

Tadeusz Jasudowicz

O zasadach ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane – garść refleksji

Nie przypadkowo zdecydowałem się na taki a nie inny temat mojego udziału w Księdze Pamiątkowej jubileuszowi Profesora Janusza Gilasa poświęconej. Pamiętam, że już przy okazji jednego ze spotkań seminarium magisterskiego w Katedrze Prawa Międzynarodowego UMK, kierowanego przez Profesora Remigiusza Zaorskiego, ale poniekąd zdominowanego dyskusją dwóch ówczesnych adiunktów: dra Janusza Gilasa i dra Janusza Symonidesa, Profesor Gilas w jednym ze swych wystąpień dyskusyjnych wprowadzał nas, nieopierzonych adeptów nauki prawa narodów, w głębszy – poza – i ponadpodręcznikowy – świat zasad ogólnych prawa. Wkrótce potem dał temu wyraz w artykule, który wszedł, rzec można, do klasyki polskiej nauki prawa międzynarodowego w tym zakresie¹.

Na wybór niniejszego tematu miał też wpływ fakt, że onegdaj – o czym sam niemal zupełnie zapomniałem – ja sam w to zagadnienie przy paru okazjach wkraczałem², jak również fakt, że chodzi o problematykę rzadko w nauce penetrowaną, a przy tym kontrowersyjną i mającą nadal wiele niejasności, stającą zarazem – m.in. z racji postępu naukowo-technicznego – w obliczu nowych wyzwań, otwierających nowe obszary dla „pracy” zasad ogólnych prawa.

Właśnie generalna kontrowersyjność problematyki zasad ogólnych prawa jako nader specyficznego źródła prawa międzynarodowego przesądziła – wbrew moim początkowym zamiarom – o poświęceniu niniejszych rozważań refleksjom nad zasadami ogólnymi prawa uznanymi przez narody cywilizowane w prawie międzynarodowym w ogóle. Na inną okazję pozostawiam więc zagadnienia: sprecyzowania konstrukcji regionalnych zasad ogólnych prawa; penetracji miejsca i roli takich zasad w systemie Rady Europy, a zwłaszcza w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka; zbadania ich miejsca i roli w sy-

1 Por.: J. Gilas, *Zasady ogólne prawa w pracach Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości*, „Zeszyty Naukowe UMK”, Prawo VI.

2 Por.: T. Jasudowicz, *Normy regionalne w prawie międzynarodowym*, Toruń 1983 (zwł. rozdz. VII.1., s. 191-199); tenże, *Wpływ zmiany okoliczności na obowiązywanie umów międzynarodowych. Norma rebus sic stantibus*, Toruń 1977 (zwł. rozdz. II. 2, s. 38-44).

stemie europejskiego prawa wspólnotowego; ustalenia, czy jest miejsce na ich funkcjonowanie w systemie KBWE/OBWE; wreszcie, podjęcia próby syntezy „odkryć” co do funkcjonowania zasad ogólnych prawa w prawie europejskim.

Na temat zasad ogólnych prawa jako źródła prawa międzynarodowego tyle już słów wypowiedziano i tyle bojów stoczono, że – oczywiście – nie mam tu zamiaru szczegółowo tego problemu roztrząsać. Ograniczę się zatem, z jednej strony, do odcięcia się od tych poglądów, które uważam za całkowicie błędne i niedopuszczalne, a z drugiej strony, do wskazania pewnych refleksji uzupełniających, precyzujących moje własne widzenie kategorii zasad ogólnych prawa w prawie międzynarodowym.

Przede wszystkim, i to już zaraz na wstępie, odciąć się muszę od tych opinii i ocen, stosownie do których wskazanie w art. 38 pkt 1 „c” Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości na „zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane” jest zbędne³, jak też od tych poglądów, zgodnie z którymi nie jest to samoistne źródło prawa międzynarodowego, lecz raczej li tylko „podstawa wyrokowania MTS” czy „środek pomocniczy”⁴, a także opinii, wedle których są to po prostu – co, moim zdaniem, stanowi popełnianie błędu *pars pro toto* – „zasady ogólne prawa międzynarodowego”⁵, wreszcie od mniemania, iż są to li tylko postulaty interpretacyjne, pozbawione charakteru normatywnego⁶.

Nie sposób nie zwrócić uwagi na – nihilistyczne w istocie – stanowisko G. I. Tunkina. Sprzeciwia się on kwalifikacji zasad ogólnych prawa w charakterze „zasad ogólnych prawa międzynarodowego” czy „zasad prawa międzynarodowego” nie tylko ze względów formalnych, ponieważ w art. 38 pkt 1 „c” pominięto przymiotnik „międzynarodowe”, ale także – i przede wszystkim – dlatego, że jakoby „nie ma zasad normatywnych, które byłyby wspólne dla dwóch przeciwstawnych systemów: socjalistycznego i burżuazyjnego”; nawet, gdy pozor-

3 Jest to charakterystyczne zwłaszcza dla nauki sowieckiej – por. m.in.: G. I. Tunkin, *Teorija międzynarodowego prawa*, wyd. II, Moskwa 1970, s. 217, 218, 225, 227, 229, a zwł. s. 230; tenże, [w:] *Międzynarodowe prawo* (pod red. G. I. Tunkina), Moskwa 1982, s. 54; L. A. Modzorjan, [w:] *Międzynarodowe prawo* (pod red. L. A. Modzorjan i N. T. Błatowa), Moskwa 1970, s. 58; G. W. Ignatienko, W. J. Suworowa, [w:] *Międzynarodowe prawo* (pod red. G. W. Ignatienko, D. D. Ostapienko), Moskwa 1978, s. 57, 62, 74; *Podręcznik prawa międzynarodowego* (pod red. W. N. Durdieniewskiego i S. B. Kryłowa, tłum. z j. ros. pod red. L. Gelberga), Warszawa 1950, s. 33. W nauce polskiej – por. np.: M. Muszkat, [w:] *Zarys prawa międzynarodowego publicznego*, t. I. Warszawa 1955, s. 25; L. Gelberg, *Zarys prawa międzynarodowego*, wyd. II, Warszawa 1977, s. 98.

4 Por.: C. Berezowski, [w:] C. Berezowski, K. Libera, W. Góralczyk, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1962, s. 72; tenże, *Prawo międzynarodowe publiczne*, cz. II, Warszawa 1969, s. 86; R. Bierzanek, [w:] R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1985, s. 79; J. Makowski, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Warszawa 1948, s. 11, 13 (który włącza zasady ogólne prawa w „tzw. prawo jurystów jako źródło posiłkowe”).

5 Por.: *Międzynarodowe...*, Moskwa 1978, s. 62 i nast.; *Międzynarodowe...*, Moskwa 1970, s. 58; *Podręcznik prawa...*, s. 33; *Słownik międzynarodowego prawa* (pod red. B. M. Klimienko), Moskwa 1982, s. 127.

6 W ten sposób np.: G. I. Tunkin, *Teorija...*, s. 227; tenże, [w:] *Międzynarodowe...*, Moskwa 1982, s. 54; *Słownik...*, s. 127.

nie wyglądają one na jednakowe, są radykalnie odmiennymi, stosownie do swego „charakteru klasowego, roli i celów społecznych”⁷. To tylko fragment jego wszechogarniającego nihilizmu, od którego nie jest wolny – wbrew gołosłownym deklaracjom samego Tunkina – także obszar norm *iuris cogentis* powszechnego prawa międzynarodowego⁸.

W sposób bodaj najbardziej klarowny, a przy tym nader pryncypialny, rozprawił się z tego rodzaju poglądami S. E. Nahlik, też blisko związany onegdaj na Katedrze Toruńskiej z dzisiejszym Jubilatem. Zwracał on, po pierwsze, uwagę na to, że: „Tekst art. 38 Statutu MTS jest konkretną normą umowną, a będąc (art. 92 Karty NZ) „integralną częścią” Karty NZ, został przyjęty wraz z nią (...) i posiada wraz z nią (art. 103) wyższość nad wszystkimi innymi umownymi zobowiązaniami członków Organizacji. Skoro tekst ten wymienia „zasady ogólne prawa” jako źródło oddzielne, to nie ma innej możliwości prawidłowej interpretacji, jak widzieć w nich odrębną jakość, różną od prawa umownego i od prawa zwyczajowego”⁹.

Rozprawił się z kolei Profesor Nahlik z kwalifikacją zasad ogólnych prawa jako rzekomego „środka pomocniczego”, słusznie wskazując na to, że: „Skoro dalej tekst ten w następnym zaraz członie (art. 38 pkt 1 „d”) określa wyraźnie inne elementy jako „pomocniczy środek ustalania norm prawnych”, tu takiego zastrzeżenia nie zamieszczając, tedy *a contrario* traktuje on „zasady ogólne prawa” nie jako środek pomocniczy, lecz jako źródło samodzielne”¹⁰.

Budziło kontrowersje wprowadzenie do art. 38 Statutu MTS – w odróżnieniu od art. 38 Statutu Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej (STSM) – wskazania na to, że Trybunał ma orzekać „na podstawie prawa międzynarodowego”. W szczególności, Tunkin akcentował, że Statut MTS jest zupełnie nową i dla funkcjonowania w nowych warunkach stworzoną umową międzynarodową, podczas gdy Statut STSM ma tylko „historyczne znaczenie”;

7 G. I. Tunkin, *Teoria...*, s. 225-226.

8 Pisałem już o tym szerzej – por.: T. Jasudowicz, *Normy regionalne...*, s. 281-283.

9 S. E. Nahlik, *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego*, Warszawa 1967, s. 373. Por.: T. Jasudowicz, *Normy regionalne...*, s. 191; P. van Dijk, G. J. H. van Hooft, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, wyd. II, Deventer-Boston 1990, s. 365-366; L. Ehrlich, *Prawo międzynarodowe*, wyd. IV, Warszawa 1958, s. 24 i nast.; C. Mik, [w:] J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego. Zarys wykładu*, Toruń 1995, s. 168-169; tenże, *Zbiorowe prawa człowieka*, Toruń 1992, s. 11; W. Góralczyk, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 1977, s. 76; A. Klafkowski, *Zasady norymberskie a rozwój prawa międzynarodowego*, Warszawa 1966, s. 11.

10 S. E. Nahlik, op. cit., s. 373. Por.: L. Antonowicz, *Prawo międzynarodowe i stosunki międzynarodowe*, wyd. II, Lublin 1982, s. 13; C. Berezowski, [w:] C. Berezowski, K. Libera, W. Góralczyk, op. cit., s. 22; J. Makowski, op. cit., s. 11, 12. Rzecz charakterystyczna, że – stosownie do art. 61 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów z 26 czerwca 1981 r. – Afrykańska Komisja Praw Człowieka ma brać pod uwagę, i to właśnie „jako pomocnicze środki określenia zasad prawa”, m.in. „zasady ogólne prawa uznane przez państwa afrykańskie”, na równi z „procedurami prawnymi i doktryną” – tekst [w:] *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe* (oprac. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik), wyd. III, Toruń 1996, s. 344 i nast.

toż, jego zdaniem, wskazanie na „prawo międzynarodowe” jakoby przesądzało o tym, iż zasady ogólne prawa i tak muszą wkroczyć w obszar prawa międzynarodowego za pośrednictwem norm zwyczajowych lub umownych, nie mogą zaś to być w żadnym razie jakiegokolwiek „zasady krajowych systemów prawnych wspólne państwom cywilizowanym”¹¹.

Przeciwnie, dla Nahlika jest jasnym, że „skoro całe wyliczenie poprzedzone jest wzmianką, że Trybunał orzeka „zgodnie z prawem międzynarodowym”, tedy należy jeszcze przyjąć, że wszystkie wyliczone następnie źródła mieszczą się w obrębie prawa międzynarodowego”¹². Dotyczy to więc, siłą rzeczy, także zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane.

Zwrócić przy tym należy uwagę na płodną w konsekwencje prawne różnicę rozwiązania normatywnego pomiędzy uregulowaniem podstaw wyrokowania Międzynarodowego Trybunału Łupów w XII Konwencji Haskiej z 18 października 1907 r. a uregulowaniem przyjętym w art. 38 Statutu MTS. Otóż, w tym pierwszym przypadku Trybunał miał w pierwszym rzędzie opierać się na unormowaniach traktatowych, a w ich braku stosować „*the rules of international law*”, by z kolei – jeśliby się nie dało znaleźć żadnej powszechnie uznanej normy – wydać swój wyrok „*in accordance with the general principles of justice and equity*”¹³. Miał więc posiadać w swej normalnej kompetencji prawo rozstrzygania „*ex aequo et bono*”, najwyraźniej poza obszarem norm prawa międzynarodowego.

Przeciwnie, w Statucie MTS możliwość orzekania „*ex aequo et bono*” – aczkolwiek również przewidziana – została wyodrębniona w oddzielnym postanowieniu (art. 38 pkt 2), a uciekanie się do niej jednoznacznie uzależniono od zgody czy życzenia państw-stron sporu. To dodatkowo potwierdza, że orzekanie z wykorzystaniem zasad ogólnych prawa – nie wyodrębnione w ten sposób – *a contrario* musi się mieścić w obszarze normatywnym prawa międzynarodowego¹⁴.

Ludwik Ehrlich wyjaśniał: „Szło więc nie o pozostawienie Trybunałowi możliwości rozstrzygnięcia w danym wypadku wedle własnych poglądów na słuszność (*ex aequo et bono*), tj. wybranie norm, które ma zastosować (gdyż na to wedle paragrafu 2 trzeba zgody stron), ale o umożliwienie mu ustalenia, że w danym wypadku obowiązują takie normy, których wprawdzie dotychczas ani wyraźnie nie przyjęto, ani wyraźnie nie ustalono jako normę prawa międzynarodowego, które jednak wynikają z zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane, więc pośrednio są już przyjęte przez te narody”¹⁵.

W ten oto sposób znaleźliśmy się jakby w sercu problemu, w jego warstwie najzupełniej substancjalnej, bo związanej z odpowiedzią na trzy pytania: po

11 G. I. Tunkin, *Teorija...*, s. 223-224; tenże, [w:] *Mieżdunarodnoje...*, Moskwa 1982, s. 54.

12 S. E. Nahlik, op. cit., s. 373.

13 Tekst [w:] *The Laws of Armed Conflicts. A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents* (ed. by D. Schindler, J. Toman), Geneva 1973, s. 605 i nast.

14 Por. m.in.: R. Bierzanek, op. cit., s. 79; W. Góralczyk, op. cit., s. 77; J. Makowski, op. cit., s. 13.

15 L. Ehrlich, op. cit., s. 25-26.

pierwsze, jaki charakter i jakie znaczenie ma owo „uznanie przez narody cywilizowane”, przez kogo i jak jest ono udzielane?; po drugie, jaką rolę – z punktu widzenia normotwórstwa – odgrywa sąd międzynarodowy, w danym przypadku MTS, uciekający się do ustalania i stosowania zasad ogólnych prawa?; po trzecie, jakie są tu „fontes remotae”, ów „rezerwuar” czy „praźródło”, z którego czerpie się takie zasady ogólne?

Odpowiedź na żadne z tych pytań ani łatwa, ani prosta nie jest, a wiąże się z fundamentalną kwestią granic i sposobu aplikacji podejścia pozytywistycznego. Pojawia się nadto kwestia poniekąd wstępna, a dotycząca znaczenia i aktualności samej formuły „narody cywilizowane”. Od niej tedy zacznijmy.

Raczej rzadko się zdarza, by autorzy przechodzili nad tą formułą do porządku dziennego, ani wątpliwości nie zgłaszając, ani – zwłaszcza – miecza przeciwko niej nie wyciągając¹⁶. Niektórzy, po prostu, odnotowują – np. w kontekście unormowania prawa człowieka do nieretroaktywności prawa karnego – że, podczas gdy Europejska Konwencja Praw Człowieka operuje tradycyjnym pojęciem „zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane”¹⁷, to Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych świadomie od tej anachronicznej formuły odstępował i mówi o „zasadach ogólnych prawa uznanych przez społeczność międzynarodową”¹⁸.

Inni, jak np. W. Góralczyk, twierdzili tak oto: „Zastrzeżenie budzi samo sformułowanie „narody cywilizowane”, które zostało przeniesione ze Statutu STSM i jest reliktem koncepcji charakterystycznej dla minionych okresów rozwoju prawa międzynarodowego, kiedy państwa i narody dzielone były na „cywilizowane” i „niecywilizowane”, i kiedy uważano, że prawo międzynarodowe obowiązuje wyłącznie między państwami cywilizowanymi”; jego zdaniem, dzisiaj, w zmienionych warunkach, „należy uważać, że sformułowanie punktu c) oznacza, iż chodzi w nim o ogólne zasady prawa uznane przez wszystkie narody”¹⁹.

16 Por.: I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford 1966, s. 12 i nast.; L. Ehrlich, op. cit., s. 24 i nast.; T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo Norymberskie. Bilans i perspektywy*, Warszawa-Kraków 1948, 11, 91, 464.

17 Por.: art. 7 pkt 2 Konwencji. Tekst [w:] *Prawa człowieka...*, s. 125 i nast.

18 Por.: art. 15 pkt 2 Paktu. Tekst [w:] *ibid.*, s. 30 i nast. Por. komentarze m.in.: A. Michalska, *Katalog praw człowieka*, [w:] *Prawa człowieka a policja. Problemy teorii i praktyki* (pod red. A. Rzeplińskiego), Legionowo 1994, s. 119; P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, op. cit., s. 365-366, 367. Osobiście, wolałbym bardziej dosłowne tłumaczenie terminu *community of nations* jako „wspólnoty narodów”, nie zaś „społeczności międzynarodowej”.

19 W. Góralczyk, op. cit., s. 75-76. Por. też: C. Berezowski, [w:] C. Berezowski, K. Libera, W. Góralczyk, op. cit., s. 73, który twierdził wręcz, że sformułowanie to „nie posiada żadnych podstaw we współczesnym prawie międzynarodowym” i „nie może mieć dzisiaj żadnego znaczenia prawnego”; Th. van Boven, *Survey of the Positive International Law of Human Rights*, [w:] *The International Dimensions of Human Rights* (ed. by K. Vasak), t. I, Paris 1982, s. 107, utrzymywał, iż „pojęcie wyłączności, jakie tkwiło w terminie „narody cywilizowane” nie ma już miejsca i – co za tym idzie – termin ten trzeba wyeliminować”; S. E. Nahlik, op. cit., s. 383-384.

Ja sam osobiście również swego czasu dołączałem do tego, mniej więcej zgodnego, chóru, przyjmując tezę o „niewątpliwym anachronizmie”, aczkolwiek nie żądając eliminowania tej formuły, lecz raczej jej „reinterpretacji w świetle dziejowych przeobrażeń społeczności międzynarodowej w naszym stuleciu”, a więc dołączając się do postulatu uwzględnienia „perspektywy światowej” i wskazując, że do tego – już na gruncie samego Statutu STSM – skłaniało i skłaniać musi równoczesne uznanie, iż w składzie Trybunału musi być zapewniona reprezentacja „głównych form cywilizacji oraz zasadniczych systemów prawnych świata”²⁰.

Chodzi więc o „uznanie w perspektywie światowej”, co wcale nie musi, a nawet nie może, oznaczać, iżby rzecz dotyczyła typowego uznania przez państwa za pośrednictwem norm zwyczajowych czy traktatowych, jako że w ten sposób w istocie przekreślałoby się udzielny byt prawny zasad ogólnych prawa. Tego zaś udzielnego bytu istotnie nie da się obronić z pozycji integralnego pozytywizmu, który albo należy pryncypialnie zakwestionować, albo przynajmniej zreinterpretować, włączając w to reinterpretację pojęcia „zgody państw”.

Przypomnijmy zatem, że – to prawda – ściśle naturalistyczny projekt Statutu STSM autorstwa Descamps’a, odwołujący się do norm prawa międzynarodowego uznanych przez „*the legal conscience of civilized peoples*”, przegrał ze wspólną propozycją E. Roota i R. Phillimore’a, rozumiejących zasady ogólne raczej w sensie „*rules accepted in the domestic law of all civilized States*”²¹. Zwrócić jednak trzeba uwagę również na to, że – takie a nie inne, w każdym bądź razie niejednoznaczne – wskazania *travaux préparatoires* Statutu STSM wcale nie powstrzymały naturalistycznych i neonaturalistycznych interpretacji, których przykładem mogą być np. poglądy A. Verdrossa i L. Le Fura²².

Ja sam, niestety, dopuściłem się „grzechu niewiedzy”, gdy twierdziłem, że „właściwa będzie tylko taka interpretacja «zasad ogólnych prawa», która umiejscawia je w płaszczyźnie pozytywnego międzynarodowego porządku prawnego”, jako że „Nie można w nich widzieć furtki dla nieskrępowanego dopuszczania koncepcji prawa natury i jemu podobnych”²³. Coraz bliższy jednak staje mi się pogląd J. L. Brierly’ego, który uważał, że w przyjęciu kategorii zasad ogólnych prawa zawierało się „odrzućenie doktryny pozytywistycznej”²⁴. Wymaga to dodatkowych wyjaśnień.

20 Art. 9 Statutu MTS. Por.: T. Jasudowicz, *Normy regionalne...*, s. 193; C. W. Jenks, *Law in the World Community*, London 1967, s. 8-9, 84.

21 Por.: *Cour Permanente de Justice Internationale. Comité Consultatif de Juristes. Procès-Verbal des Séances du Comité*, Paris 1920, s. 296, 315, 319, 336, 338. Por. też: I. Brownlie, op. cit., s. 12-13; L. Ehrlich, op. cit., s. 25-26; G. I. Tunkin, *Tieorija...*, s. 215.

22 Por.: A. Verdross, *Völkerrecht*, Wien 1964, s. 23-24; L. Le Fur, *Règles générales du droit de la paix*, [w:] *Recueil des Cours de l'Académie du Droit International* (cyt. dalej: RCADI) 1935, t. 54, s. 205 i nast.; tenże, *Le coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public*, [w:] *ibid.*, 1937, t. III, s. 368 i nast.

23 T. Jasudowicz, *Normy regionalne...*, s. 191. Por. też: *ibid.*, s. 193; S. E. Nahlik, op. cit., s. 375.

24 J. L. Brierly, *The Law of Nations*, wyd. VI (CH. M. Waldock), Oxford 1963, s. 63.

Otóż, nie jestem – wyłącznie, ani tym bardziej skrajnym – naturalistą, normatywistą czy pozytywistą. Raczej musiałbym się zaliczyć do eklektyków, próbujących czerpać racjonalne ziarna z każdego spośród tych podejść, bo każde z nich takowe zawierało i zawiera, żadne zaś nie posiadało „patentu na mądrość” ani swej „wyłącznej mądrości” nie udowodniło.

Jeśli liczę się z podejściem pozytywistycznym, to dlatego, że same fakty środowiska normatywnego, jakim jest prawo międzynarodowe, tego bezwzględnie wymagają, jeżeli w ogóle ma zachować sens fundamentalna zasada *pacta sunt servanda*. Nie znaczy to jednak, bym się nie otwierał na *sui generis* „meta-prawo”, włączając w to pewien rodzaj *ius necessarium*, na ponadpozytywną poniekąd głębię międzynarodowego porządku prawnego; znaczy to, z drugiej strony, że jestem jak najdalszy od „amputowanego” rozumienia pozytywnego prawa międzynarodowego jako sprowadzającego się do jego „norm pisanych”; i znaczy też, że z radością witam każdy fakt, gdy – integralny wydawałoby się – pozytywista otwiera się na koncepcje w rodzaju „woli-rozkazu społeczności międzynarodowej”²⁵, od siebie zaś z chęcią bym dorzucił konstrukcję „zgody- przyzwolenia wspólnoty narodów”.

Jeśli, z kolei, uwzględniam podejście naturalistyczne, to dlatego, że w nim mieści się owo otwarcie na metaprawną głębię i uświadomienie – oczywistego skądinąd – faktu, że prawo i porządek prawny to nie świat „suchych i bezdusznych paragrafów”, wyrwanych z człowieczego kontekstu, z życia społecznego i życia „rodziny ludzkiej”²⁶, zaś dzieje prawa to nie tylko historia traktatów i dyplomacji. Zresztą, i dyplomacja i traktaty – choćby nawet chciały – nie mogą się do końca z tego „kontekstu człowieczego” w jego różnych wymiarach wyzwolić, o ile nie mają się stać prawdziwie antyludzkim bytem politycznym i prawnym.

Dlatego bliskie mi są myśli doszukujące się – także w badanym kontekście zasad ogólnych prawa – „wspólnej świadomości prawnej” czy „powszechnego poczucia prawnego”²⁷, bądź odwołujące się nie tylko do „zasadniczych systemów prawnych świata”, ale także do „religii, filozofii i cywilizacji, których myśl mogła zapłodnić i wpływać na rozwój prawa międzynarodowego”²⁸.

Prawo w ogóle, w tym także prawo międzynarodowe – zwłaszcza wobec postępów w nauce i technice, włączając w to postęp w dziedzinie biomedycyny

25 Por.: J. Gilas, *Prawo międzynarodowe*, Toruń 1996, s. 101.

26 Warto przypomnieć, że tym właśnie pięknym pojęciem posługują się odnośnie do praw człowieka podstawowe dokumenty międzynarodowe z tej dziedziny, poczynając od Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (ust. 1 Wstępu) i włączając oba Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka (ust. 1 jednobrzmiącego Wstępu) – teksty [w:] *Prawa człowieka...*, s. 15, 21 i 30, odpowiednio.

27 W ten sposób, jak już wspomniano, np. Baron Descamps – por.: *Cour Permanente...*, s. 296. Podobnie: A. Verdross, op. cit., s. 63.

28 Por. np.: P. Weil, *Le Judaisme et le développement du droit international*, RCADI 1976, t. 151, s. 259; R. P. Anand, *Role of the „New” Asian-African Countries in the Present International Legal Order*, „American Journal of International Law” (cyt. dalej: AJIL) 1962, t. 56, s. 49; K. Tanaka, *Du droit international au droit mondial*, Paris 1964, s. 567.

i biotechnologii – musi być otwarte na sfery religii i filozofii, etyki i moralności. Na szczęście, prawo narodów – nawet w dobie pozornie niezaprzeczalnych triumfów pozytywizmu – takie niezbędne otwarcie zawsze zachowywało i wcale go nadal nie pomniejsza, wręcz przeciwnie – jakby coraz bardziej na te sfery się otwierało, uznając poniekąd swą własną „niesamowystarczalność”.

Przypomnijmy, że – co szczególnie charakterystyczne dla dziedziny humanitarnej, w różnych jej zresztą wymiarach – gdy na Kongresie Wiedeńskim uchwalano deklarację w przedmiocie zwalczania handlu Murzynami, odwołano się m.in. do „zasad ludzkości i moralności powszechnej”²⁹. Do „ludzkości” czy „humanitaryzmu” mieszkańców odwoływała się też: Konwencja Genewska w sprawie polepszenia losu rannych wojskowych w armiach w polu będących z 22 sierpnia 1864 r.³⁰; „wymagania ludzkości” i „prawa ludzkości” za barierę dla „konieczności wojennych” i dla swobody poczynań stron wojujących przyjmowała Deklaracja Petersburska z 29 listopada 1868 r.³¹; wreszcie, Akt Końcowy II Konferencji Pokojowej w Hadze z 18 października 1907 r. akcentował „wzniosłe poczucie wspólnego dobra ludzkości”³², a IV Konwencja Haska o prawach i zwyczajach wojny lądowej, tegoż dnia podpisana, podkreślała „pragnienie służenia i w tej ostatecznej ewentualności (czyli na wypadek wojny – przyp. T.J.) interesom ludzkości i wzrastającym wymaganiom cywilizacji”; włączała też do swego Wstępu słynną klauzulę Martensa, która „w wypadkach nie objętych przepisami obowiązującymi” nie pozostawiała „ludności i wojujących” w *vacuum* prawnym, lecz nakazywała obejmować „opieką i władzą zasad prawa narodów, wypływających ze zwyczajów ustanowionych między cywilizowanymi narodami oraz z zasad ludzkości i wymagań sumienia publicznego”³³.

Wytyczyło to na stałe linię rozwojową międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych, kładąc u jego podstaw jako zasadę fundamentalną, a zarazem jako pierwszorzędną wskazówkę interpretacyjną, ogólną zasadę ludzkości. W tymże obszarze humanitarnym przyjęło się ostatnio wyraźnie wprowadzać

29 Ust. 1 – Tekst [w:] *Prawo międzynarodowe i historia dyplomatyczna. Wybór dokumentów* (oprac. L. Gelberg), t. I. Warszawa 1954, s. 19.

30 Art. 5 ust. 1 – Tekst [w:] *ibid.*, s. 105.

31 Wstęp, ust. 1-2, oraz ust. 5 tekstu zasadniczego – tekst [w:] *ibid.*, s. 108-109.

32 Patrz: ust. 5 Aktu Końcowego – tekst [w:] *The Laws of Armed...*, s. 53.

33 Ust. 1 i 8 Wstępu do Konwencji – tekst [w:] *ibid.*, s. 57 i nast. Międzynarodowe prawo humanitarne – także w swych dziejach najnowszych – szlaku tego nie porzuca. Przeciwnie, klauzula Martensa wkroczyła do merytorycznych postanowień Konwencji Genewskich o Ochronie Ofiar Wojny z 12 sierpnia 1949 (por. odpowiednio klauzule denuncjacyjne każdej z czterech Konwencji), oraz I Protokołu Dodatkowego do nich z 10 czerwca 1977 r. dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (art. 1 pkt 2). Teksty [w:] *Umowy międzynarodowe o ochronie ofiar wojny* (oprac. M. Flemming), Warszawa 1987, s. 9 i nast., 28 i nast., 37 i nast., 86 i nast., 135 i nast., odpowiednio. Por. też: wstęp, ust. 4 II Protokołu Dodatkowego z 10 czerwca 1977 r. o ochronie ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych – tekst [w:] *ibid.*, s. 185 i nast. Szerzej na ten temat: T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych. Rekonstrukcja międzynarodowego prawa humanitarne*, Toruń 1997.

zastrzeżenie także na rzecz poszanowania „zasad etyki medycznej” oraz „powszechnie uznanych norm medycznych”³⁴.

Takie „otwarcie się na głębię” oznaczać *naturaliter* musi nie tylko poszerzenie obszaru substancji, z której czerpie się zasady ogólne prawa, ale zarazem jej pogłębienie właśnie, bo sięgnięcie po same podstawy czy korzenie, w tym większym stopniu, im bardziej dany zakres się zbliża do istoty i głębi samego człowieczeństwa. Jeśli zaś w takim obszarze znajduje się miejsce dla czerpania zasad ogólnych prawa, tedy nic dziwnego, że bywają one stawiane – już nie tylko w ich komplementarnej, uzupełniającej roli aplikacyjnej, na wypadek braku norm traktatowych czy zwyczajowych³⁵ i nie tylko w roli równie zrozumiałej istotnej wskazówki interpretacyjnej bądź narzędzia interpretacji i stosowania norm traktatowych³⁶ – u samych podwalin prawa międzynarodowego i wręcz kojarzone z kategorią *ius cogens*³⁷.

W szczególności, van Boven – na tle stanowiska MTS w sprawie Zastrzeżeń do Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 9 grudnia 1948 r. – stosownie do którego „zasady leżące u podłoża Konwencji są zasadami, które są uznane przez narody cywilizowane jako wiążące dla państw, nawet w braku jakiegokolwiek zobowiązania konwencyjnego”³⁸, zdecydowanie stwierdza: „Fundamentalne prawa człowieka (...) z pewnością podpadałyby pod pojęcie zasad ogólnych. Stanowią one bezwzględnie wiążące normy powszechnego prawa międzynarodowego (*ius cogens*) i są (...) częścią dynamicznego procesu. W procesie tego rodzaju nowe normy bezwzględnie wiążące mogą powstawać”; dodaje on zarazem, iż „zasady ogólne prawa oznaczają *the fundamental and suprapositive norms*, które leżą *at the basis of the whole human society*”³⁹.

34 Por.: art. 16 pkt 2 I Protokołu Dodatkowego z 1977 r. oraz art. 10 pkt 2 II Protokołu Dodatkowego z 1977 r. – co do „zasad etyki medycznej”; art. 11 pkt 1 i 3 I Protokołu oraz art. 5 pkt 2 „e” II Protokołu – co do „powszechnie uznanych norm medycznych”. Por. też art. 10 pkt 3 II Protokołu co do poszanowania tajemnicy lekarskiej.

35 Por. co do takiej, najbardziej zrozumiałej funkcji zasad ogólnych prawa jako mającej zapobiegać sytuacji „*non liquet*” i znajdować zastosowanie w razie braku norm traktatowych lub zwyczajowych – m.in.: L. Ehrlich, op. cit., s. 25-26; W. Góralczyk, op. cit., s. 77; M. Muszkat, op. cit., s. 25; S. E. Nahlik, op. cit., s. 381; G. I. Tunkin, *Teorija...*, s. 217; T. Jasudowicz, *Normy regionalne...*, s. 193.

36 Por.: Th. van Boven, op. cit., s. 107; I. Brownlie, op. cit., s. 3; G. I. Tunkin, *Teorija...*, s. 227; C. Mik, *Koncepcja normatywna prawa europejskiego praw człowieka*, Toruń 1994, s. 9-10; S. E. Nahlik, op. cit., s. 379; J. Symonides, *Zasada efektywności w prawie międzynarodowym*, Toruń 1967, s. 8-9 (co do zasad interpretacyjnych).

37 Por.: A. Verdross, op. cit., s. 63 (w kontekście „zasad ogólnych prawa międzynarodowego”, kojarzonych jednak z „zasadami ogólnymi prawa w znaczeniu art. 38 pkt 1 „c” oraz „*logical propositions resulting from judicial reasoning on the basis of existing pieces of international law and municipal analogies*”); posuwa się on do przypomnienia, że „traktat sprzeczny (...) z zasadą ogólną tworząca część *ius cogens* byłby nieważny lub podlegałby unieważnieniu” – *ibid.*, s. 3.

38 Por.: *International Court of Justice. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1951, s. 23. Por. też: T. Cyprian, J. Sawicki, op. cit., s. 87, 128, 198, 306, 318, 320, 323, 325, 440, 456, 463; *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, London 1948, s. 20 i nast.

39 Th. van Boven, op. cit., s. 107. Por.: P. van Dijk, G. J. H. van Hof, op. cit., s. 367. Powołują się oni na inną pracę Th. van Boven, *Distinguishing Criteria of Human Rights*, [w:] *The International*

Warto przy okazji odnotować, że także w nauce polskiej – jak by to dziwnie nie zabrzmiało – bezpośrednio po II drugiej wojnie światowej podobna myśl była silnie akcentowana. I tak, M. Lachs podkreślał, że „Pierwszą i naczelną gwarancją, uniwersalnie przyjętą być musi ochrona człowieka jako człowieka. (...) Wyrok Norymberski będzie wielkim precedensem. Ustalając karę, ustali też dobra przez prawo chronione (...). Jeśli teraz zwiążemy fakt ten z projektem Karty Praw Człowieka, otrzymamy normy prawne gotowe do kodyfikacji w formie zobowiązania międzynarodowego odnośnie do nietykalności człowieka jako człowieka. I to stanowić winno trzon przyszłej Karty gwarantującej prawa człowieka: prawa ustalone wyrokiem Międzynarodowego Trybunału”⁴⁰.

Jeszcze bardziej wyraziście wypowiedział się w tym kontekście J. Sawicki: „Statut Międzynarodowego Trybunału w Norymberdze (...) nie stworzył (...) nowego prawa. Stwierdził tylko, że pewne podstawowe moralne zasady są silniejsze od prawa poszczególnych krajów. Mają one moc sprawdzianu, czy pewne normy obowiązujące w określonym państwie, mogą być w ogóle uznane za prawo. Statut Trybunału ma zatem charakter deklaracyjny. (...) Państwa, które zawarły Konwencje Haskie i Genewskie, ustaliły, że pewne zachowania się rządzącego okupanta w czasie wojny (...) są zabronione. Czy te konwencje nie uprawniają do wniosku, że – jeżeli są to minimalne uprawnienia ludności, które obowiązują w czasie wojny – to tym bardziej te prawa powinny obowiązywać w czasie pokoju. Jeżeli państwa między sobą ustaliły, że nawet w czasie wojny, w najbardziej wyjątkowym okresie, nie wolno tych praw ludności naruszać, to tym samym ustaliły, że to jest minimum gwarancji, które powinno obowiązywać także w czasie pokoju. (...) Sądzę, iż te podstawowe zasady, minimalne uprawnienia każdego społeczeństwa można sformułować. Nazwałem te gwarancje (...) *magna charta dignitatis hominum*, a przestępstwo ich naruszenia – *crimen laese humanitatis*”⁴¹.

Przypomnijmy, że taki tok rozumowania znalazł niedwuznaczne potwierdzenie w orzecznictwie międzynarodowym. MTS w wyroku w sprawie Cieśniny Korfu podkreślił, że ciężące na państwie nadbrzeżnym powinności „oparte są nie na VIII Konwencji Haskiej z 1907 r., która ma zastosowanie podczas wojny, lecz na pewnych powszechnych i ustalonych zasadach, mianowicie na elementarnych względach ludzkości, nawet bardziej wymagalnych w czasie pokoju niżli w czasie wojny”⁴².

Dimensions..., t. II, Paris 1982, s. 43, gdzie charakteryzuje on zasady ogólne prawa jako „prawa elementarne czy prawa ponadpozytywne, tj. prawa, których moc wiążąca nie zależy od ich akceptacji przez podmioty prawa, lecz które leżą u podłoża wspólnoty międzynarodowej (at the foundation of the international community)”.

40 M. Lachs, *Prawne gwarancje praw człowieka*, [w:] *Nowa Polska*, Londyn 1946, nr 4 – czyt. za: T. Cyprian, J. Sawicki, op. cit., s. 478, przyp. 44.

41 Przemówienie końcowe prokuratora Jerzego Sawickiego przed Najwyższym Trybunałem Narodowym w sprawie przeciwko Arturowi Greiserowi, „*Twórczość*” 1946, nr 10 – cyt. za: T. Cyprian, J. Sawicki, op. cit., s. 303-304, przyp. 228.

42 Wyrok z 9 kwietnia 1949 r. – por.: *ICJ. Reports...* 1949, s. 22. Por. też: *ICJ. Pleadings, Oral Arguments and Notes* 1949, t. I, s. 213, 354, 369. T. Cyprian, J. Sawicki, op. cit., s. 11, przypominają, że

Chciałbym dodać, iż wypada się cieszyć, że niegdysiejszy atak na samą nazwę „prawo międzynarodowe”, połączony z próbą jej zastąpienia nazwą „prawo międzypaństwowe”⁴³ przegrał z kretesem. Pod naciskiem fundamentalnych założeń międzynarodowego prawa humanitarnego i prawa międzynarodowego praw człowieka samo prawo międzynarodowe jakby stopniowo powracało do swych korzeni. W terminologii różnych języków utrzymała się czy wręcz dominuje stara nazwa „prawo narodów” („*Völkerrecht*”, „*law of nations*”, „*droit des gens*”) jako spuścizna po średniowiecznym „*ius gentium*”, a od czasu do czasu puka do bram nawet nazwa „prawo ludzkości”, że wspomnę o dziele C. W. Jenksa „*The Common Law of Mankind*”, jakby reanimująca Belli’ego „*Diritto della Umanità*”⁴⁴. Zapewne, prawo międzynarodowe stopniowo uzyskuje samoświadomość swego – naturalnego i koniecznego – „ludzkiego wymiaru”, którego wyrazem – właśnie w płaszczyźnie zasad ogólnych prawa – jest ogólna zasada ludzkości (o czym nieustaję i wytrwale staram się przypominać)⁴⁵.

Na tym tle, nieco odchodząc od moich wcześniejszych opinii, wyrażam radość, że jednak przetrwał – acz nie bez strat i pewnych wyrw⁴⁶ – sam termin „narody cywilizowane”. Potwierdzam mój wcześniejszy pogląd, że nie odrzucać go, lecz zreinterpretować by należało, nie tylko w sensie „pozytywnego międzynarodowego porządku prawnego” i w świetle „dziejowych przemian w społeczności międzynarodowej w naszym stuleciu”, jak to wcześniej utrzymywałem⁴⁷.

Nie może tu chodzić o samo, tradycyjnie rozumiane powszechnie uznanie czy przyjęcie zasad ogólnych prawa, w sensie typowym dla nadawania mocy wiążącej normom traktatowym czy zwyczajowym, zwłaszcza gdyby towarzyszyło temu akcentowanie konieczności wykazania uznania takich zasad ze strony także państw socjalistycznych i krajów rozwijających się⁴⁸. Na szczęście do-

trybunał projektowany po I wojnie światowej miał orzekać „wedle zasad prawa narodów, wynikających ze zwyczajów przyjętych wśród cywilizowanych narodów, wedle zasad ludzkości i wymagań ogólnych zasad prawnych”.

43 „Względy ludzkości” niejednokrotnie wskazywano czy to jako przykład samych zasad ogólnych prawa, czy też jako materię, z której zasady takie czerpać można – por. m.in.: A. Michalska, op. cit., s. 119; S. E. Nahlik, op. cit., s. 378; *History...*, s. 24-25.

44 „Względy ludzkości” niejednokrotnie wskazywano czy to jako przykład samych zasad ogólnych prawa, czy też jako materię, z której zasady takie czerpać można – por. m.in.: A. Michalska, op. cit., s. 119; S. E. Nahlik, op. cit., s. 378; *History...*, s. 24-25.

45 Por. np.: T. Jasudowicz, O „ludzki wymiar” międzynarodowego prawa morza, „*Prawo Morskie*”, t. VI, s.37 i nast.

46 Por. art. 15 pkt 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, w którym termin „*civilized nations*” zastąpiono terminem „*community of nations*”, jak też art. 1 pkt 11 Protokołu do Konwencji Genewskich z 1977 r., w którym mowa o „zasadach prawa międzynarodowego wpływających z ustalonych zwyczajów”, już bez kwalifikacji „uznanych przez narody cywilizowane”. W ust. 4 wstępu do II Protokołu ograniczono się do „zasad ludzkości i wymagań sumienia publicznego”, w ogóle o takich zwyczajach nie wspominając.

47 Por.: T. Jasudowicz, *Normy regionalne...*, s. 191, 193.

48 W ten sposób m.in.: M. Muszkat, op. cit., s. 25; G. I. Tunkin, *Tieorija...*, s. 225-226; tenże, [w:] *Miedzunarodnoje...*, Moskwa 1982, s. 54.

minuje raczej wskazanie, że chodzi o mniej lub bardziej powszechne przyjęcie takich zasad „w systemach prawnych i w praktyce” różnych państw, wraz z ewentualnym podkreśleniem – jak to spotykamy u Nahlika – że mają to być „zasady wspólne wszystkim istniejącym grupom państw”⁴⁹.

Nie chodzi przy tym, a przynajmniej nie chodzi wyłącznie, o zasady wyraźnie przyjęte przez państwa w ich krajowych systemach prawnych i/lub w ich orzecznictwie wewnętrznym, ani tym bardziej o mechanistyczne i automatyczne przenoszenie tego rodzaju zasad na grunt stosunków międzynarodowych. W doktrynie dość często podkreślano, że „ogólne zasady prawa są pojęciem szerszym od pojęcia zasad prawa krajowego lub zasad prawa międzynarodowego”⁵⁰, jako że w istocie chodzi – jak to akcentował Ch. Rousseau – o „prawo w ogóle (*du droit sans épithète*), ogarniające zarówno prawo międzynarodowe, jak i prawo krajowe”⁵¹.

Zarazem, chodzić nie musi, a czasem wręcz nie może, o absolutne rozumienie powszechności uznania w sensie dosłownie wszystkich państw świata czy wszystkich narodów. Toteż autorzy zazwyczaj mówią o zasadach „*shared by fair number of nations*”⁵², „*by representative group*” czy „ogół państw”⁵³ bądź o zasadach „wspólnych wszystkim istniejącym grupom państw”⁵⁴. Jeśli takie zasady ma „odczytywać” np. MTS, to właśnie w świetle zasad podzielanych przez owe „główne cywilizacje” i „zasadnicze systemy prawne świata” postrzegać trzeba powszechne zasady ogólne prawa, przez ogół państw czy narodów akceptowane.

W trafnym, jak się wydaje kierunku, zmierzał S. E. Nahlik, który – właśnie dokonując niezbędnej reinterpretacji terminu „narody cywilizowane” – umiejscawiał poza tym kręgiem: po pierwsze, „takie istotnie prymitywne ludy, które nie odpowiadają standardom cywilizacyjnym wspólnym dla wszystkich trzech dziś istniejących i należących do społeczności międzynarodowej grup państw” (tj. państw kapitalistycznych, państw socjalistycznych i krajów rozwijających się – przyp. T.J.); a po drugie, „państwa, które uchodziły za „cywilizowane” w świetle miarodajnych do niedawna standardów zachodnich, ale które obecnie znalazły się w odosobnieniu poza owym standardem wspólnym dla trzech grup państw, np. przez uparte trwanie na pozycjach ucisku kolonialnego lub segregacji rasowej”⁵⁵.

49 S. E. Nahlik, op. cit., s. 386. Por.: W. Góralczyk, op. cit., s. 76; P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, op. cit., s. 365-366; L. Antonowicz, op. cit., s. 15; C. Berezowski, *Prawo...*, cz. II, s. 86.

50 Tak C. Berezowski, *Prawo...*, cz. II, s. 86. Por.: tenże, [w:] C. Berezowski, K. Libera, W. Góralczyk, op. cit., s. 73; W. Góralczyk, op. cit., s. 76; G. I. Tunkin, [w:] *Międzynarodowe...*, Moskwa 1982, s. 54; *Slownik...*, s. 127; L. Ehrlich, op. cit., s. 25-26.

51 Ch. Rousseau, *Principes généraux de droit international public*, t. I, Paris 1944, s. 517.

52 W ten sposób: Th. van Boven, op. cit., s. 107.

53 W ten sposób: P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, op. cit., s. 365-366.

54 W ten sposób: S. E. Nahlik, op. cit., s. 386.

55 *Ibid.*, s. 384.

To drugie wyłączenie jest interesujące. Otóż, twierdzę, że to tylko cząstka prawdy; nie tylko kolonializm lub apartheid może wyznaczać niedopuszczalne zaniżenie owych „standardów cywilizacyjnych”, lecz także każdy system totalizmu, z zastraszeniem i przemocą powiązany, bez względu na to, czy będzie „maści brunatnej” czy też „maści czerwonej”, jak również każda ugruntowana polityka terroru i przemocy, oznaczająca zorganizowany i utrwalony system owych „gross and massive violations” podstawowych praw i wolności człowieka w stosunku do własnego ludu, narodu czy społeczeństwa, nasuwająca uprawnioną myśl o potrzebie reanimacji instytucji „interwencji humanitarnej” ze strony zorganizowanej społeczności międzynarodowej.

W takim postrzeganiu zawierałby się też sens owego, już odnotowanego, otwarcia – także zasad ogólnych prawa – na meta-prawo praw człowieka i na „elementarne względy ludzkości”, to zaś niewątpliwie nie mieściłoby się w pozytywistycznie rozumianych „analogiach z krajowych systemów prawnych”, lecz własni otwierałoby na metaprawną głębię oraz na świat prawa i zjawisk prawnych w ogóle, niezależnie od towarzyszącego przymiotnika „krajowe” bądź „międzynarodowe”. Tak trzeba widzieć zapewne, w całym jego bogactwie, ów „rezerwuar”, z którego czerpać należy zasady ogólne prawa, o którym wspominali C. H. M. Waldock i S. E. Nahlik, a który ostro atakował – nihilistycznie nastawiony – G. I. Tunkin⁵⁶.

Tak więc, zasady ogólne prawa jawiłyby się jako źródło samoistne, autonomiczne i niezależne – w stosunku do dwóch podstawowych źródeł prawa międzynarodowego, a więc do umowy międzynarodowej i zwyczaju międzynarodowego. Nie znaczy to, iżby były one z substancji normatywnej tych źródeł całkowicie wyobcowane czy hermetycznie oddzielone. System źródeł prawa narodów należy postrzegać w ich wzajemnym współgraniu i wzajemnym też jak-
by wspieraniu się.

Może się zdarzyć tak – i tak się niewątpliwie często zdarza – że ewentualnie zastosować w charakterze zasady ogólnej prawa, na tyle zaczyna penetrować praktykę państw i tak jednoznacznie znajduje wyraz w „*opinio iuris*”, że uzasadnia tezę o jej skonsolidowaniu się w postaci powszechnie uznanej normy zwyczajowej, która z kolei – w procesie kodyfikacji – może się przekształcić w normę traktatu wielostronnego.

W rezultacie, powstawałby twór normatywny, na którego rozwój i kształt składałyby się wszystkie trzy źródła prawa narodów. Zarazem, aż do raczej utopijnego momentu formalnego związania się taką normą traktatową dosłownie wszystkich państw świata, zachowywałaby swą rolę norma zwyczajowa – dla potrzeb stosunków między państwami trzecimi oraz stosunków między takim

56 Por.: C. H. M. Waldock, *General Course of Public International Law*, RCADI 1962, t. 106, s. 54; S. E. Nahlik, op. cit., s. 382; który mówi o „poczuciu prawnym(...) na tle określonej świadomości społecznej”, o „*opinio iuris sive necessitatis*, warunkującej takie właśnie a nie inne działanie”, o „rezerwuarze wskazówek, do którego wolno sięgnąć w braku norm zarówno umownych, jak zwyczajowych”; G. I. Tunkin, *Teorija...*, s. 228.

państwami a państwami-stronami odnośnego traktatu kodyfikacyjnego. Co więcej, norma zwyczajowa – nawet po takim momencie absolutnej uniwersalizacji normy traktatowej – mogłaby zachować pewne znaczenie: po pierwsze, na wypadek, gdyby odnośny traktat zawierał klauzulę denuncyjną; po drugie, niezależnie od takiej klauzuli, a mianowicie w pomocniczej funkcji interpretacyjnej w stosunku do – często ogólnej i abstrakcyjnej, nie spełniającej oczekiwań samowykonalności – normy traktatowej.

W równej mierze, a poniekąd z większą łatwością, trybunał międzynarodowy rozstrzygający ewentualny spór na tle danego traktatu mógłby się odwołać do zasad ogólnych prawa, które – niegdyś w przeszłości – stały u podłoża kształtowania się odnośnej normy zwyczajowej, a które się zachowały w owym „powszechnym poczuciu prawnym” wspólnoty narodów.

Co do relacji między zasadami ogólnymi prawa a normami zwyczajowymi van Boven zauważa: „W kategoriach praw człowieka trudno jest przeprowadzić linię podziału pomiędzy koncepcjami prawa zwyczajowego a zasadami ogólnymi prawa. Wydaje się, że w istotny sposób zachodzą one na siebie („*substantially overlap*”), aczkolwiek prawo zwyczajowe jest bardziej odzwierciedlone i potwierdzone przez ustalone praktyki organizacji międzynarodowych i państw, podczas gdy zasady ogólne prawa oznaczają fundamentalne i ponadpozytywne normy, które leżą u podstaw społeczności ludzkiej w ogóle”⁵⁷.

Z kolei, van Dijk i van Hoof zwracają uwagę na to, że: „(...) zasady ogólne prawa mogą wynikać z rozwoju prawa międzynarodowego, zwykle w oparciu o zjawisko traktatów, które są zawierane, oraz/lub praktyki międzynarodowej, jaka się ukształtowała bądź znajduje się w procesie kształtowania się. Wtedy trudno je odróżnić od zwyczajowego prawa międzynarodowego”⁵⁸.

Na kontekst „rozwoju prawa międzynarodowego” zwracał też uwagę S. E. Nahlik. Jego zdaniem: „Dzięki np. postępom nauki i techniki (...) powstają sytuacje nowe, których ani nie przewidywały dotychczasowe umowy, ani nie rozwiązywała dotychczasowa praktyka. Czy należy stąd wnosić, że panuje wokół nich pustka prawna? Otóż nie, w takim właśnie razie należy poszukać odpowiedzi w „ogólnych zasadach prawa”, nie przesądzając jeszcze w tej chwili, gdzie się one znajdują. Gdyby miało być inaczej, nie mogłyby w ogóle powstawać nowe normy zwyczajowe”⁵⁹. Przypomnijmy w związku z tym, iż cała filozofia klauzuli Martensa polegała na zabezpieczeniu mechanizmu otwierania się na nowe wyzwania ze strony nowych środków, sposobów i metod prowadzenia działań wojennych, by mechanizm ten mógł służyć ich ukróceniu i ich prawnej

57 Th. van Boven, op. cit., s. 107.

58 P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, op. cit., s. 366. Por.: G. J. H. van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer 1983, s. 145; T. Jasudowicz, *Wpływ zmiany...*, s. 43-44; tenże, *Normy regionalne...*, s. 193 i nast.

59 S. E. Nahlik, op. cit., s. 382.

kwalifikacji, włączając w to – w razie potrzeby – ich dyskwalifikację prawną ich potępienie i zakaz.

Nolens volens wkroczyłem już parokrotnie w nurt relacji pomiędzy zasadami ogólnymi prawa a umowami międzynarodowymi. Odsyłam do wyżej już odnotowanego, a nader istotnego wskazania MTS co do roli „zasad, które są uznane przez narody cywilizowane jako wiążące dla państw”, niezależnie od formalnego zakresu obowiązywania Konwencji o ludobójstwie⁶⁰.

Jak to podkreślają – w kontekście wyjątku od nieretroaktywności prawa karnego – van Dijk i van Hoof, „koncepcja zasad ogólnych prawa (...) wymaga, by odnośne fakty nie tylko były uznane za podlegające karze w systemach prawnych *of nearly all nations* oraz/lub na podstawie prawa międzynarodowego, ale też by ich podlegający karze charakter wynikał z *a fundamental legal principle*; w przeciwnym bowiem razie, gwarancja nieretroaktywności byłaby poważnie zagrożona we wszystkich tych przypadkach, gdzie ustawodawca świadomie derogowałby od prawa karnego, jakie w większości krajów znajduje zastosowanie w sposób bardziej korzystny dla oskarżonego”⁶¹.

Poza taką rolę „niewzruszalnego fundamentu” unormowań traktatowych, zasady ogólne prawa – ma się rozumieć – funkcjonują i muszą funkcjonować jako swoisty „wypełniacz” ogólnych norm traktatowych. Dziać się tak może z mocy wyraźnego odesłania traktatu do tego rodzaju zasad. C. Berezowski tak chętnie przytaczał przykład Konwencji Haskiej z 12 kwietnia 1930 r.⁶² Istotnie, art. 1 Konwencji przewiduje obowiązek uznania ustawodawstwa obcego w dziedzinie obywatelstwa, o ile jest ono „zgodne z umowami międzynarodowymi, zwyczajem międzynarodowym i zasadami prawnymi ogólnie (powszechnie) uznanymi w przedmiocie obywatelstwa”⁶³.

Do tego wszak pojedynczego przykładu sprawa się nie ogranicza. Jak już wskazywałem, poza samą klauzulą Martensa, liczne „zaproszenia” do wykorzystania zasad ogólnych prawa – *expressis verbis* bądź *by necessary implication* – zawierają się w dokumentach międzynarodowego prawa humanitarnego, zwłaszcza w kontekście postępowania sądowego⁶⁴. Co więcej, samo prawo międzynarodowe praw człowieka podobnymi „zaproszeniami” operuje, zarówno w systemie uniwersalnym, jak też w systemach regionalnych.

60 Por.: *ICJ. Reports...* 1951, s. 23. Por. wątpliwości co do tego, „czy powszechne reguły prawa międzynarodowego mogą być tworzone w prawie traktatowym” na tle art. 25 Ustawy Zasadniczej RFN – J. Galster, *Zasada przychylności wobec prawa międzynarodowego Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec. Studium konstytucyjnoprawne*, Toruń 1995, s. 82.

61 P. van Dijk, G. J. H. van Hoof op. cit., s. 366.

62 Por.: C. Berezowski, *Prawo...*, cz. II, s. 87; tenże, [w:] C. Berezowski, K. Libera, W. Góralczyk, op. cit., s. 73.

63 Tekst [w:] Dz.U. RP 1937, Nr 47, poz. 361. Por.: *Przepisy o obywatelstwie polskim 1919-1995* (oprac. M. Albinia, A. Czajkowska), Toruń 1996, s. 146 i nast.

64 Szerzej na ten temat: T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych...* („Prawo do słusznego procesu”).

Zacznijmy od tych odesłań dosłownych. I tak, wyłączenie zasady nieretroaktywności prawa karnego dotyczy „działań lub zaniechań, które w chwili ich popełnienia stanowiły przestępstwo w myśl zasad ogólnych prawa uznanych przez społeczność międzynarodową”, jak to ujmuje art. 15 pkt 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁶⁵, bądź „uznanych przez narody cywilizowane”, jak to jest w redakcji postanowienia art. 7 pkt 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁶⁶. Podobnie wyraziste jest wskazanie w art. 61 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów – pośród podstaw „orzekania” Afrykańskiej Komisji Praw Człowieka – owych „zasad ogólnych prawa uznanych przez państwa afrykańskie”⁶⁷.

Rzecz się jednak na tym nie zamyka. Mogą wchodzić w grę „zaproszenia pośrednie”, o charakterze bardziej generalnym bądź w inne formuły ujętym, w którym jednak znajduje się miejsce także na korzystanie z zasad ogólnych prawa. W szczególności, da się to zauważyć na gruncie systemu Konwencji Europejskiej, a to w postaci formuł: „wykorzystania wszystkich możliwych środków krajowych zgodnie z powszechnie uznanymi zasadami prawa międzynarodowego”⁶⁸; w kontekście pozbawienia własności w interesie publicznym „na warunkach przewidzianych przez prawo oraz zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego”⁶⁹.

Sposób, w jaki Europejska Komisja Praw Człowieka oraz Europejski Trybunał Praw Człowieka wykorzystywały te formuły w swej działalności orzeczniczej, wskazuje, iż postępowały one – jeśli nie wyłącznie, to w przeważającej mierze – tak, jakby chodziło o zasady ogólne prawa, czerpiąc niezbędne „zasady” lub „normy”⁷⁰ bądź to ze zgodnego prawa i praktyki państw członkowskich, bądź sięgając po zasady powszechne, zazwyczaj się przy tym odwołując do judykatury MTS, STSM bądź trybunałów arbitrażowych, które wcześniej „odczytały” potrzebne tu zasady ogólne prawa⁷¹.

Wydaje się, że nawet takie „pośrednie zaproszenie”, a już tym bardziej „zaproszenie wyraźne”, nie stanowi warunku *sine qua non* dopuszczalności uciekania się do zasad ogólnych prawa. Poniekąd, swoiste „generalne zaproszenie”

65 Tekst [w:] *Prawa człowieka...*, s. 30 i nast.

66 Tekst [w:] *ibid.*, s. 125 i nast.

67 Tekst [w:] *ibid.*, s. 344 i nast.

68 Por. art. 26 Konwencji Europejskiej.

69 Por. art. 1 I Protokołu dodatkowego do Konwencji Europejskiej.

70 W decyzjach i sprawozdaniach Europejskiej Komisji Praw Człowieka oraz wyrokach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dominuje w tym kontekście termin „normy”, aczkolwiek często pojawia się również termin „zasady”.

71 Zdarzyło się – i bardzo dobrze, że tak się stało – że skorzystano również z „dwu zasad ogólnych prawa, które ostatnio zostały przypomniane przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w wyroku z 8 kwietnia 1976 r. w sprawie *Defrenne v. Sabena* (Reports 1976, s. 480)” – por.: wyrok ETPC z 13 czerwca 1979 r. w sprawie *Marckx*, ser. A, nr 31, s. 25-26, pkt 58. Por. też: wyrok z 18 października 1987 r. w sprawie *Le Compte, Van Leuven and de Meyere*, ser. A, nr 54, s. 7, pkt 13.

można dostrzegać np. w formule Wstępu do Konwencji Europejskiej, w której mowa o „tym samym duchu” oraz o „wspólnym dziedzictwie tradycji politycznych, ideałów wolności i rządów prawa”⁷². A trzeba to zarazem postrzegać w szerszym kontekście środowiska organizacyjnego i normatywnego systemu Rady Europy i w świetle jej Statutu, który: akcentuje „niewzruszalne przywiązanie do wartości duchowych i moralnych, które są wspólnym dziedzictwem ich narodów i które są prawdziwym źródłem wolności indywidualnej, wolności politycznej oraz prymatu prawa, na których opiera się każda prawdziwa demokracja”⁷³; zaś za fundamentalny cel Rady uznaje „ureczywistnienie jedności między jej Członkami w celu ochrony i popierania ideałów i zasad, które stanowią ich wspólne dziedzictwo”⁷⁴. Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów także powołuje się na „cechy tradycji historycznej i wartości cywilizacji afrykańskiej, które powinny inspirować i kształtować koncepcję praw człowieka i ludów” – wstęp, ust. 4.

Przeto, instancje strasburskie pozwalały sobie uciekać się do zasad ogólnych prawa także w kontekście postanowień, które żadnego – ani wyraźnego, ani też pośredniego – „zaproszenia” do tego nie zawierają. Tak np. Trybunał Europejski w wyroku z 21 lutego 1975 r. w sprawie *Golder* uznał, że „artykuły interpretacyjne” Wiedeńskiej Konwencji Prawa Traktatów z 23 maja 1969 r. „w istocie ogłaszają powszechnie przyjęte zasady prawa międzynarodowego, do których Trybunał już miał okazję się odwoływać”. W szczególności, Trybunał – w związku z normą art. 31 pkt 3 tej Konwencji, nakazującą brać pod uwagę, wraz z kontekstem, „wszelkie istotne normy prawa międzynarodowego znajdujące zastosowanie w stosunkach między stronami” – uznał, że „pośród takich norm znajdują się zasady ogólne prawa, a zwłaszcza „zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane (art. 38 pkt 1 „c” Statutu MTS)”; dodał przy tym, wskazując na bardziej konkretne zasady, m.in. na „zasadę prawa międzynarodowego, która zakazuje *denial of justice* – że „Art. 6 pkt 1 (Konwencji Europejskiej, dotyczący prawa do słusznego procesu – przyp. T. J.) musi być interpretowany w świetle tych zasad”⁷⁵.

Co więcej, przypomniano przy okazji, że już Komitet Prawny Zgromadzenia Konsultacyjnego (późniejszego Zgromadzenia Parlamentarnego – przyp. T. J.) Rady Europy w sierpniu 1950 r. w toku prac nad Konwencją Europejską akcentował, iż „Komisja i Trybunał koniecznie muszą stosować takie zasady”⁷⁶.

72 Ust. 5 Wstępu. Por. odwołanie się do „ideałów oraz zasad, które stanowią ich wspólne dziedzictwo” w ust. 1 wstępu do Konwencji Ramowej na rzecz Ochrony Mniejszości Narodowych z 1 lutego 1995 r. – tekst [w:] *Prawa człowieka...*, s. 205 i nast.

73 Ust. 2 Wstępu.

74 Art. 1 „a” Statutu. Tekst [w:] *ibid.*, s. 123 i nast. Por. też wielce wymowny art. 3 Statutu. Warto dodać, że także w Akcie Końcowym KBWE z 1 sierpnia 1975 r. spotykamy odwołanie się nie tylko do „wspólnej historii”, ale też do „wspólnych elementów w ich tradycjach i wartościach” – tekst [w:] *ibid.*, s. 214 i nast.

75 ECHR. *Judgment of 21 February, 1975. Golder Case*, ser. A, nr 18, s. 14, pkt 16-18.

76 Por.: *Documents of the Consultative Assembly. Working Papers of the 1950 Session*, t. III, nr 93, s. 982.

W rezultacie uznano, że zasad tego rodzaju „Trybunał nie może tracić z pola widzenia”, a w konsekwencji ustalono, iż „prawo dostępu (do sądu) stanowi element, który jest nieodłączny („inherent”) od prawa ogłoszonego w art. 6 pkt 1, akcentując przy tym: „Nie jest to interpretacja ekstensywna, wymuszająca jakiegokolwiek nowe zobowiązanie dla Umawiających się Państw; jest ona oparta na samych sformułowaniach pierwszego zdania art. 6 pkt 1, w jego kontekście, oraz zważywszy na przedmiot i cel Konwencji jako traktatu prawotwórczego oraz na zasady ogólne prawa”⁷⁷.

Tak więc zasady ogólne prawa „mają się dobrze” w środowisku traktatowym, mogą w stosunku doń występować – rzadziej i raczej wyjątkowo – w charakterze owego „fundamentu” o mocy wyższej oraz/lub – częściej i jakby naturalnie – w charakterze owego „wypełniacza” ogólnych norm traktatowych, gdy tylko zajdzie tego potrzeba.

Nie wchodząc w szczegóły owego „rezerwuaru” – przebogatego i wszechogarniającego poniekąd, rezygnując także z egzemplifikowania dalszymi konkretnymi zasadami zeń czerpanymi⁷⁸, chciałbym z kolei zwrócić uwagę na pierwszorzędną rolę sądów – nie tylko, choć niewątpliwie przede wszystkim – międzynarodowych w „powoływaniu do życia konkretnych zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane. Jaka jest istota odnośnego zabiegu i na czym polega rola sądu międzynarodowego?

Czy rzeczywiście jest tak, jak to konsekwentnie utrzymuje C. Mik, że: „Zasady są tworzone w procesie wykładni prawa dokonywanej przez Trybunał Sprawiedliwości”, że Trybunał „tworzy zasady ogólne prawa – prawa podstawowe, dedukując je z tradycji konstytucyjnych państw członkowskich oraz głównie z Konwencji Rady Europy o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.”⁷⁹. Czy rzeczywiście sąd międzynarodowy jest normotwórcą, czy kreuje normy prawne w postaci zasad ogólnych prawa? Czy nie wyczuwa się w takich twierdzeniach „zgrzytu” pomiędzy konstrukcjami – jednym tchem proponowanymi przez Autora – „tworzenia” i „wykładni” bądź „tworzenia” i „dedukowania”? Osobiście, mam spore wątpliwości i od tego poglądu się dystansuję.

I to wcale nie dlatego, bym – wzorem Tunkina – bał się jak ognia twórczej roli sądów oraz „prawa precedensowego”⁸⁰. Wręcz przeciwnie, boleję nad tym, że sporo jeszcze wody w Wiśle musi upłynąć, zanim sądy i sędziowie polscy do „twórczego” orzecznictwa dojrzeją i do jego „uprawy” się przystosują⁸¹. W pra-

77 ECHR. *Golder Case...*, s. 14.

78 Por. „przeglądy” orzecznictwa dokonywane m.in. przez: I. Brownlie, op. cit., s. 14 i nast.; L. Ehrlich, op. cit., s. 24 i nast.; S. E. Nahlik, op. cit., s. 376 i nast.

79 C. Mik, [w:] J. Galster, C. Mik, op. cit., s. 168-169, 188. Por.: tenże, *Koncepcja normatywna...*, s. 125.

80 G. I. Tunkin, *Teoria...*, s. 215, 216.

81 Inna sprawa, że nawet tekst nowej Konstytucji RP przegłosowany 2 kwietnia 1997 r. przez Zgromadzenie Narodowe i mający podlegać referendum 25 maja 1997 r. wcale ich do tego nie zachęca, skoro – co stoi zresztą w kolizji z innym postanowieniami – sędziowie mają orzekać wyłącznie „na podstawie Konstytucji i ustaw”.

wie „otwartym na głębie”, w powiązaniu z wymaganiami *rule of law*, w prawdziwie rozumianym systemie demokratycznym w ogóle, jest to nieodzowne, tak w płaszczyźnie prawa krajowego, jak i międzynarodowego.

Jednak owa „twórczość” sądowa, o jaką tu chodzi, nie stanowi „twórczości” w jej sensie dosłownym i absolutnym. Żaden Trybunał – z pryncypialnego punktu widzenia – nie tworzy norm, nie „rodzi” ich; on je raczej „odkrywa”, „odślania”, jest raczej „położną” czy „akuszerką” niżli „matką-rodzicielką” czy „ojcem biologicznym”.

Jasne, że podzielam pogląd Makowskiego co do „niezmiernie wielkich możliwości dla trybunalskiej działalności twórczej”⁸². Jak podkreśla I. Brownlie: „Trybunały międzynarodowe używały elementów rozumowania prawniczego oraz analogii z prawa prywatnego dla uczynienia prawa narodów *a viable system for application in a judicial process*”; dla tych potrzeb one jednak nie „stwarzają” prawa, lecz je „stosują”, a mianowicie „wybierają, redagują i przystosowują elementy z systemów bardziej rozwiniętych: rezultatem jest nowy element prawa międzynarodowego, którego substancja historycznie i logicznie pozostaje pod wpływem prawa krajowego”⁸³.

R. Bierzanek, zwracając uwagę na „autorytet precedensów (*auctoritas rerum similiter judicatorum*)” zastrzega się jednak: „Fakt, że sądy stosują się zazwyczaj do poprzednio wydanych orzeczeń zgodnie z zasadą *stare decisis* (jakkolwiek mają prawo orzec inaczej i niekiedy czynią użytek z tego prawa), nie jest w istocie rzeczy dowodem, iż orzecznictwo jest samodzielnym źródłem prawa”; dodaje przy tym, że to „nie oznacza bynajmniej, aby funkcje spełniane przez sądy były pozbawione elementów twórczych”, jako że „oddziałują one w pewnej mierze na rozwój prawa, precyzując i wyjaśniając treść przepisów prawnych i kształtując poczucie prawne w społeczeństwie”; „Co innego jednak oznacza pełnić tego rodzaju funkcje, a co innego tworzyć nowe prawo, dawać początek i być źródłem norm obowiązującego prawa”⁸⁴.

Warto przy tej okazji przypomnieć niekwestionowaną przecież kwalifikację „wyroków sądów” w samym art. 38 pkt „d” Statutu MTS właśnie jako „środka pomocniczego do ustalania norm prawnych”. Ustalania – tylko i aż! Jak najśluszej więc ocenia to L. Ehrlich – „trybunał ustala, że w danym wypadku obowiązują takie normy, których wprowadzie dotychczas ani wyraźnie nie przyjęto, ani wyraźnie nie ustalono jako norm prawa międzynarodowego, które jednak wynikają z zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane, więc pośrednio są już przyjęte przez te narody”⁸⁵. Przez zastosowanie takiej zasady do konkretnego przypadku Trybunał ustala, że norma określająca konsekwencje

82 J. Makowski, op. cit., s. 13.

83 I. Brownlie, op. cit., s. 13.

84 R. Bierzanek, op. cit., s. 116.

85 L. Ehrlich, op. cit., s. 26.

danych faktów na podstawie tego rodzaju zasady jest normą prawa międzynarodowego, tworzy więc precedens (a nie samą tę normę – przyp. T. J.)⁸⁶.

Współgra z takim poglądem, a i z treścią art. 38 pkt 1 „d” Statutu MTS, przyjęta przez Ehrlicha definicja precedensu: „Precedens polega na zastosowaniu do konkretnego wypadku zasady ogólniejszej, do takiego wypadku jeszcze nie zastosowanej. Teoretycznie rzecz biorąc, precedens nie zmienia prawa istniejącego, lecz formułuje jedną z koniecznych konsekwencji zasad już obowiązujących jako zasadę szczegółową i tę zasadę stosuje do konkretnego wypadku. W praktyce, precedens bądź ustala normę dotychczas nie stosowaną, bądź przynajmniej usuwa istniejące dawniej wątpliwości”⁸⁷. Tylko tyle i zarazem aż tyle!

Trybunał jest więc jak ów „poszukiwacz” – znajduje oto „diament” czy „bryłkę złota”; nie jest jednak jej „stworzycielem”, lecz „odkrywcą” li tylko, a potem także konstruktorem jakiegoś mechanizmu czy technologii wykorzystania „odkrytego złoża”. To wystarczająco dużo; i to dostatecznie trudne i odpowiedzialne zadanie, by w pełni docenić orzecznictwo i uznać – w takim właśnie sensie – ową „trybunalską działalność twórczą”. Same sądy międzynarodowe nie przypisują zresztą sobie roli „stworcy” norm. Europejski Trybunał Praw Człowieka, korzystając z „odkrycia” swego luksemburskiego kolegi, wcale nie mówił, iż tamten „stworzył” owe „dwie zasady ogólne”, lecz że zostały one przezeń „przypomniane”⁸⁸.

Siłą rzeczy, w tej swojej odpowiedzialnej funkcji „odkrywania” czy „ustalania” norm prawnych, sąd międzynarodowy zapewne raz po raz będzie musiał sięgnąć po owe „analogie z krajowych systemów prawnych”. Tymczasem np. MTS, jako orzekający „na podstawie prawa międzynarodowego”, jest zobligowany znać prawo narodów, gdy tymczasem o tego rodzaju wymogu nie sposób mówić w stosunku do systemów prawa krajowego. Kiedykolwiek jednak „w konkretnym przypadku należy zastosować prawo wewnętrzne, może on mieć obowiązek uzyskania wiedzy o prawie, jakie ma zastosować, a to bądź na podstawie dowodów dostarczanych przez strony, bądź za pomocą badań, które by sam Trybunał uznał za stosowne przedsięwziąć albo kazać przedsięwziąć”⁸⁹. Jak słusznie podkreślał L. Ehrlich, właśnie w tego rodzaju ewentualności „Udział w Trybunale prawników wykształconych w różnych systemach prawnych ma ułatwić ustalenie zasad odpowiadających potrzebom prawa międzynarodowego”⁹⁰.

Można by się zastanawiać, czy identycznie się przedstawia pozycja sądu regionalnego, takiego jak np. Europejski Trybunał Praw Człowieka, a także Komi-

86 Ibid.

87 Ibid., s. 14.

88 ECHR. *Judgment of 13 June 1979. Marck case*, Ser. A, nr 31, s. 25-26, pkt 58.

89 W ten sposób STSM w sprawie *Belgian Loans* – por. *Permanent Court of International Justice*, ser. A, nr 20-21, s. 124.

90 L. Ehrlich, op. cit., s. 26.

sja Europejska. Skoro w perspektywie europejskiego systemu ochrony praw człowieka musimy uwzględnić tezę o „jedności porządku prawnego”, skoro kontrola strasburska w naturalny sposób stanowi „drugi front” ochrony praw człowieka, skoro instancje strasburskie *ex officio* do zasad ogólnych prawa się uciekają, skoro wreszcie w ich plenach zasiadają członkowie ze wszystkich państw-stron systemu, zaryzykowałbym tezę, iż Komisja i Trybunał Strasburski winny poczuwać się do obowiązku dysponowania adekwatną wiedzą o systemach prawa krajowego i praktyce państw członkowskich, a w razie jej niedostatków swe „zaległości w nauce” *ad hoc* nadrobić. Z drugiej strony, wiadomym jest, że – jeśli chodzi o interpretację i stosowania prawa krajowego – instancje strasburskie „chylą czoła” przed kompetencją organów, a zwłaszcza sądów krajowych, ich priorytet w tym względzie uznając i – co do zasady – poszanowując.

Reasumując, należy stwierdzić, że zasady ogólne prawa uznane przez narody cywilizowane pozostają wciąż aktualnym oddzielnym, autonomicznym i bardzo specyficznym źródłem prawa międzynarodowego. Ich rezerwuuar obejmuje całość porządku prawnego, a więc zarówno międzynarodowego porządku prawnego, jak i krajowych systemów prawnych, nie zamykając się przy tym w granicach sztywnie rozumianego „pozytywnego porządku prawnego”, lecz otwierając się na „metaprawną głębię”, religii i filozofii, etyki i moralności, a współcześnie także bioetyki, nie wykluczając.

To nie tylko „przestrzeń horyzontalna” rozciągająca się na całość systemów prawnych, z owym metaprawnym czy poza- i ponadpozytywnym pogłębieniem; to także „przestrzeń wertykalna”, wymagająca „wehikułu czasu”, by nie raz sięgnąć aż po prawo rzymskie, po glossatorów i postglossatorów, po dzieje prawa kanonicznego oraz po recepcję wszystkich tych „przodków” prawa współczesnego w Europie, a także „odkopywania” analogicznych tradycji cywilizacji i kultur prawnych w innych regionach świata.

To już nie tylko „perspektywa światowa” Jenksa, ale to już wręcz „światowa perspektywa czasoprzestrzeni”, ułatwiająca i porządkowania dzisiaj dzięki ustaleniu się owych „głównych form cywilizacji oraz zasadniczych systemów prawnych świata”, *naturaliter* i *ex necessitate* stanowiącego „jedność w różnorodności”, w obrębie której jest miejsce na powszechne zasady ogólne prawa, podobnie jak jest też miejsce na zasady regionalne. Te drugie wyrastają z owych specyficznych wspólnych tradycji i systemów wartości, obiektywnych i zazwyczaj pielęgnowanych, uzasadniających specyfikę odnośnych zasad regionalnych. Słusznie odnotowuje C. Mik, że: „Większe znaczenie będą one miały zawsze wtedy, gdy grupa zainteresowanych ich istnieniem państw będzie sobie bliska ideologicznie, historycznie czy kulturowo. Fenomen obserwowany we Wspólnotach Europejskich nie jest i nie może być uważany za jedynie właściwy dla porządku wspólnotowego”⁹¹.

91 C. Mik, *Koncepcja normatywna...*, s. 12.

Zarazem, istnienie regionalnych zasad ogólnych prawa nie przekreśla istnienia tego rodzaju zasad powszechnych, ani nawet ich żywotności w obrębie samego danego systemu regionalnego. Toteż trudno się dziwić, że w praktyce strasburskiej – tak w kontekście art. 26, jak i na gruncie art. 7 pkt 2 Konwencji Europejskiej czy art. 1 Protokołu I do niej – ochoczo się sięga do świata uniwersalnych zasad ogólnych prawa, a w doktrynie silnie się podkreśla, że nie może tu chodzić o zasady specyficzne li tylko dla państw członkowskich Rady Europy, lecz że trzeba sięgać „na zewnątrz”⁹².

Takie powszechne zasady ogólne istnieją. Niezbędne otwarcie na nie, przy całej dostrzegalnej tendencji do preferowania tego, „co swoje własne” w obrębie systemu regionalnego, gwarantuje w jakimś stopniu fakt, że systemy prawne wielu państw postkolonialnych przejęły w znacznej mierze dziedzictwo czy to anglosaskiego „*common law*”, czy też europejskich systemów kontynentalnych, zwłaszcza francuskiego. Jakaś gwarancja tkwi również w tym, że elity prawne owych „nowych państw” kształciły się i w znacznym stopniu nadal się kształcą na uniwersytetach Europy i Ameryki Północnej. Uzyskują więc fundamentalną „kindersztubę prawniczą”, sącząca elementarne soki uniwersalnej kultury prawnej.

Na zjawisku tej „kindersztuby” chciałbym kończyć. To w jej obrębie znajdzie się miejsce na rozpoznanie i uświadomienie owych utrwalających się przez wieki założeń, składających się na fundamentalne wyposażenie prawnicze, a wyrażanych m.in. niezliczonymi paremiami łacińskimi: „*lex specialis derogat legi generali*”; „*lex posterior derogat legi priori*”; „*audiatur et altera pars*”; „*nemo iudex in re sua*”; „*nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori*”; „*lex retro non agit*”, „*in dubio pro reo*”; „*ne bis in idem*”; „*nemo commodum capere potest ex iniuria sua propria*”; „*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*”; „*inadimplenti non est adimplendum*”; „*ex iniuria ius non oritur*”, a czasem – zresztą bez koniecznego popadania w konflikt z poprzednią zasadą – „*ex factis ius oritur*” itd., itd.

To też jakby „meta-prawo”, tak, jak – w stosunku do porządków prawnych państw oraz do porządku prawnomiedzynarodowego – „meta-prawem” są i pozostają, stanowiąc ciągle „odkrywany” rezerwuar, prawa człowieka i podstawowe wolności, w kontekście przyrodzonej godności ludzkiej – prawnie usankcjonowanej i na piedestał wyniesionej – otwierające porządek prawny na poza – i ponadprawną „głębnię człowieczeństwa”, uznawane, potwierdzone i umocowywane w płaszczyźnie krajowej i międzynarodowej oraz – mniej lub bardziej skutecznie – chronione. „Głębnia” owa wciąż pozostaje „apelem o jeszcze”, niewyczerpalnym w potencjalnych i coraz to nowych wymiarach pragnień i oczekiwań Człowieka, a przez wielu widzianym – nie tylko w perspektywie europejskiego porządku wspólnotowego – jako właśnie rezerwuar „zasad ogólnych prawa”, tych koniecznych i fundamentalnych, podłoże wszelkiego i jakiegokolwiek porządku prawnego stanowiących.

92 W ten sposób: P. van Dijk, G. J. H. van Hoof, op. cit., s. 366.