In summary, systems of national law, the law of international organisations and international law have produced prohibitions and restrictions on trade. The objects of these restrictions can be either goods or entities (sellers or buyers, or sellers and buyers). Prohibitions relating to goods are absolute (they do not allow exceptions); their legitimacy is rooted in (various) ethical systems and legalisation often occurs secondarily. Prohibitions involving parties to the trade are relative in nature. What subject “a” is not entitled to, subject “b” is entitled to. The assessment of the legality of these prohibitions (before anything else) is based on the legalism of the introduction, with weaker axiological or political legitimacy (legitimacy is often secondary to legalisation).

Conclusions from the creation of prohibitions through multilateral treaties and, in fact, the confirmation of prohibitions, giving them the status of treaty norms, in the formula of returning to regulate the matter again and again are varied. On the one hand, the creation/strengthening of a community of values around the axiological basis of prohibition is noted. The strong will of (some) states to act in favour of establishing the rule of values is visible, and the strength of this *de facto* “coalition

for values” is evidenced by the failure of (some) state governments to disclose a position to the contrary. This indicates that it is shameful to be a member of the “coalition vacuum of values”. Silence is an expression of hypocrisy, but in these cases the aphorism of François de La Rochefoucauld that “*l’hypocrisie est un hommage que le vice rend à la vertu*” (hypocrisy is a tribute paid by vice to virtue) is also true. On the other hand, the revisiting of rulemaking, the repetition of norms in new language etc. confirms the weakness or, rather, the lack of a mechanism to oversee the implementation of accepted commitments (this is linked to the broader issue of the limited effectiveness of international law).

The prohibition of trafficking in human beings and human organs is one of those areas of human rights in which the effects of the lack of effective sanctions on states that systematically and systemically violate the law or are unwilling or unable to enforce the law within their own jurisdiction are particularly acute. It also demonstrates out that the temptation to get ‘dirty money’ is more powerful than moral prohibitions.

UNILATERAL MEASURES OF ECONOMIC COERCION IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW

1. INTRODUCTION

Coercion in international relations has been used for centuries; it was seen as a natural attribute of states. Coercion through armed force was outlawed by the UN Charter (Article 2(4))¹. Other kinds of coercion, especially economic coercion, have not been explicitly prohibited in general international law. Partial protection in this regard is provided by the principle of non-intervention.

Since the 19th century, the international community has been subject to multilateralisation, manifested in multilateral treaties and international institutions. In the second half of the 20th century, despite the persistence of the important role of unilateral and bilateral acts, it is these that shape the nature and structure of international law. However, since the beginning of the 21st century, a crisis of multilateral arrangements can be discerned.² One of its causes is the intensification of the struggle for dominance between the West (the United States and the EU) and the East (China and Russia). The use of unilateral coercive measures (UCMs), especially unilateral coercive economic measures (UECMs), is occurring between them with increasing frequency and vehemence. This raises the problem of establishing the legality of their use UCMs/UECMs.

This study first presents the concept of UECMs, which is then related to the prohibition of intervention. Attempts to reinterpret the permissibility of UECMs are then presented.

¹ UN Charter [1945] 1 UNTS 16.

² L. Gruszczynski, M. Menkes, V. Bilkova, P. Farah (eds.), *The Crisis of Multilateral Legal Order: Casus, Dynamics and Implications*, Routledge 2023; J. Brunnée, *Multilateralism in Crisis*, 112 ASIL Proceedings 335 (2018), p. 335–339, <https://doi.org/10.1017/amp.2019.35>.

* Cezary Mik – Professor of legal sciences specialising in international and European law. Lecturer at Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw. ORCID: 0000-0002-6758-1909.

2. WHAT ARE UECMS?

2.1. Unilateralism

Unilateral measures *sensu largo* are immanent to the decentralised nature of the international community. As such, they cannot be seen as entirely illegitimate. Moreover, some of them may even be fundamental to the operation of general international law as a legal order (in the formation of customary law and the enforcement of international obligations). They may also be a consequence of prior consensual arrangements (e.g. the formulation of reservations or the fulfilment of international obligations). Nevertheless, these measures are suspect in multilateralised general international law.³

Among unilateral measures, UCMs occupy a special place.⁴ They are seen as a category of unfriendly acts, but are not equated with them.⁵ UCMs are juxtaposed with sanctions, countermeasures, retorsions and reprisals.⁶ For the purposes of this study, despite being referred to as unilateral (autonomous) sanctions,⁷ UCMs are considered distinct from sanctions as measures adopted by international bodies of the collective security system within the meaning of the UN Charter. As such, however, they are able to be adopted by states (individually or collectively) and by regional integration organisations, such as the EU.

UCMs can be adopted when the interests of a state (organisation) require it, or in response to violations of international obligations. In the former case, as long as the measure does not constitute a violation of international law or an abuse of rights, it can be considered a retorsion. In the latter case (reaction), as long as it meets the relevant requirements set out in general international law (it is a proportionate and materially and temporally limited response to an internationally wrongful act – Articles 49–54 of the ILC Draft Articles on Internationally Wrongful Acts of States [ARSIWA]), it is capable of being considered a legitimate countermeasure and equivalent to reprisals.

³ A. Nollkaemper, *Unilateralism/Multilateralism*, in: R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, (hereinafter “MPEPIL”), Oxford University Press, Oxford: 2012, p. 179ff.

⁴ A. K. Kurtul, *The Evolving Qualification of Unilateral Coercive Measures: A Historical and Doctrinal Study*, 2(1) *Athena* 204 (2022); A. Miron, A. Tzanakopoulos, *Unilateral Coercive Measures and International Law*, <https://hal.science/hal-04679298> (accessed 19 September 2024).

⁵ D. Richter, *Unfriendly Act*, in: *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e423>, points 8, 19.

⁶ E.g. C. Beaucillon (ed.), *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Edward Elgar: Cheltenham: 2021; N. Ronzitti (ed.), *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Brill/Nijhoff: Leiden: 2016; A. Pellet, A. Miron, *Sanctions*, in: *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e984> (accessed 19 September 2024); M. Ruffert, *Reprisals*, in: *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1771> (accessed 19 September 2024); T. Giegerich, *Retorsion*, in: *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e983?prd=EPIL> (accessed 19 September 2024).

⁷ S.P. Subedi (ed.), *Unilateral Sanctions in International Law*, Hart, Oxford: 2022; M.D. Jaeger, *Coercive Sanctions and International Conflicts: A Sociological Theory*, Routledge: New York, 2021.

2.2. The coercive nature of the measures

UCMs are characterised by coercion, though this term has not been defined in general international law. The meaning of coercion must be determined by legal scholars, but they are not in full agreement. Coercion is sometimes defined as a process in which “the coercing state shapes the behaviour of the coerced state by exploiting its vulnerabilities and manipulating its fears, thereby limiting its will to resist the demands of the coercing state.” Coercion is thus a communication process in which the coercing state communicates its expectations or demands to the coerced state, pressurising the latter in order to induce compliance. In doing so, it uses various instruments of pressure: diplomatic, political, military and economic. At the same time, coercion is distinguished from persuasion, which aims “to alter a state’s conceptualisation of its self-interest.”⁸

In the doctrine, different types of coercion are distinguished (including positive and negative forms). It is also recognised that coercion can be measured and graded, and it is stipulated that only coercion in the form of intervention is a violation of general international law.⁹ Models of coercion have also been constructed (coercion as extortion and coercion as control; the former imposes costs on the coerced state, the latter removes its ability to exercise control over policy choices; there are different thresholds and meanings of intent and harm).¹⁰ A state (integration organisation) can use or threaten to use UCMs.

2.3. Economic dimension of UCMs

UECMs are distinguished by their economic nature. Measures can be taken particularly in the areas of trade, finance and investment. UECMs are acute for the addressee. They may constitute anticipation of or an alternative or supplement to military force. Economic measures may be used by the state (integration organisation) directly or through economic actors, especially those controlled by states. UECMs can have various objectives (justifications), including non-economic ones. These objectives can be strategic (general, aiming to subordinate another state) or tactical (ad hoc, punctuated).

⁸ M.S. Helali, *On Coercion in International Law*, 52(1) New York Journal of International Law and Politics 1 (2019), p. 70–72, <https://www.nyujilp.org/wp-content/uploads/2020/01/NYI101.pdf> (accessed 19 September 2024).

⁹ *Ibidem*, p. 75–89.

¹⁰ E.g. M. Milanović, *Revisiting Coercion as an Element of Prohibited Intervention in International Law*, 117(4) American Journal of International Law 601 (2023), p. 626 ff.

3. UECMS IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW

3.1. Non-Intervention Principle

UECMs are usually associated with the principle of non-intervention. In terms of relations between states, it has no basis in the UN Charter. It is, however, found in the Declaration of Principles of International Law (1970)¹¹ and in the Judgment on *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (26 June 1986), recognised by the ICJ as a customary rule of universal application,¹² though not without exception or peremptory character.¹³ It was reaffirmed by the UN General Assembly declarations of inadmissibility of intervention from 21 December 1965 (2131(XX)); adopted by a vote of 109:0:1¹⁴ and 9 December 1981; adopted by a vote of 120:22:6¹⁵. However, there are doubts about their customary status and even whether they can be part of the customary *opinio juris*.

In the *Nicaraguan* case the ICJ stated¹⁶ that “the principle of non-intervention involves the right of every sovereign State to conduct its affairs without outside interference.” The Court stressed that, as generally accepted, it prohibits

all States or groups of States to intervene directly or indirectly in internal or external affairs of other States. A prohibited intervention must accordingly be one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty to decide freely. One of these is the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy. Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones¹⁷.

A central component of the principle of non-intervention is intervention understood as coercion applied to the freedom to make choices that fall within the *domaine réservé*. In doing so, the ICJ recognised that coercion is a broader concept

¹¹ Declaration of Principles of International Law (1970), concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations (A/8082 A/RES/2625(XXV), p. 121.

¹² ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgement, 26 June 1986, ICJ 1986, p. 14, paras. 202, 204, 205, 207, 209, 246, pp. 106–110, 126. See W. Czapliński, *Sources of International Law in the Nicaragua Case*, 38(1) International & Comparative Law Quarterly 151 (1989).

¹³ D. Tladi, *The Duty Not to Intervene in Matters within Domestic Jurisdiction*, in J.E. Viñuales (ed.), *The UN Friendly Relations Declaration at 50: An Assessment of the Fundamental Principles of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge: 2020, p. 87 ff; F. Kriener, *Intervention, Prohibition of*, in: *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1434?prd=EPIL> (accessed 19 September 2024).

¹⁴ Resolution adopted by the General Assembly 2131 (XX). Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty, 21 December 1965, A/RES/20/2131.

¹⁵ UN General Assembly, 36th Session, 36/103. Declaration on the Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States, 9 December 1981, A/RES/36/103.

¹⁶ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *supra* note 12, para. 202.

¹⁷ *Ibidem*, para. 206.

than force.¹⁸ Nevertheless, when coercion is through armed force, it is possible to apply the prohibition on the use of force and the principle of non-intervention jointly. However, this gives rise to legal complications. Although the two prohibitions constitute fundamental principles of general international law, their content, permissible exceptions and legal status (the prohibition of aggression as *jus cogens*) differ. Applying both rules to one situation also blurs their conceptual scopes. Meanwhile, the prohibition of the use of force applies when military force of sufficient scale and effect occurs (e.g. an armed incident is not prohibited), whereas the principle of non-intervention should cover various types of coercion – including the use of low-intensity, limited-range military force – which are not forbidden within the meaning of Article 2(4) of the Charter and which exceed the threshold of pressure. The principle of non-intervention should therefore be considered *lex generalis* to Article 2(4). The prohibition on the use of force should exclude the operation of the principle of non-intervention. Otherwise, a *superfluum* will take place.

The principle of non-intervention protects the freedom to make choices only within the *domaine réservé*, a concept which is not legally defined.¹⁹ Nevertheless, it covers those spheres of decision-making which are subject to international obligations. At the same time, as stated by the PCIJ in its advisory opinion on *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco* (7 February 1923),²⁰ each state's *domaine* (protected choices in specific areas) differs, since the scope of its legal obligations differs. Moreover, it is variable and depends on the development of international relations.

Limiting the principle of non-intervention to *domaine réservé* places the performance of international obligations outside the prohibition on intervention. This is not correct. Protection from intervention (coercion) is also relevant to the performance of obligations. Such coercion may be used in the context of an international obligation. A party may resort to UCMs/UECMs in the case of performing alternative obligations (when it depends on the other to perform a specific obligation), obligations linked to the exercise of discretionary powers, soft obligations or those containing open-ended concepts.²¹ UCMs may also be used in the event of a dispute over the content of an obligation. Conservatively, these cases are not covered by the *domaine réservé* and will not be protected by the non-intervention principle.

¹⁸ M. Milanović, *supra* note 10, p. 612.

¹⁹ See K.S. Ziegler, *Domaine réservé*, in: *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1398> (accessed 19 September 2024).

²⁰ PCIJ, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*, Advisory Opinion, 7 February 1923, PCIJ Publ., Series B, No. 4, p. 7 at 24.

²¹ For more on these types of obligations, see C. Mik, *Theory of Obligations in International Law*, Routledge: New York: 2024, p. 158ff.

3.2. UECMs as an exception to the prohibition of intervention

3.2.1. The right to use economic coercion?

The principle of non-intervention is not considered to be exceptionless, despite the fact that the UN General Assembly has attempted to define the principle on several occasions and has not explicitly provided for any exceptions. It also included the prohibition of economic measures. Thus, the 1965 Declaration on the Inadmissibility of Intervention explicitly stated that “no State may use or encourage the use of economic [...] measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights or to secure from it advantages of any kind”. This statement is repeated almost verbatim in the 1970 Declaration of Principles. In addition, the 1981 Declaration on the Inadmissibility of Intervention (II(k)) indicates that the principle of non-intervention includes, *inter alia*,

the duty of a State not to use its external economic assistance programme or adopt any multilateral or unilateral economic reprisal or blockade and to prevent the use of transnational and multinational corporations under its jurisdiction and control as instruments of political pressure or coercion against another State, in violation of the Charter of the United Nations²².

It is clear from these resolutions that economic coercion is not limited only to the pressure exerted against choices falling within the *domaine réservé*. It includes subjugating the exercise of the sovereign rights of other states or even obtaining benefits.

Nevertheless, as Tladi notes, there is no more controversial exception than economic coercion.²³ The conclusion drawn from the observation of international practice is rather that there is a right to use UECMs.²⁴ It is undoubtedly not covered by the prohibition on the use of force.²⁵ The prohibition of intervention in the form of economic coercion is at most a particular norm, present notably in the OAS Charter (Article 20).²⁶ This state of general international law was confirmed in principle

²² Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty General Assembly resolution 2131 (XX), New York, 21 December 1965, A/RES/20/213.

²³ D. Tladi, *supra* note 13, p. 100.

²⁴ A. Tzanakopoulos, *The Right to be Free from Economic Coercion*, 4(5) Cambridge Journal of International and Comparative Law 616 (2017), <https://doi.org/10.7574/cjicl.04.03.616>; D.W. Bowett, *Economic Coercion and Reprisals By States*, 13(1) Virginia Journal of International Law 1(1972).

²⁵ O. Dörr, A. Randelzhofer, in: B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds.), *The United Nations Charter: A Commentary*, vol. I, Oxford University Press: Oxford: 2012, p. 208 – commentary on Art. 2(4). The Latin American proposal to include the concept of economic aggression in the definition of aggression adopted by the General Assembly, A/RES/3314 was also not accepted. A. Nguyen, *The G7's Fear of Economic Coercion through Weaponised Interdependence – Geopolitical Competition Cloaked in International Law?*, 22 June 2023, p. 2–3, <http://ejiltalk.org/the-g7s-fear-of-economic-coercion-through-weaponised-interdependence-geopolitical-competition-cloaked-in-international-law/> (accessed 19 September 2024).

²⁶ M. Domb, *Defining Economic Aggression in International Law: The Possibility of Regional Action by the Organization of American States*, 11(1) Cornell International Law Journal 85 (1978).

by the ICJ in the Nicaraguan case. It did not consider US restrictions (cessation of economic aid, a drastic reduction of sugar imports, a trade embargo and a blockade of international loans) a violation of the prohibition on intervention.²⁷

3.2.2. States' pursuit of a prohibition of UECMs

After the Second World War, developing countries were particularly interested in establishing a prohibition of UECMs. UECMs were criticised in the context of the New International Economic Order (NIEO). The Charter of Economic Rights and Duties of States (12 December 1974),²⁸ which was one of the main UN General Assembly resolutions promoting the NIEO, declared the principle of non-intervention. It also demanded that international trade take place “without prejudice to generalized non-discriminatory and non-reciprocal preferences in favour of developing countries, on the basis of mutual advantage, equitable benefits and the exchange of most-favoured-nation treatment” (Article 26). Finally, Article 32 stated that “no State may use or encourage the use of economic [...] measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights”.

Although the NIEO as such collapsed, the ideas it contained influenced resolutions rejecting economic measures as a form of coercion against developing countries.²⁹ With successive resolutions, the group of states which do not support them has increased. Nonetheless, in one of the most recent ones, titled: The need for a new economic policy: Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries (19 December 2023),³⁰ which passed by a majority of 128:8:43, it is accepted that UECMs are “flagrant violations of the principles of international law” in the UN Charter and “the basic principles of the multilateral trading system” (preamble). It highlighted the findings of UNCTAD (Bridgetown Covenant, 2021)³¹, in which States are “strongly urged to refrain from promulgating and applying any unilateral economic, financial or trade measures not in accordance with international law and the Charter of the United Nations” (para. 3). It called on the international community to condemn and reject the imposition of economic measures as measures of political and economic coercion (para. 4), recognising that such measures, being contrary to general international law, constitute an obstacle to developing countries achieving the Sustainable Development Goals (para. 5).

²⁷ ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *supra* note 12, paras. 244, 245 at 125–126.

²⁸ The Charter of Economic Rights and Duties of States, 12 December 1974, A/RES/3281(XXIX).

²⁹ UN general Assembly, 114th plenary meeting, 20 December 1983, 38/196. Confidence-building in international economic relations, A/RES/38/197 (votes: 119:19:5).

³⁰ Seventy-eighth session, Agenda item 16 (a), Macroeconomic policy questions: international trade and development, Resolution adopted by the General Assembly on 19 December, 78/135. Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries, 2023A/RES/78/135.

³¹ The Bridgetown Covenant from inequality and vulnerability to prosperity for all, 10 November 2021, TD/541/Add.2.

The large number of states that oppose or abstain from the resolutions indicates that the resolutions are not accepted, at least not fully. In view of this, it is difficult to consider them evidence that the prohibition of UECMs is a generally accepted customary rule.

4. UECMS IN CURRENT POLITICAL AND LEGAL INTERPRETATIONS

The intensifying rivalry between East and West has led to re-evaluations of the use of economic coercion. These have resulted in the formulation of politico-legal positions towards the use of UECMs. It can be assumed that for the East the views of Russia and China are representative, being supported by a significant group of developing countries. The position of the West has been articulated by the G7, the USA, its allies and the EU.

4.1. The Eastern approach to UECMs

Russia has both passed and been subject to UECMs. Economic coercive measures were used against the country by the USA, its allies and the EU. Recently, this has been linked to the situation in Ukraine, but also to allegations of election interference and harmful cyberoperations, weapons of mass destruction, human rights violations and corruption.³² For its part, Russia has applied UECMs under federal laws (On Special Economic Measures and Coercion Measures, 30 December 2006, amended in 2023³³; On security, 28 December 2010³⁴; On Measures Impacting (Counteracting) the Hostile Actions of the United States of America and Other Foreign States, 4 June 2018)³⁵. In particular, the 2006 Act mandated a response to economic measures that, in its assessment, constitute an internationally wrongful act or unfriendly action. The interests and security of Russia and the rights and freedoms of its citizens are protected. Reaction measures are mainly economic in nature. They may affect

³² J.A. Burke, *Economic Sanctions Against the Russian Federation Are Illegal Under Public International Law*, 3(3) Russian Law Journal 126 (2015).

³³ Federal'nyy zakon "O spetsial'nykh ekonomicheskikh merakh i prinuditel'nykh merakh" ot 30.12.2006 N 281-FZ [Федеральный закон "О специальных экономических мерах и принудительных мерах" от 30.12.2006 N 281-ФЗ], <https://www.zakonrf.info/doc-16017086/> (accessed 21 September 2024).

³⁴ Federal'nyy zakon "O spetsial'nykh ekonomicheskikh merakh i prinuditel'nykh merakh" ot 30.12.2006 N 281-FZ [Федеральный закон "О безопасности" от 28.12.2010 N 390-ФЗ], https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_108546/ (accessed 21 September 2024).

³⁵ Federal'nyy zakon ot 4 iyunya 2018 g. N 127-FZ "O merakh vozdeystviya (protivodeystviya) na nedruzhestvennyye deystviya Soyedinennykh Shtatov Ameriki i inykh inostrannykh gosudarstv" (s izmeneniyami i dopolnleniyami) [Федеральный закон от 4 июня 2018 г. N 127-ФЗ "О мерах воздействия (противодействия) на недружественные действия Соединенных Штатов Америки и иных иностранных государств" (с изменениями и дополнениями)], <https://base.garant.ru/71958400/> (accessed 21 September 2024).

third countries, international organisations and natural and legal persons.³⁶ Russia is also gradually building up its resistance to UECMs.³⁷

In 2021, in its Security Strategy, Russia adopted a more proactive stance with regard to UCMs.³⁸ It states:

In the case of unfriendly actions of foreign states threatening the sovereignty and territorial integrity of the Russian Federation, including actions involving the application of restrictive measures (sanctions) of a political or economic nature or the use of modern information and communication technologies, the Russian Federation considers it lawful to take symmetrical and asymmetrical measures necessary to suppress such unfriendly actions, as well as to prevent their recurrence in the future³⁹.

As for China, they are critical of the USA's abuse of its position as an economic hegemon. In "US Hegemony and Its Perils" (20 February 2023),⁴⁰ China reproaches the United States for exploiting its advantage in international financial institutions, instrumentalising the dollar in financial relations and using economic coercion against opponents, including allies (e.g. Japan). The USA uses economic and financial hegemony as a geopolitical weapon. In doing so, it applies unilateral and extraterritorial measures. The document notes that the USA "has had or has imposed economic sanctions on nearly 40 countries across the world, including Cuba, China, Russia, the DPRK, Iran and Venezuela, affecting nearly half of the world's population." The USA uses "its means of state power to suppress economic competitors and interfere in normal international business" – a denial of the liberal economic principle it preaches.

The literature indicates that China has recently gained some resistance to economic coercion.⁴¹ It has also begun to develop its own UCM/UECM regime.⁴² The 23 June 2023 Foreign Relations Law⁴³ established that China "has the right to take, as called for, measures to counter or take restrictive measures against acts that endanger its sovereignty, national security and development interests in violation of international

³⁶ See I.N. Timofeyev, *Unilateral and Extraterritorial Sanctions Policy: The Russian Dimension*, in: C. Beaucillon (ed.), *supra* note 6, p. 105–109.

³⁷ ALRUD, *Counter-Sanctions Summary* (report), available at: https://www.alrud.com/upload/%D0%A4%D0%B0%D0%B9%D0%BB%D1%8B/2022_newsletters/%D0%A1ounter-sanctions_summary_ALRUD_21.07.2022.pdf (accessed 21 July 2002).

³⁸ Ukaz Prezidenta Rossiyskoy Federatsii ot 02.07.2021 No. 400 "O Strategii natsional'noy bezopasnosti Rossiyskoy Federatsii" [Указ Президента Российской Федерации от 02.07.2021 № 400 „О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации” / 2021 Russian National Security Strategy, <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202107030001> (accessed 21 July 2002).

³⁹ *Ibidem*. Translated by Author.

⁴⁰ *US Hegemony and Its Perils*, 20 February 2023, https://www.fmprc.gov.cn/eng/wjdt_665385/2649_665393/202302/t20230220_11027664.htm (accessed 19 September 2024).

⁴¹ See also C. Cai, *China Position and Practice Concerning Unilateral Sanctions*, in: C. Beaucillon (ed.), *supra* note 6, p. 73–75, 79–86.

⁴² *Ibidem*, pp. 86–89.

⁴³ The Law of Foreign Relation of the People's Republic of China, 23 June 2023, http://en.moj.gov.cn/2023-07/11/c_901729.htm (accessed 19 September 2024).

law or fundamental norms governing international relations” (Article 33). It is further stipulated that “in providing foreign aid, the People’s Republic of China respects the sovereignty of recipient countries and does not interfere with their internal affairs or attach any political conditions to its aid” (Article 27).

Russia and China have also adopted joint statements addressing *inter alia* the use of UCMs/UECMs. In the Declaration on the Promotion of International Law (25 June 2016),⁴⁴ both states recognised that the imposition of UCMs is an expression of double standards. When used alongside Security Council sanctions, they can lead to the nullification of their objectives and purposes.

In the Joint Statement on the International Relations Entering a New Era and the Global Sustainable Development (4 February 2022), China and Russia stated that they want

to resist attempts to substitute universally recognized formats and mechanisms that are consistent with international law for rules elaborated in private by certain nations or blocs of nations, and are against addressing international problems indirectly and without consensus, oppose power politics, bullying, unilateral sanctions, and extraterritorial application of jurisdiction, as well as the abuse of export control policies, and support trade facilitation in line with the rules of the World Trade Organization (WTO).⁴⁵

In turn, in the Joint Statement on Deepening the Comprehensive Strategic Partnership of Coordination for the New Era in the Context of the 75th Anniversary of China–Russia Diplomatic Relations (16 May 2024)⁴⁶ the parties expressed their opposition “to interference in internal affairs, unilateral sanctions, and restrictions on their economic, technological, and international space.” It specified that

the two sides [...] oppose interference in the internal affairs of sovereign states, oppose unilateral sanctions and ‘long-arm jurisdiction’ without a basis in international law or authorization by the Security Council, and oppose drawing lines based on ideology. The two sides pointed out that neo-colonialism and hegemonism completely run counter to the current trend of the times, and called for equal dialogue, the development of partnerships and the promotion of exchanges and mutual learning between civilisations⁴⁷.

⁴⁴ Declaration on the Promotion of International Law, 25 June 2016, https://mid.ru/en/foreign_policy/position_word_order/1530748/ (accessed 19 September 2024).

⁴⁵ Joint Statement on the International Relations Entering a New Era and the Global Sustainable Development, 4 February 2022, <http://www.en.kremlin.ru/supplement/5770> (accessed 19 September 2024).

⁴⁶ Joint Statement on Deepening the Comprehensive Strategic Partnership of Coordination for the New Era in the Context of the 75th Anniversary of China–Russia Diplomatic Relations, 16 May 2024, <https://www.fredgao.com/p/china-russia-joint-statement-a-full?r=2z3nc0&triedRedirect=true> (accessed 19 September 2024).

⁴⁷ *Ibidem*.

China and Russia stated that “restrictive measures that violate WTO rules hinder the development of free trade and have a negative impact on global industrial and supply chains.”

Ultimately, whilst in principle Russia and China reject as illegal the use of UECMs without UN authorisation and they condemn the West’s actions as an expression of double standards, crippling UN sanctions and the economies of developing countries, they especially now claim the right to use UECMs not only in response to Western measures, but also pre-emptively. They also allow asymmetric measures.

4.2. The West vis-à-vis UECMs

A fundamental shift in the attitude of the West towards the use of economic coercion is taking place. This is because it is considered that China is abusing its economic power (at least since 2008),⁴⁸ and Russia is seeking to rebuild its imperial position by any means. There is also recognition of the crisis of the WTO and the failure to adapt its regulations to the new geopolitical conditions.

4.2.1. The G7’s position

The findings of the G7 summit are symptomatic of this shift (Hiroshima, 20 May 2023).⁴⁹ In the G7 Statement, economic resilience and economic security are central concepts. It notes that events in recent years have demonstrated “vulnerabilities in economies around the world to natural disasters, pandemics, geopolitical tensions and coercion.” The COVID-19 pandemic and Russia’s aggression against Ukraine have broken supply chains globally, devastating not only developing or emerging states economies, but also developed economies. There has been weaponisation of “energy and other economic dependencies.” Harmful non-market policies and practices have undermined existing norms. In this context, the Statement mentions “a disturbing rise in incidents of economic coercion that seek to exploit economic vulnerabilities and dependencies and undermine the foreign and domestic policies and positions of G7 members as well as partners around the world.”⁵⁰ It also expressed

serious concern over economic coercion and call on all countries to refrain from its use, which not only undermines the functioning of and trust in the multilateral trading system, but also infringes upon the international order centred on respect for sovereignty and the rule of law, and ultimately undermines global security and stability⁵¹.

⁴⁸ V.D. Cha, *Collective Resilience: Deterring China’s Weaponising of Economic Interdependence*, 48(1) International Security 9 (2023).

⁴⁹ *G7 Hiroshima Summit (May 19-21, 2023)*, https://www.mofa.go.jp/ms/g7hs_s/page1e_000666.html (accessed 19 September 2024).

⁵⁰ G7 Leaders’ Statement on Economic Resilience and Economic Security, <https://www.mofa.go.jp/files/100506815.pdf> (accessed 19 September 2024).

⁵¹ *Ibidem*.

It was announced that new tools will be developed at the state level to counter UECMs.

4.2.2. The position of the USA and its allies

An interesting document was also adopted after the G7 summit (9 June 2023). A group of Western countries (Australia, Canada, Japan, New Zealand, the United Kingdom and the United States) adopted the Joint Declaration Against Trade-Related Economic Coercion and Non-Market Policies and Practices.⁵² It states that non-market policies and practices and trade-related economic coercion were occurring. The policies and practices included

industrial policies and practices that promote excess capacity; pervasive subsidisation; discriminatory and anti-competitive activities of state owned or controlled enterprises; the arbitrary or unjustifiable application of regulations; forced technology transfer; state-sponsored theft of trade secrets; government interference with or direction of commercial decision-making; and insufficient regulatory and market transparency⁵³.

At the same time, it was recognised that “non-market policies and practices have also been used as tools for economic coercion.”

In turn, trade-related economic coercion is understood as coercion that

uses, or uses the threat of, measures affecting trade and investment in an abusive, arbitrary, or pretextual manner to pressure, induce or influence a foreign government into taking, or not taking, a decision or action in order to achieve a strategic political or policy objective, or prevent or interfere with the foreign government’s exercise of its legitimate sovereign rights or choices. This trade-related economic coercion is frequently disguised as a legitimate government regulatory or public policy measure unrelated to the strategic objective that it is intended to advance. It may also occur indirectly through government entrustment or direction given to state-owned, state-controlled, or private enterprises⁵⁴.

The use of forced labour was also considered to be an unfair practice, giving an unfair competitive advantage, contrary to human rights.

Concurrently, “in light of relevant international rules and norms” (unspecified), measures that

are adopted and maintained in a transparent manner, in good faith, and for the purpose of a legitimate public policy objective are excluded from the scope of the Declaration. These legitimate public policy measures include: health and safety regulations,

⁵² Joint Declaration Against Trade-Related Economic Coercion and Non-Market Policies and Practices, <https://www.international.gc.ca/news-nouvelles/2023/2023-06-09-joint-declaration-declaration-commune.aspx?lang=eng> (accessed 19 September 2024).

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

environmental regulations, trade remedies, national security measures and sanctions, and measures to protect the integrity and stability of financial systems and financial institutions from abuse.⁵⁵

The Declaration calls on all governments to refrain from using defined measures and to promote “free and fair trade based on open, market-oriented policies and principles that promote a level playing field and non-discriminatory treatment in international trade relations, benefit all economies, and help secure shared prosperity for all.” Additionally, there is a commitment to “identify, prevent, deter, and address trade-related economic coercion and non-market policies and practices, including through multilateral institutions, such as the WTO. These efforts will include, where appropriate, cooperation in WTO committees and in disputes to challenge these practices.” There was also a commitment to the “sharing of information, data and analysis concerning these policies and practices as well as exploring the development of new diplomatic and economic tools that support and reinforce the rules-based multilateral trading system in responding to these challenges.”

The Declaration is seen as an expression of the West’s new geo-economic strategy, which could lead to a reassessment of the legality and opposability of economic coercion in general international law. It is stressed that the concept of weaponised interdependence, well known in international relations but unknown to international law, is being used. This concept “refers to a state’s ability to weaponise economic networks [...] to exploit vulnerabilities arising out of mutual dependencies between states in order to compel policy change or deter unwanted actions. As such, weaponised interdependence can be understood as “network-based state coercion”.⁵⁶

4.2.3. The EU’s position

The EU has adopted its own position on economic coercion, also recognising the importance of economic security. The Commission adopted a Joint Communication on European Economic Security Strategy (20 June 2023).⁵⁷ This is because it recognised that Member States and European businesses have experienced economic coercion, including “bans of European exports and boycotts of European brands, designed to force them to comply and conform with the political priorities of another country.”⁵⁸ One of the objectives of the Strategy is to protect against “commonly identified economic security risks”. These risks include “(1) resilience of supply chains; (2) physical and cyber security of critical infrastructure; (3) technology security and technology leakage; and (4) weaponisation of economic dependencies or economic

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ A. Nguyen, *supra* note 25.

⁵⁷ Joint Communication on European Economic Security Strategy (20 June 2023), Join(2023) 20 final.

⁵⁸ *Ibidem.*

coercion.”⁵⁹ The last one is understood as a “risk of third countries targeting the EU, its Member States and EU businesses through measures affecting trade or investment to bring about a change of policy falling within legitimate policymaking space.”⁶⁰ It emphasises that risks to economic security can be triggered or exacerbated by non-market policies and practices by third countries. The Strategy emphasises the importance of cooperating with other countries in building economic security, including the USA and India.

Regulation (EU) 2023/2675 on the protection of the Union and its Member States from economic coercion by third countries (22 November 2023)⁶¹ has become the core instrument of the Economic Security Strategy. It is seen as a shift in the Union’s trade policy.⁶² The EU has for the first time defined a general approach to the use of economic coercion in international relations.⁶³ The purpose of the Regulation is to establish a legal framework “to respond to economic coercion with the objective of deterring economic coercion or obtaining the cessation of economic coercion, whilst enabling the Union, as a last resort, to counteract economic coercion through Union response measures” (Article 1(2)).

The EU is to act in accordance with general international law, including customary law as well as WTO law and the objectives of the Union’s external action rules. Within this framework, the Union has the right to take measures to deter and counteract economic coercion (Articles 1(3), 3(1), 3(4), 5(2) and 8(1); recitals 7, 12, 13 and 16). It endorses the principle of non-intervention, which means the usual

duty not to intervene in matters within the domestic jurisdiction of any State, that no State may use or encourage the use of economic, political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind. (recital 5 of the preamble)

It is understood that

economic coercion exists where a third country applies or threatens to apply a third-country measure affecting trade or investment in order to prevent or obtain the cessation, modification or adoption of a particular act by the Union or a Member State, thereby interfering in the legitimate sovereign choices of the Union or a Member State. (Article 2(1))

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Regulation (EU) 2023/2675 of the European Parliament and of the Council of 22 November 2023 on the protection of the Union and its Member States from economic coercion by third countries, PE/34/2023/REV/1 [2023] OJ L 2675.

⁶² F. De Ville, S. Happersberger, H. Kalimo, *The Unilateral Turn in EU Trade Policy? The Origins and Characteristics of the EU’s New Trade Instruments*, 28(1) European Foreign Affairs Review 15 (2023).

⁶³ See Joint Statement of the European Parliament, the Council and the Commission on Regulation (EU) 2023/2675 on the protection of the Union and its Member States from economic coercion by third countries [2023] OJ C 1340.

At the same time, only coercion with “a sufficiently serious impact” or a credible threat of use comes into play. In doing so, it is necessary to examine the purpose of the coercive measure (Article 4), as it may be legitimate. Legitimate purposes include “the maintenance of international peace and security, the protection of human rights, the protection of the environment, or the fight against climate change” (recital 15 of the preamble).⁶⁴

Furthermore, according to the Regulation,

coercion is prohibited and therefore a wrongful act under international law when a country deploys measures such as trade or investment restrictions in order to obtain from another country an action or inaction which that country is not obliged to perform under international law and which falls within its sovereignty, and when the coercion reaches a certain qualitative or quantitative threshold, depending both on the objectives pursued and the means used. (recital 15 of the preamble)

The range of measures that the Union can take is listed in Annex I. They are exclusively economic measures. The criteria for taking them are set out in Article 11 including “any relevant criteria established in international law” (2(h)).

The Union’s response to economic coercion is not immediately a retaliatory response. The Regulation obliges prior demand for reparation and consultations with the third country, involving in principle measures for the peaceful settlement of disputes (Articles 5, 6). According to Articles 8 to 11, measures are to be taken when actions under Articles 5 and 6 have failed and when the interests of the Union (understood as “primarily the preservation of the ability of the Union and its Member States to make legitimate sovereign choices free from economic coercion, and all other interests of the Union or the Member States specific to the case, the interests of Union economic operators, including upstream and downstream industries, and the interests of Union final consumers affected or potentially affected by the economic coercion or by Union response measures”) advocate doing so. Measures can be of a general or targeted nature (directed at natural or legal persons linked to a third-country government). Union measures can be retaliatory, or countermeasures if they are in response to a third country’s non-performance of its obligations and therefore an internationally wrongful act (Article 8(4)),⁶⁵ recitals 5, 13, 14, 16 of the preamble).

⁶⁴ In fact, the EU applies UECMs (understood as economic and financial restrictive measures) when responding not only to economic coercion, but also to non-economic situations (Articles 215, 75 TFEU). These include 1) managing conflicts, 2) promoting democracy and protecting human rights, 3) countering dangerous weapons and 4) fighting international terrorism. F. Giumelli, *From Effective to Useful Sanctions: Lessons Learned from the Experience of the European Union*, in: N. Ronzitti (ed.), *supra* note 6, p. 255. See also M. Gestri, *Sanctions Imposed by the European Union: Legal and Institutional Aspects*, in: *ibidem*, p. 70. C. Beaucillon, *The European Union’s Position and Practice with Regard to Unilateral and Extraterritorial Sanction*, in: C. Beaucillon (ed.), *supra* note 6, p. 115–120.

⁶⁵ Paragraph 5 of the preamble even recognises that ARSIWA reflects the customary law of state responsibility.

Western approaches to economic coercion are therefore not identical. Whilst the harmfulness of certain third-country policies and practices is similarly perceived, the response to these actions is not identical. The EU has a much higher degree of emphasis on the need to ensure compliance with general international law.

5. CONCLUSIONS

The permissibility of UECMs in international law is undoubtedly a contentious issue. On the one hand, there is no doubt that the principle of prohibiting intervention by any means, including economic means, in cases within the *domaine réservé*, is a binding rule of international law. However, it has been interpreted rather strictly by the ICJ, which has set a high threshold of economic pressure that could be considered intervention. On the other hand, a large group of countries is pushing to ban the use of UECMs, at least against developing countries.

The use of UECMS is the subject of a current dispute within the geopolitical rivalry between East and West. Perceptions of the permissibility of UECMs have derived from differing visions of general international law.⁶⁶ The East sees their use as an illegitimate abuse of economic hegemony, especially by the USA. For this reason, it allows both preventive and repressive measures, including asymmetric measures. Asymmetric measures, in particular, can be considered a violation of general international law.

In contrast, in the face of a weaponising economy, the West seeks to define economic coercion. At first glance, this definition corresponds to the findings of the ICJ. On closer examination, however, it becomes apparent that it is not only about interference with free elections, but also with the exercise of legitimate sovereign rights, which brings their understanding closer to the approach taken in the UN General Assembly's declarations on non-intervention. It is also pointed out that the measures applied must not contribute to unfair competitive advantages. Consequently, especially in the EU's view, the importance of harm is emphasised and it is required that the pressure to respond to unilateral measures must have a sufficiently serious impact on the protected interests. This approach may result in a broadening of the concept of prohibited UECMs.

Recognising the admissibility of UECMs on a broader scale would significantly hollow out the principle of non-intervention from its real content. As an exception, the permissibility of UECMs should be interpreted restrictively. In particular, the lower threshold of coercion should not be too high. Additionally, preventive measures' compatibility with general international law, especially those used for non-economic purposes, is questionable even if the criteria of good faith and transparency are applied. Repressive UECMs, on the other hand, should be assessed within the

⁶⁶ C. Mik, *Russia's Aggression Against Ukraine: A Clash of Two Visions of the International Community and International Law. Preliminary Conceptual Reflections*, 11(2) *Polish Review of International and European Law* 57 (2022), p. 78–98, <https://doi.org/10.21697/2022.12.2.5>.

legal international limits of retortions or countermeasures. From this perspective, countermeasures aimed at protecting public policy objectives may be questionable, unless they find support in general international law. It may also be questioned whether it would be consistent with general international law to use UECMs when the other party is merely threatening to use them.

W POSZUKIWANIU OCHRONY PRAW OSÓB NIECHRONIONYCH TRAKTATAMI. DYSHARMONIA MIĘDZYNARODOWEJ OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA NA PRZYKŁADZIE STARSZYCH OSÓB LGBTI

1. WPROWADZENIE

Badania nad prawami osób należących do mniejszości narodowych i etnicznych zetknęły mnie na początku lat 90. ubiegłego stulecia z Jubilatem, Prof. dr. hab. W. Czaplińskim¹. W czasach gdy nie było Internetu, maili i skanerów zaprosił mnie do swojego domu, poznał z kotem o wdzięcznym imieniu Syfon i wspomógł kilogramami trudnodostępnych publikacji. Za wszelką pomoc i uwagi (także krytyczne) udzielone wtedy i w następnych latach serdecznie dziękuję.

Początek lat 90. to czas, gdy wydawało się, że wszystko na arenie międzynarodowej jest możliwe i nastąpi „eksplozja” traktatów praw człowieka, zwłaszcza o charakterze sektorowym, a Europa będzie ich promotorem. Można było tego oczekiwać m.in. po zapowiedziach wiedeńskiej Deklaracji Praw Człowieka i Planie Działania z 1993 r., tym bardziej, że czytamy w niej o konieczności promocji i ochrony praw grup szczególnie wrażliwych, eliminacji wykluczenia społecznego, a przede wszystkim o poszanowaniu praw człowieka i podstawowych wolności bez względu na jakiekolwiek różnice jako o zasadach międzynarodowego prawa praw człowieka (pkt 15)².

¹ Były to czasy, gdy ukazały się m.in. teksty: W. Czapliński, *Obywatelstwo polskie na Ziemi Wileńskiej*, 8 Państwo i Prawo 79 (1993), s. 79–83; W. Czapliński, *International Legal Aspects of Polish-Lithuanian Relations*, 19 Polish Yearbook of International Law 49 (1992), s. 49–60.

² Vienna Declaration and Programme of Action Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx> (dostęp 15 marca 2024).

* Barbara Mikołajczyk – profesor nauk prawnych, nauczycielka akademicka Uniwersytetu Śląskiego. ORCID: 0000-0003-1584-2596.

Tymczasem po 1990 r. na forum światowym przyjęto tylko jedną główną³ konwencję chroniącą osoby szczególnie podatne (wrażliwe, *vulnerable*) na łamanie ich praw człowieka, – Konwencję o Prawach Osób z Niepełnosprawnościami z 2006 r. (KPON)⁴, która należy do tzw. *core human rights treaties*. Druga konwencja przyjęta w 2006 r., chroniąca wszystkie osoby przed wymuszonymi zaginięciami⁵, nie jest poświęcona konkretnej kategorii osób (choć w art. 25 w sposób szczególny odnosi się do zaginięć dzieci), a jej celem jest przeciwdziałanie i zwalczanie bezkarności przestępstwa wymuszonego zaginięcia.

W ciągu ostatnich trzydziestu lat powszechne prawo traktatowe rozwinęło się w kierunku rozszerzenia mechanizmów kontrolujących implementację obowiązujących już traktatów. Innym kierunkiem są prace nad traktatami, które odnoszą się do praw człowieka wszystkich ludzi w różnych kontekstach, na przykład w odniesieniu do prawa do rozwoju⁶, albo ochrony przed działalnością transnarodowych korporacji⁷. Charakterystyczne też jest przyjmowanie globalnych rozwiązań o charakterze miękkim, w tym Agendy 2030, głoszącej hasło: „leave no one behind”⁸, albo niewiążących porozumień, na przykład w zakresie migracji i azylu, zamiast zaktualizowania przyjętych przed dekadami konwencji.

Te tendencje powodują, że choć nowo przyjmowane dokumenty w założeniu dotyczą wszystkich ludzi, to w praktyce różne grupy wrażliwe, niewymienione *expressis verbis*, są niewidoczne dla społeczności międzynarodowej. Tym samym państwa nie czują się zobowiązane do podejmowania żadnych kroków wobec nich ani nie mają wzorca w postaci traktatu, do którego mogłyby dążyć.

Kobiety, dzieci, pracownicy migrujący, osoby z niepełnosprawnościami mają swoje „własne” traktaty sektorowe, które w sposób niepodważalny wyeksponowały ich prawa człowieka i wpłynęły na krajowe rozwiązania i praktykę państw. Szczególnie należy zwrócić uwagę na KPON, która w znacznym stopniu przyczyniła się do zmiany paradygmatu osób z niepełnosprawnością z pacjenta i klienta opieki społecznej na pełnoprawnego uczestnika życia społecznego⁹.

³ Choć przyjęto protokoły dodatkowe wzmacniające mechanizmy kontrolne głównych traktatów, a Konwencja o prawach dziecka została rozszerzona o dwa protokoły dodatkowe z 2000 r. poszerzające ochronę praw dziecka w konfliktach zbrojnych i chroniące dzieci przed handlem, prostytutką i pornografią.

⁴ Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych sporządzona w Nowym Jorku 13 grudnia 2006 r. [2012] Dz.U. poz. 1169.

⁵ International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (adopted 20 December 2006, entered into force 23 December 2010), 2716 UNTS 3.

⁶ Revised Draft Convention on the Right to Development, 6 April 2022, A/HRC/WG.2/23/2.

⁷ Text of the Third Revised Draft Legally Binding Instrument with Textual Proposals Submitted by States during the Seventh and the Eighth Sessions of the Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights, 23 January 2023, A/HRC/52/41/Add.1.

⁸ UNGA, Resolution 70/1: Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development, 25 September 2015, A/RES/70/1.

⁹ P. Harpur, *Old Age Is Not Just Impairment: The CRPD and the Need for a Convention on Older Persons*, 37(3) University of Pennsylvania Journal of International Law 1027 (2016), s. 1032.

Są jednak grupy osób, których prawa nie zostały ujęte w powszechnym traktacie, gdyż społeczność międzynarodowa albo nie jest zgodna co do potrzeby jego przyjęcia, albo przyjęcie jakiegokolwiek dokumentu ich dotyczącego wzbudza sprzeciw ze strony znacznej liczby państw. Przykładem są prawa osób starszych będące od ponad dziesięciu lat przedmiotem dyskusji w ramach powołanej przez Zgromadzenie Ogólne (ONZ) Grupy Roboczej¹⁰ oraz prawa osób o odmiennej orientacji lub tożsamości seksualnej (LGBTI)¹¹, o których w ogóle nie dyskutuje się w kontekście traktatu.

Tę sytuację można przyrównać do eufonii w języku, która jest opisywana jako „zjawisko językowe polegające na unikaniu takich połączeń głosek, które są uznawane za nieestetyczne lub trudne w realizacji”¹². Krzyżujące się zatem prawa starszych osób LGBT okazują się trudne w realizacji (m.in. z przyczyn finansowych) lub wręcz „nieestetyczne” (np. kulturowo).

Tymczasem starsze osoby LGBTI są narażone na skumulowane skutki negatywnych stereotypów, stygmatyzacji i dyskryminacji doświadczanych przez całe życie. Są one dwukrotnie częściej narażone na przemoc w placówkach opieki zdrowotnej niż młodszy LGBTI¹³. Napotykają ponadto liczne bariery w dostępie do sprawiedliwych, kulturowo odpowiednich usług w zakresie zdrowia psychicznego i starzenia się. Często bez wsparcia rodziny i wspólnoty, borykają się z izolacją społeczną i samotnością, a ich potrzeby, także zdrowotne, są bagatelizowane przez opiekunów społecznych¹⁴.

Barieri i nierówności w korzystaniu z praw człowieka przez starsze osoby LGBTI są potęgowane przez różnego rodzaju katastrofy i kryzysy. Pandemia COVID-19 pokazała, że stereotypy, uprzedzenia i dyskryminacja osób starszych stanowiły istotne czynniki ryzyka zwiększające ich fizyczne i psychospołeczne obciążenie we wszystkich kulturach i społecznościach¹⁵.

¹⁰ UNGA, Resolution 67/139: Towards a Comprehensive and Integral International Legal Instrument to Promote and Protect the Rights and Dignity of Older Persons, 20 December 2012, A/RES/67/139.

¹¹ W literaturze przedmiotu można spotkać się z różnymi akronimami LGBT/LGBT+/ LGBTI/LGBTIA, które obejmują lesbijki, gejų, osoby biseksualne, transpłciowe, interseksualne i aseksualne. Na forum międzynarodowym najczęściej używane są skróty LGBTI lub LGBT. Zob. *Advancing the Human Rights and Inclusion of LGBTI People: A Handbook for Parliamentarians*, UNDP, New York: 2022; *COVID-19: The Suffering and Resilience of LGBT Person must be Visible and Inform the Actions of States*, <https://www.ohchr.org/en/statements/2020/05/covid-19-suffering-and-resilience-lgbt-persons-must-be-visible-and-inform> (dostęp 15 marca 2024).

¹² K. Polański: *Eufonia*, w: K. Polański (red.), *Encyklopedia językoznawstwa ogólnego*, Ossolineum, Wrocław: 1999, s. 148.

¹³ *Intersections – Diving into the FRA LGBTI2 Survey Data – Older People*, <https://www.age-platform.eu/publications/intersections-diving-fra-lgbti2-survey-data-older-people> (dostęp 15 marca 2024).

¹⁴ UNGA, The Right to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health of Persons, Communities and Populations Affected by Discrimination and Violence Based on Sexual Orientation and Gender Identity in Relation to the Sustainable Development Goals, 22 November 2022, A/HRC/50/27.

¹⁵ M.B. Quaranta Morrissey, P. Brownell, T. Caprio, *Intersectionality of Race, Ethnicity, and Culture in Neglect, Abuse, and Violence Against Older Persons: Human Rights, Global Health, and Systems Approaches in Pandemics*, w: R. Geffner, J.W. White, L.K. Hamberger, A. Rosenbaum, V. Vaughan-Eden, V.I. Vieth (red.), *Handbook of Interpersonal Violence and Abuse Across the Lifespan*, Springer, Cham: 2022, s. 195.

Stąd celem tego opracowania jest poszukiwanie na przykładzie starszych osób o odmiennej orientacji i identyfikacji seksualnej odpowiedzi na pytanie, czy prawo międzynarodowe, zwłaszcza powszechne, i jego mechanizmy są w stanie chronić grupy „niewidoczne” w traktatach i określać obowiązki państw wobec nich.

2. PRZESŁANKI „INNYCH PRZYCZYN” I „JAKICHKOLWIEK OKOLICZNOŚCI”

Przesłanka wieku jest zwykle nieobecna wśród powodów niedyskryminacji określonych w międzynarodowych dokumentach dotyczących praw człowieka, w tym w art. 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka¹⁶ i w klauzulach antydyskryminacyjnych obu paktów z 1966 r. – Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP)¹⁷ oraz Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (MPGSiK)¹⁸.

Z tego względu jedynie przesłanka „jakichkolwiek okoliczności” (*other status*) stanowi dziś podstawę zakazu dyskryminacji ze względu na wiek. Minęły jednak lata, zanim Komitet Praw Człowieka (KPC), analizując zakaz dyskryminacji określony w art. 2 i 26 MPPOiP, uznał że wiek może stanowić jedną z przyczyn dyskryminacji zakazanej na mocy art. 26, jeśli zróżnicowanie nie jest oparte na rozsądnych i obiektywnych kryteriach¹⁹.

Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (KGSiK), interpretując prawa gospodarcze, społeczne i kulturalne osób starszych w komentarzu ogólnym nr 6 z 1995 r.²⁰, nie wspomniał jeszcze o dyskryminacji ze względu na (starszy) wiek. Dopiero w komentarzu ogólnym nr 20 z 2009 r. wyjaśnił, że charakter dyskryminacji różni się w zależności od kontekstu i ewoluuje w czasie, a zatem niezbędne jest elastyczne podejście do przesłanki „jakichkolwiek okoliczności” w celu uchwycenia innych form odmiennego traktowania, których nie da się racjonalnie i obiektywnie uzasadnić w świetle art. 2 ust. 2 Paktu²¹.

¹⁶ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w Paryżu 10 grudnia 1948 r. rezolucją 217/III A, https://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf (dostęp 24.09.2024).

¹⁷ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r. [1977] Dz.U. Nr 38, poz. 167.

¹⁸ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r. [1977] Dz.U. Nr 38, poz. 169.

¹⁹ B. Mikołajczyk, *International Law and Ageism*, 35 Polish Yearbook of International Law 83 (2015), s. 95.

²⁰ UN Economic and Social Council, Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment No. 6: The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons, UN Doc. E/1996/22 (1996).

²¹ UN Economic and Social Council, Committee on Economic Social and Cultural Rights, General Comment No. 20: Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (Art. 2, Par. 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, par. 27, UN Doc. E/C.12/GC/20 (2009).

Spośród *core treaties* jedynie Konwencja o ochronie praw wszystkich pracowników migrujących i członków ich rodzin zawiera wiek jako przesłankę niedyskryminacji²². Z kolei w KPON wiek jest jedną z przyczyn dyskryminacji wielokrotnej lub pogłębionej i zobowiązuje państwa do podjęcia natychmiastowych, skutecznych i odpowiednich środków, między innymi do:

zwalczania stereotypów, uprzedzeń i szkodliwych praktyk dotyczących osób z niepełnosprawnościami, w tym ze względu na płeć i wiek, we wszystkich dziedzinach życia (art. 8).

Jednak obie konwencje przyjmują tradycyjne podejście, odnosząc się do interakcji między dwiema płciami, będącymi biologicznymi cechami kobiet i mężczyzn.

Uniwersalne traktaty dotyczące praw człowieka także nie zawierają zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową. Jednakże, podobnie jak w przypadku dyskryminacji ze względu na wiek, organy traktatowe praw człowieka interpretujące zobowiązania państw mogą proponować bardziej inkluzywną interpretację klauzul antydyskryminacyjnych. Pewien potencjał tkwi w przyszłych komentarzach ogólnych, procedurze sprawozdawczej, a nawet w rozstrzygnięciach w sprawach indywidualnych²³.

Wdrożenie zaleceń komitetów zależy jednak od woli państw, a ich stosunek do zaleceń dotyczących praw osób LGBTI jest wyraźnie widoczny w toku Powszechnego Przeglądu Okresowego (UPR), będącego dobrowolnym dialogiem między państwami, opartym na Karcie Narodów Zjednoczonych i Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Jak wskazuje D. McGoldrick, rekomendacje dotyczące praw osób LGBTI są w większości „odnotowywane”, ale „nieakceptowane”, czasami „odrzućane” lub „nie otrzymują odpowiedzi”²⁴.

Główne regionalne traktaty chroniące prawa człowieka, Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r.²⁵ wraz z Protokołem

²² International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (adopted 18 December 1990, entered into force 1 July 2003), 2020 UNTS 3.

²³ Tu warto wspomnieć, że opinia KPC, *Toonen p. Australii*, 31 marca 1994 r., UN Doc. CPR/C/50/D/488/1992, położyła kres ostatnim przepisom dotyczącym karania sodomii w Tasmanii. Opinia Komitetu ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet, *Rosanna Flamer-Caldera p. Sri Lance*, 22 marca 2022 r., UN Doc. CEDAW/C/82/D/134/2018 – Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet (CEDAW) uznał, że Sri Lanka naruszyła zalecaną dekryminalizację aktywności seksualnej osób tej samej płci na Sri Lance, uznając to za naruszenie Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet. Decyzja Komitetu CEDAW poparła dyskusję na temat depenalizacji związków osób tej samej płci. W 2023 r. rząd Sri Lanki ogłosił swoje poparcie dla uchylecia przepisów kryminalizujących aktywność seksualną osób tej samej płci. *Zob. Sri Lanka*, <https://www.humandignitytrust.org/country-profile/sri-lanka/> (dostęp 15 marca 2024).

²⁴ D. McGoldrick, *The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law*, 16(4) Human Rights Law Review 613 (2016), s. 623.

²⁵ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 [1993] Dz.U. Nr 61, poz. 284.

Dodatkowym nr 12 z 2000 r.²⁶, Amerykańska Konwencja Praw Człowieka (ACHR z 1969 r.²⁷ oraz Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów z 1981 r.²⁸ także nie zawierają przesłanki „wieku” jako zakazu dyskryminacji, ani „orientacji seksualnej”. Jednak wszystkie z nich zawierają przesłankę *any other social condition* lub *other status*, które mogą potencjalnie obejmować „wiek”, „orientację seksualną” lub „tożsamość płciową”. Umożliwiają to wypracowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) i Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka (MATPC)²⁹ narzędzia interpretacyjne dostosowujące traktaty do nowych okoliczności i uzupełniające ich postanowienia o nowe rozumienie. Jest to możliwe dzięki doktrynom „żywego instrumentu”, „dynamicznej” i „ewolucyjnej” interpretacji traktatów i wreszcie „marginesu oceny”. Mogą one potencjalnie pomóc sędziom w ustaleniu obowiązków państwa wobec starszych osób LGBTI, biorąc pod uwagę ich szczególną sytuację i podatność na zagrożenia.

ETPC wielokrotnie zaliczał orientację seksualną i tożsamość płciową do „innych przyczyn” chronionych na mocy art. 14 EKPC (np. w sprawach *Salgueiro da Silva Mouta p. Portugalii*³⁰, *Clift p. Zjednoczonemu Królestwu*³¹, *Fretté p. Francji*³², *A.M. i inni p. Rosji*³³)³⁴.

Z drugiej strony ETPC rzadziej odnosił się do wieku jako przesłanki zawartej w „innym statusie”³⁵, zwłaszcza jeśli sprawa dotyczyła także innych powodów zakazu dyskryminacji wyraźnie wymienionych w art. 14 EKPC i Protokole nr 12³⁶. ETPC identyfikuje „wiek” jako kategorię *other status*, ale odróżnia go od kategorii takich jak pochodzenie etniczne, płeć i orientacja seksualna, dla których wymagany jest wyższy

²⁶ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 2000, ETS No. 177.

²⁷ American Convention on Human Rights (adopted 22 November 1969, entered into force 18 July 1978), 1144 UNTS 123.

²⁸ African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights (adopted 27 June 1981, entered into force 21 October 1986), 21 ILM 58.

²⁹ Należy jednak zauważyć, że Unia Afrykańska nie ma oficjalnego stanowiska w sprawie tego, czy „inny status” obejmujący orientację seksualną, a Afrykańska Komisja Praw Człowieka i Ludów nie była konsekwentna w tej kwestii. Zob. także O.A Maunganidze, Ch. Cohen, *Anti-gay Laws: Africa's Human Rights Regression*, <https://issafrica.org/iss-today/anti-gay-laws-africas-human-rights-regression> (dostęp 15 marca 2024).

³⁰ ETPC, *Salgueiro da Silva Mouta p. Portugalii* (skarga 33290/96), 21 grudnia 1999 r.

³¹ ETPC, *Clift p. Zjednoczonemu Królestwu* (skarga 7205/07), 13 lipca 2010 r.

³² ETPC, *Fretté p. Francji* (skarga 36515/97), 26 lutego 2002 r.

³³ ETPC, *M. i in. p. Rosji* (skarga 47220/19), 6 lipca 2021 r.

³⁴ *Guide on the Case-Law of the European Convention on Human Rights. Rights of LGBTI Persons*, European Court of Human Rights, Strasbourg: 2022, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_LGBTI_rights_ENG (dostęp 15 marca 2024).

³⁵ *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, Prohibition of Discrimination*, European Court of Human Rights, Strasbourg: 2022, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG (dostęp 15 marca 2024).

³⁶ Np. ETPC, *Carvalho Pinto de Sousa Morais p. Portugalii* (skarga nr 17484/15), 25 października 2017 r. zob. E. Mantovani, B. Spanier, I. Doron, *Ageism, Human Rights, and the European Court of Human Rights: A Critical Analysis of the Carvalho v. Portugal Case (2017)*, 11(2) DePaul Journal for Social Justice 1 (2018), s. 1–14.

standard uzasadnienia i akceptuje rozróżnienie ze względu na wiek chronologiczny dla określonych celów³⁷.

Warto wspomnieć, że w przeciwieństwie do traktatów wspomnianych powyżej, prawo Unii Europejskiej, w tym Karta Praw Podstawowych (KPP), wskazują zarówno „wiek”, jak i „orientację seksualną” jako przesłanki niedyskryminacji. Ponadto, art. 25 KPP głosi poszanowanie przez UE:

prawa osób starszych do godnego i niezależnego życia oraz do uczestnictwa w życiu społecznym i kulturalnym³⁸.

Tymczasem pod egidą Organizacji Państw Amerykańskich (OPA) przesłanka „wieku”, a nawet „starszego wieku” została naturalnie włączona do regionalnego prawa praw człowieka poprzez przyjęcie Międzyamerykańskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka Osób Starszych³⁹. Ponadto w 2013 r., OPA przyjęła Międzyamerykańską Konwencję przeciwko Wszelkim Formom Dyskryminacji i Nietolerancji⁴⁰ wzywającą państwa do zapobiegania, eliminowania, zakazywania i karania wszelkich aktów i przejawów dyskryminacji i nietolerancji, m.in. ze względu na orientację seksualną oraz tożsamość i ekspresję płciową

W końcu, MATPC w swoim orzecznictwie, a przede wszystkim w opinii doradczej z 2017 r., o którą zwróciła się Kostaryka, potwierdził wyraźnie włączenie orientacji seksualnej i tożsamości płciowej do przesłanki „jakichkolwiek innych okoliczności” (*any other social condition*)⁴¹.

3. PRZEPISY SZCZEGÓLNE – NOWE ROZDANIE

Obecne wiążące międzynarodowe prawo praw człowieka, nawet jeśli jest interpretowane w sposób pozwalający na włączenie wieku i orientacji seksualnej do klauzul antydyskryminacyjnych, nie daje jasnych wskazówek co do obowiązków państw wobec starszych osób LGBTI. Międzynarodowe orzecznictwo także jest bardzo skąpe w tym zakresie. Odpowiedzi należy zatem szukać w konkretnych przepisach poświęconych tym kategoriom osób.

Na arenie międzynarodowej przez dziesięciolecia zaniedbywano prawa osób starszych. Dopiero znaczące globalne zmiany demograficzne doprowadziły do wzrostu

³⁷ G.L. Neuman, A.M. Ibrahim, *When Is Age Discrimination a Human Rights Violation?*, 36 Harvard Human Rights Journal 223 (2023), s. 231.

³⁸ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej [2012] OJ C 326, s. 391–407.

³⁹ Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons (adopted 15 June 2015, entered into force 11 January 2017), 3175 UNTS 54318.

⁴⁰ Inter-American Convention Against All Forms of Discrimination and Intolerance (adopted 5 June 2013, entered into force 20 February 2020), AG/RES. 2804 (XLIII-O/13).

⁴¹ IACtHR, OC-24/17, Ser. A No. 24, opinia doradcza, 24 November 2017, s. 33.

ogólnego zainteresowania ich prawami⁴². Pomijając pierwszą nieudaną inicjatywę Argentyny zmierzającą do uchwalenia rezolucji w sprawie praw człowieka w starszym wieku z 1948 r.⁴³, historia międzynarodowego prawa dotyczącego starzenia się zaczyna się od przyjęcia Międzynarodowego Planu Działania w sprawie Starzenia się w Wiedniu 1982 r.⁴⁴. Kolejnym kamieniem milowym międzynarodowej ochrony praw osób starszych jest Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 49/91, zawierająca Zasady ONZ dla Osób Starszych w zakresie niezależności, uczestnictwa, opieki, samorealizacji i godności⁴⁵. Żaden z tych dokumentów nie odnosi się do kwestii związanych z orientacją seksualną lub tożsamością płciową.

Madrycki Międzynarodowy Plan Działań na rzecz Starzenia się (MIPAA) wraz Deklaracją Polityczną przyjęte na Drugim Światowym Zgromadzeniu w sprawie Starzenia się w kwietniu 2002 r.⁴⁶, są uznawane za najbardziej wszechstronne osiągnięcie globalnej społeczności międzynarodowej w podnoszeniu świadomości na temat praw osób starszych. MIPAA to kompleksowy pakiet wytycznych koncentrujących się na rozwoju, zdrowiu i dobrobycie osób starszych w starszym wieku oraz zapewnieniu sprzyjających i wspierających środowisk, promujących „budowanie społeczeństwa dla wszystkich grup wiekowych”. Jednakże sformułowania Madryckiej Deklaracji Politycznej i MIPAA, a także kontekst odniesień do płci nie wskazują, że dokumenty te odnoszą się do wszystkich płci i różnych identyfikacji seksualnych. Z drugiej strony, jednym z celów MIPAA jest:

eliminacja nierówności społecznych i ekonomicznych ze względu na wiek, płeć lub jakiegokolwiek inne przesłanki, w tym bariery językowe, w celu zapewnienia osobom starszym powszechnego i równego dostępu do opieki zdrowotnej⁴⁷.

Wydaje się zatem, że dzięki „jakiegokolwiek innej przesłance”, MIPAA pozwala na bardziej inkluzywną interpretację jego celów, co może stanowić pewien sygnał dla państw w zakresie działań na poziomie krajowym.

MIPAA nie jest jednak twardym prawem, więc jego siła oddziaływania na państwa jest ograniczona, choć należy docenić potencjał, jaki ma systematyczny przegląd jego implementacji na poziomie regionalnym i globalnym⁴⁸. Monitoring implementacji

⁴² S. Tonolo, *International Human Rights Law and the Protection of the Elderly in Europe*, 11(2) Medicine, Law & Society 107 (2018), s. 107.

⁴³ I. Doron, K. Mewhinney, *The Rights of Older Persons: Collection of International Documents*, JDC-ESHEL, New York: 2007, s. 25–26, <https://ifa.ngo/publication/rights-of-older-people/the-rights-of-older-persons-a-collection-of-international-documents/> (dostęp 15 marca 2024).

⁴⁴ Resolution 37/51: Question on Ageing 3 December 1982, A/RES/37/51.

⁴⁵ Resolution 46/91: Principles for Older Persons, 16 December 1991, A/RES/46/91.

⁴⁶ *Political Declaration and the Madrid International Plan of Action on Ageing*, 8–12 April 2002, A/CONF.197/9. MIPAA, cel 74.

⁴⁸ Przegląd odbywa się co pięć lat. Zob. *Madrid Plan of Action and Its Implementation*, <https://social.desa.un.org/issues/ageing/madrid-plan-of-action-and-its-implementation-main/madrid-plan-of-action-and-its> (dostęp 15 marca 2024).

pozwala na włączanie coraz to nowych aspektów praw człowieka osób starszych. Jest to oczywiście proces o charakterze niewiążącym, a jego skuteczność zależy (jak zawsze) od woli państw.

Dlatego też w 2010 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ powołało Otwartą Grupę Roboczą ds. Starzenia się (Open-Ended Working Group on Ageing – OEWGA), co stanowi kolejny punkt zwrotny w historii praw osób starszych, ponieważ dwa lata później zlecono jej opracowanie projektu traktatu chroniącego prawa i godność osób starszych⁴⁹. Od tego czasu trwa dyskusja na temat zalet i wad przyszłej konwencji. W latach 2011–2023 OEWGA przeanalizowała wiele kluczowych kwestii, w tym prawo do równości i niedyskryminacji⁵⁰. Jednak kwestia starszych osób LGBTI nie była przedmiotem żadnej sesji, choć na 12. sesji w 2022 r. UN LGBTI Core Group wydała oświadczenie wzywające OEWGA do uznania starszych osób LGBTI za aktywnych interesariuszy działających na rzecz promowania i ochrony ich praw człowieka⁵¹.

Z powodu braku konsensusu między państwami, przyjęcie traktatu o prawach osób starszych jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym, choć generalnie można uznać, że w drugiej dekadzie XXI w. osiągnięto również sukcesy w uczynieniu kwestii osób starszych bardziej widocznymi na arenie międzynarodowej. W 2013 r. Rada Praw Człowieka ustanowiła, jako specjalną procedurę, Niezależnego Eksperta ds. Korzystania ze Wszystkich Praw Człowieka przez Osoby Starsze (Independent Expert on the Enjoyment of All Human Rights by Older Persons – IEOP)⁵².

Bez wątplenia prawa osób starszych LGBTI znajdują się w centrum zainteresowania obecnej Niezależnej Ekspertki – C. Mahler. Przykładowo w raporcie z wizyty w Nigerii, zwróciła ona uwagę, że od czasu przyjęcia prawa zakazującego małżeństw osób tej samej płci, społeczności LGBTI doświadczają wysokiego poziomu przemocy, łącznie z orzekaniem kary śmierci, także wobec osób starszych. Wezwała Nigerię do przeciwdziałania takim sytuacjom jako niezgodnym z nigeryjską konstytucją i zagrażającym bezpośrednio korzystaniu z praw człowieka⁵³. Natomiast w raporcie z wizyty w Republice Dominikany, IEOP odnotowała potrzebę uchylenia dyskryminujących przepisów i wezwała rząd do podjęcia działań mających na celu podniesienie świadomości w zakresie specyficznych potrzeb starszych lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych⁵⁴.

⁴⁹ Resolution 67/139: Towards a Comprehensive and Integral International Legal Instrument to Promote and Protect the Rights and Dignity of Older Persons, 13 February 2013, A/RES/67/139.

⁵⁰ Więcej informacji na stronie internetowej OEWGA: *Who are we?*, <https://social.un.org/ageing-working-group/> (dostęp 15 marca 2024).

⁵¹ *Zob. oświadczenie: 12th Session of the Open Ended Working Group on Ageing*, <https://unlgbticoregroup.org/2022/04/11/12th-working-group-ageing/> (dostęp 15 marca 2024).

⁵² Resolution: The Human Rights of Older Persons, 8 October 2013, A/HRC/RES/24/20.

⁵³ Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Claudia Mahler. Visit to Nigeria, 24 July 2023, A/HRC/54/26/ADD.1.

⁵⁴ Report of the Independent Expert on the enjoyment of all human rights by older persons, Claudia Mahler. Visit to the Dominican Republic, 7 August 2023, A/HRC/54/26/ADD.3.

Na forach regionalnych, największym sukcesem w zakresie ochrony praw człowieka osób starszych jest przyjęcie dwóch traktatów, w których wyraźnie widać zróżnicowane podejście do osób LGBTI. Przyjmując w 2016 r. Protokół w sprawie Praw Osób Starszych do Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów⁵⁵, państwa Unii Afrykańskiej nie zdecydowały na uwzględnienie zakazu dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej. Protokół nie zawiera też zakazu dyskryminacji osób starszych z „jakiegokolwiek powodu”.

Tymczasem wspomniana wyżej Międzyamerykańska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka Osób Starszych z 2015 r. zobowiązuje państwa do opracowania specjalnego podejścia do osób starszych, które są szczególnie narażone na dyskryminację, w tym osób o odmiennej orientacji i tożsamości seksualnej (art. 3). Art. 9 Konwencji proklamuje prawo osób starszych do bezpieczeństwa i życia bez jakiegokolwiek przemocy, do bycia traktowanym z godnością oraz do bycia szanowanym i docenianym bez względu na ich różne cechy, w tym orientację seksualną, płeć i tożsamość płciową. Przepis ten zawiera listę obowiązków mających na celu zapobieganie przemocy wobec osób starszych wymagających szczególnego traktowania. Konwencja prezentuje zatem nowe podejście do kwestii starszych osób LGBTI, ale trzeba zaznaczyć, że nie wszystkie państwa OPA poparły ideę traktatu. Stany Zjednoczone i Kanada sprzeciwiły się Konwencji, a wiele krajów regionu, choć jej nie odrzuciło, to złożyło zastrzeżenia do wielu jej postanowień⁵⁶.

W Europie nie zdecydowano na ujęcie praw osób starszych w formie traktatu. Najbardziej kompleksowy dokument w tym zakresie to Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy do państw członkowskich w sprawie promowania praw człowieka osób starszych z 2014 r. Potwierdza ona jedynie, że osoby starsze powinny korzystać ze swoich praw i wolności bez dyskryminacji z jakichkolwiek względów, a państwa członkowskie powinny podjąć skuteczne środki w celu zapobiegania wielokrotnej dyskryminacji osób starszych⁵⁷.

Pomimo wielu przeszkód i oporu ze strony państw co do przyjęcia globalnej konwencji, możemy mówić o postępie i perspektywach rozwoju prawa międzynarodowego w obszarze praw osób starszych. Tymczasem dyskusja na temat praw osób LGBTI jest w zupełnie innym miejscu⁵⁸. Oczywiście coraz więcej organów międzynarodowych wydaje raporty i oświadczenia oraz uruchamia kampanie na rzecz

⁵⁵ Protocol to the African Charter on Human And Peoples' Rights on the Rights of Older Persons in Africa, 31 January 2016, <https://au.int/en/treaties/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-rights-older-persons> (dostęp: 15.03.2024).

⁵⁶ L.H.T. Utillano, *The Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons*, w: A. von Arnault, K. von der Decken, M. Susi (red.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge: 2020, s. 176.

⁵⁷ Recommendation CM/Rec(2014)2 of the Committee of Ministers to member States on the promotion of human rights of older persons and explanatory memorandum, 19 February 2014, <https://rm.coe.int/1680695bce> (dostęp 15 marca 2024).

⁵⁸ D. McGoldrick, *supra* note 24; E. Jordaan, *The Challenge of Adopting Sexual Orientation Resolutions at the UN Human Rights Council*, 8(2) Journal of Human Rights 298 (2016), s. 298–310.

praw osób LGBTI⁵⁹, apelując o podjęcie działań na poziomie międzynarodowym i krajowym⁶⁰. Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka wzywa państwa do ochrony osób LGBTI przed przemocą, a także do uchylenia przepisów, które dyskryminują i kryminalizują osoby ze względu na ich orientację i tożsamość płciową, a także do zagwarantowania osobom LGBTI praw do wolności wypowiedzi, pokojowych zgromadzeń i zrzeszania się⁶¹.

Tym samym prawa osób LGBTI powoli przebijają się na arenie międzynarodowej. Nagłaśnianie przypadków łamania praw człowieka tej grupy osób nie przekłada się jednak na konsensus w sprawie jakichkolwiek wiążących aktów międzynarodowych. Jak na razie umiarkowanym osiągnięciem są nieliczne akty *soft law*.

Rada Europy zauważyła prawa osób LGBTI na początku lat 80. Na uwagę zasługuje rekomendacja Komitetu Ministrów (CM/Rec(2010)5) w sprawie środków zwalczania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy przyjęło rezolucje dotyczące praw osób LGBTI: w sprawie życia prywatnego i rodzinnego (2018 r.); promowania praw człowieka i eliminowania dyskryminacji osób interseksualnych (2017 r.) oraz dyskryminacji osób transpłciowych w Europie (2015 r.)⁶². Na forum UE, w następstwie rezolucji Parlamentu Europejskiego, Komisja Europejska przyjęła strategię na rzecz LGBTI na lata 2020–2025⁶³.

Od 2008 r. Zgromadzenie Ogólne OPA systematycznie przyjmuje rezolucje dotyczące praw człowieka, orientacji seksualnej i tożsamości płciowej⁶⁴. W 2011 r. Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka utworzyła jednostkę ds. praw osób LGBTI⁶⁵.

Afrykańska Komisja Praw Człowieka i Ludów przyjęła również rezolucję w sprawie ochrony przed przemocą i innymi naruszeniami praw człowieka wobec osób ze względu na ich rzeczywistą lub domniemaną orientację seksualną lub tożsamość

⁵⁹ Np. kampania ONZ Free & Equal rozpoczęta w 2013 r. – *About*, <https://news.un.org/en/story/2013/07/445552> (dostęp 24 sierpnia 2024).

⁶⁰ *Zob. 2008 Joint statement*, <https://arc-international.net/global-advocacy/sogi-statements/2008-joint-statement/> (dostęp 15 marca 2024); *LGBTI Milestones at the United Nations*, <https://unlgbticoregroup.org/home/lgbti-milestones-at-the-united-nations/> (dostęp 15 marca 2024).

⁶¹ Np. raporty: *Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence Against Individuals Based on Their Sexual Orientation and Gender Identity*, 17 November 2011, A/HRC/19/41; *Discrimination and Violence against Individuals Based on Their Sexual Orientation and Gender Identity*, 4 May 2015, A/HRC/29/23; a także podręcznik – *Born Free and Equal: Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law*, United Nations, New York–Geneve: 2019.

⁶² *Zob. szerzej LGBTI human rights and the Council of Europe*, <https://human-rights-channel.coe.int/LGBTI-human-rights-Council-of-Europe-en.html> (dostęp 15 marca 2024); *LGBTI*, <https://www.europewatchdog.info/en/instruments/action/lgbti/> (dostęp 15 marca 2024).

⁶³ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 14 lutego 2019 r. w sprawie przyszłości wykazu działań na rzecz osób LGBTI (2019–2024), 2019/2573(RSP) [2020] OJ C 449, s. 146–148.

⁶⁴ *Zob. OAS General Assembly, Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity*, 3 June 2008, AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08).

⁶⁵ *Zob. Rapporteurship on the Rights of Lesbian, Gay, Trans, Bisexual, and Intersex Person*, <https://www.oas.org/en/iachr/jsForm/?File=/en/iachr/r/DLGBTI/default.asp> (dostęp 15 marca 2024).

płciową⁶⁶, co ze względu na niechęć państw afrykańskich do zajmowania się tym tematem ma charakter wyjątkowy.

Na forum ONZ przyjęto zaledwie kilka dokumentów. Na przykład kwestia zabójstw związanych z tożsamością płciową jest wspominana w przyjmowanych co dwa lata rezolucjach Zgromadzenia Ogólnego w sprawie pozasądowych, doraźnych lub arbitralnych egzekucji⁶⁷. Kroki podjęte przez Argentynę w 2008 r. zmierzające do przyjęcia rezolucji o prawach osób LGBTI skończyły się fiaskiem⁶⁸. Natomiast udaną inicjatywą jest ustanowienie w 2016 r. przez Radę Praw Człowieka mandatu Independent Expert on Protection against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity (IESOGI) – Niezależnego Eksperta ONZ ds. Ochrony przed Przemocą i Dyskryminacją ze względu na Orientację Seksualną i Tożsamość Płciową⁶⁹. IESOGI ma szeroki mandat, obejmujący ocenę wdrażania standardów praw człowieka, zajmowanie się podstawowymi przyczynami przemocy opartej na orientacji seksualnej i identyfikacji płciowej oraz identyfikowanie najlepszych praktyk.

Jednak jak dotąd żaden ze wspomnianych dokumentów, ani raporty IESOGI nie przyjmują perspektywy starzenia się i nie odnoszą się do starszych osób LGBTI. Co więcej, kwestia starzenia się i praw LGBTI w starszym wieku nie są widoczne nawet w najważniejszym międzynarodowym dokumencie, Zasadach Yogyakarty, dotyczącym orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w kontekście praw człowieka⁷⁰. Warto zauważyć, że chociaż stworzone przez ekspertów w 2006 r. i zaktualizowane w 2017 r. Zasady stały się inspiracją dla organizacji regionalnych, organów ochrony praw człowieka i niektórych państw, ale nigdy nie zostały zaakceptowane przez ONZ. Wydaje się zatem, że globalna społeczność międzynarodowa nie jest gotowa na ten krok.

4. PODEJŚCIE INTERSEKCYJNE

Nierówności i ich korzenie mają wiele kontekstów i aspektów. Dlatego też rozważanie tylko jednego powodu nieuzasadnionego, gorszego traktowania, w wielu sytuacjach okazuje się niewystarczające. Podobnie równoległe analizowanie przesłanek dwóch lub kilku przyczyn nierównego traktowania często nie uchwyci podatności na łamanie

⁶⁶ Resolution on Protection against Violence and other Human Rights Violations against Persons on the Basis of Their Real or Imputed Sexual Orientation or Gender Identity, 15 May 2014, ACHPR/Res.275(LV)2014.

⁶⁷ Extrajudicial, summary or arbitrary executions, 22 July 2023, A/78/254.

⁶⁸ A.S. Winer, *Levels of Generality and the Protection of LGBT Rights Before the United Nations General Assembly*, 41(1) William Mitchell Law Review 80 (2015), s. 126.

⁶⁹ Resolution: Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, 30 June 2016, A/HRC/RES/32/2.

⁷⁰ A. Park, *Yogyakarta Plus 10: A Demand for Recognition of SOGIESC*, 44(2) North Carolina Journal of International Law 223 (2019), s. 225; A. Bodnar K. Remin (red.), *Zasady Yogyakarty: zasady stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*, Kampania Przeciw Homofobii, Warszawa: 2009.

praw człowieka, gdyż dyskryminacja krzyżowa (intersekcyjna) wynika z interakcji różnych powodów dyskryminacji i skutkuje nowym, zupełnie innym rodzajem dyskryminacji⁷¹.

Teoria intersekcyjna zaproponowana przez K. Crenshaw pod koniec lat 80. XX w.⁷², pozwala na dokładniejsze zrozumienie wieloaspektowych naruszeń praw człowieka i dyskryminacji w różnych konfiguracjach⁷³. Podejście intersekcyjne ma zatem istotne znaczenie dla diagnozowania dyskryminacji osób starszych, które nie tworzą homogenicznej grupy i są obecne we wszystkich grupach społecznych. Intersekcyjność proponuje odejście od tradycyjnego porównywania traktowania ściśle określonych grup na rzecz identyfikacji nierówności i odkrywania niuansów.

G. Quinn zauważa, że podejście intersekcyjne prowadzi do identyfikowania „skumulowanej niekorzystnej sytuacji”⁷⁴. Stanowi zatem pierwszy krok do nadania sensu przesłaniu Agendy 2030 *leave no one behind* oraz współzależności praw człowieka⁷⁵.

Wiek starszy z orientacją seksualną i tożsamością płciową rzadko były analizowane jako krzyżujące się przesłanki dyskryminacji⁷⁶ i dopiero w ostatnich latach mandatarisze procedur specjalnych Rady Praw Człowieka i organy traktatowe praw człowieka zaczęły podejmować ten temat.

J. Bond wskazuje na ogromny potencjał w zakresie uwzględniania intersekcyjności dyskryminacji przez organy traktatowe⁷⁷. I tak, Komitet Praw Osób z Niepełnosprawnościami w komentarzu ogólnym nr 6 z 2018 r., dotyczącym dyskryminacji, całą sekcję poświęca intersekcyjności⁷⁸. Podnosi te kwestie także w ramach procedury sprawozdawczej⁷⁹. Z kolei Komitet CEDAW w zaleceniu ogólnym nr 27 dotyczącym starszych kobiet podkreśla wielowymiarowość dyskryminacji przez nie

⁷¹ S. Fredman, *Intersectional Discrimination in EU Gender Equality and Non-discrimination Law*, EU Publications Office, Luxembourg: 2016, s. 51.

⁷² K. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, 1(8) University of Chicago Legal Forum 139 (1989), s. 139–167.

⁷³ J. Bond, *Global Intersectionality and Contemporary Human Rights*, Oxford University Press, Oxford: 2021, s. 2–26.

⁷⁴ G. Quinn, *Reflections on the Value of Intersectionality to the Development of Non-Discrimination Law*, 16 The Equal Rights Review Sixteen 63 (2016), s. 72.

⁷⁵ J. Bouchard, P. Meyer-Bisch, *Intersectionality and Interdependence of Human Rights: Same or Different?*, 16 The Equal Rights Review Sixteen 183 (2016), s. 197.

⁷⁶ A. Gutterman, *Intersectionality and Rights of Older Persons*, 8 SSRN Electronic Journal 1 (2023), s. 1–17, <https://doi.org/10.2139/ssrn.4024373> (dostęp 15 marca 2024); Report of the Independent Expert on Protection against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity, Victor Madrigal-Borloz, 22 November 2022, A/HRC/50/27.

⁷⁷ J. Bond, *supra* note 69, s. 57.

⁷⁸ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *General Comment No. 6 (2018) on Equality and Non-Discrimination*, 26 April 2018, CRPD/C/GC/6.

⁷⁹ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Concluding Observations on the Initial Report of Georgia*, 18 April 2023, CRPD/C/GEO/CO/1.

doświadczanej. Według Komitetu czynnik wieku potęguje inne formy dyskryminacji, m.in. ze względu na płeć oraz orientację seksualną i tożsamość płciową⁸⁰.

Intersekcjonalność dyskryminacji była głównym punktem raportu dotyczącego wizyty IEOP w Finlandii. C. Mahler podkreśliła, że starsze osoby LGBTI są jedną z najbardziej niewidocznych grup ze względu na piętno społeczne i są w dużej mierze ignorowane przez krajowe przepisy i polityki społeczne. Doświadczają wielu form dyskryminacji, nie mają dostępu do szeregu usług, w tym zdrowotnych. IEOP zaleciła rządowi, aby podjął środki zmierzające do zapewnienia wrażliwych kulturowo usług zdrowotnych i społecznych, uwzględniających szczególnie potrzeby osób starszych LGBTI, w tym należących do ludności rdzennej lub mniejszości etnicznych⁸¹.

Innym przykładem odpowiedzi na krzyżujące się potrzeby osób starszych LGBTI jest wspólne oświadczenie niezależnego eksperta IEOP, IESOGI oraz Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. Prawa Każdego Człowieka do Korzystania z Najwyższego Osiągalnego Poziomu Zdrowia Fizycznego i Psychicznego z 2023 r., w którym wezwali państwa i innych interesariuszy do rozpoznania wspólnych krzyżujących powodów nierównego traktowania, które dotyczą osoby starsze o różnych orientacjach seksualnych i tożsamościach płciowych oraz do opracowania wspólnych i krzyżujących się rozwiązań prawnych i politycznych.

Wreszcie w ostatnich latach, w procesie UPR, pojęcie „intersekcjonalności” pojawiło się w zaleceniach od Argentyny dla Maroka⁸², od Czarnogóry dla Polski⁸³ i od Hondurasu dla Słowenii⁸⁴, rekomendujących prawne ustanowienie ochrony przed wielorakimi i krzyżującymi się formami dyskryminacji ze względu na płeć, orientację seksualną, wiek, niepełnosprawność, pochodzenie narodowe lub etniczne oraz status migracyjny.

5. UWAGI KOŃCOWE

Identyfikacja praw człowieka starszych osób LGBTI jest zaledwie jednym z wielu wyzwań, jakie stoją przed międzynarodową ochroną praw człowieka. Osoby te wpadają w jedną z wielu luk występujących w tym systemie ochrony, który niejednolicie chroni wszystkie grupy podatne na łamanie ich praw. Ta luka jest wyrazem dysharmonii, nierównego rozwoju międzynarodowego prawa praw człowieka.

⁸⁰ CEDAW Committee, General Recommendation No. 27 (2010) on Older Women and Protection of Their Human Rights, 16 December 2010, CEDAW/C/GC/27.

⁸¹ Report of the Independent Expert on the Enjoyment of All Human Rights by Older Persons, Visit to Finland, 24 August 2022, A/HRC/51/27/Add.1.

⁸² Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. Morocco, 6 January 2023, pkt 7.64, A/HRC/52/7.

⁸³ Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. Poland, 4 January 2023, pkt 7.64, pkt 114.198, A/HRC/52/15.

⁸⁴ Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. Slovenia, 19 December 2019, pkt 122.29, A/HRC/43/15A.

Przedstawiona prezentacja obecnego standardu ochrony praw człowieka starszych LGBTI stanowi zaledwie niewielką próbkę międzynarodowej maszyny „prawno-człowieczej”. Pomimo swych ograniczeń, badanie to pozwala jednak na wyciągnięcie wniosków dotyczących potencjału prawa międzynarodowego w zakresie ochrony osób, których prawa nie są ujęte w traktatach. Opisany przykład pokazuje, że pomimo hasła o uniwersalności praw człowieka, nie wszystkie prawa wszystkich osób są chronione jednakowo.

Brak norm traktatowych chroniących osoby szczególnie podatne na krzyżową dyskryminację powoduje, że grupy te nie są dostrzegane przez państwa przy wykonywaniu zobowiązań wynikających z obecnie wiążących międzynarodowych traktatów. Ich prawa rozmywają się wśród wszystkich praw wszystkich ludzi.

Z drugiej strony, przesłanka *other status/condition* jest bardzo pojemna i pozwala na objęcie ochroną różne osoby narażone na nierówne i nieuzasadnione traktowanie z różnych nakładających się przyczyn, jednak takie podejście wymaga świadomości i dobrej woli zarówno ze strony państw, jak i organów międzynarodowych.

Choć prawo międzynarodowe jest nadal „państwocentryczne”, gdyż nadal to państwa decydują o jego kształcie i uzgadniają traktaty, to coraz większą rolę odgrywają na arenie międzynarodowej także inni aktorzy. Nie można nie doceniać roli międzynarodowych organów praw człowieka, które działając na zasadzie „kropla drąży skałę”, mają potencjał, aby wpłynąć na postawę państw. Traktaty przyjęte przed wiekami wymagają bowiem nowej interpretacji i uwzględniania zachodzących zmian kulturowych. Interpretując zobowiązania państw, międzynarodowe organy praw człowieka coraz częściej dostrzegają potrzebę wyraźnego wskazywania m.in. przesłanek wieku oraz orientacji seksualnej i tożsamości płciowej.

W przypadku starszych osób LGBTI szczególną rolę do odegrania mają trybunały praw człowieka, organy traktatowe oraz piastuni mandatów procedur specjalnych, zwłaszcza IEOP i IESOGI. Jednakże optymalnym rozwiązaniem byłoby dokończenie prac nad przyjęciem powszechnego traktatu o prawach człowieka osób starszych, który zakazywałby dyskryminacji i poniżającego traktowania, m.in. z powodu orientacji seksualnej i tożsamości płciowej. Przyjęcie powszedniej konwencji przyczyniłoby się do zharmonizowania prawa międzynarodowego w tym zakresie. Ścieżka traktatowa została przecież przetarta na forum OPA.

I w końcu, biorąc pod uwagę stanowisko między amerykańskich organów praw człowieka oraz dorobek traktatowy państw Ameryki Łacińskiej, łatwo zauważyć, że wbrew oczekiwaniom sprzed trzydziestu lat, to nie Europa, a ten właśnie region, jest dziś najaktywniejszy w promowaniu praw człowieka. To na tym forum uzgodniono konwencję o prawach osób starszych oraz konwencję o przeciwdziałaniu dyskryminacji i nietolerancji, które przyjmują intersekcyjne podejście do eliminacji dyskryminacji.

LA RÉGIONALISATION DU DROIT DU DÉSARMEMENT ET DE LA NON- PROLIFÉRATION : FERTILISATION DU DROIT INTERNATIONAL DES ARMES ?

1. INTRODUCTION

En 2018, le Programme de désarmement (« Assurer notre avenir commun ») du Secrétaire général des Nations Unies analysait la détérioration des conditions de sécurité en soulignant la « multitude des courses aux armements au niveau régional »¹. Les questions régionales, souvent éclipsées par l'attention portée aux relations américano-russes en la matière, sont pourtant particulièrement prégnantes en matière de droit des armes.

Ce droit - qui porte tant sur l'interdiction que la limitation de la disposition, de l'utilisation, des échanges ou du commerce des moyens de guerre - est, d'une manière générale, caractérisé par une approche pragmatique combinant unilatéralisme, bilatéralisme, universalisme et régionalisme.

La stratégie régionale s'est développée dès la Guerre froide. Elle s'appuyait au départ sur des négociations organisées entre les groupes régionaux classiques², qui subsistent aujourd'hui dans plusieurs enceintes internationales, mais apparaissent désormais de moins en moins représentatifs de réelles solidarités. Né de la fin de l'opposition Est-Ouest, cet affaiblissement des groupes traditionnels s'explique également par le rôle croissant de nouveaux acteurs du droit du désarmement. Souvent liés aux orga-

¹ *Assurer notre avenir commun. Un programme de désarmement*, Bureau des affaires de désarmement, New York: 2018, p. 4, <https://www.un.org/disarmament/sg-agenda> (publié le 20 juin 2024).

² Bien qu'il n'existe pas dans la charte des Nations unies de disposition spécifique définissant un groupe régional, 6 groupes s'y distinguent : le groupe Africain, le groupe Asiatique, le groupe d'Europe de l'Est, le groupe de l'Amérique latine et Caraïbes et le groupe d'Europe occidentale et les autres États tels que les États-Unis. Le groupe du Mouvement non-alignés, s'il n'est pas spécifiquement régional, joue un rôle particulier dans le domaine du désarmement. Au sein de la Conférence du Désarmement, il existe 4 groupes : la Chine, le groupe occidental, oriental, le groupe G21.

* Anne Millet-Devalle – Professeure des universités en droit public, Laboratoire de droit international et européen (LADIE UPR 7414), Université Côte d'Azur. ORCID: 0000-0001-5366-6883.

nisations non gouvernementales qui se sont affirmées ces dernières années comme le « moteur » du désarmement, les groupes d'États *like-minded*, tels la Coalition pour un nouvel Agenda³, dépourvus de base géographique spécifique, rassemblant des pays différents autour d'objectifs précis, sont devenus des acteurs non négligeables des négociations du désarmement. D'autres groupes informels de *like-minded* sont néanmoins apparus sur une base régionale, tel le Groupe de Rio⁴.

Les organisations régionales se présentent depuis la fin du XX^{ème} siècle comme des acteurs majeurs de la négociation et de la mise en œuvre du droit des armes. Ce constat⁵ doit bien entendu être nuancé, certaines organisations étant très divisées en la matière⁶.

Les facteurs de cette implication croissante sont multiples. Les problématiques de sécurité communes constituent bien entendu un élément facilitateur. L'exemple des processus d'Helsinki et de Stockholm / Vienne sur les armes conventionnelles en Europe est à cet égard emblématique. Les organisations d'intégration régionales sont aussi, du fait de leurs objectifs économiques, un cadre particulièrement adapté à une régulation du commerce de ces marchandises. Le développement de normes régionales en matière d'armes les transforme progressivement en espaces ordonnés par des règles communes conformément à l'article 52§1 de la Charte des Nations unies, et leur permet de proposer dans les instances universelles des options déjà expérimentées à un niveau restreint.

L'intérêt d'une approche régionale du désarmement a été reconnu depuis plus de 40 ans par l'ONU.

Dès 1978, l'Assemblée générale des Nations unies (AGNU) décidait d'entreprendre une étude de la question⁷ et un Groupe d'experts gouvernementaux concluait en 1981 que l'approche mondiale progresserait si elle était complétée par des efforts au niveau des différentes régions⁸. En 1993, la Commission du désarmement adoptait des directives et recommandations concernant des approches régionales⁹. Les initiatives régionales visant la non-prolifération des armes de destruction massive et des armes classiques ont ensuite été mises en valeur par la Première Commission de l'AGNU

³ *Voy towards a Nuclear Weapon Free World: The Need for a New Agenda*, 5 November 1998, A/C.1/53/48/Rev.1.

⁴ Argentine, Bolivie, Brésil, Chili, Colombie, Équateur, Mexique, Panama, Paraguay, Pérou, Uruguay et Venezuela). Le groupe a rédigé la Convention interaméricaine contre la production et le trafic illicites d'armes à feu, de munitions, d'explosifs et d'autres matériels connexes de l'OEA et est extrêmement actif sur ce sujet au sein de la Première Commission de l'AGNU.

⁵ Notamment dans le cadre des réflexions menées au sein de « l'école de New Haven » : W.M. Reisman, *L'école de New Haven de droit international*, Pedone, Paris: 2010.

⁶ Si l'UE a été unie, par exemple dans la négociation du traité sur le commerce des armes (TCA) de 2013, les États membres ont eu des positions totalement opposées dans le cadre de la négociation du traité d'interdiction complète des armes nucléaires de 2017.

⁷ Résolution 33/91E étude sur tous les aspects du désarmement régional, 16 décembre 1978, A/RES/33/91/E.

⁸ Résolution 35/416, 8 octobre 1980, A/35/416.

⁹ Résolution 48/75 I, 16 décembre 1993, A/RES/48/75.

dès 2002¹⁰ et, en novembre 2008, dans une déclaration présidentielle, le Conseil de sécurité (CSNU) indiquait également qu'il importait de renforcer la capacité des organisations régionales en la matière¹¹. Le Service du désarmement régional du Bureau des affaires de désarmement de l'ONU conduit depuis, sur cette base, en vertu du chapitre VIII de la Charte, une action exercée de « haut en bas » pour faciliter la mise en place des normes du désarmement international et du contrôle des armes en renforçant la capacité des arrangements régionaux.

Si l'approche *top-down* est essentiellement structurelle dans le cadre de la sécurité collective, sa mise en œuvre demeure assez marginale et limitée à un appui technique de l'ONU¹². L'action régionale exercée de « bas en haut » est en revanche désormais très développée, facilitant le consensus régional, contribuant ainsi aux délibérations tant au sein des NU que des instances de négociation *ad hoc*.

L'existence d'un droit régional renvoie classiquement au prisme de conflits avec le droit universel et à la cohérence des régimes juridiques. Elle met aussi en évidence les disparités entre les engagements juridiques : si l'Union européenne (UE) s'est par exemple dotée d'un cadre régulateur restrictif, ce n'est pas le cas des principales régions importatrices d'armes (Asie et Moyen Orient). La densité et l'objet des normes régionales sont hétérogènes : les organisations américaines et africaines réglementent par exemple particulièrement les armes à feu, alors que les organisations européennes¹³ visent une large gamme d'armes et de biens à double usage.

Dans ce contexte d'apparente fragmentation du droit international, le droit régional du désarmement et de la non-prolifération est particulièrement révélateur d'un pluralisme normatif et de l'articulation entre règles de droit issues de différents systèmes.

L'organisation structurée par le Chapitre VIII de la Charte dans le domaine de la sécurité - dont les armes sont des vecteurs tant stabilisateurs que déstabilisateurs -, révèle une pratique « centripète », unificatrice, de la régionalisation ordonnée autour du droit universel. Elle explique que l'analyse des rapports entre les niveaux universel et régionaux soit très loin de révéler la fragmentation du corpus normatif ou l'affaiblissement des mécanismes universels par le développement d'une approche locale qui pouvait être redouté. Les interactions entre ordre régional et international dans ce domaine s'établissent au contraire par imitation, invocation, inspiration ou contraste.

¹⁰ Communiqués de presse, 2 octobre 2002, approche régionale de mise en valeur pour contribuer au désarmement et à la non-prolifération des armes dans le monde, AG/DSI/297.

¹¹ Déclaration du Président du Conseil de sécurité, 19 novembre 2008, S/PRST/2008/43.

¹² Dans le cadre de la mise en œuvre de la résolution 1540 (2004), 27 janvier 2004, S/RES/1540(2004) du CSNU relative à la non-prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs par le Bureau des affaires de désarmement des Nations unies (UNODA), ce dernier a par exemple sous-traité une partie de ces activités à l'OSCE.

¹³ Par ex.: *Principes régissant les transferts des armes classiques*, Série Programme d'action immédiate, Vienna, OSCE: 1998, FSC/3/96/Rev.1; *OSCE Document on Small Arms and Light Weapons*, FSC.DOC/1/00/Rev.1, Vienna, OSCE: 2012, <https://www.osce.org/fsc/20783?download=true> (publié le 20 juin 2024).

La régionalisation du droit des armes dessine ainsi une architecture combinant des contreforts et des fondations, les processus régionaux étant à la fois des palliatifs des insuffisances des normes universelles (2) et des précurseurs de ces normes (3).

2. DES PROCESSUS RÉGIONAUX PALLIATIFS DES INSUFFISANCES DES NORMES UNIVERSELLES

L'approche *bottom-up* revendiquée par les ententes régionales en matière d'armes est particulièrement pertinente dans le contexte actuel de blocage des négociations du désarmement, pour contourner l'absence de règles globales (2.1.). Pour ce qui concerne les instruments universels dont la communauté internationale était déjà parvenue à se doter, l'appui régional constitue également un outil puissant de mise en œuvre (2.2.).

2.1. Des processus régionaux palliatifs des blocages des institutions multilatérales de négociation du droit du désarmement et de la non-prolifération

Les enceintes de négociation du droit du désarmement mises en place depuis la Seconde guerre mondiale, qui sont à l'origine des principales conventions réglant la matière, sont confrontées depuis près de 30 ans à des blocages. Il s'agit alors pour les organisations régionales de compenser certaines lacunes des normes multilatérales contraignantes (2.1.2.) par une stratégie de contournement des instances de négociation spécialisées (2.1.1.).

2.1.1. Une stratégie régionale de contournement des instances de négociation spécialisées

Selon la Charte des Nations Unies (article 11§1), l'Assemblée générale a la compétence d'étudier les principes du désarmement ; la Commission du désarmement, composée de tous les États membres, a formulé des principes de consensus, des directives et des recommandations qui ont été approuvés par l'AGNU. Toutefois, au cours des deux dernières décennies, elle n'a plus été en mesure d'obtenir de résultat significatif. La convocation d'une 4^e session extraordinaire de l'AGNU consacrée au désarmement, en discussion depuis plusieurs années, n'est toujours pas envisageable. Mais surtout, la Conférence du désarmement (CD) n'a plus lancé de négociation depuis 1996 du fait d'une règle du consensus qui fonctionne comme un droit de veto accordé à chacun de ses 65 membres. Ce blocage a conduit certaines organisations régionales à développer des stratégies de recours à d'autres institutions multilatérales ou à des forums régionaux.

Ainsi, en matière de sécurité spatiale, prenant le contre-pied du projet de traité russo-chinois présenté à la CD¹⁴ auquel les États-Unis sont fermement opposés, l'UE, a pris l'initiative de présenter, dès 2007, une proposition de code de conduite international¹⁵, définissant les règles essentielles à respecter dans les activités civiles autant que militaires.

L'UE avait dans un premier temps cherché à extraire les négociations de l'enceinte onusienne et fait le choix de consultations multilatérales informelles. Cette stratégie s'est ensuite enlisée,¹⁶ mais l'UE a continué à promouvoir son code de conduite¹⁷ au sein du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique (CUPEEA) de l'ONU¹⁸. Les consultations du groupe de travail ont abouti à l'adoption en juin 2019 d'un compendium de lignes directrices¹⁹.

Les garanties de sécurité accordées par les puissances nucléaires aux ENDAN, réclamées régulièrement par l'AGNU depuis 1978²⁰, constituent un autre thème ne pouvant faire l'objet d'un accord au sein de la CD. L'impossibilité de négocier un tel traité amène les membres des zones exemptes d'armes nucléaires (ZEAN) à devenir aujourd'hui le principal forum permettant de promouvoir ces garanties. Les traités instituant des ZEAN proposent ainsi aux États dotés des engagements par le biais de protocoles garantissant que ces États n'utiliseront ni ne menaceront d'utiliser des armes nucléaires contre les États parties. Cette formule, inaugurée en 1967 pour la ZEAN d'Amérique latine et des Caraïbes a ensuite été transposée dans les traités

¹⁴ Projet de traité sur la prévention du placement d'armes dans l'espace extra-atmosphérique et de la menace ou du recours à la force contre des objets spatiaux (Projet PPWT), CD/1839, 25 avril 2008, https://digitallibrary.un.org/record/633470/files/CD_1839-FR.pdf?ln=en (publié le 20 juin 2024); modifié en 2014: 2014 Russian-Chinese draft "treaty on the prevention of the placement of weapons in outer space, the threat or use of force against outer space objects" (PPWT) (CD/1985), <https://reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/cd/2014/documents/PPWT2014.pdf> (publié le 20 juin 2024).

¹⁵ Projet de code de conduite pour les activités menées dans l'espace extra-atmosphérique, Conseil de l'UE document 17175/08 du 17 décembre 2008, PESC 1697. Décision du 28 janvier 2014, 2014/42/PESC modifiant la décision 2012/281/PESC dans le cadre de la stratégie européenne de sécurité, visant à soutenir la proposition de code de conduite international pour les activités menées dans l'espace extra-atmosphérique, présentée par l'Union [2014] OJ L 26, p. 42.

¹⁶ Dans son Étude sur les mesures de transparence et de confiance relatives aux activités spatiales (12 juillet 2013), le groupe d'experts gouvernementaux créé par le Secrétaire général en application de la résolution 65/68 de l'AG avait pris acte de la présentation du code de conduite par l'Union. Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 8 décembre 2010, 65/68. Mesures de transparence et de confiance relatives aux activités spatiales, 13 janvier 2011, A/RES/65/68.

¹⁷ *Voy not*. Rapport du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, 62e session (12–21 juin 2019), A/74/20.

¹⁸ Décision (PESC) 2015/203 du Conseil du 9 février 2015, visant à soutenir la proposition de code de conduite international pour les activités menées dans l'espace extra-atmosphérique, présentée par l'Union, afin de contribuer aux mesures de transparence et de confiance relatives aux activités spatiales [2015] JO L 33/38.

¹⁹ Lignes directrices du CUPEEA relatives à la réduction des débris spatiaux, approuvées par l'AG, dans sa résolution 62/217, 22 décembre 2007, A/RES/62/217.

²⁰ Document final de la dixième session extraordinaire de l'Assemblée générale S-10/2, §59, https://digitallibrary.un.org/record/218448/files/A_RES_S-10_2-FR.pdf%3Fln%3Den&ved=2ahUKewi86_vr3dOIAxW-DRAIHUFPDjkQFnoECBYQAQ&usq=AovVaw2c2vQJgab1WQMswS6Czl5 (publié le 20 juin 2024).

instituant d'autres ZEAN²¹. Ces protocoles, lorsqu'ils sont ratifiés par l'ensemble des EDAN, démontrent la réalité d'une approche régionale différenciée²².

Dans le cadre de l'Agence Internationale de l'Energie Atomique (AIEA), les difficultés diplomatiques sont tout aussi importantes au sujet du système de garanties²³ qui permet de vérifier le respect du Traité de non-prolifération (TNP). La Conférence générale annuelle de l'Agence ne peut, faute de consensus, adopter aucun texte relatif à l'universalisation du protocole additionnel défini en 1997 et soutenu par de nombreuses organisations régionales, dont les membres adoptent tous ce régime de garantie²⁴, comme c'est le cas dans le cadre de l'UE²⁵.

L'UE est à ce titre exemplaire des efforts d'organisations régionales tentant de compenser les lacunes des normes multilatérales contraignantes.

2.1.2. Des stratégies régionales de compensation des lacunes des normes multilatérales contraignantes

Plusieurs organisations régionales – l'UE en particulier – estiment que le droit du désarmement doit conjuguer la négociation de mesures de confiance, de transparence telles que des directives et des codes de conduite, et de textes contraignants²⁶. Pour pallier les vides juridiques, les organisations continentales ou sous-continentales déploient donc une double stratégie normative, qui trouve de nombreuses illustrations convaincantes en matière d'armes conventionnelles.

Sans attendre l'adoption d'un instrument universel contraignant en matière de commerce des armes, plusieurs accords régionaux ont ainsi établi des normes com-

²¹ Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes (Traité de Tlatelolco, 1967), 634 UNTS 9068; Traité sur la zone dénucléarisée du Pacifique Sud (Rarotonga, 1985) 1971 UNTS 24592; Traité sur la zone exempte d'armes nucléaires de l'Asie du Sud-Est (Bangkok, 1995) 1981 UNTS 33873; Traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique (Pelindaba, 1996), <https://www.aksn/aa-au/act/treaty/1996/nuclear-weapon-free-zone/fra@1996-04-11> (publié le 20 juin 2024). Traité portant création d'une zone exempte d'armes nucléaires en Asie centrale (Semipalatinsk, 2006), <https://www.aksn/aa-au/act/treaty/1996/nuclear-weapon-free-zone/fra@1996-04-11> (accessed 26 September 2024) 2970 UNTS 51633.

²² Cette diplomatie régionale porte très partiellement ses fruits: la France et les États-Unis interviennent régulièrement dans les débats de la Première commission pour rappeler qu'ils travaillent à l'adhésion des puissances nucléaires aux traités instaurant des ZEAN. Le Protocole au Traité de Bangkok, qui organise les garanties négatives de sécurité offertes aux pays de la ZEAN d'Asie du Sud-Est n'est cependant signé par aucun EDAN.

²³ 175 ENDAN sont engagés dans un système de garanties généralisées (AGC, norme The Structure and Content of Agreements Between the Agency and States Required in Connection with the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, INFCIRC/153, Vienna, IAEA: 1972). Ce standard de vérification est insuffisant et a été renforcé par un protocole additionnel optionnel auquel 136 ENDAN ont adhéré. *Statut du Protocole additionnel* (conférence de l'Agence internationale de l'énergie atomique 2024), disponible à: <https://www.iaea.org/topics/additional-protocol/status> (publié le 20 juin 2024).

²⁴ *Voy. not.* AGNU Première commission, 22 octobre 2019, AG/DSI/3632.

²⁵ Rapport annuel sur l'état d'avancement des travaux concernant la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive (2018) [2019] OJ C 202.

²⁶ AGNU Première Commission, L'élimination des armes nucléaires est la seule garantie absolue de leur non-utilisation, rappellent les États non dotés, GA/DIS/3588 du 25 octobre 2017.

binant droit « dur » et « souple ». Après la résolution 989 du CSNU en 1995²⁷, il avait fallu attendre une résolution de 2009²⁸ pour que soit organisée l'ouverture des négociations du traité établissant des normes communes sur le commerce d'armes, finalement adopté en 2013.

Bien avant, l'Organisation des États américains (OEA) fut la première organisation régionale à se doter, en 1997, d'un texte sur la fabrication et le trafic illicite d'armes. Ce processus a été renforcé par la Communauté des Caraïbes (CARICOM), le Système d'intégration centraméricain (SICA), le Marché commun du Sud (Mercosur) et la Communauté andine (CAN). À l'exception de certaines conventions dans le cadre de l'OEA²⁹, il s'agit pour la plupart de stratégies régionales dépourvues de force contraignante.

Pour l'Afrique, l'Organisation de l'Unité africaine (OUA) engagea dès le début des années 90 une étude sur les moyens de réduire la prolifération des armes légères et d'améliorer la coopération sous-régionale pour lutter contre la contrebande d'armes, puis l'Union africaine (UA) a adopté plusieurs déclarations communes en la matière. Quatre instruments contraignants ont été adoptés : la CEDEAO est exemplaire du processus de passage de la *soft law* au droit conventionnel, avec l'adoption en juin 2006 de la Convention sur les armes légères et de petit calibre, leurs munitions et autres matériels connexes³⁰ qui remplace l'ancien Moratoire de 1998. Le Protocole de la SADC³¹, la Convention de la Communauté économique des États de l'Afrique centrale (CEEAC)³² et le Protocole de Nairobi³³ établissent également des lignes communes en matière de lutte à la prolifération des ALPC et prévoient l'application d'un système de contrôle pour les transferts de ces armes.

²⁷ Résolution 989 (1995) Adoptée par le Conseil de sécurité à sa 3524e séance, le 24 avril 1995, S/RES/989.

²⁸ AGNU Résolution 64/4, 64/48. Traité sur le commerce des armes, 2 décembre 2009, A/RES/64/48.

²⁹ Convention interaméricaine sur la transparence de l'acquisition d'armes classiques adoptée dans le cadre de l'OEA, eev., 21 novembre 2002, https://scm.oas.org/doc_public/FRENCH/HIST_08/CP20033F07.doc&cved=2ahUKEwi6hNe74dOIAxVzlhAIHcVIFSkQFnoECBMQAQ&usg=AOvVaw0M-W8HV0PW-fz5x0YnMBZp (publié le 20 juin 2024).

³⁰ Convention de la CEDEAO sur les armes légères et de petit calibre, leurs munitions et autres matériels connexes, 14 juin 2006, <http://comnat-alpc.org/documents/20150816conventioncedeo.pdf> (publié le 20 juin 2024).

³¹ Protocol on the Control of Firearms, Ammunition and Other Materials in the Southern African Development Community (SADC) region [Protocole sur le contrôle des armes à feu, des munitions et d'autres matériels dans la région de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC)], 4 août 2001, disponible à : https://www.sadc.int/files/8613/5292/8361/Protocol_on_the_Control_of_Firearms_Ammunition2001.pdf (publié le 20 juin 2024).

³² Convention de l'Afrique centrale pour le contrôle des armes légères et de petit calibre, de leurs munitions et de toutes pièces et composantes pouvant servir à leur fabrication, réparation et assemblage, 30 avril 2010, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-7&chapter=26&lang=fr (publié le 20 juin 2024).

³³ Protocole de Nairobi pour la prévention, le contrôle et la réduction des armes légères et de petit calibre dans la région des Grands Lacs et la Corne de l'Afrique, 21 avril 2004, <http://iss.org/BPD/Upload/NairobiProtocol%20Eng%20Fr%20Arabic.pdf> (publié le 20 juin 2024).

Dans le cadre de la Ligue des États arabes, dont font partie les États d'Afrique du Nord, la question du commerce illicite des armes avait été mentionnée par la Convention arabe relative à lutte contre le terrorisme de 1988³⁴.

En Europe, un premier texte non contraignant, le code de conduite sur les exportations d'armement, fut adopté en 1998³⁵ et transformé en 2008 en position commune³⁶, comportant des éléments d'obligatorité pour les États membres. L'UE s'est dotée également de textes contraignants sur le contrôle du courtage en armements³⁷ et sur la réglementation des exportations de biens à double usage³⁸.

L'autre grand accord régional européen est le Document de l'OSCE sur les armes légères³⁹, qui prévoit une série de mesures pour lutter au niveau régional contre la prolifération des armes légères, complété par le Plan d'action relatif aux armes légères et de petit calibre⁴⁰, accompagnés de Manuels des meilleures pratiques, permettant de définir notamment des critères communs pour le contrôle des exportations.

Ces palliatifs régionaux des difficultés des institutions universelles classiques s'accompagnent d'un appui aux normes déjà négociées et adoptées dans ces enceintes.

2.2. Des processus régionaux d'appui aux normes universelles

L'action des organisations régionales en faveur d'un renforcement des normes universelles relatives au désarmement et à la non-prolifération se manifeste à la fois par un appui à l'universalisation des traités et par un soutien à la mise en œuvre de ces textes.

2.2.1. L'action des organisations régionales en faveur de l'universalisation des conventions multilatérales

L'universalisation des engagements définis par les principaux traités est un objectif recherché par certaines organisations régionales, au premier rang desquelles figure l'UE. Celle-ci avait fait de l'universalisation un axe majeur de la Stratégie européenne

³⁴ Article 3, partie II, section relative aux mesures de prévention et de répression des infractions terroristes.

³⁵ European Union Code of Conduct on Arms Exports, Brussels, 5 June 1998, 8675/2/98 rev.2, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/031006codeofconduct1998_/031006codeofconduct1998_en.pdf (publié le 20 juin 2024).

³⁶ Position commune 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008 définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires [2008] JO L 335, p. 99.

³⁷ Position commune 2003/468/PESC du Conseil du 23 juin 2003 sur le contrôle du courtage en armements [2003] OJ L 156, p. 79; Directive 91/477/CEE du 18 juin 1991 relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes [1991] OJ L 256, p. 51.

³⁸ Règlement (UE) 2021/821 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2021 instituant un régime de l'UE de contrôle des exportations, du courtage, de l'assistance technique, du transit et des transferts en ce qui concerne les biens à double usage [2021] OJ L 206.

³⁹ OSCE, Document de l'OSCE sur les armes légères et de petit calibre (ALPC), 24 novembre 2000, FSC.DOC/1/00, <https://www.osce.org/fsc/20783?download=true> (publié le 20 juin 2024).

⁴⁰ OSCE, Decision No. 2/10, OSCE Plan of Action on Small Arms and Light Weapons, 26 May 2010, FSC.DEC/2/10, <https://www.osce.org/files/f/documents/2/e/68450.pdf> (publié le 20 juin 2024).

de sécurité dès décembre 2003⁴¹, puis de sa Stratégie globale de 2016⁴². Le Conseil, dans ses rapports annuels concernant la mise en œuvre de cette stratégie, souligne systématiquement que l'universalisation reste sa priorité. La Stratégie de l'UE contre la prolifération des ADM⁴³ et ses axes d'action⁴⁴ demandent systématiquement l'universalisation des instruments multilatéraux⁴⁵. Le Conseil a arrêté une Position commune sur l'universalisation et le renforcement des accords multilatéraux dans le domaine de la non-prolifération des ADM⁴⁶ et l'Union apporte aussi un soutien à l'universalisation des régimes non contraignants⁴⁷. L'UE a en outre soumis un rapport au Comité 1540 présentant un bilan de son effort d'universalisation⁴⁸. En matière d'armes conventionnelles, le Conseil a également adopté une décision afin de favoriser la mise en œuvre effective et l'universalisation du TCA⁴⁹ et soutient l'adhésion à la Convention d'Ottawa sur les mines antipersonnel, ou encore les instruments sur les ALPC.

L'appui diplomatique à l'universalisation des principaux régimes de désarmement et de non-prolifération s'accompagne de mesures à caractère opérationnel afin de favoriser l'adhésion des États tiers à ces textes⁵⁰. L'UE rappelle également à ses partenaires

⁴¹ *Stratégie européenne de sécurité. Une Europe sûre dans un monde meilleur*, Conseil de l'UE, Bruxelles: 2003, <https://www.consilium.europa.eu/media/30810/qc7809568frc.pdf> (publié le 20 juin 2024).

⁴² SEAE, *Vision partagée, action commune: Une Europe plus forte. Une stratégie globale pour la politique étrangère et de sécurité de l'UE*, Bruxelles: 2016, http://eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/eugs_review_web.pdf (publié le 20 juin 2024).

⁴³ CoEU, Fight against the proliferation of weapons of mass destruction – EU strategy against proliferation of Weapons of Mass Destruction, Brussels, 10 December 2003, 15708/03, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15708-2003-INIT/en/pdf> (publié le 20 juin 2024).

⁴⁴ Conclusions du Conseil et nouvelles lignes d'action de l'Union européenne en lutte contre la prolifération des armes de destruction massive et leurs vecteurs systèmes adoptée le 17 décembre, Doc. 17172/08.

⁴⁵ Rapport annuel sur l'état d'avancement des travaux concernant la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive (2018) [2019] OJ C 202.

⁴⁶ Décision 2012/423/PESC du Conseil du 23 juillet 2012 visant à soutenir la non-prolifération des missiles balistiques dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'UE contre la prolifération des armes de destruction massive et de la position commune 2003/805/PESC du Conseil [2012] OJ L 196, p. 74.

⁴⁷ Position commune 2003/805/PESC du Conseil du 17 novembre 2003 sur l'universalisation et le renforcement des accords multilatéraux dans le domaine de la non-prolifération des armes de destruction massive et de leurs vecteurs [2003] OJ L 302, p. 34; Décision (PESC) 2017/2370 du Conseil du 18 décembre 2017 visant à soutenir le Code de conduite de La Haye et la non-prolifération des missiles balistiques dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive [2017] JO L 337, p. 28.

⁴⁸ Décision (PESC) 2017/809 (12) del Consejo, de 11 de mayo de 2017, de apoyo a la aplicación de la Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la no proliferación de las armas de destrucción masiva y sus sistemas vectores [2017] JO L 121, p. 39, à l'appui de la mise en œuvre de la résolution 1540 (2004) du CSNU, 27 janvier 2005, S/RES/1540(2004).

⁴⁹ Décision (PESC) 2017/915 du Conseil du 29 mai 2017 concernant les activités de communication de l'Union à l'appui de la mise en œuvre du traité sur le commerce des armes [2017] OJ L 139, p. 38 et décision (PESC) 2018/101 du Conseil du 22 janvier 2018 relative à la promotion d'un contrôle efficace des exportations d'armes [2018] OJ L 17, p. 40.

⁵⁰ Décision (PESC) 2018/298 (2) du Conseil du 26 février 2018 concernant le soutien de l'Union aux activités de la commission préparatoire pour l'Organisation du traité d'interdiction complète des essais nucléaires (OTICE) afin de renforcer ses capacités en matière de surveillance et de vérification, dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'Union européenne contre la prolifération des armes de destruction massive [2018] OJ L 56, p. 34.

que l'adhésion aux conventions sur les ADM procure des avantages économiques du fait qu'elle permet de participer à l'échange d'équipements, de matériels et de renseignements ayant par exemple un rapport avec l'emploi d'agents biologiques ou chimiques à des fins pacifiques.

L'action en faveur de l'universalisation n'est cependant pas uniquement proposée par l'UE à ses partenaires : elle devient de plus en plus imposée, par le biais de clauses de conditionnalité en matière de non-prolifération.

Depuis 2003, l'UE a en effet affirmé son intention de faire dépendre sa coopération économique ou son aide au développement de la prise en compte par les États tiers des préoccupations liées à la prolifération des armes de destruction massive⁵¹. Cette stratégie s'inscrit depuis 2004 dans tous les accords mixtes de l'UE. On retrouve désormais les clauses de non-prolifération, notamment dans le cadre du partenariat ACP-UE, de la Politique européenne de voisinage, ou des Accords méditerranéens. Si l'attention portée par l'UE à l'universalisation des traités relatifs aux armes bénéficie de moyens importants, les autres organisations régionales poursuivent le même objectif, en particulier l'UA⁵² et l'OEA⁵³. Pour l'ASEAN, cet appui à l'universalisation est encore limité aux armes nucléaires⁵⁴.

La plupart de ces textes portent à la fois sur le volet diplomatique de l'universalisation des conventions relatives au désarmement et à la non-prolifération et sur des mesures plus techniques d'appui à leur mise en œuvre.

⁵¹ CoEU, Fight against the proliferation of weapons of mass destruction – Mainstreaming non-proliferation policies into the EU's wider relations with third countries, 19 November 2003, 14997/03, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST%2014997%202003%20INIT/EN/pdf> (publié le 20 juin 2024). *See also* EU strategy against proliferation of Weapons of Mass Destruction, Council of the EU, 15708/03, 10 December 2003, *supra* note 42.

⁵² AU, Decision on the implementation and universality of the convention on the prohibition of the development, production, stockpiling and use of chemical weapons and on their destruction, AHG/Dec. 182 (XXXVIII), § 6, <https://www.peaceau.org/uploads/ahg-dec-182-xxxviii-e.pdf> (publié le 20 juin 2024); OIAC, Programme to strengthen cooperation with Africa on the Chemical Weapons Convention, 5 septembre 2018, EC-89/DG.14; UA, Communiqué de presse: L'Union africaine appelle à l'universalisation et à la mise en œuvre intégrale de la convention sur les armes bactériologiques, <http://www.peaceau.org/uploads/cua-com-40y-me-anniversaire-26-03-2015.pdf> (publié le 20 juin 2024); UA, Position africaine commune sur le TCA, <http://www.peaceau.org/uploads/att-common-position-fr.pdf> (publié le 20 juin 2024); UA, The African Union Mine Action and Explosive Remnants of War Strategic Framework, <http://www.peaceau.org/en/page/65-landmines-mine-action> (publié le 20 juin 2024).

⁵³ La déclaration sur la sécurité dans les Amériques (OEA/Ser.K/XXXVIII, CES/DEC.1/03 rev. 1, 28 octobre 2003) permet à la Commission sur la Sécurité continentale de l'OEA de recevoir des mandats annuels pour œuvrer à l'universalisation des conventions.

⁵⁴ ASEAN, Plan of action to strengthen the implementation of the Treaty on the Southeast Asia Nuclear Weapon-free zone, 2018–2022 adopted in Manila, the Philippines, 4 August 2017, <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2020/08/PoA-SEANWFZ-2018-2022.pdf> (publié le 20 juin 2024).

2.2.2. L'appui des organisations régionales à la mise en œuvre des normes universelles

Les organisations régionales mettent en œuvre les textes qui fondent le système de sécurité collective⁵⁵, dans le cadre du désarmement dit « coercitif », par l'application des sanctions ciblées adoptées par le CSNU⁵⁶, de résolutions plus générales imposant certaines restrictions à l'exportation des armes (telles la résolution 1373 relative à la lutte contre le terrorisme et celles qui l'ont suivie⁵⁷) et de celles qui sont spécifiques au droit des armes (mise en œuvre régionale de la résolution 1540⁵⁸ de 2004).

Les organisations régionales vont parfois au-delà, comme cela est souvent le cas de l'UE, avec des sanctions mixtes, renforçant celles des NU, notamment à l'égard de la République populaire de Corée du Nord et de l'Iran.

L'UE, l'OSCE, la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), l'UA ou encore l'OEA sont en outre des organisations régionales ayant la capacité de décider de sanctions autonomes, c'est-à-dire sans décision préalable de l'ONU.

On peut ainsi citer l'exemple des sanctions adoptées par le Conseil sur la base de l'article 24 du TUE⁵⁹ à l'encontre de la Syrie ou encore de la Chine, la Birmanie et la Russie. C'est également le cas de la CEDEAO, par exemple au sujet de la Guinée en 2009 ou du Mali depuis 2012. La nature juridique de ces embargos varie. Si l'ONU, l'UE, la CEDEAO, l'OEA ou encore l'UA ont la capacité d'imposer des embargos ayant force obligatoire pour leurs États membres, l'OSCE ne peut décider que des

⁵⁵ Chapitre VII Article 41 des Charte des Nations Unies, <https://www.un.org/fr/about-us/un-charter/full-text> (publié le 20 juin 2024).

⁵⁶ Liste des sanctions du CSNU et plus particulièrement le tableau récapitulatif des résolutions adoptées depuis 1946, <http://www.un.org/fr/sc/documents/resolutions/> (publié le 20 juin 2024); site des Comités des sanctions des NU, disponible à : <https://www.un.org/french/sc/committees/> (publié le 20 juin 2024).

⁵⁷ Résolution 1963 (2010) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 6459^e séance, 20 décembre 2010, S/RES/1963; Résolution 2129 (2013) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7086^e séance, 17 décembre 2013, S/RES/2129; Résolution 2195 (2014) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7351^e séance, 19 décembre 2014, S/RES/2195; Résolution 2220 (2015) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7447^e séance, 22 mai 2015, S/RES/2220; Résolution 2253 (2015) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7587^e séance, 17 décembre 2015, S/RES/2253; Résolution 2322 (2016) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7831^e séance, 12 décembre 2016, S/RES/2322; Résolution 2341 (2017) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7882^e séance, 13 février 2017, S/RES/2341; Résolution 2368 (2017) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 8007^e séance, 20 juillet 2017, S/RES/2368; Résolution 2370 (2017) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 8017^e séance, 2 août 2017, S/RES/2370.

⁵⁸ Résolution 1673 (2006), 27 avril 2006, adoptée par le Conseil de sécurité à sa 5429^e séance, S/RES/1673; Résolution 1810 (2008), 25 avril 2008 adoptée par le Conseil de sécurité à sa 5877^e séance, S/RES/1810; Résolution 1977 (2011) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 6518^e séance, 20 avril 2011, S/RES/1977; Résolution 2055 (2012) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 6795^e séance, 29 juin 2012, S/RES/2055; Résolution 2325 (2016) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 7837^e séance, 15 décembre 2016, S/RES/2325; résolution 2405 (2018) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 8017^e séance, 8 mars 2018, S/RES/2405.

⁵⁹ Liste des sanctions et mesures restrictives de l'UE, http://eeas.europa.eu/cfsp/sanctions/index_en.htm (publié le 20 juin 2024).

embargos dits « volontaires », décidés par consensus et reposant sur l'engagement politique des États participants à l'OSCE⁶⁰.

Les embargos sur les armes ont dans certains cas un objectif lié directement à l'adhésion ou au respect des conventions en la matière. C'était le cas de l'embargo de l'UE sur les armes à l'encontre de la Libye, levé après son adhésion à la Convention d'interdiction des armes chimiques et la signature du protocole additionnel de non-prolifération nucléaire de l'AIEA. C'était également le cas de l'embargo à l'encontre de l'Iran : les sanctions européennes ont peu à peu évolué à partir de 2007, passant d'une logique d'interdiction des trafics proliférants à une logique de coercition⁶¹.

Les Nations unies ont également recours à des organisations régionales pour la surveillance et l'application des sanctions, et notamment des embargos sur les armes. L'UE a ainsi assuré d'abord seule, puis conjointement avec l'OTAN, une opération de surveillance maritime de l'embargo sur les armes des Nations unies imposé à l'ex-Yougoslavie entre 1991 et 1995. L'opération Sophia⁶² avait aussi, à partir du 20 juin 2016, la mission de contrôler le respect de l'embargo de l'ONU sur les armes à destination de la Libye (Résolution 2292) et, depuis le 17 février 2020, la tâche principale de l'opération Irini est la mise en œuvre de cet embargo⁶³.

L'appui régional dont bénéficie le CSNU est également particulièrement évident en matière de mise en œuvre de la résolution 1540 (2004) qui vise à renforcer la lutte contre la prolifération des armes nucléaires, biologiques, chimiques et leurs vecteurs. L'OSCE joue un rôle pivot en la matière avec la création d'une équipe chargée de guider la mise en œuvre de la résolution, en aidant les États à élaborer des Plans d'action nationaux⁶⁴. Le CSNU demande régulièrement des analyses de la mise en œuvre au niveau régional⁶⁵ et les experts du Comité 1540 saluent une bonne

⁶⁰ OSCE, Décision du Comité des hauts fonctionnaires sur le Nagorno-Karabakh du 28 février 1992 (Annexe I, § 4), <https://www.osce.org/files/f/documents/a/0/183791.pdf> (publié le 20 juin 2024). L'OSCE a ainsi demandé à ses États participants d'imposer un embargo sur les livraisons d'armes aux forces engagées au combat dans la région, mais plusieurs États ont continué à fournir des armes à l'Arménie et à l'Azerbaïdjan. *OSCE arms embargo on Nagorno-Karabakh (Azerbaijan)*, https://www.sipri.org/databases/embargoes/eu_arms_embargoes/azerbaijan (publié le 20 juin 2024).

⁶¹ Ce mouvement a été initié par la position commune 2007/140/PESC du 27 février 2007 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran [2007] OJ L 61, p. 49, qui a mis en place un embargo sur les matières, biens, équipements et technologies pouvant contribuer aux activités nucléaires et balistiques de l'Iran.

⁶² Council Decision (CFSP) 2015/778 du 18 mai 2015 relative à une opération militaire de l'Union européenne dans la partie sud de la Méditerranée centrale (EUNAVFOR MED) [2015] OJ L 122, p. 31.

⁶³ Décision du Conseil 6414/20 du 25 mars 2020, relative à l'opération militaire de l'UE en Méditerranée (EUNAVFOR MED IRINI), <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6414-2020-INIT/fr/pdf> (publié le 20 juin 2024).

⁶⁴ *Voy. Special issue on the 10th anniversary of the adoption of UN Security Council Resolution 1540*, 1540 Compass 6 (2016), http://spia.uga.edu/wp-content/uploads/2016/04/Compass6_english.pdf (publié le 20 juin 2024).

⁶⁵ Rapport du Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1540 (2004) sur les modalités d'un examen complet de l'application de la résolution, établi conformément au paragraphe 8 de la résolution 1810 (2008) du Conseil de sécurité, 1 avril 2009, S/2009/170.

dynamique interne de l'UE, de l'ASEAN, de l'OEA. L'UE offre en outre une assistance technique et législative aux États qui en font la demande et contribue à renforcer en Afrique, Amérique latine et Asie Pacifique les capacités d'élaboration des rapports exigés par la résolution⁶⁶.

Cette assistance des organisations régionales est également très développée en matière de mise en œuvre des régimes spécifiques du droit des armes. Pour l'UE, elle se concrétise par des programmes d'assistance législative, technique (y compris pour la destruction de certains matériels) et financière⁶⁷. Les organisations non européennes participent activement à ce mouvement : c'est le cas du programme d'appui de la CEDEAO au traité sur le commerce des armes (TCA) ou du soutien apporté par la Ligue des États arabes à la mise en œuvre du Programme d'action des Nations Unies sur les ALPC⁶⁸.

L'appui aux normes universelles en vigueur permet néanmoins de mesurer les lacunes du droit du désarmement et de la non-prolifération, ses multiples modes de contournements, qui ne peuvent être empêchés que par l'adoption de normes nouvelles, plus complètes et contraignantes. Dans cette perspective, les processus régionaux se situent souvent en amont des normes universelles.

3. DES PROCESSUS RÉGIONAUX PRÉCURSEURS DES NORMES UNIVERSELLES

Dans un contexte de circulation des modèles normatifs, le droit des armes constitue l'une des multiples illustrations de l'élaboration, au niveau régional des règles qui seront ensuite défendues collectivement, selon des techniques de *parliamentary diplomacy* au sein des instances universelles.

Les normes adoptées au niveau régional présentent ainsi souvent des ambitions universelles (3.1.) et constituent une anticipation expérimentale des textes conventionnels auxquels ils ont vocation à servir de modèle (3.2.).

⁶⁶ Les actions communes adoptées en la matière par le Conseil de l'UE confient au Secrétariat des NU (Bureau des Affaires de désarmement) la mise en œuvre des projets de l'UE. L'UE a adopté le 12 juin 2006 une première action commune (Action commune 2006/419/PESC du Conseil du 12 juin 2006 à l'appui de la mise en œuvre de la résolution 1540 (2004) du Conseil de sécurité des Nations unies et dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'UE contre la prolifération des armes de destruction massive [2006] OJ L 165, p. 30) à l'appui de la mise en œuvre de la résolution 1540.

⁶⁷ Décision (PESC) 2019/538 du Conseil du 1 avril 2019 visant à soutenir les activités de l'OIAC dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie de l'UE contre la prolifération des armes de destruction massive [2019] OJ L 93, p. 3.

⁶⁸ League of Arab States, Ministerial Council Résolution 6447 (2004), 14 septembre 2004, Arab Coordination for Combating the Illicit Trade in Small Arms and Light Weapons, S/RES/6447(2004).

3.1. Des normes régionales à ambition universelle

Les ambitions universelles des textes régionaux sont particulièrement évidentes dans le cadre de l'UE. Elles soulèvent des questions relatives aux moyens de l'UE au sein d'organisations internationales dont elle n'a pas, en général, la qualité de membre. Sa stratégie d'influence juridique y est largement déterminée par un double objectif, qui tient tant à sa volonté d'organiser les règles de concurrence cruciales pour ses industries de défense et son autonomie stratégique qu'à celle de conforter sa politique de sécurité. Ces deux préoccupations, parfaitement classiques, sont aussi celles qui déterminent le droit des États-Unis en la matière⁶⁹.

La participation de l'UE au développement du droit du désarmement dans le champ, aujourd'hui très étendu, de ses compétences externes s'explique largement par l'originalité des solutions normatives de l'UE qui permet de leur conférer un caractère d'« exportabilité ». L'UE a su articuler les objectifs classiques du droit du contrôle des exportations d'armes avec le concept de sécurité humaine⁷⁰, dans une approche de sécurité globale pouvant être proposée à la communauté internationale et recueillir son adhésion.

Le code de conduite de l'UE adopté en 1998, puis la position commune de 2008, qui définissent de manière détaillée des critères communs, à la fois éthiques et de sécurité applicables aux politiques nationales d'exportations d'armements des États membres, constituent sans conteste un apport significatif à la transparence des exportations d'armements et à la promotion d'une convergence des politiques nationales, par l'intégration de critères de respect des droits de l'homme, du droit international humanitaire et de droit au développement.

L'UE a procédé en plusieurs temps, projetant son droit interne dans des cercles de plus en plus larges. Dans une première étape, elle a ouvert aux États tiers des instruments juridiques élaborés entre les États membres⁷¹. La dynamique suscitée par ces instruments novateurs a été importante car pas moins de 8 États se sont intégrés dans le processus⁷².

Le texte a ensuite servi de modèle à plusieurs codes régionaux : le Système d'intégration centraméricain a par exemple adopté en 2005 un code de conduite sur le transfert d'armes directement inspiré des critères définis par l'UE.

⁶⁹ Aux États-Unis, le contrôle des transferts d'armement et des BDU repose sur deux lois distinctes: le Arms Export Control Act (AECA) [1976] Pub.L. 90-629 et le Export Administration Act (EAA) [1979] Pub.L. 96-7. Deux règlements mettent en œuvre ces lois: l'International Traffic in Arms Regulations (ITAR) met en œuvre l'AECA (AECA Subchapter M, Parts 120-130) et l'Export Administration Régulation (Règlement sur l'administration des exportations / EAR) met en œuvre le EAA.

⁷⁰ *Voy. not. Human Security Now*, UN Commission on Human Security, New York: 2005.

⁷¹ Action commune 2008/230/PESC du conseil du 17 mars 2008 concernant le soutien d'activités de l'UE visant à promouvoir auprès des pays tiers le contrôle des exportations d'armements et les principes et critères du code de conduite de l'UE en matière d'exportation d'armements [2008] OJ L 75, p. 81.

⁷² Bosnie-et-Herzégovine, Canada, Croatie (avant son adhésion), Géorgie, Islande, République de Macédoine du Nord, Monténégro, Norvège.

Dans le domaine des biens à double usage, on peut également souligner qu'en référence au règlement de l'UE – spécifique par rapport au régime américain –, la clause *catch all* européenne⁷³ s'est progressivement érigée en modèle pour s'étendre au sein des régimes non contraignants de contrôle des exportations, en particulier du Groupe Australie⁷⁴. De nombreux États tiers bénéficient en outre de l'assistance de l'UE pour renforcer leurs contrôles relatifs à ces biens et technologies et introduisent de ce fait la clause *catch all* européenne dans leur législation.

L'initiative de l'UE des centres d'excellence pour la réduction des risques nucléaire, radiologique, biologique et chimique (NRBC), lancée en 2010, constitue une autre illustration de cette stratégie normative « proliférante »⁷⁵, qui favorise l'appropriation des normes européennes à d'autres niveaux⁷⁶. Il s'agit en l'espèce d'engager des États tiers à développer un plan d'action NRBC, « calqué sur le plan d'action de l'UE »⁷⁷ selon les termes mêmes de la Commission : le réseau des centres d'excellence NRBC est actuellement présent dans plus de 80 pays partenaires. La volonté d'attirer des États tiers est également visible dans le cadre du code de conduite de l'Union pour les activités menées dans l'espace extra-atmosphérique⁷⁸.

L'objectif du code était d'une part de conforter les conventions et instruments existants, mais aussi de codifier les bonnes pratiques développées au sein de l'UE, avec une insistance particulière sur les notifications et les consultations entre États. Le 29 mai 2012, le Conseil de l'UE avait adopté une décision⁷⁹ visant à soutenir la proposition de code de conduite international pour les activités menées dans l'espace extra-atmosphérique, permettant à l'UE d'entamer un processus diplomatique multilatéral de discussion et de négociation.

⁷³ Le règlement 1334/2000 du Conseil du 22 juin 2000 instituant un régime communautaire de contrôle des exportations de biens et technologies à double usage [2000] JO L 159/1 (modifié par le règlement 2021/821, *supra* note 37), a introduit une clause *catch all* qui permet à un État membre de s'opposer à l'exportation d'un produit non listé s'il y a un risque de prolifération.

⁷⁴ *Voy.* Listes communes (conférence à la The Australia Group), <https://australiagroup.net/fr/listescommunes.html> (publié le 20 juin 2024).

⁷⁵ La base juridique de l'Initiative est l'instrument de stabilité (Règlement CE 1717/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 novembre 2006 instituant un instrument de stabilité [2006] OJ L 327). *Voy.*: *Chemical, Biological, Radiological and Nuclear Risk Mitigation*, <http://www.cbrn-coe.eu> (publié le 20 juin 2024).

⁷⁶ Cour des comptes de l'UE, Rapport spécial sur l'initiative relative aux centres d'excellence CBRN de l'UE, 17/2014 L'initiative relative aux centres d'excellence CBRN de l'UE peut-elle contribuer efficacement à l'atténuation des risques chimiques, biologiques, radiologiques et nucléaires provenant de l'extérieur de l'UE ?, p. 8, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014SA0017> (publié le 20 juin 2024).

⁷⁷ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 24 juin 2009: sur le renforcement de la sécurité chimique, biologique, radiologique et nucléaire dans l'UE – un plan d'action de l'UE dans le domaine CBRN.

⁷⁸ *Voy. Supra.* Projet de code de conduite pour les activités menées dans l'espace extra-atmosphérique, Annexe II, *supra* note 37.

⁷⁹ Décision 2012/281/PESC du Conseil du 29 mai 2012 dans le cadre de la stratégie européenne de sécurité, visant à soutenir la proposition de code de conduite international pour les activités menées dans l'espace extra-atmosphérique, présentée par l'Union [2012] OJ L 140, p. 68.

L'ouverture des instruments régionaux à des États tiers, leur attractivité, constitue ainsi une démonstration de leur potentiel d'exemplarité lors de la négociation de normes universelles.

3.2. Les normes régionales, modèles de normes universelles

Le processus diplomatique tendant à proposer des solutions juridiques adoptées dans un cadre restreint dans les négociations de textes universels est actuellement poursuivi par plusieurs ententes régionales.

Déjà, dans le cadre de la préparation de la Conférence des NU sur les armes légères de 2001⁸⁰, de nombreuses organisations régionales voulaient influencer sur les négociations en proposant en modèle des textes adaptés à leurs priorités et dont l'application avait été éprouvée par une pratique locale. Pour l'Afrique, la Déclaration de Bamako de 2000⁸¹ traduisait une volonté forte de lutte contre la prolifération des armes légères sur le continent. De même, la Convention de l'OEA contre la fabrication illicite et le trafic d'armes à feu, de munitions, d'explosifs et d'autres matériels connexes⁸², fut utilisée comme modèle pour le Protocole des Nations Unies sur les armes à feu⁸³. La Ligue des États arabes a elle aussi obtenu l'incorporation de sa Position commune adoptée en 2001 dans le texte du PoA, mettant en exergue une approche globale des questions de désarmement et la spécificité de la situation de la région.

Dans le processus de négociation du TCA qui s'est ensuite développé, les modèles régionaux étaient en vive concurrence et l'UE n'a pas cédé sa volonté d'imposer son régime de contrôle des exportations d'armement. Considérant que l'originalité des solutions juridiques européennes leur conférait un caractère « d'exportabilité », le Conseil a positionné l'UE dès l'ouverture des négociations comme un acteur de référence⁸⁴.

La position de l'UE a consisté à soutenir la simple transposition au niveau universel des critères de sa position commune de 2008. Une décision relative au soutien de cette stratégie auprès des pays tiers a été adoptée dès 2009⁸⁵ et sa réalisation confiée

⁸⁰ Voy. Rapport de la Conférence des Nations Unies sur le commerce illicite des armes légères sous tous ses aspects New York, 9–20 juillet 2001, A/CONF.192/15.

⁸¹ Position commune africaine sur la prolifération, la circulation et le trafic illicites d'ALPC, UA, Bamako Declaration on an African Common Position on the Illicit Proliferation, Circulation and Trafficking of Small Arms and Light Weapons, 1 December 2000, <http://www.poa-iss.org/RegionalOrganizations/AU/Bamako%20Declaration.pdf> (publié le 20 juin 2024).

⁸² La convention a été ratifiée par tous les États membres de l'OEA, à l'exception des États-Unis, du Canada et de la Jamaïque. OEA, *Model Regulations for the Control of the International Movement of Firearms*, disponible à : https://www.oas.org/dsp/english/cpo_armas_claves.asp (publié le 20 juin 2024).

⁸³ Protocole contre la fabrication et le trafic illicite d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions adopté par l'AGNU en mai 2001, 2326 Recueil des Traités A-39574, additionnel à la Convention des NU contre la criminalité transnationale organisée, 2225 Recueil des Traités, I-39574.

⁸⁴ Conclusions du Conseil de l'UE de décembre 2006, juin et décembre 2007.

⁸⁵ Décision 2009/42/PESC du Conseil du 19 janvier 2009 concernant le soutien d'activités de l'UE visant à promouvoir auprès des pays tiers le processus d'élaboration d'un traité sur le commerce des armes, dans le cadre de la stratégie européenne de sécurité [2009] OJ L 17, p. 39.

à l'Institut des Nations unies pour la recherche sur le désarmement (UNIDIR) afin, selon les termes mêmes du représentant de l'UE aux NU, « d'éviter de donner l'impression que l'UE tente d'imposer les critères définis dans le code de conduite à d'autres membres des Nations unies »⁸⁶ !

Cette ambition a été largement couronnée de succès : le TCA est fondé sur des mécanismes dont certains reprennent à l'identique ceux de la position commune. L'article 6 impose aux parties de n'autoriser aucun transfert d'armes classiques si elles ont « connaissance, lors de l'autorisation, que ces biens pourraient servir à commettre un génocide, des crimes contre l'humanité, des violations graves des Conventions de Genève de 1949, des attaques dirigées contre des civils ou des biens de caractère civil et protégés comme tels, ou d'autres crimes de guerre ». Surtout, l'article 7 du TCA impose, dans les cas où une exportation n'est pas interdite sur la base de l'article 6, une évaluation de la compatibilité des exportations tenant compte de critères quasi identiques à ceux de la position commune de l'UE⁸⁷. Les deux textes établissent également une distinction entre le risque de violation des droits de l'homme définis par l'article 6 et la possibilité que le risque se réalise⁸⁸. La similarité entre les deux textes était d'ailleurs telle que les États membres de l'UE n'ont pas eu à modifier leur droit interne pour le mettre en conformité avec le TCA lors des processus de ratification.

Une autre illustration des stratégies normatives universelles des groupes régionaux peut être fournie par la politique juridique des États membres des zones exemptes d'armes nucléaires en matière d'interdiction générale et complète des armes nucléaires.

Les États membres des ZEAN, qui sont en effet conçues comme des mesures d'application régionale du droit du désarmement et de transition vers le désarmement nucléaire complet dont l'article VI du TNP impose la négociation⁸⁹, sont extrêmement actifs dans les négociations promouvant l'objectif abolitionniste.

Le TNP prévoit, dans son article VII, la possibilité pour des groupes d'États « de conclure des traités régionaux de façon à assurer l'absence totale d'armes nucléaires sur leurs territoires respectifs ». En 1975, l'AGNU a réaffirmé ce droit et la Cour Internationale de Justice, dans son avis de 1996 sur la licéité du recours aux armes nucléaires a consacré de longues analyses aux ZEAN. La déclaration finale adoptée à l'issue de la conférence d'examen du TNP de 2010 avait également affirmé que.

⁸⁶ Vers un traité sur le commerce des armes, Résolution du Parlement européen du 21 juin 2007 sur un traité sur le commerce des armes: établissement de normes internationales communes pour l'importation, l'exportation et le transfert d'armes classiques [2007] OJ C 146.

⁸⁷ Seul le critère de la compatibilité du montant du contrat avec le niveau de développement économique de l'État acheteur, dit «critère de développement durable», qui était soutenu par les ONG et qui figure dans la position commune de l'UE, n'a pas été retenu.

⁸⁸ Dans la position commune, il est question du «risque manifeste» qui oblige les États à refuser une exportation; dans le TCA, la «connaissance», lors de l'autorisation d'exportation, que ces armes ou ces biens «pourraient servir à commettre une telle violation» implique également le refus.

⁸⁹ «Chacune des Parties au Traité s'engage à poursuivre de bonne foi des négociations sur des mesures efficaces relatives à la cessation de la course aux armements nucléaires à une date rapprochée et au désarmement nucléaire, et sur un traité de désarmement général et complet sous un contrôle international strict et efficace».

la création de zones exemptes d'armes nucléaires internationalement reconnues, sur la base d'arrangements librement conclus entre les États de la région intéressée [...] renforce le régime de non-prolifération et concourt à la réalisation des objectifs du désarmement nucléaire⁹⁰.

La négociation par des groupes ou des États de zones exemptes d'armes nucléaires est donc une option s'inscrivant dans des stratégies plus larges visant à éliminer toutes les armes nucléaires. Ces zones ne peuvent supplanter des cadres ou instruments négociés qui s'appliquent au niveau mondial, comme le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires ou le TICE, mais elles permettent progressivement de limiter et faire perdre toute légitimité aux armes nucléaires au niveau régional et préfigurent le « désarmement général et complet » défini par l'AGNU, assorti de « la réduction équilibrée des forces armées et des armements classiques »⁹¹, qui figure à son ordre du jour de depuis plus de 50 ans⁹². Les États membres des ZEAN ont ainsi joué un rôle extrêmement actif dans le processus de négociation du Traité de 2017 d'interdiction des armes nucléaires. Les traités établissant des ZEAN ont constitué le modèle de ce texte, notamment pour les articles relatifs aux interdictions de possession, aux accords de garantie de l'AIEA ou encore au processus de démantèlement des armes nucléaires.

Dans un contexte de blocage des enceintes classiques de négociation du droit du désarmement, qui suscite des mutations de la diplomatie normative caractérisée par une prolifération d'initiatives, les organisations régionales fournissent un cadre stable aux discussions relatives à un développement cohérent du droit des armes.

Ces organisations bénéficient en effet à la fois d'une dynamique de sécurité interne, notamment pour celles réunissant d'anciens ennemis ou regroupant des États face à l'adversité, et d'une dynamique externe, grâce à l'établissement de liens organisés avec les organisations multilatérales.

La cohérence des modèles régionaux et universels est favorisée par une intégration du droit du désarmement au sein du système de sécurité collective, caractérisée par la perméabilité des principes, notamment en matière d'interdictions, de limitations, de vérification ou de contrôle des exportations. Ces synergies concourent à une fertilisation indiscutable du droit des armes, dans ses différentes dimensions d'interdiction, de limitation et de contrôle.

Les articulations entre le droit régional et international en matière de moyens de guerre confortent également les analyses relatives aux intégrations régionales envisagées comme des « laboratoires normatifs », des « modèles d'agencement des logiques régionales et universelles »⁹³, invitant à porter une attention particulière aux

⁹⁰ Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 12 décembre 2019, 74/48. Hémisphère Sud et zones adjacentes exemptes d'armes nucléaires, p. 2, A/RES/74/48.

⁹¹ Document final S-10/2, *supra* note 20, para. 22.

⁹² La première session extraordinaire de l'AGNU sur le désarmement (SSOD-I), en 1978, soulignait ainsi que « l'objectif ultime des efforts des États dans le processus de désarmement est le désarmement général et complet sous un contrôle international efficace ».

⁹³ M. Teló, *Relations internationales, Une perspective européenne*, Éditions de l'université de Bruxelles, Bruxelles: 2010, p. 176–186; M. Teló, *Europe: a Civilian Power?*, Palgrave Macmillan, London: 2006.

différents modes de propagation du droit et à l'extension du principe de subsidiarité à la sphère internationale.

Dans cette perspective, il n'est pas possible de ne pas mesurer la puissance normative de l'UE, dont la politique juridique tend à une « européanisation » du droit des armes⁹⁴. Que l'on recoure ou pas à la grille d'analyse controversée du *lawfare*, le constat est celui d'une stratégie normative de l'UE, affirmée, mais plus ou moins aboutie. L'organisation régionale travaille à la diffusion de ses normes, multiplie les tentatives de s'ériger en « référence » pour d'autres zones régionales, dans ce que Mario Telò qualifiait de « politique consciente de la régionalisation du monde ». Ce soutien à la pratique de la coopération régionale sur d'autres continents trouve néanmoins ses limites face à des organisations régionales qui développent leurs propres modèles, adaptés à leurs enjeux particuliers de sécurité.

Ces politiques juridiques de l'UE et des autres organisations régionales, malgré la dynamique indéniable qu'elles impriment au droit des armes, pâtiennent cependant toutes d'un contexte général de délitement d'une architecture du droit du désarmement ébranlée par des retraits successifs des États-Unis et de la Russie des traités bilatéraux et multilatéraux. L'approche régionale, si elle constitue un contrepoids nécessaire au jeu des deux partenaires historiques, n'en est pas moins inégale - l'Asie en étant largement absente - et instable - dépendante d'alliances à géométries variables -.

Comme le reconnaissait le représentant de l'UE devant le CSNU : « Il est difficile d'imposer des schémas rigides à toutes les zones du monde et la régionalisation ne doit pas affaiblir les accords de non-prolifération, de contrôle des armements ou de désarmement qui concernent plusieurs zones à la fois »⁹⁵.

⁹⁴ L'européanisation s'entend au sens d'une technique de création d'un système de gouvernance unique, hybride et interdépendant, dans lequel les autorités européennes et nationales interagissent pour mettre en œuvre tant le droit de l'Union que le droit national. Voy. G. Hardy, *L'européanisation de la surveillance bancaire*, Dalloz, Guadeloupe: 2021.

⁹⁵ CSNU, 6017e séance du mercredi 19 novembre 2008, à 15 heures, S/PV.6017.

CHALLENGED RECIPROCITY: THE GERMAN MINORITY IN POLAND AND THE POLISH MINORITY IN GERMANY

1. INTRODUCTION

The issue of minority protection has been a poisonous topic in German–Polish relations since the reconstitution of the Polish state in 1919. Ethnic Germans living in the former Prussian territories, but also in Germany, had severe difficulties accepting the fact that a sizeable German minority would have to live under Polish rule. The minority protection arrangements in the context of the 1919 peace treaties were quite asymmetrical, imposing obligations only on the “new states” created in the aftermath of world war I. The resulting tendency was to get rid of these arrangements. Even the shift to purely individual protection of fundamental rights after 1945 did not change the loaded character of minority issues. Even in the 1980s the issue of minorities remained a troublesome topic in German–Polish relations.

I still remember the heated discussions we had at the Heidelberg Max Planck Institute with Władek Czapliński, who had a longer stay in the second half of the 1980s as a Humboldt fellow at the Heidelberg Institute. It was obvious that the issue of a German minority in Poland brought back deep (and uncomfortable) memories.

This suddenly changed with the fall of the “iron curtain” and the resulting regime change in Poland (and the other Warsaw Pact countries). Both states, Germany and Poland, took the opportunity to form a new basis for their bilateral relations. This was much easier now than before 1990. The territorial issues had been finally settled: the 2+4 Treaty and the Polish–German Border Treaty, both from 1990, had put an ultimate end to all quarrels on the questions of territorial sovereignty.¹ Symbolic

¹ See J. Barcz, *The Polish–German Border in the Light of the 2+4 Treaty and the Polish–German Treaty on the Confirmation of the Border Between Them*, 41 Polish Yearbook of International Law 93 (2021), p. 93–104.

* Stefan Oeter – Professor of German and Comparative Public Law and Public International Law at the Law Faculty of the University of Hamburg and Managing Director of the Institute of International Affairs. He was Chairman of the Independent Committee of Experts of the European Charter for Regional or Minority Languages (Council of Europe), a member of the Scientific Advisory Board of the Federal Ministry of Transport and member of the Permanent Court of Arbitration at The Hague. ORCID: 0000-0002-3231-7905.

expression of such new foundations of German–Polish relations was the 1991 Polish–German Treaty on Good Neighbourly Relations and Friendly Co-operation.² This treaty serves as a starting point for the following reflections, since the 1991 Friendship Treaty was the first bilateral treaty between Germany and a Central European state dealing with minority issues.

2. THE 1991 FRIENDSHIP TREATY AND THE THORNY ISSUE OF WHAT CONSTITUTES A “MINORITY”

The provisions of the 1991 Friendship Treaty³ which address minority issues, Articles 20 to 22, and in particular Article 20(3), are designed in a very peculiar way. The introductory clause of the minority provisions, Article 20(1), works with an inherent distinction that seems miniscule, but has important implications in practice.⁴ The paragraph sets out in its first sentence:

Members of the German minority in the Republic of Poland, i.e., persons having Polish nationality who are of German origin or who affirm that they belong to the community of German language, culture or tradition, as well as persons having German nationality in the Federal Republic of Germany who are of Polish origin or affirm that they belong to the community of Polish language, culture or tradition, shall have the right, individually or in community with other members of their group, freely to express, to preserve and further to develop their ethnic, cultural, linguistic and religious identity, free from any attempts to assimilate them against their will.

The decisive part here is the distinction between “members of the German minority in the Republic of Poland” and “persons having German nationality in the Federal Republic of Germany who are of Polish origin or affirm that they belong to the community of Polish language, culture or tradition”. The difference at first seems marginal, since the subsequent passage of Article 20(1) of the Friendship Treaty accords the same rights to members of both groups. Does the wording make any formal difference? As the text will demonstrate, the differentiation in practice leads to severe consequences, to the detriment of the Polish community in Germany.

² Treaty between the Federal Republic of Germany and the Republic of Poland on Good Neighbourship and Friendly Cooperation (signed on 17 June 1991), 1708 UNTS 463 – English translation of the treaty (the two official versions are in German and Polish).

³ *Ibidem*, p. 502.

⁴ See also A. Kulick, *Minority Protection in German-Polish Relations – Historical Influence and Current Relevance*, 41 Polish Yearbook of International Law 63 (2021), p. 72, 74; G. Janusz, *Polen und Deutsche im Vertrag von 1991: Minderheit oder soziale Gruppe?*, in: M. Dahl, M. Lemańczyk, P.O. Loew, A. Łada-Konefal (eds.), *Von der Versöhnung zur Alltäglichkeit? 30 Jahre deutsch-polnische Nachbarschaft*, Harassowitz, Wiesbaden: 2022, p. 261–275.

Why did the German side insist so much upon this differentiation? The background is the continuous dispute on what constitutes a *minority*. No international instrument dealing with minorities and their protection contains a definition of the term.⁵ Accordingly, states have considerable leeway in what definition they adopt when interpreting the treaties. Most states in Europe, including Germany, adhere to a rather conservative version of the understanding of the term *minority*, with the definition established by Francesco Capotorti in 1979 as the primary reference point.⁶ But even this definition leaves lacunae. What is the required historical duration of their presence on the territory of the state concerned? Most European states insist that genuine minorities must have a historical presence for a very long time, at least one hundred years. This is exactly the point stressed by Germany with regard to the Polish community in Germany.⁷

As mentioned above, Articles 20–22 of the 1991 Friendship Treaty do not couple the definitional distinction with any difference in the standard of protection. Article 20(3) provides that members of both protected communities are entitled to speak their national language in public, to form organisations and societies, to practice their religion, to use their family names in foreign languages and to contact other members of their minority and any person living abroad. The two states undertook to support the activities of minorities and to permit them to establish schools and take part in the public life of their country. In Article 21 they added a set of further obligations, essentially a programmatic expression of their willingness to take positive measures in order to promote the culture and language of the minority groups. Most significant in this regard is the first sentence of Article 21(1): “The Contracting Parties shall protect the ethnic, cultural, linguistic and religious identity of the groups referred to in Article 20, paragraph 1, in their territories and shall create conditions for the promotion of this identity.” The wording of “shall protect” and “shall create the conditions” contain clear indications that the contracting states wanted to go beyond mere “negative rights”. The parties expanded these duties towards positive action in a catalogue of relevant measures in Article 21(2). Of particular importance is the first indent, directed towards educational measures of promotion, which states that they

endeavour to guarantee to members of the groups referred to in Article 20, paragraph 1, notwithstanding the necessity to learn the official language of the country in question, and in line with the applicable national laws, appropriate opportunities for teaching of their mother tongue or in their mother tongue in institutions of public education and also, wherever possible and necessary, for use of the mother tongue for official purposes.

⁵ See A. Kulick, *supra* note 4, p. 66.

⁶ See F. Capotorti, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, United Nations, Geneva: 1979, p. 96 in particular.

⁷ See W. Czachur, *Status and Potential of Polish-Speaking Community in Germany*, 19 Polish Quarterly of International Affairs 66 (2010), p. 68.

This obligation converges largely with the relevant provision in Article 14 of the Framework Convention on the Protection of National Minorities (FCNM),⁸ on teaching minority languages in public education, which was adopted four years later in 1995. The differentiation used in the first indent of Article 21(2) of the 1991 Friendship Treaty, namely “appropriate opportunities for teaching of their mother tongue or in their mother tongue”, also replicates a constructive design feature of Article 8 of the European Charter for Regional or Minority Languages (ECRML).⁹ The latter provision makes a decisive difference between “education in the relevant regional or minority languages” and providing “for the teaching of the relevant regional or minority languages as an integral part of the curriculum”: the first option refers to a mode of teaching where the minority language is used as medium of instruction, whereas in the second option the language is only taught as a subject in school.

3. THE GERMAN MINORITY IN POLAND

On the surface, the German minority in Poland seems to be a rather easy case. With the 1991 Treaty, Poland has recognised the existence of a German minority on its territory and has accepted a number of obligations intended to secure respect for the traditions of the community and to protect and promote their language and culture. The German minority constitutes by far the largest minority community in Poland.¹⁰ In its first State Report under the FCNM from 2002, the Polish authorities estimated the size of the German minority at some 300,000–500,000 members, which was roughly similar to the estimates of the group itself. The official census of 2002 then brought much lower numbers, which is a typical effect of official census surveys in very fluid situations of ethnic belonging and identity. In 2002, roughly 150,000 people declared their belonging to the German minority.¹¹ The overall size of the minority seems to be rather stable over time: in the 2012 census the number remained a bit below 145,000.¹² This number of members is only a small remnant of the once very sizeable German population of the Eastern territories of Germany, such as Silesia, Pomerania or Eastern Prussia. Millions of ethnic Germans either fled in 1945 before the arrival of the Red Army or were deported between 1945–1949

⁸ Framework Convention for the Protection of National Minorities, 1 February 1995, ETS 157.

⁹ European Charter for Regional or Minority Languages, 5 November 1995, ETS 158.

¹⁰ See G. Janusz, *The Status of National Minorities in Poland*, in: S. Spiliopoulou Åkermark, L. Huss, S. Oeter, A. S. Spiliopoulou Åkermark, A. Walker (eds.), *International Obligations and National Debates: Minorities around the Baltic Sea*, The Åland Islands Peace Institute, Mariehamn: 2006, p. 454.

¹¹ See The 2nd state report of Poland under the FCNM submitted on 8 November 2007, p. 9, <https://www.coe.int/en/web/minorities/Poland> (accessed 30 March 2024).

¹² See The 4th state report of Poland under the FCNM submitted on 9 April 2019, p. 8–9, <https://www.coe.int/en/web/minorities/Poland> (accessed 30 March 2024).

by the Polish authorities.¹³ What remained of the historical populations of these territories were by and large the “hybrid” groups with a regional culture and tradition combining Polish and German elements, and with a Slavic language spoken at home, such as Kashubians, Masurians and Upper Silesians. The minority members with a personal allegiance to German culture then started to migrate to Western Germany from the 1960s onwards.¹⁴ The sole historical population of that type remaining in their ancestral territory were the Upper Silesians, which today form the backbone of the German minority in Poland. One can easily see this if one looks to the geographical distribution of the German minority in Poland – some 105,000 of them reside in Opolskie Voivodship and some 30,000 are in the neighbouring parts of Śląskie Voivodship, in particular in and around Racibórz. Together they comprise 90% of the German minority.¹⁵

Only a segment of those identifying as part of the German community speak German at home (or master German at all). Whereas in the 2002 census nearly 200,000 persons declared using German at home,¹⁶ this number dropped in the 2012 census to a bit less than 100,000.¹⁷ The shrinking number of German speakers is partly due to the ageing of the minority population – only with those people starting school in the 1990s or later did a new generation of minority members start to develop German language skills. This linguistic situation points to the importance of German-language education at school. Germany and Poland were aware of the challenge, which can be clearly seen from Article 21(2) of the 1991 Treaty of Friendship, where the parties agreed that they should “endeavour to guarantee” to members of the minority “appropriate opportunities for teaching of their mother tongue or in their mother tongue in institutions of public education”. But what does this mean in practice? As a result of the education legislation of the early 1990s, the factual ban on the use of German in education in Upper Silesia was lifted and a network of school institutions was created throughout the territory inhabited by the German minority where children could take classes in German as a second language; in some (rare) cases, schools offered classes where German was used as a means of instruction.¹⁸ “Teaching of” German always remained the dominant model, with forms of bilingual education being rare exceptions. In principle, there is no reason to criticise the Polish authorities for relying mostly on the “teaching of” model, since in most families of autochthonous Upper Silesians, German had never been the language spoken at home, and even less

¹³ See K. Cordell, *Memory, Identity and Poland's German Minority*, 27 (4) German Politics and Society 1 (2009), p. 7–8.

¹⁴ See *ibidem*, p. 9–11.

¹⁵ See The 2nd state report of Poland, *supra* note 11, p. 21.

¹⁶ See *ibidem*, p. 9.

¹⁷ See The 4th state report of Poland, *supra* note 12, p. 9.

¹⁸ See G. Bartodziej, Über die Lage der deutschen Minderheiten in der Republik Polen und der Tschechischen Republik, in: D. Blumenwitz, G. Gornig, D. Murswiek (eds.), *Minderheiten und Menschenrechte*, Duncker & Humblot, Berlin: 2006, p. 92–95.

so during communist times, which meant that German was not the mother tongue of the children. The children first had to learn German as a second language before being able to participate in German-language classes.

The numbers given in the Polish state reports under the FCNM and the ECRML are impressive. Teaching of German was reported in 1990 to be offered in 184 primary schools, and the number of children receiving such education was rising throughout the 1990s, along with the number of the school institutions offering minority-language education.¹⁹ The centre of gravity clearly was in the Opolskie Voivodeship. The first state report of Poland under the FCNM reports a total of 31,365 students receiving German minority-language education in the 2000/2001 school year, with 345 institutions offering such education. The second state report notes 406 educational institutions and 36,462 students for the 2005/2006 school year.²⁰ The numbers are disaggregated in the third state report under the FCNM, reporting (for the 2011/2012 school year) 297 primary schools with additional instruction of German as a minority language (and two bilingual primary schools), 83 lower-secondary schools teaching German as a minority language (and one bilingual lower-secondary school) and two upper-secondary schools doing so.²¹ The numbers of students by type of school in the same report are telling as far as the age distribution of German minority-language education is concerned: there were 24,916 children attending primary schools with additional German instruction (and 160 in bilingual elementary schools), 5,575 in lower-secondary schools (67 in bilingual lower-secondary schools) and 44 students in upper-secondary schools with additional teaching of German as minority language.²² This indicates a significant asymmetry in the distribution of minority-language education over different stages of education, where the vast majority of children from the minority receives German classes only during primary school; the numbers drop dramatically when the shift to lower-secondary education happens and only a tiny number still learn German in upper-secondary school. In addition, bilingual education models play only a marginal role.

These findings point to a severe problem. Most of the teaching of German as a minority language takes place at the primary-school level, limited to teaching German as a second language. The number of pupils in lower-secondary education are roughly a quarter those in primary education, whilst the number of students in upper-secondary education is minimal. Some teaching of German as a second language – usually three hours a week, and only during primary education – is far too limited to achieve the degree of consolidated bilingualism that minority protection is striving for as a goal. To improve linguistic capabilities in the minority language would require a much more ambitious effort, starting in preschool education – ide-

¹⁹ See *ibidem*, p. 94.

²⁰ See The second state report of Poland, *supra* note 11, p. 83.

²¹ See The 3rd state report of Poland under the FCNM submitted on 13 December 2012, p. 116, <https://www.coe.int/en/web/minorities/Poland> (accessed 30 March 2024).

²² See *ibidem*, p. 117.

ally with immersion models – and continuing through primary education to models of bilingual education in lower- and upper-secondary education.²³

An additional problem has come up in recent years. Preschool and primary education are within the purview of municipal authorities. The Polish government cannot directly legislate minority language education at these levels of education; it can only indirectly induce municipalities to invest in enlarging and improving minority language education in their schools. This is done by a scheme of additional subsidies paid to local authorities to cover the additional expenses of minority language education. The subsidies depend on the number of pupils enrolled in minority language education – a scheme that in practice encourages schools to limit the number of pupils attending minority language education.²⁴ These intricacies already severely hamper the system of minority language education. However, the PiS-led government added another limiting move in early 2022.²⁵ In the budget bill for 2022, a drastic reduction of the subsidies for minority language education was foreseen. The step created quite an uproar throughout all minority circles. In a new ordinance of the Minister of Education published in February 2022, the Ministry regulated that the number of hours dedicated to minority language teaching in the case of German would be reduced from three hours to one hour per week. This is a dramatic worsening of the arrangement: one hour per week destroys any serious pattern of language education and reduces the teaching of German to a mere symbolic token.

4. THE POLISH COMMUNITY IN GERMANY

Unfortunately, the state of implementation on the German side does not look much better. With its restrictive understanding of what constitutes a protected minority, the German state is essentially negating any legal basis for granting the Polish language (and the Polish community) a protected status.²⁶ In consequence, Germany in practice has not taken any serious measures for protecting and promoting Polish as a language. The Advisory Committee, having raised the issue with the German authorities during its third monitoring cycle, noted in its fourth Opinion of 2015 that the federal authorities “deem that citizens of Polish origin in Germany do not

²³ See also Advisory Committee for the FCNM, Thematic Commentary No. 1: Education of 2006, <https://www.coe.int/en/web/minorities/thematic-commentaries-of-the-advisory-committee> (accessed 30 March 2024), p. 25–28.

²⁴ See the 1st monitoring report of the Committee of Experts on the application of the Charter in Poland submitted on 5 May 2011, p. 26, para. 131, [https://www.coe.int/en/web/european-charter-regional-or-minority-languages/reports-and-recommendations#{%2228993157%22:\[15\]}](https://www.coe.int/en/web/european-charter-regional-or-minority-languages/reports-and-recommendations#{%2228993157%22:[15]}) (accessed 30 March 2024).

²⁵ See M. Mazurkiewicz, *ECMI Minorities Blog: German Minority as Hostage and Victim of Populist Politics in Poland*, <https://www.ecmi.de/infochannel/detail/ecmi-minorities-blog-german-minority-as-hostage-and-victim-of-populist-politics-in-poland> (accessed 30 March 2024).

²⁶ See also A. Kaluza, *Zum Minderheitenstatus der polnischsprachigen Migranten in Deutschland*, 98 *Polen-Analysen* (2011), p. 2.

fulfil the criteria for recognition as a national minority in Germany, as they are not traditionally resident in Germany and do not live in traditional settlement areas.”²⁷

The second point mentioned here is certainly true: The traditional settlement areas of the Prussian population “of Polish language, culture and tradition” are no longer in German territory. But does that really mean that German citizens of Polish origin “do not fulfil the criteria for recognition as a national minority in Germany, as they are not traditionally resident in Germany”? The issue is more complex than the federal authorities admit. During the second half of the 19th century and continuing until the First World War, there was a mass migration from the (ethnically Polish) territories at the eastern periphery of Prussia to the rapidly developing industrial centres of the Ruhr area and the industrial towns around Hamburg and to Berlin. This was a purely internal migration in terms of territorial statehood – the migrants were Prussian citizens and migrated to other parts of Prussia. As a result, the population of the Ruhr area in the early 20th century comprised more than 300,000 inhabitants of (ethnically) Polish origin; these groups of migrant labourers often tended to settle down in close-knit communities and formed a social space with a dense network of Polish associations, choirs and sports clubs.²⁸ The suppression of the Polish community during the Nazi years did not mean, however, that Polish language and culture had disappeared in Germany. During the war, masses of forced labourers from Poland were brought to Germany, and quite a number of them ended up as “Displaced Persons” (DPs) in Germany at the end of the war. A significant portion of these DPs were integrated into German society. Further waves of people of Polish origin continued in subsequent decades to migrate to Germany, mostly from the late 1950s onwards, with a peak in the 1980s: the so-called “Aussiedler” and later “Spätaussiedler”.²⁹ Although formally German by citizenship, they often did not speak German, but only the local (Slavic) dialect of their place of origin – and standard Polish. Not all of them felt “German” in a national and cultural sense and assimilated quickly; some of them kept close ties with Poland (and the relatives and friends still living there) and were clinging to Polish culture and traditions.³⁰ As a result, the Polonia in Germany is very heterogeneous in its composition. But does this really mean that the Polish community has no traditional presence in the Federal Republic? I doubt this. For at least 150 years, there has always existed a community of Polish language, culture or tradition in Western Germany, and this community

²⁷ See Advisory Committee for the FCNM, 4th Opinion on Germany, adopted on 19 March 2015, p. 7, para. 15. <https://www.coe.int/en/web/minorities/Poland> (accessed 30 March 2024).

²⁸ See K. Cordell, *The Polish Minority in Germany: Marginal or Marginalised?*, in: A. Udrea, D. Smith and K. Cordell (eds.), *Poland's Kin-State Policies: Opportunities and Challenges*, Routledge, Abingdon: 2022, p. 86; see also B. Brehmer, G. Mehlhorn, *Die polnischsprachige Minderheit*, in: R. Beyer, A. Plewnia (eds.), *Handbuch der Sprachminderheiten in Deutschland*, Narr Francke Attempto, Tübingen: 2020, p. 393.

²⁹ See K. Cordell, *supra* note 28, p. 88; W. Czachur, *supra* note 7, p. 68.

³⁰ See also B. Brehmer, G. Mehlhorn, *supra* note 28, p. 403.

has had a very visible and vivid cultural and social life throughout these one and a half centuries, only interrupted between 1933 and 1945.

Another aspect is even more striking. When negotiating the 1991 Friendship Treaty, Germany and Poland agreed that the differences in status should not hamper the protection and promotion of members of both groups. Article 20(3) of the Treaty provides that members of both groups are entitled to speak their national language in public, to form organisations and societies, to practice their religion, to use their family names in foreign languages and to contact other members of their minority and any person living abroad. The two states took obligations to support the activities of both communities and to permit them to establish schools and take part in the public life of their country. In addition, they provided in Article 21(2) an obligation to

endeavour to guarantee to members of the groups referred to in Article 20, paragraph 1, notwithstanding the necessity to learn the official language of the country in question, and in line with the applicable national laws, appropriate opportunities for teaching of their mother tongue or in their mother tongue in institutions of public education and also, wherever possible and necessary, for use of the mother tongue for official purposes.

What about Germany's implementation of this obligation? To state it bluntly, Germany has not made much serious effort in practice to guarantee members of the Polish community "appropriate opportunities for teaching of" Polish.³¹ The Polish community in Germany has consistently complained that the support, in particular for Polish-language teaching, is too scarce and depends on regional or local circumstances. A stronghold of teaching Polish in public education are the three states (*Länder*) bordering Poland, i.e. Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg and Sachsen, mostly due to the recent migration of Polish families across the border. Another stronghold is Berlin, where a number of schools offer Polish as a second language. A further centre of gravity is Northrhine-Westfalia. From the approximately 11,000 children – according to official statistics – who are taught Polish as a second language, a bit more than 4,500 go to school in Northrhine-Westfalia.³² In most *Länder* there is no teaching of Polish in public education at all. This overall picture is striking if one bears in mind the estimated 2.1 million people belonging to the Polonia in Germany.³³ Given the overall size of the Polish-origin community, the 11,000 children receiving Polish language education seems quite low. A systematic offer of classes where Polish is taught as a second language would help enormously to preserve the Polish linguistic and cultural legacy. In essence, Article 21(2) of the 1991 Friendship Treaty states that Germany undertakes to grant such teaching of Polish in all places where there is a significant number of speakers.

³¹ See A. Kaluza, *supra* note 26, p. 7.

³² See B. Brehmer, G. Mehlhorn, *supra* note 28, p. 397.

³³ *Ibidem*, p. 392. The number is disputed – see A. Kaluza, *supra* note 26, p. 6.

5. CONCLUDING REMARKS: RECIPROCITY IN NEGLECT

When Germany and Poland concluded the bilateral Treaty on Good Neighbourly Relations and Friendly Co-operation in 1991, it was a symbol of a new beginning in bilateral relations and a sign of hope for the German minority in Poland and the Polish community in Germany. Both were expecting that their situation would gradually improve. For the Polish diaspora in Germany, which is a quite large, but also very heterogeneous community, the hopes were never realised. Their demands and needs were largely ignored by the authorities of the *Länder*, thus systematically disregarding the obligations under the 1991 Friendship Treaty.

On the other side, the German minority in Poland were also gradually disappointed. In the early 1990s it was off to a fabulous start: suddenly the Polish state was willing to make educational arrangements where German was taught in public schools, and in some municipalities German was allowed in communication with authorities and there were even bilingual place names. Political participation experienced a miraculous peak, with political victories that gave the German minority a sizeable representation in the national Sejm, Voivodship Sejms, district councils and municipal councils. But later on, these political gains dwindled, and the education system proved to be stuck in a structure which was not fully serving the needs. The ratification of the Framework Convention at the end of 2000, and even more the ratification of the European Charter for Regional or Minority Languages in early 2009, raised new hopes. The Polish state, however, never made any effort to live up to the aspirations codified in legal obligations under the Language Charter. On the contrary, the PiS-led government elected in 2015 soon started to play dirty games with the German minority, ending up in a drastic cutting of the hours of German classes in schools.

In other words, both sides have demonstrated a fatal disrespect of their obligations under the 1991 Friendship Treaty and the treaty regimes of the FCNM and the ECRML. Looking back into the history of the last three decades, characterised by the (non-)implementation of the treaty obligations, one gets an image of a strange reciprocity of neglect. Neither side really cares about its obligations. Perhaps it would be time for a new start, a start where both Germany and Poland look into their deplorable record of disregard of their international legal obligations, then start a discussion of how to live up to their promises made in the 1991 Treaty on Good Neighbourly Relations and Friendly Co-operation.

POLISH-GERMAN ENCOUNTERS

My first encounter with the young Dr Władysław Czapliński was memorable: I met him as a young assistant in the early 1990s at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law in Heidelberg. We met in the hallways, at lunch and at the notorious “*Referentenbesprechung*” every Monday evening. There was a strict regiment in the institute, including the fact that a library employee once cleared the reading room for the usual (compulsory) lunch break in a cutting tone of command. Władysław Czapliński commented on this in a booming voice: “A tone like the Nazis!” This little incident reminded me of a colleague from Scotland opining that “this Institute is run like a military camp!” It is always the outsiders, the visiting scientists, who sense what is wrong and get to the heart of the matter.

Many years later, Władysław Czapliński suggested that I become the first foreign research professor at the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences (ILS PAS). I actually started working at the Academy in February 2013, was a full professor from January 2014 to April 2016 and was appointed a full member of the Scientific Council. It was now up to me to observe things from the outside and contribute from a different perspective. It was a daring experiment. I commuted from Saarbrücken to Warsaw and regularly took part in meetings and votes where I didn’t understand the language. However, this was no problem at all for my Polish colleagues. There was always someone sitting next to me who would tirelessly prompt me in English, explain the background or fill in forms with me. The friendliness and helpfulness of my colleagues, the welcoming culture at ILS PAS, was unparalleled. I wondered whether Polish scientists could ever have such experiences in Germany.

As part of the Polish Academy of Sciences, the Institute of Law Studies is housed in one of Warsaw’s most striking city palaces, Pałac Staszica. Fittingly, it stands perpendicular to the surrounding houses along Nowy Świat (New World) Street, with the monument to Nicolaus Copernicus, who placed the sun at the centre of the universe, in front of it. Inside, there are magnificent 19th-century halls, but also dreary side staircases and functional rooms with somewhat dated furniture. Scientists only come

* Dagmar Richter – Associate Professor of German and Foreign Public Law, International Law and Constitutional History of the Modern Era (University of Heidelberg / University of the Saarland).

together at the Academy to discuss doctorates, habilitations and academic matters and to hold scientific conferences. Their actual research takes place elsewhere. The library was relatively modest.

Those coming from outside, however, were greeted by a special atmosphere made up of many facets: historical rooms, splendour and decay, a late touch of socialism, young and old (an astonishing number of very old scholars), but above all personalities who embodied the European educated citizenry in its purest form. They were not just scientists, but art collectors, opera experts, polyglots, *litterati* and public figures. My prompters also told me who among those present was close to the political party PiS, whereupon I came to realise a certain correlation between this and the haircut and style of dress of the people concerned. The rift in Polish society had reached the Academy. Though the attacks on the Constitutional Court or laws against pregnant women were not an official topic, they were present in all corridors through members of the Institute who were voices of the open society (impressive among many others was Prof. Ewa Łętowska). I experienced two different Polish societies.

It was a time of intensive scientific cooperation. We held conferences and book projects in which colleagues from ILS PAS, other Polish universities and German universities participated. We brought together the networks surrounding us from both countries. I suggested using English as a lingua franca. But in the joint projects with universities from Germany, the Polish side interestingly insisted on using German.¹ It felt somehow inappropriate to me. For my Polish colleagues, however, it was simply about convenience in a broader framework of cultural openness.

The Academy followed the practice of keeping score of the productivity of its members in each department. There were fixed point values for all sorts of things, but the determination of the point values remained, shall we say, ominous. A publication in, for example, the *German Yearbook of International Law* counted for next to nothing, whereas a publication in the *Polish Yearbook of International Law* counted for much more. No-one could escape the magic of metric impact factors. It created the appearance of mathematical measurability, Anglo-American standards and the final end of the Communist Party. I learned that it was not only the number of pages and the amount of academic activity that mattered ("publish or perish"), but that I had to publish my essays in the *Polish Yearbook* (not in the *German Yearbook*) in order to achieve the highest possible number of points. I still wonder today what it would be like if publicly paid scientists simply had to justify what new things they had developed or what benefits they had generated.

A particular focus lay on the field of international law. Professor Władysław Czapliński worked here with a group of talented young academics, most of whom

¹ E.g. C.D. Classen, B. Łukańko, D. Richter (eds.), *Sexuelle Orientierung als Diskriminierungsgrund*, Mohr Siebeck, Tübingen: 2016; C.D. Classen, B. Łukańko, D. Richter (eds.), *Diskriminierung aufgrund der Gesundheit in alternden Gesellschaften – Deutschland und Polen vor neuen Herausforderungen*, BWV, Berlin: 2015.

had already gained experience abroad and strengthened the cosmopolitan Atlantic-European faction at the Institute. Roman Wieruszewski, who embodied the connection to the Poznań Human Rights Centre, was also active here, which in turn led to connections between me and the Poznań Centre.

The cooperation between the Institute's international law experts and the Centre for Polish-Russian Dialogue and Understanding also played an important role. For me as a German researcher at the Institute, it was really "cool" to become part of the Polish side of a dialogue with Russia. At the Warsaw conference called "The Case of Crimea in the Light of International Law" in March 2015, self-critical voices from Russia could still be heard, but these were soon to fall silent. During subsequent lecture tours to Odessa and Vilnius together with Władysław Czapliński and colleagues from the Centre, the Russian side of the dialogue was already missing, some Polish colleagues were banned from entering Russia and the Understanding was close to an end. But it was not until July 2022 that the Centre was formally transformed into the Mieroszewski Centre. Only on the surface the failed dialogue project seems to reveal that there were also misconceptions in Poland about the possibility of good relations with Russia. But it was actually different, because the dialogue was aimed at the open Russian (scientific) society – or rather its remnants. Since the annexation of Crimea at the latest, it was fully evident to our Polish colleagues that Russia was threatening further attacks and that Germany was on a dangerous track with "Nord Stream 2". In terms of international law, we were unanimous in our assessment of Russia's aggression against Ukraine, which began in 2014.² However, there were different perceptions on the Polish and German sides about the future with Russia, both in politics and in academia. The deeper reason may lie in the fact that Poland was historically a victim nation in its relationship with Russia, whilst Germany was a perpetrator nation. We did not come from the same starting position.

In international law projects at the Institute, it was noticeable how important historical decisions were for the arguments of Polish colleagues. In the German academic community, it was common to ask, "Has international law already developed?" In the Polish community, the main question was, "What have international court decisions said about this problem?" Professor Władysław Czapliński liked to describe himself as a representative of "classical international law" when we disagreed. Time and again he elicited insights from the decisions of the Permanent Court of International Justice from the League of Nations era, for instance, that one would not have expected there. Putting our different approaches together always made things interesting.

I experienced Professor Władysław Czapliński as a charismatic director of the institute, who was able to see the larger implications, broke new ground and stood up to

² Cf. W. Czapliński, S. Dębski, R. Tarnogórski, K. Wierczyńska (eds.), *The Case of Crimea's Annexation Under International Law*, Scholar Publishing House, Centre for Polish-Russian Dialogue and Understanding, Warsaw: 2019; D. Richter, *Illegal States?*, in: W. Czapliński, A. Kleczkowska (eds.), *Unrecognized Subjects in International Law*, Scholar Publishing House, Warsaw: 2019, p. 32–33.

failures and disappointments with his boundless optimism. Many things ended with his departure from the directorship of the Institute, including the German-Polish experiment. But the work with him bore fruit in many ways and, in my case, brought the neighbouring country out of the fog of the unknown East into the focus of interest.

Sto lat, niech żyje nam!

RECOGNITION DOCTRINE'S UNACKNOWLEDGED CENTRALITY TO THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER

1. INTRODUCTION

The international legal order's coherence depends on its capacity to ascertain the legal status of any given actor purporting to assert rights, incur obligations, confer immunities or exercise powers in the name of a bearer of international legal personality. However, the centrality of the recognition of states and governments in the international legal project has rarely been fully appreciated.¹

Recognition of a state has typically been dismissed as merely confirmatory of an objective reality, based on the orthodoxy established in the oft-quoted 1933 Montevideo Convention on the Rights and Duties of States that "the political existence of the state is independent of recognition by the other states."² Recognition of a state's government has been disparaged even more severely, as in addition to being perceived as lacking legal significance, it has been regarded as a presumptuous passing of judgment on the legitimacy of political processes internal to states, and thus as an affront to the principle of sovereign equality.³

¹ One of the leading scholars who has appreciated the pivotal role of recognition practice in the resolution of international controversies has been Władysław Czapliński, who served as Chair of the International Law Association's Committee on Recognition / Non-Recognition throughout its existence, from 2009 to 2018.

² Art. 3 Montevideo Convention on the Rights and Duties of States (adopted 26 December 1933, entered into force 26 December 1934), 165 LNTS 20.

³ Thus, in 1930, the Mexican government famously "discontinu[ed] the practice of issuing grants of recognition, since that nation considers that such a course is an insulting practice and one which, in addition to the fact that it offends the sovereignty of other nations, implies that judgement of some sort may be passed upon the internal affairs of those nations by other governments, inasmuch as the latter assume, in effect, an attitude of criticism when they decide, favourably or unfavourably, as to the legal qualifications of foreign regimes." *Boletín Oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores*, [Declaration of Señor Don Genaro Estrada], 25 American Journal of International Law Supplement 203 (1931).

* Brad R. Roth – Professor of Political Science and Law, Wayne State University, Detroit, Michigan, USA. From 2010 to 2018, He served as one of three American Branch representatives to the International Law Association's Committee on Recognition / Non-Recognition under the leadership of Professor Władysław Czapliński. ORCID: 0000-0002-3572-0310.

Textbooks on international law thus tend to treat recognition in a discrete chapter that effectively disconnects this subject from other international legal questions. That chapter invariably features a repetition of standard language about the historically competing “constitutive” and “declaratory” theories of recognition, concluding that the latter has prevailed, and thus treating recognition as a discretionary, express affirmation of a pre-existing legal fact. The chapter may then go on to report secession controversies where some minority of states have recognised an entity seeking sovereign independence, to no particular effect and possibly in breach of an international obligation to respect the pre-existing state’s territorial integrity. The chapter may add a brief discussion of recognition of governments as presenting essentially a political rather a legal question, completing the overall portrayal of recognition as a boutique topic.

The traditional approach to the topic begins the inquiry from the wrong place, asks the wrong questions and ends up drawing conclusions that are largely irrelevant to the operation of the international legal order. Instead of asking “What is recognition?” and then going on to ask “What are its legal effects?”, one ought to begin by identifying the legal questions that need to be answered in order to apply international legal norms in respect of a given territorial entity and its purported representatives. The answers to those questions will put the focus not on the express acts that comprise “recognition” in the traditional lexicon, but on the means by which the international community of states, albeit decentralised, manages authoritatively to attribute legal properties to specified actors (and to withhold such attribution from others). What is needed, in short, is a study of state practice and *opinio juris* as applied to ascriptions of legal status in any given case, whether or not the practice includes the express affirmations traditionally qualifying as “recognition”.

2. STATES AND GOVERNMENTS – RECOGNISED, UNRECOGNISED, AND NON-RECOGNISED

For the purposes of international law, a state is essentially a juridical rather than an empirical entity: an acknowledged bearer of the rights, obligations, powers and immunities unique to membership in a system of juridical co-equals.⁴ Although legal doctrine associates statehood with a set of empirical indicia, statehood is ultimately a status – one that may or may not be ascribed in relation to a given set of facts.

⁴ W. Czapliński identifies international legal personality with the possession of four elements: “a treaty-making power (often referred to as *jus tractatum*), a right to send and receive diplomatic envoys (*jus legationis*), a right to present claims based on international responsibility, and a right to use armed force” – W. Czapliński, *Recognition and International Legal Personality of Non-State Actors*, 2016 Pecs Journal of International & European Law 7 (2016), p. 8. Whatever further attributes might be posited as unique to the international legal personality of states, e.g. W. Czapliński, *Palestine v. US before the International Court of Justice*, 8 Polish Review of International & European Law 47 (2019), p. 50 (adding *inter alia* “immunities of the State and its officials” and rights to

This conceptual essence of statehood is obfuscated by the endlessly repeated Montevideo Convention bromide that “the state as a person of international law should possess the following qualifications: (a) a permanent population; (b) a defined territory; (c) government; and (d) capacity to enter into relations with the other states” (Article 1). Undoubtedly, the typical state possesses these qualities. Yet were these criteria to represent the necessary and sufficient conditions of statehood, it would follow that statehood status is accorded to every populated territorial unit under the effective control of an independent government, and gives way whenever and to whatever extent governmental control over territory becomes fragmented or dissipates for any substantial period. International legal practice is frequently to the contrary: states come into existence without fulfilling the criteria (e.g. the Democratic Republic of the Congo in 1960, Angola in 1975, Croatia in 1991, or Bosnia-Herzegovina in 1992), and persist intact where centralised governance ceases to prevail for prolonged periods (e.g. Lebanon after 1975 or Somalia after 1991). Longtime self-governing territorial entities may fail to be accorded statehood status (e.g. Somaliland or Taiwan). Moreover, entities are authoritatively denied statehood status where they are deemed to have been illegally created (e.g. Rhodesia, the Turkish Republic of Northern Cyprus, the Bosnian Serb Republic or Abkhazia), and illegally occupied territory continues to be regarded as part of the invaded state (e.g. Crimea as part of Ukraine).⁵

Legal doctrine can account for all these developments, but it cannot mechanistically determine the conferral *vel non* of legal status on empirical realities (even putting aside the need for an authoritative arbiter of contested empirical realities). The “existence” at issue is not that of facts on the ground, but rather of a package of rights, obligations, powers and immunities.⁶ And logical deduction from established fact cannot alone establish this existence.⁷ The status’ existence consists precisely of other members of the international community of states interacting with the entity in consideration of the legal properties unique to the status. Thus, for example, statehood entails the immunity of the entity’s head of state from the municipal legal processes of a foreign state – an immunity denied by a United States court to the President of the Bosnian

non-intervention in internal affairs and collective self-defence), what is at issue is the presence *vel non* of a specific package of legal properties.

⁵ E.g. W. Czapliński, *The Crimean Crisis and the Polish Practice on Non-Recognition*, 1 Questions of International Law 73 (2014), p. 77 (“no State can be created in violation of the right to self-determination, nor by the use or threat of force, in particular by the third States that are supporting the possible territorial changes”).

⁶ E.g. C. Ryngaert, S. Sobrie, *Recognition of States: International Law or Realpolitik: The Practice of Recognition in the Wake of Kosovo, South Ossetia, and Abkhazia*, 24 Leiden Journal of International Law 467 (2011), p. 470 (the “idea of ‘statehood as a fact’ seems to confuse facts with law – *ex factis jus non oritur*”).

⁷ As an earlier era’s systematic scholar of recognition, Sir Hersch Lauterpacht, discerned: “The full international personality of rising communities [...] cannot be automatic [...] as its ascertainment requires the prior determination of fact and law, there must be *someone* to perform that task. In the absence of a preferable solution, such as the setting up of an impartial international organ to perform that function, the latter must be fulfilled by States already existing. The valid objection is not against the fact of their discharging it, but against their carrying it out as a matter of arbitrary policy as distinguished from legal duty.” – H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge: 1947, p. 55.

Serb entity.⁸ Even were an entity objectively to fulfil statehood's doctrinal requisites, were it nonetheless to find its rights, obligations, powers and immunities treated system-wide as nullities, it could not plausibly be regarded as a state for purposes of international law.

The ineluctable conclusion, then, is that where some sufficient critical mass of the international community's co-equal members constructively affirms the entity's legal properties – whether expressly or tacitly – that affirmation “constitutes” rather than merely “declares” the entity's status as a state. This manifestation of *opinio juris* can be distinguished from “recognition”, as historically defined in terms of overt acts such as (i) a declaration of recognition directed at the global diplomatic community, (ii) a certification of recognition directed at municipal courts, (iii) the opening of full diplomatic relations or (iv) a vote in favour of the entity's admission to an international organisation for which full sovereign status is understood to be a requisite. Recognition in that traditional sense is not a necessary condition of legal acknowledgment,⁹ even if it is almost always a sufficient condition of it.

The relationship of a state to its government is that of principal to agent. Abstractly, the state's legal authority manifests the self-determination of a territorially based political community (or “people”),¹⁰ yet that community cannot present its authoritative decisions to the international community of states in any direct way. The indispensable vehicle for the realisation of the state's rights, obligations, powers and immunities is a set of governmental institutions accorded the standing to exercise the state's legal capacities.

⁸ US Court of Appeals 2nd Cir., *Kadic v. Karadzic*, 13 October 1995, 70 F.3d 232.

⁹ According to § 202 *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute. New York: 1987:

“(1) A state is not required to accord formal recognition to any other state but is required to treat as a state an entity meeting the requirements of Sec. 201 [an entity that has a defined territory and a permanent population, under the control of its own government, and that engages in, or has the capacity to engage in, formal relations with other such entities], except as provided in Subsection (2).

(2) A state has an obligation not to recognize or treat as a state an entity that has attained the qualifications for statehood as a result of a threat or use of armed force in violation of the United Nations Charter.”

¹⁰ The United Nations Charter's (15 UNCIO 335, amendments in 557 UNTS 143, 638 UNTS 308 and 892 UNTS 119) “Principle” of the “sovereign equality” of states (Art. 2(1)) is expressly grounded in the “Purpose” of developing “friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples” (Art. 1(2)). See also Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations [1970] A/RES/2625(XXV) (hereinafter “Friendly Relations Declaration”) (adopted without a vote) (territorial integrity upheld for any state “possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour”); Resolution adopted by the UN General Assembly [without reference to a Main Committee (A/50/48)], 50/6. Declaration on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations, 9 November 1995, A/RES/50/6. Vienna Declaration speaking of “the whole people belonging to the territory without distinction of any kind” – *United Nations World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action*, 25 June 1993, 32 ILM 1661 (1993), p. 1665.

Where this standing is contested, legal doctrines purport to govern acknowledgment of a putative government's status as the notional embodiment of the political community's will – largely by establishing a default rule in favour of the holder of “effective control through internal processes”, but subject to various nuances and exceptions,¹¹ including considerations stemming from disrespect for the outcome of elections regarded as having been “free and fair”.¹² Once again, the somehow-manifested *opinio juris* of some critical mass of the international community of states – often, but not always, indicated by intergovernmental organisations' credentialing of representatives of one of the contestant governmental apparatuses¹³ – is the only plausible authoritative indicator of the international legal status of the institutional apparatus.

Authoritative identification of both states and governments, then, is a critical task of the international legal order. This is true even where the sole question facing international actors is whether the empirical conditions have (yet) satisfied the doctrinal qualifications for the status. Special considerations obtain where existing conditions are deemed to constitute an “illegal situation”.¹⁴ According to the International Law Commission's 2001 Articles on State Responsibility, “no State shall recognise as lawful a situation created by” a “gross or systematic failure by the responsible State to fulfil” a peremptory obligation, nor may it “render aid or assistance in maintaining that situation”.¹⁵ Consequently, entities established by unlawful external uses of force or as a means of resistance to decolonisation do not merely thus far lack an acknowledged legal status, but are subjected to a mandatory withholding of legal status.

In sum, states and governments do not simply present themselves as empirical realities to international legal actors. The operation of rights, obligations, powers and immunities in the international order depends on a collective acknowledgment or repudiation of a purported bearer of “sovereign” properties and of that bearer's

¹¹ See generally B. Roth, *Governmental Illegitimacy in International Law*, Oxford University Press, Oxford: 1999.

¹² See W. Czapliński, *supra* note 5, p. 77 (“problems of recognition [of governments] deal with an unconstitutional change of government”).

¹³ E.g. Resolution on the Situation in Venezuela, 22 April 2019, OEA/Ser. G, CP/RES. 1124 (2217/19) rev. 2 (seating the representative of a Venezuelan governmental apparatus alternative to that exercising effective control).

¹⁴ Thus, the International Court of Justice, while declining to pronounce upon the legal consequences of Kosovo's 2008 unilateral declaration of independence, opined (by a vote of 10 to 4) that this act, as such, “did not violate international law.” ICJ, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, 22 July 2010, ICJ Rep 2010, p. 403, para. 84. International law does not prejudice the legality of attempts of internal actors to effect a secession, though a foreign state's premature recognition of a seceding entity may violate an obligation to respect the pre-existing state's territorial integrity – *Ibidem*, para. 80. But unilateral declarations of independence are illegal where “connected with the unlawful use of force or other egregious violations of norms of general international law, in particular those of a peremptory character (*jus cogens*)” – *Ibidem*, para. 81.

¹⁵ Arts. 40–41 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts [2001]A/56/10 (2001).

purported agent.¹⁶ Thus, the subject of “recognition”, understood in its most profound sense, should be located at the core, rather than the periphery, of the study of international law.

3. WŁADYSŁAW CZAPLIŃSKI AND THE STUDY OF RECOGNITION'S LEGAL EFFECTS

A leading figure in the study of recognition and its relationship to international legal personality has been Dr Władysław Czapliński, who served as Chair of the International Law Association's 2009–18 Committee on Recognition / Non-Recognition in International Law.¹⁷ His various scholarly articles have addressed timely issues in the international system, whilst furthering the study of recognition as a legal phenomenon.

One pressing question facing the international community has been the legal status of the putative State of Palestine. The application of familiar doctrinal criteria to Palestinian statehood is fraught, as Dr Czapliński notes, “because all elements of statehood are subjected to certain evaluation, and in many cases, the evaluation is based upon individual, subjective opinions”.¹⁸ Moreover, if the criteria “are met, they do not create a State. If they are not, that does not preclude an entity in question to become a State.”¹⁹ Professor Czapliński notes the significance of granting to Palestine Non-Member Observer State status at the UN (by a vote of 138 to 9, with 46 abstentions and absences) and “the accession of Palestine to multilateral international agreements (including The Hague and Geneva Conventions on the law of war and humanitarian law)” and to such international bodies as UNESCO and the ICC.²⁰ He nonetheless introduces notes of scepticism about whether these developments manifest a genuine collective *opinio juris* that could serve to “cure any deficiency in

¹⁶ E.g. F. Quintero Vollmer, *International Law or International Politics? The Guaidó v. Maduro Conundrum at the Inter-American Development Bank*, 51 University of Miami Inter-American Law Review 117 (2020) (addressing the legal controversy between two contesting governmental apparatuses over control of Venezuelan state assets).

¹⁷ The Committee issued four Reports, covering the following topics: (1) recognition of states (ILA, Sofia Conference (2012), Recognition/Non-Recognition in International, https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-sofia-2012-16 (accessed 21 September 2024)); (2) the international and domestic aspects of non-recognition and unrecognised entities (ILA, Washington Conference (2014), Recognition/Non-Recognition in International Law, https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-washington-dc-2014-6 (accessed 21 September 2024)); (3) recognition of governments (ILA, Johannesburg Conference (2016), Recognition/Non-Recognition in International Law, https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-johannesburg-2016-8 (accessed 21 September 2024)); and (4) overall conclusions and ancillary topics requiring further exploration (ILA, Sydney Conference (2018) Recognition/Non-Recognition in International Law, https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-sydney-2018-6 (accessed 21 September 2024)).

¹⁸ W. Czapliński, *Palestine v. US...*, *supra* note 4, p. 53.

¹⁹ *Ibidem*, p. 54.

²⁰ *Ibidem*, p. 55.

Palestine's meeting of the Montevideo criteria", observing that an important bloc of states withheld support from the observer status resolution and that the prevalent aim of treaty depositaries (who have no adjudicative function in their acceptance of accession instruments) has been to maximise adherence.²¹ He thus expresses "reasonable doubt" about whether there has been "sufficient collective recognition to be essentially constitutive of Palestine's statehood".²²

Similarly, Professor Władysław Czapliński probes the question of whether states, acting severally rather than jointly, have manifested a consciousness of Palestine as bearing the set of legal properties unique to statehood. Although political declarations indicate that "Palestine is recognised as a State by some 140 countries", concomitant legal practice is less demonstrable: "Interestingly, Palestinian passports are [...] recognised only by a small group of States, which shows an inconsistency of the recognising States."²³ He concludes that "it would be unrealistic to call [Palestine] a State" – though, curiously, he suggests that Palestine's status today will be susceptible of determination only in retrospect.²⁴ Regardless of whether one shares Władysław Czapliński's ultimate assessment of this matter, his approach to the question is instructive.

Another urgent matter for the international community to address has been the Russian annexation of Crimea, which is widely understood to be unlawful and subject to collective non-recognition. On this point, Professor Czapliński is unequivocal:

No acts of the Russian Federation aimed at the modification of economic and social structure of Crimea should be recognized by other States. This means that no acts of Russia with respect to individuals in the domain of private law should be accepted, and the requirements of Ukrainian law as to the form and merits should be respected.²⁵

Nonetheless, Władysław Czapliński acknowledges that international law does not spell out non-recognition's legal consequences in detail.²⁶ Even illegitimate governments perform legitimate acts, and limited recognition of exercises of *de facto* authority may be necessary to preserve important interests, both of the local population and of the external state otherwise seeking to isolate the wrongdoer.²⁷

²¹ *Ibidem*, p. 57. He further notes that "the issue of treaty participation is distinct from the question of statehood. Negotiating States can decide to make treaty participation available to entities other than fully independent or UN Member States." *Ibidem*, p. 64.

²² *Ibidem*, p. 58–59.

²³ *Ibidem*, p. 67.

²⁴ *Ibidem*, p. 68.

²⁵ W. Czapliński, *supra* note 5, p. 79.

²⁶ *Ibidem*, p. 78.

²⁷ A venerable doctrine of "state necessity" allows for such limited recognition as follows: "It may be said, perhaps with sufficient accuracy, that acts necessary to peace and good order among citizens, such for example, as acts sanctioning and protecting marriage and the domestic relations, governing the course of descents, regulating the conveyance and transfer of property, real and personal, and providing remedies for injuries to person and estate, and other similar acts, which would be valid if emanating from a lawful government must be regarded

As Professor Czapliński notes:

The problem of non-recognition of civil status acts and other acts important for the position of individuals, issued or registered by the *de facto* regime (unrecognized government) was considered by the ICJ in the Namibia advisory opinion. The Court suggested that the acts relating to the registration of certain facts (birth, death) of individuals should be recognized. As to other activities (including marriages or acts concerning social or economic activities, like the creation of corporations) the practice varies.²⁸

Still, by and large, he insists on the most restrictive interpretation of the permitted validation of the *de facto* authorities' measures.

Professor Czapliński's study of recognition's relationship to international legal personality has extended as well to non-state actors, such as armed groups variously described as "national liberation movements", "belligerents" or "secessionists". He notes that "there are no homogenous criteria allowing the identification of particular subjects, and their acceptance depends upon recognition", but also that "rigid adherence to non-recognition can impose significant detriments".²⁹ Efforts to mitigate the behaviour of such groups have given rise to Security Council resolutions that "did not amount to the recognition of international legal personality of the addressees, but granted them certain powers to act in international relations (rights and obligations), without taking any firm position towards their status."³⁰

4. CONCLUSION: RECOGNITION'S UNACKNOWLEDGED CENTRALITY

A horizontal legal order, operating on the basis of the sovereign equality of its members, can function only if some process, however decentralised and even tacit, ascribes legal status to the actors that it encounters. Stable conditions may allow ascriptions of legal status to appear mechanically deducible from self-evident empirical realities, but uncertainty and instability require decisions about the application of doctrinal categories. Secessions, coups and other disturbances of local authority are endemic to the international system and necessitate re-evaluations of legal relationships.³¹

in general as valid when proceeding from an actual, though unlawful, government". – U.S. Supreme Court, *Texas v. White*, 12 April 1869, 74 U.S. 700, 733.

²⁸ W. Czapliński, *supra* note 5, p. 80.

²⁹ W. Czapliński, *Recognition...*, *supra* note 4, p. 17.

³⁰ *Ibidem*, p. 16.

³¹ E.g. B. Roth, *Secessions, Coups, and the International Rule of Law: Assessing the Decline of the Effective Control Doctrine*, 11 Melbourne Journal of International Law 393 (2010).

Recognition, in the profound sense of taking cognisance of legal properties, is an essential function. It is the process which identifies both the bearers of the rights, obligations, powers and immunities unique to statehood and the institutional apparatuses authorised to assert rights, incur obligations, exercise powers and confer immunities on states' behalf. Scholars such as Władysław Czapliński play a crucial role in rendering recognition's nature and consequences less obscure.

POD WIATR – ZDANIE ODREBNE W SĄDOWNICTWIE MIĘDZYNARODOWYM

1. WSPOMNIENIE

Kiedy myślę o Profesorze Władysławie Czaplińskim, słowa „sąd międzynarodowy” oraz „zdanie odrębne” przychodzą mi na myśl jednocześnie, w sposób samoistny i naturalny, jako oczywiste skojarzenia. To Profesor był osobą, która wprowadzała mnie, młodego studenta prawa przyzwyczajonego do prymatu ustawy, w świat orzeczeń sądów i trybunałów międzynarodowych, których długość i sposób uzasadnienia odbiegały diametralnie od znanych mi wyroków polskich sądów. To na Jego seminariach dyskutowaliśmy o precedensowych decyzjach, jak mi się wówczas wydawało, całkowicie oderwanych od otaczającego nas trójmiejskiego świata, takich jak prymat prawa unijnego przed niemiecką ustawą zasadniczą¹ albo immunitet chilijskiego senatora, który pechowo dla siebie postanowił się leczyć w Londynie².

Jednocześnie Profesor Władysław Czapliński był dla mnie, poprzez swoją osobowość, format i sposób bycia, uosobieniem koncepcji zdania odrębnego, akademicką wersją *Madame A. Libery*, wprowadzającym światową myśl i europejską perspektywę na Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego drugiej połowy lat 90. To Jemu zawdzięczam możliwość spędzenia roku nauki na Uniwersytecie w Saragossie, dzięki czemu kilka lat później, całkowitym przypadkiem, zacząłem przygodę z arbitrażem inwestycyjnym. To On przedstawił mnie kancelarii, z którą związałem się na blisko 20 lat zawodowego życia. To On był autorem, wspólnie z Profesor Anną Wyrozumską, pierwszego w latach 90. nowoczesnego podręcznika do prawa międzynarodowego publicznego, który zerwał z klasycznym sposobem prezentacji przedmiotu, i poświęcił wiele uwagi orzecznictwu sądów międzynaro-

¹ ETS, sprawa C-285/98, *Tanja Kreil p. Republice Federalnej Niemiec* [2000] ECR I-00069.

² Izba Lordów, sprawa *Regina p. Bow Street Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)* [1999] 2 WLR 827.

* Wojciech Sadowski – adwokat, doktor nauk prawnych, występuje jako pełnomocnik i arbiter w sporach międzynarodowych. W latach 2000–2021 uczestnik seminarium magisterskiego prowadzonego przez Prof. dr hab. W. Czaplińskiego na WPiA Uniwersytetu Gdańskiego, w latach 2005–2013 asystent w Zakładzie Prawa Międzynarodowego INP PAN, w 2009 r. obronił pracę doktorską napisaną pod kierunkiem Jubilata. Obecnie partner w kancelarii Queritius. ORCID: 0009-0008-1441-0162.

dowych³. Bezkompromisowy, nonkonformistyczny, żyjący na swoich warunkach, inspirujący i kładący podwaliny intelektualne pod przyszłe pokolenia prawników międzynarodowych w Polsce.

2. ZDANIE ODRĘBNE W PROCESIE DECYZYJNYM

Na podobieństwo Prof. Władysława Czaplińskiego zdanie indywidualne sędziego międzynarodowego symbolizuje niezależność oraz intelektualną kreatywność autora, a jeżeli jest zdaniem odrębnym, dodatkowo wyraża odwagę sprzeciwienia się zdaniu większości. Wymaga erudycji, pracy i wysiłku i świadczy o wewnątrzsterowności, która w przypadku sędziego jest cechą niezwykle cenną i rzadką, gdyż ma kluczowe znaczenie dla obrony niezależności sądownictwa przed zewnętrzną presją, w tym także ze strony władzy wykonawczej. Zdanie odrębne wzbogaca dyskurs prawniczy i skłania sędziów tworzących większość do ponownego przeanalizowania swoich argumentów. Przywołując opinię R.B. Ginsburg, mającej niezwykle bogate doświadczenie ze zdaniami odrębnymi w jej własnej praktyce orzeczniczej w ramach Sądu Najwyższego USA, „nic nie mobilizuje bardziej autora opinii reprezentującej stanowisko większości do poprawy jakości i przejrzystości argumentacji projektu, niż dobrze napisane zdanie odrębne”⁴.

Wchodząc w meandry zdań odrębnych, warto pamiętać, że różnorodność opinii na jakiś temat nie jest niczym szczególnym dla sądownictwa międzynarodowego. Przeciwnie, stanowi nieodłączny składnik procesu podejmowania decyzji przez grupę ludzi, na dowolny temat, w dowolnym obszarze działalności, bez względu na to, czy jest to decyzja rodzinna na temat kierunku wyjazdu na weekend majowy, decyzja rady wydziału uczelni wyższej o przyjęciu uchwały w przedmiocie obrony konkretnych wartości, czy też decyzja spółki produkującej odzież na temat kierunków rozwoju na następny rok. W każdym z tych przypadków proces decyzyjny rodzi podobne problemy. Homogeniczność poglądów przyspiesza podjęcie decyzji i utwierdza wszystkich uczestników procesu w słuszności ich podejścia⁵. Pozwala przeznaczać zaoszczędzony czas i energię na inne sprawy, ale rodzi ryzyko braku oceny wszystkich możliwych wariantów rozwiązań. Podejmowanie przez większość decyzji niezgodnych z poglądami mniejszości jest pragmatyczną koniecznością, która przełamuje impas decyzyjny wewnątrz grupy. Może jednak wpływać negatywnie na poziom zaangażowania mniejszości w dalsze działania grupy, chyba że mniejszość ma przestrzeń do wyrażenia swojej niezgody z decyzją większości. Poparcie stanowiska większości, zwłaszcza inicjowanego przez lidera, jest podejściem prostszym, wymagającym mniejszego

³ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne: zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa: 1999.

⁴ R.B. Ginsburg, *The Role of Dissenting Opinions*, 95(1) Minnesota Law Review 1 (2010), s. 3.

⁵ Jest to tzw. efekt potwierdzenia (*confirmation bias*). D. Kahneman, *Thinking – Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, New York: 2011, s. 80–81.

wysiłku i lepiej sprzyjającym rozwojowi kariery niż proponowanie alternatywnych rozwiązań. Jednakże, jak głosi afrykańska mądrość ludowa: idąc sam dojdiesz szybciej, idąc z innymi dojdiesz dalej. Inaczej mówiąc, różnorodność perspektyw pozwala nam uzyskać bardziej trafne, lepiej uargumentowane decyzje i buduje podstawy pod przyszły rozwój organizacji i społeczeństwa. Wolniejszy, ale stabilniejszy. Wiedzieli o tym także autorzy statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z którego art. 9, skład Trybunału powinien zapewniać reprezentację głównych form cywilizacji oraz podstawowych systemów prawnych świata. Różnorodność perspektyw była od samego początku wpisana w działalność „Sądu Światowego”.

Kwestie te wydają się istotne, gdyż w sporze na temat „za” i „przeciw” zdaniom odrębnym w sądownictwie międzynarodowym przewijają się od dekad te same argumenty, powtarzane przez kolejnych autorów⁶. Argumenty te odwołują się m.in. do odmiennych tradycji prawnych systemów *common law* oraz *civil law*, tajemnicy narady sędziowskiej czy faktu, że wyrok wydawany jest w imieniu suwerena. Dyskusja ta koncentruje się przede wszystkim na aspektach stricte prawnych, rzadko dotyczy jednak szerszej refleksji na temat tego, czemu konkretnie służą zdania odrębne, na jakie potrzeby odpowiadają i do jakich negatywnych skutków może prowadzić zarówno zakaz wyrażania zdań odrębnych, jak też ich nadużywanie. Tymczasem konkretne ramy prawne i formułowane na ich podstawie argumenty są jedynie konwencją dyskusji, podczas gdy istota problematyki zdań odrębnych ma wymiar przede wszystkim psychologiczny, a więc jest powiązana raczej z kulturą niż z konkretnym porządkiem prawnym.

Niech punktem wyjścia do dalszych rozważań będzie stwierdzenie, że ideałem jest wyrok jednomyślny, wyrażający identyczne poglądy wszystkich członków składu orzekającego, a przy tym zawierający spójny, klarowny i przekonujący wywód. W praktyce tego typu wyroki zapadają przede wszystkim w sprawach wymagających prostej subsumpcji, w których nie pojawiają się istotne rozbieżności w ocenie dowodów, ustaleniu faktów, jak też nie pojawiają się istotne kwestie prawne budzące rozbieżności w doktrynie i orzecznictwie. Ot, kolejna sprawa dotycząca nadmiernej długości aresztu tymczasowego przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka lub kolejne pytanie prejudycjalne dotyczące ograniczeń o skutku równoważnym z ograniczeniami ilościowymi przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Tu dochodzimy do ciekawej kwestii. Powtarzalne sprawy, których przykłady podałem w poprzednim akapicie, potrafią stanowić w danym okresie statystyczną

⁶ Referując te poglądy w 1969 r. w trakcie dyskusji nad wprowadzeniem dopuszczalności zdań odrębnych w pracach niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego, jego były sędzia E. Friesenhahn zauważył, że jego zadanie referenta było zarówno trudne, jak i łatwe, ponieważ niewiele miał do dodania do dyskusji istniejącej od lat w literaturze. Zdanie odrębne, stwierdził, ma więcej wspólnego z wiarą niż z rozsądkiem. E. Friesenhahn, *Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages, Nürnberg 1968*, t. 2, Beck, München: 1969, s. 33 za C. Walter, *La pratique des opinions dissidentes en Allemagne*, 8 Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel 81 (2000), s. 81–84, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveauxcahiers-du-conseil/cahier-n-8/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-allemande.52541.html> (dostęp 15 marca 2024).

większość wszystkich spraw kierowanych do sądów, a przy tym wszystkie wymagają rozstrzygnięcia, gdyż zostały zgłoszone we właściwym trybie, dotyczą czyichś praw i obowiązków, zaś sądy sprawują wymiar sprawiedliwości. Są jednak nieinteresujące intelektualnie i nie przyczyniają się do rozwoju orzecznictwa. W odpowiedzi sądy międzynarodowe wykształciły w swojej praktyce rozmaite instrumenty, które służą jako filtry chroniące je przed napływem spraw niewymagających precedensowych rozstrzygnięć. Przykładami takich instrumentów są doktryny *acte claire* oraz *acte aclairé* w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁷, a także doktryna systemowego naruszenia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w orzecznictwie ETPC⁸. Wszystkie te instrumenty służą racjonalnemu zarządzaniu dobrem rzadkim⁹, jakim jest czas sędziów sądów międzynarodowych, aby móc przeznaczyć go w jak największym stopniu na rozstrzyganie spraw nowych, trudnych i kontrowersyjnych.

W sprawach nowych, trudnych i kontrowersyjnych trudno zaś o jednomysłność poglądów, zwłaszcza gdy spór dotyczy wartości. Inaczej mówiąc, stosowanie mechanizmów utrudniających zasypywanie sądów międzynarodowych sprawami trywialnymi powoduje, że rośnie prawdopodobieństwo wystąpienia różnic poglądów w pozostałych sprawach. W sprawach tego rodzaju istnieje kilka poziomów, na których może dochodzić do rozbieżności pomiędzy sędziami, co wpływa później na jakość uzasadnienia i chęć zgłoszenia zdania odrębnego przez poszczególnych członków składu orzekającego. Po pierwsze, rozbieżność może dotyczyć ustaleń dotyczących faktów, w tym oceny poszczególnych dowodów. Po drugie, rozbieżność może dotyczyć interpretacji poszczególnych faktów w świetle odmiennych perspektyw i doświadczeń zawodowych sędziów. Po trzecie, rozbieżność w ocenie faktów może wynikać z odmiennych wartości. Po czwarte, rozbieżności mogą dotyczyć kwestii stricte prawnych. Rozbieżności mogą dotyczyć części dyspozytywnej lub tylko uzasadnienia. Jeżeli brak jednomysłności dotyczy części dyspozytywnej, to co do zasady będzie rozciągać się także na odnośną część uzasadnienia¹⁰. Może się także zdarzyć, że jedna sprawa będzie obejmować jednocześnie kilka zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w części dyspozytywnej. Mogą to być np. powiązane ze sobą zarzuty dotyczące jurysdykcji lub dopuszczalności skargi np. do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości

⁷ ETS, sprawa C-283/81, *Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA p. Ministero della sanità* [1982] ECR-3451; ETS, sprawa C-561/19, *Consorzio Italian Management i Catania Multiservizi SpA p. Rete Ferroviaria Italiana SpA* [2021] ECLI:EU:C:2021:799.

⁸ ETPC, *Broniowski p. Polsce* (skarga nr 31443/96), Wielka Izba, 22 czerwca 2004 r., pkt. 189; L. Apostol, *Methodology for Assessment of Systemic Human Rights Violations*, CoE, [Brussel]: 2020, <https://rm.coe.int/final-method-sys-viol-of-human-rights-eng/16809e2a76> (dostęp 15 marca 2024).

⁹ Pojęcie dobra rzadkiego jest klasycznym pojęciem z zakresu ekonomii, którego użycie w tym zakresie jest jak najbardziej uzasadnione.

¹⁰ Chociaż może się zdarzyć, że kwestia wymagająca rozstrzygnięcia ma charakter dychotomiczny, zaś argumenty za i przeciw są dobrze znane. W takim przypadku opowiedzenie się za konkretnym rozwiązaniem wymusza wybór określonej argumentacji, prowadząc do wniosku, że sędzia przegłosowany co do zasady może zgodzić się z poglądem, że w przypadku takiego zdania większości, wskazana przez nią argumentacja jest technicznie prawidłowa.

(MTS) lub ETPC, albo seria powiązanych ze sobą pytań prejudycjalnych to TSUE. W takich sytuacjach niektórzy sędziowie mogą uważać, że kwestie te są pomiędzy sobą logicznie powiązane w taki sposób, że rozstrzygnięcie jednej z nich determinuje kierunek rozstrzygnięcia innej. Inni sędziowie będą natomiast uważać, że takie związki logiczne nie zachodzą albo też, że zachodzą inne.

Na powstawanie zdań odrębnych w tego typu sprawach kluczowy wpływ mają dwie kwestie: metodyka pracy nad projektem rozstrzygnięcia oraz osoba przewodniczącego. Istnieją bowiem różne modele pracy nad projektem rozstrzygnięcia. Sporządzenie projektu pisemnego uzasadnienia może nastąpić przed lub po ustnej dyskusji sędziów nad głównymi kwestiami wymagającymi decyzji. Pisemny projekt rozstrzygnięcia może być przygotowany przez sędziego sprawozdawcę i rozesłany do pozostałych sędziów albo też każdy sędzia może przygotowywać swoje własne pisemne stanowisko w sprawie. Detale te mają zasadnicze znaczenie, gdyż podstawowa zasada jest bardzo prosta: trudno jest skłonić sędziego, który wyraził opinię na piśmie, do zmiany stanowiska. Zasada ta nie zależy od przedmiotu ani rodzaju sporu w konkretnej sprawie, gdyż zagadnienie ma charakter psychologiczny. Łatwiej przekonać do zmiany opinii człowieka, który nie ma silnego zdania na dany temat. Przygotowanie pisemnego stanowiska w sprawie, poprzedzonego samodzielną analizą faktów, dowodów i norm prawnych, wymaga nie tylko żmudnej pracy, lecz także wymusza ułożenie ich w spójny i przekonujący przekaz, wywołujący u sędziego efekt potwierdzenia. Zgoda na akceptację poglądu przeciwnego i porzucenie własnej koncepcji rozstrzygnięcia sprawy oznacza *de facto* przyznanie się do błędu. Dla osób z wysokim statusem społecznym oraz bogatym багаżem wiedzy i doświadczenia życiowego, jakimi są sędziowie sądów międzynarodowych, jest to decyzja niezwykle trudna. Sędzia, który włożył dziesiątki godzin pracy w przygotowanie spójnego i rzetelnego projektu rozstrzygnięcia, z którym się identyfikuje, a które zostaje następnie odrzucone przez większość, bardziej niż do zmiany własnego poglądu może być skłonny do rozwinięcia swojego dotychczasowego opracowania w pełne zdanie odrębne.

Osoba przewodniczącego odgrywa również ważną rolę w procesie pracy nad projektem wyroku¹¹. W praktyce uzgodnienie treści rozstrzygnięcia (nawet większościowego) w złożonym sporze prawnym jest złożonym procesem wymagającym wysokich kompetencji społecznych, umożliwiających osiąganie kompromisów, w których np. zgoda poszczególnych sędziów na poszczególne punkty wyroku i jego rozstrzygnięcia jest zdobywana za cenę zmian w innych częściach wyroku. Organizacja procesu pracy nad projektem rozstrzygnięcia, a także osobowość przewodniczącego, mają ogromny wpływ zarówno na liczbę kwestii spornych, jak też na sposób ich rozwiązywania. Oczywiście im szerszy jest skład rozstrzygający sprawę, tym bardziej rośnie prawdopodobieństwo rozbieżnych opinii i tym większej liczby kompromisów wymaga, co do zasady, osiągnięcie ostatecznego porozumienia. Praktyka pokazuje jednakże, że nawet w kwestiach dotyczących wrażliwych społecznie lub politycznie spraw sę-

¹¹ R.B. Ginsburg, *supra* note 4, s. 3.

dziowie potrafią porzucić swoje partykularne przekonania i mówić jednym głosem, wzmacniając w ten sposób legitymację swojego rozstrzygnięcia¹².

W wielu innych sprawach taki kompromis okazuje się niemożliwy, gdyż rozbieżne przekonania i wartości poszczególnych członków składu orzekającego utrudniają osiągnięcie konsensusu. W takiej sytuacji istnieją dwa podstawowe sposoby przełamania impasu. Po pierwsze, sposobem na osiągnięcie zgody może być zredukowanie uzasadnienia do minimum, uzasadnienie rozstrzygnięcia przy użyciu innych argumentów niż te, które doprowadziły do impasu, a nawet uchylenie się od merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy pod pretekstem jego niedopuszczalności ze względów formalnych. Alternatywą jest narzucenie mniejszości zdania przez większość. Każda z tych metod wywołuje istotne skutki uboczne. Redukowanie uzasadnienia do minimum akceptowalnego dla wszystkich członków składu prowadzi do ryzyka, że rozstrzygnięcia w trudnych, kontrowersyjnych sprawach bywają uzasadnione bardzo skrótowo, niespójnie i niejasno. Jest to widoczne zwłaszcza w rozstrzygnięciach TSUE, gdzie, sądy krajowe bywają zmuszone do ponownego zadawania pytań prejudycjalnych w ramach tego samego sporu. Zmiana sposobu argumentacji ułatwia osiągnięcie porozumienia w konkretnej sprawie, ale rodzi ryzyko braku spójności z wcześniejszym i późniejszym orzecznictwem. Odmowa wydania rozstrzygnięcia ze względów formalnych jest *de facto* odmową wymiaru sprawiedliwości (*deni de justice*). Każda z tych metod stwarza wysokie ryzyko naruszenia uzasadnionych oczekiwań stron sporu, że ich argumenty zostaną należycie rozpoznane przez sąd, który wypowie się o nich w wyroku. Sędziowski unik popełniony w imię jednomyślności nie spełnia tych oczekiwań. Narzucanie mniejszości zdania przez większość prowadzi z kolei do postaw pasywnych i do stopniowego wycofywania zaangażowania w pracę.

W tych sytuacjach zdanie odrębne pełnić może bardzo ważną rolę. Nie tylko umożliwia ono przegłosowanym sędziom wyrażenie ich własnego (mniejszościowego) poglądu na sprawę, lecz też ogranicza potrzebę redukcji zdania większościowego, zaś poprzez dialog między opinią większości a zdaniem odrębnym, pozwala stronom na lepsze zrozumienie przyczyn, dla których ich argumenty zostały uwzględnione bądź nie.

3. ZDANIA ODREBNE W SĄDOWNICTWIE MIĘDZYNARODOWYM

W dyskusji na temat zdań odrębnych w sądownictwie międzynarodowym częstym punktem wyjścia jest stwierdzenie, że tradycja zdań odrębnych lub ich braku wiąże

¹² Np. wyrok US SC w sprawie zakazu segregacji rasowej w szkołach: US SC, *Brown p. Board of Education* [1954] 347 U.S. 483; zob. R.B. Ginsburg, *supra* note 4, s. 3. Zob. także; wyroki niemieckiego związkowego trybunału konstytucyjnego w sprawach np. Traktatu o Unii Europejskiej lub Euro – zob. D. Walters, *supra* note 6.

się z odmiennościami w kulturach prawnych państw systemu *common law* i *civil law*. Warto zatem przyjrzeć się genezie tej różnicy, gdyż prowadzi ona do ciekawych wniosków. Jeżeli bowiem chodzi o państwa systemu kontynentalnego, tradycję braku zdań odrębnych wywodzi się ze średniowiecza, gdy wymiar sprawiedliwości był sprawowany przez króla. Ponieważ król był jeden, więc i wyrok był wydawany niepodzielnie i jednomyślnie w jego imieniu¹³. Król nie mógł mieć wszak dwóch opinii na ten sam temat. Logicznym rozwinięciem tej koncepcji jest aktualna doktryna niektórych systemów kontynentalnych, zgodnie z którą przeciwko zdaniom odrębnym przemawia fakt, że wyroki wydawane są w imieniu republiki jako suwerena. Na ironię geneza zdań odrębnych w prawie *common law* jest dość zbliżona, gdyż w prawie angielskim koncepcję zdań odrębnych wywodzi się ze sposobu funkcjonowania Izby Lordów, która ukształtowała się w średniowieczu jako sąd odwoławczy sprawujący wymiar sprawiedliwości w imieniu króla. Uczestniczący w dyskusji lordowie mieli prawo wyrażać swoje własne opinie na temat przedmiotu sporu, zaś ich (różne) poglądy były rejestrowane w oficjalnych dokumentach Parlamentu¹⁴. Poprzez wieki ta parlamentarna tradycja Izby Lordów została stopniowo zaakceptowana powszechnie jako praktyka sądów Anglii i Walii, a następnie stamtąd została przejęta przez sądy innych państw systemu *common law*, takich jak Stany Zjednoczone, Kanada, Indie, Australia i Nowa Zelandia. Pomijając przynależność do *Commonwealth*, państwa te nie są monarchiami.

Przykład tradycji angielskiej dowodzi sztuczności teorii, zgodnie z którą instytucja zdania odrębnego jest sprzeczna z koncepcją wyroku jako decyzją jednego i niepodzielnego suwerena. Ma ona obecnie uzasadnienie tylko o tyle, o ile wymiar sprawiedliwości sprawowany jest w danym przypadku przez sędziego orzekającego w składzie jednoosobowym. W pozostałym zakresie, nie ma jednak racjonalnego uzasadnienia od czasów, kiedy rozpoczął się proces delegowania kompetencji w zakresie wymiaru sprawiedliwości na podmioty zbiorowe, takie jak Izba Lordów. Argument ten nie ma tym bardziej uzasadnienia w przypadku sądów międzynarodowych, których źródłem jurysdykcji nie jest przecież delegowana wola suwerena, lecz dobrowolna zgoda państw i innych podmiotów prawa międzynarodowego, wyrażona w szczególności w formie umowy międzynarodowej. Dotyczy to także sądów UE, która za swoje motto przyjęła słowa „Zjednoczona w różnorodności”¹⁵.

¹³ S. Cassese, *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, 4 Quaderni Costituzionali 973 (2009), s. 973–986; J. Malenovsky, *Les opinions séparées et leurs répercussions sur l'indépendance du juge international*, 3 Anuario Colombiano de Derecho Internacional 27 (2010), s. 37 za R. Raffaelli, *Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States*, European Parliament, Strasbourg: 2012, s. 9, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462470/IPOL-JURI_ET\(2012\)462470_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462470/IPOL-JURI_ET(2012)462470_EN.pdf) (dostęp 15 marca 2024).

¹⁴ A. Sheppard, D. Kapeliuk-Klinger, *Dissents in International Arbitration*, w: T. Cole (red.), *The Roles of Psychology in International Arbitration*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2017, s. 313.

¹⁵ *Motto UE*, https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/symbols/eu-motto_pl (dostęp 15 marca 2024).

Innym powodem, dla którego uważa się, że zdania odrębne są zdecydowanie bardziej rozpowszechnione w sądownictwie systemów *common law* niż w systemach prawa kontynentalnego, wskazuje się fakt, że w systemach *common law* sądy pełnią rolę prawotwórczą¹⁶. Nie jest to jednak całkowicie przekonujące wyjaśnienie. Przyczyną raczej może być fakt, że w tradycji europejskiej wyrok jest opinią sądu jako całości, a nie sumą opinii poszczególnych sędziów¹⁷. Zgodnie z monteskiuszowską koncepcją trójpodziału władzy, sądy nie miały mieć roli prawotwórczej, lecz miały być jedynie ustami ustawy. Konsekwentnie Kodeks Napoleona zabraniał sądom w art. 1 ust. 5, wyrażania opinii na temat spraw poddanych pod ich rozstrzygnięcie. Francuska tradycja prawna chroniła także tajność narady sędziowskiej i ujawnienie braku jednomyślności traktowane było jako naruszenie tajemnicy tej narady. Pogląd ten rozprzestrzenił się także np. na Niemcy.

Zlecona przez Parlament Europejski analiza z 2012 r. wskazuje jednak, że z 27 ówczesnych państw członkowskich UE, jedynie siedem z nich w ogóle nie dopuszczało zdań odrębnych w swoich porządkach prawnych. Były to Belgia, Francja, Luksemburg, Holandia, Włochy, Austria oraz Malta. Z tych siedmiu państw, aż pięć należało do sześciu państw założycielskich Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej z 1957 r., zaś szóstym państwem były Niemcy, które w tamtym czasie również opowiadały się przeciwko zdaniom odrębnym¹⁸. Nie jest więc zaskoczeniem, że utworzony przez te państwa Trybunał Sprawiedliwości nie dopuszczał w swoim regulaminie zdań odrębnych. Z dzisiejszej perspektywy niedopuszczalność zdań odrębnych jest jednak w europejskich porządkach prawnych koncepcją mniejszościową, zaś przystąpienie do UE państw Europy Środkowo-Wschodniej zdecydowanie zmieniło rozkład akcentów w tym zakresie. Obecnie większość państw członkowskich opowiada się za dopuszczalnością zdań odrębnych, zwłaszcza w odniesieniu do orzeczeń sądów konstytucyjnych i najwyższych¹⁹.

W sądownictwie międzynarodowym zdania odrębne mają długą i niełatwą historię. Chociaż obecnie są one rozpowszechnione, „prawo sędziego [międzynarodowego] do wyrażenia zdania odrębnego w całości lub w części, nie było wywalczone łatwo”²⁰. Pojawiło się w konwencji haskiej z 1899 r., ale już nie na konferencji haskiej z 1907 r.²¹ Statut Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej dopuszczał zdania

¹⁶ A. Sheppard, D. Kapeliuk-Klinger, *supra* note 14, s. 315.

¹⁷ L. Levy, *Dissenting Opinions in International Arbitration in Switzerland*, 5(1) *Arbitration International* 35 (1989).

¹⁸ Zdania odrębne w niemieckim porządku prawnym zostały wprowadzone dopiero w 1970 r. i tylko w odniesieniu do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, *zob.* C. Walter, *supra* note 6. W pierwszym roku po wprowadzeniu tej instytucji, została ona wykorzystana aż 17 razy. W kolejnych latach stała się raczej wyjątkiem.

¹⁹ R. Raffaelli, *supra* note 13, s. 6.

²⁰ Deklaracja prezydenta P. Spendera w sprawie MTS, *Południowo-Zachodnia Afryka (Etiopia p. Południowej Afryce)*, wyrok, 18 lipca 1966 r., ICJ Rep 1966, s. 51, pkt 8.

²¹ *Ibidem*, pkt 9.

odrębne. Podobnie Statut MTS²², Trybunału ds. Roszczeń Irańsko-Amerykańskich oraz ETPC²³.

Powszechność zdań odrębnych, a także zdań indywidualnych, jest jedną z cech wyróżniających w praktyce orzeczniczej MTS. Podobny tylko jeden wyrok w historii MTS został wydany bez żadnego zdania odrębnego²⁴. Z kolei w niektórych politycznie kontrowersyjnych sprawach składanych było kilka zdań odrębnych i indywidualnych do wyroków. W sprawie *Afryki Południowo-Zachodniej*, w fazie pierwszej do wyroku dołączono siedem zdań odrębnych, zaś w fazie drugiej aż osiem, przy czym sam wyrok zapadł przy równowadze głosów siedem do siedmiu, zdaniem rozstrzygającym Prezesa Trybunału²⁵. Co ciekawe, w praktyce, zdania odrębne dołączane są nie tylko do wyroków Trybunału, lecz również do rozstrzygnięć o charakterze procesowym, wyznaczających np. terminy procesowe²⁶. Ta wyjątkowa częstotliwość zdań odrębnych w praktyce MTS na tle praktyki innych sądów międzynarodowych wynika zapewne z wielu czynników. Wskazać tu można zarówno na charakter spraw będących przedmiotem wyroków i opinii MTS, obejmujących często wrażliwe kwestie o charakterze politycznym, jak również różnorodność w składzie Trybunału zapewniającą reprezentację dla różnych porządków prawnych i kultur. Dodatkowo należy podkreślić jednak szczególną metodykę przygotowywania rozstrzygnięć w ramach MTS, którego wewnętrzna uchwała z 12 kwietnia 1976 r. w sprawie wewnętrznej pragmatyki Trybunału zakłada sporządzanie przez każdego z sędziów pisemnej notatki zawierającej jego uzasadnione stanowisko na temat m.in. kwestii wymagających decyzji Trybunału oraz wstępnej propozycji rozstrzygnięcia każdej z tych kwestii²⁷.

Liczba i zakres zdań odrębnych do wyroków i opinii MTS doczekała się poważnej krytyki, zarówno ze strony doktryny, jak też niektórych sędziów Trybunału, a zwłaszcza jego przewodniczących, którzy ze względu na swoją rolę zobowiązani są

²² Art. 57 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości [1947] Dz.U. Nr 23, poz. 90 stanowi: „Jeżeli wyrok, w całości lub części, nie opiera się na jednomyślnym zdaniu sędziów, każdemu sędziemu przysługuje prawo złożenia oddzielnej opinii”. A art. 95(2) Regulaminu MTS (Rules of Court (1978) adopted on 14 April 1978 and entered into force on 1 July 1978, <https://www.icj-cij.org/rules> (dostęp 22 września 2024)) stanowi: „Każdy sędzia może, jeżeli tego zechce, dołączyć swoją indywidualną opinię do wyroku, bez względu na to czy sprzeciwia się rozstrzygnięciu większości czy nie; sędzia, który zechce odnotować jego zgodę lub sprzeciw bez uzasadnienia, może to uczynić w formie deklaracji. To samo dotyczy postanowień wydawanych przez Trybunał”. Zob. także I. Hussain, *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*, Brill, Leiden: 1984; G. Hernández, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford University Press, Oxford: 2014.

²³ Art. 74 Regulaminu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka [1993] Dz.U. Nr 61, poz. 284/1 – sędziowie mają prawo „dołączenia do wyroku opinii indywidualnej, zgodnej z lub sprzeciwiającej się temu wyrokowi, albo też samego stwierdzenia sprzeciwu”.

²⁴ MTS, *Maritime Delimitation in the Black Sea (Rumunia p. Ukrainie)*, wyrok, 3 lutego 2009 r., ICJ Rep 2009, s. 61.

²⁵ MTS, *Południowo-Zachodnia Afryka (Etiopia p. Południowej Afryce)*, *supra* note 20, s. 6.

²⁶ Zdanie odrębne Sędziego C. Trindade w sprawie: MTS, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Demokratyczna Republika Kongo p. Ugandzie)*, postanowienie, 6 grudnia 2016 r., ICJ Rep 2016, s. 1137.

²⁷ Art. 4 Resolution Concerning the Internal Judicial Practice of the Court, <https://www.icj-cij.org/other-texts/resolution-concerning-judicial-practice> (dostęp 15 marca 2024).

do zapewnienia jakości orzecznictwa. Krytykę szerokiej dopuszczalności zdań odrębnych słyhać było zarówno ze strony prezesa Lodera jeszcze odnośnie do działalności Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej (STSM)²⁸, jak też ze strony prezesa Spendera w odniesieniu do praktyki orzeczniczej MTS. W istocie niektóre zdania odrębne są praktycznie alternatywnymi wyrokami, jeżeli chodzi o ich długość, zakres i poziom szczegółowości. Wspomniana już *sprawa Afryki Południowo-Zachodniej* skupia jak w soczewce problemy omawiane w tym artykule. Decydującym głosem przewodniczącego, Trybunał zadecydował o oddaleniu skargi Etiopii i Liberii ze względu na brak interesu prawnego²⁹. W konsekwencji, rozstrzyganie o meritum sprawy stało się bezprzedmiotowe. Niektóre zdania odrębne zawarły jednak poglądy indywidualnych sędziów na temat tego, jak takie merytoryczne rozstrzygnięcie winno wyglądać³⁰. W odpowiedzi prezes Spender dołączył do wyroku swoją deklarację, w której krytycznie wypowiedział się o dopuszczalności włączania do zdań odrębnych dyskusji o kwestiach, które nie były przedmiotem decyzji większości³¹. Deklaracja ta jednak nie zmieniła późniejszej praktyki orzeczniczej.

Na drugim krańcu spektrum praktyki orzeczniczej mieści się TSUE, który w ogóle nie dopuszcza składania zdań odrębnych. W momencie tworzenia Trybunału, istniały ku temu logiczne powody. Przede wszystkim porządek prawny żadnego z sześciu państw założycielskich nie dopuszczał w latach 50. XX w. zdań odrębnych. Brak zdań odrębnych był zatem wspólną tradycją prawną państw członkowskich. Uważano ponadto, że jednomyślność rozstrzygnięć Trybunału była niezbędna dla zapewnienia autorytetu rozstrzygnięć organu sądowego tworzącej się wówczas europejskiej wspólnoty³². Jednakże po upływie 70 lat obydwie te założenia się zdezaktualizowały i obecnie brak zdań odrębnych w praktyce orzeczniczej TSUE wydaje się wpływać negatywnie na jakość i zrozumiałość jego orzecznictwa.

4. ZAKOŃCZENIE

Hasłami przewodnimi Księgi Pamiątkowej ku czci Profesora są „eufonia”, „harmonia” i „dysonans”, a wyrok sądu międzynarodowego może reprezentować każde z tych brzmień. Zdanie odrębne może zapewniać takiemu wyrokowi harmonię, jeżeli jest dobrze uzasadnione, ograniczone i wyrażone w sposób taktowny i z szacunkiem dla zdania większości. Może też powodować dysonans, jeżeli nie będzie posiadać tych cech. Może być także partią solową, w której od kunsztu sędziego zależy zdolność

²⁸ Acts and Documents concerning the Organization of the Court; Addendum No. 2; Revision of the Rules of the Court, w: *Publications of the Permanent Court of International Justice*, Seria D: Acts and Documents concerning the organization of the Court, dod. 2, A.W. Sijthoff, Leyde, 1926, s. 194.

²⁹ MTS, *Południowo-Zachodnia Afryka (Etiopia p. Południowej Afryce)*, *supra* note 20, s. 6.

³⁰ Zdanie odrębne sędziego Tanaki, *ibidem*, s. 250.

³¹ Deklaracja prezydenta P. Spendera, *supra* note 20, s. 51, pkt 20 i n.

³² *Zob np.* J. Laffranque, *Dissenting Opinion in the European Court of Justice*, 9 *Juridica International* 14 (2004), s. 16–17.

wkomponowania jej w brzmienie większości, wzbogacenia go lub skontrastowania swoim własnym brzmieniem. Jeżeli zaś ceną za osiągnięcie eufonii ma być ograniczenie repertuaru orkiestry do prostych utworów, które wszyscy chcą i potrafią zagrać, to warto postawić na nonkonformizm i indywidualizm.

UNILATERAL ACTS OF STATES IN INTERNATIONAL LAW AND THE PROBLEM OF SOURCES OF INTERNATIONAL LAW

1. INTRODUCTORY REMARKS

This short text is a tribute to Professor Władysław Czapliński. It is difficult not to start with a few personal remarks. I met the professor in October 1994, when I was still a student. After a few months we started a long period of collaboration, in which Professor Czapliński was the supervisor of my PhD and I became (after 5 years) his first doctoral student to obtain a doctorate. The differences in political views, temperaments and doctrines between us have not destroyed the spirit of mutual trust and the ability to look for common solutions (at least I hope so).

In fact I did not expect the chance to write a text for such a book, as the professor had denied all suggestions that his other former doctoral students and I should prepare a good Memory Book (*Festschrift*) for him. So I was very happy to hear that he had finally accepted the idea of this publication.

The choice of topic was not easy. After some hesitation I decided to choose unilateral acts of states. There are three reasons for this. Firstly, Professor Władysław Czapliński wrote the first Polish-language article on unilateral acts of states.¹ In this sense he and Professor Skubiszewski² could be called the pioneers of the Polish scholarship on this matter. Secondly, it was Professor Czapliński who suggested many years ago that I should write my post-PhD dissertation on this subject (which at that time was treated as a very serious prerequisite for one's further scientific career). In this sense he could be treated as the grandfather of my writings on the matter – in

¹ W. Czapliński, *Akty jednostronne w prawie międzynarodowym*, 6 Sprawy Międzynarodowe 97 (1988), p. 97–110.

² K. Skubiszewski, *Unilateral Acts of States*, in: M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, UNESCO, Martinus Nijhoff Publisher, Paris: 1991, pp. 221–240.

* Przemysław Saganek – Doctor habilitus, Associate Professor. Head of the Department of Public International Law of the Institute of Law Studies Polish Academy of Sciences. ORCID: 0000-0002-9877-8376.

both Polish³ and English.⁴ The third reason is connected with the elements referred to in the very title of this text, that is, not only unilateral acts but also sources of law. The theory of international law (I should add – a good theory treated very seriously) was always at the centre of Professor Czapliński's interests. I have always shared his attitude and believed that an international lawyer (researcher of public international law) is not a politician nor a journalist, a coach, an actor, a comedian, a public relations specialist, an influencer or a story-teller. Nobody can demand a good lawyer to know by heart the content of each and every treaty or judgment. What can be demanded is that they know and understand the foundations of international law. In my opinion – the sources of international law, the subjects of international law and the law of state responsibility form the core of these foundations. We can call them the Trio or the Great Three. Professor Czapliński is always ready to enter into a real dialogue as regards these matters. Unilateral acts of states as such may have problems joining this Trio, but they also have a strong position in the theory of international law. In this respect they can be compared to such topics as jurisdiction, territory or sovereignty. If it is not in the Great Three, then it must be Top 10 or Top 15 at least.

2. TWO DOCTRINAL TOPICS – A COLLISION, A CONCILIATION OR MUTUAL LACK OF SENSITIVITY

The confrontation of two doctrinal topics could be treated as a great chance for theoreticians and could be expected to attract their attention. This can be hardly said as regards the interrelationship between unilateral acts of states and sources of international law, however. We can approach the matter firstly by trying to see what a typical lecture on sources of international law has to say on unilateral acts of states. Secondly, we can verify what the teachings on unilateral acts of states have to say about the sources of international law.

There is no doubt that the classical thinking on sources was everything but promising for unilateral acts of states. It accepted only two sources, namely international custom and treaties.⁵ This dichotomy seemed to express the very nature of the international community. As it does not dispose of a central lawmaker, the law is made by states on the basis of their consent – be it express or tacit. It is worth mentioning that custom was seen as a tacit treaty.⁶ As I wrote in one of my earlier texts, the list of

³ P. Saganek, *Akty jednostronne państw w prawie międzynarodowym*, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, Warszawa: 2010.

⁴ P. Saganek, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, Brill, Leiden–Boston: 2016. A general reference could be made to this book as regards the definition and catalogues of unilateral acts of states.

⁵ F. Despagne, *Cours de droit international public*, L. Larose et L. Tenin, Paris: 1910, p. 69, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5629361h> (accessed 28 September 2024); P. Heilborn, *Les sources du droit international*, 11 Recueil des cours de l'Académie de La Haye en ligne 1 (2926), p. 19.

⁶ *Ibidem*.

sources of international law was about to become the result – or rather the hostage – of the general theory of international law. In this sense it may have also become its victim.

The contemporary thinking on sources of law is no longer very strict. It is easy to find longer or shorter lists of sources. The most interesting from our perspective is the presence or absence of unilateral acts of states in those lists. We can find authors and catalogues listing unilateral acts of states as sources⁷ or omitting the former from the list of the latter.⁸ Of course, the presence of unilateral acts of states at least in some catalogues (the growing presence, let us add) seems to be very promising for the thesis that unilateral acts of states are a source of international law. What is more striking is the lack of justification. We can see it on the side of both proponents and opponents of unilateral acts of states as sources of international law. That is why it is difficult to guess what was decisive for a given author in opting for one answer or another.

Let us have a look at the other side of the coin. What do scholars dealing with unilateral acts of states have to say about them being sources of international law? At the very beginning one should emphasise the relatively few works on unilateral acts of states. In fact there were only three known monographs of unilateral acts of states in the 20th century.⁹ The matter of unilateral acts of states being or not being a source of international law plays a minimal role in those writings. This is also true with respect to the majority works written in the 21st century.¹⁰

3. *QUI S'EXCUSE S'ACCUSE?*

After the publication of the Polish version of “Unilateral acts of state”, I faced a few critical remarks from some of my colleagues. They claimed that I had not addressed the relationship between unilateral acts of states and sources of international law. It would be great comfort to say that I feel no reason to justify or explain myself or to make apologies for such eminent jurists as Suy or Pfluger – all the more so as one can see the paradoxes of the present version of media democracy (or perhaps social

⁷ C. Rousseau, *Droit international public*, Sirey, Paris: 1970, p. 59–60; N. Quoc Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit international public*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris: 1994, p. 114; A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2005, p. 183.

⁸ P. Cahier, *Changements et continuité du droit international. Cours général de droit international public*, 195 Recueil des cours de l'Académie de La Haye en ligne 9 (2985), p. 222; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, Paris: 2008, p. 281; W. Góralczyk, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, PWN, Warszawa: 1989, p. 65–66; R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa: 1994, p. 78.

⁹ F. Pfluger, *Die einseitigen Rechtsgeschäfte im Völkerrecht*, Schulthess & Co., Zürich: 1936; G. Biscottini, *Contributo alla teoria degli atti unilaterali nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano: 1951; E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris: 1962.

¹⁰ M.I. Torres Cazorla, *Los actos unilaterales de los Estados*, Madrid: 2010; A. M. Puñal, *Actos unilaterales, promesa, silencio y nomogénesis en el derecho internacional*, Santiago de Compostela: 2011; C. Eckart, *Promises of States Under International Law*, Hart, Oxford–Portland: 2012; P. Saganek, *supra* note 4.

media democracy or quasi-democracy), which demands apologies the way the Soviet regime or cultural revolution in Maoist China used to do: without good reasons, in bad moments and in bad ways (in my opinion). All the same, if one of the duties of persons dealing with theory is to refer to the critical remarks of other scholars, the lack of reaction would be a waste of a good opportunity to look for some possible doctrinal solutions. Although Professor Władysław Czapliński was not among the aforementioned critics, I suppose that he would be glad to see the efforts to cope with those criticisms.

In my opinion, the scholars dealing with unilateral acts of states have no intention of underestimating the importance of the sources of international law. This is also not a question of their being too lazy or careless or discarding the matter for being too difficult and problematic. In my opinion, they are simply absorbed by very difficult, very ambitious aspects intrinsic to the matter of unilateral acts of states, namely the definition and catalogue (closed or open) of such acts. It seems to me that the question of unilateral acts of states being or not being sources of law is simply overlooked among the numerous theoretical problems.

The task of lawyers is to blame or to defend. I would have no problem defending a deliberate decision to avoid the matter. I must say, however, that such decisions are rather not deliberate. Also, they can be defended, although one maybe grateful to their critics as well.

A few words must be said about the matters which really attracted the attention of lawyers dealing with unilateral acts of states: these were the definition of a unilateral act of a state in public international law and the list of such acts. Both deserve a few words of comment.

Let us start with the definition. Specialists of international law do not have the luxury of being able to refer to a legal definition of a given phenomenon of general application, which continental lawyers often find in constitutions or statutes. Such notions as “state”, “international agreement”, “sovereignty”, “jurisdiction”, “territory”, “sea”, “ship”, “claim”, “recognition”, “war” or “peace treaty” open a wider or narrower scope for different interpretations, or at least differences concerning the details. This is also the case with the term “unilateral acts of states in public international law”. Of course, a good teacher of international law would tell us that it would be simple to eliminate from all forms of states’ conduct

- elements which are not acts
- acts deprived of legal effects
- acts the only effect of which is state responsibility (international wrongful acts)
- acts of internal law
- acts which are not unilateral or not truly unilateral.

That differentiation is better than nothing, but it does not solve the main problems. What is even more striking is the fact that it would be hypocrisy to pretend that the search for the definition of “unilateral acts of states in public international

law” is a purely neutral enterprise, connected with the full acceptance of all (likely unexpected) answers. In fact scholars have worked out the most frequently adopted catalogue of unilateral acts. It includes notification, waiver, recognition and protest. Nowadays notification is usually replaced by “promise”. These can be called “classical unilateral acts”.

That is why I had to concede that

the main dilemma of any author writing on unilateral acts of states in public international law is the following: Should one adopt a precise definition of a unilateral act beforehand and then identify types of such acts? Or perhaps one should first compile a list of such types and then construct a precise definition on the basis of it? In my opinion, neither approach is satisfactory.¹¹

The truth is even worse. The basic dilemma may be presented in the following way – “should we try to cast a definition which will encompass all classical acts and eliminate all others, or should we be prepared for the inclusion of some of the latter?” In my opinion, the first attitude would be a very bad service for the truth. It would be rather a kind of false scientific task. What is the sense of exploring a given area if we choose the answer beforehand?

That is why in my opinion we should be ready to accept a set of unilateral acts of states which exceeds the classical catalogue to a very high degree. What is important is the presence of unilateral behaviour of a state (or perhaps the absence of a treaty relationship or treaty basis for a given act) and of the legal effects of this behaviour in international law. That is why I could be proud of having undertaken the risky enterprise of analysing a few chosen branches of international law in search of unilateral acts of states. Professor Władysław Czapliński supported this initial idea and never let me break down in the face of possible problems and complications. To be precise there is always a risk of omitting one or even several acts or even branches to be searched. All the same this risk is worth taking. The analyses of four selected branches of law (rules on territory, humanitarian law, diplomatic law and the rules on individuals) led to the qualification as unilateral acts of states in public international law such acts as occupation of *terra nullius*, *derelictio*, symbolic occupation, notification on occupation (in some cases), establishment of maritime areas; declaration of war (in conformity with international law), the establishment of a maritime blockade (as well as its suspension and termination), permission to enter (leave) a blockaded port, declaration of neutrality, *de facto* start of war activities (in conformity with international law); dismissal of a member of a mission by the sending state, declaration of the receiving state that a member of a mission is *persona non grata* or not acceptable, severance of diplomatic relations and in some cases the nomination of a member of a mission not requiring the previous acceptance of the receiving state. A great similarity to a unilateral act of state could be found in some cases of asylum

¹¹ *Ibidem*, p. 2.

(but very complicated conditions must be attached – as a rule, asylum is an instrument of domestic law).

I do not believe this list to be exhaustive. The most important message is that if you look for unilateral acts you are expected to find them. There is no doubt that the result and the message are all but satisfactory to many authors. Many of them may regret the classical catalogue; there is actually a lot to regret. The classical catalogue is very useful in many respects. It is especially visible in the French legal literature, where the emphasis is placed on acts creating obligations (promise or recognition), eliminating rights (waiver) and protecting rights (protest).¹² It goes without saying that a lecture on such acts is very nice – for both the author and the audience. This is in any case not the only merit of the classical list of acts. The point is that it does not fully cover the notion of “unilateral acts of states” in its normal meaning. That is why an attempt was made to narrow down this notion.

The German, French and Italian scholarship introduced the notion of legal transaction (*acte juridique* / *Rechtsgeschäft*) as a term of art. It is said to embrace only those acts which bring about the results covered by the will of the acting state. Promise, recognition, renunciation (waiver) and protest are believed to fulfil this criterion. Non-classical acts are believed not to fulfil them; the effects of those acts apparently stem from the law as such. I dare to doubt both these theses. The legal effects of protest are rather probable than automatic. In this sense it differs greatly to other classical acts. Even more importantly, I am not ready to say that this definition really allows us to get rid of non-classical acts. Can we say e.g. that waiver leads to results covered by will of the acting state and declaration of neutrality does not? In my opinion both lead to such effects. And their results are determined by international law – as regards both waiver and declaration of neutrality. To be exact I cannot see the chance to adopt a definition which would embrace all classical acts and eschew all non-classical ones. The experience of the ILC, with an attempt to codify international acts of states, is the best warning for adopting a very strict definition of a legal act. In my opinion the Commission failed to solve the topic of unilateral acts of states. One of the reasons was the false idea of what an international unilateral act of state was. One may get the impression that the ILC (at least for some time) believed the classical catalogue and a narrow definition of unilateral acts of states to be the best.

In this respect it is difficult not to ask about the nature and aim of discussion on unilateral acts. In my opinion it is rather a matter of description. In this respect it could be compared with almost nothing in the sphere of public international law. In fact it could be compared with the search for international transactions in general. However this similarity is too great, as international transactions are both treaties and unilateral acts of states (possibly one or two additional categories could be added to them). There is some similarity to looking for subjects of international

¹² E.g. J.-P. Jacqué, *Eléments pour la théorie de l'acte juridique en droit international public*, Librairie generale de droit et de jurisprudence, Paris: 1972, p. 335–344.

law. But there is also a lack of similarity, as being a subject of international law is a kind of ennoblement. Being a unilateral act of state is no ennoblement, and being no unilateral act of state is neither degradation nor denial of importance or of legal effects. The search for unilateral acts of states is not the search for a common legal framework of them. There is no problem asking the same questions with regard to them. These questions comprise such matters as competence, validity, legal effects and form. There are no compelling reasons why the answers should be the same or necessarily different, however.

4. THE PROBLEM OF SOURCES

As is visible, the main dilemmas of unilateral acts of states leave not much space for discussion of sources of international law.¹³ It must be addressed, however. The main underlying question is obvious; it is whether unilateral acts of states are the sources of international law (or form one such source). It would be a great privilege for the present text to be able to “solve” the problem of the interrelationship between the notions of unilateral acts of states and sources of international law. In fact it would require a voluminous study to make such an attempt. The scope of this text makes it completely impossible. So what can be done?

In my opinion, if we cannot propose a complete solution, then an idea of the future probable solution (or at least a direction for it) could be suggested here. My proposal would be to adopt a method in three stages. They would differ as regards the scope of the given unilateral acts of states.

The first stage would be to investigate whether classical unilateral acts of states could be treated as sources of international law (or a type of those sources). The second stage would be to attempt the same with respect to classical and non-classical unilateral acts of states which we are able to identify. The last stage would have to verify whether the identification of other non-classical unilateral acts of states would influence the previous answers.

We can already foresee some problems and challenges. As regards the first stage, it is a good place to say that the modern interest in unilateral acts of states is very strongly attributable to the famous ICJ Nuclear Tests Judgment.¹⁴ It referred to an international promise. The very strong voice of the World Court, confirming that unilateral promises give rise to obligations of the author-state, puts forward a basic

¹³ I refer to several ideas presented in P. Saganek, *Akty jednostronne państw a problematyka źródeł prawa międzynarodowego*, in: B. Mielnik (ed.), *Z problematyki źródeł prawa międzynarodowego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław: 2017, p. 67–87.

¹⁴ J. Kolasa, *The Legal Character of a Unilateral State Act*, in: J. Kolasa (ed.), *The Nature of Source in International Legal Order*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław: 2017, p. 12, <https://repozytorium.uni.wroc.pl/dlibra/publication/95301/edition/89554/the-legal-character-of-a-unilateral-state-act-kolasa-jan> (accessed 24 September 2024).

question: "If we treat each and every international agreement as a source of law, why should we not do this with respect to promises?" I think that scholars would be happy to make a concession and say that a list of sources should be widened to include promises. The basic question then is – why only promises? Why not acts of waiver? Why not acts of recognition?

Someone can try to avoid the problem by extending the list of sources to include unilateral declarations giving rise to international obligations. The problem is that both recognition (very often) and waiver (more rarely but possibly) may be implied, that is, made not necessarily by means of a declaration. Secondly, many non-classical unilateral acts of states may take place by a means of a declaration. Thirdly, such a definition does not cover protest.

In fact, both waiver and recognition have their own unique features. Recognition could be seen as an act concerning new states, governments, insurgents or belligerents.¹⁵ It can be seen as an instrument concerning almost every element of international importance (a flag, the capital, an army, territorial changes, the name of a state and so on¹⁶). Lastly, it could be seen as a thread putting together entire international law (recognition of norms, of law). It could be seen as an act and as a result of that act. In any case the question of comparability as regards international agreements is at stake.

Even if we are able to overcome those challenges and doubts, the main cause for concern is the entire scheme of law and matters regulated by law. Lawyers are used to a division between sources of law and transactions based on those sources. In the field of domestic law the sources are the Constitution, an act of Parliament or a regulation, among others. What is effected on their basis by state organs (e.g. decisions) or individuals (e.g. contracts) are not sources, but legal acts (transactions). Lawyers would be very happy to have the same or a similar picture in the field of international law. Unilateral acts of states were ideal candidates for such transactions and were sometimes presented as such.

The strict division between treaties and unilateral promises can hardly be made in the field of international law. In this respect international law can hardly be compared with domestic law systems. The strict division between promises and recognition and waiver can also hardly be justified. If a treaty is a source of law because it gives rise to rights and duties of international law, why should we deny this characteristic to promises, acts of waiver and recognition?

The second stage of analysis puts forward a long list of other acts. The reasoning is the same as with respect to classical acts. The difference relates only to the resulting picture. It may seem absurd to call a declaration on severance of diplomatic relations a

¹⁵ P. K. Menon, *The Law of Recognition in International Law: Basic Principles*, Edwin Mellen Press, Lewiston–Queenston–Lampeter: 1994.

¹⁶ J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Vol. II, A.W. Sijthoff, Leiden: 1969, p. 574–575.

source of law. What about the de facto start of military activities? If we are to confess that they are sources of laws, what is the sense of using the latter term at all?

The third stage of analysis only makes it clear that the list of possible sources (or rather problematic sources) may be longer. In fact, unilateral acts are not stronger if we call them sources or weaker if we deny them this name. The problem concerns the teaching on sources. What is at stake is the readiness to invent a clever, coherent and convincing theory of sources, taking into account the risk of a complete collapse of the traditional teaching on them.

In this area we can see a kind of stalemate. An author dealing with unilateral acts does not feel obliged to cast a new doctrine of sources, and only this can solve the problem. On the other hand, as the main problem has to do with unilateral acts, it is not easy for a specialist of sources to solve the problem of sources without becoming a specialist of unilateral acts.

What solution will be adopted? We can only guess. One of them would be to deny all or some treaties the nature of sources. In my opinion it would be too radical. In any case it is worth looking at the beginning of the teaching on sources to see the reasoning concerning treaties. Another possible solution would refer to grounds of validity. I can imagine a doctrine limiting the notion of sources to unilateral acts, the validity of which depends on conformity with *jus cogens* only. The acts whose validity depends on conformity with *jus dispositivum* would be denied the notion of sources. The problem is that this criterion would eliminate acts of international organisations from the list of sources.

5. CONCLUSION

The Polish doctrine of international law seemed to lose in competition with the EC/EU law in 1990s. It did not take much time for several authors to return to the former. Professor Władysław Czapliński never pressed us to go in either direction, himself authoring works on both branches of law. I have no doubt that international law will keep its position, as it can attract with its secrets, traps and paradoxes. There is always a promise that something important can be said about the very foundations of it. The sources of law and unilateral acts of states are good examples of them.

LIABILITY OF STATES *SINE DELICTO*

1. INTRODUCTION: RESPONSIBILITY AND LIABILITY

I have known Professor Czapliński for several decades as a passionate researcher, driven by scientific curiosity. Looking at his remarkable bibliography I realised that both of us share an interest, among others, in topics of responsibility and liability. So I have chosen to write about state liability for acts not prohibited by international law. Why? Because in my opinion there is no topic on the agenda of the International Law Commission of such importance which – after more than two decades of work – resulted in two draft texts which did not contribute at all to the progressive – but rather regressive – development of international law, at least in some aspects.¹ The reasons will be explained in the analysis that follows. This contribution is intended not only to remind us of an important topic on the agenda of the International Law Commission, which has been closed in an unsuitable way, but also to remind us that this topic still needs a different outcome which would enable more significant participation of states in indemnification of victims of ultra-hazardous activities.

Before proceeding further in the analysis, it is important to recall basic facts concerning the basis of responsibility and liability. There are three possibilities: responsibility for a wrongful act (*ex delicto*), responsibility for a wrongful act without fault (*ex delicto, sine culpa*) and liability without wrongfulness (*sine delicto*).²

States are responsible for the fulfilment of their international obligations and are liable in accordance with international law. As far as state responsibility for wrongful conduct is concerned (i.e. the violation of international obligations), customary international law requires two basic conditions for such responsibility: a breach of international obligation and the attributability to a state of conduct constituting the

1 Some authors considered the topic controversial and difficult from the very beginning. See e.g. A.E. Boyle, *State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction?*, 39(1) International and Comparative Law Quarterly 1 (1990).

2 See generally R. Pissilo-Mazzeschi, *Forms of International Responsibility for Environmental Harm*, in: F. Francioni, T. Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Graham & Trotman, London: 1991, p. 15–35.

* Maja Seršić – Professor of International Law (PhD), Head of Department of International Law, Faculty of Law, University of Zagreb. ORCID: 0000-0003-3530-9086.

breach. These two elements are provided for in the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted in 2001 by the International Law Commission,³ which represents the codification and progressive development of international law in the field of state responsibility. Fault and damage may only be prerequisites of responsibility if a primary rule provides for it.

It is possible, however, that a state takes all the necessary measures to prevent transboundary damage, but the damage nonetheless occurs. This may happen especially in connection with ultra-hazardous activities, which are so inherently dangerous that the persons carrying them out may be held liable for damage even if they took all necessary precautions to prevent harm.⁴ In such cases, there would be no wrongful conduct and no responsibility of states, since in customary international law there is no rule of liability of states without wrongfulness, viz. causal liability or liability *sine delicto*. Such a basis for liability can only be applied if a treaty provides for it, for example, the 1972 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects.⁵

At the time the new topic was put on the agenda of the International Law Commission (1978), some scholars considered that liability of states *sine delicto* had already become part of customary international law or that customary rule was in the process of creation.⁶ In support of their claims, the authors usually mentioned well-known judgements and awards: the Trail Smelter arbitration award,⁷ *Corfu Channel* Case judgement⁸ and Lake Lanoux arbitration award.⁹ Those authors had in mind liability *sine delicto* in the meaning found in civil liability of operators in the conventions dealing with nuclear damage or oil pollution from offshore drilling, as well as for other ultra-hazardous activities in national law. However, the closer examination of this

³ See Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted in 2001 by the International Law Commission, 2(2) Yearbook of the International Law Commission (2001), p. 144, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (accessed 24 September 2024). See also Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Yearbook of the International Law Commission, 2(2) Yearbook of the International Law Commission (2001), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (accessed 24 September 2024).

⁴ See C.W. Jenks, *Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law*, 117 Recueil des Cours, Académie de Droit international 99 (1966), p. 99–200.

⁵ United Nations: Draft Convention on Liability for Damage Caused by Objects Launched into Outer Space, 10(5) International Legal Materials 965 (1971).

⁶ See e.g. G. Handl, *State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private Persons*, 74(4) American Journal of International Law 525 (1980), p. 553; W.N. Hancock, R.M. Stone, *Liability for Transnational Pollution Caused by Offshore Oil Rig Blowouts*, 5(1) Hastings International and Comparative Law Review 377 (1981), p. 378–380; M.J.L. Hardy, *Nuclear Liability: The General Principles of Law and Further*, 36 British Year Book of International Law 223 (1960), p. 237; J.M. Kelson, *State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activity*, 13(2) Harvard International Law Journal 197 (1972), p. 235.

⁷ Trail Smelter Case, 16 April 1938 and 11 March 1941, 3 Reports of International Arbitral Award (1950), p. 1905, <https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789213627839/read> (accessed 24 September 2024).

⁸ ICJ, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgments, 9 April 1949, ICJ Rep 1949, p. 4.

⁹ Affaire du lac Lanoux, 16 novembre 1957, 12 Reports of International Arbitral Award (1963), p. 281, <https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789213627747/read> (accessed 24 September 2024).

case law relied on in this context cannot be considered as applying liability *sine delicto* because liability was not based only on the causal link between a certain activity and a transboundary damage. On the contrary, in all these cases the court and arbitrations examined the relevant facts bearing in mind requirements for responsibility for wrongful conduct, but without fault.¹⁰ In spite of that, discussions on liability *sine delicto* in international law contributed to the Commission's decision to put the new topic on the agenda, although the Commission from the beginning did not follow the "pure" model of liability without wrongfulness. However, its task was clearly defined by the Commission in 1980: to cover situations in which liability did not depend upon proof of wrongfulness.¹¹

2. TOWARDS THE 1996 DRAFT ARTICLES

In order to cover situations where damage does not result from the wrongful conduct of states, in 1980 the International Law Commission started active work on the topic of "International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law".¹² However, despite some views expressed in the Commission that the topic should have been kept within the limits of ultra-hazardous activities (low probability of an accident that could cause catastrophic damage),¹³ the view prevailed that all activities involving risk had to be included, because it was argued that there was no generally accepted definition of ultra-hazardous activities which would clearly distinguish between ultra-hazardous activities and others involving risk.¹⁴

The essential characteristic of the topic and its practical importance is that activities involving risk take place within the jurisdiction of one state and cause harmful

¹⁰ See M.B. Akehurst, *International Liability for Injurious Consequences Arising Out of Acts Not Prohibited by International Law*, 16 Netherlands Yearbook of International Law 3 (1985), p. 8–9.

¹¹ See UN, *International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law*, 2(2)Yearbook of the International Law Commission (1980), p. 159, <https://doi.org/10.18356/ab1f809c-en>.

¹² In accordance with the resolutions of the UN General Assembly, the Commission established a Working Group in 1978 to consider the question of future work by the Commission. The members of the Working Group were R.Q. Quentin-Baxter (Chairman), R. Ago, J. Castaneda and F.X.J.C. Njenga. The Working Group submitted a report to the Commission in 1978, which contained a general consideration of the scope and nature of the topic. The Commission appointed R.Q. Quentin-Baxter Special Rapporteur for the topic, who submitted his preliminary report in 1980. See *ibidem*, p. 158 ff.

¹³ Institut de Droit International also suggested that liability *sine delicto* is "the most appropriate in case of ultra-hazardous activities, and activities entailing risk or having other similar characteristics". See Art. 4 para. 1 of the Institute of International Law, resolution: Institut de Droit International, Eighth Commission, Rapporteur: Mr Francisco Orrego Vicuña), Responsibility and Liability under International Law for Environmental Damage, https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1997_str_03_en.pdf (accessed 1 July 2024).

¹⁴ See Report of the UN International Law Commission *International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law*, December 1986, p. 57, para. 204, <https://doi.org/10.18356/3ea0ac80-en>.

consequences beyond its jurisdiction, on the territory or under the jurisdiction of another state. Given the basic characteristics of activities that could cause harm, namely that they are very useful but involve risk, the Commission stressed the main goals of the topic – to minimise the possibility of harm and to ensure adequate redress to victims, at the same time avoiding measures that would prohibit or hamper risky but useful activities.¹⁵

In dealing with this topic, the Commission has gone beyond the study of reparation of significant transboundary harm to the management of a transboundary risk, with a strong emphasis on preventing transboundary losses. Prevention and liability were two basic pillars of the topic in the 1996 Draft articles.¹⁶ The Draft provided for the obligation of prevention, viz. the obligation of states to prevent or minimise significant transboundary harm or take necessary preventive measures (Article 4). This is a due diligence obligation, not an obligation of result. Thus, the conduct of a state must be inspected carefully, bearing in mind the standard of due diligence in a particular set of circumstances; the appropriateness and proportionality of measures must be examined bearing in mind the degree of risk of transboundary harm.¹⁷ Contrary to the regime of state responsibility, in a regime of liability without wrongfulness, even if all the required procedures have been followed, when injury occurs reparation must still be made. The duty of due diligence is thus in a different context here: it depends on the occurrence of injury and only in the case of injury does the comparison begin between the preventive methods followed and those which should have been followed.¹⁸ Although the definition of due diligence here is the same as within state responsibility, the due diligence concept within the topic of liability has different dimension which stems from the fact that the obligation to pay compensation for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law represents a primary obligation. The liability here does not arise

¹⁵ See UN, *International Liability...*, *supra* note 11, p. 160, para. 137.

¹⁶ See 8th Report of the Working Group on International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law, 2(1) Yearbook of the International Law Commission 59 (1996).

¹⁷ The due diligence obligation as provided for in the 1996 Draft articles comprises different obligations: prior authorisation, risk assessment, pre-existing activities, non-transference of risk, notification, exchange of information, information to the public and consultation on preventive measures (Articles 9–18 of the Draft articles on State responsibility, 2(2) Yearbook of the International Law Commission 58 (1996), https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_51_10.pdf (accessed 24 September 2024)).

¹⁸ Being a supporter of the liability *sine delicto* in the case of ultra-hazardous activities, it was amazing to see comments on this basis of liability from authors dealing with the theory of international law on the responsibility: “liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law” as it is often construed (unsuccessfully and even wrongly...) as a responsibility in the absence of breach of international law. This has not only led to a conceptual dead-end, but also made it difficult to understand the role played, for instance, by duties to prevent environmental harm in that context, thereby depriving some of those duties from having any teeth at a time when we need them the most”. See S. Besson, *Theorizing International Responsibility Law: An Introduction*, in: S. Besson (ed.), *Theories of International Responsibility Law*, Cambridge University Press, Cambridge: 2022, p. 14–15 ff. I would comment only briefly that I do not agree with the “no teeth” comment since “the tooth” here lies in the causal link, i.e. the automatic obligation to pay compensation if damage occurs. It is the best motive to take all preventive measures in case of ultra-hazardous activities.

out of wrongfulness, but out of the said primary obligation.¹⁹ The failure of a state to pay compensation would constitute a breach of an international obligation of that state, thereby entailing its international responsibility.

As far as liability is concerned, Article 5 of the Draft sets out as a basic principle the fact that the liability to make compensation or other relief arises from significant transboundary harm caused by activity on the territory or under the jurisdiction of another state (state of origin). The 1996 Draft provides for two possible procedures by which compensation could be obtained: through judicial or other procedures in the state which had jurisdiction over the activity that caused harm (state of origin) and through negotiation between the state of origin and the state which has jurisdiction over the place where harm occurred (affected state).²⁰ None of the procedures have priority and injured persons may choose to resort to national courts or negotiation between the state of origin and the affected state. The Draft provides guidance for the negotiating states in order to achieve a fair and equitable result.²¹

The integration of preventive and reparative elements in a single instrument led to the weakening of obligations that are twin pillars of the topic, viz. the obligation of prevention and the obligation of compensation. According to the 1996 Draft articles, violation of the obligation of prevention entails no responsibility *ex delicto*, and the obligation to compensate may become a negotiation duty. Thus, violation of the obligation of prevention would not entail responsibility, but the violation must be taken into account in the course of the negotiation as one of the factors that may impact the compensation. The reasons for such an approach of the Commission were likely the strong opposition of states to the liability of states *sine delicto* and the fact that the Commission wanted to make the regime more acceptable to states by weakening both the obligation of prevention and the obligation of compensation.

The transformation of the customary international law obligation of prevention into *obligatio imperfecta*, as well the transformation of the duty to compensate into the duty to negotiate on compensation provoked criticism among scholars. The criticism was understandable from the “pure” legal point of view, but it was likely part of the strategy of the drafters in their efforts to soften the concept of liability without wrongfulness, making it more acceptable.

Some members of the International Law Commission as well as some legal scholars considered that the system of liability *sine delicto* was the only true alternative to the

¹⁹ See M. Seršić, *Due Diligence: Fault-Based Responsibility or Autonomous Standard*, *Liber Amicorum Budislav Vukas*, in: R. Wolfrum, M. Seršić, T.-M. Šošić, (eds.), *Contemporary Developments in International Law*, Brill, Nijhoff, Leiden: 2016, p. 165–169.

²⁰ See Art. 20 and 21 of the 1996 Draft.

²¹ Art. 24 mentions the following factors which, *inter alia*, states shall take into account in the negotiation: the extent to which the state of origin has complied with its obligations of prevention, the extent to which that state has exercised due diligence in preventing or minimising the damage, the extent to which the state of origin or affected state benefit from the activity, any compensation provided in the injured state for the same harm and the extent to which the state of origin has assisted the affected state in minimising harm.

system of state responsibility for wrongful conduct.²² However, due to the opposition of states to that basis of liability, its softer version prevailed in the Commission, although it required significant interventions in the “pure” legal concept of liability *sine delicto*. Evidently the view prevailed that the more “comfortable” version would eventually lead to the acceptance of liability *sine delicto*.²³ Now I have more understanding of this approach, chosen by Quentin Baxter, than I had when the first drafts on the topic were produced.

3. FINAL DRAFTS

The 1997 session of the Commission opened the possibility for modifying the problematic solutions of the 1996 Draft. The Working Group established by the Commission to make recommendations on further work noted that the scope and content of the topic remained unclear due to conceptual and theoretical difficulties, among other things. One of the basic recommendations of the Working Group was to treat the issues of prevention and international liability separately, which the Commission accepted.²⁴

In 2001 the first part of the task was completed, the Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities.²⁵ The 2001 Draft articles did not bring anything new, and much like their 1996 predecessor, dealt with the duty of prevention: due diligence obligation, comprising prior authorisation, risk assessment, non-transference of risk, notification, exchange of information, information to the public, consultation on preventive measures and equitable balance of interests.²⁶

In 2006 the Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities²⁷ were finalised. The Draft abandoned the concept of negotiation on compensation from the 1996 Draft and attached primary liability to the operator,²⁸ not excluding the additional liability of the state of origin, if necessary. According to the Draft, the state of origin’s primary duty is to create a feasible system for obtaining prompt and adequate compensation. The state of origin

²² See Fourth report on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law, by Mr. Robert Q. Quentin-Baxter, Special Rapporteur, 2(1) Yearbook of the International Law Commission (1983), p. 211.

²³ *Ibidem*, p. 217.

²⁴ See International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law, 2(1) Yearbook of the International Law Commission 59 (1997), p. 59, para. 168.

²⁵ See *International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law (Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities)*, ILC Rep 2001, p. 366–436, <https://doi.org/10.18356/137bf9b2-en>.

²⁶ *Ibidem*, Art. 4–17.

²⁷ See Draft Principles of the Allocation of Loss in the Case of Transboundary Harm Arising out of Hazardous Activities, 2(2) Yearbook of the International Law Commission 59 (2006), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_10_2006.pdf (accessed 24 September 2024).

²⁸ See *ibidem*, Principle 4, para. 2.

and other states involved should provide effective remedies, including channelling liability to the operator or other adequate person,²⁹ designating liability without proof of fault, establishing the duty of the liable person to set up and maintain financial security to cover claims of compensation and setting a limitation on liability and grounds for exemption from liability.³⁰ As far as the basis of liability is concerned, the 2006 Draft states that “liability should not require proof of fault” (Principle 4, para. 2). The Commentary explains that the aim of this phrase is “to capture [...] the broad spectrum of designations [...] used to describe contemporary doctrine imposing strict liability”, such as liability without fault, presumed responsibility, negligence without fault, objective liability or risk liability.³¹ This explanation is confusing since it introduces responsibility *ex delicto*, *sine culpa* into the topic, which was from the beginning supposed to deal with liability *sine delicto*, thus bringing the matter of liability back to the topic of responsibility. By contrast to state responsibility, the topic of state liability was, as expressly stressed by the Commission in 1980, “concerned with situations in which liability did not depend upon proof of wrongfulness; in other words, the liability with which the new topic dealt must arise directly from a primary rule of obligation.”³² Bearing in mind the fact that the initial goal of the Commission was to introduce a form of liability of states without wrongfulness, the solution of the 2006 Draft is even further from achieving the initial goal than was the 1996 Draft. The above-mentioned Principle 4, para. 2 and the explanation in the Commentary reveals that the 2006 Draft as a whole lacks coherence and consistency with the basic aim of the topic of liability for acts not prohibited by international law, as well as with previous drafts.

The 2006 Draft established civil liability of operators which has been widely accepted for decades at the national level and the international conventions for hazardous activities, such as liability for nuclear damage, transport or offshore drilling. However, civil liability for damage from hazardous activities in the existing conventions is usually based on causal liability – liability *sine delicto* – not on objective liability, *liability ex delicto*, *sine culpa*. Thus, the 2006 Draft recommends lower standards than those contained in the existing conventions dealing with civil liability for the damage caused by hazardous activities.

4. CONCLUSION

Few topics on the agenda of the International Law Commission have proved to be so controversial as the topic of liability of states for acts not prohibited by interna-

²⁹ E.g., the shipowner in case a ship is involved.

³⁰ See *ibidem*, Principle 4, para. 3 and Principle 6.

³¹ See *ibidem*, p. 78, nb. 12.

³² See UN, *International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law*, *supra* note 11.

tional law. In progress for a long time, with much effort going into each draft, the final outcome did not match the original task and appeared to be disproportionate to the effort invested.³³ As already mentioned, the initial goal of the Commission was to introduce a form of liability of states without wrongfulness, by contrast to state responsibility. However, faced with the unwillingness of states to accept liability *sine delicto*, the Commission was trying to reach a compromise, and over the years each draft departed more and more from the original task. Finally, the 2006 Draft introduced civil liability of operators, with residual liability of states. Given the circumstances, one could understand this solution, though not approve of it. However, what I cannot understand is introducing liability *ex delicto, sine culpa* in the 2006 Draft, whilst civil liability for damage from hazardous activities in the existing conventions is usually based on causal liability, that is, liability *sine delicto*. Thus, it can be said that the 2006 Draft is a regressive development of international law, recommending lower standards than those contained in the conventions dealing with civil liability for the damage caused by pollution. The states obviously do not want any rules that will make them liable in cases where there is no wrongfulness, but that fact does not justify recommending draft principles which do not respect basic developments in international law.

As pointed out at the beginning of this article, the topic of liability for injurious consequences of socially valuable but ultra-hazardous activity still needs a more appropriate outcome which would make possible a more serious role of states in compensating the victims of ultra-hazardous activities.

³³ A. Boyle considers the topic “one of the most laboured and confusing studies the ILC has ever undertaken” – A. Boyle, *Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law*, in: J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, K. Parlett (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, Oxford: 2010, p. 95.

POSSIBLE PATHS TO AN INTERNATIONAL COMPENSATION MECHANISM

1. INTRODUCTION

One of the most topical and often discussed international legal issues at the moment is the legal consequences of the Russian aggression against Ukraine. It has been discussed from various perspectives, including that of *jus cogens*.¹ In addition to issues of the international criminal responsibility of those responsible for the preparation, initiation and conduct of an offensive war and of the application of international sanctions against Russia and Russian entities, this involves reparation for damages caused in Ukraine as a result of Russian aggression. Moreover, the questions of conflicts of norms, including *jus cogens*, and the responsibility of states are among the lifelong research interests of Professor Władysław Czapliński.

The aim of this contribution is to look into the question of a possible mechanism of compensation for damages. General international law regulates the principles of states' responsibility for internationally wrongful conduct, which includes full reparation for damage. The current status is captured in the codification of Articles on the responsibility of states for internationally wrongful acts (ARSIWA), adopted by the UN International Law Commission in 2001.²

In contrast, however, the rules of general international law do not yet regulate detailed standards and procedural mechanisms for how this state responsibility should be applied in practice. At the same time, it is not only damage caused by the illegal behaviour of one state against another. Ambiguities and the need for their clarification relate in particular to responsibility and reparation for damages caused to individu-

¹ E.g. W. Czapliński, *Is There a Space for Jus Cogens in Present International Law? Remarks in the Context of a Ban on the Use of Force*, 11(2) Polish Review of International and European Law 149 (2022), <https://doi.org/10.21697/2022.12.2.07> (accessed 24 September 2024).

² Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April – 1 June and 2 July – 10 August 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No.10, A/56/10.

* Pavel Šturma – Professor of Public Law at the Department of International Law, Charles University (Prague), Faculty of Law, and coordinator of the Research Centre for Human Rights (UNCE) at the same University. ORCID: 0000-0001-9936-2615.

als (natural persons or legal entities). These are primarily damages caused by serious violations of international humanitarian law and international human rights law. A separate but also very important category is damage to the environment, which, depending on the circumstances, may form part of damages claimed directly by the state, or damages concerning individuals.

The idea that Russia, as a state responsible for aggression and other internationally illegal acts, must pay for damages caused in Ukraine, is self-evident from the point of view of general principles of international law and the rules of state responsibility, but its practical implementation can be complex. This idea was also not part of the political and legal discussions within the international community right from the start. It appeared only in the second half of 2022 and even more strongly at the beginning of 2023.

2. REGISTER OF DAMAGE CAUSED BY AGGRESSION OF THE RUSSIAN FEDERATION AGAINST UKRAINE

The first major step was that the UN General Assembly, in its emergency special session, adopted Resolution ES-11/5 on 14 November 2022, in which it recognised that “the Russian Federation must be held accountable for any violations of international law on or against Ukraine, including aggression in violation of the UN Charter, as well as any violation of international humanitarian law and international human rights law”.³ The resolution further recognised that Russia must bear the legal consequences of all its illegal actions, including reparation for the damage caused by such actions. In another point (OP 3), the UNGA also recognised the need to establish an international mechanism for reparation of damage caused by the internationally illegal behaviour of the Russian Federation in Ukraine. In the following paragraph (OP 4), it therefore recommended that Member States, in cooperation with Ukraine, create an international damage register. This register should serve as a record of evidence and information about claims related to damages of all concerned natural and legal persons, as well as the Ukrainian state.⁴

However, the damage register was not created under the auspices of the United Nations. Instead, a regional organisation, the Council of Europe, took the initiative. First, as early as autumn 2022, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) recommended that states establish an international compensation mechanism, including an international register of damage.⁵ Subsequently, the preparatory

³ Resolution adopted by the General Assembly on 14 November 2022, ES-11/5 Furtherance of Remedy and Reparation for Aggression Against Ukraine, A/RES/ES-11/ 5.

⁴ *Ibidem*, p. 2.

⁵ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Further Escalation in the Russian Federation’s Aggression Against Ukraine, Resolution 2463 (2022), 13 October 2022, <https://pace.coe.int/pdf/2026540dcb1ee359ff2717aba7a9a58c3d99e66fdcc20d2af25222ae7f712cf3?title=Res.%202463.pdf> (accessed 24 September 2024).

work on such a register was undertaken by representatives of the Member States in the Committee of Ministers of the Council of Europe (CM). The result of intensive negotiations is the so-called partial and enlarged agreement on the Register of Damage Caused by the Russian Federation's Aggression Against Ukraine, adopted in the form of a resolution of the Committee of Ministers – CM/Res(2023)3 – with the Statute of the Register of Damage Caused by the Aggression of Russian Federation Against Ukraine attached.⁶

The register has been established as a platform for intergovernmental cooperation, operating within the institutional framework of the Council of Europe (Article 1 of the Statute). Pursuant to Article 2 of the Statute, the Register shall receive and process information on damage claims and evidence, sort and organise these claims, assess and determine the legitimacy of claims for inclusion in the Register and store legitimate claims for the purposes of their future review and decision. It should be emphasised that the Register has no judicial functions in relation to these claims, including determining liability and apportioning payments or compensation.

The eligibility criteria for registering claims in the Register are determined by the rules and regulations of the Register. In doing so, they should bear in mind that such claims will be made in relation to damage that was caused (a) from 24 February 2022, (b) on the territory of Ukraine within its internationally recognised borders, including territorial waters, and by (c) internationally wrongful acts of the Russian Federation against Ukraine.

Claims, evidence and related information can be submitted to the Register by affected individuals and legal entities as well as the Ukrainian state, including regional and local authorities, and state-owned or controlled organisations. The Register shall work with relevant national and international partners to gather evidence of damage caused by the Russian Federation's internationally wrongful conduct in or against Ukraine.

According to Article 3 of the Statute, the Register has legal personality under the national law of the Netherlands and Ukraine. The Register shall also have the ability to enter into arrangements with states, international organisations and authorities to support its mandate. The seat of the Register shall be The Hague. The position and operation of the Register in the Netherlands shall be regulated by the settlement agreement concluded by the Council of Europe. The Register shall also have a satellite office in Ukraine to maintain links with the government of Ukraine and to facilitate contact with potential applicants and the wider public.

⁶ Resolution CM/Res(2023)3 Establishing the Enlarged Partial Agreement on the Register of Damage Caused by the Aggression of the Russian Federation Against Ukraine, 12 May 2023, <https://www.legal-tools.org/doc/enlkoe/pdf> (accessed 24 September 2024).

It is obvious that such a register of damages is primarily intended to ensure the collection of evidence and claims for their future application, i.e. to actually be the first step towards establishing a future international reparation mechanism.⁷

3. AN OPEN PATH TO A FUTURE REPARATION MECHANISM?

From the above-cited UN General Assembly Resolution ES-11/5, as well as from the Statute of the Register of Damage, it follows that the ultimate (however distant) goal should be the creation of an international reparation mechanism. However, the legal form and content of the future international reparation mechanism remains a key and still open question.

It only follows from Article 2.5 of the Statute that the future compensation mechanism is to be established by a separate international legal instrument in cooperation with Ukraine. Its exact form is yet to be determined, but it may include a claims commission and compensation fund, charged with assessing and adjudicating claims and paying compensation for damage caused by the Russian Federation's internationally wrongful conduct in or against Ukraine. The Register itself, through its executive director and the Secretariat, should participate in the work aimed at establishing such a compensation mechanism. In the case of its establishment, the aforementioned authorities will take the necessary steps to ensure that the Register is transferred to a compensation mechanism in accordance with the Statute.

It thus clearly follows from the Statute of the Register of Damage that it is to be the first step in ensuring responsibility and compensation for damage caused by the Russian aggression against Ukraine. At the moment, when the armed conflict in Ukraine is still ongoing, the achievement of the declared goal, i.e. a functioning compensation mechanism, is connected with the resolution of relatively complex political and legal issues.

Although there are some examples of international compensation mechanisms (commissions), such as the United Nations Compensation Commission (UNCC), created by binding UN Security Council Resolution 687 (1991) to address the damages caused by Iraq to foreign governments, citizens and corporations as a result of its illegal invasion and occupation of Kuwait,⁸ or the Ethiopia–Eritrea Compensation Commission (EECC)⁹ – established by an agreement within the peace process – neither of these models is directly transferable given the different situation created by the Russian aggression in Ukraine. The legally strongest basis, which would be a

⁷ The Register of Damage for Ukraine – the first component of a compensation mechanism for Ukraine – commenced operations on 2 April 2024.

⁸ Resolution 687 (1991) adopted by the Security Council at its 2981st meeting on 3 April 1991, paras 16–19, S/RES/687.

⁹ Agreement Between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the State of Eritrea, concluded at Algiers on 12 December 2000, https://www.files.ethz.ch/isn/125337/1392_Algiers%20Agreement.pdf (accessed 24 September 2024).

UNSC resolution, is out of the question due to the rule of unanimity of the permanent members of the Council (Russian veto). The second option, a treaty between Russia and Ukraine (along the lines of the EECC) is also hard to imagine in the current situation of the ongoing conflict. At the same time, it remains questionable whether this path would be viable after the end of the fighting, especially in a situation where neither side of the armed conflict is able to achieve victory and there is a risk of a “frozen” conflict.

Nevertheless, whilst ignoring the political aspects, it is appropriate to examine the legal pitfalls as well as the advantages of a contractual instrument being part of the solution, i.e. finding a way to establish an international compensation mechanism. If the resolution of the UNSC is not passed, various variants of the treaty (bilateral or multilateral) and acts of international organisations, e.g. recommendatory resolutions of the UN General Assembly, can be considered.

4. THEORETICAL AND PRACTICAL PROBLEMS OF “PEACE TREATIES” OR TREATIES ESTABLISHING A COMPENSATION MECHANISM

In traditional international law, reparations were a common component of peace treaties, which ended wars and legally confirmed the results of power clashes between states. Of course, the content of these treaties, including provisions for reparation, was not a reflection of state responsibility for damage caused by violations of the rules of *iuris ad bellum* (initiation of war) or *iuris in bello* (violation of the laws and customs of war), but was often simply the result of the balance of power between hostile states. In other words, a peace treaty (as opposed to an agreement on cessation of hostilities) was an instrument by which the victorious powers enforced certain obligations. In this form – that is, as a dictate of the victors – the institution of the peace treaty is generally considered incompatible with modern international law as it has been formed since the UN Charter (1945).¹⁰

Arguments against the peace treaty are both normative (deductive) and empirical (inductive) in nature. The first of these are based on rules that are now codified in the UN Charter and the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)¹¹. Generally speaking, the system of collective security established by the Charter is built on the primary responsibility (role) of the UN Security Council for the maintenance of international peace and security. The residual authorisation of individual states to use force is limited to the right of individual and collective self-defence, which is defensive in nature (to stop an armed attack), but is not intended to enforce repara-

¹⁰ UN Charter [1945] 15 UNCIO 335, amendments in 557 UNTS 143, 638 UNTS 308 and 892 UNTS 119. For details, see Č. Čepelka, P. Šturma, *Mezinárodní právo veřejné*, C.H. Beck, Praha: 2018, p. 520–524.

¹¹ Vienna Convention on the Law of Treaties [1969] 1155 UNTS 331.

tion obligations. In combination with the current rules of responsibility of states, it can be concluded that the responsibility of the state (aggressor) arises *ex lege*, so there is no need for a peace treaty. Any clarification of the legal consequences should be carried out by a binding act (resolution) of the Security Council. A specific argument from the field of treaty law is the prohibition of contracts enforced by the use or threat of force against the other contracting party (state). Such a treaty would be stricken with nullity (null and void).¹²

The second group of arguments is based on the modern practice of states, in which a certain retreat from the negotiation of peace treaties is evident since the Second World War. Thus, no peace treaty was concluded with Germany after 1945, the war in Korea ended in 1954 with only an armistice and not a peace treaty and the former Soviet Union and its successor (the Russian Federation) have not yet concluded a peace treaty with Japan. However, these arguments can be challenged by other examples where peace treaties have been concluded in the same period, such as the peace treaties concluded in 1947 in Paris with Germany's allies (Italy, Finland, Bulgaria, Hungary and Romania) or the Algiers Agreement between Ethiopia and Eritrea. In addition, a large number of national liberation and national armed conflicts were ended by peace agreements, which differ in nature from traditional peace treaties.¹³ Therefore, it can be stated that the practice since 1945 is ambiguous, to say the least.

Classical and modern peace treaties are concluded between former enemy states, and their conclusion and content depend on the outcome of the armed conflict. At the same time, the coercion of the state accepting reparation obligations may or may not be part of the circumstances of the conclusion of a specific treaty.

Another possibility to establish the obligation of compensation, apart from a treaty with the obliged state, could be an instrument where this state is not a party. However, an obstacle to such a treaty, to which the obligated state would not give its consent at all because it is not a contracting party, is the classic rule of *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, which is codified in Articles 34 and 35 of the VCLT.¹⁴ In other words, the principle of relative effects of treaties means that a treaty does not create rights or obligations for a third state without its consent. This would generally mean that without Russia's consent, which of course cannot be assumed, a treaty concluded between Ukraine and other states (regardless of their number) would constitute *res inter alios acta*, and therefore no obligation would arise from it for Russia.

In the Vienna Convention, however, there is an almost forgotten provision – Article 75 – which has the nature of a saving clause which allows the above-mentioned

¹² See Art. 52 of the VCLT.

¹³ Č. Čepelka, P. Šturma, *supra* note 9, p. 524–525.

¹⁴ “Art. 34 (General rule regarding third States)

A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.

Art. 35 (Treaties providing for obligations for third States)

An obligation arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to be the means of establishing the obligation and the third State expressly accepts that obligation in writing.”

principle to be broken in the case of an aggressor state.¹⁵ The purpose of this article is to point out that the aggressor state cannot invoke the Vienna Convention to absolve itself of the obligations it has incurred as a result of its responsibility for aggression. The vagueness of the adopted text, as also follows from the commentary of the International Law Commission, is rather intentional. It was formulated in entirely general terms in order to cover all possible situations.¹⁶ In particular, the aggressor cannot apply Article 52 on the invalidity of a treaty imposed on it – for example, the peace treaties concluded after the end of the world war II with the satellites of Nazi Germany (Italy, Bulgaria, Finland, Hungary and Romania).¹⁷ Similarly, referring to Article 34, the aggressor state cannot reject obligations that it did not accept by consent – for example, for Germany in the case of the Potsdam Declaration.¹⁸

It is worth noting that the draft provision which eventually became Article 75 of the VCLT was not in the original draft articles of the International Law Commission. It only got there during the second reading, based on comments from four governments (Hungary, the Soviet Union, the USA and Ukraine). Therefore, Special Rapporteur Waldock proposed a new provision (paragraph 2 of the then draft Article 58), which was the basis for a later separate article.¹⁹ During further discussion within the Commission, there was some opposition to the proposal based on the belief that legal consequences for the aggressor are based on the rules of state responsibility and the UN Charter, not in the law of treaties.²⁰

Due to the fact that some issues were expressly excluded from the codification of the law of treaties, even the mention of responsibility was dropped in the final version.²¹ From the current point of view, it is somewhat a shame that Article 75 of the VCLT did not make reference to compliance with the law of state responsibility.

¹⁵ “Art. 75 (Case of an aggressor State)

The provisions of the present Convention are without prejudice to the obligation in relation to a treaty which may arise for an aggressor State in consequence of measures taken in conformity with the Charter of the United Nations with reference to that State’s aggression.”

¹⁶ See Reports of the International Law Commission on the second part of its seven-teenth session and on its eighteenth session, A/6309/Rev.1, 2 Yearbook of the International Law Commission 169 (1966), p. 273, para. 5, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1966_v2.pdf (accessed 24 September 2024).

¹⁷ Cf. Č. Čepelka, P. Šturma, V. Balaš, *Právo mezinárodních smluv*, Aleš Čeněk, Plzeň: 2011, p. 196–197; P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris: 2009, p. 218–220.

¹⁸ Report of the Conference of the Heads of Governments of Great Britain, the United States and USSR (Potsdam, 2 August 1945), 39(Suppl) American Journal of International Law 245 (1945).

¹⁹ See Sixth report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, 2 Yearbook of the International Law Commission 51 (1966), p. 69, para. 4: “Nothing in the present article or article 58 precludes a provision in a treaty from being binding on an aggressor State, not a party to the treaty, without its consent if such provision is imposed on it in accordance with the law of State responsibility and with the principles of the Charter of the United Nations.”

²⁰ See M. Fitzmaurice, *Third Parties and the Law of Treaties*, 6 Max Planck Yearbook of United Nations Law 37 (2002), p. 62–63; M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Nijhoff, Leiden: 2009, p. 913–918.

²¹ See Reports of the ILA, *supra* note 15, p. 268.

ity. It is clear from the rules, which were codified much later in the ARSIWA, that legal consequences, including the obligation of full reparation, arise automatically and logically do not require the consent of the responsible state. But when it comes to the exact scope and modalities of compensation for damage, general rules are not enough and specificity is needed. This can be done by a binding judgment of an international court or arbitration, by a resolution of the Security Council or by an international treaty.

In the light of the coercive mechanism established by the Charter, which rests on the system of collective security with the primary responsibility of the Security Council (if it is also capable of action), the aforementioned treaty forms of realising responsibility for aggression may appear outdated. However, the clause in Article 75 of the VCLT is a certain safeguard, both for previously negotiated peace treaties and agreements to the detriment of the aggressor, as well as for possible future use.

Even in the case of the functional coercive mechanism used against Iraq as a result of its annexation of Kuwait (1990–1991), one can see in a modified form the link between the binding Security Council Resolution 687 (1991) – which established certain requirements for the end of allied military coercive action (disarmament, compensation, etc.) – and the notification of acceptance by Iraq.²² This leads some legal scholars to compare this well-known resolution with the institution of a peace treaty.²³

A treaty form is offered in a situation where the Security Council system is blocked by the veto of one of its permanent members. As the Commission pointed out in its commentary on the provision that later became Article 75 of the VCLT, however, the reference to measures taken in accordance with the UN Charter is essential in order to avoid the danger of one state unilaterally labelling another as an aggressor. However, with regard to the practice of “Uniting for Peace”, this requirement can also be met by a resolution of the General Assembly, which called the act aggression and recommended that states take certain measures. However, what is needed is not only a general resolution that qualifies and condemns the situation as aggression, but also a specific recommendation to take a certain measure, which can also be the creation of a compensation mechanism.

5. IN CONCLUSION

In the case of establishing an international compensation mechanism for damages caused to Ukraine on the basis of a treaty, the related UNSC resolution is not only a politically significant legitimising element, but even a condition of legality, or the

²² Resolution 687 (1991), *supra* note 7, para. 33: “upon official notification by Iraq [...] of its acceptance of the above provisions, a formal cease-fire is effective”.

²³ See J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris: 2008, p. 652: “Resolution 687 is a long and complex peace treaty imposed on Iraq.” Translation: editors.

legal effects of obligations arising from such a treaty for a third country. This is so despite the fact that the resolution (recommendation) itself is not a sufficient legal basis for establishing such a mechanism.

From a certain point of view, a different legal form (*instrumentum*), i.e. a resolution or a bilateral or multilateral agreement, can serve the same goal: a specific description of legal consequences arising for the responsible state from its wrongful act (content, *negotium*). However, this does not mean that any form can be chosen.

A multilateral treaty, if it had a sufficiently large number of contracting parties, undoubtedly would have the advantage that all parties will be obliged to cooperate with the international compensation mechanism. The situation would be more problematic in terms of the legitimacy and effectiveness of the mechanism if a larger number of states, especially larger states and great powers, remained outside such a treaty. Such a risk is quite real, especially if the draft resolution and subsequent treaty were to be voted on at the universal level, in the UN General Assembly. Therefore, the interest of the allied states supporting the establishment of a compensation mechanism turns again to a regional solution that could be achieved within the Council of Europe.²⁴

However, the main problem lies in the fact that Russia cannot be expected to become a contracting party, which in one form or another should provide funds to the international compensation mechanism to compensate for the damage caused by it. Its possible fulfilment is related to the (in)effectiveness of international sanctions and the potential use of frozen Russian assets abroad.

²⁴ In this context, it is worth noting that the second preparatory meeting on an international instrument to establish a Claims Commission for Ukraine took place in The Hague on 12-13 September 2024. Discussions focused on the framework for establishing the Claims Commission, including the types of foundational instruments. Delegates exchanged views on lessons learned from previous bodies, such as the United Nations Compensation Commission (UNCC). See: *Second Preparatory Meeting on a Claims Commission for Ukraine Held in The Hague*, 13 September 2024, <https://www.rd4u.coe.int/en/-/second-preparatory-meeting-on-a-claims-commission-for-ukraine-held-in-the-hague> (accessed 30 September 2024).

PRAWO KARNE UNII EUROPEJSKIEJ – W POSZUKIWANIU HARMONII

Traktat z Amsterdamu¹, który zapoczątkował dynamiczny rozwój prawa UE w obszarze prawa represyjnego wszedł w życie 1 maja 1999 r. Traktat z Lizbony², który zreformował podstawy funkcjonowania UE, zniósł podział na trzy filary współpracy znane od czasu Traktatu z Maastricht³ i doprowadził do fundamentalnych zmian kompetencji UE w dziedzinie prawa karnego, wszedł w życie 1 grudnia 2009 r. W tym samym dniu moc prawną równą traktatom uzyskała Karta praw podstawowych UE⁴. 1 maja 2004 r. Polska stała się państwem członkowskim UE. W 2024 r. obchodzimy zatem wiele rocznic związanych z integracją europejską: 25 lat ustanowienia Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości (PWBis), której integralną częścią jest współpraca państw członkowskich w sprawach karnych; 15 lat powstania UE jako organizacji międzynarodowej posiadającej podmiotowość prawną i szerokie kompetencje; 15 lat obowiązywania i stosowania KPP; 20 lat członkostwa Polski w UE. *Last but not least*, okrągły jubileusz obchodzi także Profesor Władysław Czapliński, który swoje badania naukowe poświęcił między innymi prawu Wspólnot Europejskich (a następnie UE), w tym również PWBis⁵.

25 lat po ustanowieniu PWBis w literaturze powszechnie już używa się pojęcia „prawo karne Unii Europejskiej”. Termin ten nie określa, co prawda, wyodrębnionej gałęzi prawa na wzór krajowego prawa karnego, lecz pozwala wyróżnić spośród innych obszarów prawa UE akty prawne i przepisy mające charakter represyjny. Do prawa karnego UE zaliczyć należy:

¹ Traktat z Amsterdamu zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty [1997] OJ C 340, s. 1–144.

² Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. [2007] OJ C 306, s. 1–271.

³ Traktat o Unii Europejskiej [1992] OJ C 191, s. 1–112.

⁴ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej [2016] OJ C 202, s. 389–405.

⁵ Zwl.: W. Czapliński, *Obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości: współpraca w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych*, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, Warszawa: 2005; W. Czapliński, A. Serzysko, *Współpraca w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych w Unii Europejskiej*, Oficyna Wydawnicza ASPRA, Warszawa: 2017.

* Monika Szwarc – profesor w Instytucie Nauk Prawnych PAN. ORCID: 0000-0001-7885-8021.

1. przepisy KPP oraz zasady ogólne prawa UE mające na celu ochronę praw jednostek w obszarze represji (wykonywanej przez UE oraz przez państwa członkowskie, wykonujące w tym zakresie prawo UE);
2. przepisy prawa pochodnego harmonizujące znamiona przestępstw i kar (przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony – decyzje ramowe przyjmowane na podstawie d. art. 34 ust. 2 TUE; po wejściu w życie Traktatu z Lizbony – na podstawie art. 83 ust. 1 i 2 TFUE⁶);
3. przepisy prawa pochodnego ustanawiające współpracę sądową w sprawach karnych, która opiera się na wzajemnym uznawaniu orzeczeń w sprawach karnych (art. 82 TFUE);
4. przepisy prawa pochodnego harmonizujące minimalne normy mające na celu ochronę praw procesowych ofiar przestępstw oraz oskarżonych (art. 82 TFUE);
5. przepisy prawa UE mające na celu ochronę interesów finansowych UE (art. 325 TFUE, obecnie również dyrektywa 2017/1371⁸).

Wylczenie powyższe nie stanowi zamkniętego katalogu obszarów, w których prawo UE może ingerować w prawo karne. Nie ulega przy tym wątpliwości, że po pierwsze, z uwagi na charakter prawa UE oddziałuje ono intensywnie na prawo krajowe, ponieważ skuteczność tego prawa jest realizowana przez sądy działające zgodnie z ugruntowanymi zasadami pierwszeństwa, bezpośredniej skuteczności oraz prounijnej wykładni prawa krajowego. Po drugie zaś, z uwagi na podział kompetencji pomiędzy sądy unijne i sądy krajowe, decydującą rolę w ustalaniu ważności tych przepisów oraz ich wykładni odgrywa Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁹.

Uwarunkowania te, dobrze znane klasycznemu prawu UE, opierającemu się na takich orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości jak *Van Gend en Loos*¹⁰ oraz *Flaminio Costa p. ENEL*¹¹, powodują, że prawo karne UE jest fascynującym polem badań naukowych, obfitującym w problemy prawne mające wymiar teoretyczny i jak najbardziej praktyczny. Trzymając się zawartej w tytule tej książki pamiątkowej terminologii muzycznej – wzajemne oddziaływanie przepisów i wywodzonych z nich norm w tym obszarze skutkuje powstawaniem licznych dysonansów, niekiedy bardzo dobrze słyszalnych. Jednocześnie, wynikający z zasady lojalnej współpracy obowiązek państw członkowskich do skutecznego wywiązywania się z zobowiązań wynikających

⁶ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2007 r. (wersja skonsolidowana) [2016] OJ C 202, s. 47–360.

⁷ Por. M. Szwarc, *Kompetencje Unii Europejskiej w dziedzinie harmonizacji prawa karnego materialnego*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2011.

⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/1371 z 5 lipca 2017 r. w sprawie zwalczania za pośrednictwem prawa karnego nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii [2017] OJ L 198, s. 29–41.

⁹ Nie do przecenienia jest rola TSUE w kształtowaniu rozumienia przepisów prawa UE, w tym podstaw jej funkcjonowania, miejsca jednostki w prawie UE, *etc. por.* W. Czapliński, *Znaczenie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w procesie rozwoju prawa europejskiego*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2021.

¹⁰ ETS, sprawa 26/62, *Van Gend en Loos* [1963] ECLI:EU:C:1963:1.

¹¹ ETS, sprawa 6/64, *Flaminio Costa p. ENEL* [1964] ECLI:EU:C:1964:66.

z Traktatów – jest źródłem dążenia do znalezienia harmonii, tak aby przepisy prawa przyjmowane przez prawodawcę unijnego (ob. to Rada i Parlament Europejski) oraz prawodawców państw członkowskich współgrały ze sobą w sposób, który pozwala na skuteczną realizację celów UE.

Identyfikując bardziej szczegółowo źródła dysonansów w dziedzinie prawa karnego UE, w pierwszej kolejności warto zwrócić uwagę, że należą do nich przepisy mające różny charakter i z tego względu w różny sposób oddziałujące na prawo krajowe, a co za tym idzie na obowiązki organów państw członkowskich, w tym sądów krajowych. Przyjmowane przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony decyzje ramowe, jak również przyjmowane obecnie dyrektywy w obszarze prawa karnego materialnego i procesowego (art. 82 i 83 TFUE), wymagają transpozycji do prawa krajowego. Każdy przypadek nieimplementowanej decyzji ramowej/dyrektywy może narazić państwo członkowskie na postępowanie o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego (art. 258 TFUE) oraz wymaga od sądu krajowego orzekającego w sprawie, w której taka niezgodność występuje, podjęcia odpowiednich działań, aby doprowadzić do wydania orzeczenia zgodnego z prawem UE. Jednocześnie jednak intensywność oddziaływania decyzji ramowych w sferze stosowania prawa jest mniejsza niż w przypadku dyrektyw. Różnice charakteru tych dwóch typów aktów prawnych (odpowiednio: d. art. 34 ust. 2 lit. b TUE oraz art. 82 i 83 TFUE) powodują, że w przypadku niezgodności przepisu prawa krajowego z przepisem decyzji ramowej nie aktualizuje się obowiązek sądu krajowego do odmowy zastosowania tego pierwszego. Jedynym dostępnym dla sądu instrumentem zapewnienia zgodności jest prounijna wykładnia¹². Jest tak z uwagi na fakt, że bezpośredni skutek przepisów decyzji ramowych został wykluczony wprost w d. art. 34 ust. 2 TUE (który był podstawą przyjmowania decyzji ramowych w czasie od 1 maja 1999 r. do 30 listopada 2009 r.), zaś z utrwalonego orzecznictwa TSUE wynika, że spoczywający na sądzie krajowym obowiązek odmowy zastosowania przepisu krajowego niezgodnego z przepisem prawa unijnego aktualizuje się tylko wtedy, gdy ten drugi jest bezpośrednio skuteczny¹³.

W przypadku dyrektyw, wydawanych na podstawie art. 82 i 83 TFUE w ramach współpracy sądowej w sprawach karnych, tego rodzaju ogólne ograniczenie nie występuje. Jednocześnie zastosowanie znajdują wszystkie inne ugruntowane reguły skuteczności dyrektyw w krajowych porządkach prawnych:

1. sąd krajowy jest obowiązany odstąpić od stosowania przepisu krajowego sprzecznego z przepisem dyrektywy jedynie wówczas, gdy ten ostatni jest wystarczająco jasny, precyzyjny i bezwarunkowy, aby można było przyznać mu bezpośrednią skuteczność;
2. jeżeli natomiast przepis dyrektywy nie może być uznany za bezpośrednio skuteczny, wówczas nie aktualizuje się obowiązek sądu krajowego do odstą-

¹² TSUE, sprawa C-573/17, *Popławski II* [2019] ECLI:EU:C:2019:530, pkt 71–72.

¹³ Por. D. Miąsik, M. Szwarc, *Primacy and Direct Effect – Still Together: Popławski II, Case C-573/17, Criminal Proceedings against Daniel Adam Popławski*, 58(2) Common Market Law Review 571 (2021).

- pienia od stosowania przepisu krajowego sprzecznego; wówczas sąd krajowy ma obowiązek podjąć próbę wykładni przepisu krajowego tak dalece jak to możliwe w świetle celu i treści przepisu dyrektywy;
3. obowiązek prounijnej wykładni przepisów dyrektyw jest ograniczony z kolei zasadami ogólnymi prawa unijnego, tzn. nie może prowadzić do ustalenia lub zaostrożenia odpowiedzialności karnej jednostki oraz nie może prowadzić do skutku sprzecznego z przepisem krajowym (*contra legem*);
 4. przepis dyrektywy nie może sam z siebie nakładać obowiązków na jednostkę, zatem nie można takiego przepisu powoływać przeciwko jednostce w postępowaniu przed sądem krajowym, innymi słowy – przepis dyrektywy samodzielnie, bez przepisu wdrażającego, nie może być podstawą prowadzenia postępowania karnego wobec jednostki;
 5. nawet jasny, precyzyjny i bezwarunkowy przepis dyrektywy nie pozwala sądowi krajowemu na odstępianie od stosowania przepisu prawa krajowego, który jest z nim spreczny, jeżeli w wyniku tego zostałby nałożony na jednostkę dodatkowy obowiązek¹⁴.

Na marginesie warto dodać, że przepisy prawa krajowego mogą być potencjalnie również niezgodne z przepisami prawa UE, których zasadniczo nie kojarzy się powszechnie ze sferą prawa represyjnego, mianowicie ze swobodami rynku wewnętrznego. Jeżeli przepisy krajowe (które nie wchodzą w zakres stosowania aktów prawa pochodnego UE) regulują prowadzenie działalności gospodarczej (np. wymagają posiadania licencji, zezwolenia, rejestracji) i jednocześnie ich naruszenie jest zagrożone sankcjami karnymi, wówczas może okazać się, że norma sankcjonowana lub norma sankcjonująca stanowią ograniczenie jednej ze swobód rynku wewnętrznego (np. swobody przepływu towarów lub usług). Wówczas zastosowanie znajdzie klasyczna analiza dopuszczalności ograniczenia swobody rynku wewnętrznego, tzn. sprawdzenie czy istnieje uzasadnienie takiego ograniczenia interesem ogólnym oraz czy wprowadzone ograniczenie jest proporcjonalne do zamierzonego celu. Klasycznym przykładem poszukiwania harmonii i wyważania dwóch interesów: zapewnienia swobodnego przepływu (np. towarów, usług) z jednej strony oraz potrzebą ochrony konkretnego interesu publicznego zidentyfikowanego w danym państwie członkowskim, z drugiej są orzeczenia dotyczące gier hazardowych¹⁵.

Drugi obszar występowania dysonansów to różne poziomy ochrony praw podstawowych w sferze prawa represyjnego w państwach członkowskich. Warto przypomnieć, że od 25 lat jednym z „kamieni węgielnych” współpracy sądowej w sprawach karnych jest wzajemne uznawanie orzeczeń. Fundamentem współpracy sądowej w sprawach karnych jest w UE wzajemne uznawanie orzeczeń, urzeczywistnione w przyjmowanych od 1 maja 1999 r. aktach prawa pochodnego (decyzjach ramowych), poczynszo

¹⁴ TSUE, sprawa C-573/17, *Popławski II*, *supra* note 12, pkt 64–67.

¹⁵ Np. ETS, sprawa C-243/01, *Piorgiorgio Gambelli i in.* [2003] ECR I-13031.

od decyzji ramowej ustanawiającej europejski nakaz aresztowania¹⁶. Ten nowy model współpracy doprowadził do przekształcenia podstaw obrotu między państwami członkowskimi: w miejsce tradycyjnego mechanizmu międzynarodowej pomocy prawnej (wniosek państwa wzywającego i dyskrecjonalne uprawnienia państwa wezwanego do jego uwzględnienia lub odrzucenia) wprowadzono mechanizm oparty na daleko idącym automatyzmie uznania i wykonania orzeczenia wydanego przez organ sądowy jednego państwa członkowskiego przez organ sądowy innego państwa członkowskiego, tak jakby sam go wydał¹⁷. Immanentną cechą tej współpracy było założenie, że sąd wykonujący orzeczenie sądu innego państwa członkowskiego może odmówić takiego wykonania wyłącznie w ściśle określonych prawem UE przypadkach (wynikających z danego, mającego zastosowanie aktu prawa UE). Innymi słowy wzajemne uznawanie orzeczeń w sprawach karnych miało doprowadzić do swobodnego przepływu orzeczeń między państwami członkowskimi (na wzór swobodnego przepływu towarów na rynku wewnętrznym).

W praktyce system prawny każdego państwa członkowskiego miał otworzyć się na orzeczenia sądów karnych pozostałych państw członkowskich, wydawanych przy tym w różnych (bo nie podlegających harmonizacji) procedurach karnych. Istotnym założeniem leżącym u podstaw tak skonstruowanego modelu współpracy musiało być daleko idące wzajemne zaufanie między państwami członkowskimi, w szczególności, jeśli chodzi o zapewnienie poszanowania praw jednostek (oskarżonych w postępowaniach karnych). Zasadniczo wzajemne zaufanie między państwami członkowskimi opierać się miało na założeniu, że wszystkie państwa członkowskie: szanują prawa podstawowe zgodnie z przyjętymi w UE standardami, szanują rządy prawa (przestrzegają praworządności), zwłaszcza oddają jednostkom do dyspozycji mechanizmy skutecznej ochrony sądowej oraz respektują reguły demokracji.

Chociaż w ramach UE nie następuje harmonizacja (czyli ustalanie wspólnych reguł na podstawie aktów prawa pochodnego), jeśli chodzi o rządy prawa, czy skuteczną ochronę sądową, to jednak państwa członkowskie dzielą przekonanie, że Unia jako całość i każde z państw członkowskich opierają się na wspólnych wartościach wymienionych w art. 2 TUE¹⁸. To założenie w praktyce współpracy sądowej w sprawach karnych okazało się zbyt idealistyczne. Niemożliwe okazało się osiągnięcie harmonii wyłącznie na podstawie samej narracji o wzajemnym zaufaniu, bez dalszych działań

¹⁶ Decyzja ramowa Rady z 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi (2002/584/WSiSW) [2002] OJ L 190, s. 1–20.

¹⁷ T. Ostropolski, *Współpraca wymiarów sprawiedliwości w sprawach karnych*, w: J. Barcz (red.), *Współpraca sądowa w sprawach cywilnych, karnych i współpraca policyjna*, System Prawa Unii Europejskiej, t. 8, C.H. Beck, Warszawa: 2021, s. 294, nb 158.

¹⁸ Art. 2 TUE: „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwu Członkowskiemu w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”.

Art. 67 ust. 1 TFUE 1: „Unia stanowi przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w poszanowaniu praw podstawowych oraz różnych systemów i tradycji prawnych Państw Członkowskich”.

legislacyjnych. Różnice w poziomach ochrony praw jednostek w postępowaniach karnych w poszczególnych państwach członkowskich okazały się zbyt znaczące, by współpraca w sprawach karnych mogła się opierać wyłącznie na wzajemnym uznawaniu orzeczeń.

Obecnie współpraca sądowa w sprawach karnych opiera się na zasadzie wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych oraz obejmuje harmonizację prawa procesowego i prawa karnego materialnego w zakresie określonym w TFUE (art. 82 ust. 1 TFUE)¹⁹. Unia uzyskała kompetencje do harmonizacji prawa procesowego (jest to harmonizacja minimalna) „w zakresie niezbędnym dla ułatwienia wzajemnego uznawania wyroków i orzeczeń sądowych, jak również współpracy policyjnej i wymiarów sprawiedliwości w sprawach karnych”, w zakresie: wzajemnego dopuszczania dowodów między państwami członkowskimi, praw jednostek w postępowaniu karnym oraz praw ofiar przestępstw (art. 82 ust. 2 TFUE)²⁰. Obecnie zatem nie ulega wątpliwości, że wzajemne uznawanie orzeczeń i harmonizacja wybranych aspektów prawa karnego procesowego muszą być traktowane jako komplementarne metody integracji w ramach UE (a nie metody konkurencyjne). Dopiero wdrażane łącznie, wzajemne uznawanie i harmonizacja praw procesowych, mogą przyczynić się do niwelowania dysonansów i osiągnięcia harmonii w realizacji celu unijnego, jakim jest zwalczanie poważnej przestępczości i zapewnienie obywatelom rzeczywistej PWBis.

Po trzecie, poszukiwanie harmonii jest niezbędne w obszarze szeroko rozumianych praw podstawowych. Wspomniana w akapicie powyżej harmonizacja w zakresie praw podstawowych jednostek w postępowaniach karnych ma charakter punktowy, komplementarny względem wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych i jednocześnie jest to harmonizacja minimalna. W konsekwencji, w pozostałym zakresie nieobjętym harmonizacją nieuchronne są różnice w standardach ochrony – jak dysonanse w muzyce. Każdy sąd krajowy każdego państwa członkowskiego, gdy rozstrzyga sprawę będącą w zakresie stosowania prawa unijnego (np. wykonuje europejski nakaz aresztowania wydany przez sąd innego państwa członkowskiego, nakłada sankcję karną za naruszenie interesu finansowego UE), jest związany standardami ochrony praw podstawowych (praw człowieka) mającymi swoje źródło jednocześnie w: konstytucji krajowej, Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności²¹ oraz KPP. Ten zbieg źródeł ochrony praw podstawowych niewątpliwie jest korzystny dla jednostek, lecz dla sądów może być nie lada wyzwaniem, zwłaszcza gdy standard mającego zastosowanie w danym przypadku prawa jest różny w konstytucji, Konwencji i KPP.

¹⁹ Art. 82 ust. 1 TFUE.

²⁰ Na marginesie warto dodać, że ten katalog dziedzin, w których Unia może podejmować środki harmonizujące może zostać rozszerzony (bez konieczności zmiany TFUE) na podstawie decyzji Rady, działającej jednomyślnie za zgodą Parlamentu Europejskiego, art. 82 ust. 2 pkt d TFUE.

²¹ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 [1993] Dz.U. Nr 61, poz. 284.

W tym zakresie przypomnienia wymaga, że jeżeli państwo członkowskie wprowadza sankcje karne za naruszenie przepisów prawa UE, jest związane ogólnymi zasadami prawa karnego, będącymi podstawą aksjologiczną nowoczesnego prawa karnego i odzwierciedla podstawowe gwarancje praw jednostek w postępowaniu karnym. Uznane przez TSUE w orzecznictwie, a następnie skodyfikowane w KPP, wiążą państwa członkowskie: domniemanie niewinności (art. 48 ust. 1); *nullum crimen, nulla poena sine lege, lex retro non agit, lex mitior* (art. 49 ust. 1), proporcjonalność kar kryminalnych (art. 49 ust. 3), *ne bis in idem* (art. 50 KPP).

TSUE udzielił już sądom krajowym wskazówek, w jaki sposób postępować w sytuacji, gdy zastosowanie w danej sprawie może mieć zarówno KPP, jak i EKPC. Orzekł, że jeżeli rozpatrywana przez sąd krajowy sprawa jest objęta zakresem stosowania prawa UE wówczas musi rozważyć, czy działania państwa członkowskiego nie naruszają praw wynikających z KPP. Z drugiej strony, jeżeli sąd ten uzna, że sprawa nie jest objęta zakresem stosowania prawa UE, wówczas zastosowanie znajdzie standard konstytucyjny oraz EKPC²². Należy przy tym podkreślić, że nie jest to jedynie kwestia wyboru pomiędzy dwoma różnymi aktami prawnymi, będącymi źródłem standardu ochrony praw człowieka, lecz przede wszystkim kwestia rozdziału właściwości między sąd konstytucyjny danego państwa członkowskiego, ETPC i wreszcie TSUE w odniesieniu do wykładni przepisów.

W dotychczasowej praktyce orzeczniczej TSUE odnaleźć można wiele przykładów spraw, w których TSUE, na wniosek sądów krajowych rozstrzygających konkretne sprawy w zakresie własnej jurysdykcji, próbował pogodzić różne standardy ochrony. O ile prawo UE nie reguluje stosunków między EKPC a porządkami prawnymi państw członkowskich (ani nie określa skutków, jakie sąd krajowy powinien wywieść ze sprzeczności między normą prawa krajowego a prawami chronionymi na mocy tej konwencji)²³, o tyle na gruncie tego prawa rozstrzygane są wzajemne relacje między konstytucjami narodowymi a Kartą oraz między Kartą a EKPC i protokołami do niej.

Wyrok *Melloni*²⁴ to przykład sprawy z pierwszej kategorii, tzn. w której standard konstytucyjny był wyższy niż ten wynikający z prawa UE. Istotne jest przy tym, że standard ochrony jednostek w ramach wzajemnego uznawania orzeczeń, które zostały wydane *in absentia*, został ustalony w przepisach decyzji ramowej 2002/584/WSiSW. Odpowiadając na wątpliwości sądu krajowego co do możliwości odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania z uwagi na fakt, że prawo konstytucyjne przewidywało wyższy standard ochrony niż przepisy decyzji ramowej, TSUE wskazał: „gdy akt prawa Unii wymaga przyjęcia krajowych aktów stosowania, organy i sądy krajowe są uprawnione do stosowania krajowych standardów ochrony praw podstawowych, o ile zastosowanie owych standardów nie podważa poziomu ochrony wynikającego z karty stosownie do wykładni Trybunału, ani pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności

²² TSUE, sprawa C-256/11, *Dereci* [2011] ECLI:EU:C:2011:734, pkt 72.

²³ TSUE, sprawa C-617/10, *Fransson* [2013] ECLI:EU:C:2012:340, pkt 44.

²⁴ TSUE, sprawa C-399/11, *Melloni* [2013] ECLI:EU:C:2013:107.

prawa Unii²⁵. W konsekwencji, z uwagi na fakt, że standard ochrony w omawianym zakresie został w wyczerpujący sposób zharmonizowany w decyzji ramowej, państwo członkowskie nie mogło powoływać się na wyższy standard konstytucyjny w celu odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania, ponieważ zagroziłoby to jednolitości stosowania i skuteczności tej decyzji ramowej.

Jeżeli chodzi o poszukiwanie harmonii między standardem ochrony zagwarantowanym w KPP a standardem wynikającym z EKPC i protokołów do niej, wystarczy przypomnieć, że w zakresie, w jakim Karta

zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ich znaczenie i zakres są takie same jak praw przyznanych przez tę konwencję. Niniejsze postanowienie nie stanowi przeszkody, aby prawo Unii przyznawało szerszą ochronę (art. 52 ust. 3 KPP).

Orzecznictwo TSUE dostarcza licznych przykładów spraw, w których standard ochrony przewidziany w Karcie Praw Podstawowych jest interpretowany w świetle odpowiedniego dorobku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka²⁶. Przykładem dążenia do zapewnienia harmonii standardu KPP ze standardem wywodzonym z dorobku ETPC jest także orzecznictwo TSUE dotyczące zasady *ne bis in idem* (art. 50 KPP). Trybunał Sprawiedliwości odwoływał się konsekwentnie do orzeczeń ETPC w celu interpretacji poszczególnych przesłanek składających się na gwarancję zawartą w art. 50 KPP: karny charakter sankcji²⁷ oraz tożsamość czynu (*idem*)²⁸. Bardziej zniuansowane stanowisko TSUE zajął w kontekście możliwości kumulacji sankcji administracyjnych (mających charakter karny w znaczeniu materialnym) i karnych, wskazując, że jest to ograniczenie zasady *ne bis in idem*, które jednak może zostać uznane za uzasadnione i proporcjonalne (zgodnie z art. 52 ust. 1 KPP). W argumentacji odwołał się ponownie do stanowiska ETPC, włączając je do etapu badania proporcjonalności ograniczenia zasady *ne bis in idem*²⁹. Wyrok *Menci* oraz dotyczące podobnych kwestii wyroki *Garlsson*³⁰ i *Di Puma*³¹ odzwierciedlają jednocześnie jeszcze jeden aspekt dysonansów pojawiających się w prawie karnym Unii Europejskiej, mianowicie konkurujących ze sobą wymogów: zapewnienia skuteczności prawu UE z jednej strony i poszanowania praw podstawowych jednostek – z drugiej. W powołanej grupie wyroków, co do zasady TSUE dopuścił możliwość

²⁵ *Ibidem*, pkt 60.

²⁶ Np. *ibidem*, pkt 50.

²⁷ TSUE, sprawa C-489/10, *Bonda* [2012] ECLI:EU:C:2012:319, pkt 36–37; TSUE, sprawa C-524/15, *Menci* [2018] ECLI:EU:C:2018:197, pkt 31.

²⁸ ETS, sprawa C-436/04, *Van Esbroeck* [2006] ECLI:EU:C:2006:165, pkt 27, 32 i 36; ETS, sprawa C-150/05, *Van Straaten* [2006], ECLI:C-150/05, EU:C:2006:614, pkt 41, 47–48; TSUE, *Mantello*, C-261/09, *Mantello* [2010] ECLI:EU:C:2010:683, pkt 40; TSUE, sprawa C-524/15, *Menci*, *supra* note 27, pkt 34–35.

²⁹ *Ibidem*, pkt 61–62.

³⁰ TSUE, sprawa C-537/16, *Garlsson* [2018] ECLI:EU:C:2018:193.

³¹ TSUE, sprawy połączone C-596/16 i C-597/16, *Di Puma* [2018] ECLI:EU:C:2018:192.

ograniczenia stosowania zasady *ne bis in idem*, z uwagi na fakt, że kumulacja postępowania administracyjnego prowadzącego do nałożenia sankcji karnej (w znaczeniu materialnym) oraz postępowania karnego – w wielu państwach członkowskich jest wykorzystywana w celu zapewnienia pełnej skuteczności prawa UE (np. w dziedzinie podatków, zwalczania nadużyć na rynku, ochrony interesów finansowych UE). Udzielenie priorytetu skuteczności prawu UE przed ochroną jednostek spotkało się z krytyką w piśmiennictwie³².

W innych orzeczeniach Trybunał Sprawiedliwości jest skłonny udzielić priorytetu ochronie praw jednostek przed zapewnieniem pełnej skuteczności prawu UE, na przykład w kontekście wykonywania europejskich nakazów aresztowania, a zatem w ramach wzajemnego uznawania orzeczeń. Wyrok w sprawach połączonych *Aranyosi i Căldăraru*³³ zapoczątkował stanowisko TSUE, zgodnie z którym obowiązek ochrony praw podstawowych może w pewnych okolicznościach stanowić podstawę do odroczenia wykonania orzeczenia sądowego, wydanego przez organ innego państwa członkowskiego. Odpowiadając na wątpliwości sądu niemieckiego, TSUE uznał, że wyroki ETPC, w których stwierdzono naruszenie zakazu tortur i niehumanitarnego traktowania (art. 3 EKPC) wynikające z tragicznych warunków odbywania kary pozbawienia wolności w więzieniach na Węgrzech i w Rumunii, mogą być podstawą rozważenia wstrzymania wykonania europejskich nakazów aresztowania wydanych przez sądy tych państw członkowskich w celu wykonania kary. Podsumowując zwięźle stanowisko TSUE, należy wskazać, że zawarł on w wyroku wskazówki dla sądów krajowych do przeprowadzania dwustopniowego testu w zakresie rozważanego naruszenia praw podstawowych³⁴. Chociaż zatem na mocy decyzji ramowej 2002/584/WSiSW przesłanki odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania zostały wskazane w sposób enumeratywny i wyczerpujący, w określonych warunkach wykonanie takiego nakazu może być wstrzymane, jeżeli zostaną spełnione wymogi zawarte w wyroku *Aranyosi i Căldăraru*. Stanowisko swoje potwierdził Trybunał Sprawiedliwości w wyroku *LM*, w którym dopuścił możliwość wstrzymania wykonania europejskiego nakazu aresztowania w sytuacji istnienia rzeczywistego ryzyka naruszenia prawa podstawowego danej osoby do niezależnego sądu, a w konsekwencji jej prawa podstawowego do rzetelnego procesu sądowego, o którym mowa w art. 47 akapit drugi karty. Ryzyko to było rozpatrywane w kontekście naruszenia wymogu niezawisłości sędziów, wchodzącego w zakres istotnej treści prawa podstawowego do rzetelnego procesu sądowego, które ma podstawowe znaczenie jako gwarancja ochrony wszystkich praw, jakie jednostki wywodzą z prawa Unii i zachowania wartości

³² A. Błachnio-Parzych, *Zasada ne bis in idem a obowiązek ustanowienia sankcji skutecznych, proporcjonalnych i odstraszających. Glosa do wyroku TS z dnia 20 marca 2018 r., C-596/16 i C-597/16*, 12 Europejski Przegląd Sądowy 37 (2018), s. 37–42; K. Baranowski, *Ograniczenie stosowania zasady ne bis in idem na podstawie art. 52 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. Glosa do wyroku TS z dnia 20 marca 2018 r., C-524/15*, 2 Europejski Przegląd Sądowy 33 (2020), s. 33–46.

³³ TSUE, sprawy połączone C-404/15 i C-659/15, *Aranyosi i Căldăraru* [2016] ECLI:EU:C:2016:198.

³⁴ Por. *ibidem*, pkt 89–94.

wspólnych państwach członkowskich, określonych w art. 2 TUE, w szczególności wartości w postaci państwa prawnego³⁵. W 2023 r. TSUE orzekł również, że podstawą ważenia między skutecznością europejskiego nakazu aresztowania a ochroną praw podstawowych może być również art. 7 KPP (poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego) oraz art. 24 ust. 2 i 3 KPP (prawa dziecka)³⁶. We wszystkich tych wyrokach TSUE konsekwentnie przypomina swoje rozstrzygnięcie w sprawie 2/13, w której wydał opinię dotyczącą możliwości przystąpienia UE do EKPC. Wskazał w niej po pierwsze, że zasada wzajemnego zaufania wymaga, w szczególności w odniesieniu do Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości, aby każde państwo uznawało – z zastrzeżeniem wyjątkowych okoliczności, że wszystkie państwa członkowskie przestrzegają prawa Unii, a zwłaszcza praw podstawowych uznanych w tym prawie. Po drugie, państwa członkowskie są zobowiązane przyjmować domniemanie co do przestrzegania praw podstawowych przez inne państwa członkowskie, a w konsekwencji nie mogą ani żądać od innego państwa członkowskiego poziomu ochrony krajowej praw podstawowych wyższego od poziomu zapewnionego w prawie Unii, ani – z zastrzeżeniem wyjątkowych przypadków – weryfikować, czy to inne państwo członkowskie rzeczywiście przestrzegało w konkretnym przypadku praw podstawowych zagwarantowanych przez Unię Europejską³⁷.

Podsumowując powyższe rozważania, można stwierdzić, że w dziedzinie prawa karnego Unii Europejskiej powstawanie dysonansów wydaje się nieuniknione, z uwagi na duże zróżnicowanie pochodzenia, charakteru prawnego, treści i skutków prawnych przepisów, które w jego skład wchodzi. Są to przepisy prawa UE, prawa międzynarodowego, prawa krajowego. Przepisy prawa UE i prawa międzynarodowego mają różny charakter i w odmienny sposób wywierają skutki prawne w poszczególnych państwach członkowskich. Wreszcie, przepisy te, zwłaszcza w obszarze ochrony praw podstawowych (praw człowieka) mogą mieć różną treść, dekodowaną przecież przez wspólnotę sędziów konstytucyjnych i europejskich (TSUE i ETPC). Właśnie z powodu tych okoliczności faktycznych i prawnych te dysonanse zdarzały się i będą się nadal pojawiać.

Nie zwalnia to jednak państw członkowskich, ich organów, a w szczególności sędziów krajowych, podobnie jak sędziów europejskich do podejmowania prób osiągnięcia harmonii w tym zakresie. W moim przekonaniu nie będzie to nigdy dzieło skończone, w którym wszystkie akordy brzmią w perfekcyjnej harmonii. Jest to raczej dzieło systematycznie poprawiane, zwłaszcza w kontekście dynamicznie rozwijającego się orzecznictwa na styku prawa karnego i ochrony praw podstawowych w UE.

³⁵ TSUE, sprawa C-216/18 PPU, *LM* [2018] ECLI:EU:C:2018:586, pkt 79 i sentencja.

³⁶ TSUE, sprawa C-261/22, *GN* [2023] ECLI:EU:C:2023:582.

³⁷ TSUE, Opinia 2/13 wydana na podstawie art. 218 ust. 11 TFUE, 18 grudnia 2018 r., ECLI:EU:C:2014:2454, pkt 192.

A BIRD'S EYE VIEW OF INTERNATIONAL (DIS)ORDER: DISSONANCES AND CHALLENGES

1. INTRODUCTION

Some months ago, in November 2023, I received an e-mail from professors Karolina Wierczyńska, Krystyna Kowalik-Bańczyk, Maciej Taborowski and Andrzej Jakubowski, planning a *Liber Amicorum* in honour of Professor Władysław Czapliński “as a token of appreciation of his contribution to the scholarship of international law and European law”. The idea and the person to which this book is devoted – a dear colleague as well as a friend – together with the suggested title (*Euphony, Harmony and Dissonance in the International Legal Order*) were sufficient reasons to agree to the project. I would like to express my gratitude to all those involved on it for this opportunity.

My attention will focus on two aspects: the most relevant issues studied by my dear friend and colleague, Professor Władysław Czapliński (Dziulek to his friends), his well-known activities related to international law and European Union law, using his research (particularly in English and French) to see the dissonances and challenges of the international (dis)order of contemporary international society. The use (and abuse) of international law, as a main concern of Professor Czapliński's, will be a backdrop to be considered.

2. FROM HISTORY TO RECENT EVENTS: THE LABOUR OF WŁADYSŁAW CZAPLIŃSKI REVISITED

History and the consequences of historical events in the evolution of international law – within a practical approach – has been one of the main aspects of the research of Professor Władysław Czapliński. Some years ago, He wrote:

* María Isabel Torres Cazorla – Professor of International Public Law and International Relations at the University of Malaga and Doctor in Law from the same University. ORCID: 0000-0003-2014-7299.

The year 2020 marked the passage of 70 years since the conclusion of the Zgorzelec/Görlitz Agreement between Poland and the German Democratic Republic (GDR) on the delimitation of the existing state border; 50 years since the conclusion of the Treaty between Poland and the Federal Republic of Germany on the normalization of mutual relations; and 30 years since the conclusion of the Treaty between Poland and the (united) Federal Republic of Germany (FRG) on the confirmation of the border between them. Another Polish-German agreement: the Treaty on good-neighbourly relations and friendly cooperation, oriented toward the future relations between the two States, was signed in 1991. Thus, the border dispute that had been in progress since World War II (WWII) came to an end. The dispute formed one of the axes of conflict between the Eastern bloc and the democratic (or free) world.¹

Listening to classical music – one of the hobbies of our dear colleague – in particular, the *Suite on Polish Themes*, composed by one of the most exceptional musicians in Poland today,² where the harmony and mystery, the contrast with historical events of the 20th century and the consequences we are suffering now are all present, it is crucial to remember the works on historical events and international relations written by Dziulek.³ The connection between history, bilateral and multilateral relations and the role played by Poland in this context is one of his brilliant contributions to the Polish Academy of Sciences.

3. FROM THE HAGUE ACADEMY ONWARDS: THE STATE AT STAKE

It was the summer of 1996, in The Hague. The topic to be studied in the field of this prestigious institution devoted to study international law (the Centre for Studies and Research of The Hague Academy of International Law) was on that occasion “State Succession”. That was the context in which I met Professor Władysław Czapliński, as a participant of the French section of the Centre – I was in the English one, but we had the opportunity to discuss and exchange points of view with each other – under the direction of Professors Michael Eisemann and Martti Koskenniemi.⁴ The experi-

¹ W. Czapliński, *Remarks on Zasada efektywności w prawie międzynarodowym [Principle of effectiveness in international law] by Janusz Symonides: On the Anniversary of the Conclusion of the Polish-German Treaties of 1950, 1970 and 1990*, 40 Polish Yearbook of International Law 23 (2020), p. 23–24, <https://doi.org/10.24425/pyil.2021.138427>.

² K. Herdzin, *Suite on Polish Themes* [CD], Decca, London: 2014.

³ E.g. W. Czapliński, *International legal aspects of relations between the GDR and the EEC: A Polish view*, 22 Common Market Law Review 69 (1985), p. 69–85; W. Czapliński, *Quelques aspects juridiques de la réunification de l'Allemagne*, 36 Annuaire Français de Droit International 89 (1990), p. 89–105; W. Czapliński, *The New Polish-German Treaties and the Changing Political Structure of Europe*, 86(1) American Journal of International Law 163 (1992), p. 163–173; W. Czapliński, *The German Doctrine of International Law and Polish-German Relations (Past and Future)*, 50 German Yearbook of International Law 419 (2007), p. 419–429.

⁴ As a result of this, a collective book under the direction of P.M. Eisemann and M. Koskenniemi was published. See P.M. Eisemann, M. Koskenniemi (eds.), *State Succession: Codification Tested Against the Facts [La Succession d'États: la codification à l'épreuve des faits]*, Brill, Nijhoff, The Hague–Boston–London: 2000. My own

ence – and the previous writings – of Professor Czapliński on the aforementioned topic were astonishing:⁵ for a long time, the topic of state succession, secession and related questions have been a recurrent theme of his reflections. I remember these sessions of the Centre and the debates, more than 25 years ago, as I listen to “Melodia Liryczna”⁶ this winter afternoon.

The harmony of Chopin⁷ and the contrast with the topic of Recognition / Non-recognition of States, a key question of international law, where we find the prolific research of Professor Czapliński,⁸ must be mentioned. Together with his interest about the responsibility of states,⁹ the need to protect minorities and the rights of individuals¹⁰ are other issues requiring mention in the context of a general review.

contribution: M.I. Isabel Torres Cazorla, *Rights of Private Persons on State Succession: An Approach to the Most Recent Cases*, in: *ibidem*, p. 663–717.

⁵ W. Czapliński, *State Succession and State Responsibility*, 28 *The Canadian Yearbook of International Law* 339 (1991), p. 339–359. He points out therein that “the problems in cases of State responsibility has not been dealt with in the codification of the law of State succession or in the codification of State responsibility”. Another engaging study is titled W. Czapliński, *International Legal Aspects of Polish-Lithuanian Relations*, 19 *Polish Yearbook of International Law* 31 (1992), p. 31–48. A relevant contribution from the same period is W. Czapliński, *La continuité, l’identité et la succession d’États – Évaluation de cas récents*, 26(2) *Revue Belge de Droit International* 374 (1993), p. 392; there he states that “This illogical situation (developments in the former Yugoslavia were similar to those in the USSR and Austria-Hungary) confirms the importance of international recognition in defining the identity and succession of states”. His analysis of international practice is a basis for future research concerning state succession (*Aspects of the Law of State Succession*, https://www.ila-hq.org/en_GB/committees/aspects-of-the-law-of-state-succession (accessed 1 July 2024)) and recognition, in particular, as an active member of the International Law Association (working on the topic *Recognition/Non-Recognition in International Law from 2009 to 2018*, https://www.ila-hq.org/en_GB/committees/recognition-non-recognition-in-international-law (accessed 1 July 2024)).

⁶ A piece included on the disc J. Maksymiuk, *Retro* [CD], Agora, Warszawa: 2018.

⁷ In particular, one of Dziulek’s favourite interpretations of this incredible Polish composer is M. Perahia, *Murray Perahia Plays Chopin* [CD], Sony Music, Warszawa: 2014. One of the best interpretations of Chopin’s *Nocturnes* is A. Rubinstein, *Nocturnes* [CD], RCA, New York: 2010. A comment on this interpretation included on this CD compilation says that “Rubinstein’s remarkable sense of identification with Chopin’s spirit is practically tangible here, and no matter how many times one listens to these recordings one comes away with a sense of having been involved in a particularly moving musical event” (p. 13 of the brochure that accompanies these CDs).

⁸ W. Czapliński, *Recognition and International Legal Personality of Non-State Actors*, 1 *Pécs Journal of International Law* 7 (2016), p. 7–17, https://ceere.eu/pjil/wp-content/uploads/2016/06/4_PJIEL201601_PJIEL201601.pdf (accessed 1 July 2024); W. Czapliński, *The Crimean Crisis and the Polish Practice of Non-Recognition*, 1 *Questions of International Law: Zoom Out* 73 (2014), p. 73–84, <http://www.qil-qdi.org/crimean-crisis-polish-practice-non-recognition> (accessed 1 July 2024); or W. Czapliński, A. Kleczkowska (eds.), *Unrecognised Subjects in International Law*, Scholar Publishing House, Warszawa: 2019.

⁹ E.g. W. Czapliński, *UN Codification of Law of State Responsibility*, 41(1) *Archiv des Völkerrechts* 62 (2003), p. 62–82; W. Czapliński, *International Responsibility of International Organizations: An Outline*, 27 *Polish Yearbook of International Law* 49 (2005), p. 49–58.

¹⁰ Articles and book chapters on these issues: W. Czapliński, *The Protection of Minorities Under International Law (Comments on the Alleged Existence of a German Minority in Poland)*, 1 *Polish Western Affairs* 121 (1984); W. Czapliński, *Aliens and Refugee Law in Poland: Recent Developments*, 6(4) *International Journal of Refugee Law* 636 (1994), p. 636–642; W. Czapliński, P. Šturma, *La responsabilité des États pour le flux de réfugiés qu’ils ont provoqués*, 40 *Annuaire Français de Droit International* 156 (1994), p. 156–169; W. Czapliński, *A Right of Infidels to Establish Their Own State? Remarks on the Writings of Paulus Vladimír and Francisco de Vitoria*, in: R. Uerpmann-Witzack, E. Lagrange, S. Oeter (eds.), *Religion in International*

4. WHAT ABOUT POLAND?: THE EUROPEAN UNION, LAW SOURCES AND SURROUNDING QUESTIONS

One of the topics studied by Professor Czapliński for a long time concerns Poland:¹¹ the relations between his country and the European Union – before¹² and after becoming a member¹³ – together with the application of international law¹⁴ and the related problems.¹⁵ Sources of international law and dissonances for implementation in Poland have been some of the main questions studied by him, from different perspectives. Always with a practical approach, as Editor-in-chief of the *Polish Yearbook of International Law*, He carefully analysed judgments of the Supreme Court and the Constitutional Court of Poland, and the dilemmas and contradictions among legal systems.

Law: Living Together, Brill, Nijhoff, Leiden: 2018, p. 37–56. There is a great debate, particularly in Spain, concerning unaccompanied children. See e.g. J.R. Pérez Salom, *The Principle of Non-Refoulement in the Case of Unaccompanied Asylum Seeking Children: The Work of the Committee on the Rights of the Child (CRC)*, 49 Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho 328 (2023), p. 328–338, <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/26205/pdf> (accessed 1 July 2024).

¹¹ E.g. W. Czapliński, *International Law and the Polish Constitution*, in: P. Korzec, J. Urbanik, M. Wyrzykowski (eds.), *Polish Constitutionalism: A Reader*, Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw, Warszawa: 2011, p. 111–131.

¹² W. Czapliński, *Harmonisation of Laws in the European Community and Approximation of Polish Legislation to Community Law*, 25 Polish Yearbook of International Law 45 (2001), p. 45–55; W. Czapliński, *Poland's Way to the European Union: Legal Aspects*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa: 2002.

¹³ W. Czapliński, *European Union Law and the Laws of the Member States: Sources of EU Law*, in: D. Milczarek, A. Adamczyk, K. Zajączkowski (eds.), *Introduction to European Studies: A New Approach to Uniting Europe*, Centre for Europe, University of Warsaw, Warszawa: 2013, p. 97–116; W. Czapliński, *Fundamental Problems of the EU Legal System*, in: D. Milczarek, A. Adamczyk, K. Zajączkowski (eds.), *Introduction to European Studies: A New Approach to Uniting Europe*, Centre for Europe, University of Warsaw, Warszawa: 2013, p. 117–146. Referring to Poland, *Recent Constitutional Jurisprudence Concerning the European Union: Some Remarks on 2010 Judgments of the Polish Constitutional Court*, 12 ERA Forum 197 (2011), p. 197–204; W. Czapliński, *Ten Years of Constitutional Controversies on Poland's Membership in the European Union*, 16 Revista General de Derecho Público Comparado (2014), https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=415348&d=1 (accessed 1 July 2024).

¹⁴ E.g. W. Czapliński, *The Relationship Between International Law and Polish Municipal Law in the Light of the 1997 Constitution and Jurisprudence*, 1–4(121–124) Droit Polonais Contemporain 19 (1999), p. 19–26; W. Czapliński, *Jus Cogens and the Law of Treaties*, in: C. Tomuschat, J.-M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden: 2006, p. 83–98; W. Czapliński, *Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Criminal Responsibility*, in: J. Doria, H.-P. Gasser, C. Bassiouni (eds.), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blisshchenko*, Brill Nijhoff, Leiden: 2009, p. 401–420.

¹⁵ W. Czapliński, *L'immunité de l'État en droit international devant la Cour Suprême Polonaise. (Note sur l'affaire Natoniewski)*, 56 Annuaire Français de Droit International 217 (2010), p. 217–225; W. Czapliński, *Current Polish Practice in the Domain of State Immunity*, in: A. Peters, E. Lagrange, S. Oeter, C. Tomuschat (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Brill Nijhoff, Leiden: 2014, p. 40–50.

5. FROM A BIRD'S EYE VIEW: DISSONANCES AND CHALLENGES

We are living in an international (dis)order, and as a consequence we need to think seriously more than ever about international law, the use – and abuse¹⁶ – that we see almost every day, everywhere: different examples of this situation in our apocalyptic world are consequences of the COVID-19 pandemic, the war in Ukraine,¹⁷ the instability in the Middle East with a serious risk of its lethal effects expanding¹⁸ and the fragility of democracy¹⁹ all around the world. All these facts have had an impact on the liberal order,²⁰ together with consequences on the rule of law and international law. Some aspects of these situations are analysed separately below.

5.1. The impact of COVID-19: dissonances of a multipolar world

The COVID-19 pandemic provoked serious fatal consequences all around the world (not only on the health care systems).²¹ The role played by states trying to protect

¹⁶ Related to this, I would like to mention the initiative of Professor Czapliński, submitted to the International Law Association in 2022, about the need to study the topic of “Abuse of International Law”. This is a remarkable question, attending to the state of international law and international relations today.

¹⁷ Professor W. Czapliński has studied all the aspects surrounding this topic, since the annexation of Crimea in 2014, particularly through a seminar held at the Faculty of International Relations of Lviv in 2018 (*Crimean Crime – consequences for the international law and politics*, http://cprdip.pl/en/events/debates_and_lectures/528/rimean_crime_consequences_for_the_international_law_and_politics_lviv.html (accessed 1 July 2024)) and the collective book W. Czapliński, S. Dębski, R. Tarnogórski, K. Wierczyńska (eds.), *The Case of Crimea's Annexation Under International Law*, Scholar Publishing House, Warszawa: 2019. For the effects of the Russian aggression against Ukraine and the implications for the European Union on commercial issues, see A. Blanc Altemir, E. Ortiz Hernández, P. Cos Sánchez (eds.), *Las relaciones comerciales de la Unión Europea con el resto del mundo. Un análisis desde la postpandemia y la agresión rusa a Ucrania*, Aranzadi, Navarra: 2023.

¹⁸ The situation of the Gaza Strip and the disproportionate use of force against civilian population, together with the analysis of the question before the International Court of Justice as a consequence of the proceedings instituted by South Africa against Israel on 29 December 2023 (ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, 29 December 2023, ICJ Rep 2023, item 192), is one of the most relevant issues pending at The Hague. For international lawyers, this case, as well as the advisory opinion of the General Assembly concerning climate change (ICJ, *Obligations of States in respect of Climate Change*, Request for Advisory Opinion, 12 April 2023, ICJ Rep 2023, item 187), are some of the “key cases” submitted to the Court in 2023. The crime of genocide against the Palestinian population in the Gaza Strip and, on the other hand, the arguments of Israel fighting against Hamas as a consequence of the atrocities of 7 October, are two sides of the same coin. The extreme – and horrible – dissonance that the ICJ will have to study is the number of victims (more than 25,000 reported civilian deaths in Gaza). Is there harmony in international law? It is difficult to give an affirmative answer to this question after these events.

¹⁹ An illustrative book on this phenomenon is Y. Mounk, *The People vs. Democracy: Why Our Freedom is in Danger & How to Save It*, Harvard University Press, Cambridge: 2018.

²⁰ See E. Barbé, *Orden en transición y normas en discusión*, 134 Revista CIDOB d'Afers Internacionals 21 (2023), p. 21–36, https://www.cidob.org/es/articulos/revista_cidob_d_afers_internacionals/134/orden_en_transicion_y_normas_en_discusion (accessed 1 July 2024).

²¹ See X. Pons Rafols, *COVID-19, Global Health and International Law: A First Approach of Institutional Nature*, 39 Revista Electrónica de Estudios Internacionales 1 (2020), p. 1–29, <http://www.reei.org/index>.

their populations, together with restrictions of movement²² and the absence of a rapid answer from the WHO²³ and international organisations are some aspects to be mentioned here. The debate about compulsory vaccination (or not),²⁴ together with the measures adopted by states concerning human rights and their protection are relevant issues being studied by scholars, with practical implications.

5.2. Action v. reaction in the contemporary world

The use of force²⁵ has been the focus of attention of our colleague, in particular confronting the basis of international law with the implementation of it – and states' justification – in contemporary practice. Together with this, the regime of sanctions in international law, as a reaction, and their particular consequences, is studied by Professor Czapliński, as well.²⁶ The topic of extraterritorial jurisdiction must be mentioned as a field of interest of our colleague.²⁷

php/revista/num39/articulos/covid-19-salud-global-derecho-internacional-una-primer-a-proximacion-caracter-institucional (accessed: 1 July 2024); M.I. Torres Cazorla, *A Dramatic World Pandemic: SDGs and Emerging Legal Issues*, 11(2) Iberoamerican Journal of Development Studies 6 (2022), p. 6–28, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8650981> (accessed 1 July 2024); or M.I. Torres Cazorla, *El uso de big data ante la pandemia de la covid-19; algunos apuntes desde el derecho de la competencia y los derechos humanos*, in: E. Olmedo Peralta (red.), *La aplicación del Derecho de la Competencia en la economía de los datos*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra: 2021, p. 199–218.

²² See M.M. Martín Martínez, *Restrictions on the Free Movement of Persons in the EU During the COVID-19 Era: Towards an Uncertain Future*, 45 Araucaria. Revista de Filosofía Política, Humanidades y Relaciones Internacionales 311 (2020), 311–335, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1584> (accessed 1 July 2024).

²³ See G.L. Burci, S. Negri, *Governing the Global Fight Against Pandemics: The WHO, The International Health Regulations, and the Fragmentation of International Law*, 53(2) New York University Journal of International Law and Politics 501 (2021), p. 501–522.

²⁴ See J.M. Sánchez Patrón, *Vaccination in European Jurisprudence*, 69 Revista de Derecho Comunitario Europeo 511 (2021), p. 511–553, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8020515> (accessed 1 July 2024).

²⁵ E.g. W. Czapliński, *Customary International Law on the Use of Force*, 8(2) Wrocław Review of Law, Administration and Economics 97 (2018), p. 97–111; W. Czapliński, *Is There a Space for Jus Cogens in Present International Law? Remarks in the Context of a Ban on the Use of Force*, 11(2) Polish Review of International and European Law 149 (2022), p. 149–171.

²⁶ See W. Czapliński, *The Position of States Specially Affected by Sanctions in the Meaning of Article 50 of the United Nations Charter: The Experience of Central and Eastern Europe*, in: V. Gowlland-Debbas (ed.), *United Nations Sanctions and International Law*, Brill, Nijhoff, Leiden: 2001, p. 335–347. Today, sanctions against Russia as a consequence of the aggression of Ukraine is a relevant issue. See M.M. Martín Martínez, *The EU Global Human Rights Sanctions Regime, A Year On: Some Certainties and Many a Doubt*, 1 Ordine Internazionale e Diritti Umani 71 (2022), p. 71–98, https://www.rivistaidou.net/wp-content/uploads/2022/03/5_MARTINEZ.pdf (accessed 1 July 2024); E.M. García Rico, *Back and Forth on Sanctions in Contemporary International Law: The Paradigmatic Case of the Russian Federation*, 75(1) Revista Española de Derecho Internacional 193 (2023), p. 193–202, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8995093.pdf> (accessed 1 July 2024).

²⁷ See W. Czapliński, *An Extraterritorial Jurisdiction in Cases of Illegal Arms Trade: A Polish American Dispute*, 26(1) Revue Belge de Droit International 140 (1993), p. 140–146. For more on extraterritoriality, see H.L. Buxbaum, T. Fleury Graff (eds.), *Extraterritoriality / L'extraterritorialité*, Brill, Nijhoff, Leiden: 2022; and in this volume the contribution of A. Bautista Hernández, *Extraterritoriality and Criminal Law: From Unilateral Action to a Multilateral Paradigm*, in: *ibidem*, p. 473–524.

5.3. And where are we going?: the fight among harmony and dystopia

In 2017, Professor Władysław Czapliński wrote the following, emphasising the role of politics and the role of power in international law:

Although all states are sovereign and equal, some are more sovereign and equal than others. The latter play an important role in recognition processes. The Big Powers (and some other powerful states and international organisations) have a political position that confers enormous significance in the settlement of disputes upon them.²⁸

The use – and abuse – of veto power at the United Nations Security Council in recent times (particularly concerning the Russian aggression to Ukraine in 2022²⁹ and/or the Middle East situation after October 2023³⁰) are examples of the dissonance among Big Powers at the United Nations. The General Assembly of the United Nations has been considered as a “by-pass” to discuss the aforementioned issues, and others, using the formula of Emergency Special Sessions.³¹

At the same time, our planet is at risk, and “climate change is considered the greatest threat the world has ever faced”;³² the dilemma of artificial intelligence and ethics,³³ together with neurolaw,³⁴ are challenges for the international society as a whole that international law has to deal with, offering answers to a million emerging questions.³⁵

²⁸ W. Czapliński, *Self-Determination-Secession-Recognition (Remarks on the International Legal Background to the Incorporation of Crimea into the Russian Federation)*, in: W. Czapliński, S. Dębski, R. Tarnogórski, K. Wierczyńska (eds.), *supra* note 17, p. 39.

²⁹ See Letter from the Permanent Representative of Ukraine to the President of the UN Security Council, 28 February 2014, S/2014/136], S/2022/155, UN Doc. S/PV.8979.

³⁰ See Draft Resolution, The situation in the Middle East, including the Palestinian question, UN Doc. S/2023/970; and Draft resolution: The situation in the Middle East, including the Palestinian question, UN Doc. S/2023/773, vetoed by the United States; or Draft resolution, The situation in the Middle East, including the Palestinian question, UN Doc. S/2023/792, vetoed by the People’s Republic of China and the Russian Federation.

³¹ See: *Tenth Emergency Special Session, Illegal Israeli actions in occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory*, <https://www.un.org/en/ga/sessions/emergency10th.shtml> (accessed 1 July 2024) and Letter, *supra* note 29.

³² See: *Climate change the greatest threat the world has ever faced, UN expert warns*, <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/10/climate-change-greatest-threat-world-has-ever-faced-un-expert-warns> (accessed 1 July 2024).

³³ See: *Artificial Intelligence*, <https://www.unesco.org/en/artificial-intelligence> (accessed 1 July 2024); D.I. García San José, *International Law Against the Risks of Artificial Intelligence (AI) in Human Embryonic Research*, 14 Cuadernos de Derecho Transnacional 512 (2022), p. 512–532, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/7193/5628> (accessed 1 July 2024).

³⁴ Information on a research project on this field conducted by J.M. Sánchez Patrón at the University of Valencia, Spain, <https://www.uv.es/neurolaw-nrdrch/en/neurolaw.html> (accessed 1 July 2024).

³⁵ See M.I. Torres Cazorla, *Emerging Legal Issues: A Bird’s-Eye-View*, 67(2) Estudios de Deusto 87 (2019), p. 87–102, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7179279> (accessed 1 July 2024).

In fact, one of the main activities of our dear colleague, to whom this book is devoted, has been his capacity to think about real and practical problems,³⁶ trying to explain the origin, reasons and possibilities to react – and to solve – these crucial questions. This is the labour of the people who have dedicated their effort – and their lives – to international law: as an eminent lawyer, as a professor and as a thinker about the real circumstances of our world.

I would like to finish, remembering an idea related to Chopin's life,³⁷ that may be applicable to our dear colleague, Professor Władysław Czapliński as well:

Reconstructing, as accurately as possible, details from the life of a great man against the background of his environment, where he was born and raised, is fundamental to an understanding of his personality.³⁸

That is the proposal of the aforementioned lines, a tribute to the lawyer, to the internationalist and to the person, a great human being.

³⁶ Concerning the role of international organisations and relevant issues of international law, see e.g. W. Czapliński, *The Activities of the OSCE in Kosovo*, in: C. Tomuschat (ed.), *Kosovo and the International Community: A Legal Assessment*, Brill, Nijhoff, Leiden: 2002, p. 37–44; W. Czapliński, *Regional Organisations and the Use of Force*, in: V. Crnić-Grotić, M. Matulović (eds.), *International Law and the Use of Force: Essays in Honour of V.D. Degan*, Faculty of Law University of Rijeka, Rijeka: 2006, p. 39–54. Concerning Member States of the United Nations and the Palestine question: W. Czapliński, *Palestine v. US before the International Court of Justice?*, 8(2) Polish Review of International Law and European Law 47 (2019), p. 47–75.

³⁷ I highly recommend listening to some masterpieces of Chopin's chamber music, e.g. K.A. Kulka, A. Wróbel, M. Hirasawa, Warsaw, 2007.

³⁸ P. Mysłakowski, A. Sikorski, *Fryderyk Chopin: The Origins*, The Fryderyk Chopin Institute, Warsaw: 2010, p. 17.

ILLEGALITY OF THE THREAT AND USE OF NUCLEAR WEAPONS

1. INTRODUCTION

Professor Władysław Czapliński has significantly contributed to the development of the literature on the prohibition of the use of armed force in international law. Regarding the problem of prohibiting the use of nuclear weapons, he underscored the importance of state practice and customary law. As Władysław Czapliński wrote in his comments on the Advisory Opinion of the International Court of Justice in the case of *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Nuclear Weapons)*, the “practice was also considered as an element of *communis opinio iuris*. Such approach allows us to ask a fundamental theoretical question concerning customary international law.”¹ The customary nature of humanitarian law is not called into question under contemporary international law.²

2. PROHIBITION OF THE THREAT OR USE OF NUCLEAR WEAPONS AND CUSTOMARY LAW

The ICJ in the *Nuclear Weapons* case concluded that “there is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such” (Reply A). Threat or use of force by means of nuclear weapons that is contrary to Article 2, paragraph 4 of the UN Charter³ is unlawful if it fails to meet all the requirements of Article 51 (Reply C). The Court also concluded that the threat or use of nuclear weapons should also be compatible with the requirements of the international law applicable in armed conflict, particularly

¹ W. Czapliński, *Customary Law of the Use of Force*, 69 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Minas Gerais* 715 (2016), p. 717. See also W. Czapliński, *Customary International Law on the Use of Force*, 8(2) *Wrocław Review of Law, Administration & Economics* 97 (2018), p. 99.

² W. Czapliński, *Customary Law...*, *supra* note 1, p. 730.

³ UN Charter [1945] 15 UNCTO 335, amendments in 557 UNTS 143, 638 UNTS 308 and 892 UNTS 119.

* Vilenas Vadapalas – Attorney at law and Partner of EUROLEX Law Firm, Former Judge of the General Court of the European Union.

those of the principles and rules of international humanitarian law, as well as with specific obligations under treaties and other undertakings which expressly deal with nuclear weapons (Reply D). In Reply E, by seven votes to seven, by the President's casting vote, the Court stated:

However, in view of the current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake.⁴

The ICJ's statement that it cannot reach a definitive conclusion as to the legality or illegality of the use of nuclear weapons by a State in such an extreme situation is a finding of *non liquet* ("it is not clear" in Latin), meaning that the Court cannot decide a case due to a gap (or lacuna) in the law. The ICJ pointed out that "the emergence, as *lex lata*, of a customary rule specifically prohibiting the use of nuclear weapons as such is hampered by the continuing tensions between the nascent *opinio juris* on the one hand, and the still strong adherence to the practice of deterrence on the other."⁵ The finding of *non liquet* by the Court caused a sharp reaction among scholars. Timothy L.R. McCormack writes:

The *non liquet* on the question of whether it is legal to use or to threaten to use nuclear weapons is, therefore, a discriminatory one in that it only applies to the five nuclear-weapon States party to the [Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons]⁶ (coincidentally the permanent members of the Security Council) and to those States which have refused to join the [Non-Proliferation Treaty] regime. For all other States, the international law on nuclear weapons is abundantly clear: the threat or use of nuclear weapons is illegal.⁷

Recognition of a norm means that this norm has been recognised as provided for in Article 38, paragraph 1 (b) of the Statute of the International Court of Justice: it has attained the status of international custom, as evidence of a general practice accepted as law. In *North Sea Continental Shelf*, the ICJ concluded that "a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself, provided it included that of States whose interests were specially affected."⁸

⁴ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 July 1996, ICJ Rep 1996, p. 266.

⁵ *Ibidem*, para. 73.

⁶ In 1997, 183 States were party to the NPT.

⁷ T.L.R. McCormack, *A Non Liquet on Nuclear Weapons: The ICJ Avoids the Application of General Principles of International Humanitarian Law*, 316 International Review of the Red Cross 76 (1997), p. 80; L. Condorelli, *Nuclear Weapons: A Weighty Matter for the International Court of Justice*, *Jura non novit curia?*, 316 International Review of the Red Cross 9 (1997), p. 9–20.

⁸ ICJ, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, 20 February 1969, ICJ Rep 1969, para. 73.

Any use of nuclear weapons would be a violation of the UN Charter and a crime against humanity, as declared in the Resolutions of the UN General Assembly of 24 November 1961, 14 December 1978, 11 December 1979, 12 December 1980 and 9 December 1981. States Parties to the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW)⁹, in their Declaration of 1 December 2023, declared that “any use or threat of use of nuclear weapons is a violation of international law, including the Charter of the United Nations, and further underscore that any use of nuclear weapons would be contrary to international humanitarian law.”¹⁰ The ICJ in *Nuclear Weapons* stated that “a series of resolutions may show the gradual evolution of the *opinio juris* required for the establishment of a new rule.”¹¹

According to Article 38 of the Vienna Convention on the Law of Treaties¹², a treaty could, under certain conditions, become binding on a third state as a customary rule, as long as the requirements of state practice and *opinio juris* are present.

Acceptance and recognition by a very large and representative majority of States is required for a norm to be identified as a customary norm of general international law. The acceptance and recognition of all States is not necessary. The positions of other actors – international organisations, movements, NGOs etc. – may be relevant in providing context and for assessing the acceptance and recognition by the international community of States as a whole. Evidence of a customary norm being accepted and recognised may take a wide range of forms and may include treaty provisions, public statements made on behalf of States, official publications, government legal opinions, diplomatic correspondence, constitutional provisions, legislative and administrative acts, decisions of national courts, resolutions of international organisations or intergovernmental conferences and other conduct of States. In his Dissenting Opinion in *Nuclear Weapons*, Judge Koroma noted that the fact that nuclear weapons have not been used for the last 78 years is also important for establishing emerging *opinio juris*.¹³

The entry into force in 2021 of the 2017 TPNW raises the question of whether the prohibition of the use or threat of nuclear weapons may be regarded as a decisive step towards the formation of *opinio juris* of States. According to the TPNW, nuclear weapons are unlawful to possess, develop, deploy, test, use or threaten to use. Under its Article 1(d), each State Party undertakes to never, under any circumstances, “use or threaten to use nuclear weapons or other nuclear explosive devices.” In the Preamble of the TPNW, the States Parties thereof are

⁹ Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, New York, 7 July 2017, UN Doc. CN.476.2017.TREATIES-XXVI-9.

¹⁰ Revised draft declaration of the second Meeting of States Parties to the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: “Our commitment to upholding the prohibition of nuclear weapons and averting their catastrophic consequences”, 1 December 2023, MSP/2023/CRP.4/Rev.1, TPNW.MSP_.2023.CRP_.4.Rev_.1_revised_draft_dec.pdf (unoda.org) (accessed 1 July 2024).

¹¹ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, para. 70.

¹² Vienna Convention on the Law of Treaties [1969] 1155 UNTS 331.

¹³ *Ibidem*, p. 578.

basing themselves on the principles and rules of international humanitarian law, in particular the principle that the right of parties to an armed conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited, the rule of distinction, the prohibition against indiscriminate attacks, the rules on proportionality and precautions in attack, the prohibition on the use of weapons of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering, and the rules for the protection of the natural environment.

The fact that there are 93 States signatures and 69 State parties of the TPNW belonging to all continents and all legal systems of the world, together with growing opposition of the international community to nuclear weapons, may be considered as *opinio juris in statu nascendi* of prohibition on the threat or use of nuclear weapons.

The 1968 Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT)¹⁴ prohibits States Parties from possessing nuclear weapons, except for the five States that had them by 1 January 1967. As of 5 January 2024 there were 191 States party to the NPT. It is also remarkable that there are numerous regional international treaties in force establishing nuclear-weapons-free zones (NWFZs) covering large geographical areas and very large number of States Parties.¹⁵

Some authors suggested that there was a substantive legal gap because, unlike chemical and biological weapons – the other categories of nonconventional weapons – nuclear weapons are not explicitly and comprehensively prohibited. This conclusion of a “substantive gap” is based on the assumption that

if one makes the applicability of the rules governing the conduct of warfare (international humanitarian law) dependent on whether the use of force in itself is perceived as legitimate, then the former rules will seldom be seen as applicable because states commonly perceive the enemy’s use of force as unjustified.¹⁶

However, the principles and rules of the UN Charter concerning the use of force and the rules of international humanitarian law (Protocol additional to the Geneva Conventions¹⁷ (1949), *etc.*) governing warfare cannot be separated and must be interpreted systematically. According to the general rule of application of treaties under Article 31 of the VCLT¹⁸, a treaty shall be interpreted in good faith, in accordance

¹⁴ Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons [1970] 729 UNTS 10485.

¹⁵ The Antarctic Treaty; Tlatelolco Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean; Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons; South Pacific Nuclear Weapons Free Zone Treaty (Treaty of Rarotonga); The Treaty on the Southeast Asia Nuclear-Weapon-Free Zone (The Bangkok Treaty); The African Nuclear-Weapon-Free Zone Treaty (Treaty of Pelindaba); The Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty; Treaty on the Nuclear-Weapon-Free Zone in Central Asia; Cartagena Declaration on Weapons of Mass Destruction.

¹⁶ G. Nystuen, K. Egeland, *A “Legal Gap”? Nuclear Weapons Under International Law*, 46(2) Arms Control Association 8 (2016), p. 8–14, https://www.armscontrol.org/ACT/2016_03/Features/A-Legal-Gap-Nuclear-Weapons-Under-International-Law (accessed 1 July 2024).

¹⁷ Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I) [1979] 1125 UNTS 17512.

¹⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties [1969] 1155 UNTS 331.

with its context and in the light of its object and purpose. In addition to the text of a treaty, the context for interpreting it shall also comprise any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

In its 2022 Report, the International Committee of the Red Cross (ICRC) concluded that “the extreme circumstance of self-defence”, in which the very survival of a state would be at stake and which some States argue would justify the use of nuclear weapons, is too broad and abstract to qualify as a concrete and direct military advantage within the meaning of the international humanitarian law rule of proportionality. The alleged rule would amount to allowing a political imperative – “self-defence for state survival” – to override the balance between military necessity and humanity which underlies proportionality, and which must be maintained if the rule is to achieve its protective purpose.¹⁹

The threat or use of nuclear arms against non-nuclear States is prohibited. In 1968, when the TPT was being signed, the United States, the United Kingdom and the USSR gave various security assurances to the non-nuclear-armed States that were parties to the Treaty and expressed their intention to

provide or support immediate assistance, in accordance with the Charter, to any non-nuclear-weapon State Party to the Treaty on the Non-Proliferation [...] that is a victim of an act of, or an object of a threat of, aggression in which nuclear weapons are used.

China and France made separate declarations giving similar assurances. It is also significant that the leaders of G7 (Canada, France, Germany, Italy, Japan, the United Kingdom and the United States) in their Statement of 19 May 2023, “Hiroshima Vision on Nuclear Disarmament”, stated:

We recall the Joint Statement of the Leaders of the Five Nuclear Weapon States issued on January 3, 2022, on Preventing Nuclear War and Avoiding Arms Races, and affirm that a nuclear war cannot be won and must never be fought. We call on Russia to recommit – in words and deeds – to the principles enshrined in that Statement.²⁰

Russia’s nuclear threats against Ukraine are unlawful, not only because Ukraine is a non-nuclear-armed State. Such threats are coercive and directed against the territorial integrity and political independence of Ukraine. In 1994, Ukraine agreed to relinquish the nuclear arsenal it inherited from the former USSR and to transfer all nuclear warheads to Russia for decommissioning. In the Memorandum on security assurances in connection with Ukraine’s accession to the Treaty on the Non-Proliferation of

¹⁹ See *The ICRC’s legal and policy position on nuclear weapons*, 104(919) International Review of the Red Cross 1477 (2022), p. 1494.

²⁰ G7 Leaders’ Hiroshima Vision on Nuclear Disarmament, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/05/19/g7-leaders-hiroshima-vision-on-nuclear-disarmament/> (accessed 1 July 2024).

Nuclear Weapons signed in Budapest on 5 December 1994²¹, three nuclear-weapon States – the USA, the Russian Federation and the UK – committed themselves to seek immediate UN Security Council action to provide assistance to Ukraine, as a non-nuclear-weapon State Party to the Treaty, if Ukraine should become a victim of an act of aggression or an object of a threat of aggression in which nuclear weapons are used. They also reaffirmed, in the case of Ukraine, their commitment not to use nuclear weapons against any non-nuclear-weapon party to the Treaty, except in the case of an attack on themselves, their territories or dependent territories, their armed forces or their allies, by such a State in association or alliance with a nuclear-armed State.²² The same memoranda were signed, providing security assurances relating to the accession of Belarus and Kazakhstan to the Treaty. China and France gave similar individual assurances in separate documents.

The prohibition of the threat or use of nuclear weapons under any circumstances becomes binding on all members of the international community of States and acquires the force of a peremptory norm of general international law. The International Law Commission concluded in its comments on the Draft Articles on Responsibility of States that the circumstances precluding wrongfulness, including self-defence, cannot justify or excuse a breach of a State's obligations under a peremptory rule of general international law.²³

The use of nuclear weapons may be qualified as a war crime and a crime against humanity. The first use of nuclear weapons by a State in contravention of the UN Charter will constitute *prima facie* evidence that a crime against humanity has been committed. According to subparagraph (iv) of Article 8(2) of the Rome Statute²⁴, a war crime may constitute such an act as

intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated.

Subparagraph (xx) of Article 8.2(b) of the Rome Statute criminalises as a war crime the act of “employing weapons, projectiles and material and methods of warfare which are of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering or which are inherently indiscriminate in violation of the international law of armed conflict”. Nevertheless, it subjects this conduct to a condition: “provided that such weapons,

²¹ Memorandum on security assurances in connection with Ukraine's accession to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons [1994] 3007 UNTS 52241.

²² Ukraine, Russian Federation, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America, United Nation Treaty Series 167 (2014), p. 168.

²³ ILC, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2(2) Yearbook of the International Law Commission (2001), p. 85, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (accessed 25 September 2024).

²⁴ Rome Statute of the International Criminal Court [2002] 2187 UNTS 38544.

projectiles and material and methods of warfare are the subject of a comprehensive prohibition and are included in an annex to this Statute, by an amendment in accordance with the relevant provisions set forth in Articles 121 and 123". To date, the annex referred to in this subparagraph has not been adopted.²⁵

NATO has maintained a strong unified position in opposition to the TPNW. The North Atlantic Council (NAC), in the Statement on the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons of 20 September 2017, asserted that Allies "would not accept any argument that this treaty [TPNW] reflects or in any way contributes to the development of customary international law". The 2020 NAC statement repeated this language.²⁶ Following the adoption of the TPNW, the Permanent Representatives to the United Nations of the United States, United Kingdom and France, in their Joint Press Statement of 7 July 2017, stated that they "would not accept any claim that this treaty reflects or in any way contributes to the development of customary international law." China, India, Israel and Pakistan also officially expressed their opposition to the TPNW, whereas North Korea did not participate in the negotiation of the TPNW and did not vote on its adoption.²⁷

Treaty rule may become binding on third States as a customary rule as long as the requirements of state practice and *opinio juris* are present in the first place. The legal literature stresses that two distinct concepts are relevant here: the concept of so-called "specially affected states" and that of "persistent objectors." These concepts are distinct and must be analysed separately. Steven Hill argues that

states with nuclear weapons and those in a nuclear alliance would be specially affected by a proposed ban on nuclear weapons. Even if a rule is indeed created, states that have objected to a certain degree to its emergence – so-called persistent objectors – will not be bound by it. Whilst some elements can be extrapolated, there are no specific requirements of international law for how – including how often and in what format – persistent objectors need to make their position known.²⁸

The fact that the States with nuclear weapons are not party to the TPNW does not automatically mean that all of them are persistent objectors to the prohibition of the threat or use of nuclear weapons. In the New Delhi Declaration of the G20 of 10 September 2023, six Member States of the G20 (China, France, India, Russia, the United Kingdom and the United States) accepted that "the use or threat of use of nuclear weapons is inadmissible".²⁹

²⁵ *Ibidem*, p. 12.

²⁶ S. Hill, *NATO and the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, 29 January 2021, <https://www.chathamhouse.org/2021/01/nato-and-treaty-prohibition-nuclear-weapons> (accessed 1 July 2024).

²⁷ *For States objectors to the TPNW*, <https://www.icanw.org> (accessed 1 July 2023).

²⁸ S. Hill, *supra* note 26.

²⁹ G20 New Delhi Leaders' Declaration, point 8, p. 2, <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2023/09/09/g20-new-delhi-leaders-declaration/> (accessed 1 July 2024).

Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, director of the Institute for Strategic Research (IRSEM) of the French Ministry of Defense, considers that a total ban on nuclear weapons “is likely to be stuck at the first stage (emergence), as it does not meet the conditions for reaching the tipping point and therefore cascading (a critical mass of states; a mass of critical states; the intrinsic characteristics of the norm; how it fits in the existing normative framework)” and that “it will likely stay a forever-emerging norm”.³⁰ Nevertheless, according to the Nuclear Weapons Ban Monitor 2022 there are 139 States supporters of the TPNW (70.6% of the global number) and 43 States opposed to the TPNW (21.8% of the global number). The opposition to the TPNW of a relatively limited number of States cannot outweigh the position of a growing majority of the international community of States accepting that the threat or use of nuclear weapons is prohibited.

3. THREAT TO USE NUCLEAR WEAPONS

The threat to use nuclear weapons is a coercive threat of practical violence, made to a specific immediate target and coupled with some specific demand or even simply as the precursor to an actual armed attack. A policy of nuclear deterrence is not coercive until it is not a “threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

The ICJ stated in *Nuclear Weapons* that

whether this is a “threat” contrary to Article 2, paragraph 4 depends upon whether the particular use of force envisaged would be directed against the territorial integrity or political independence of a State, or against the Purposes of the United Nations or whether, in the event that it were intended as a means of defence, it would necessarily violate the principles of necessity and proportionality. In any of these circumstances the use of force, and the threat to use it, would be unlawful under the law of the Charter.”³¹

Gro Nystuen considers that this statement (the so-called “Brownlie Formula”) specifically pertains to *jus ad bellum*. However, in his opinion, international humanitarian law does not regulate threats. At the same time, he considers that two specific provisions that pertain to threats under the rules of humanitarian law are laid down in Additional Protocol I to the Geneva Conventions. These two provisions pertain to the prohibition to order that there shall be no survivors, to threaten an adversary therewith or to conduct hostilities on this basis (Article 40) and to threats of terror against the civilian population (Article 51(2)). This prohibition is also to

³⁰ See J.-P. Vilmer, *The Forever-Emerging Norm of Banning Nuclear Weapons*, 45(3) *Journal of Strategic Studies* 478 (2020).

³¹ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, para. 48.

be found in Additional Protocol II, Article 13. Nystuen considers that threatening the use of nuclear weapons could constitute violations of both these provisions, provided that the legal requirements were fulfilled. He points out that according to the ICRC Commentary on Article 51(2), this provision is intended to prohibit acts of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population without offering substantial military advantage, or threatening to carry out such acts. In Nystuen's opinion there is no general prohibition on threats to violate international humanitarian law.³² At the same time, he notes that according to the ICRC Commentary on Article 51(2), it applies to acts or threats of terror that go beyond ordinary acts of war.

Nuclear-armed States Parties committing to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT) to not use nuclear weapons against any non-nuclear-weapon Party to the Treaty implies a prohibition of nuclear threat against non-nuclear-weapon States.

4. "NUCLEAR" SELF-DEFENCE

The "survival of the state" scenario would in many cases involve a particularly broad use of nuclear weapons, certainly if responding to a significant nuclear first strike, and thus violating the principles of necessity, proportionality, distinction and minimisation of suffering. It may result in massive civilian casualties, catastrophic long-term effects and the degradation of civilised society – that is, the outcomes most at odds with the goals of international humanitarian law.

Considerations of the inalienable right of self-defence to protect the "survival of the state" cannot override respect for the main principles of humanitarian law. There are no separate regimes of norms governing self-defence versus international humanitarian law. Both regimes are applicable *in bello*. In this respect, the two fields of law are applied concurrently, or within each other.³³ The same applies to international environmental law. Contemporary international law has moved well beyond bilateralism. Obligations which are the concern of all States and for the protection of which all States have a legal interest are obligations *erga omnes*. Moreover, the regime of prohibiting the threat or use of nuclear weapons may not deviate from the law benefiting third parties who are not involved in armed conflict and individuals.

The International Law Commission, in its commentaries under Article 21 of the Draft Articles on State Responsibility, concluded that "as to obligations under international humanitarian law and in relation to non-derogable human rights provisions, self-defence does not preclude the wrongfulness of conduct." Article 21 (Self-defence) of the Articles on Responsibility of States stipulates that the wrongfulness of an act

³² G. Nystuen, K. Egeland, *supra* note 16, p. 224–225.

³³ Fragmentation of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission, 2006, UN Doc. A/CN.4/L.682, p. 53, para. 96.

of a State is precluded if the act constitutes a lawful measure of self-defence taken in conformity with the UN Charter.³⁴

Gro Nystuen noted that one could read the sentence concerning “the survival of a State” employed by the ICJ “as if it says: one cannot exclude that the use of nuclear weapons would be lawful in extreme circumstances of self-defence – but only when the conditions of international humanitarian law were satisfied.” He wrote that the application of international humanitarian law cannot depend on *ad bellum* considerations.

The body of law that constitutes international humanitarian law is in itself an emergency regime and, therefore, it does not contain any basis for derogation in times of crisis. It cannot be modified or set aside because of alleged or actual deficiencies in the legal basis for an armed conflict or because of the seriousness of an armed conflict.³⁵

Article 55 of Protocol I to the Geneva Conventions stipulates that the protection of the natural environment includes a prohibition on the use of methods or means of warfare which are intended or may be expected to cause damage to the natural environment and thereby to prejudice the health or survival of the population. Attacks against the natural environment by way of reprisals are prohibited. Article 6(2) of the TPNW provides that each State Party, with respect to areas under its jurisdiction or control contaminated as a result of activities related to the testing or use of nuclear weapons or other nuclear explosive devices, shall take necessary and appropriate measures towards the environmental remediation of areas so contaminated.

The ILC, in the Draft Principles on protection of the environment in relation to armed conflicts 2022,³⁶ relies on the Martens Clause, applying it in relation to armed conflicts (Principle 12): “In cases not covered by international agreements, the environment remains under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience.”

According to Principle 13 care shall be taken to protect the environment against widespread, long-term and severe damage, and the use of methods and means of warfare that are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the environment is prohibited.

Principle 14 requires that the law of armed conflict, including the principles and rules on distinction, proportionality and precautions shall be applied to the environment, with a view to its protection.

³⁴ ILC, *supra* note 25, p. 74.

³⁵ G. Nystuen, K. Egeland, *supra* note 16, p. 222.

³⁶ Draft Principles on protection of the environment in relation to armed conflicts 2022, 2(2) Yearbook of the International Law Commission 2022, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/8_7_2022.pdf (accessed 1 July 2024).

The Stockholm Declaration, adopted at the United Nations Conference on the Human Environment in 1972³⁷, proclaims in Principle 26 that “man and his environment must be spared the effects of nuclear weapons and all other means of mass destruction. States must strive to reach prompt agreement, in the relevant international organs, on the elimination and complete destruction of such weapons.”

Various existing international treaties and instruments prohibit methods or means of warfare with widespread and potentially transboundary effects, *inter alia*, Additional Protocol 1 of 1977 to the Geneva Conventions of 1949³⁸, Article 35, paragraph 3, which prohibits the employment of “methods or means of warfare which are intended, or may be expected, to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment”, and the Convention of 18 May 1977 on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques³⁹, which prohibits the use of weapons which have “widespread, long-lasting or severe effects” on the environment (Article 1).

5. CONCLUSIONS

There is no justification for the threat or use of nuclear weapons even in extreme circumstance of self-defence. Self-defence precludes the wrongfulness of the conduct taken within the limits laid down by international law, as well as in compliance with the requirements of proportionality and of necessity inherent in the notion of self-defence. Nothing can preclude the wrongfulness of any military action undertaken of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law. Acts of self-defence cannot justify the non-respect of basic obligations of international humanitarian law, fundamental human rights and prohibition of ecocide. The nature of extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake, and the use of nuclear weapons with massive devastating effects in such a situation could make it impossible to respect the peremptory obligations of international law.

³⁷ The Stockholm Declaration and Action Plan for the Human Environment [1972] A/CONF.48/14/Rev.1.

³⁸ Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war [1950] 75 UNTS 973.

³⁹ Convention on the prohibition of military or any other hostile use of environmental modification techniques, New York, 10 December 1976, 1108 UNTS 17119.

IUS MIGRANDI – CZY JEST CZĘŚCIĄ PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO?

Z wdzięcznością przyjąłem zaproszenie do udziału w *liber amicorum* Profesora Władysława Czaplińskiego – wybitnego, a zarazem niezwykle kreatywnego europejskiego internacjonalisty. W wielu swoich pracach Profesor często testuje tradycyjne granice prawa międzynarodowego publicznego. Dlatego w tym eseju, idąc tropem wizji Jubilata, staram się odpowiedzieć na pytanie, czy prawo międzynarodowe powinno zmodyfikować sposób traktowania migrantów.

1. MIGRACJE – ZAKRES PROBLEMU

Od najdawniejszych czasów ludzkość była w ciągłym ruchu. Migracja i uchodźstwo występowało niemal od zarania dziejów. Warto sobie uzmysłwić, że uchodźcami byli m.in. Klejstens, Temistokles, Alkibiades, Hannibal, Tyberiusz¹. Niektórzy ludzie przeprowadzają się w poszukiwaniu nowych możliwości ekonomicznych i horyzontów. Inni uciekają przed konfliktami zbrojnymi, biedą, brakiem bezpieczeństwa żywnościowego, prześladowaniami, terroryzmem lub łamaniem i nadużyciami praw człowieka. Jeszcze inni robią to w odpowiedzi na niekorzystne skutki zmiany klimatu, klęski żywiołowe (niektóre z nich mogą być powiązane ze zmianami klimatycznymi) lub inne czynniki środowiskowe. Wiele osób decyduje się na przeprowadzkę na skutek kumulatywnego oddziaływania wielu powodów.

¹ Zwraca na to uwagę J. Sobczak, *Deklaracja haska w systemie ochrony praw uchodźców*, w: T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Uchodźcy w Polsce i Europie. Stan prawny i rzeczywistość*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń: 2010, s.132 i n.

* Roman Wieruszewski – rektor Europejskiej Wyższej Szkoły Prawa i Administracji, były członek Komitetu Nauk Prawnych PAN. Emerytowany profesor INP PAN, kierownik Poznańskiego Centrum Praw Człowieka do grudnia 2017 r., były członek Komitetu Naukowego Agencji Praw Podstawowych UE, były ad hoc sędzia w Europejskim Trybunale Praw Człowieka. Od 1992 r. do 1995 r. współpracownik Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. byłej Jugosławii w ramach Centrum Praw Człowieka ONZ w Genewie, a od 1996 r. do 1998 r. szef misji Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka w byłej Jugosławii z siedzibą w Sarajewie. W latach 1998–2000 i 2003–2006 członek Komitetu Praw Człowieka ONZ (wiceprzewodniczący Komitetu w latach 2003–2004). Członek Rady do spraw Uchodźców I, II i III kadencji (1999–2014). ORCID: 0000-0001-8602-7594.

Wszyscy ludzie przemieszczający się między krajami zasługują na pełne poszanowanie ich praw człowieka i godności. Istnieją jednak różne powody i motywacje, dla których ludzie opuszczają swoje domy, a co za tym idzie, powstają różne międzynarodowe zobowiązania prawne, które mają zastosowanie do osób, których życie było, jest lub może być zagrożone w przypadku powrotu.

Na poziomie międzynarodowym nie istnieje powszechnie akceptowana definicja „migranta”. Jest to termin ogólny, niezdefiniowany w prawie międzynarodowym, odzwierciedlający potoczne rozumienie osoby, która wyprowadza się ze swojego miejsca zamieszkania, czy to w obrębie kraju, czy za granicę, tymczasowo lub na stałe i z różnych powodów. Termin ten, według definicji zaproponowanej przez International Organization for Migration, obejmuje szereg dobrze zdefiniowanych kategorii prawnych osób, takich jak pracownicy migrujący; osoby, których szczególne rodzaje przemieszczania się są prawnie określone, np. migranci przemycani; a także osoby, których status lub środki przemieszczania się nie są szczegółowo określone w prawie międzynarodowym, np. studenci zagraniczni².

W większości dyskusji na temat migracji punktem wyjścia są zwykle liczby. Skala pojawiających się trendów i zmian demograficznych związanych z globalnymi przemianami społecznymi i gospodarczymi, takimi jak migracja, pomaga nam zrozumieć zmieniający się świat, w którym żyjemy, i zaplanować przyszłość.

Ogólnie rzecz biorąc, szacowana liczba międzynarodowych migrantów wzrosła w ciągu ostatnich pięciu dekad. Szacunkowa liczba 281 milionów osób mieszkających w kraju innym niż ich kraj urodzenia w 2020 r. to o 128 milionów więcej niż w 1990 r. i ponad trzykrotnie większa niż szacowana liczba w roku 1970³.

Migranci nie są tak szczegółowo zdefiniowani w prawie międzynarodowym, ale termin ten jest używany w odniesieniu do osób, które decydują się na przekroczenie granic nie z powodu bezpośredniego zagrożenia prześladowaniem, poważną krzywdą lub śmiercią, ale wyłącznie z innych powodów, w tym ze względu na pracę, edukację lub łączenie rodzin. W grę mogą wchodzić także inne złożone czynniki, takie jak ucieczka przed trudnościami wynikającymi z katastrof ekologicznych, głodu lub skrajnego ubóstwa.

Osoby opuszczające swój kraj z tych powodów zwykle nie potrzebowałyby ochrony międzynarodowej, ponieważ – w przeciwieństwie do uchodźców – zasadniczo nadal korzystałyby z ochrony własnego kraju zarówno podczas pobytu za granicą, jak i po powrocie.

W ostatniej dekadzie można zaobserwować z jednej strony bardziej humanitarne podejście do migracji przejawiające się w wezwaniach do położenia kresu używaniu odczłowieczających terminów związanych z migracją, takich jak „nielegalni migranci”, na rzecz bardziej neutralnego określenia „migranci o nieuregulowanym statusie”. Wydaje się, że tego typu zmiany w użyciu terminologii są nie tylko wyrazem poprawności

² Por. *IOM Definition of „Migrant”*, <https://www.iom.int/about-migration> (dostęp 27.02 2024).

³ *Ibidem*.

politycznej, ale także wprowadza się je po to, aby przyczynić się do kształtowanie humanitarnego postrzegania rzeczywistości migracyjnej. Z drugiej jednak strony nasilające się alarmistyczne i negatywne określenia wobec migrantów, coraz częściej pojawiające się w debacie publicznej, negatywnie wpływają na sposób postrzegania migrantów.

2. UCHODźCY

Uchodźcy, którzy w istocie też są migrantami, tym się różnią od wyżej wymienionych kategorii osób migrujących, że są szczegółowo zdefiniowani i chronieni w prawie międzynarodowym. Są to osoby, które uciekły ze swoich domów, aby uniknąć prześladowań, konfliktów, przemocy, poważnych naruszeń praw człowieka lub innych wydarzeń poważnie zakłócających porządek publiczny i które szukają bezpieczeństwa w innym kraju. W rezultacie potrzebują „ochrony międzynarodowej” ze strony innego kraju, podczas gdy ich własny kraj pochodzenia nie jest w stanie lub nie chce ich chronić. Korzystają z podstawowego, uniwersalnego prawa człowieka – prawa do ubiegania się o azyl⁴ i korzystania z niego.

W literaturze zwraca się uwagę, że uznawany za jednego z ojców nauki prawa międzynarodowego Hugo Grocjusz, sam zresztą uchodźca, sformułował prawo do poszukiwania azylu oraz zasadę *non-refoulement*⁵, czyli zakaz odsyłania osób poszukujących ochrony międzynarodowej do państw, w których grozi im prześladowanie bądź innego typu niebezpieczeństwo, np. trwają tam działania wojenne. Prace Grocjusza miały niewątpliwy wpływ na treść art. 1 konwencji genewskiej z 1951 r. dotyczącej statusu uchodźców. Polska jest stroną tego traktatu od roku 1991 r.⁶

Zgodnie z międzynarodowym prawem dotyczącym uchodźców, dana osoba jest uchodźcą – i powinna być tak traktowana – gdy tylko spełnia tę definicję, nawet jeśli nadal oczekuje na formalne uznanie przez państwa lub UNHCR.

Państwa mają szczególne obowiązki wobec uchodźców na mocy prawa międzynarodowego, w tym:

- zapewnienie uchodźcom możliwości dostępu do ich terytorium i ubiegania się o azyl;
- niekaranie uchodźców za nielegalne przekraczanie granic (bez zezwolenia lub wymaganych dokumentów) w celu zapewnienia bezpieczeństwa. W ubieganiu się o azyl nie ma nic nielegalnego;

⁴ W polskim języku prawnym odróżnia się termin – „azylant” – osoba uzyskująca ochronę na podstawie decyzji prezydenta – od terminu „uchodźca” – osoba objęta ochroną na podstawie zobowiązań międzynarodowych.

⁵ R. Keil, *Human Rights to Asylum and Non-Refoulement: Rights of Expuls and Suppliants in the System of Natural and Volitional Law Formulated by Hugo Grotius*, w: T. Sakurai, M. Zamboni (red.), *Can Human Rights and National Sovereignty Coexist?*, Routledge, London–New York: 2023, s. 17–53.

⁶ Konwencja dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r. [1991] Dz.U. Nr 119, poz. 515 i 517.

- zapewnienie poszanowania, ochrony i przestrzegania podstawowych praw człowieka uchodźców;
- zapewnienie, że uchodźcy nie zostaną wydalenii lub zawróceni do sytuacji zagrożenia, gdy ich życie lub wolność są zagrożone.

Państwa mają obowiązek zapewnić każdemu, kto zbliża się do ich granic i potrzebuje ochrony, możliwość wjazdu na ich terytorium, przedstawienia swojej sprawy oraz umożliwienia jej sprawiedliwego i skutecznego rozpatrzenia. Chociaż nie każda osoba ubiegająca się o ochronę zostanie ostatecznie uznana za uchodźcę, wniosek każdej osoby o status uchodźcy musi zostać rozpatrzony sprawiedliwie i skutecznie⁷.

Nie spełniając kryteriów definicji uchodźcy, może się zdarzyć, że migranci będą potrzebować pomocy i ochrony swoich praw na różnych etapach podróży. Byliby jednak chronieni międzynarodowym prawem dotyczącym praw człowieka i w pewnych okolicznościach mogliby być również uprawnieni do ochrony przed powrotem do kraju pochodzenia lub wydaleniem z kraju przyjmującego ze względu na prawa człowieka.

Coraz częściej na całym świecie dochodzi do „ruchów mieszanych”, w przypadku których uchodźcy i migranci podróżują tymi samymi trasami przez granice lądowe i morskie. Chociaż ich status prawny i motywacje różnią się, po drodze mogą stanąć w obliczu podobnych niebezpieczeństw – w tym przemocy, znęcania się i wyzysku ze strony handlarzy ludźmi, przemytników, przestępców, elementów zbrojnych, innych nieuczciwych podmiotów, a nawet funkcjonariuszy straży granicznej lub innych urzędników.

Chociaż takie zdarzenia i doświadczenia, które mają miejsce podczas podróży poza krajem pochodzenia, nie powodują automatycznej przemiany „migranta” w „uchodźcę” (ponieważ status uchodźcy zależy od tego, czy dana osoba nie jest w stanie wrócić do domu ze względu na niebezpieczeństwo, przemoc lub krzywdę, z powodu których uciekli), wszystkie państwa powinny przyjąć humanitarne podejście oparte na prawach człowieka podczas przyjmowania osób na swoich granicach. Muszą zapewnić osobom potrzebującym ochrony międzynarodowej, czyli uchodźcom, szybki dostęp do stosownej procedury oraz szybką identyfikację i wsparcie ofiar handlu ludźmi lub łamania praw człowieka – niezależnie od tego, czy są to uchodźcy, czy migranci.

Społeczność międzynarodowa od dawna uznaje różnicę między uchodźcami a migrantami – poczynawszy od skodyfikowanego zbioru przepisów prawnych opracowanych w ubiegłym stuleciu specjalnie dla uchodźców (Konwencja genewska dotycząca uchodźców z 1951 r. i protokół do niej z 1967 r., a także inne teksty prawne, takie jak Konwencja dotycząca uchodźców OJA z 1969 r.⁸), do nowszej Deklaracji

⁷ Por. na ten temat szereg tekstów: T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *supra* note 1.

⁸ Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (“OAU Convention”) [1969] 1001 UNTS 45.

nowojorskiej w sprawie uchodźców i migrantów przyjętej 19 września 2016 r. w Nowym Jorku na Szczycie ONZ w Sprawie Uchodźców i Migrantów⁹.

W świetle tego dokumentu, który jednak nie ma charakteru wiążącego, a jest swoistym *soft law* państwa winny:

- chronić prawa człowieka wszystkich migrantów i uchodźców, niezależnie od ich statusu społecznego, w tym ochronić prawa kobiet i dziewcząt; promować pełne, równe i znaczące uczestnictwo migrantów i uchodźców w rozwiązywaniu ich problemów,
- zapewniać wszystkim dzieciom migrantów i uchodźców dostęp do edukacji w ciągu kilku miesięcy od przybycia do nowego kraju,
- zapobiegać i reagować na przemoc o podłożu seksualnym lub płciowym,
- wspierać państwa, które ratują i przyjmują dużą liczbę migrantów i uchodźców,
- zaprzestać praktyki przetrzymywania dzieci jedynie w celu określenia ich statusu,
- stanowczo potępiać ksenofobię wobec uchodźców i migrantów oraz wspierać globalną kampanię zwalczającą zachowania ksenofobiczne,
- podkreślać pozytywny wkład, jaki wnoszą migranci do rozwoju ekonomicznego i społecznego w państwie przyjmującym,
- wspierać i ulepszać pomocą humanitarną i pomoc rozwojową dla państw najbardziej dotkniętych skutkami uchodźstwa, w tym zastosowanie innowacyjnych, wielostronnych rozwiązań finansowych, tak by wyeliminować wszelkie luki finansowe,
- wzmocnić globalne zarządzanie migracjami poprzez włączenie Międzynarodowej Organizacji ds. Migracji do systemu Narodów Zjednoczonych.

Poparcie dla wyrażonych w Deklaracji zasad sformułował Parlament Europejski w Rezolucji z dnia 18 kwietnia 2018 r. w sprawie postępów w zakresie globalnych porozumień ONZ w sprawie bezpiecznej, uporządkowanej i legalnej migracji oraz w sprawie uchodźców¹⁰.

Niestety praktyka ostatnich ośmiu lat, jakie upłynęły od uchwalenia tej na pewno postępowej i ważnej Deklaracji, daleka jest od zawartych w niej zaleceń.

Zarazem, jak trafnie wskazuje się w literaturze, państwa europejskie zaostwiają kryteria udzielania statusu uchodźcy poprzez wprowadzanie następujących klauzul:

- bezpieczny kraj pochodzenia – nie przyznaje się statusu uchodźcy obywatelom państw uznawanych za wolne od prześladowań na tle politycznym, religijnym, rasowym itp.,

⁹ Resolution adopted by the General Assembly on 19 September 2016 [without reference to a Main Committee (A/71/L.1)], 71/1. New York Declaration for Refugees and Migrants, A/RES/71/1.

¹⁰ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 18 kwietnia 2018 r. w sprawie postępów w zakresie globalnych porozumień ONZ w sprawie bezpiecznej, uporządkowanej i legalnej migracji oraz w sprawie uchodźców (2018/2642(RSP)) [2019] OJ C 390, s. 9.

- bezpieczny kraj trzeci – uchodźca winien starać się o uzyskanie ochrony nie w dowolnym kraju, lecz w pierwszym do którego dotarł, a w którym nie ma prześladowań i który jest stroną ww. Konwencji genewskiej,
- wnioski azylowe oczywiście bezzasadne – wprowadzenie uproszczonej procedury w przypadkach wskazujących na nadużycie wniosku o status uchodźcy¹¹.

Trzeba zarazem pamiętać, że co prawda status uchodźcy reguluje prawo międzynarodowe, to jednak regulacja procedur potwierdzających ów status pozostaje w gestii poszczególnych państw.

Negatywnym przykładem naruszania tych zasad są obserwowane na granicy Polski z Białorusią często dramatyczne przykłady haniebnej polityki *push-back*, czyli odsyłania osób ubiegających się o ochronę w Polsce za granicę, co skutkuje często dramatycznymi konsekwencjami, ze śmiercią tych osób włącznie¹². Z tego powodu kilkadziesiąt ofiar tych praktyk zaskarżyło Polskę do ETPC i Trybunał do końca lipca 2023 r. zakomunikował Polsce 11 spraw dotyczących naruszeń praw migrantów i uchodźców na granicy polsko-białoruskiej.

3. CZY ISTNIEJE PRAWO DO IMIGRACJI?

Uznanie prawa do emigracji jest gruntownie osadzone we współczesnym konstytucjonalizmie, a także w prawie międzynarodowym. Konstytucje uchwalane po II wojnie światowej, międzynarodowe traktaty i konwencje dowodzą, że prawo to stało się *ius cogens*. W tym kontekście trzeba wskazać na art. 13 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r.¹³, art. 12 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych z 1966 r.¹⁴, art. 2 ust. 2 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹⁵. Wszystkie te dokumenty są następstwem długiej historii, poczynając od Wielkiej Karty Swobód (Magna Carta) – art. 42¹⁶. Elementy tego prawa pojawiły się w konstytucji Francji z 1791 r.¹⁷ i w amerykańskiej ustawie

¹¹ Por. W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa: 2004, s. 207.

¹² Por. na ten temat dramatyczną relację H. Machińskiej: D. Faron, *Hanna Machińska: Polska okrywa się hanbą, której nie zmyjemy*, <https://wiadomosci.wp.pl/hanna-machinska-polska-okrywa-sie-hanba-ktorej-nie-zmyjemy-6946436262275936a>. (dostęp 2 stycznia 2024). Por. także M. Grynberg, *Jezus umarł w Polsce*, Wydawnictwo Agora, Warszawa: 2023, s. 325.

¹³ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/polish-polish> (dostęp 22 września 2024).

¹⁴ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. [1977] Dz.U. Nr 38, poz. 167.

¹⁵ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 [1993] Dz.U. Nr 61, poz. 284.

¹⁶ Magna Charta Libertatum, <https://pl-static.z-dn.net/files/d9d/6469a34df595bd421e8f48488a4d4d24.pdf> (dostęp 23 września 2024).

¹⁷ The Constitution of 1791, 3 September 1791, <https://web.archive.org/web/20111217062556/http://sourcebook.fsc.edu/history/constitutionof1791.html> (dostęp 23 września 2024).

o emigracji z 1868 r.¹⁸ W ramach post-westfalskiego porządku prawnego prawo do emigracji ma niewątpliwie charakter prawa podstawowego.

Odmienne wygląda jednak status prawa do imigracji. W tym przypadku państwa zachowują kontrolę, co wynika m.in. z zasady terytorialnej suwerenności. Znajduje to potwierdzenie m.in. w systemie międzynarodowego prawa praw człowieka, który określając warunki przyznawania azylu lub statusu uchodźcy nie formułuje prawa człowieka do imigracji. W podobnym duchu wypowiada się też Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie stwierdzając, że kontrola granic przez państwa jest potwierdzoną zasadą prawa międzynarodowego¹⁹.

W odróżnieniu od emigracji, która jest zjawiskiem nieodłącznie związanym z historią ludzkości, uznanie prawa do imigracji wydaje się rozdarte na dwa reżimy regulacyjne, odzwierciedlające odmienny charakter roszczeń, jakie mogą wnosić jednostki i grupy. O ile w przypadku jednostek pojawiają się elementy tego prawa, np. uchodźcy, o tyle państwa kategorycznie odrzucają imigracje grupowe.

Prawo do imigracji nigdy nie było postrzegane jako uniwersalne prawo zakorzenione w prawie międzynarodowym traktatowym bądź zwyczajowym. Gdyby twierdzić, że z zasady uniwersalizmu praw człowieka może wynikać prawo do imigracji, indywidualne bądź zbiorowe, to należałoby wyjaśnić jaka jest relacja tego prawa do zasady suwerenności terytorialnej. Zasada ta jest traktowana jako jedna z podstawowych reguł współczesnego prawa międzynarodowego. Wyraża się ona m.in. w kompetencji do zawierania traktatów międzynarodowych, co w konsekwencji oznacza obowiązek przestrzegania tych traktatów. Ewentualne sankcje i kary nakładane na państwo w związku z naruszaniem zobowiązań traktatowych nie mogą być traktowane jako naruszanie czy zagrożenie suwerenności.

4. KONWENCJA ONZ O OCHRONIE PRAW MIGRUJĄCYCH PRACOWNIKÓW I CZŁONKÓW ICH RODZIN

Pod koniec lat 80. XX w. powstała inicjatywa uregulowania praw migrantów na forum ONZ. W dniu 18 grudnia 1990 r. w efekcie jednego z najdłużej trwających procesów negocjacyjnych w historii ONZ-owskich traktatów praw człowieka, osiemnaście państw (głównie tych, których obywatele w szczególnie dużej liczbie migrują za granicę, np. Filipiny, Maroko czy Meksyk) przyjęło Międzynarodową Konwencję ONZ dotyczącą ochrony praw migrujących pracowników i członków ich rodzin. Celem Konwencji jest zapewnienie kompleksowej ochrony praw człowieka pracowników migrujących – zarówno praw osobistych i politycznych, jak i gospodarczych,

¹⁸ Expatriation Act of 1868, 15 Stat. 223.

¹⁹ Por. ETPC, *Omorgie i in. p. Norwegii* (skarga nr 265 /07), 31 lipca 2008 r.; ETPC, *Saadi p. Włochom* (skarga nr 37201/06), Wielka Izba, 28 lutego 2008 r.

socjalnych i kulturalnych²⁰. Pomimo stosunkowo niskiego progu ratyfikacji (wymagana ratyfikacja przez 20 państw) od przyjęcia konwencji do jej wejścia w życie 1 lipca 2003 r. upłynęło blisko 13 lat. Do maja 2023 r. dokument ratyfikowało w sumie 56 państw, a kolejnych 17 dołączyło do sygnatariuszy, ale jeszcze go nie ratyfikowało. Trzeba podkreślić fakt, że Konwencji jak dotąd nie przyjęło aż 132 członków ONZ, w tym główne kraje docelowe migracji międzynarodowych z Europy Zachodniej, Ameryki Północnej, Zatoki Perskiej oraz Australia, mimo iż dokument nie przewiduje ustanowienia żadnych nowych praw migrantów, a jedynie ma na celu zapewnienie ochrony już przysługujących im praw podstawowych²¹. Nowatorski charakter Konwencji wynika z przyjęcia założenia, że wszystkim migrantom (zarówno legalnym, jak i nielegalnym) jako ludziom przysługuje pewien minimalny zakres ochrony prawnej. W świetle udokumentowanych badań przyczyną braku ratyfikacji tej Konwencji są nie tyle jej standardy, ile brak wiedzy i woli politycznej²². Należy podkreślić, że na podobne przeszkody, zarówno w procesie uchwalania, jak i ratyfikowania, napotykały inne traktaty dotyczące pracowników migrantów, zawierane pod auspicjami Międzynarodowej Organizacji Pracy czy też Rady Europy²³.

Jak trafnie wskazuje się w literaturze, przyczyną tego stanu rzeczy wydaje się fakt, że

państwa docelowe migracji nadal postrzegają kwestie związane z prawami migrantów z perspektywy nazwanej przez Ulricha Becka „metodologicznym nacjonalizmem”, który opiera się na kongruencji granic („we wszystkich kwestiach dominuje odróżnienie wnętrza i zewnątrz w perspektywie narodowej”) i traktuje polityczną przynależność jako z góry jednoznacznie określoną. Przy takim podejściu wyłącznie status „obywatelstwa” wyznacza, komu przysługuje, a komu nie przysługuje ochrona ze strony społeczeństwa, natomiast człowieczeństwo jawi się jako pojęcie zgola górnolotne i abstrakcyjne²⁴.

²⁰ Szerzej na temat Konwencji oraz funkcjonującego w jej ramach mechanizmu kontrolnego por. K. Sękowska-Kozłowska, *Komitet do Spraw Ochrony Praw Wszystkich Pracowników Migrujących i Członków ich Rodzin*, w: R. Wieruszewski (red.), *Mechanizmy Ochrony Praw Człowieka w ramach ONZ. Analiza systemowa*, Wolters Kluwer, Warszawa: 2017, s. 219–234.

²¹ Por. A. Gliszczyńska-Grabias, *Międzynarodowa konwencja o ochronie praw wszystkich pracowników migrujących oraz członków ich rodzin*, w: G. Baranowska, A. Gliszczyńska-Grabias, A. Hernandez-Polczyńska, K. Sękowska-Kozłowska, R. Wieruszewski, *Wpływ ONZ-owskiego standardu ochrony praw człowieka na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, INP PAN, Warszawa 2022, s. 165–166, <https://www.doi.org/10.5281/zenodo.7309843>.

²² K. Sękowska-Kozłowska, *supra* note 20, s. 222 i cyt. tam literatura.

²³ P. de Gauchteneire, A. Pecoud, *Introduction, The UN Convention on Migrant Worker's Rights*, w: R. Cholewiński, P. de Gauchteneire, A. Pecoud (red.), *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrants' Workers Rights*, Cambridge University Press, Cambridge: 2009, s. 12.

²⁴ A. Popławska, *Migracje a prawa człowieka w kontekście stosunków międzynarodowych*, 17 Kultura i Polityka 84 (2015).

5. NIEUREGULOWANA MIGRACJA

Aktualne podejście do kwestii migracyjnych, przykładem choćby Pakt Migracyjny UE, charakteryzujące się zaostrzaniem retoryki i działań represyjnych zmierzających do powstrzymania fal migrantów, nie skłania do szukania formuły „prawa do migracji”.

Nieuregulowana migracja to wieloaspektowe, dynamiczne zjawisko, które przyciąga jednak nieproporcjonalnie dużą uwagę mediów i polityków. Migranci stanowią zaledwie 3,5% światowej populacji – czyli raczej niewielki ułamek – a według najnowszych szacunków migranci o nieuregulowanym statusie stanowią od 15% do 20% całej populacji migracyjnej. Oznaczałoby to zatem około 1% całkowitej populacji świata, co nadal obejmowałoby 30–40 milionów osób na całym świecie²⁵.

Nieuregulowana migracja obejmuje różne rodzaje nieprawidłowości – między innymi legalny wjazd i nielegalny pobyt, wjazd na podstawie fałszywych dokumentów, wjazd i nadużywanie warunków pobytu. Ponieważ jednak nieuregulowani migranci są ludźmi jak każdy inny, są aktywni zarówno w przestrzeni publicznej, jak i prywatnej, znajdują zatrudnienie (zwykle bez odpowiednich dokumentów) i zakwaterowanie, mają rodziny, potrzeby zdrowotne i edukacyjne; czasami aktywnie przyczyniają się do rozwoju swoich społeczności lokalnych pomimo nieuregulowanego statusu. Stanowią zatem liczne wyzwania w zakresie zarządzania, stwarzają problemy polityczne i moralne na poziomie lokalnym, krajowym i europejskim.

Z tego względu nieuregulowana imigracja zajmuje ważną pozycję w europejskim programie politycznym. W ostatnim dziesięcioleciu kraje Europy Południowej i Wschodniej zintensyfikowały kontrole na zewnętrznych granicach Europy. Doprowadziło to do powstania wyższych i bardziej wyrafinowanych ogrodzeń, większej liczby patroli granicznych oraz większej liczby zatrzymań i natychmiastowych repatriacji. Wzmocniły się także kontrole graniczne w europejskich portach morskich i na lotniskach, gdzie większa kontrola oznacza odróżnianie turystów od potencjalnych imigrantów przed wyjazdem, nakładanie na linie lotnicze i biura podróży odpowiedzialności za sprawdzanie tożsamości pasażerów i identyfikację obcokrajowców za pomocą nowych środków technologicznych i europejskiej sieci baz danych imigracyjnych. Świadomość, że granice nie powstrzymują nielegalnej migracji, doprowadziła również do wzmocnionych kontroli wewnętrznych. Obejmowały one większy nadzór policji, częstsze przetrzymywanie i deportacje nielegalnych imigrantów oraz ich stopniowe wykluczanie z rynków pracy i mieszkań, a także z usług publicznych. Wykluczenie ma na celu udaremnienie życia codziennego do tego stopnia, że imigranci, których nie da się zatrzymać na granicy ani zatrzymać a następnie deportować, i tak będą zmuszeni do wyjazdu.

²⁵ Por. M. McAuliffe, A. Triandafyllidou (red.), *World Migration Report 2022*, IOM, Geneva: 2021, <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022> (dostęp 23 września 2024).

6. JAK REGULOWAĆ MIGRACJE?

Współcześnie mamy do czynienia z pewnym paradoksem. Z jednej strony kwestie prawne związane z migracją w świetle prawa międzynarodowego pozostają zakotwiczone w temacie uznania praw człowieka lub praw podstawowych, zatwierdzonym przez główne konwencje i deklaracje powstałe po II wojnie światowej. Z drugiej strony, w przypadku prawa tworzonego przez państwa lub organy ponadnarodowe, regulacja migracji staje się kwestią praktyk administracyjnych, które winny zarządzać przepływami ludności.

To administracyjne podejście do migracji dominuje w polityce europejskiej od dziesięcioleci, zgodnie z zasadą, że państwa sprawują kontrolę nad swoimi granicami. Strategie zaostrezenia zasad wjazdu na kontynent są kluczowe dla tego stanowiska do tego stopnia, że prawnicy uważają, że pojęcie „Twierdza Europa” przyjęło się w alarmującym stopniu, między innymi dlatego, że te polityki są de facto sprzeczne z ustalonymi zasadami prawa europejskiego, w tym zakazu non-refoulement. W kontekście tych podejść uznanie prawa do migracji podlega warunkom determinującym jego wykonywanie poprzez „legalne” kanały wjazdu, które ostatecznie zaprzeczają jego skuteczności, nawet – a zwłaszcza – w przypadkach, w których wdrażana jest ochrona na mocy prawa międzynarodowego.

Wyrazem tego podejścia jest porozumienie osiągnięte przez Parlament Europejski i Radę w sprawie Paktu o migracji i azylu UE. Porozumienie dotyczy pięciu kluczowych wniosków ustawodawczych objętych paktem. Są nimi:

- rozporządzenie w sprawie kontroli przesiewowej, ustanawiające jednolite przepisy dotyczące identyfikacji obywateli państw trzecich po ich przybyciu, a tym samym zwiększające bezpieczeństwo w strefie Schengen²⁶;
- rozporządzenie Eurodac²⁷, dotyczące utworzenia wspólnej bazy danych obejmującej dokładniejsze i kompletniejsze dane, aby wykrywać przypadki niedozwolonego przemieszczania się;

²⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1356 z dnia 14 maja 2024 r. w sprawie wprowadzenia kontroli przesiewowej obywateli państw trzecich na granicach zewnętrznych oraz zmiany rozporządzeń (WE) nr 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 i (UE) 2019/817, PE/20/2024/REV/1 [2024] OJ L 1356.

²⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1358 z dnia 14 maja 2024 r. w sprawie ustanowienia systemu Eurodac do porównywania danych biometrycznych w celu skutecznego stosowania rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1351 i (UE) 2024/1350 i dyrektywy Rady 2001/55/WE oraz w celu identyfikowania nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich oraz bezpaństwowców, w sprawie występowania z wnioskami o porównanie z danymi Eurodac przez organy ścigania państw członkowskich i Europol na potrzeby ochrony porządku publicznego, w sprawie zmiany rozporządzeń Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1240 i (UE) 2019/818 oraz w sprawie uchylenia rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 603/2013 [2024] OJ L 1358.

- rozporządzenie w sprawie procedur azylowych²⁸, zwiększające szybkość i skuteczność procedur azylowych, procedur powrotu i procedur granicznych;
- rozporządzenie w sprawie zarządzania azylem i migracją²⁹, ustanawiające nowy mechanizm solidarności między państwami członkowskimi w celu zrównoważenia obecnego systemu, w ramach którego kilka państw odpowiada za zdecydowaną większość wniosków o udzielenie azylu. Rozporządzenie to obejmuje również jasne przepisy dotyczące odpowiedzialności za wnioski o udzielenie azylu;
- rozporządzenie w sprawie reagowania na sytuacje kryzysowe i spowodowane działaniem siły wyższej³⁰, gwarantujące gotowości UE do radzenia sobie z sytuacjami kryzysowymi w przyszłości, w tym z instrumentalizacją migrantów³¹.

Po formalnym przyjęciu tych wniosków ustawodawczych przez Parlament Europejski i Radę zostaną zrealizowane filary nowego Paktu o migracji i azylu.

Centralnym punktem Paktu Migracyjnego UE z perspektywy państw UE jest mechanizm solidarnościowy. Jest on uzupełnieniem de facto pomysłu przymusowej relokacji migrantów, który był fiaskiem polityki migracyjnej poprzedniej Komisji oraz przede wszystkim autorki tego pomysłu byłej kanclerz Niemiec Angeli Merkel. Obecny mechanizm zakłada, że państwo będące w sytuacji kryzysowej zwraca się do pozostałych państw o pomoc. I może w ramach tej pomocy otrzymać albo przyjęcie przez wspierający kraj określonej liczby migrantów, albo zaoferować wsparcie finansowe lub materialne, niezbędne do opanowania sytuacji kryzysowej. Informacje na temat całego tego procesu będą niejawne, gdyż jak twierdzi Bruksela, mogą być one czynnikiem przyciągającym do migracji. O tym, czy sytuacja jest kryzysowa, będą decydowały głównie państwa członkowskie oraz Komisja Europejska, a sam stan kryzysu nie będzie mógł trwać dłużej niż 12 miesięcy. Mechanizm ten nie budzi większych kontrowersji w UE, choć polska opozycja, której rząd poprzedniej kadencji negocjował cały Pakt, twierdzi, że Polska będzie zmuszona do przyjmowania migrantów. Będzie zmuszona pomagać krajom w kryzysie, ale nie musi przyjmować żadnej grupy przybyszów, może po prostu wpłacić państwu w kryzysie pieniądze, a ponadto z uwagi na fakt przyjęcia rzeszy migrantów z Ukrainy, może być w ogóle zwolniona z tego mechanizmu.

²⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2024/1348 z dnia 14 maja 2024 r. w sprawie ustanowienia wspólnej procedury ubiegania się o ochronę międzynarodową w Unii i uchylenia dyrektywy 2013/32/UE [2024] OJ L 1348.

²⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 14 maja 2024 r. w sprawie zarządzania azylem i migracją, zmiany rozporządzeń (UE) 2021/1147 i (UE) 2021/1060 oraz uchylenia rozporządzenia (UE) nr 604/2013 [2024] OJ L 1351.

³⁰ Rozporządzenie 2024/1359 w sprawie reagowania na sytuacje kryzysowe i sytuacje spowodowane działaniem siły wyższej w dziedzinie migracji i azylu oraz w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) 2021/1147 [2024] OJ L 1359.

³¹ Komisja Europejska. Przedstawicielstwo w Polsce, *Pakt o migracji i azylu: jest porozumienie*, 21 grudnia 2023 r., https://poland.representation.ec.europa.eu/news/pakt-o-migracji-i-azylu-jest-porozumienie-2023-12-21_pl (dostęp 7 lutego 2024).

7. ZAOSTRZENIE PRAWA AZYŁOWEGO PRZEWIDZIANE W PAKCIE UE

Kontrowersje wśród organizacji pozarządowych budzą, przewidziane w Pakcie, propozycje znacznego zaostrzenia prawa azyłowego. Po pierwsze skrócone mają być procedury rozpatrywania podań, w tym także na granicach. Po drugie potencjalnym azylantom pobierane będą obrazy twarzy i odciski palców. Wszyscy będą musieli też przejść kontrole bezpieczeństwa oraz stanu zdrowia. Kraje pierwszego kontaktu otrzymają znacznie większe uprawnienia do odsyłania migrantów do krajów pochodzenia. W tym celu KE zintensyfikowała współpracę z państwami trzecimi, podpisując kolejne porozumienia opierające się głównie na tej zasadzie, że Bruksela przekazuje pieniądze w zamian za utrzymanie migrantów w granicach danego państwa. Umowy w tym zakresie zostały podpisane już z Tunezją, negocjowane są z Egiptem i innymi krajami w głębi afrykańskiego kontynentu.

Organizacje pozarządowe krytykują te przepisy, twierdząc, że mają one dyskryminacyjny, rasistowski charakter. Ponadto NGO podnoszą wątpliwości, czy ich statki przeznaczone do misji ratunkowo-poszukiwawczych na Morzu Śródziemnym nie zostaną uznane za wrogie podmioty, które przyczyniają się do instrumentalizacji kryzysu. Do tych wątpliwości przychylają się europosłowie chcący doprecyzowania przepisów w tym zakresie. Organizacje pozarządowe krytykują też UE za niewystarczającą ochronę dzieci. Zgodnie z nowymi przepisami otrzymanie azylu przez jednego członka rodzeństwa nie będzie automatycznie powodowało przyznania azylu drugiemu członkowi rodzeństwa, co może doprowadzić potencjalnie do rozbijania rodzin³².

Kontrowersje budzi też wzmocnienie granic zewnętrznych i to nie tylko przez system monitoringu i przekazywania danych, ale przede wszystkim przez twardą infrastrukturę graniczną. Dotychczas było to w UE tabu, a podczas kryzysu na granicy polsko-białoruskiej komisarz ds. wewnętrznych Ylva Johansson bardzo krytycznie wypowiadała się o tego typu zabezpieczeniach. Rząd Matusza Morawieckiego podjął w tamtym czasie decyzję o wybudowaniu płotu na granicy z Białorusią, który został w pełni sfinansowany ze środków krajowych. Na mocy nowego Paktu tego typu zabezpieczenia mogą być już finansowane z pieniędzy unijnych.

W przeddzień ogłoszenia konsensusu wokół reform Caritas opublikował list otwarty podpisany przez 50 europejskich organizacji praw człowieka, m.in. Amnesty International, OxFam, Save the Children oraz wiele organizacji pomagających ludziom na szlakach śródziemnomorskich i bałkańskich:

³² Por. M. Roszak, *Co oznacza nowy Pakt Migracyjny? UE przyjęła ostry kurs*, 20 grudnia 2023 r., <https://forsal.pl/swiat/unia-europejska/artykuly/9386526,co-oznacza-nowy-pakt-migracyjny-ue-przyjela-ostry-kurs.html> (dostęp 7 lutego 2014).

Pakt przyjęty w obecnym kształcie znormalizuje arbitralnie stosowaną detencję, w tym detencję rodzin i dzieci; zwiększy profilowanie rasowe i wykorzysta tzw. procedury kryzysowe, by umożliwić odsyłanie ludzi do tzw. bezpiecznych krajów trzecich, gdzie wielu z nich grozi więzienie, przemoc i tortury”, piszą organizacje³³.

8. KONKLUZJE

Podsumowując niniejsze rozważania, jedna rzecz wydaje się oczywista, migranci, w tym także ci o nieuregulowanym statusie, są objęci ochroną praw człowieka. Nie ulega wątpliwości, że antynomia pomiędzy suwerennością a prawami człowieka, szczególnie w kontekście migracji, jest zagadnieniem niezwykle złożonym³⁴. W literaturze podkreśla się zarazem, że „pojęcie suwerenności nie tylko jest najbardziej błyszczącym i kontrowersyjnym pojęciem w historii [...], ale też należy do kategorii pojęć najbardziej wieloznacznych, a przez to często nadużywanych w dyskusjach politycznych”³⁵.

Pomimo uproszczonych i często dualistycznych rozwiązań rozpowszechnianych w obszarze politycznym (otwarte granice vs. zamknięte granice) poważne ustosunkowanie się do kwestii prawnych, jakie płyną z przepływów migracyjnych w związku z roszczeniami państwa do własnego terytorium, wiąże się z przyjęciem przesłanki, że kwestie takie należy rozpatrywać na etapach wielopoziomowych i badać z perspektywy multidyscyplinarnej. W związku z tym najbardziej trafne wydaje się podejście przyjęte w prezentowanej wyżej Deklaracji nowojorskiej, gdyż wychodzi ona z założenia, że wszelkie kategorie migrantów winny być prawnie chronione, choć w różnym zakresie, i że ta zasada winna być podstawą do wszelkich międzynarodowych działań dotyczących tej kwestii. Odpowiadając na pytanie zadane w tytule tego eseju chciałbym wierzyć, że rzeczywiście istnieje *ius migrandi* przynajmniej w fazie *in statu nascendi*.

³³ M. Tomczak, *Jest porozumienie wokół paktu o migracji i azylu. Unia zaostrza kurs*, 21 grudzień 2023 r., <https://oko.press/unijny-pakt-o-azylu-i-migracji-uzgodniony-metsola-ten-dzien-przejdzie-do-historii> (dostęp 7 lutego 2014).

³⁴ Por. bardzo ciekawe i inspirujące rozważania na ten temat w: T. Sakurai, M. Zamboni (red.), *supra* note 5.

³⁵ M. Wyrzykowski, *Obrona suwerenności*, w: G. Baranowska, A. Gliszczyńska-Grabias, A. Hernandez-Polczyńska, K. Sękowska-Kozłowska (red.), *O prawach człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Romana Wieruszewskiego*, Wolters Kluwer, Warszawa: 2017, s. 30.

OBOWIĄZKI PAŃSTW W KONTEKŚCIE ZBRODNI LUDOBÓJSTWA W ŚWIELE DOROBKU ORZECZNICZEGO MIĘDZYNARODOWEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI

1. WSTĘP

Prawie 80 lat temu otwarto do podpisu Konwencję w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa (dalej jako: Konwencja w sprawie ludobójstwa lub Konwencja)¹. Dziś jej stronami są 153 państwa – prawie 80% należących do ONZ – czyli 40 nie zdecydowało się do niej przystąpić². O jej wadze świadczy to, że w 1948 r. była pierwszym traktatem dotyczącym praw człowieka przyjętym przez Narody Zjednoczone. Razem z nią przyjęto Powszechną Deklarację Praw Człowieka, która jednak nie jest umową międzynarodową.

Konwencja w sprawie ludobójstwa wskazuje w Preambule, że „ludobójstwo jest zbrodnią prawa międzynarodowego” (potwierdza tym samym postanowienia rezolucji Zgromadzenia Ogólnego 96/I³) i powtarza to w art. I, jednocześnie stanowiąc, że zbrodnia ta może być popełniona zarówno w czasie wojny i pokoju, a państwa strony zobowiązują się jej zapobiegać i ją karać.

Od dekad Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (dalej jako MTS lub Trybunał) krok po kroku analizuje postanowienia Konwencji: w opinii doradczej z 1951 r., a następnie kilku wyrokach i zarządzeniach. Niniejszy artykuł ma na celu wykazanie, jak zmienia się orzecznictwo Trybunału w kontekście określania obowiązków państw Konwencji i jakie granice zakresła Trybunał, odnosząc się do zobowiązań państw, które

¹ Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa [1952] Dz.U. Nr 2, poz. 9.

² Status umowy na stronie: UN Treaty Collection, [Status], https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-1&chapter=4&clang=_en#29 (dostęp 22 września 2024).

³ United Nations General Assembly Resolution 96 (I), The Crime of Genocide, A/Res/96(1).

* Karolina Wierczyńska – doktor habilitowana nauk prawnych, profesor w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Publicznego w Instytucie Nauk Prawnych PAN. ORCID: 0000-0002-6205-8991.

** Szymon Zaręba – doktor nauk prawnych, adiunkt w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Publicznego w Instytucie Nauk Prawnych PAN. ORCID: 0000-0003-3226-4441.

miały zapobiegać i karać naruszenia Konwencji. Kwestię tę badamy, opierając się na praktyce orzeczniczej MTS, krytycznie analizując wydane decyzje. Przeprowadzone badanie nie tylko wskazuje na dualistyczny charakter odpowiedzialności za ludobójstwo, ale przede wszystkim skupia się na obowiązkach państwa, aby działać zgodnie z celem i przedmiotem Konwencji, charakterze tych obowiązków oraz ich zakresie przedmiotowym. Z przedstawionych badań wynika, że orzecznictwo MTS podlega ewolucji i Trybunał dostosowuje je do zmieniających się warunków faktycznych.

2. DUALISTYCZNY CHARAKTER ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA LUDOBÓJSTWO

Konwencja odnosi się do dwóch reżimów – odpowiedzialności państwa, które ma zapobiegać zbrodni i ją karać, i odpowiedzialności jednostki, która ma nie popełniać zbrodni ludobójstwa⁴. Postanowienia dotyczące odpowiedzialności jednostki za popełnienie zbrodni ludobójstwa regulowane są w art. IV–VII Konwencji. MTS potwierdził, że taka „dualistyczna odpowiedzialność jest stałą cechą prawa międzynarodowego”⁵. Art. IX Konwencji wskazuje, że „spory pomiędzy Umawiającymi się Stronami, dotyczące wykładni, stosowania lub wykonania niniejszej Konwencji, jak również spory, dotyczące odpowiedzialności państwa za ludobójstwo lub inne czyny wymienione w art. III, będą oddawane do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości na żądanie którejkolwiek Strony w sporze”. Postanowienia art. IX Konwencji nie wykluczają żadnej formy odpowiedzialności państwa, a tym bardziej odpowiedzialności za działania jego przywódców czy urzędników państwowych⁶, sił zbrojnych⁷ oraz osób czy grup, których czyny można państwu przypisać⁸.

Co więcej, Trybunał wskazał, że obowiązek zapobiegania ludobójstwu implikuje także zakaz popełniania tej zbrodni. Jego zdaniem ten obowiązek wynika z art. I, który określa ludobójstwo mianem zbrodni prawa międzynarodowego, i łączy się także z tym, że państwa mają obowiązek uniemożliwić osobom lub grupom, które nie podlegają bezpośrednio ich władzy popełnienie aktu ludobójstwa lub któregośkolwiek z innych czynów, o których mowa w art. III Konwencji⁹. Państwa nie mają

⁴ K. Wierczyńska, „Specjalna operacja wojskowa” Rosji w Ukrainie – indywidualna odpowiedzialność za zbrodnię ludobójstwa i zbrodnie przeciwko ludzkości, 9(1) „Państwo i Prawo” 77 (2022).

⁵ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bośnia i Hercegowina p. Serbii i Czarnogórze)*, wyrok, 26 lutego 2007 r., ICJ Reports 2007, s. 43, par. 173.

⁶ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Jugosławia p. Bośni i Hercegowinie)*, wyrok ws. zarzutów wstępnych, 11 lipca 1996 r., ICJ Reports 1996, s. 595, par. 32.

⁷ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (RPA p. Izraelowi)*, zarządzenie, 26 stycznia 2024 r., par. 78, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-00-en.pdf> (dostęp 22 września 2024).

⁸ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bośnia i Hercegowina p. Serbii i Czarnogórze)*, *supra* note 5, s. 43, par. 167.

⁹ *Ibidem*, par. 166. Art. III Konwencji odnosi się do różnych form popełnienia zbrodni takich jak ludobójstwo, zmowa w celu popełnienia ludobójstwa, bezpośrednie i publiczne podżeganie do popełnienia ludobójstwa,

popępniać ludobójstwa w żadnej formie: ani za pośrednictwem swoich organów, ani za pośrednictwem innych osób. W tym kontekście MTS wskazał jednak, że nie byłoby zgodne z celem i przedmiotem Konwencji negowanie tego, że choć międzynarodowa odpowiedzialność państwa ma zupełnie inną naturę niż odpowiedzialność karna, to może ona zostać uruchomiona poprzez jeden z czynów innych niż samo ludobójstwo, wymienionych w art. III Konwencji¹⁰.

3. OBOWIĄZEK PAŃSTWA, ABY DZIAŁAĆ ZGODNIE Z CELEM I PRZEDMIOTEM KONWENCJI

28 maja 1951 r. w swojej opinii doradczej, która dotyczyła możliwości i konsekwencji składania przez państwa zastrzeżeń do postanowień Konwencji, MTS potwierdził, że zasady leżące u podstaw regulacji Konwencji w sprawie ludobójstwa są uznawane przez narody cywilizowane za wiążące dla wszystkich państw, nawet tych, które nie mają zobowiązań konwencyjnych oraz mają uniwersalny charakter, zarówno w zakresie potępienia ludobójstwa, jak i współpracy wymaganej „w celu uwolnienia ludzkości od tej odrażającej plagi”¹¹.

Odnosząc się do obowiązków państwa Trybunał zauważył, że zamiarem twórców Konwencji było potępienie i ukaranie ludobójstwa jako zbrodni prawa międzynarodowego polegającej na negowaniu prawa do istnienia całych grup ludzkich – negowania, które „wstrząsa sumieniem ludzkości i powoduje ogromne straty dla człowieczeństwa”¹². Podkreślił także, że w tego „typu konwencji państwa umawiające się nie mają żadnych własnych interesów; mają one jedynie wspólny interes, a mianowicie osiągnięcie tych wzniosłych celów, które stanowią *raison d'être* konwencji”. W takim przypadku, zdaniem Trybunału, nie powinno się rozważać kwestii indywidualnych korzyści lub strat dla państw, ani kwestii utrzymania idealnej równowagi kontraktowej między prawami i obowiązkami. To ideały, które stoją za wspólnym działaniem państw w celu stworzenia Konwencji stanowią jej fundament i miarę wszystkich jej postanowień. Trybunał wskazał także, że ponieważ Konwencja wielostronna jest efektem dobrowolnej zgody państw co do kształtu jej postanowień, to w konsekwencji żadna z jej stron nie powinna udaremniać lub osłabiać celu i istoty Konwencji poprzez jednostronne decyzje lub odrębne umowy. Tym samym zarysował pewne granice dla obowiązków państw – nie powinny one sabotować swoimi jednostronnymi decyzjami

usiłowanie popełnienia ludobójstwa, współudział w ludobójstwie. I są to niewątpliwie czyny, które mogłyby dotyczyć na przykład urzędników państwa którzy podlegaliby do popełnienia zbrodni ludobójstwa swoich zwolenników politycznych.

¹⁰ *Ibidem*, par. 166–167.

¹¹ MTS, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, opinia doradcza, 28 maja 1951 r., ICJ Reports 1951, s. 15, 23.

¹² *Ibidem*.

celu i przedmiotu wielostronnej Konwencji, której są stronami.¹³ Co więcej, Trybunał w opinii stwierdził, że w rezultacie państwo, które złożyło i utrzymało zastrzeżenie zakwestionowane przez jedną lub kilka stron Konwencji, może być uznane za jej stronę, jeśli zastrzeżenie to jest zgodne z przedmiotem i celem Konwencji. W przeciwnym razie państwo to nie może być uważane za stronę Konwencji¹⁴.

Z tego należy wnioskować, że zastrzeżenie niezgodne z celem i przedmiotem traktatu mogłoby sprawić, że państwo nie będzie stroną traktatu, do którego złożyło zastrzeżenie. W opinii nie rozwinęto jednak tego zagadnienia. Nie wskazano, kto na przykład stwierdzałby taki fakt, ani też jakie zastrzeżenie byłoby niezgodne z celem i przedmiotem konwencji. Można więc postawić pytanie o to, jakie zastrzeżenie spełniałoby te warunki. Niewątpliwie nie jest takim zastrzeżenie do art. IX, w efekcie którego strona może nie uznawać jurysdykcji MTS w zakresie sporów dotyczących odpowiedzialności państw za naruszenie postanowień Konwencji. Rwanda, która takie zastrzeżenie złożyła¹⁵ nie tylko nie przestała być stroną Konwencji, ale Trybunał uznał wręcz, że nie wpływa ono na materialne zobowiązania dotyczące aktów ludobójstwa w świetle tej Konwencji. Wskazał też dalej, że ponieważ ten akt miał jedynie na celu wyłączenie określonej metody rozstrzygania sporu dotyczącego interpretacji, stosowania lub wypełniania postanowień Konwencji, to nie można uznać go za niezgodny z celem i przedmiotem Konwencji.¹⁶ Z praktyki MTS wynika zatem, że złożenie zastrzeżenia do art. IX nie jest niezgodne z przedmiotem czy celem Konwencji. Istniały jednak wątpliwości dotyczące takiego dictum i wyraził je m.in. sędzia Koroma w swojej opinii odrębnej¹⁷ wskazując, że zastrzeżenie Rwandy nie będzie zgodne z duchem i celem Konwencji i że jej obowiązkiem (jako państwa-strony Konwencji w sprawie ludobójstwa – które samo było ofiarą ludobójstwa i słusznie skierowało sprawę do właściwego organu ONZ) jest „umożliwienie zbadania zarzutu naruszenia przez nią zobowiązań wynikających z Konwencji”.¹⁸

Gdyby jednak Trybunał uznał zastrzeżenie za niezgodne z celem i przedmiotem Konwencji konsekwentnie, w myśli opinii doradczej, Rwanda powinna przestać być stroną Konwencji w sprawie ludobójstwa. Trudno nie odnieść wrażenia, że orzekając, że zastrzeżenie nie jest niezgodne z celem i przedmiotem Konwencji, MTS próbował znaleźć w tej sprawie jakiś konsensus.

¹³ *Ibidem*, s. 24.

¹⁴ *Ibidem*, s. 29.

¹⁵ Zob. UN Treaty Collection, [Status], *supra* note 2.

¹⁶ MTS, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002), Jurisdiction and Admissibility*, (Demokratyczna Republika Konga p. Rwandzie), wyrok, 3 lutego 2006 r., ICJ Reports 2006, s. 6, par. 67, podobnie w zarządzeniu z 5 czerwca 2023 dotyczącym dopuszczalności składania interwencji, gdzie MTS uznał, że Stany Zjednoczone nie mogą interweniować w kwestię wykładni artykułu IX Konwencji, jako że złożyły do niego zastrzeżenie, MTS, *Allegations of Genocide Under The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, par. 95, <https://ucca.org/wp-content/uploads/2017/11/182-20230605-ORD-01-00-EN.pdf> (dostęp 22 września 2024),

¹⁷ Zdanie odrębne sędziego Koromy: *ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*, par. 22.

Należy zarazem zauważyć, że z obowiązkiem działania zgodnie z przedmiotem i celem Konwencji MTS wiąże nie tylko konsekwencje czysto proceduralne. W jednym z ostatnich orzeczeń powiązał go także z zasadą dobrej wiary, wyciągając z niego konkretne wnioski co do treści konwencyjnych praw i obowiązków stron¹⁹. Punktem wyjścia była w tym wypadku jego opinia, że choć art. I Konwencji w sprawie ludobójstwa nie określa środków, które jej strony mogą podjąć w celu wypełnienia obowiązku zapobiegania i karania tej zbrodni, to powinny one wdrażać go „w dobrej wierze, biorąc pod uwagę inne części Konwencji”, w tym zwłaszcza art. VIII i IX oraz preambułę²⁰. Realizując ten obowiązek, każde państwo może, zdaniem Trybunału, „działać jedynie w granicach dozwolonych przez prawo międzynarodowe”, a więc zgodnie z „duchem i celami Narodów Zjednoczonych określonymi w art. 1 Karty Narodów Zjednoczonych” (KNZ)²¹.

Wśród dopuszczalnych narzędzi MTS wskazał oddanie mu sporu dotyczącego interpretacji i stosowania Konwencji zgodnie z jej art. IX, zwrócenie się do właściwych organów ONZ o podjęcie odpowiednich działań przewidzianych w KNZ zgodnie z art. VIII, dwustronne konsultacje z państwem, wobec którego istnieją wątpliwości co do poszanowania przez nie Konwencji lub podjęcie kroków na forum organizacji regionalnej²². Wyraził natomiast wątpliwość, czy „w świetle jej przedmiotu i celu” Konwencja upoważnia strony do jednostronnego użycia siły na terytorium innego państwa w celu zapobieżenia albo ukarania domniemanego ludobójstwa²³. Był to wyraz sceptycyzmu grona sędziowskiego wobec podnoszonych przez Rosję argumentów o konieczności przeprowadzenia przez nią „specjalnej operacji wojskowej” w celu powstrzymania aktów ludobójstwa milionów ludzi w ukraińskich obwodach donieckim i ługańskim²⁴. Aktów, które – co należy podkreślić – zdaniem organów

¹⁹ Warto odnotować, że omawiana właśnie sprawa to także „bodaj jedna z pierwszych spraw, o ile nie pierwsza w historii MTS, w której strona skarżąca domaga się ochrony prawnej przez wykazanie, że ona sama nie dopuściła się naruszenia” [to mechanizm tzw. odwróconej zgodności (*reverse compliance*)] i wywodzi z tego określone uprawnienia oraz obowiązki drugiej strony. Por. źródło cytatu i więcej na ten temat: T. Kamiński, P. Kobielski, *Środki tymczasowe w sporze między Ukrainą a Federacją Rosyjską dotyczącym zarzutów popełnienia zbrodni ludobójstwa a kwestia jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości*, 2(74) Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych 9 (2022), s. 28–29.

²⁰ MTS, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures (Ukraina p. Federacji Rosyjskiej)*, zarządzenie, 16 marca 2022 r., ICJ Rep 2022, s. 211, akapit 56.

²¹ *Ibidem*, akapity 57–58. The United Nations Charter’s [1945] 15 UNCIO 335, amendments in 557 UNTS 143, 638 UNTS 308 and 892 UNTS 119) To właśnie w preambule do Konwencji znajduje się odwołanie do „ducha i celów Narodów Zjednoczonych”. Wskazane cytaty zarządzenia MTS nawiązują też do wcześniejszego wyroku: MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bośnia i Hercegowina p. Serbii i Czarnogórze)*, *supra* note 5, akapit 427.

²² MTS, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures (Ukraina p. Federacji Rosyjskiej)*, *supra* note 20, akapity 56–57.

²³ *Ibidem*, akapit 59.

²⁴ Por. cytaty i omówienie: M. Balcerzak, K. Widlas-Klimsiak, *Silent Leges Inter Arma? Provisional Measures under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Ukraine v. Russian Federation Case at the International Court of Justice*, 20 Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 251 (2022), s. 255–256.

ONZ i innych organizacji międzynarodowych nie miały potwierdzenia w rzeczywistości²⁵. Z przyczyn proceduralnych Trybunał nie mógł niestety rozstrzygnąć tej kwestii w zarządzeniu, jednak można zakładać, że wypowie się szerzej na ten temat w końcowym wyroku w sprawie. Sposób ujęcia omawianego problemu w analizowanym orzeczeniu sugeruje jednak wyraźnie, że strony Konwencji w świetle art. I nie mają obowiązku podejmowania jednostronnych interwencji zbrojnych w celu przerywania aktów ludobójstwa (kontrowersyjne jest nawet, jak zauważył MTS, czy mają takie prawo), natomiast z drugiej powinny stosować art. I w dobrej wierze.

4. CHARAKTER ZOBOWIĄZAŃ KONWENCYJNYCH

W sprawie *Barcelona Traction* MTS zwrócił uwagę, że istnieją zobowiązania wobec całej społeczności międzynarodowej, których ochrona leży w interesie wszystkich państw – są to zobowiązania *erga omnes* (wobec wszystkich) i wynikają one między innymi z aktów ludobójstwa²⁶. Ponad dwie dekady później Trybunał potwierdził, że prawa i obowiązki zapisane w Konwencji mają charakter *erga omnes* oraz że zobowiązanie każdego państwa do zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa nie jest terytorialnie ograniczone przez Konwencję²⁷. Oznacza to, że każde ludobójstwo na świecie może spotkać się z reakcją nawet najbardziej odległych państw.

Pierwsze przykłady spraw wszczętych przez państwa, które nie zostały bezpośrednio pokrzywdzone zbrodnią ludobójstwa, ale po prostu uznały, że mają interes w jej ściganiu, to *Gambia p. Mjanmie*²⁸, *RPA p. Izraelowi*²⁹ oraz *Nikaragua p. Niemcom* zainicjowana 1 marca 2024 r.³⁰ W zarządzeniu w sprawie środków tymczasowych w pierwszej z wymienionych spraw MTS stwierdził wprost, że każda strona Konwencji, a nie tylko państwo szczególnie poszkodowane, może podnieść odpowiedzialność innego w celu ustalenia, czy dopełnia ono zobowiązań *erga omnes*³¹. Zarządzając takie środki w sprawie *RPA p. Izraelowi*, wskazał z kolei, że „wspólny interes państw w przestrzeganiu zobowiązań wynikających z Konwencji” oznacza, że każde jej

²⁵ Por. P. Grzebyk, „Specjalna operacja wojskowa” Rosji w Ukrainie – indywidualna odpowiedzialność za zbrodnie agresji i zbrodnie wojenne, 9 Państwo i Prawo 56 (2022), s. 59.

²⁶ MTS, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, wyrok, 5 lutego 1970 r., ICJ Reports 1970, s. 3, par. 33.

²⁷ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Jugosławia p. Bośni i Hercegowinie)*, *supra* note 6, s. 595, par. 31.

²⁸ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Gambia p. Mjanmie)*, zarządzenie, 16 października 2023 r., <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20231016-ord-01-00-en.pdf> (dostęp 22 września 2024 r.).

²⁹ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (RPA p. Izraelowi)*, *supra* note 7.

³⁰ MTS, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nikaragua p. Niemcom)*, wniosek, 1 marca 2024, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/193/193-20240301-app-01-00-en.pdf> (dostęp 22 września 2024 r.).

³¹ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, (Gambia p. Mjanmie)*, zarządzenie, 23 stycznia 2020 r., ICJ Rep 2020, s. 3, akapit 41.

państwo-strona „bez wyjątku” ma prawo podnosić odpowiedzialność innego państwa-strony za ewentualne naruszenia tych zobowiązań, w tym także wszczynając postępowanie przed MTS³². Trybunał potwierdził dopuszczalność takiego działania także w wyroku dotyczącym zarzutów wstępnych w sprawie wytoczonej przez *Gambię p. Mjanmie*³³. Nie ma więc już wątpliwości, że każda strona Konwencji musi zaakceptować jurysdykcję MTS w postępowaniu wszczętym przez inną stronę, bez względu na geograficzną czy materialną więź tej drugiej strony z zarzucaną zbrodnią ludobójstwa, oczywiście o ile nie zachodzą inne przesłanki wyłączające drogę sądową. Należy zarazem dodać, że we wspomnianym wyroku Trybunał rozszerzył też zakres konwencyjnych zobowiązań państw także o obowiązek tłumienia ludobójstwa, zauważając, że „wszystkie państwa-strony Konwencji o ludobójstwie [...] mają wspólny interes w zapewnieniu zapobiegania, tłumienia i karania ludobójstwa”³⁴. Pozostaje czekać na odpowiedź, jakie realne konsekwencje dla państw będzie miało to stwierdzenie.

Oprócz wskazania, że konwencyjne zobowiązania wiążą wszystkie państwa, Trybunał zwrócił też uwagę na peremptoryjny charakter zakazu ludobójstwa³⁵. Nie wiadomo jednak, czy jedynie zakaz ludobójstwa ma charakter normy *jus cogens*, czy da się to samo powiedzieć o zobowiązaniach państwa do karania i zapobiegania zbrodni? Jeśli jednak uznać, że nakaz zapobiegania implikuje zakaz popełniania ludobójstwa³⁶, a jak wynika z orzecznictwa MTS wszystkie państwa są związane zobowiązaniem do zapobiegania i karania tej zbrodni, to może kiedyś Trybunał uzna także peremptoryjny charakter tych dwóch obowiązków?

5. ZAKRES PRZEDMIOTOWY ZOBOWIĄZAŃ KONWENCYJNYCH

Na tle postępowań toczących się przed MTS w ostatnich latach, a szczególnie na kanwie wydawanych w nich zarządzeń o środkach tymczasowych, pojawiały się też pytania o istnienie pewnych niewskazanych wprost w Konwencji obowiązków państw,

³² MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip* (RPA p. Izraelowi), *supra* note 7, akapity 33–34.

³³ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Gambia p. Mjanmie), wyrok ws. zarzutów wstępnych, 22 lutego 2022 r., ICJ Rep 2022, s. 477, akapit 108.

³⁴ *Ibidem*, akapit 107.

³⁵ MTS, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002), Jurisdiction and Admissibility*, (Demokratyczna Republika Konga p. Rwandzie), *supra* note 16, s. 6, par. 64; MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bośnia i Hercegowina p. Serbii i Czarnogórze), *supra* note 5, s. 43, par. 161. O normach *jus cogens* szeroko W. Czapliński, *Jus Cogens and the Law of Treaties*, w: C. Tomuschat, J.M. Thouvenin (red.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Brill, Leiden: 2006, s. 83 i n.; W. Czapliński, *Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Criminal Responsibility*, w: J. Doria, H.P. Gasser, M.C. Bassiouni (red.), *The Legal Regime of the International Criminal Court Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Brill, Leiden: 2009, s. 403 i n.

³⁶ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bośnia i Hercegowina p. Serbii i Czarnogórze), *supra* note 5, s. 43, par. 166–167.

które miałyby wynikać z jej treści. Jedną z ciekawszych kwestii było zagadnienie istnienia obowiązku podjęcia skutecznych środków w celu zabezpieczenia dowodów popełnienia aktów ludobójstwa. W zarządzeniu o środkach tymczasowych w sprawie *Gambia p. Mjanmie* MTS wskazał, że taki obowiązek mieści się w zakresie ciążącego na stronach Konwencji zobowiązania do zapobiegania i karania aktów ludobójstwa³⁷. Nakazał przy tym Mjanmie powzięcie skutecznych działań, by zapobiec zniszczeniu i zapewnić przechowanie jakiegokolwiek materiału dowodowego odnoszącego się do zarzucanych jej aktów w stosunku do grupy etnicznej Rohindzów³⁸. Identyczny nakaz nałożył później na Izrael w odniesieniu do zarzucanych mu aktów ludobójstwa wobec Palestyńczyków zamieszkujących Strefę Gazy³⁹. MTS nie nakładał przy tym tego rodzaju zobowiązań na strony chociażby w toczących się w latach 90. postępowaniach dotyczących konfliktu w b. Jugosławii⁴⁰. Można więc uznać oba wskazane zarządzenia za przykład postępu w zakresie interpretacji Konwencji w ostatnich latach i realizacji jej zobowiązań.

Innym przykładem dodatkowego obowiązku, niewyrażonego wprost w treści samej Konwencji, ale nakładanego przez MTS w sprawach dotyczących ludobójstwa, jest konieczność powstrzymania się stron postępowania od wszelkich działań, które mogłyby zaostrzyć spór przed Trybunałem, rozszerzyć go lub utrudnić jego rozstrzygnięcie. Tego rodzaju nakaz zawarł MTS w zarządzeniu o środkach tymczasowych w sprawie wniesionej przez Ukrainę przeciwko Rosji⁴¹. Jego zdaniem było to konieczne, bo w świetle okoliczności sprawy istniała obawa, że do takiego pogłębienia sporu mogłoby dojść⁴². Podobne zarządzenie wydał MTS w postępowaniu dotyczącym naruszenia Konwencji w sprawie ludobójstwa tylko raz, w sprawie *Bośni i Hercegowiny p. Jugosławii*⁴³.

³⁷ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, (Gambia p. Mjanmie)*, *supra* note 31, akapit 61.

³⁸ *Ibidem*, akapit 81 i pkt 3 sentencji.

³⁹ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (RPA p. Izraelowi)*, *supra* note 7, akapit 81 i pkt 5 sentencji.

⁴⁰ Trybunał zawsze podkreśla w zarządzeniach, że „środki, które należy wskazać, nie muszą być identyczne z tymi, o które wnioskowano”, *por.* np. MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, (Gambia p. Mjanmie)*, *supra* note 31, akapit 78; oraz MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (RPA p. Izraelowi)*, *supra* note 7, akapit 77. Czyni to także w zarządzeniach wydawanych w postępowaniach, które nie toczą się na podstawie klauzuli sądowej z Konwencji w sprawie ludobójstwa, ale też np. z Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1966 r., *por.* przykładowo sprawę *Gruzja p. Rosji* opisaną w E.H. Morawska, *Środki tymczasowe w stanach nadzwyczajnych. Uwagi na tle sprawy Gruzja v. Federacja Rosyjska przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości*, 9 Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego 181 (2018), s. 197. Taka kompetencja wynika zresztą wprost z art. 75 ust. 2 Regulaminu MTS (Rules of Court (1978) adopted on 14 april 1978 and entered into force on 1 July 1978, <https://www.icj-cij.org/rules> (dostęp 22 września 2024)).

⁴¹ MTS, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures (Ukraina p. Federacji Rosyjskiej)*, *supra* note 20, pkt 3 sentencji.

⁴² *Ibidem*, akapit 82.

⁴³ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, (Bośnia i Hercegowina p. Serbii i Czarnogórze)*, zarządzenie, 8 kwietnia 1993 r., ICJ Rep 1993, s. 3, pkt B sentencji.

Dokładniejsza analiza orzecznictwa Trybunału pozwala stwierdzić, że ten obowiązek nie jest jednak przez niego wywodzony wprost z Konwencji. Zdaniem MTS wynika on z konieczności należytego wymierzenia sprawiedliwości (*due administration of justice*), z art. 41 Statutu MTS⁴⁴ umożliwiającemu Trybunałowi wydawanie zarządzeń w sprawie środków tymczasowych „w celu zachowania odpowiednich praw każdej ze stron” oraz z praktyki orzeczniczej Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej, a konkretnie jego zarządzenia z 1932 r. w sprawie statusu prawnego Wschodniej Grenlandii⁴⁵.

Co ciekawe, w postępowaniach na podstawie Konwencji w sprawie ludobójstwa Trybunał wydawał tego typu nakazy tylko wówczas, gdy postępowanie było wszczęte przez państwo bezpośrednio poszkodowane zbrodnią ludobójstwa (odpowiednio, Bośnię i Hercegowinę oraz Ukrainę). Zawsze nakładał go przy tym na obie strony sporu, nawet gdy strona skarżąca wnosiła o jego zastosowanie tylko do państwa pozwanego⁴⁶. Natomiast gdy sprawę wszczęła inne państwo z powołaniem się na charakter *erga omnes* zobowiązań konwencyjnych MTS albo wprost odmawiał nałożenia na strony postępowania obowiązku powstrzymania się od wszelkich działań, które mogłyby zaostriżyć spór (jak w przypadku Gambii),⁴⁷ albo nie uwzględniał wniosku (jak w przypadku RPA)⁴⁸.

Duże kontrowersje wzbudził w ostatnim czasie problem, czy Konwencja w sprawie ludobójstwa nakłada na państwa obowiązki humanitarne, np. dopuszczenia pomocy humanitarnej do grupy, której członkowie mogą stać się ofiarami ludobójstwa. Nakaz tego rodzaju znalazł się w zarządzeniu tymczasowym MTS w postępowaniu zainicjowanym przez *RPA p. Izraelowi*⁴⁹. Zobowiązało ono Izrael do podjęcia natychmiastowych i skutecznych środków „w celu umożliwienia świadczenia pilnie potrzebnych podstawowych usług i pomocy humanitarnej, by zaradzić niekorzystnym warunkom życia Palestyńczyków w Strefie Gazy”⁵⁰. Nałożenie takiego obowiązku na Izrael skrytykowało dwoje sędziów Trybunału, sędzia *ad hoc* Aharon Barak w opinii indywidualnej i sędzia Julia Sebutinde w zdaniu odrębnym. Oboje twierdzili, że taki nakaz nie miał żadnych podstaw konwencyjnych, a co najwyżej wywodzi się z zobowiązań

⁴⁴ Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości [1947] Dz.U. Nr 23, poz. 90.

⁴⁵ Por. te elementy wskazane w pierwszym chronologicznie zidentyfikowanym przez nas zarządzeniu MTS poruszającym tę kwestię, w sprawie: ICJ, *Case Concerning the Frontier Dispute*, Provisional Measures, (*Burkina Faso p. Mali*), zarządzenie, 10 stycznia 1986 r., ICJ Rep 1986, s. 3, akapity 17–21.

⁴⁶ W odniesieniu do sprawy *Ukraina p. Rosji* zwraca na to uwagę A. Wyrozumska, *The Russian „Special Military Operation” in Ukraine Before International Courts*, 42 Polish Yearbook of International Law 9 (2022), s. 12–13.

⁴⁷ Por. MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures*, (*Gambia p. Mjanmie*), *supra* note 31, akapit 83.

⁴⁸ Por. MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip* (*RPA p. Izraelowi*), *supra* note 7, akapity 5, 11 i 77.

⁴⁹ Szerzej nt. samego zarządzenia por. S. Zaręba, *Izrael zobowiązany do zapobieżenia ludobójstwu w Strefie Gazy*, 3 Komentarz PISM (2024).

⁵⁰ *Ibidem*, akapit 80 i pkt 4 sentencji.

Izraela wynikających z międzynarodowego prawa humanitarnego⁵¹. Jako że sprawa toczyła się wyłącznie na podstawie Konwencji, zdaniem Baraka i Sebutinde nie było formalnych przesłanek do zawarcia takiego obowiązku w zarządzeniu w sprawie środków tymczasowych. Ta kwestia dotąd pozostaje przedmiotem kontrowersji. W drugim zarządzeniu w sprawie *RPA p. Izraelowi* MTS stwierdził poważne pogorszenie się sytuacji humanitarnej Palestyńczyków w Strefie Gazy i nakazał Izraelowi podjęcie wszelkich koniecznych i skutecznych środków, by zapewnić im, we współpracy z ONZ, „pilnie potrzebne podstawowe usługi i pomoc humanitarną, w tym żywność, wodę, elektryczność, paliwo, schronienie, odzież, środki higieniczne i sanitarne, a także środki medyczne i opiekę medyczną na dużą skalę”. Zażądał też, by Izrael zapewnił, że jego wojsko nie będzie naruszać praw Palestyńczyków w Gazie, w tym uniemożliwiać dostaw pilnie potrzebnej pomocy humanitarnej. Wskazał przy tym wprost, że Izrael powinien przedsięwziąć te kroki „zgodnie ze swoimi zobowiązaniami wynikającymi z Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa”, aczkolwiek nie wskazał konkretnego przepisu⁵².

Ponownie wywołało to skrajnie rozbieżne opinie w łonie składu orzekającego. Sędzia *ad hoc* Barak w opinii indywidualnej wyraził wątpliwości wobec tego kroku, określając jako niepokojący brak wyjaśnienia, w jaki sposób ten nakaz był powiązany z którymkolwiek z praw (i obowiązków) wyrażonych w Konwencji⁵³. Inni sędziowie nie podzielili jednak tego stanowiska. Sędzia Georg Nolte w opinii indywidualnej wyraził opinię, że zmiana okoliczności, jakie miały miejsce w Strefie Gazy, uzasadniała tezę, że niedopuszczenie pomocy humanitarnej stwarzało „wiarygodne ryzyko naruszenia odpowiednich praw na mocy Konwencji w sprawie ludobójstwa.”⁵⁴, ale również nie wskazał konkretnie jakich. Jednoznacznie wypowiedzieli się natomiast na temat podstaw tego dodatkowego obowiązku prezes MTS Nawaf Salam i sędzia Abdulqawi Ahmed Yusuf w swoich deklaracjach. Salam wskazał m.in., że warunki egzystencji Palestyńczyków w Gazie, w tym narastający głód, były do tego stopnia złe, że mogły „doprowadzić do częściowego lub całkowitego zniszczenia tej grupy”⁵⁵, a więc *de facto* do ludobójstwa w rozumieniu art. II lit. c Konwencji. W podobnym kierunku szło rozumowanie Yusufa, który podkreślał, że jako strona Konwencji Izrael miał obowiązek zapobiegania ludobójstwu na terytorium Strefy Gazy, które okupował. Zdaniem Yusufa ten obowiązek obejmował m.in. zakaz rozmyślnego stwarzania członkom chronionej grupy warunków życia obliczonych na spowodowanie

⁵¹ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (RPA p. Izraelowi)*, *supra* note 7, zdanie odrębne sędziego *ad hoc* Baraka (akapit 44) oraz sędzi Sebutinde (akapit 33).

⁵² MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip, Provisional Measures, (RPA p. Izraelowi)*, zarządzenie, 28 marca 2024 r., akapit 45 oraz pkt 2a i 2b sentencji, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240328-ord-01-00-en.pdf> (dostęp 22 września 2024).

⁵³ *Ibidem*, zdanie odrębne sędziego *ad hoc* Baraka (akapity 20 oraz 30–32).

⁵⁴ *Ibidem*, deklaracja sędziego Nolte (akapit 6).

⁵⁵ *Ibidem*, deklaracja prezydenta Salama (akapit 7).

ich całkowitego lub częściowego fizycznego wyniszczenia – a za takie jego zdaniem można było uznać niedopuszczanie pomocy humanitarnej w świetle katastrofalnej sytuacji humanitarnej i nasilania się chorób i głodu wśród ludności Gazy⁵⁶. Jesteśmy więc obecnie świadkami kształtowania się przekonania o obowiązku dopuszczania w skrajnych sytuacjach pomocy humanitarnej do zagrożonej grupy jako mającego swoje źródło w zobowiązaniu państw do zapobiegania ludobójstwu.

Należy wreszcie odnotować, że chociaż MTS w marcu 2024 r. nie zarządził w sprawie *RPA p. Izraelowi* wstrzymania działań zbrojnych przez Izrael w Strefie Gazy, to prawie połowa składu orzekającego (7 osób) wskazała, że powinien był to zrobić w świetle ówczesnych okoliczności⁵⁷. Większość z nich robiła to jednak bez jasnego wskazania podstawy prawnej – tylko sędzia Yusuf jednoznacznie stwierdził, że nakaz takiego działania byłby bezpośrednio uzasadniony konwencyjnym zobowiązaniem do zapobiegania ludobójstwu,⁵⁸ a sędzia Charlesworth zasugerowała to w nieco bardziej zawołowany sposób⁵⁹. Kwestia pozostaje wysoce sporna i powstaje pytanie, jak Trybunał uzasadni w tym zakresie spójność swojego orzecznictwa. Obecnie ma bowiem miejsce sytuacja, w której MTS nie jest gotów nakazać państwu zawieszenia działań zbrojnych tylko dlatego, że mogą one skutkować aktami ludobójstwa (jak w sprawie *RPA p. Izraelowi*), a jednocześnie jest gotów zarządzić wstrzymanie takich działań w stosunku do państwa, które prowadzi je pod pretekstem dążenia do powstrzymania ludobójstwa (jak w sprawie *Ukraina p. Rosji*⁶⁰). Jedynym sensownym wytłumaczeniem wydaje się w tym wypadku odmienna ocena okoliczności faktycznych przez poszczególne składy orzekające – w tym zasadności tez o popełnianiu ludobójstwa przez Izrael w Strefie Gazy i Ukrainę w obwodach donieckim i ługańskim.

Z drugiej strony zdarzało się MTS jednoznacznie odrzucać daleko idące wnioski stron postępowań o nałożenie niektórych zobowiązań, wywodzone z postanowień Konwencji. Za najbardziej istotne należy uznać w tym względzie odrzucenie przez Trybunał wniosku Bośni i Hercegowiny o zarządzenie w ramach środków tymczasowych, by m.in. zobowiązać Jugosławię do powstrzymania się od jakichkolwiek wysiłków zmierzających do podziału, rozczłonkowania, aneksji lub inkorporacji suwerennego terytorium Bośni i Hercegowiny. Jak stwierdził MTS, choć zasadniczą cechą definicji ludobójstwa zawartej w art. II Konwencji jest zamierzone zniszczenie „grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej”, to doprowadzenie do zniknięcia państwa jako podmiotu prawa międzynarodowego nie może być interpretowane samo w sobie

⁵⁶ *Ibidem*, deklaracja sędziego Yusufa, akapity 9–11.

⁵⁷ *Ibidem*, *supra* note 55, akapity 10–11; *ibidem*, *supra* note 56, akapity 8–10; *ibidem*, deklaracja sędzi Charlesworth, akapity 5–8; *ibidem*, wspólna deklaracja sędziów Xue, Brant, Gómez Robledo i Tladi, akapity 7–8.

⁵⁸ *Ibidem*, deklaracja sędziego Yusufa, *supra* note 56, akapity 8–10.

⁵⁹ *Ibidem*, deklaracja sędzi Charlesworth..., akapity 5–8.

⁶⁰ MTS, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures (Ukraina p. Federacji Rosyjskiej)*, *supra* note 20, pkt 1 sentencji.

jako akt ludobójstwa i podlegać jego jurysdykcji⁶¹. Trudno kwestionować słuszność tego stwierdzenia, bo ewentualna aneksja czy inkorporacja, chociaż mogłaby zostać przeprowadzona z zamiarem zniszczenia organizacji politycznej danej wspólnoty narodowej, nie wiązałaby się automatycznie z zamierzonym wyniszczeniem samej grupy chronionej, któremu ma przede wszystkim zapobiegać Konwencja.

6. PODSUMOWANIE

Niewątpliwie z praktyki MTS widać, że Konwencja jest żywym instrumentem i pomimo że przez prawie 80 lat nie podlegała normatywnym zmianom – Trybunał ciągle elastycznie interpretuje jej postanowienia, dostosowując je do realiów XXI w., w szczególności w okolicznościach toczących się konfliktów zbrojnych. Jednocześnie Trybunał wzmacnia znaczenie Konwencji i jej skuteczność. Paradoksalnie sam traktat stanowi dla państw czasem jedyną podstawę jurysdykcyjną do pojawienia się przed Trybunałem i wskazania na mające miejsce naruszenia, nawet gdy nie ma podstaw do określenia ich jako ludobójstwo. To konsekwentnie potwierdza, że Konwencja odgrywa kluczową rolę nie tylko w kwestii zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, ale także zwracania uwagi świata na mające miejsce poważne naruszenia prawa humanitarnego.

⁶¹ MTS, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures*, (Bośnia i Hercegowina p. Serbii i Czarnogórze), *supra* note 43, s. 325, akapit 42.

KONTEKST PRAWNO-FAKTYCZNY JAKO ELEMENT ODPOWIEDZI NA PYTANIE PREJUDYCJALNE W PROCEDURZE Z ART. 267 TFUE. UWAGI NA TLE WYROKU TSUE W SPRAWIE C-824/18

1. ZASADY UNIJNEJ PROCEDURY PREJUDYCJALNEJ

Jednym z kluczowych warunków osiągnięcia celów integracyjnych przez Unię Europejską i zrzeszone w niej państwa jest zapewnienie jednolitej wykładni prawa Unii, jego spójności, pełnej skuteczności i autonomii. Spełnienie tego warunku jest także niezbędne do zapewnienia ochrony sądowej praw, jakie podmioty prawa wywodzą z prawa Unii¹.

Instytucją unijną traktatowo zobowiązaną do zapewnienia poszanowania prawa w wykładni i stosowaniu prawa Unii jest Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej – TSUE (art. 19 ust. 1 TUE²). Wykonaniu tego zadania służy m.in. ustanowiony w art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)³ mechanizm współpracy sądów krajowych z TSUE w trybie prejudycjalnym⁴.

Mechanizm ten został szczegółowo opisany w licznych pracach naukowych, podręcznikach itp. Na potrzeby prowadzonych dalej rozważań wystarczy przypomnieć, że zgodnie z art. 267 TFUE, sądy państw członkowskich kierują do TSUE pytania dotyczące wykładni pierwotnego prawa unijnego albo ważności lub wykładni aktów stanowiących przez instytucje Unii Europejskiej. W zależności o tego czy sąd krajowy orzeka ostatecznie w sprawie, czy też od jego rozstrzygnięcia służy odwołanie na podstawie prawa krajowego, sąd ten powinien bądź może zwrócić się do TSUE

¹ TSUE, Opinia nr 2/13 wydana na podstawie art. 218 ust. 11 TFUE, 18 grudnia 2014 r., ECLI:EU:C:2014:2454, pkt 176.

² Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) [2016] OJ C 202, s. 13.

³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) [2016] OJ C 202, s. 47.

⁴ Szerzej por. A. Frąckowiak-Adamska, P. Bańczyk, *Formułowanie pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Praktyczny przewodnik*, Wolters Kluwer, Warszawa: 2020.

* Krzysztof Wójtowicz – emerytowany profesor Uniwersytetu Wrocławskiego. Wykładowca Wyższej Szkoły Prawa we Wrocławiu. ORCID: 0000-0001-7897-3011.

o orzeczenie prejudycjalne, wyjaśniające podniesioną przed sądem krajowym kwestię wykładni lub ważności prawa unijnego. Istotne jest przy tym, by wyjaśnienie kwestii przez Trybunał było konieczne dla wydania orzeczenia w sprawie rozstrzyganej przez sąd krajowy.

2. PODZIAŁ ZADAŃ MIĘDZY KRAJOWY SĄD ODSYŁAJĄCY A TSUE

Współpraca między sądami krajowymi a TSUE w ramach procedury prejudycjalnej oparta jest na podziale zadań, zgodnie z którymi TSUE przedstawia sądom krajowym wykładnię prawa Unii niezbędną do rozstrzygnięcia zawisłych przed nimi sporów. Z kolei wyłącznie do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i na którym spoczywa odpowiedzialność za przyszły wyrok, należy, z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy, zarówno ocena czy dla wydania wyroku jest mu niezbędne uzyskanie orzeczenia prejudycjalnego, jak i ocena znaczenia pytań, jakie zadaje on TSUE⁵.

Z orzecznictwa TSUE wynika, iż w procedurze prejudycjalnej nie stosuje on przepisów prawa Unii w określonej sprawie, lecz wyłącznie orzeka w kwestii wykładni traktatów unijnych oraz aktów przyjętych przez instytucje Unii.

Natomiast w przypadku prawa krajowego, TSUE wielokrotnie zastrzegł, że nie może wypowiadać się ani w kwestiach dotyczących wewnętrznego prawa państwa członkowskiego, ani w przedmiocie zgodności przepisów krajowych z prawem unijnym.

Nie oznacza to jednak, że ignoruje treść wniosku sądu odsyłającego.

Zasady formułowania wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zostały określone w art. 94 Regulaminu w sprawie postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości. Poza sformułowaniem pytań skierowanych do TSUE, wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym powinien zawierać zwięzłe omówienie przedmiotu sporu oraz istotnych okoliczności faktycznych sprawy, jakie ustalił sąd odsyłający, lub co najmniej wskazanie okoliczności faktycznych, na jakich oparte są pytania; treść przepisów krajowych mogących mieć zastosowanie w sprawie oraz, w stosownym przypadku, wskazanie istotnego dla sprawy orzecznictwa sądów krajowych; omówienie powodów, dla których sąd odsyłający rozpatruje kwestię wykładni lub ważności określonych przepisów prawa Unii Europejskiej, jak również związku, jaki dostrzega on między tymi przepisami a uregulowaniami krajowymi, w postępowaniu głównym⁶.

⁵ TSUE, sprawa C-564/19, postępowanie karne *p. IS*, wyrok, 23 listopada 2021 r., ECLI:EU:C:2021:949, pkt. 59 i 60.

⁶ Regulamin postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości z dnia 25 września 2012 r. [2012] OJ L 265; sprostowanie [2016] OJ L 173, s. 108 w brzmieniu zmienionym: w dniu 18 czerwca 2013 r. [2013] OJ L 173, s. 65), w dniu 19 lipca 2016 r. [2016] OJ L 217, s. 69), w dniu 9 kwietnia 2019 r. [2019] OJ L 111 z 25.04.2019, s. 73 i w dniu 26 listopada 2019 r. [2019] OJ L 316, s. 103.

Ustosunkowując się zatem do wniosku sądu odsyłającego TSUE, choć nie wypowiada się formalnie w sprawie przepisów krajowych, może na podstawie informacji zawartych w aktach sprawy przedstawiać kryteria oceny, która ma być dokonana przez sąd krajowy lub nawet własną wstępną ocenę zgodności przepisów krajowych z prawem unijnym, zawsze z zastrzeżeniem ostatecznej weryfikacji przez sąd krajowy⁷.

3. PRZEDMIOT ODESŁANIA PREJUDYCJALNEGO W SPRAWIE C-824/18⁸

Zarysowana wyżej konstrukcja znalazła interesujące odzwierciedlenie w treści wyroku wydanego przez TSUE w sprawie C-824/18.

Wnioski o wydanie w powyższej sprawie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zostały złożone w ramach sporów między *A.B. i in. a KRS* w przedmiocie uchwał, na mocy których KRS postanowiła o nieprzedstawieniu Prezydentowi RP wniosku o powołanie zainteresowanych do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego i o przedstawieniu wniosku o powołanie innych kandydatów do pełnienia tego urzędu.

Przedmiotem odesłania prejudycjalnego stały się trzy pytania zadane przez Naczelny Sąd Administracyjny.

W pytaniach tych chodziło w istocie o to czy wskazane przez NSA przepisy prawa Unii Europejskiej (przede wszystkim art. 2 w związku z art. 4 ust. 3 zdanie 3, art. 6 ust. 1, art. 19 ust. 1 TUE w związku z art. 47 Karty praw podstawowych UE⁹ i art. 9 ust. 1 dyrektywy 2000/78¹⁰ oraz art. 267 akapit 3 TFUE) należy interpretować w ten sposób, że sprzeciwiają się one stosowaniu przyjętych przez polskiego ustawodawcę przepisów, gdyż ich stosowanie prowadziłoby do naruszenia zasady państwa prawnego oraz prawa do skutecznego środka prawnego i skutecznej ochrony sądowej a także zasady równego traktowania oraz równego i na takich samych zasadach dostępu do służby publicznej.

NSA wskazał w swym wniosku istotne okoliczności faktyczne sprawy oraz treść przepisów krajowych mogących mieć zastosowanie w sprawie.

TSUE nawiązał do tych wskazówek w uzasadnieniu wyroku, przypominając, że chociaż organizacja wymiaru sprawiedliwości w państwach członkowskich należy do kompetencji tych ostatnich, to przy wykonywaniu tej kompetencji mają one obowiązek dotrzymywać zobowiązań wynikających dla nich z prawa Unii. Może to dotyczyć w szczególności przepisów krajowych regulujących materialne warunki oraz zasady proceduralne odnoszące się do decyzji o powołaniu sędziego, a także w stosownych

⁷ Por. A. Frąckowiak-Adamska, P. Bańczyk, *supra* note 4, s. 42.

⁸ TSUE, sprawa C-824/18, *AB p. KRS*, wyrok, 2 marca 2021 r., ECLI:EU:C:2021:153.

⁹ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej [2016] OJ C 202, s. 389–405.

¹⁰ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy [2000] OJ L 303, p. 16–22.

przypadkach przepisów dotyczących odpowiedniej kontroli sądowej w kontekście takich powołań nominacyjnych¹¹.

4. KONTEKST PRAWNO-FAKTYCZNY PRÓB OGRANICZANIA PRAWA POLSKICH SĄDÓW DO KORZYSTANIA Z PROCEDURY PREJUDYCJALNEJ

Pierwszą kwestią, dla wyjaśnienia której TSUE przytoczył elementy składające się na kontekst prawno-faktyczny, była podjęta przez polskie władze próba ograniczenia przyznanego w art. 267 TFUE prawa polskich sądów do kierowania do TSUE wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

Otóż ustawą z dnia 26 kwietnia 2019 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów administracyjnych¹², która weszła w życie w dniu 23 maja 2019 r. zmieniono art. 44 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa¹³ w ten sposób, że uczestnik postępowania, dotyczącego powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego mógł odwołać się do Sądu Najwyższego z powodu sprzeczności uchwały KRS z prawem, o ile przepisy odrębne nie stanowiły inaczej. Odwołanie nie przysługiwało w sprawach indywidualnych dotyczących powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego. Ponadto zgodnie z art. 3 tejże ustawy postępowania w sprawach odwołań od uchwał KRS w sprawach indywidualnych dotyczących powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego wszczęte i niezakończone przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy podlegały umorzeniu z mocy prawa.

Naświetlając okoliczności przyjęcia tych przepisów TSUE przypomniał, że polski ustawodawca przyjął wcześniej przepis ustawowy nakazujący umorzenie postępowania w innych sprawach zawisłych przed jednym z sądów krajowych, które również dotyczyły zgodności reform ustawodawczych mających wpływ na polski system sądownictwa z przepisami prawa Unii dotyczącymi niezależności sądów, mimo że również w ramach tamtych spraw zwrócono się do TSUE z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi takiej zgodności¹⁴.

TSUE zauważył przy tej okazji, że w okresie poprzedzającym prowadzone postępowanie władze polskie wzmogły inicjatywy zmierzające do zahamowania praktyki przedstawiania Trybunałowi odesłań prejudycjalnych w kwestii niezależności sądów w Polsce lub do podważenia orzeczeń sądów polskich, które wystąpiły z takimi ode-

¹¹ *Ibidem*, pkt 68.

¹² Ustawa z dnia 26 kwietnia 2019 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów administracyjnych [2019] Dz.U., poz. 914.

¹³ Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa [2011] Dz.U. Nr 26, poz. 714.

¹⁴ TSUE, sprawa C-824/18, *ABP. KRS*, *supra* note 8, pkt 99. TSUE przywołał w tym względzie sprawę połączoną C-585/18, C-624/18 i C-625/18, *A.K. i in.*, wyrok, 19 listopada 2019 r., ECLI:EU:C:2019:982, pkt 90, 102–104.

slaniami. Zilustrował to stwierdzenie sytuacją, gdy dwoje sędziów będących autorami tego rodzaju odesłań zostało objętych postępowaniem wyjaśniającym poprzedzającym ewentualne wszczęcie wobec nich postępowania dyscyplinarnego dotyczącego w szczególności możliwego ekscesu orzeczniczego polegającego na spowodowaniu zwrócenia się ze wspomnianymi odesłaniami¹⁵.

TSUE zwrócił także uwagę na to, iż Prokurator Generalny, który sprawuje również funkcję Ministra Sprawiedliwości, w dniu 5 października 2018 r. skierował do Trybunału Konstytucyjnego wniosek zmierzający do stwierdzenia niezgodności z konstytucją¹⁶ art. 267 TFUE w zakresie, w jakim postanowienie to dopuszcza występowanie przez sądy polskie do Trybunału z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi ustroju, kształtu i organizacji władzy sądowniczej oraz postępowania przed krajowymi organami władzy sądowniczej¹⁷.

TSUE zauważył, iż wyłączając ewentualność, by osoby, które wniosły odwołanie takie jak odwołania rozpatrywane w postępowaniu głównym, mogły oczekiwać rozpoznania ich przez sąd, do którego odwołania te mogłyby zostać przekazane lub do którego zainteresowani mogliby je wnieść ponownie, polski ustawodawca ostatecznie wykluczył w szczególności jakąkolwiek możliwość rozpatrzenia przez TSUE, obecnie lub w przyszłości, pytań takich jak te, które zostały mu przedłożone¹⁸.

Ponadto dokonane ustawą z dnia 26 kwietnia 2019 r. zniesienie wszelkiej możliwości wniesienia środka prawnego od uchwał KRS o przedstawieniu Prezydentowi RP kandydatów do powołania do pełnienia urzędu sędziego odnosi się wyłącznie do uchwał tego organu dotyczących stanowisk sędziowskich w Sądzie Najwyższym, a mianowicie, dokładnie rzecz ujmując, uchwał takich jak te będące przedmiotem postępowania głównego, które skłoniły Naczelny Sąd Administracyjny do zwrócenia się do Trybunału z rozpatrywanym tu odesłaniem prejudycjalnym. Uchwały KRS zawierające wnioski o powołanie do pełnienia urzędu na wszystkich innych stanowiskach sędziowskich w Polsce w dalszym ciągu bowiem podlegają kontroli sądowej.

5. KONTEKST PRAWNO-FAKTYCZNY TOWARZYSZĄCY OGRANICZANIU MOŻLIWOŚCI SĄDOWEJ KONTROLI UCHWAŁ KRS

TSUE ustosunkował się także do kwestii sądowej kontroli uchwał KRS podejmowanych w procesie powoływania sędziów Sądu Najwyższego, a także warunków, na jakich taka kontrola winna być przeprowadzana.

¹⁵ TSUE, C-558/18 i C-563/18, *Miasto Łowicz i Prokurator Generalny*, wyrok, 26 marca 2020 r., pkt. 20–21, ECLI:EU:C:2020:234.

¹⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. [1997] Dz.U. Nr 78, poz. 483

¹⁷ TSUE, sprawa C-824/18, *AB p. KRS*, *supra* note 8, pkt 102.

¹⁸ *Ibidem*, pkt 104.

TSUE przede wszystkim podkreślił, że niezbędne na podstawie prawa Unii gwarancje niezawisłości i bezstronności wymagają w szczególności istnienia zasad regulujących powoływanie sędziów¹⁹.

Zauważywszy, że na podstawie art. 179 Konstytucji RP sędziowie Sądu Najwyższego są powoływani przez Prezydenta RP na wniosek KRS, czyli organu, któremu na mocy art. 186 Konstytucji RP powierzono zadanie stania na straży niezależności sądów i niezawisłości sędziów, TSUE stwierdził, że interwencja takiego organu w kontekście procesu powoływania sędziów może, co do zasady, przyczynić się do obiektywizacji tego procesu poprzez zakreślenie ram uznania, jakim dysponuje Prezydent RP przy wykonywaniu powierzonej mu prerogatywy.

Może być tak jednak wyłącznie pod warunkiem, że sam ten organ będzie wystarczająco niezależny od władzy ustawodawczej i wykonawczej oraz od organu, któremu ma przedłożyć taki wniosek o powołanie²⁰.

Stopień niezależności KRS od polskiej władzy ustawodawczej i wykonawczej przy wykonywaniu powierzonych jej zadań może mieć więc znaczenie przy dokonywaniu oceny, czy wyłonieni przez nią sędziowie będą w stanie spełnić wymogi niezawisłości i bezstronności wynikające z prawa Unii.

Skoro zaś decyzje Prezydenta RP w sprawach powołania sędziów Sądu Najwyższego nie mogą być przedmiotem kontroli sądowej, istotny może być sposób, w jaki określono zakres odwołania przysługującego od uchwały KRS, która obejmuje rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku o powołanie do pełnienia urzędu sędziego tego sądu, a w szczególności kwestia, czy to odwołanie umożliwia zapewnienie skutecznej kontroli sądowej takich uchwał, przynajmniej w zakresie pozwalającym na ustalenie, że nie doszło do przekroczenia uprawnień lub nadużycia władzy, naruszenia prawa lub popełnienia oczywistego błędu w ocenie²¹.

TSUE stanął w tym przypadku na stanowisku, że w określonym krajowym kontekście prawno-faktycznym w jakim dochodzi do nagłego zniesienia istniejącej dotychczas możliwości wniesienia środka prawnego, mogą powstać w przekonaniu jednostek wątpliwości natury systemowej co do niezawisłości i bezstronności powołanych w tych warunkach sędziów²².

A kontekst ten ma znaczenie przy dokonywaniu oceny przesłanki niezależności, jaką powinien spełniać organ taki jak KRS. Zdaniem TSUE należy wziąć tu pod uwagę po pierwsze okoliczność, że KRS w nowym składzie została ukonstytuowana w drodze skrócenia trwającej cztery lata kadencji członków wcześniej wchodzących w skład tego organu, po drugie, okoliczność, że chociaż 15 członków KRS wybieranych spośród sędziów było wcześniej wyłanianych przez środowisko sędziowskie, to obecnie są oni desygnowani przez polski organ władzy ustawodawczej, po trzecie, występowanie

¹⁹ *Ibidem*, pkt 121.

²⁰ *Ibidem*, pkt. 124–125.

²¹ *Ibidem*, pkt 127–128.

²² *Ibidem*, pkt 129.

ewentualnych nieprawidłowości, jakimi mógł zostać dotknięty proces powoływania niektórych członków KRS w nowym składzie, a także, po czwarte, sposób, w jaki organ ten wypełnia swoje konstytucyjne zadanie stania na straży niezależności sądów i niezawisłości sędziów oraz wykonuje swoje poszczególne kompetencje. W takim kontekście do celów wspomnianej oceny można również uwzględnić ewentualne istnienie uprzywilejowanych więzów między członkami ukonstytuowanej w ten sposób KRS a polską władzą wykonawczą, takie jak te, na które wskazał sąd odsyłający²³.

W tym względzie TSUE zauważył, że reforma ustawodawcza, która doprowadziła do ukonstytuowania KRS w jej nowym składzie, nastąpiła równolegle z przyjęciem przepisów art. 37 i 111 nowej ustawy o Sądzie Najwyższym²⁴, do których odniósł się sąd odsyłający i które przewidywały obniżenie wieku przejścia w stan spoczynku sędziów Sądu Najwyższego oraz zastosowanie tego środka wobec urzędujących sędziów tego sądu, a jednocześnie przyznawały Prezydentowi RP dyskrecyjne prawo do przedłużenia czynnej służby sędziów tego sądu po ukończeniu przez nich nowo określonego wieku przejścia w stan spoczynku.

W ocenie TSUE, ukonstytuowanie KRS w jej nowym składzie miało miejsce w sytuacji, w której spodziewano się, że wiele stanowisk w Sądzie Najwyższym będzie wkrótce podlegało obsadzeniu, w szczególności w następstwie przejścia sędziów tego sądu w stan spoczynku po osiągnięciu przez nich nowo określonej granicy wieku 65 lat²⁵.

Tymczasem przepisy ustawy z dnia 26 kwietnia 2019 r. z jednej strony przewidywały umorzenie niezakończonych postępowań w sprawach takich jak te będące przedmiotem postępowania głównego, w których kandydaci na stanowiska sędziego Sądu Najwyższego wnieśli na podstawie obowiązującego wówczas prawa odwołania od uchwał, w których KRS postanowiła nie przedstawiać ich kandydatur na te stanowiska i przedstawić wnioski dotyczące powołania innych kandydatów, zaś z drugiej strony zniosły wszelką możliwość wniesienia tego rodzaju środka prawnego w przyszłości²⁶.

TSUE podkreślił, że przytoczone wyżej zmiany ustawodawcze, w powiązaniu ze wszystkimi elementami kontekstu wskazanymi w uzasadnieniu wyroku, mogą sugerować, że polska władza ustawodawcza działała w tym wypadku w określonym celu uniemożliwienia przeprowadzenia jakiejkolwiek kontroli sądowej powołań dokonanych na podstawie uchwał KRS, podobnie zresztą jak wszystkich innych powołań dokonanych w Sądzie Najwyższym po ukonstytuowaniu się KRS w nowym składzie²⁷.

²³ *Ibidem*, pkt 131.

²⁴ Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (tekst jednolity) [2024] Dz.U., poz. 622.

²⁵ TSUE, sprawa C-619/18, *Komisja p. Polsce*, wyrok, 24 czerwca 2019 r., ECLU:EU:C:2019:531 stwierdził, iż z powodu przyjęcia tego rodzaju przepisów Rzeczpospolita Polska naruszyła nieusuwalność i niezawisłość sędziów SN i uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE.

²⁶ TSUE, sprawa C-824/18, *AB p. KRS*, *supra* note 8, pkt 137.

²⁷ *Ibidem*, pkt 138.

6. SKUTKI WSKAZANIA W ORZECZENIU PREJUDYCJALNYM OKOLICZNOŚCI SKŁADAJĄCYCH SIĘ NA KONTEKST PRAWNO-FAKTYCZNY DLA SPOSOBU ROZSTRZYGNIĘCIA SPRAWY GŁÓWNEJ PRZEZ SĄD ODSYŁAJĄCY

Z wyroku w sprawie C-824/18 wynika, iż kontekst w jakim przyjmowane są przepisy prawa krajowego, których zgodność z prawem Unii jest badana na wniosek sądu krajowego, stanowi istotną część orzeczenia prejudycjalnego i powinien być uwzględniany przez sąd odsyłający przy rozstrzygnięciu sprawy głównej.

W przypadku zarzucania przepisom krajowym skutku w postaci ograniczania prawa sądów krajowych do kierowania pytań prejudycjalnych, TSUE stwierdził, że wskazane w orzeczeniu prejudycjalnym okoliczności mogą stanowić przesłanki, które z uwagi na ich zbieżność, a w rezultacie systemowy charakter, będą w stanie rzucić światło na kontekst, w jakim polski ustawodawca przyjął ustawę z dnia 26 kwietnia 2019 r.

Ostateczna ocena tych okoliczności należy do sądu odsyłającego, ale TSUE wskazał temu sądowi, co powinien uczynić, gdyby – po dokonaniu takiej oceny – doszedł do wniosku, że przyjęcie tej ustawy wywołało szczególne skutki w postaci uniemożliwienia sądowi odsyłającemu podtrzymania złożonych już wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i zapobieżenia w ten sposób wypowiedzeniu się przez ten ostatni w ich przedmiocie, a także wykluczenia jakiejkolwiek możliwości przyszłego powtórnego wystąpienia przez sąd krajowy z pytaniami analogicznymi do tych, które zawiera pierwotny wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

Otóż w takim przypadku, sąd odsyłający powinien stwierdzić, że tego rodzaju przepisy nie tylko naruszają prerogatywy przyznane sądom krajowym w art. 267 TFUE i wpływają na skuteczność współpracy między Trybunałem a sądami krajowymi ustanowionej w ramach mechanizmu odesłania prejudycjalnego, ale także godzą w misję, jaka została powierzona Trybunałowi na mocy art. 19 ust. 1 akapit pierwszy TUE, polegającą na zapewnieniu poszanowania prawa w wykładni i stosowaniu traktatów, i nie są zgodne z art. 4 ust. 3 akapit trzeci TUE²⁸.

W konsekwencji, zgodnie z zasadą pierwszeństwa prawa Unii, sąd odsyłający będzie zobowiązany do odstąpienia od stosowania określonych przepisów ustawy z dnia 26 kwietnia 2019 r., jeżeli w wyniku badania, obejmującego także okoliczności składające się na kontekst prawno-faktyczny, dojdzie do wniosku, że przyjęcie tych przepisów nastąpiło z naruszeniem art. 267 TFUE i art. 4 ust. 3 TUE.

Jak wynika bowiem z utrwalonego orzecznictwa TSUE, przepis prawa krajowego uniemożliwiający uruchomienie procedury przewidzianej w art. 267 TFUE należy pominąć bez potrzeby zwrócenia się przez dany sąd o uprzednie usunięcie tego przepisu w drodze ustawodawczej lub w jakimkolwiek innym trybie konstytucyjnym.

²⁸ *Ibidem*, pkt 106 i 107.

Z kolei, jeżeli chodzi o wyłączenie przez przepisy krajowe możliwości dokonania skutecznej sądowej kontroli uchwał KRS obejmujących rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku o powołanie do pełnienia urzędu sędziego Sądu Najwyższego, TSUE zwrócił sądowi odsyłającemu uwagę na konieczność uwzględnienia elementów kontekstu związanych ze wszystkimi pozostałymi reformami, które objęły Sąd Najwyższy i KRS, a które mogły wzbudzić wątpliwość co do niezależności KRS i jej roli w procesach nominacyjnych, jak również, w konsekwencji, co do niezawisłości sędziów wyłonionych w wyniku takiego procesu²⁹.

Jeżeli sąd odsyłający doszedłby do wniosku, że spowodowane przez przepisy krajowe zmniejszenie skuteczności środka prawnego przysługującego od uchwały KRS o przedstawieniu wniosku o powołanie do pełnienia urzędu sędziego SN narusza art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE, to powinien on odstąpić od stosowania tych przepisów na rzecz stosowania wcześniej obowiązujących przepisów krajowych i przeprowadzić samemu kontrolę przewidzianą w tych ostatnich przepisach³⁰.

²⁹ *Ibidem*, pkt 132.

³⁰ *Ibidem*, pkt 166.

SZTUKA INTERPRETACJI TRAKTATÓW – SPRAWA *GREEN POWER* PRZECIWKO *HISZPANII*

1. WPROWADZENIE

W niezwykle bogatym dorobku naukowym Profesora Władysława Czaplińskiego znaleźć można prace z różnych dziedzin prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej. Jubilata interesowało wiele kwestii – przede wszystkim problemy fundamentalne prawa międzynarodowego, wśród nich m.in. interpretacja prawa, zagadnienia intertemporalne. Profesor Czapliński lubi analizować sprawy z nieoczywistym rozwiązaniem, wymagające inwencji. Nie jest prawnikiem ortodoksyjnym, wierzy w prawo międzynarodowe, zna jego systemowe wady, konieczność unikania konfliktów i potrzebę ewolucji, także przez interpretację prawa. I dobrze wie, że „interpretacja dokumentów jest do pewnego stopnia sztuką, a nie nauką ścisłą”¹.

Może zatem zainteresuje Profesora, i innych czytelników Księgi Jubileuszowej, intrygujący kazus dotyczący i prawa międzynarodowego, i prawa UE, a ściślej zastosowania metod interpretacji takich jak odwołanie do późniejszego porozumienia między stronami i późniejszej praktyki oraz zasady integracji systemowej.

Mowa będzie o niektórych aspektach sprawy *Green Power p. Hiszpanii*² rozstrzygniętej w 2022 r. przez Trybunał Arbitrażowy Sztokholmskiej Izby Handlowej na podstawie Traktatu Karty Energetycznej (dalej: TKE)³ i prawa UE. Trybunał Arbitrażowy

¹ H. Waldock, Third Report on the law of treaties, 2 Yearbook of the International Law Commission 5 (1964), s. 54, pkt 6, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_167.pdf (dostęp 23 września 2024): „interpretation of documents is to some extent an art, and not an exact science”.

² TA, sprawa V2016/135, *Green Power K/S i SCE Solar Don Benito APS p. Królestwu Hiszpanii*, 16.06.2022 r.

³ Traktat Karty Energetycznej sporządzony w Lizbonie dnia 17 grudnia 1994 r. [2003] Dz.U., poz. 985, wszedł w życie w 1998 r. Stronami Traktatu są obecnie 52 państwa i organizacje międzynarodowe, w tym UE.

* Anna Wyrozumska – profesor zwyczajny, emerytowana profesor Uniwersytetu Łódzkiego. ORCID: 0000-0002-3310-6675.

uwzględnił skutki wyroków Trybunału Sprawiedliwości UE w słynnych sprawach *Achmea*⁴ i *Komstroy*⁵. Z tego powodu sprawa ma charakter precedensowy.

W wyroku w sprawie *Achmea* z 2018 r. Trybunał unijny uznał klauzulę arbitrażową zawartą w dwustronnym traktacie inwestycyjnym między państwami członkowskimi UE za niezgodną m.in. z art. 344 TFUE⁶, który zakazuje poddawania sporów dotyczących wykładni lub stosowania traktatów UE jakimkolwiek innym metodom rozstrzygania niż przewidziane w tych traktatach. W 2021 r. wyrok w sprawie *Komstroy* potwierdził interpretację art. 344 TFUE wprost w odniesieniu do Traktatu Karty Energetycznej⁷, umowy wielostronnej, której stronami są nie tylko państwa członkowskie UE. Z wyroków tych wynika, że postanowienie umowy międzynarodowej, takie jak art. 26 TKE, w którym państwa wyrażają zgodę na arbitraż w sporze między inwestorem pochodzącym z państwa członkowskiego UE a innym państwem członkowskim, jest niezgodne z prawem UE.

Po dokonaniu szczegółowej analizy art. 26 TKE, Trybunał Arbitrażowy (dalej: TA) uznał brak swojej właściwości w sporze między duńskimi inwestorami *Green Power Partners K/S i SCE Solar Don Benito APS p. Królestwu Hiszpanii*⁸.

Interesować nas będzie, w jaki sposób Trybunał uwzględnił zarzut braku jurysdykcji *ratione voluntatis* podniesiony przez Hiszpanię, pomimo brzmienia art. 26 ust. 3 pkt. a TKE i braku możliwości skorzystania z wyłączeń wskazanych w punktach b i c. Przepis ten stanowi:

Z zastrzeżeniem wyłącznie punktów (b) i (c) każda Umawiająca się Strona niniejszym wyraża swoją bezwarunkową zgodę na przedłożenie sporu do arbitrażu międzynarodowego lub do postępowania pojednawczego, stosownie do postanowień niniejszego artykułu.

Aby odpowiedzieć na pytanie, czy Hiszpania złożyła jednostronną ofertę arbitrażu (wyraziła *ex ante* zgodę na arbitraż), TA przeprowadził proces interpretacji art. 26 ust. 3 pkt. a TKE na podstawie art. 31 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów⁹ (dalej VCTL), przechodząc przez kolejne przewidziane w tym przepisie etapy. Trybunał przyznał, że zwykle znaczenie art. 26 ust. 3 pkt. a sugeruje jednostronną

⁴ TSUE, sprawa C-284/16, *Republika Słowacji p. Achmea* [2018] ECLI:EU:C:2018:158.

⁵ TSUE, sprawa C-741/19, *Republika Mołdawii p. Komstroy LLC* [2021] ECLI:EU:C:2021:655; zob. także TSUE, C-109/20, *Polska p. PL Holdings* [2021] ECLI:EU:C:2021:875.

⁶ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2007 r. (wersja skonsolidowana) [2016] OJ C 202, s. 47–360.

⁷ Traktat Karty Energetycznej oraz Protokół Karty Energetycznej dotyczący efektywności energetycznej i odnośnych aspektów ochrony środowiska, sporządzone w Lizbonie dnia 17 grudnia 1994 r. [2023] Dz.U. Nr 105, poz. 985.

⁸ Spółka Green Power i SCE (powodowie) dokonali inwestycji na hiszpańskim rynku energii słonecznej. Obowiązujące w tym czasie prawo, zapewniało korzystny system taryf gwarantowanych. Spór powstał, gdy Hiszpania stopniowo zmieniała taryfy, co rzekomo wpłynęło na inwestycje powodów i naruszyło zobowiązania Hiszpanii wynikające z Traktatu Karty Energetycznej. Powołując się na art. 26 ust. 4 pkt c TKE powodowie złożyli wniosek o arbitraż administrowany przez Instytut Arbitrażowy Sztokholmskiej Izby Handlowej.

⁹ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów. Wiedeń 23 maja 1969 r. [1990] Dz.U. Nr 74, poz. 439.

i bezwarunkową ofertę arbitrażu złożoną przez umawiające się strony¹⁰. Uznał jednak, że sprawa jest złożona i niezbędne jest odwołanie się do kontekstu art. 26 ust. 3 pkt a TKE¹¹. W tym celu wziął pod uwagę tekst TKE oraz inne dokumenty sporządzone w związku z jego zawarciem. Doszedł do przekonania, że TKE uznał możliwość nawiązania przez grupę państw specjalnych stosunków prawnych między sobą. Pewne zatem kwestie między Hiszpanią i Danią, a także Szwecją (państwem siedziby arbitrażu) jako państwami członkowskimi UE podlegają specjalnym wymogom wynikającym z prawa UE, m.in. zakazowi zawartemu w art. 344 TFUE¹².

Interesujące jest jednak bardziej, w jaki sposób Trybunał Arbitrażowy zastosował art. 31 ust. 3 VCTL. Przepis ten stanowi:

3. Łącznie z kontekstem należy brać pod uwagę: a) każde późniejsze porozumienie między stronami, dotyczące interpretacji traktatu lub stosowania jego postanowień; b) każdą późniejszą praktykę stosowania traktatu, ustanawiającą porozumienie stron co do jego interpretacji; c) wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego, mające zastosowanie w stosunkach między stronami.

2. PÓŹNIEJSZE POROZUMIENIE I PÓŹNIEJSZA PRAKTYKA STRON

W 2018 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ przyjęło do wiadomości zakończenie prac Komisji Prawa Międzynarodowego (dalej: KPM) nad tematem późniejszych porozumień i późniejszej praktyki w odniesieniu do interpretacji traktatów oraz jej konkluzje

¹⁰ TA, sprawa V2016/135, *Green Power K/S i SCE Solar Don Benito APS p. Królestwu Hiszpanii*, *supra* note 2, pkt 341.

¹¹ *Ibidem*, pkt 343–344.

¹² *Ibidem*, pkt 354. Wśród wielu elementów TA wskazał: art. 25 TKE, który stwierdza, że sieć stosunków prawnych między państwami-członkami Regionalnej Organizacji Integracji Gospodarczej, która może być także stroną TKE (art. 1 ust. 2), może różnić się od stosunków między państwem będącym stroną REIO a umawiającą się stroną TKE, która nie jest stroną REIO, zaś art. 1 ust. 3 TKE definiuje REIO jako organizację, w ramach której państwa członkowskie „przekazały kompetencje w niektórych sprawach, z których część jest regulowana niniejszym Traktatem, w tym uprawnienia do podejmowania wiążących je decyzji w odniesieniu do tych spraw” (pkt 350). Dalej, Deklarację 5 (zawartą w Akcie Końcowym Konferencji Europejskiej Karty Energetycznej [1994] w której WE i jej państwa członkowskie stwierdziły, że stosowanie art. 25 TKE będzie dopuszczać jedynie te odstępstwa, które są niezbędne do zapewnienia preferencyjnego traktowania będącego skutkiem „szerszego procesu integracji gospodarczej wynikającego z Traktatów ustanawiających Wspólnoty Europejskie” (pkt 357). Dla Trybunału Deklaracja 5 była wyraźnym dowodem na to, że art. 25 TKE miał w szczególności zastosowanie do UE jako procesu integracji gospodarczej, który obejmuje między innymi kwestie związane z wewnętrzną energią elektryczną, pomocą państwa oraz potrzebą autonomii i pierwszeństwa prawa UE (pkt 358). Ponadto Trybunał wziął pod uwagę Oświadczenie złożone przez WE w momencie ratyfikacji TKE zgodnie z art. 26 ust. 3 lit. b pkt (ii) TKE, że TSUE powinien pozostać właściwy do rozstrzygania wewnątrzunijnych sporów między inwestorem a państwem na podstawie TKE (pkt 359–363).

wraz z komentarzami¹³. Konkluzja nr 4 definiuje podstawowe dla naszych rozważań pojęcia w następujący sposób:

1. Późniejsze porozumienie jako autentyczny środek interpretacji zgodnie z art. 31 ust. 3 lit. a jest porozumieniem między stronami, osiągniętym po zawarciu traktatu, dotyczącym interpretacji traktatu lub stosowania jego postanowień.
2. Późniejsza praktyka jako autentyczny środek wykładni zgodnie z art. 31 ust. 3 lit. b polega na zachowaniu podczas stosowania traktatu, po jego zawarciu, które ustanawia porozumienie stron co do wykładni traktatu.

W punkcie trzecim konkluzja nr 4 wskazuje, że późniejsza praktyka może również stanowić uzupełniający środek wykładni zgodnie z art. 32 VCTL, jeśli „składa się z zachowania jednej lub więcej stron w stosowaniu traktatu po jego zawarciu”.

Jako późniejsze porozumienia oraz późniejszą praktykę TA wskazał trzy deklaracje złożone przez UE i państwa członkowskie UE. Rzecz jasna deklaracje odnosiły się do specjalnego reżimu rozstrzygania sporów między inwestorami a państwami członkowskimi UE. Pierwsza deklaracja była deklaracją Komisji Europejskiej złożoną w imieniu UE, dwie pozostałe złożone zostały przez dwie różne grupy państw członkowskich¹⁴.

Pierwszej deklaracji (deklaracji I, zachowujemy numerację zastosowaną przez TA), z 20 maja 2015 r., TA nie uznał za późniejsze porozumienie, ani za późniejszą praktykę odnoszącą się do interpretacji lub stosowania TKE. Była to bowiem deklaracja w istocie UE (nie państw członkowskich) i do tego złożona przy podpisywaniu Międzynarodowej Karty Energetycznej, a więc innej, choć powiązanej z TKE, umowy. Trzecia deklaracja (deklaracja III) z 16 stycznia 2019 r.¹⁵ złożona została przez pięć państw członkowskich UE, Finlandię, Luksemburg, Maltę, Słowenię oraz Szwecję – państwo siedziby arbitrażu, nie była jednak jednoznaczna co do skutków wyroku w sprawie *Achmea* w odniesieniu do traktatu wielostronnego dotyczącego ochrony inwestycji. Stwierdzała jedynie, że interpretacja dokonana w tym wyroku jest właśnie kontestowana przed sądem państwa członkowskiego. Nie wyraża zatem stanowiska państw co do zastosowania wyroku do art. 26 ust. 3 pkt a TKE. Trybunał Arbitrażowy „usprawiedliwił” nieco Szwecję, stwierdzając, że deklaracja odnosiła się do postępowania przed sądem szwedzkim i że naturalne jest, że w tej sytuacji Szwecja czekała na rozstrzygnięcie jej sądu zanim wyrazi swoje stanowisko¹⁶. Nie zmienia to konkluzji, że deklaracja III jest nieprzydatna do analizy prowadzonej w ramach art. 31 VCTL.

¹³ Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2018, Subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, A/RES/73/202.

¹⁴ TA, sprawa V2016/135, *Green Power K/S i SCE Solar Don Benito APS p. Królestwu Hiszpanii*, *supra* note 2, pkt 368–369.

¹⁵ Deklaracja Przedstawicieli Rządów Państw Członkowskich UE z 16 stycznia 2019 r. w sprawie konsekwencji prawnych wyroku TSUE w sprawie *Achmea* i w ochronie inwestycji w UE, złożona przez Finlandię, Luksemburg, Maltę, Słowenię i Szwecję.

¹⁶ TA, sprawa V2016/135, *Green Power K/S i SCE Solar Don Benito APS p. Królestwu Hiszpanii*, *supra* note 2, pkt 384–387.

Istotna okazała się jedynie Deklaracja przedstawicieli rządów państw członkowskich z 15 stycznia 2019 r. dotycząca skutków prawnych wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Achmea* oraz ochrony inwestycji w Unii Europejskiej (deklaracja II), która wyraźnie odnosi się do interpretacji i stosowania TKE.

Zdaniem TA, deklaracja II reprezentuje wspólne rozumienie i „autentyczną” interpretację podzielaną przez 22 państwa członkowskie UE w (tym przez toczące spór Hiszpanię i Danię) ich stosunków prawnych na mocy TKE i prawa UE, zgodną z wyrokami w sprawie *Achmea* i późniejszym, w sprawie *Komstroy*, który potwierdził i rozszerzył rozumowanie w sprawie *Achmea* na art. 26 ust. 3 pkt a TKE. Z deklaracji II wynika, że stosowanie art. 26 ust. 3 pkt. a TKE do sporów wewnątrzunijnych jest niezgodne z traktatami UE i dlatego przepis ten nie może służyć jako podstawa jednostronnej oferty arbitrażu, którą mógłby przyjąć inwestor¹⁷. A zatem nie można twierdzić, że Hiszpania wyraziła zgodę na arbitraż w sporze z inwestorem duńskim.

Pojawia się tu kilka pytań. Przede wszystkim, czy rzeczywiście deklaracja II stanowi „późniejsze porozumienie między stronami, dotyczące interpretacji traktatu lub stosowania jego postanowień” lub późniejszą praktykę? (TA nie odróżnia tych dwóch sytuacji, skupiając się na istnieniu porozumienia, które wymagane jest w obu przypadkach¹⁸). Kluczową kwestią jest rozstrzygnięcie, czy art. 31 VCTL wymaga porozumienia między wszystkimi stronami Traktatu Karty Energetycznej. Zgodnie z przeważającą opinią doktryny, porozumienie dotyczyć może niektórych stron umowy, pod warunkiem, że pozostałe strony nie wyrażają sprzeciwu¹⁹. Trybunał tego nie zauważa, przyjmuje z góry, że deklaracja II ma znaczenie dla 22 państw stron TKE, definiuje ich wzajemne stosunki prawne w odniesieniu do stosowania oferty arbitrażu zawartej w art. 26 ust. 3 pkt a TKE²⁰. Można przyjąć, że pozostałe państwa strony TKE niebędące członkami UE milcząco przyzwoliły na porozumienie, o którym mowa, ale czy w ten sposób można zinterpretować zachowanie Finlandii, Luksemburga, Malty, Słowenii oraz Szwecji, skoro w istocie wstrzymały się one od zajęcia stanowiska?

Trybunał Arbitrażowy nie zastanawiał się także, czy ma do czynienia z porozumieniem co do interpretacji traktatu, czy jego stosowania. Wydaje się, że było to bez znaczenia, skoro w konsekwencji uznał, że art. 26 ust 3 pkt a TKE nie może być zastosowany w stosunkach między 22 państwami członkowskimi UE (choć nadal może być stosowany w stosunkach między tymi państwami a państwem trzecim, stroną TKE).

¹⁷ *Ibidem*, pkt 372, 385.

¹⁸ *Zob. np. ibidem*, pkt 385.

¹⁹ Tendencja ta znalazła odzwierciedlenie w G. Nolte, *Special Rapporteur, Second report on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties*, 26 March 2014, A/CN.4/671, m.in. pkt 58–70. *Zob.* Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2018, *supra* note 11, konkluzja nr 13.

²⁰ TA, sprawa V2016/135, *Green Power K/S i SCE Solar Don Benito APS p. Królestwu Hiszpanii*, *supra* note 2, pkt 370.

Następnie można postawić pytanie, czy zmienia sytuację fakt, że postępowanie arbitrażowe rozpoczęło się w czasie przed złożeniem deklaracji II. TA odpowiada na to w sposób, który na gruncie powszechnego prawa międzynarodowego nie jest oczywisty. Stwierdza bowiem, że art. 26 ust. 3 pkt a TKE nie może być stosowany do 22 państw członkowskich UE od momentu jego niezgodności z zakazem poddawania sporów między państwami członkowskimi UE innym organom międzynarodowym aniżeli TSUE. Nie jest to moment złożenia deklaracji II, czy wydania wyroku w sprawie *Achmea*, bo są one tylko „interpretacjami” zakresu tego zakazu (art. 344 TFUE)²¹. Oferta arbitrażu złożona przez Hiszpanię jest zatem nieważna. Widać wyraźnie, że TA uwzględnił skutek wynikający wprost z prawa UE, uznając skuteczność *ex tunc* interpretacji prawa UE dokonanej przez TSUE.

Co więcej, TA twierdzi, że takie rozwiązanie nie jest właściwe tylko prawu UE. To samo dotyczy bowiem autentycznej interpretacji traktatu dokonywanej przez strony w prawie międzynarodowym. TA odwołuje się przy tym do komentarza Komisji Prawa Międzynarodowego do Projektu Artykułów o Prawie Traktatów, nie bierze jednak pod uwagę, że Komisja odnosiła się do porozumienia dotyczącego interpretacji postanowień traktatu, osiągniętego między wszystkimi stronami traktatu²², nie zaś do porozumienia co do znaczenia przepisu między tylko dwoma stronami traktatu wielostronnego w ich wzajemnych stosunkach (tak jak w tym przypadku między Hiszpanią i Danią).

Poza tym, czy można uznać interpretację przyjętą w sprawie *Green Power* za autentyczną? Czy ma ona zastosowanie do pozostałych pięciu państw członkowskich UE, które złożyły deklarację III? TA odnosi się wyraźnie tylko do 22 państw członkowskich UE. Czy raczej powinno się przyjąć, że deklaracja III stanowi późniejszą praktykę niektórych stron TKE, którą można potraktować jedynie jako uzupełniający środek interpretacji, aby potwierdzić znaczenie art. 26 TKE wynikające z zastosowania art. 31 VCTL lub aby ustalić jego znaczenie, gdy interpretacja oparta na art. 31 pozostawia niejasności (art. 32 VCTL). Uzupełniające środki interpretacji mają jednak mniejszą wagę w procesie interpretacji. A może raczej ogólne reguły nie pasują do tego przypadku, może większa uwaga musi być przywiązana do charakteru Traktatu Karty Energetycznej jako umowy rodzącej zobowiązania synallagmatyczne (wzajemne)?

²¹ *Ibidem*, pkt 376.

²² *Ibidem*, pkt 379.

3. ZASADA INTEGRACJI SYSTEMOWEJ

3.1. „Wszystkie strony umowy” czy „strony sporu”?

Art. 31 VCTL opiera się m.in. na idei wyrażonej barwnie przez Maxa Hubera. Huber uważał, że punktem kulminacyjnym procesu interpretacyjnego jest poszukiwanie „prawdziwej intencji stron”. Proces ten trzeba zatem przeprowadzić poprzez „koncentryczne kręgi”, w których centrum znajduje się intencja stron, a kolejnym kręgiem jest tekst umowy – postanowienia odnoszące się do kwestii spornych, następnie umowa jako całość, jej kontekst, powszechne prawo międzynarodowe (ogólne zasady prawa międzynarodowego) i wreszcie ogólne zasady prawa²³.

W tym duchu art. 31 ust. 3 pkt c VCTL wskazuje, że łącznie z kontekstem umowy należy brać pod uwagę „wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego, mające zastosowanie w stosunkach między stronami”. Postanowienie to jest powszechnie uważane za wymagające „integracji systemowej” traktatu (lub jego postanowienia), a więc interpretowania go w szerszym kontekście reguł prawa międzynarodowego. Zgodnie z przepisem, normy prawa międzynarodowego, które mają zostać wzięte pod uwagę muszą spełniać dwie przesłanki, mieć zastosowanie między „stronami” i być „relevantne/odpowiednie”.

Przepis art. 31 ust. 3 pkt c VCTL nie grzeszy klarownością. Po pierwsze, czy pojęcie „strony” odnosi się do wszystkich „stron traktatu”, czy może też dotyczyć wzajemnych relacji między dwoma tylko stronami traktatu wielostronnego? Czy raczej chodzi o „strony sporu”?

R.K. Gardiner, na którego zresztą Trybunał Arbitrażowy w sprawie *Green Power* się powołuje, wskazuje na różne znaczenia pojęcia „strony” w Konwencji i stwierdza, że, co do zasady, państwa mogą dojść do porozumienia co do norm, które mają mieć zastosowanie tylko między nimi, pod warunkiem, że nie narusza to ich zobowiązań co do pozostałych stron. Podobnie jest w przypadku modyfikacji zobowiązań wynikających ze składanych przez państwa zastrzeżeń.

Tak więc art. 31 został sformułowany na tyle szeroko, aby objąć normy prawa międzynarodowego podlegające lub obejmujące wszelkie dopuszczalne modyfikacje lub rozszerzenia w drodze traktatu mającego zastosowanie do państw zaangażowanych w dany proces interpretacyjny²⁴.

²³ M. Huber, *B Projet définitif de Résolutions*, 44(1) Annuaire de l'Institut de Droit International Annuaire 194 (1952), s. 200–201: „Woli stron należy zatem poszukiwać w tekście traktatu, najpierw w klauzulach odnoszących się do sytuacji sporu stron, kolejno w traktacie jako całości, następnie w ogólnym prawie międzynarodowym, a na końcu w ogólnych zasadach prawa uznanych przez cywilizowane narody. To właśnie dzięki takiej koncentrycznej strukturze, sędziemu udaje się w wielu przypadkach ustalić domniemaną wolę stron «zgodnie z podstawowymi wymogami pełni prawa i sprawiedliwości międzynarodowej»”. Tł. redakcja.

²⁴ R.K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford: 2015, s. 303.

Z rozważań Trybunału Arbitrażowego w sprawie *Green Power* wynika, że zdaniem Trybunału nie wszystkie strony interpretowanego traktatu muszą być także stronami innej umowy międzynarodowej, aby mogła ona być rozważana jako „mająca zastosowanie między stronami”. Aczkolwiek będzie to wpływało na znaczenie tychże „innych norm mających zastosowanie” w procesie interpretacji. Nie wyklucza to zatem zastosowania prawa UE w trybie art. 31ust. 3 pkt c VCTL z tego powodu, że nie wszystkie strony TKE są państwami członkowskimi UE. Powoduje to jednakże zróżnicowanie zobowiązań w ramach TKE, art. 26 ust. 3 pkt. a TKE byłby inaczej stosowany w zależności od stron sporu, prawo UE nie byłoby uwzględniane w przypadku stosunków między państwami członkowskimi UE a pozostałymi stronami TKE²⁵.

Zasada integracji systemowej (harmonizacji systemowej²⁶), jak nazywana jest reguła odzwierciedlona w art. 31ust. 3 pkt c VCTL, ma bogatą historię, ale formuła zasady nie jest wcale jednoznaczna. Trybunał Arbitrażowy w sprawie *Green Power* zauważył kilka niejasności, ale wątpliwości pojawiają się już w przypadku wskazania „reguł” (*rules*) prawa międzynarodowego, do których może odwołać się interpretator. Pierwotnie uważano, że tylko zasady ogólne prawa międzynarodowego wchodziły w zakres zasady integracji systemowej, następnie rozszerzono ją na prawo zwyczajowe, a później traktaty. Ta szersza interpretacja przeważa i potwierdza ją praktyka międzynarodowa²⁷, ale wyrażane były w doktrynie także poglądy odmienne²⁸. Z kolei niektóre sądy arbitrażowe uznały, że i prawo wtórne organizacji regionalnej (np. dyrektywy i rozporządzenia UE) wchodzi w zakres zasady.

Nie jest także jasne, co oznacza pojęcie „mające zastosowanie”. Najbardziej oczywista jest interpretacja, że chodzi o normy wiążące strony. Wyklucza się zatem

²⁵ TA, sprawa V2016/135, *Green Power K/S i SCE Solar Don Benito APS p. Królestwu Hiszpanii*, *supra* note 2, pkt 392.

²⁶ W ten sposób np. ETPC, *Al-Dulimi i Montana Management Inc. p. Szwajcarii* (skarga nr 5809/08), 21 czerwca 2016 r., pkt 140. Znaczenie zasady podkreśla m.in. K.S. Ziegler, *Beyond Pluralism and Autonomy: Systemic Harmonisation as a Paradigm for the Interaction of EU Law and International Law*, 35 Yearbook of European Law 667 (2016) stwierdzając, że: „jest to norma konstytucyjna, która utrzymuje międzynarodowy porządek prawny jako system i która czasami jest potrzebna jako główny klucz do gmachu, jakim jest prawo międzynarodowe” (*ibidem*, s. 28) i dalej – „Podczas gdy integracja systemowa jako kontekstowa metoda interpretacji ma wiele zalet, zarówno w unikaniu konfliktów, jak i w rozwoju prawa i utrzymywaniu międzynarodowego porządku prawnego razem, pewne ryzyko jest nieodłączne, jak w przypadku każdej kontekstowej i potencjalnie ewolucyjnej interpretacji. Ryzyko to nie jest związane wyłącznie z harmonizacją systemową, ale jest nieodłącznym elementem wykładni. Środkiem zaradczym i zabezpieczającym jest dobrej jakości interpretacja w kontekście wszystkich metod interpretacyjnych (w szczególności wykładni celowościowej) oraz przejrzyste rozumowanie” (*ibidem*, s. 49).

²⁷ Zob. m.in. MTS, sprawa *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti p. Francji)*, wyrok, 4 czerwca 2008 r., pkt 113–114; ETPC, *Selmouni p. Francji* (skarga nr 25803/94), 28 lipca 1999 r., pkt 97–98.

²⁸ Szerzej na ten temat i na temat zasady integracji systemowej zob. P. Merkouris, *Principle of Systemic Integration*, w: *Max Planck Encyclopedias of International Law*, pkt 21 i n. <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e2866.013.2866/law-mpeipro-e2866> (24 sierpnia 2020 r.). Zob. także C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 International and Comparative Law Quarterly 279 (2005). Autor ten podkreśla rolę zasady integracji systemowej, wskazując, że ma ona „status normy konstytucyjnej w ramach systemu prawa międzynarodowego” (*ibidem*, s. 280).

niewiążące zasady, ale zdarzały się przypadki, w których sędziowie uznawali instrumenty niewiążące stron za wchodzące w zakres art. 31 ust. 3 pkt c VCTL²⁹.

Najbardziej sporny wydaje się jednak termin „strony”. Wąskie jego rozumienie, tj. „wszystkie strony interpretowanego traktatu”, prowadzi do zmniejszenia liczby reguł, które miałyby zostać wzięte pod uwagę. Z kolei uznanie, że termin „strony” oznacza „strony sporu” prowadzi do rozszerzenia tej liczby, zwłaszcza w przypadku traktatów wielostronnych. Obie wykładnie mają oparcie w doktrynie³⁰.

W szeregu spraw dotyczących Traktatu Karty Energetycznej trybunały inwestycyjne skłaniały się raczej ku interpretacji „stron traktatu”³¹. *Green Power* jest w tym względzie precedensem. Ale gdy spojrzeć np. na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, sąd ten interpretuje Europejską Konwencję Praw Człowieka w świetle innych instrumentów dotyczących ochrony praw człowieka, niezależnie od tego, czy wszystkie strony interpretowanego traktatu są stronami traktatu referencyjnego³².

Sedno sporu o interpretację pojęcia „strona” uwypuklił inny Trybunał Arbitrażowy w sprawie *Vattenfall*, gdzie tak jak i w sprawie *Green Power*, chodziło o to, czy prawo UE można uznać za „odpowiednie normy” przy interpretacji art. 26 ust. 3 pkt a TKE. Trybunał w sprawie *Vattenfall* był zdania, że prawo UE nie stanowiło „odpowiednich” norm. Powodem była konieczność zachowania spójności i jednolitej interpretacji każdego postanowienia traktatu, „te same terminy w tym samym postanowieniu traktatu [nie mogą] mieć innego znaczenia w zależności od [...] stron konkretnego sporu”³³. Zdaniem Trybunału interpretacja – „strony sporu”, „wprowadziłaby niepewność i pociągnęłaby za sobą fragmentację znaczenia i stosowania postanowień traktatu”³⁴. Natomiast jednolitą interpretację każdego postanowienia traktatu można zapewnić jedynie poprzez wykładnię zawężającą, tj. wykładnię wskazującą na „strony traktatu”. W rezultacie sąd ten uznał, że zgoda Niemiec na arbitraż w sporze ze spółką szwedzką nie może być podważona, a więc może wykonywać swoją jurysdykcję.

Trybunał w sprawie *Vattenfall* obawiał się dywersyfikacji zobowiązań stron traktatu. Warto zauważyć, że Komisja Prawa Międzynarodowego pod hasłem „fragmentacji” i „dywersyfikacji” obawiała się raczej czegoś innego, wyizolowania traktatu z syste-

²⁹ Zob. P. Merkouris, *supra* note 28, pkt 24.

³⁰ Za wąską wykładnią opowiadają się m.in. U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties*, Springer, Dordrecht: 2007, s. 178; M.K. Yasseen, *L'interprétation des traités d'après la convention de Vienne sur le droit des traités*, 3 Recueils des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye 63 (1976); za szeroką zaś – np. R.K. Gardiner, *supra* note 24, s. 303–304; G. Marceau, *WTO Dispute Settlement and Human Rights*, 13 European Journal of International Law 753 (2002), s. 782, <http://www.ejil.org/pdfs/13/4/1561.pdf> (dostęp 22 września 2024); O. Dörr, w: O. Dörr, K. Schmalenbach (red.), *Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary*, Springer, Berlin: 2018, s. 559–616 – dot. art. 31; D. French, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, 55(2) International and Comparative Law Quarterly 281 (2006), s. 307; K.S. Ziegler, *supra* note 24, s. 27.

³¹ Np. ICSID, *Vattenfall AB i in. p. FRN*, wyrok, 31 sierpnia 2018 r., pkt 158.

³² Zob. np. ETPC, *Demir i Baykara p. Turcji* (skarga nr 34503/97), 12 listopada 2008 r., pkt 67 i n.; por. P. Merkouris, *supra* note 26, pkt 30.

³³ ICSID, *Vattenfall AB i in. p. FRN*, *supra* note 31, pkt 155–156.

³⁴ *Ibidem*, pkt 158.

mu prawa międzynarodowego, a nie dywersyfikacji zobowiązań. Raport końcowy z 2006 r. specjalnej grupy studyjnej powołanej przez KPM, podkreślał konieczność prowadzenia interpretacji traktatu w szerszym kontekście – systemu prawa międzynarodowego³⁵, oraz że znaczenie potrzeby „uwzględniania” (*take into account*), o której mowa w art. 31 ust. 3 pkt c VCTL polega „na pełnieniu przez nią funkcji systemowej w międzynarodowym porządku prawnym, łącząc wyspecjalizowane części ze sobą i z uniwersalnymi zasadami”³⁶.

Raport wskazywał, że:

Lepszym rozwiązaniem jest zezwolenie na odniesienie do innego traktatu, pod warunkiem, że strony sporu są również stronami tego innego traktatu. Chociaż stwarza to możliwość ostatecznie rozbieżnych interpretacji (w zależności od tego, które państwa-strony są również stronami sporu), odzwierciedlałoby to po prostu potrzebę poszanowania (z natury rozbieżnej) woli stron, wyjaśnionej przez odniesienie do tych innych traktatów, a także bilateralny charakter większości traktatów, poparty np. praktykami dotyczącymi zastrzeżeń, modyfikacji *inter se* i kolejnych traktatów, dotyczących tego samego przedmiotu. Ryzyko rozbieżności – powszechne w prawie traktatowym – zostałyby złagodzone poprzez wprowadzenie rozróżnienia między traktatami «wzajemnymi» lub «synallagmatycznymi» (w których przypadku zwykła «rozbieżność» w interpretacji nie stwarza problemu) a traktatami «integralnymi» lub «współzależnymi» (lub traktatami zawartymi *erga omnes partes*), o ile wykorzystanie tego innego traktatu do wykładni nie zagraża spójności interpretowanego traktatu³⁷.

Wyrok w sprawie *Green Power* podąża tym tropem, uwzględnia w interpretacji art. 26 ust. 3 pkt a TKE inny traktat obowiązujący między stronami sporu (TFUE) i przyjmuje, że art. 26 może mieć różne znaczenie w zależności od stron sporu. I że nie zagraża to spójności TKE.

3.2. Czy prawo UE może zostać uznane za „odpowiednie”?

Pojawia się kolejna kwestia. Czy jednak prawo UE, na które powołuje się Hiszpania można uznać za „reguły” (*rules*), o których mowa w art. 31 ust. 3 pkt c VCTL? Z Raportu o fragmentacji można raczej wnioskować, że odwołanie się do innego traktatu dotyczyć może reguł, które można z niego wywieść, a nie samych postanowień. A zatem, czy prawo UE może zostać uznane za „relevantne/odpowiednie”? Odpowiadając na to pytanie Trybunał Arbitrażowy w sprawie *Green Power* znowu odwołuje się do poglądów R.K. Gardinera, który stwierdza, że pojęcie „wszelkie odpowiednie normy” odnosi się do reguł, które dotyczą tej samej materii jak interpretowane postanowienie

³⁵ ILC, Report of the Study Group of the International Law Commission / finalized by Martti Koskenniemi, Fragmentation of international law : difficulties arising from the diversification and expansion of international law, 13 April 2006, pkt 426, A/CN.4/L.682.

³⁶ *Ibidem*, pkt 473 z powołaniem na zdanie odrębne sędziów Higgins, Kooijmans i Buergenthal do wyroku MTS, *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Demokratyczna Republika Kongo p. Belgii)*, wyrok, 14 lutego 2002 r., ICJ Reports 2002, s. 86–87, pkt 79.

³⁷ ILC, Report of the Study Group of the International Law Commission, *supra* note 35, pkt 472.

traktatu „lub które w jakikolwiek sposób wpływają na tę interpretację”³⁸. Znowu zakres pojęcia zarysowany jest szeroko.

Przypomnijmy, że w przypadku *Green Power* chodzi o ważność lub zastosowalność jednostronnej oferty arbitrażu w sporach między inwestorem pochodzącym z państwa członkowskiego a innym państwem członkowskim UE, dotyczącym naruszenia TKE (traktatu wielostronnego). W sprawie *Vattenfall* Trybunał Arbitrażowy, odnośnie tej samej kwestii, miał słuszne wątpliwości, czy istnieje rzekoma norma prawa międzynarodowego wynikająca z wyroku TSUE. Odnosił się bowiem jedynie do wyroku w sprawie *Achmea*, który pozostawiał niepewność, czy art. 344 TFUE obejmuje spory wewnątrzunijne między inwestorem a państwem członkowskim powstałe na gruncie traktatu wielostronnego (TKE)³⁹. Wyjaśnione to zostało dopiero w późniejszym wyroku w sprawie *Komstroy*.

W sprawie *Green Power* Trybunał Arbitrażowy uznał, że w świetle wyroków w sprawach *Achmea* i *Komstroy*, a także innych wydarzeń przeanalizowanych przez Trybunał, jest oczywiste że prawo UE jest w tym przypadku „relevantne” dla interpretacji art. 26 ust. 3 pkt a TKE zgodnie z zasadą integracji systemowej⁴⁰. Nie zastanawiał się, czy ma do czynienia z regułą, normą, postanowieniem itp.

Nie ulega jednak wątpliwości, że Trybunał odwołał się do reguły wywiedzionej z traktatu, do zasady traktatowej. Istotą jest przecież art. 344 TFUE i jego interpretacja dokonana przez TSUE wykluczająca możliwość poddawania sporów między inwestorem pochodzącym z jednego państwa członkowskiego UE a innym państwem członkowskim, jurysdykcji innych organów międzynarodowych. Art. 344 nie jest zwykłym postanowieniem TFUE, odzwierciedla zasady systemowe prawa UE, przede wszystkim zasadę autonomii prawa UE i zasadę lojalnej współpracy. Nie powinno tu mieć znaczenia, że art. 344 TFUE nie ma bezpośredniego związku z meritem TKE. Specyfika sprawy *Green Power* polega właśnie na możliwości zastosowania innego traktatu (TFUE) do interpretacji normy o charakterze proceduralnym (art. 26 TKE).

3.3. Zasada integracji systemowej a zmiana traktatu

Zastosowanie prawa UE w ramach systemowej integracji, w omawianym przypadku, rodzi kolejny problem. Czy nie prowadzi ono do zmiany art. 26 ust. 3 pkt a TKE, a więc także do nadużycia funkcji interpretacji? W sprawie *Vattenfall* Trybunał Arbitrażowy odrzucił możliwość odwołania się do prawa UE m.in. dlatego, że prowadziłoby to do sprzeczności ze zwykłym rozumieniem art. 26 ust 3 pkt a TKE⁴¹.

³⁸ TA, sprawa V2016/135, *Green Power K/S i SCE Solar Don Benito APS p. Królestwu Hiszpanii*, *supra* note 2, pkt 393; R.K. Gardiner, *supra* note 24, s. 299.

³⁹ ICSID, *Vattenfall AB i in. p. FRN*, *supra* note 29, pkt 159–161.

⁴⁰ TA, sprawa V2016/135, *Green Power K/S i SCE Solar Don Benito APS p. Królestwu Hiszpanii*, *supra* note 2, pkt 393.

⁴¹ ICSID, *Vattenfall AB i in. p. FRN*, *supra* note 29, pkt 152–165.

Trybunał w sprawie *Green Power* odrzuca ten argument, przede wszystkim uznając, że wyniki wszelkich innych sposobów interpretacji nie są konkluzywne i nie rozwiązują stojącego przed nim problemu. A zatem, interpretacja art. 26 ust. 3 pkt a TKE bez odwoływania się do prawa UE nie jest rozstrzygająca w okolicznościach niniejszej sprawy⁴².

Czy jednak interpretacja dokonana przez TA nie doprowadziła do zmiany Traktatu Karty Energetycznej?

4. ZAKOŃCZENIE I *POST SCRIPTUM*

Pozostawiam pytania otwarte, żeby zostawić pole dla Mistrza.

Do tej pory żaden inny sąd arbitrażowy nie poszedł śladem *Green Power*, a państwa członkowskie UE zaczęły występować z Traktatu Karty Energetycznej, dodajmy że przy krytycznych głosach doktryny wskazujących, że Trybunał Sprawiedliwości UE, Komisja Europejska i państwa członkowskie rujnują TKE⁴³. Polska wypowiedziała TKE powołując się na sprzeczność art. 26 ust. 3 pkt a TKE z prawem UE i brak zainteresowania polskich inwestorów ochroną wynikającą z TKE⁴⁴. Traktat wypowiedziały także Włochy, Francja i Niemcy⁴⁵. Wiele innych państw zapowiedziało wystąpienie, a dniu 7 marca 2024 r. państwa członkowskie Unii Europejskiej uzgodniły skoordynowane wystąpienie z TKE, oficjalnie – z powodu obaw, że podważa on wysiłki UE na rzecz walki ze zmianami klimatycznymi⁴⁶.

Interpretacja art. 26 ust. 3 pkt a TKE zaproponowana w wyroku *Green Power* nie uratuje raczej Traktatu Karty Energetycznej. Stanowi jednak interesującą próbę pogodzenia ze sobą zobowiązań stron wynikających z różnych traktatów i pokazuje że interpretacja nie jest „nauką ścisłą”.

⁴² TA, sprawa V2016/135, *Green Power K/S i SCE Solar Don Benito APS p. Królestwu Hiszpanii*, *supra* note 2, pkt 412.

⁴³ N. Lavranos, A. Lath, J. Varma, R. Varma, *The Meltdown of the Energy Charter Treaty (ECT): How the ECT Was Ruined by the EU and Its Member States*, 1 SchiedsVZ 38 (2023), <https://www.nl-investmentconsulting.com/wp-content/uploads/2023/10/Lavranos-Lath-Varma-Aufsatz-Heft-1-2023.pdf> (dostęp 22 września 2024): „Tak czy inaczej, UE i jej państwa członkowskie raczej zepchnęły się na margines, niż stały się motorem reformy Traktatu, w szczególności w odniesieniu do transformacji energetycznej i uniezależnienia się od rosyjskiej ropy i gazu. Sprawia to, że państwa spoza UE, takie jak Wielka Brytania i Szwajcaria, stają się bardzo interesującymi «bezpiecznymi przystaniami» dla inwestorów z branży energetycznej, którzy poszukują stałej ochrony w ramach Traktatu WE”. Tł. własne.

⁴⁴ Pismo Prezesa Rady Ministrów RM-0610-113-22, Projekt ustawy o wypowiedzeniu Traktatu Karty Energetycznej oraz Protokołu Karty Energetycznej dotyczącego efektywności energetycznej i odnośnych aspektów ochrony środowiska, sporządzonych w Lizbonie dnia 17 grudnia 1994 r. wraz z uzasadnieniem, Druk sejmowy nr 2553, 25.08.2022 r.

⁴⁵ Wykaz stron TKE: Contracting Parties and Signatories of the Energy Charter Treaty, <https://www.energychartertreaty.org/treaty/contracting-parties-and-signatories/> (dostęp 22 września 2024).

⁴⁶ K. Abnett, *EU countries to exit energy treaty over climate concerns, officials say*, 7 marca 2024, <https://www.reuters.com/sustainability/climate-energy/eu-countries-exit-energy-treaty-over-climate-concerns-officials-say-2024-03-07/> (dostęp 22 września 2024).

RECENT TRENDS IN THE EXERCISE OF THE VETO POWER IN THE SECURITY COUNCIL AND THE EVOLVING ROLE OF THE GENERAL ASSEMBLY

1. INTRODUCTION

Confronted with the 2022 war between the Russian Federation and Ukraine, and the 2023 devastating military operations conducted by the Israeli Armed Forces in the Gaza strip after the 7 October terrorist attacks by Hamas, the UN Security Council (UNSC) – as in several other instances in the past – has been unable to fulfil its mandate under the Charter due to divergent views among its permanent members (or P5).¹

Against this backdrop, UN Member States reinvigorated their efforts to push for a more active role for the General Assembly (the Assembly or the GA). This has led to two different strands of developments. On the one hand, Member States have resurrected the “Uniting for Peace”² model and have called for an Emergency Special

¹ UNSC draft resolutions concerning the Russian–Ukrainian war were vetoed on 25 February and 30 September 2022 (both by the Russian Federation), on 18 and 25 October 2023 (the first was not adopted on account of a negative vote by the USA and the second by China and the Russian Federation jointly) and on 8 December 2023 and 20 February 2024 (both were vetoed by the USA) regarding the most recent phase of the Israeli–Palestinian conflict. For a list of all instances of vetoes since 1946, see: *UN Security Council Meetings & Outcomes Tables*, <https://research.un.org/en/docs/sc/quick/veto> (accessed 1 July 2024).

² General Assembly, Resolution 377 (V): Uniting for Peace, A/RES/377(V); this resolution – adopted in the wake of vetoes by the USSR on the situation in Korea – determined that where “[the] Security Council, because of lack of unanimity of the permanent members, fails to exercise its primary responsibility for the maintenance of international peace and security [...] the General Assembly shall consider the matter immediately with a view to making appropriate recommendations to Members for collective measures”. Moreover, the resolution specifies “if not in session at the time, the General Assembly shall [...] meet in emergency special session”. This mechanism can be activated by the UNSC as well as by the GA *proprio motu*; the Uniting for Peace model has been resorted to 12 times, eight upon request by the UNSC through a procedural resolution not subject to veto power (most recently in the Ukrainian situation) and four times by the GA (mostly in situations dealing with the Palestinian situation). For more on Res. 377 A (V) (1950), see generally C. Tomuschat, *Uniting for Peace*, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ufp/ufp_e.pdf (accessed 1 July 2024).

* Salvatore Zappalà – Professor of International Law and Dean of the Law School of Siciliae Studium Generale, University of Catania, Italy. ORCID: 0000-0001-5684-3718.

Session of the GA on account of the UNSC's inability to assume any determination.³ On the other hand, in line with a new trend which had already emerged in the mid-2000s in connection with discussions on a reform of the UNSC, Member States requested more accountability from the P5 in resorting to their veto power.⁴ This second limb of the process, originally linked to initiatives for restraining the exercise of veto in cases of mass atrocities, was recently propelled by institutionalising the requirement of a sort of "trial" in the GA on the use of veto, by inviting permanent members casting a negative vote on a proposed UNSC resolution to explain the reasoning behind their decision.⁵

Broadly speaking, these developments signal increased discomfort with the veto power and may entail a potential attempt to shift the emphasis from the UNSC to the GA.⁶ A nuanced assessment of these trends, however, may also lead to the opposite conclusion: that nothing is really changing and that the UN Charter⁷ design and the balance of power among its principal political organs remains intact. These remarks could be justified considering that the UNSC represents a promise of "effectiveness" for the Organization, which – where possible given the political circumstances (the agreement among the P5) – can determine actual consequences on the ground (i.e. the world as it is), whilst the GA is more suited to embody the "international community as a whole", which – even irrespective of the possibility of realising the law and its underlying values – is called to express the opinion of the Member States in terms of legitimacy (i.e. the world as it should be). In other words, the dynamic relationship between these two organs still represents the oscillation of the international legal order between effectiveness and legitimacy.⁸

³ See section 2

⁴ See generally J. Wouters, T. Ruys, *Security Council Reform: A New Veto for A New Century?*, Academia Press, Brussels: 2005, <https://www.jstor.org/stable/resrep06699> (accessed 1 July 2024). For the UNSC reform process, see G. Nesi, *La riforma del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite tra politica e diritto*, in: P. Gargiulo, I. Ingravallo, P. Rossi (eds.), *L'ONU nei nuovi assetti sistemici internazionali: le riforme necessarie*, Editoriale Scientifica, Napoli: 2023, p. 19–34.

⁵ See section 3. For the duty to provide an explanation for resorting to veto, see generally D. Moekli, N. Fasel, *A Duty to Give Reasons in the Security Council: Making Voting Transparent*, 14 International Organizations Law Review 13 (2017), p. 13–86. Following the 20 February 2024 US veto on a draft resolution concerning the situation in Gaza (the most recent instance – at the time of writing in March 2024 – of exercising the veto), many have reiterated the call on permanent members to refrain from using this power in cases of mass atrocities (including by providing important legal arguments). See J. Trahan, *More Evidence of States Agreeing that There are Some Limits Under International Law to the Veto Power of the Permanent Members of the UN Security Council*, 26 February 2024, <https://opiniojuris.org/2024/02/26/more-evidence-of-states-agreeing-that-there-are-some-limits-under-international-law-to-the-veto-power-of-the-permanent-members-of-the-un-security-council/?s=03> (accessed 1 July 2024).

⁶ See M.P. Scharf, *Power Shift: The Return of the Uniting for Peace Resolution*, 55 Case Western Journal of International Law 1 (2023), p. 1–29.

⁷ UN Charter [1945] 15 UNCIO 335, amendments in 557 UNTS 143, 638 UNTS 308 and 892 UNTS 119.

⁸ See generally S. Zappalà, *Can Legality Trump Effectiveness in Today's International Law*, in: A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford: 2012, p. 105–117. For specific aspects of the problem linked to the birth of new States and/or illegal acquisitions of territory, see W. Czapliński, A. Kleczkowska (eds.), *Unrecognised Subjects in International Law*, Scholar Publishing

2. THE PRIMARY ROLE OF THE UN SECURITY COUNCIL IN MAINTAINING INTERNATIONAL PEACE AND SECURITY AND ITS VOTING MECHANISMS: A RECIPE FOR NECESSARY AGREEMENT OR FOR INDEFINITE STALEMATE?

As is well known, Article 27.2 of the UN Charter requires that “decisions of the Security Council [...] shall be made by an affirmative vote of nine members including the concurring votes of the permanent members”.⁹ In practice, the interpretation of the expression “concurring votes of the permanent members” has already been broadened as to allow for the adoption of resolutions even when a permanent member abstains (or is absent), provided that the resolution obtains nine favourable votes. However, even with such a caveat, on many occasions the Council has been blocked by more radical divergence of views between its permanent members, making it impossible to adopt any decision.

Stalemates are not new in the UNSC framework. Since the outset the veto power has blocked the Council. Some may argue that it is precisely by design that the Charter prevents “action” where there is inability of the dominant powers to reach any agreement. One should not see the veto (or in many cases, even the threat to exercise it) as the result of an “obstructionist” attitude of the relevant permanent member, but rather one could opine that it is necessary to work harder to reach the required political compromise. In this vision, the dominant idea would be that what really blocks the Council is not the veto *per se*, but rather the prospect that by acting without an agreement among the P5, higher risks of exacerbating the situation would ensue. In this paper, I cannot engage in a discussion as to how much wisdom there is in such a system; nonetheless, I think it is useful to reaffirm that the situation of potential stalemate was already very evident at the adoption of the UN Charter. At the same time, it was also clear that Member States (including, on rare occasions, some permanent members) were not satisfied with the prospect of deadlock and recognised a potential role for the General Assembly.¹⁰

By the late 1940s / early 1950s, it had become somewhat accepted that not deciding was a way of deciding for the Council, and by the same token multiple instances of stalemate were thus experienced (with clear damage for the idea of “effectiveness”).¹¹

House, Warsaw: 2019; K. Wierczyńska, W. Czapliński, S. Dębski, R. Tarnogórski (eds.), *The Case of Crimea's Annexation Under International Law*, Scholar Publishing House, Warsaw: 2017.

⁹ For Article 27 UN Charter, see A. Zimmermann, in: B. Simma, D-E. Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds.), *The UN Charter: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford: 2012, p. 871–938 – commentary to Art. 27.

¹⁰ For more, see P. Gargiulo, *Assemblea generale e mantenimento della pace: riflessioni sull'antica questione dell'ampliamento dei poteri*, in: P. Gargiulo, I. Ingravallo, P. Rossi (eds.), *L'ONU nei nuovi assetti sistemici internazionali: le riforme necessarie, La Comunità internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli: 2023, p. 3–18.

¹¹ One early example is the absence of reaction by the Council regarding the situation in Franco's Spain (see Security Council 47th meeting Tuesday, 18 June 1946, 3 p.m., UN Doc. S/PV.47), or the saga of the slow pace in the admission of new members (see e.g. Security Council 56th meeting Thursday, 29 August 1946,

However, since the early days the need to create some alternatives to overcome such deadlock were also imagined. One of the most well-known instances was the so-called “Uniting for Peace” model emerging from UNGA Resolution 377 A (V) (1950), mentioned above.

3. THE “UNITING FOR PEACE” MODEL REVITALISED

The war in Ukraine was at the origins of the revitalisation of the “Uniting for Peace” model. On 23 February 2022, at 9.30 pm in New York, on the eve of the invasion of Ukraine by Russian troops, the UNSC held a meeting under the rotating presidency of the Russian Federation. Debates in the Council were heated and dramatic. The statements of the various representatives clearly showed the absolute inability of the Council to do anything and the impotence of the Organization in the face of impending violence.¹²

The Secretary General of the UN, delivering his statement at the opening of the meeting, declared:

In the recent past, there were several situations with similar indications, similar rumours, and I never believed in them, convinced that nothing serious would happen. I was wrong, and I would like not to be wrong again today. So, if indeed an operation is being prepared, I have only one thing to say from the bottom of my heart: *President Putin, stop your troops from attacking Ukraine. Give peace a chance.*

Meanwhile, daunting news was reaching the Council and towards the end of interventions by UNSC members, the Russian Ambassador at the UN indicated that “during the course of this meeting, Russian President Vladimir Putin made an address in which he said that he had decided to launch a special military operation in Donbas”. The Ukrainian representative, intervening just after the Russian presidency, said:

As I was on my way here about an hour ago, my intention was to ask the Russian Ambassador to confirm, on the record, that the Russian troops would not start firing on Ukrainians today or go ahead with the offensive. That became useless 48 minutes ago because [...] his President declared war on Ukraine.

10.30 a.m., UN Doc. S/PV.56), which thereafter continued for ten years. And, in this regard, there is not even the need for a P5 to cast a veto since sometimes the issue is not even formally placed on the Agenda of the Council: this was the case for the application of the State of Palestine dated 29 September 2011 (*see* Report of the Committee on the Admission of New Members concerning the application of Palestine for admission to membership in the United Nations, 11 November 2011, UN Doc. S/2011/705).

¹² *See* Security Council 8974th meeting Wednesday, 23 February 2022, 9.30 p.m., on the agenda item “Letter dated 28 February 2014 from the Permanent Representative of Ukraine to the United Nations addressed to the President of the Security Council (S/2014/136)” (which was the communication linked to the invasion of Crimea in 2014), UN Doc. S/PV.8974.

The Russian Ambassador further replied: “this is not called a war; it is called a special military operation in Donbas.” The meeting briefly continued with additional statements by the USA, UK, Albania, Ireland and France. The French representative declared:

As we convene in an emergency meeting in order to try to avert the worst and to prevent the start of a war, we have learned, alongside all gathered here, that the President of the Russian Federation has ordered a special military operation in Donbas [...]. *Russia has opted for war.* France condemns in the strongest terms the start of those operations. Those decisions, announced precisely during this Security Council meeting, show the contempt Russia has for international law and the United Nations. Russia must be held accountable before the Security Council. That is why, over the next few hours, France will join its partners on the Council in the preparation of a draft resolution to condemn the war waged by Russia.

Subsequently, on 25 February, Draft Resolution S/2022/155 was put to a vote, and was vetoed by the Russian Federation.¹³ Clearly the events surrounding the beginning of the war and the fact that the Russian Federation was the President of the Security Council for the month of February 2022 even increased the message of impotency of the UN system.

To react to this situation, on 27 February 2022 a procedural resolution¹⁴ (which is not subject to veto under Article 27.2) was adopted, whereby the Council, “[taking] into account that the lack of unanimity of its permanent members” which “[p]revented it from exercising its primary responsibility for the maintenance of international peace and security” decided to “call an emergency special session of the General Assembly to examine the question”.¹⁵

In other words, through Resolution 2623 (2022) the UNSC requested the GA, on the basis of the “Uniting for Peace” precedent, to take up the draft resolution that had been vetoed in the Council and to examine it. That the basis for the GA meeting and subsequent resolution is the “Uniting for Peace” model is also attested by documents prepared for the meeting by the UN SG and the PGA,¹⁶ and by the very text of Resolution ES-11/1, significantly entitled “Aggression against Ukraine”, adopted by the GA on 2 March 2022 at its “11th Emergency Special Session”,¹⁷ which in its fifth preambular paragraph explicitly recalls UNGA Res. 377 A (V) (1950), known as “Uniting for Peace”. This was the first time since 1997 that the “Uniting for Peace”

¹³ See Security Council 8979th meeting Friday, 25 February 2022, 5 p.m., UN Doc. S/PV.8979.

¹⁴ Resolution 2623 (2022) adopted by the Security Council at its 8980th meeting, on 27 February 2022, 27 February 2022, S/RES/2623 (2022).

¹⁵ See *ibidem*, paragraphs 2 and 3.

¹⁶ See 11th Emergency Special Session, Letter from the Permanent Representative of Ukraine to the President of the UN Security Council (Lecture at United Nations), 28 February 2014, <https://www.un.org/en/ga/sessions/emergency11th.shtml> (accessed 1 July 2024).

¹⁷ Resolution adopted by the General Assembly on 2 March 2022, ES-11/1. Aggression against Ukraine, A/RES/ES-11/1, adopted with 141 votes in favour, five against (Belarus, Democratic People’s Republic of Korea, Eritrea, Russian Federation and Syria) and 35 abstentions.

precedent has been used and the first time since 1982 (UNSC Res. 500)¹⁸ that the UNSC has triggered the procedure.

Since February 2022, the Emergency Special Session on Ukraine has adopted six resolutions, including one adopted on 16 February 2023 and entitled Principles of the Charter of the United Nations underlying a comprehensive, just and lasting peace in Ukraine.¹⁹ The debates in the GA on the “aggression against Ukraine”²⁰ and more broadly the discussions thereafter certainly motivated the UN member States to accelerate their reflections on the use of the veto and on the detrimental impact it may have on the life of the Organization (for more on these developments, see *infra* section 4).

After the revitalisation of the “Uniting for Peace” model in 2022, in late 2023 another instance of resorting to the same model occurred. After the 7 October 2023 attacks by Hamas against Israel and the impending reaction by the Israeli armed forces with a large-scale military operation against the Gaza strip, in consideration of the lack of any meaningful determination by the UNSC (due to the use of veto or even just the threat of it), the representatives of Jordan and Mauritania to the UN, in their capacity as Chairs of the Arab Group and the Organization of the Islamic Conference, requested the resumption of the 10th Emergency Special Session of the Assembly, which since 1997 has dealt with issues concerning the situation in the Palestinian territories.²¹ This GA Emergency special session subsequently adopted two resolutions concerning the protection of civilians in the occupied Palestinian territories, including the request for a ceasefire.²²

Hence, in 2022 and in 2023, the GA has clearly shown its intention to keep the “Uniting for Peace” model alive, and has also shown its capacity to resort to it, if need be – not only through the UNSC trigger, but also *proprio motu*. By doing so, the GA offers itself as an alternative forum for action, and has stigmatised the abuse of the veto power by the permanent members. On this latter aspect, the second limb

¹⁸ Resolution 500 (1982) adopted by the Security Council at its 2330th meeting, 28 January 1982, S/RES/500(1982).

¹⁹ Principles of the Charter of the United Nations underlying a comprehensive, just and lasting peace in Ukraine: resolution, 23 February 2023, A/RES/ES-11/6, adopted with 141 votes in favour, seven against (Belarus, Democratic People’s Republic of Korea, Eritrea, Mali, Nicaragua, Russian Federation and Syria) and 32 abstentions.

²⁰ See United Nations General Assembly 1st plenary meeting Monday, 28 February 2022, 10 a.m., UN Docs. A/ES-11/PV.1, <https://undocs.org/en/A/ES-11/PV.1> (accessed 1 July 2024).

²¹ See 10th Emergency Special Session, Illegal Israeli actions in occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory, <https://www.un.org/en/ga/sessions/emergency10th.shtml> (accessed 1 July 2024).

²² Resolution adopted by the General Assembly on 27 October 2023, ES-10/21. Protection of civilians and upholding legal and humanitarian obligations, 27 October 2023, A/RES/ES-10/21; Resolution adopted by the General Assembly on 12 December 2023, ES-10/22. Protection of civilians and upholding legal and humanitarian obligations, A/RES/ES-10/22, both entitled “Protection of civilians and upholding legal and humanitarian obligations”. For all Emergency Special Sessions and the relevant resolutions and verbatim records, see *UN Security Council, supra* note 1.

of recent developments in the relationship between the UNSC and the GA is also of great interest.

4. THE EXERCISE OF THE VETO POWER UNDER SCRUTINY

The relationship between the UNSC and the GA is at the very heart of the UN Charter. Broadly speaking, the legitimacy of the Charter lies in its universal membership and in the participation in the Assembly of all States. Hence, Article 10 stipulates that the “General Assembly may discuss any questions or any matters within the scope of the present Charter”; on the other hand, power and binding decision-making are concentrated in the hands of the UNSC.

With regard to the relationship between the two main political organs, Article 12.1 grants primacy to the UNSC in the area of maintaining international peace and security.²³ Nonetheless, the GA is fully authorised under Article 14 of the Charter to “recommend measures for the peaceful adjustment of any situation, regardless of origin, which it deems likely to impair the general welfare or friendly relations among nations, including situations resulting from a violation of the provisions of the present Charter setting forth the Purposes and Principles of the United Nations” (e.g. Article 2.4 of the UN Charter). Thus, nothing should prevent the GA from determining that it can engage with a situation, particularly when the Council does not find any agreement due to the exercise of the veto power or a threat to exercise it from one of the P5. One should always keep in mind that the Council is “accountable” to all the Member States, given that Article 24.1 stipulates that “in carrying out its duties [...] the Security Council acts on their behalf”, and that Article 24.3 establishes that the UNSC reports to the GA (whilst the opposite is not contemplated).

For a number of years, Member States have tried to call on the permanent members of the Security Council to use their veto power with moderation and to try to cooperate effectively in order to maintain peace and security. There has been a constant dislike of the veto power and numerous calls to simply abolish it. These calls have been further strengthened by the events surrounding the war against Ukraine.²⁴ Nonetheless, any amendment to the Charter requires the agreement of the P5; hence, such perspective does not seem realistic (nor would it necessarily be a balanced solution).

In 2022, in the context of the regular session of the GA, and yet against the broader background of the Ukrainian war and of the convening of the relevant Emergency Special Session mentioned above, the discussions on the role of the General Assembly *vis-à-vis* the Security Council took an interesting turn – particularly, revolving

²³ Article 12.1 UN Charter reads as follows: “while the Security Council is exercising in respect of any dispute or situation the functions assigned to it in the present Charter, the General Assembly shall not make any recommendation with regard to that dispute or situation”.

²⁴ See A. Nollkaemper, *Three Options for the Veto Power After the War in Ukraine*, <https://www.ejiltalk.org/three-options-for-the-veto-power-after-the-war-in-ukraine/> (accessed 1 July 2024).

around the stance to be taken in the light of the use (or potentially the abuse) of the veto power by a permanent member.²⁵

Admittedly, the veto power could be seen as corresponding to a greater responsibility in handling international matters which permanent members of the Council are (or should be) required to shoulder.²⁶ However, there is little doubt that in recent decades there has been increasing disagreement among the Member States on considering such reading of the provisions of the Charter satisfactory.²⁷

After the decades of the “Cold War” and a brief period of hope in the 1990s that the Council would function smoothly, an era of subsequent crises progressively developed. The 1999 Kosovo war, then 11 September 2001, the invasions of Afghanistan in 2001–2002 and of Iraq in 2003–2004, and subsequently of Georgia in 2008: the UNSC system came under significant stress and the relationships among the permanent members worsened. The situation became even more tense with the beginning of the war in Syria in 2010–2011.

Member States were reluctant to discuss limitations to the veto power, largely because the issue of the veto was linked with the broader issue of the reform of the UNSC;²⁸ however, since 2011, with the eruption of the Syrian war, there have been reiterated calls for a more responsible use of the veto power and attempts to restrain it, especially in situations of atrocities.²⁹

Several initiatives were adopted in this direction: in 2012 there was an attempt by the so-called S5 (the small five) to present a draft UNGA resolution revolving around UNSC working methods (and hence too closely linked to the issue of UNSC reform), which included recommendations to limit the veto in the case of international crimes.³⁰ In 2013, a cross-regional group of (over 20) small and medium-sized countries working to improve the “Accountability, Coherence and Transparency”

²⁵ Cf. A. Peters, *The War in Ukraine and the Curtailment of the Veto in the Security Council*, <https://geopolitique.eu/en/articles/the-war-in-ukraine-and-the-curtailement-of-the-veto-in-the-security-council/> (accessed 1 July 2024).

²⁶ See the remarks by the representative of Mexico to the UN after the adoption without a vote of Resolution A/76/262 (Resolution adopted by the General Assembly, 76/262. Standing mandate for a General Assembly debate when a veto is cast in the Security Council, A/RES/76/262) on 26 April 2022 (United Nations General Assembly 69th plenary meeting Tuesday, 26 April 2022, 10 a.m., Agenda item 7 (continued) Organization of work, adoption of the agenda and allocation of items, UN Doc. A/76/PV.69, p. 20–21).

²⁷ Cf. J. Wouters, T. Ruys *supra* note 5.

²⁸ See the General Assembly adopted Decision 62/557 to commence intergovernmental negotiations (IGN) in informal plenary of the General Assembly, A/62/557, which clearly indicates the issue of the veto among the five key issues of the UNSC reform.

²⁹ See J. Trahan, *Existing Legal Limits to Security Council Veto Power in the Face of Atrocity Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge: 2020.

³⁰ The Small Five included were Costa Rica, Jordan, Liechtenstein, Singapore and Switzerland; on cf. their 2012 initiative: cf. *Switzerland Withdraws Draft Resolution in General Assembly Aimed at Improving Security Council's Working Methods to Avoid 'Politically Complex' Wrangling*, <https://press.un.org/en/2012/ga11234.doc.htm> (accessed 1 July 2024); and see also General Assembly Sixty-sixth session Agenda item 117, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit, Costa Rica, Jordan, Liechtenstein, Singapore and Switzerland: revised draft resolution, Enhancing the accountability, transparency and effectiveness of the Security Council, A/66/L.42/Rev.2.

(ACT) of the UN Security Council was established. In addressing the Council's internal functioning and its relationship to the broader UN membership, the ACT group developed a "Code of Conduct regarding Security Council action against genocide, crimes against humanity or war crimes", which is supported by over 120 UN Member States, including two P5 members (France and the UK).³¹ In 2015, France and Mexico presented an "initiative on veto restraint in case of mass atrocities": a political commitment to refrain from resorting to the veto in situations where international crimes (war crimes, crimes against humanity and genocide) occur.³²

UN Member States have constantly referred to the primary duty of the Council in international peace and security, whilst emphasising the overarching role of the GA in the UN system. The proper functioning of the Organization depends on the ability of its main political organ, the GA, to step in, if required. Clearly the situation in which this becomes evident is when there is a stalemate in the UNSC and yet there is the feeling that Member States could do more, at least to put some pressure on the P5.

A further decisive step was taken in this direction in April 2022 when, under the agenda item: Strengthening the role of the organization, a draft UNGA resolution entitled: Standing mandate for a General Assembly debate when a veto is cast in the Security Council was presented. The idea behind this resolution – as explained by one of its main architects, the Permanent Representative of Liechtenstein to the UN Amb. Christian Wenaweser – is that

[the] membership as a whole should be given a voice when the Security Council is unable to act in accordance with the Assembly's functions and powers as reflected in the Charter of the United Nations, in particular its Article 10. The veto power comes with the responsibility to work for the achievement of the purposes and principles of the Charter of the United Nations at all times.³³

He added that there "has never been a greater need for effective multilateralism than there is today, or a greater need for innovation in order to secure the central role and voice of the United Nations in that respect".³⁴

³¹ For a recently updated list of the co-sponsors, see *20230501 CoC List of Supporters*, <https://www.eda.admin.ch/missions/mission-new-york/en/home/act-statements.html/content/missions/mission-new-york/fr/meta/speeches/act-statements/2023/20230501-coc-list-of-supporters> (accessed 1 July 2024).

³² In September 2022, the US Permanent Representative to the UN, Ambassador L. Thomas, seems to have added the USA to the list of those that will use the veto with moderation, without subscribing, however, to any of the above initiatives. She declared that the USA "will refrain from the use of the veto except in rare, extraordinary situations". Cf. *Remarks by Ambassador Linda Thomas-Greenfield on the Future of the United Nations*, <https://usun.usmission.gov/remarks-by-ambassador-linda-thomas-greenfield-on-the-future-of-the-united-nations/> (accessed 1 July 2024). For more on this development, see R. Schäfer, *The Echo of Quiet Voices: Liechtenstein's Veto Initiative and the American Six Principles*, <https://www.ejiltalk.org/the-echo-of-quiet-voices-liechtensteins-veto-initiative-and-the-american-six-principles/> (accessed 1 July 2024).

³³ See the verbatim records of the meeting: United Nations General Assembly 69th plenary meeting Tuesday, 26 April 2022, 10 a.m., p. 3, UN Doc. A/76/PV.69.

³⁴ *Ibidem*.

This call has been well received in the membership: 83 Member States co-sponsored the draft resolution, which was adopted without a vote. The representative of the Russian Federation vigorously defended the veto power;³⁵ Russia, however, did not break consensus on the text. Thus, amid growing criticism of UNSC inaction on the war in Ukraine, the GA adopted a landmark resolution aimed at holding the P5 accountable for their use of the veto. Significantly, the resolution included three permanent members (France, the UK and the USA) among its co-sponsors. This resolution requires that the President of the GA must convene a formal meeting of the Assembly “within 10 working days of the casting of a veto by one or more permanent members of the Council and hold a debate on the situation as to which the veto was cast, provided that the Assembly does not meet in an emergency special session on the same situation”. On the basis of this Resolution, the Council is invited, in accordance with Article 24.3 of the Charter of the United Nations, to submit a special report to the Assembly on the use of the veto in the specific situation before the relevant discussion takes place.

Clearly, the 2022 and 2023 wars have shown that UN Member States are pushing for a more decisive shift in terms of decision-making from the UNSC to the GA.³⁶ Moreover, in line with a pre-existing trend, they are strengthening mechanisms for greater UNSC accountability. Since the adoption of UNGA Res. 76/262 there have been already nine instances of vetoes in the UNSC. In five cases the GA held subsequent debates pursuant to Res. 76/262, whilst in the other four instances the “Uniting for Peace” model applied. The first case, on 26 May 2022, concerned the situation in the Democratic Republic of Korea and a double veto by China and Russia on a draft resolution dealing with non-proliferation. A few days later, on 8 June 2022, the GA held its first debate on the use of veto by permanent members.³⁷ The second occurrence took place on 8 July 2022, with a Russian veto of a draft resolution on access for humanitarian assistance in Syria. The GA held its debate on this veto on 21 July 2022.³⁸ The third veto, on the other hand, which was cast on 30 September

³⁵ The Russian representative highlighted that “what needs to be criticized is not the veto but rather the lack of willingness of some members of Security Council to listen to and take into account the opinion of others, as well as their inability to find compromise balanced decisions. That is exactly what often compels us to use the veto” (*ibidem*, p. 15).

³⁶ See M.P. Scharf, *supra* note 6.

³⁷ See UN General Assembly 77th plenary meeting Wednesday, 8 June 2022, 10 a.m., Agenda item 124 (continued) Strengthening of the United Nations system, Special report of the Security Council (A/76/853), A/76/PV.77; and UN Nations General Assembly 78th plenary meeting Wednesday, 8 June 2022, 3 p.m., Agenda item 36, Protracted conflicts in the GUAM area and their implications for international peace, security and development, Report of the Secretary-General (A/76/828), Draft resolution (A/76/L.62), A/76/PV.78. Cf. *General Assembly Holds Landmark Debate on Security Council’s Veto of Draft Text Aimed at Tightening Sanctions against Democratic People’s Republic of Korea*, <https://press.un.org/en/2022/ga12423.doc.htm> (accessed 1 July 2024).

³⁸ See UN General Assembly 95th plenary meeting Thursday, 21 July 2022, 10 a.m., Agenda item 124 (continued), Strengthening of the United Nations system, A/76/PV.95 and UN General Assembly 96th plenary meeting Thursday, 21 July 2022, 3 p.m., Agenda item 124 (continued) Strengthening of the United Nations system Special report of the Security Council (A/76/905), A/76/PV.96. Cf. *Speakers Debate Terms, Merits*

2022, occurred with regard to a draft resolution on Ukraine, and for this specific situation the 11th Emergency Special Session was already seized of the matter, taking it up on 10 and 12 October 2022 and adopting UNGA A/RES/ES-11/4 by an overwhelming majority.³⁹ Five other instances of vetoes occurred in 2023; however, the GA only met twice to discuss the veto, since in the cases concerning the question of Palestine the 10th Emergency Special Session of the GA was reactivated. The first case was a Russian veto of a draft resolution on cross-border humanitarian assistance in Syria, with the debate in the GA on 19 July 2023,⁴⁰ whilst the second case concerned another Russian veto of a draft resolution regarding the situation in Mali; the corresponding debate was held in the GA on 11 September 2023.

The three other instances were vetoes concerning the dramatic situation in Palestine after the 7 October 2023 terrorist acts against Israel and the Israeli decision to attack the Gaza strip: two vetoes were cast by the USA (on 18 October and 8 December 2023) and one by China and Russia jointly (on 25 October 2023). Regarding the October vetoes, the 10th Emergency Special Session of the GA held meetings from 26 October to 2 November 2023; for the 8 December veto, meetings took place on 12, 15 and 20 December 2023. The ninth veto since the adoption of UNGA Res. 76/262 occurred on 20 February 2024, and was again due to a US negative vote on a draft resolution regarding the Israeli Palestinian conflict. In this case, however, instead of taking the issue to the 10th Emergency Special Session, Resolution 76/262 was applied and a UNGA debate on the veto was held on 5 and 6 March 2024.

The practice of the past two years in the implementation of Resolution 76/262 has shown that the Council is responsive to UNGA demands and that debates on relevant situations have regularly taken place.⁴¹ As highlighted by the US representative at the UNSC open debate on Security Council working methods on 11 March 2024:

[we] note that the Council has been able to reach consensus on special reports to the General Assembly after every veto has been cast since the General Assembly adopted Resolution 76/262, co-sponsored by the United States, which established a general mandate for the General Assembly to convene a meeting every time a veto is cast. The adoption of these special reports

of Cross-Border Aid Operations in Syria's North-West, as General Assembly Considers Security Council Text Vetoed by Russian Federation, <https://press.un.org/en/2022/ga12436.doc.htm> (accessed 1 July 2024).

³⁹ See Resolution adopted by the General Assembly on 12 October 2022, ES-11/4. Territorial integrity of Ukraine: defending the principles of the Charter of the United Nations, 13 October 2022, A/RES/ES-11/4, adopted with 143 votes in favour, five against (Belarus, Democratic People's Republic of Korea, Nicaragua, Russian Federation and Syria) and 35 abstentions. For information on the 11th Emergency Special Session, see generally Letter, *supra* note 12.

⁴⁰ See *In Meeting Following Russian Federation's Veto of Cross-Border Aid Text, General Assembly Speakers Highlight Humanitarian Consequences for Millions*, <https://press.un.org/en/2023/ga12517.doc.htm> (accessed 1 July 2024).

⁴¹ See R. Barber, *The U.N. General Assembly's Veto Initiative Turns One: Is it Working?*, 26 April 2023, <https://www.justsecurity.org/86140/the-u-n-general-assemblys-veto-initiative-turns-one-is-it-working/> (accessed 1 July 2024).

by consensus represents a measure of both Security Council transparency and respect by the Security Council for the prerogatives of the General Assembly.⁴²

At this stage it is still unclear what could be the GA's follow-up to such debates. Moreover, it will be interesting to see how the relationship between these processes and the "Uniting for Peace" path will develop. Certainly, these developments have confirmed the determination of the broader membership to engage with peace and security issues when the Council is unable to act on account of a lack of agreement among its permanent members.

The GA may not be the proper forum to decide for action. However, it can certainly be the right stage to put the veto power on trial, so to speak, and it can be a way to understand whether or not there is support in the Assembly for the arguments of permanent members apparently isolated in the Council. Naturally, this system does not apply to resolutions that are not adopted because they lack the necessary majority, irrespective of how the P5 vote.

5. CONCLUSION

Only future practice will tell us whether or not a new balance between effectiveness and legitimacy in the relationships between the UNSC and the GA will be found, and where the point of new equilibrium might be. The notion that there can be an "abuse of the veto" is spreading, and certainly most UN Member States agree with such an idea. The GA, on some occasions, has already shown the ability to take a stance adopting resolutions which turned out to be workable. For example, on 21 December 2016, the GA adopted Resolution 71/248, establishing the International, Impartial and Independent Mechanism to assist in the investigation and prosecution of persons responsible for the most serious crimes committed in Syria.

Further measures to strengthen the reaction of the GA *vis-à-vis* "unconvincing" vetoes are in the right direction. In order to overcome UNSC deadlock and contribute to some concrete measures that have an impact, the membership seems to have opted to keep these developments separate and distinct from the discussions concerning the reform of the Security Council.⁴³

⁴² See *Remarks at a UN Security Council Open Debate on the Working Methods of the Security Council*, New York, 11 March 2024, <https://usun.usmission.gov/remarks-at-a-un-security-council-open-debate-on-the-working-methods-of-the-security-council-2/> (accessed 1 July 2024).

⁴³ The creation of new permanent members (let alone with the veto power), if it can provide the UNSC with more legitimacy, would certainly detract from its effectiveness. An enlarged Council with longer (although not too long) or renewable term seats could provide more legitimacy, whilst serving to highlight to the P5 more clearly where the sentiment of the whole membership is (already within the Council) and could contribute to minimising instances of "abuse of the veto power". See G. Nesi, *supra* note 4, p. 19–34.

Some Member States have tried to emphasise that the inability of the Council to take decisive action is linked to its structural deficiencies and that the only way to address such problems is to support a reform of the Council, which would imply expanding the number of permanent members⁴⁴ and potentially entrusting them with veto power as well. However, as recently highlighted by some commentators, reforming the system by adding new permanent members and potentially granting them veto power would be highly detrimental and would hardly produce a more effective Council.⁴⁵

On the other hand, strengthening the role of the GA is a process that can be carried out in parallel with negotiations on the reform of the Security Council. A more proactive GA does not seem to do any harm to the system. The GA can show the vitality of the Organization in situations where the Council is blocked. It could also enable the SG to do more. Moreover, the procedure provided for by UNGA Res. 76/262 could eventually affect UNSC negotiations on draft resolutions; it could affect the negotiating dynamics in the Council, as well as the choice of outcome documents; it could induce Member States to refrain from putting a text to a vote, or – on the contrary – it could induce them to accelerate negotiations and put a text to a vote without the necessary efforts to secure appropriate political compromise; and it could affect the relationship between the elected members (the so-called E10) and the P5. Time and practice will tell us what other problems might emerge.

Certainly, however, this new procedure increases the cost of exercising the veto power and places the permanent member(s) casting a negative vote in a position to verify to what extent their position is accepted (or acceptable) by the membership at large. At the same time, it lays the foundations for further action by the GA.

This procedure is an excellent tool, both for transparency and for a gradual approach to more robust GA action. For example, it could be combined with the “Uniting for Peace” model. One could imagine a two-step process whereby the veto is first discussed in the GA pursuant to UNGA Res. 76/262, and then a decision is taken by the Assembly as to whether or not it should call for an Emergency Special Session. Thereafter, the second step would be a meeting in the framework of an Emergency Special Session leading to the adoption of any relevant decision by the Assembly.

⁴⁴ See e.g. the statement of the representative of India during the debate on Resolution adopted by the General Assembly on 26 April 2022, 76/262. Standing mandate for a General Assembly debate when a veto is cast in the Security Council, A/RES/76/262. Cf. United Nations General Assembly 69th plenary meeting Tuesday, 26 April 2022, 10 a.m., Agenda item 7 (continued), Organization of work, adoption of the agenda and allocation of items, p. 9, A/76/PV.69.

⁴⁵ See I. Martin, *The Key to Security Council Reform? Fewer Permanent Members*, <https://www.passblue.com/2024/02/26/the-key-to-security-council-reform-is-fewer-permanent-members-not-more/> (accessed 1 July 2024).

Ultimately, in most situations, if there is nearly unanimous agreement in the GA (as has been the case with some resolutions) and Member States want to take action, it would be possible for the GA to adopt appropriate recommendations, which presumably Member States would be ready to follow almost spontaneously. In such circumstances, the absence of a UNSC determination would become nearly irrelevant, whilst the implementation of GA recommendations by the Member States would reconcile effectiveness with legitimacy, providing at the very least some reputational benefit for the Organization.

TABULA GRATULATORIA

Pierre d'Argent

Mariano Javier Aznar Gómez

Jacek Barcik

Stanisław Biernat

Adam Bodnar

Christopher J. Borgen

Dariusz R. Bugajski

Wojciech Burek

Monika Domańska

Elżbieta Dynia

Alberta Fabbrocotti

Natividad Fernández Sola

Michał Filipek

Malgosia Fitzmaurice

Maria Frankowska

María Rosario de la Fuente

Tadeusz Gadkowski

Aleksandra Gliszczyńska-Grabias

Mykola Gnatovsky

Joanna Gomuła

Bogdan Góralczyk

Marcin Górski

Mateusz Grochowski

Ewa Gromnicka

Łukasz Gruszczyński

Agnieszka Grzelak

Marcin Kałduński

Julia Kapelańska-Pręgowska

Maria Kenig-Witkowska

Witold Klaus

Małgorzata Król-Bogomilska
Katarzyna Kubuj
Hanna Kuczyńska
Justyna Łacny
Adam Łazowski
Ewa Łętowska
Hanna Machińska
Joanna Markiewicz-Stanny
Aleksandra Mężykowska
Dawid Miąsik
Barbara Mielnik
Elżbieta Mikos-Skuza
Anna Młynarska-Sobaczewska
Georg Nolte
Joanna Nowakowska-Małusecka
Angelika Nußberger
Maciej Perkowski
Joanna Połatyńska
Anna Przyborowska-Klimczak
Dorota Pyć
Aneta Ratkowska
Irena Rzeplińska
Andrzej Rzepliński
Wojciech Sadurski
Marek Safjan
Katarzyna Sękowska-Kozłowska
Izabela Skomerska
Jacek Skrzydło
Magdalena Słok-Wódkowska
Wojciech Szczepan Staszewski
Renata Szafarz
Maciej Szpunar

Maciej Taborowski
Rafał Tarnogórski
Monika Tarska
Adam Wiśniewski
Agata Wnukiewicz-Kozłowska
Dagmara Woźniakowska-Fajst
Iwona Wrońska
Andrzej Wróbel
Mirosław Wyrzykowski
Jerzy Zajadło
Andrzej Zakrzewski
Anna Zawidzka-Łojek
Mieczysława Zdanowicz
Marek Zieliński
Helena Żakowska-Henzler



9 788366 300989



**ILS
PAS**