

Rozdział I. Orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości na rzecz rozwoju prawa międzynarodowego

§ 1. Misja Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości

Kontrowersyjny i charyzmatyczny przywódca Narodów Zjednoczonych *Boutros Boutros Ghali*, mówiąc o Międzynarodowym Trybunale Sprawiedliwości, określił go jako „niewykorzystane bogactwo na rzecz pokojowego rozstrzygania sporów”¹. Stwierdzenie to nawiązuje do jednego z celów, jakie przyświecały utworzeniu MTS.

Powołanie do życia w ramach Organizacji Narodów Zjednoczonych, jako jej głównego organu sądowego, Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości miało przyczynić się do realizacji jednego z najważniejszych celów organizacji, jakim jest pokojowe załatwianie sporów międzynarodowych. Trybunał wniósł znaczący wkład w implementację tego celu poprzez sprawowanie międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości w różnorodnych obszarach prawa międzynarodowego, włączając w to suwerenność państwa, samostanowienie narodów, integralność terytorialną, delimitację granic, stosunki dyplomatyczne, a nawet prawa jednostki.

Artykuł 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości² określa misję Trybunału jako „rozstrzyganie na podstawie prawa międzynarodowego sporów, które zostały mu przekazane”. Przepisy Statutu MTS nie for-

¹ „(...) *under-used resource for the peaceful adjudication of disputes* (...)”, UN Doc. No. A/47/277, Report of the Secretary-General Pursuant to the Statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 Jan 1992, 17 June 1992.

² Dz.U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 ze zm.

mułują w inny sposób celów, jakie realizować ma Trybunał, ale zestawienie przywołanego przepisu z określonymi w Karcie Narodów Zjednoczonych celami Organizacji pozwala je zidentyfikować. W preambule Karty NZ jako cele Organizacji wskazano m.in. kształtowanie warunków umożliwiających utrzymanie sprawiedliwości i poszanowanie zobowiązań wynikających z traktatów i innych źródeł prawa międzynarodowego, a w art. 1 pkt 1 Karty Narodów Zjednoczonych z 26.6.1945 r.³ – utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa poprzez podejmowanie skutecznych środków zbiorowych dla zapobiegania zagrożeniom pokoju i ich eliminowanie, poprzez tłumienie wszelkich aktów agresji i innych naruszeń pokoju, łagodzenie lub załatwianie pokojowymi metodami i zgodnie z zasadami sprawiedliwości oraz prawa międzynarodowego sporów lub sytuacji międzynarodowych, które mogłyby skutkować naruszeniem pokoju. Podstawowym celem głównego organu sądowego Narodów Zjednoczonych jest więc osiągnięcie zgodności z prawem międzynarodowym w jego orzekaniu, choć celu tego nie określono *explicite* w aktach konstytuujących Trybunał. Jak zresztą wskazuje S. *Rosenne*, te same powody, które uzasadniają w ogólności istnienie Narodów Zjednoczonych, uwierzytelniają także aktywność sądową Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości⁴, formując między nimi pewną organiczną więź. Funkcje i cele Trybunału są zatem integralnym elementem architektury Narodów Zjednoczonych w zakresie ich kluczowego celu, jakim jest utrzymanie pokoju i bezpieczeństwa na świecie.

Szczególna rola, jaką Trybunał haski spełnia w życiu międzynarodowej społeczności, wynika m.in. z przypisanych mu dwóch podstawowych celów, jakimi są rozstrzyganie sporów oraz wspieranie przestrzegania prawa międzynarodowego. Być może brak precyzyjnego opisu celów, czy funkcji Trybunału w dokumentach go konstytuujących wynika po prostu z faktu, że ich treść była przedmiotem powszechnego porozumienia między twórcami Statutu MTS, opartego na przekonaniu, że sądownictwo międzynarodowe ma stanowić uniwersalne panaceum na wojnę i konflikty i stanowić część instytucjonalnego systemu utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa⁵. Przy takim założeniu funkcje Trybunału w postaci rozstrzygania sporów oraz wspierania

³ Dz.U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 ze zm.

⁴ S. *Rosenne*, *The Law and Practice of the International Court*, 1920–2005, Leiden 2006, s. 103.

⁵ M.S.A. *Mohamed*, *The Role of the International Court of Justice as the Principal Judicial Organ of the United Nations*, London 1997, s. 197–242.

przestrzegania prawa mają względem siebie wzajemnie charakter komplementarny⁶.

To z kolei wyłania następne cele, jakimi są wspieranie międzynarodowego porządku prawnego oraz jego legitymizacja⁷. Wspieranie międzynarodowego porządku prawnego koresponduje z postanowieniami art. 36 ust. 3 oraz art. 96 Karty NZ i art. 65–68 Statutu MTS. Natomiast legitymizacja tego porządku wynika pośrednio z art. 1 Karty NZ, który nakazuje Narodom Zjednoczonym działać środkami pokojowymi i zgodnie z zasadami sprawiedliwości i prawa międzynarodowego. Zaprojektowanie w strukturze ONZ jako jednego z głównych organów organu sądowego – Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, rozstrzygającego spory „na podstawie prawa międzynarodowego”, mającego realizować w praktyce relacji międzynarodowych „idee rządów prawa”⁸ jest bezpośrednią emanacją tych postanowień i sytuuje w centrum systemu Narodów Zjednoczonych jego kluczowe elementy konstrukcyjne: prawo, sprawiedliwość i pokój.

Symboliczny status strażnika prawa międzynarodowego i sprawiedliwości identyfikuje jeszcze jeden cel, który Trybunał ma do zrealizowania – jest nim rozwijanie prawa międzynarodowego. Wprawdzie supozycja taka nie znajduje bezpośredniego wsparcia ani w Statucie MTS, ani nawet w Karcie NZ, która funkcję progresywnego rozwijania prawa międzynarodowego przypisuje Zgromadzeniu Ogólnemu NZ, jednak można ją wywieść z ogólnych rozważań na temat roli, jaką międzynarodowe sądownictwo ma do odegrania w specyficznym porządku prawa międzynarodowego. Praktyczna doniosłość Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości nie ogranicza się do stosowania przezeń prawa międzynarodowego, a jego mandat do wyliczonych w obowiązujących przepisach funkcji i zasad podejmowania decyzji – rzeczywiste znaczenie Trybunału obejmuje również logiczne i dalekosiężne konsekwencje jego rozstrzygnięć.

⁶ Y. Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts*, Oxford 2014, s. 165.

⁷ Zob. np. R. Wolfrum, V. Röben (red.), *Legitimacy in International Law*, Berlin–Heidelberg–New York 2008, s. 169–218.

⁸ G. de Baere, A.L. Chané, J. Wouters, *Assessing the Contribution of the International Judiciary to the Rule of Law: Elements of a Roadmap*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Institute for International Law Working Paper 2015, Nr 157, s. 1–45.

§ 2. Rozwijanie prawa międzynarodowego jako funkcja orzecznictwa MTS

Przekonanie, że poza realizacją określonych wprost statutowo celów, Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości powinien wywierać realny wpływ na rozwijanie prawa międzynarodowego, wyraził już Sir *H. Lauterpacht*⁹, a późniejsza doktryna prawa międzynarodowego potwierdzała tę asumpcję¹⁰ w nurcie ogólnej debaty nad wpływem międzynarodowego sądownictwa na kształtowanie prawa międzynarodowego¹¹.

H. Lauterpacht podkreślał, że każde orzeczenie sądowe jest krokiem naprzód albo krokiem wstecz w sferze rozwoju prawa i sędziowie nie unikną tego, że stanowią część „siły życiowej [napędowej – przyp. *I.G.*] prawa”, a ponadto, że długa jest historia pełnienia przez sądy i sędziów konstrukcyjnej roli w społeczeństwie i relacjach międzynarodowych. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości pełni szczególną rolę w rozwoju prawa międzynarodowego – każda jego decyzja wywiera na nie istotny wpływ. Ukazanie tej roli wymaga odmiennego potraktowania dwóch funkcji, jakie MTS pełni zgodnie ze swoim Statutem: wydawania wyroków w sporach przekazanych mu do rozstrzygnięcia oraz wydawania opinii prawnych. Perswazyjna natura tych ostatnich jest często bardziej skuteczna, niż przymus i stanowią one uznaną część międzynarodowej nauki prawa. Ponadto wydawanie opinii doradczych daje Trybunałowi znacznie większy potencjał dalszego rozwijania prawa i znacznie większą swobodę w rozwiązywaniu problemów prawnych, niż przy wydawaniu wyroków w sprawach spornych, nie ogranicza się bowiem do analizy faktów w konkretnej sprawie. Poza tym, wydając opinię doradczą, Trybunał może nawet

⁹ *H. Lauterpacht*, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge 1958.

¹⁰ Zob. np. serię interesujących rozważań na ten temat w GLJ 2011, vol. 12, Nr 5, pod zbiorczym tytułem: *Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*, obejmującą: *E. Benvenisti*, *G.W. Downs*, *Prospects for the Increased Independence of International Tribunals*, s. 1057–1081; *A. von Bogdandy*, *I. Venzke*, *On the Democratic Legitimation*, s. 1342–1370; *M. Jacob*, *Precedents*, s. 1005–1032; *K. Oellers-Frahm*, *Lawmaking Through Advisory Opinions?*, s. 1033–1056; *taż*, *Expanding the Competence to Issue Provisional Measures-Strengthening the International Judicial Function*, s. 1279–1294.

¹¹ Zob. np. *A. Wyrozumska* (red.), *Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych*, Łódź 2014; *Ch.J. Tams*, *J. Sloan* (red.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford 2013; *T. Ginsburg*, *International Judicial Lawmaking*, University of Illinois College of Law Law and Economics Working Papers 2005, Nr 26, s. 1–40, https://www.law.berkeley.edu/files/ginsburg_05.pdf (dostęp: 27.2.2018 r.).

przeformułować zadane pytanie i odejść od jego dosłownego brzmienia, by wyeksponować w pełni swoje uzasadnienie i odpowiednie rozwinięcie istotnych kwestii prawnych. Na marginesie tych rozważań zauważyć należy, że widoczne są pewne tendencje ewolucyjne opinii prawnych – zyskują sobie one poważne miejsce w systemie prawa międzynarodowego i miano opiniotwórczych, a nawet wspomagających proces prawotwórczy¹² i w praktyce traktowane są jak wypowiedzi autorytatywne.

Aktywność, określana przez część doktryny¹³ jako „sądowe tworzenie prawa międzynarodowego”¹⁴, co do zasady może być analizowana w dwóch wymiarach: po pierwsze, w kontekście stopnia „innowacyjności” decyzji sądu międzynarodowego w odniesieniu do obowiązującego prawa; po drugie zaś, w świetle wpływu autorytetu tych decyzji na przyszłe podobne sprawy. Wydaje się, że zarysowanie tej dychotomii stanowi instrument, pozwalający na uniknięcie kontrowersji typowych dla debat prowadzonych w krajowych porządkach prawnych odnośnie do zjawiska „sądowego aktywizmu”. Punktem wyjścia dla określenia w tym kontekście natury decyzji Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości oraz ich prawnych konsekwencji są przepisy Statutu Trybunału. Zgodnie z postanowieniami art. 38 ust. 1 lit. d Statutu MTS, Trybunał, rozstrzygając na podstawie prawa międzynarodowego przekazane mu spory, będzie stosował m.in. wyroki sądowe tudzież zdania najznakomitszych znawców prawa publicznego różnych narodów jako środek pomocniczy do stwierdzania treści przepisów prawnych. Stosownie zaś do brzmienia art. 59 Statutu MTS, decyzje Trybunału wiążą tylko strony w sporze i tylko w stosunku do danego sporu. Zestawienie tych przepisów *prima facie* identyfikuje tradycyjne podejście do orzeczeń sądowych, mających stanowić jedynie wtórny

¹² A. Wnukiewicz-Kozłowska, Kompetencje doradcze sądów międzynarodowych, w: J. Kolas (red.), Współczesne sądownictwo międzynarodowe, t. II, Wybrane zagadnienia prawne, Wrocław 2010, s. 156–157. Autorka podkreśla, że pod względem merytorycznego poziomu opinii doradcze nie różnią się od wyroków sądów międzynarodowych – tamże, s. 169.

¹³ Np. T. Ginsburg, International Judicial Lawmaking, s. 1–40; G.I. Hernandez, International Judicial Law-Making, w: C. Brölmann, Y. Radi (red.), Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking, Cheltenham–Northampton 2016, s. 200–221; E. McWhinney, International Law-Making and the Judicial Process: the World Court and the French Nuclear Tests Case, Syracuse Journal of International Law and Commerce 1975, vol. 3, Nr 1, s. 9–46 i tegoż Autora: The International Court of Justice and International Law-making: the Judicial Activism/Self-Restraint Antinomy, Chinese Journal of International Law 2006, vol. 5, Nr 1, s. 3–13; A. von Bogdandy, I. Venzke, B. Simma, International Judicial Lawmaking. On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance, Heidelberg–New York 2012.

¹⁴ Ang. *judicial law-making*.

i uzupełniający punkt odniesienia w procesie podejmowania decyzji Trybunału.

To tradycyjne podejście cechuje także rozważania o roli art. 38 Statutu MTS w prawie międzynarodowym publicznym. Pojęcie źródeł prawa międzynarodowego nie doczekało się jak dotąd definicji¹⁵ konwencyjnej ani nie został wprost określony katalog źródeł tego prawa¹⁶. Doktrynalne odwołania w tej kwestii prowadzą do art. 38 Statutu MTS, zgodnie z którym Trybunał orzeka „na podstawie prawa międzynarodowego” (ang. *in accordance with international law*), co nauce prawa międzynarodowego dało powszechne niemal przekonanie, iż art. 38 Statutu MTS formuje (otwarty) katalog źródeł prawa międzynarodowego¹⁷.

Terminy „system prawa” i „porządek prawny” w naukach prawnych są stosowane zamiennie jako terminy równoznaczne lub bliskoznaczne, o różnym jedynie zakresie odniesienia¹⁸. Cechą charakterystyczną porządku (systemu) prawa międzynarodowego jest m.in. jego multicentryczność, polegająca przede wszystkim na występowaniu w nim wielu równorzędnych centrów decyzyjnych. Niekiedy towarzyszy temu występowanie kilku równorzędnych źródeł prawa nieuporządkowanych hierarchicznie¹⁹. Cechę tę zresztą przypisuje się także innym porządkom (systemom) prawa, w tym prawu krajowemu i bywa ona uważana za charakterystyczną dla współczesnego prawa w ogólności.

Przyjmując za większością doktryny, że art. 38 należy łączyć z katalogiem źródeł prawa międzynarodowego, trzeba także zwrócić uwagę na to, że dokonane w nim wyliczenie jest podzielone konstrukcyjnie na dwie główne części, tym samym art. 38 Statutu MTS dzieli wymienione w nim czynniki na dwie

¹⁵ A. Klafkowski, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1979, s. 68.

¹⁶ J. Menkes, Ł. Majewski (red.), *Wybór kazusów z prawa międzynarodowego. Źródła prawa międzynarodowego*, s. 10.

¹⁷ Tak np. L. Erlich, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 1958, s. 20; J. Gilas, *Prawo międzynarodowe*, Toruń 1999, s. 50; A. Aust, *Handbook of International Law*, Cambridge 2009, s. 6; M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2011, s. 72.

¹⁸ W. Lang, *System prawa i porządek prawny*, w: O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawny a porządek prawny*, Szczecin 2008, s. 13.

¹⁹ Cecha określana jako „wieloskładnikowość” czy „multicentryczność” systemu prawa nie wyklucza wprawdzie jego hierarchiczności, ale też nie zawsze idzie z nią w parze. Multicentryczność i hierarchiczność mogą bowiem uzupełniać się wzajemnie w ramach systemu prawa albo ze sobą kolidować. Zob. np. A. Kalisz, *Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, RPEiS 2007, Nr 4, s. 36.

grupy: zasadnicze, których pierwotny charakter nie budzi wątpliwości (umowy międzynarodowe, międzynarodowy zwyczaj oraz ogólne zasady prawa uznane przez narody cywilizowane) i pomocnicze (orzecznictwo sądów międzynarodowych, opinie doktryny). Wśród czynników tej drugiej grupy coraz bardziej istotne dla badania charakteru norm i ich treści staje się współczesne międzynarodowe orzecznictwo.

Zwłaszcza orzeczenia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości jako jedyne sądu o charakterze rzeczywiście uniwersalnym – jego właściwość przedmiotowa w zakresie sporów o charakterze prawnym bowiem jest nielimitowana – stanowią ogromny zbiór cennych informacji dla opisywania i pojmowania międzynarodowego porządku prawnego i funkcjonowania międzynarodowej społeczności/wspólnoty. Nawet brak waloru powszechnego wykorzystania MTS²⁰ jako drogi pokojowego załatwiania sporów prawnych między państwami²¹ nie pomniejsza wagi i wymowy tych orzeczeń. Brak nadania im statusu precedensu nie pozbawia ich siły oddziaływania na znacznie szersze audytorium niż tylko strony postępowania²², zwłaszcza dlatego że tego oddziaływania oczekuje społeczność/wspólnota międzynarodowa, która będąc oparta na prawie międzynarodowym i prawem tym orientowana, stale posiada potrzebę wyjaśniania i porządkowania jego norm, ich uściślenia i nawet wskazywania kierunków jego rozwoju. Budowanie rządów prawa, także w porządku międzynarodowym, musi uwzględniać fundamentalną rolę sądów i ich orzecznictwa, które identyfikuje nie tylko kształt, strukturę, ale i centrum prawnomiędzynarodowego porządku.

Przekonujący jest pogląd *H. Lauterpachta*, że **ograniczenia, jakie nakłada na decyzje Trybunału art. 59 Statutu MTS, zgodnie z którym wyrok Trybunału wiąże tylko strony w sporze i tylko w stosunku do danego sporu, odnoszą się do rozstrzygnięcia *sensu stricto*, które należy oddzielić od rozu-**

²⁰ Państwa wprawdzie rzadko decydują się na poddanie sporów między nimi osądowi MTS, ale jeśli już to czynią, towarzyszy temu silne przekonanie o autorytecie tego sądu, jego wiedzy i umiejętności identyfikacji zasad międzynarodowego porządku prawnego oraz znajomości stadiów ich ewolucji do konkretnego przypadku.

²¹ Wyłączność państw w postępowaniu przed MTS co prawda nie wzbogaca samej debaty sądowej w warunkach multiplikującej się ilościowo i jakościowo społeczności międzynarodowej, jednak wydaje się, że brak ten nieco rekompensuje proliferacja sądów międzynarodowych, a zwłaszcza powstanie takich, przed którymi postępowanie mogą inicjować także inne, niż państwa, podmioty – zob. *P. Daranowski, J. Połatyńska* (red.), *Prawo międzynarodowe publiczne*, s. XII i XIII.

²² *P. Daranowski i J. Połatyńska* określają to jako „siłę normatywną” – zob. *P. Daranowski, J. Połatyńska* (red.), *Prawo międzynarodowe publiczne*, s. XIV.

mowania stojącego za podjętą decyzją oraz analizy zasad prawnych, na których jest ona oparta²³. Związanie tylko stron i tylko w danym sporze decyzją MTS nie znosi też wpływu, jaki ta decyzja może wywrzeć w przyszłości na kolejne decyzje sądów i na prawo międzynarodowe. Akceptacja tego poglądu umożliwia wytyczenie granicy pomiędzy kontrowersyjnym sędziowskim aktywizmem i potrzebą wypełniania przez Trybunał luk w prawie międzynarodowym²⁴. Trybunał w swojej praktyce sądowej często sięga do swoich wcześniejszych orzeczeń i przywołuje własną argumentację zaprezentowaną w jego wyrokach i opiniach²⁵, co potwierdza ich status jako autorytatywnych wypowiedzi o aktualnym stanie prawa międzynarodowego²⁶, choć nie znajduje oparcia w art. 38 i 59 Statutu Trybunału. Stanowi to część procesu dalszego krystalizowania norm prawnych. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości dąży do zachowania spójności własnego orzecznictwa m.in. poprzez utrzymanie jednolitej linii orzeczniczej przynajmniej do momentu, w którym okaże się, że istnieją ważne powody, aby ją przerwać²⁷. Nawet i to ma istotne znaczenie dla rozwijania prawa międzynarodowego dzięki orzecznictwu MTS – powody orzekania odmiennego, niż poprzednio, muszą być gruntownie uzasadnione. Wszelkie poprzednie decyzje Trybunału ucieleśniają wiedzę i doświadczenie jego sędziów, jego obszerną i wieloaspektową argumentację i rozumowanie i stanowią element budowania pewności obrotu prawnego, niezależnie od braku powszechnej mocy wiążącej tych decyzji. Prosty podział

²³ Podobny pogląd prezentują np.: *Ch.F. Amerasinghe*, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Oxford 1967, *passim*; *R. Jennings*, *The Judiciary, National and International, and the Development of International Law*, ICLQ 1996, vol. 45, Nr 1, s. 1–12; *M. Shahabuddeen*, *Precedent in the World Court*, Cambridge 1996. Innego zdania są natomiast *Ch.J. Tams*, *J. Sloan* (red.), *The Development of International Law*, s. 389–390, według których nie ma żadnych powodów ku temu, aby *ratio decidendi* traktować jako bardziej autorytatywne, niż *obiter dicta*. W opinii tych Autorów podział na *ratio decidendi* i *obiter dicta* nie koresponduje z tym, czy i na ile decyzje MTS wywierają wpływ na rozwój prawa międzynarodowego, a ponadto odwołują się do doktryny przytaczającej liczne przykłady *obiter dicta*. Podkreślają oni, że podstawą decyzji Trybunału są argumenty logiczne i dlatego nie ma potrzeby oddzielania rozstrzygnięcia od jego uzasadnienia.

²⁴ Np. o lukach w międzynarodowym prawie karnym zob. *M. Swart*, *Gap-Filling as Law-Making: the Examples of the Ad-Hoc International Criminal Tribunals*, w: *H.R. Fabri*, *R. Wolfrum*, *J. Gogolin* (red.), *Selected Proceedings of the European Society of International Law* 2008, Nr 2, Oxford–Portland 2010, s. 313–317.

²⁵ Wiele przykładów podaje *M. Shahabuddeen*, *Precedent in the World Court*.

²⁶ *L. Chan*, *The Dominance of the International Court of Justice in the Creation of Customary International Law*, *Southampton Students Law Review* 2016, vol. 6, s. 51.

²⁷ Zob. także komentarz do art. 59 Statutu MTS autorstwa *Ch. Browna*, w: *A. Zimmermann*, *Ch. Tomuschat*, *K. Oellers-Frahm*, *Ch.J. Tams* (red.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford 2012, s. 1162–1163.

na wiążące i niewiążące powszechnie nie odzwierciedla w pełni dynamicznego i perswazyjnego charakteru decyzji Trybunału. Szczególną wymowę ma tutaj również fakultatywna jurysdykcja Trybunału – mandat udzielany mu przez strony sporu przekazanego mu do rozstrzygnięcia umożliwia treściom decyzji Trybunału przenikanie do całego kompleksu prawnomiędzynarodowych norm postępowania, a zarówno rządy, jak i inne sądy oraz eksperci powołują się na decyzje MTS często, zwłaszcza dla poparcia własnych opinii prawnych.

H. Lauterpacht podkreśla, że sam Trybunał w swoim orzecznictwie odwołuje się do ewolucyjnej i dynamicznej²⁸ natury prawa międzynarodowego²⁹, a autorytet prawa pozytywnego nie może być oderwany od życia, co stanowi uzasadnienie dla sądowego rozwijania prawa międzynarodowego. Stosując prawo, w tym międzynarodowe konwencje, których długotrwała żywotność czasami oddala intencje ich twórców od możliwości ich implementacji w znacznie późniejszym czasie, Trybunał dokonuje wyboru między konkurującymi ze sobą możliwościami interpretacji z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy, zmian cywilizacyjnych i wymogów sprawiedliwości. Już sam proces myślenia i rozumienia prawa międzynarodowego wymaga racjonalnego zsynchronizowania jego literalnego brzmienia z dynamiką międzynarodowego życia i w ten sposób również następuje rozwijanie prawa międzynarodowego³⁰.

T. Ginsburg³¹ uważa, że: „sędziowie na poziomie międzynarodowym, podobnie jak sędziowie w krajowych systemach prawnych, często tworzą prawo w toku rozstrzygania sporów”, a sądowe tworzenie prawa jest nieuniknione

²⁸ Jak zauważa A. Wedel-Domaradzka: „w działalności sądów międzynarodowych występuje element kreacji prawa, a podstawy prawne orzekania charakteryzuje dynamiczna interpretacja (*living instrument*), mogąca być przyczyną kontrowersji. Kontrowersje te mogą być szczególnie widoczne w sytuacji, gdy sprawa będąca przedmiotem orzecznictwa sądu międzynarodowego jest nowa, nie ma ustalonej praktyki, charakteryzuje się odrębnym podejściem państw w zakresie wypracowanego standardu czy zróżnicowanym prawodawstwem wewnętrznym” – A. Wedel-Domaradzka, Opinie odrębne i ich znaczenie dla praktyki orzeczniczej ETPC – uwagi na tle doświadczeń w sprawach dotyczących początku życia ludzkiego, *Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego* 2017, Nr 8, s. 194.

²⁹ Opinia doradcza Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 21.6.1971 r., *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 176 (1970)*, ICJ Reports 1971, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf> (dostęp: 1.6.2018 r.).

³⁰ Zob. np. opinię odrębną sędziego A. Alvareza do wyroku MTS w sprawie *Anglo-Iranian Oil Company*, ICJ Reports 1952, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/16/016-19520722-JUD-01-02-EN.pdf> (dostęp: 1.6.2018 r.).

³¹ T. Ginsburg, *Bounded Discretion in International Judicial Lawmaking*, *Virginia Journal of International Law* 2004/2005, vol. 45, s. 632.

i służy wręcz interesom państw, koordynując ich zachowania. Jako proces podlega ograniczeniom formowanym przez państwa, zatem międzynarodowi sędziowie korzystają z limitowanej swobody w „tworzeniu prawa” i dzięki temu nie tylko wspomagają państwa w uporządkowaniu ich zachowań, ale również umacniają swoją legitymację dla własnego udziału w rozwijaniu prawa międzynarodowego. T. Ginsburg wskazuje, że doktrynalne badanie zjawiska proliferacji sądów międzynarodowych sprowadza się często do ustalania, czy zagraża ono spójności prawa międzynarodowego, natomiast nieco mniej uwagi poświęca się kontrowersyjnej kwestii sądowego „tworzenia” prawa międzynarodowego.

Międzynarodowe sądowe tworzenie prawa jest powiązane z zagadnieniem sądowego aktywizmu, choć ten ostatni zazwyczaj jest analizowany w doktrynie w kontekście konstytucyjnym³². Sędziowie krajowi wydają się w tym zakresie mieć większe ograniczenia, niż sędziowie międzynarodowi, ponieważ tych pierwszych hamują strategiczne wymogi konstytucyjne. Można nawet sądzić – wobec braku hierarchii norm w prawie międzynarodowym³³ oraz braku

³² Zob. np. W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie*. Materiały XVIII Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii i Prawa, Międzyszyn k. Warszawy, 22–24 września 2008 r., Warszawa 2010 – w tej pracy zbiorowej ze szczególnym uwzględnieniem: M. Smolak, *Niezawisłość sędziowska a zjawisko aktywizmu sędziowskiego*, s. 129–131; J. Trzciński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, s. 132–135; K.J. Kaleta, *Aktywizm sędziowski. Uwagi o zasadności zastosowania pojęcia na tle orzecznictwa konstytucyjnego*, s. 314–325; A. Orłowska, P. Polaczuk, *Między prawotwórstwem sędziowskim a dyskrecjonalnością*, s. 350–357; a także B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012.

³³ Przyjęta w art. 38 Statutu MTS kolejność wyliczenia tych elementów, które Trybunał bierze pod uwagę przy orzekaniu, nie formuje hierarchii aktów ani norm prawa międzynarodowego – brak tej hierarchii jest zresztą jedną z cech charakterystycznych prawa międzynarodowego publicznego – zob. np. Q.D. Nguyen, P. Dailler, A. Pellet, *Droit International Public*, Paris 1980, s. 104. Kwestia (braku) hierarchii w prawie międzynarodowym jest ściśle związana z naturą tego prawa, naturą jego podmiotów i specyfiki uznanych między nimi relacji. Według niektórych przedstawicieli doktryny powód braku hierarchii norm w prawie międzynarodowym jest oczywisty i wynika z zasady suwerennej równości państw, a przejawia się w równości zasad, źródeł i procedur wynikających z woli państw – zob. np. P.M. Dupuy, *Droit International Public*, Paris 2010, *passim*. Z drugiej strony inni argumentują, że prawo jest dla państw naturalne i odpowiada społecznej konieczności uporządkowania relacji między różnymi rodzajowo podmiotami – i że konieczność ta jest podstawą formowania pewnych uniwersalnych (imperatywnych) norm, ponieważ stale zwiększa się liczba spraw, których załatwienie musi być powierzone prawu międzynarodowemu. Konieczność taka koresponduje szczególnie z ideą kształtującej się dopiero wspólnoty międzynarodowej, opartej na prawie, wartościach i zasadach porządku publicznego – zob. np. T.H. Widlak, *Wspólnota międzynarodowa*, Gdańsk 2012, s. 408–412. Jednak pewne elementy uporządkowania pionowego w prawie międzynarodowym publicznym można odnaleźć. Przykładem jest art. 103

nadrzędnego ustawodawcy – że potencjalne możliwości sądowego tworzenia prawa międzynarodowego są większe, niż w systemach prawa krajowego.

Jest to także ściśle związane z podnoszoną w doktrynie kwestią efektywności sądów międzynarodowych³⁴. T. Ginsburg dowodzi, że sądy międzynarodowe sprawują „współzależną władzę prawodawczą” w tym znaczeniu, że wymowa ich interpretacji prawa międzynarodowego jest do pewnego stopnia ograniczona przez państwa i inne podmioty.

Sądowe tworzenie prawa zwykle wynika z niekompletności systemu reguł. Sędziowie rozwiązują problemy prawne na podstawie obowiązującego prawa, ale bywa i tak, że prawo to nie gwarantuje definitywnego rozwiązania problemu; wówczas rolą sędziów jest wypełnienie tej luki. Dzieje się tak zwłaszcza dlatego, że powszechne jest przekonanie, iż sądy międzynarodowe nie mogą powołać się na *non liquet*³⁵.

T. Ginsburg cytuje Lorda Arthura Balfoura, współtwórcę Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej, który twierdził, że niezależnie od tego, czy

Karty NZ, który daje Kartcie pierwszeństwo w razie konfliktu między jej postanowieniami a innymi zobowiązaniami umownymi członków ONZ. Ta „klauzula pierwszeństwa” bywa postrzegana jako dowód na istnienie specyficznego międzynarodowego reżimu (międzynarodowego porządku publicznego) w ramach Organizacji Narodów Zjednoczonych, ze względu na cele Organizacji odzwierciedlające podstawowe wartości społeczności (wspólnoty *in statu nascendi*) międzynarodowej. Lokalizacja dzięki art. 103 Karty NZ reżimu ONZ ponad innymi reżimami umownymi, nawet jeśli porządek taki aktywuje się wyłącznie w razie kolizji norm, stanowi zgrabny porządek pionowego nawet przy braku formalnej hierarchii źródeł prawa międzynarodowego.

³⁴ J. Goldsmith, E. Posner, *The Limits of International Law*, Oxford 2005; zob. również Y. Shany, *Assessing the Effectiveness*.

³⁵ H. Lauterpacht, pisząc o materialnej i formalnej zupełności prawa międzynarodowego, wskazuje wprawdzie, że: „(...) tak długo, jak do prawa międzynarodowego mają zastosowanie fundamentalne zasady jurysprudencki i ogólne zasady prawa, tak długo nie ma luk w prawie międzynarodowym, jeśli rozumieć «luki» w ten sposób, że zdarzają się sytuacje, w których międzynarodowe sądy są uprawnione lub zobowiązane do odmowy rozstrzygnięcia na tej podstawie, że nie istnieje żadna uznana reguła prawa międzynarodowego, mogąca mieć zastosowanie do tej sprawy” i dalej że: „Trybunał zawsze za podstawę rozstrzygnięcia może przyjąć jedną lub kilka reguł o różnej skali elastyczności. Może na przykład procedować koncentrując się na wolności i suwerenności państw jako na fundamentalnych podstawach prawa międzynarodowego i na założeniu, że żadne roszczenie dotyczące ograniczenia wolności działania państwa nie może zostać uznane, chyba że istnieje ku temu wyraźna podstawa prawna. Może kierować się założeniem, że co nie jest wyraźnie zakazane, jest dozwolone (...) fałszywe jest zarówno twierdzenie, że istnieją takie luki w prawie międzynarodowym, które oznaczają brak w porządku prawnym jakiegokolwiek rozwiązania w danej sytuacji, jaki i twierdzenie, że w prawie nie ma żadnych luk, w jakimkolwiek sensie by ich nie rozumieć (...)” – H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford 2011, s. 94 i n. Tak należy rozumieć misję wspierania prawa międzynarodowego przez sądy międzynarodowe.

jest to zamierzone, czy też nie, sędziowie stałego sądu międzynarodowego będą tworzyli prawo, państwa zatem dla równowagi powinny dysponować instrumentami umożliwiającymi im ograniczenie wpływu konkretnych decyzji na prawo międzynarodowe.

Jeden z sędziów MTS, *R.Y. Jennings*, pisał, że: „(...) być może największym wyzwaniem funkcji sędziowskiej jest stosowanie obowiązujących, uznanych reguł lub zasad prawa, nawet jeśli polega to na **tworzeniu prawa poprzez rozwijanie, adaptowanie, modyfikowanie, wypełnianie luk, interpretowanie** (...)”³⁶, a także że Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości jest zdecydowanie i nierozdzielnie związany z rozwojem i kształtowaniem prawa międzynarodowego³⁷. Nie oznacza to niedozwolonego aktywizmu sędziowskiego, lecz raczej prawidłowe rozlokowanie funkcji sądowych, co wyraźnie należy odróżnić od działań legislacyjnych³⁸.

Cytowany również przez *T. Ginsburga* – *M. Shapiro* pisze natomiast wprost, że skonfrontowany z luką prawną sędzia nie ma wyboru – musi ją wypełnić³⁹. **Kształtowanie reguły postępowania na rzecz stron sporu różni się oczywiście od tworzenia prawa powszechnego w znaczeniu aktywności legislacyjnej**⁴⁰.

Tak zwane sądowe rozwijanie prawa międzynarodowego potwierdza nawet praktyka samych państw, w tym wykorzystywana przez państwa możliwość przystąpienia do toczącego się przed Trybunałem sporu w charakterze interwenienta, stosownie do postanowień art. 62 i 63 Statutu MTS⁴¹.

³⁶ Za: *T. Ginsburg*, *Bounded Discretion*, s. 365.

³⁷ *R.Y. Jennings*, *The Internal Judicial Practice of the International Court of Justice*, BYIL 1988, vol. 59, Nr 1, s. 31.

³⁸ *A. Pellet*, *Shaping the Future of International Law: the Role of the World Court in Law – Making*, w: *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden–Boston 2010, s. 1065–1083.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Sam Trybunał podkreślił w jednym ze swoich orzeczeń, że wypowiada się na temat istniejących przepisów i nie stanowi prawa, nawet jeśli stosując obowiązujące prawo musi określić jego zakres i czasami wskazać jego kierunek – *Opinia doradcza MTS z 8.7.1996 r., Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (dostęp: 1.6.2018 r.).

⁴¹ *H. Lauterpacht*, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge 1958, s. 8 i n. Cała koncepcja interwencji i wykazania przed Trybunałem przez potencjalnego interwenienta „interesu natury prawnej” w przystąpieniu do postępowania jest przecież związana ze skutkami, jakie orzeczenie w danej sprawie może wyrzucić dla państw niebędących stroną postępowania. Innymi słowy, Trybunał poprzez swoje generalne wypowiedzi o aktualnym stanie obowiązującego prawa może kształtować także sytuację prawną państw trzecich i innych

Współczesna doktryna prawa międzynarodowego zna poglądy o kryzysie prawa międzynarodowego⁴² i jego tworzenia⁴³, o niewystarczających z punktu widzenia interesu społeczności międzynarodowej procesach prawotwórczych⁴⁴ (co jest spowodowane m.in. dużą grupą istniejących współcześnie państw, ale także nową rolą w społeczności międzynarodowej innych podmiotów, również uprawnionych do zawierania umów, niewielką zdolnością tworzenia ugrupowań transregionalnych, mogących reprezentować i formułować wspólne stanowiska)⁴⁵, o brakach traktatowych w wielu istotnych sferach⁴⁶ oraz w konsekwencji o konieczności wypracowania nowego i mniej konserwatywnego podejścia do kwestii tworzenia tego prawa i jego legitymacji.

A. Boyle i Ch. Chinkin piszą wprost o tym, że współcześnie trudno jest zamykać proces „stanowienia” prawa międzynarodowego w działaniach policzalnej grupy podmiotów (państw) przy użyciu nielicznych instrumentów współpracy międzyrządowej i choć skupiają się na prawie stanowionym w formie pisemnej, to odnoszą się także do procesów negocjacyjnych i innych instrumentów o niewiążącym charakterze (*soft-law*).

Formowanie prawa międzynarodowego dokonuje się różnymi metodami, wpływ na ten proces mają różne podmioty⁴⁷, które na różnorodnych szczeblach i w wielostronnych procedurach prezentują swoje stanowiska co do kształtujących się uprawnień i obowiązków. Nie ma wprawdzie obaw, by jakakolwiek grupa podmiotów mogła państwom odebrać pierwszeństwo w wywieraniu wpływu na kształtowanie prawa, ale w procesie tym coraz częściej i chętniej biorą udział rządowe organizacje międzynarodowe, a nawet te pozarządowe (należy jednak zaznaczyć, że akurat ich wpływ na formowanie prawa międzynarodowego, rzeczywiście przybierający na sile, nie wynika z przepisów

podmiotów – W.A. Schabas, S. Murphy, *Research Handbook of International Courts and Tribunals*, Cheltenham–Northampton 2017, s. 467–468.

⁴² Np. J.P. Tractman, *The Crisis of International Law*, *Case Western Reserve Journal of International Law* 2011, vol. 44, Nr 1, s. 406–421.

⁴³ Np. R. Wolfrum, V. Röben, *Developments in International Law in Treaty Making*, Berlin–Heidelberg–New York 2005; M. Kumm, *The Legitimacy of International Law: a Constitutional Framework of Analysis*, *EJIL* 2004, vol. 15, Nr 5, s. 907–931.

⁴⁴ Jako co najmniej rozzarowujące wskazywał D.J. Bederman wysiłki dotyczące formowania traktatowych podstaw np. uznania państwa, sukcesji, immunitetu, czy międzynarodowego prawa ochrony środowiska – *tenże*, *The Spirit of International Law*, s. 67.

⁴⁵ Zob. np.: H. Lauterpacht, *Codification and Development of International Law*, *AJIL* 1955, vol. 49, s. 17; A. Berman, S. Duquet, J. Pauvelyn, R.A. Wessel, J. Wouters (red.), *Informal International Lawmaking*.

⁴⁶ Np. w zakresie ochrony dyplomatycznej czy immunitetu jurysdykcyjnego państwa.

⁴⁷ A. Boyle, Ch. Chinkin, *The Making of International Law*, New York 2007.

obowiązującego prawa ani zwykle nie jest bezpośredni), sądy międzynarodowe i – jak chcą niektórzy – nawet również osoby fizyczne⁴⁸.

To właśnie różnorodność współczesnych metod, procedur i podmiotów wpływających na tworzenie prawa międzynarodowego ilustruje obecny zdecentralizowany charakter tego prawa. Na finalny kształt współczesnego prawa międzynarodowego wpływają różne podmioty, które przy zastosowaniu różnych metod i procedur osiągają zamierzony cel⁴⁹. W doktrynie wcale nie rzadko pojawiają się poglądy o „tworzeniu prawa przez międzynarodowe sądy i trybunały”⁵⁰ w kontekście wpływu orzecznictwa i znaczenia sądów międzynarodowych dla kształtowania prawa międzynarodowego poprzez formułowanie standardów postępowania i inspirowanie w ten sposób dalszego rozwoju międzynarodowego porządku prawnego⁵¹. W prawie międzynarodowym termin „kodyfikacja” ma znaczenie szersze, niż jedynie jurydyzacja, połączenie i usystematyzowanie przepisów w określonej dziedzinie oraz wyłożenie ich w jednym (lub kilku powiązanych ze sobą) akcie prawnym. Owo szersze rozumienie kodyfikacji obejmuje takie jej formy, jak np. klaryfikację już istniejących reguł prawnych (ang. *expository codification*) i ich aktualizację w nowych, często nieprzewidzianych okolicznościach (*updating*), co z kolei potwierdza prawidłowość postrzegania sądów międzynarodowych jako podmiotów wywierających wpływ nie tylko na stosowanie, ale i w pewnym pośrednim sensie na kształtowanie prawa międzynarodowego. W opinii A. Boyle i Ch. Chinkin stale powiększającą się przestrzeń dla różnorodnych „innowacji” w sferze tworzenia prawa międzynarodowego umożliwił brak zunifikowanej struktury prawodawczej w tym obszarze. Ten brak stworzył korzystne warunki dla procesów ewolucyjnych i różnorodnych zmian, które z czasem w sferze tworzenia prawa międzynarodowego stały się stosunkowo powszechne.

Według D.J. Bedermana rzeczywistością sądów międzynarodowych jest to, że one same niezmiennie w swoim orzecznictwie uwzględniają własne decyzje, a swoistą rutyną prawników⁵² jest silne oparcie własnej argumenta-

⁴⁸ E. Benvenisti, G.W. Downs, Prospects for the Increased Independence, s. 1057–1081.

⁴⁹ Rzadko już dziś mówi się i pisze o wspólnocie międzynarodowej z państwami jako jedy-
nymi uczestnikami międzynarodowego procesu tworzenia prawa, bowiem do roli tej pretendują
od dawna również inne podmioty i nawet państwa, kształtując prawo międzynarodowe, muszą
brać to pod uwagę – D.J. Bederman, *The Spirit of International Law*, s. 54 i n.

⁵⁰ Ang. *law-making by international courts and tribunals*.

⁵¹ A. von Bogdandy, I. Venzke, On the Democratic Legitimation, s. 1342–1370.

⁵² Ch.J. Tams, J. Sloan (red.), *The Development of International Law*, s. 384.

cji na decyzjach sądów, przed którymi występują⁵³. Owo powszechne posługiwanie się decyzjami sądów międzynarodowych stanowi dowód włączenia ich do międzynarodowego dyskursu prawnego i stymulator ewolucji prawa międzynarodowego, wywierając silny wpływ na jego kształtowanie. Zaś sędziowska roztropność, dynamizm i zaangażowanie może wywrzeć szczególny wpływ na doktrynę, a nawet na kierunek rozwoju międzynarodowych systemów prawnych⁵⁴. Zdaniem tego Autora nie tylko państwa, ale i organizacje międzynarodowe oraz międzynarodowe trybunały są uczestnikami procesu tworzenia prawa międzynarodowego.

Podstawowym zadaniem sądów międzynarodowych jest wypracowanie międzynarodowej płaszczyzny rozwiązywania sporów między państwami. Jednak międzynarodowi sędziowie wypełniają także inne funkcje: realizują zadania o charakterze konstytucyjnym i administracyjnym, wywierają wpływ na stabilizację normatywnych oczekiwań i potrzeb państw oraz legitymizują wykonywanie władzy publicznej, doskonalą podporządkowywanie się państw regułom pierwotnym, angażują się w sądowe tworzenie prawa (*judicial law-making*) poprzez wyjaśnianie lub uszczegóławianie konkretnych legalnych zobowiązań, a także poprzez wzmacnianie legitymacji międzynarodowych norm i instytucji, włączając w to same sądy międzynarodowe⁵⁵ i robią to nie tylko poprzez branie udziału w wydawaniu orzeczeń, ale również formułując poglądy odmienne od tych zaprezentowanych przez większość, czynią to w opiniach odrębnych i zdaniach indywidualnych. Taką szeroko rozumianą aktywność międzynarodowych sądów i sędziów należy określić jako misję afirmowania prawa⁵⁶, którą sądy międzynarodowe realizują m.in. poprzez wspieranie państw w dążeniu do przestrzegania ich międzynarodowych zobowiązań. Systematyczna klaryfikacja i aktualizacja norm prawa międzynarodowego poprawia ich jakość jako czynników regulujących postępowanie podmiotów tego prawa, poza tym wpływa na utrwalanie tych norm, nie pozwala się im bo-

⁵³ G.G. Fitzmaurice, Some Problems regarding the Formal Sources of International Law, w: M. Kosskeniemi (red.), Sources of International Law, Ashgate–Dartmouth–Aldershot–Burlington–Singapore–Sydney 2000, s. 57 i n.; zob. również G.I. Hernandez, The International Court of Justice and the Judicial Function, Oxford 2014, s. 45.

⁵⁴ D.J. Bederman, The Spirit of International Law, s. 64.

⁵⁵ L.R. Helfer, The Effectiveness of International Adjudicators, w: K.J. Alter, C. Romano, Y. Shany (red.), Oxford Handbook of International Adjudication, Oxford 2014, s. 465.

⁵⁶ Tak np. nazywa „prawotwórczą” działalność sądów i sędziów międzynarodowych Y. Shany, Assessing the Effectiveness, s. 39.

wiem zdezaktualizować ani ulec dezintegracji, zapobiega więc ich eliminowaniu z systemu prawnego i równocześnie ugruntowuje ich abstrakcyjność.

§ 3. Opinie sędziów w działalności Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości

Doniosłość interpretacyjna aktywności Trybunału nie ogranicza się do jego wyroków. Dołączane do wyroków opinie sędziów Trybunału są bogatym źródłem wielu istotnych informacji tak o samej sprawie, jak i sposobie rozumowania, zarówno o tym, co zadecydowało o ostatecznym kształcie sentencji, jak i o tym, czego wobec konieczności kompromisu dla uzyskania niezbędnej większości w głosowaniu nie wzięto pod uwagę. Zgodnie z art. 57 Statutu MTS każdemu sędziemu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości przysługuje prawo złożenia jego osobistej opinii, jeśli nie podziela w całości lub w części poglądu większości. Żaden z przepisów Statutu MTS nie określił formy, w jakiej sędzia powinien się wypowiedzieć, chcąc skorzystać ze swoich uprawnień dotyczących sygnalizowania swojego odmiennego rozumowania, sprzeciwu wobec zapadłej sentencji, czy jego oporu wobec uzasadnienia decyzji Trybunału⁵⁷. Klasyfikacja rodzajów stanowisk, jakie sędziowie mogą w tym zakresie formułować, nastrocza pewnych trudności pojęciowych.

Statut MTS nie posługuje się terminem „sprzeciw” (ang. *dissent*, *dissenting opinion*). Użyty w art. 57 Statutu MTS w jego wersji angielskojęzycznej termin „*separate*” (*opinion*) oznacza „oddzielny”, „osobny”, „odmienny” i ma charakter neutralny. Jego francuski odpowiednik „*opinion individuelle*” należy tłumaczyć jako opinię „indywidualną”, „własną”. Jest to również termin neutralny w tym znaczeniu, że przyjmując za punkt wyjścia formułowaną przez sędziego opinię dołączoną do orzeczenia, akcentuje on jedynie odmienność postawy autora takiej opinii od postawy i poglądów większości sędziów, nie przesądzając o naturze tej odmienności. Termin ten zatem jest na tyle ogólny, że może objąć różne rodzaje opinii formułowanych przez sędziów i dołączonych do wyroków MTS (np. odrębne, indywidualne, wspierające, uzupełniające), które mogą być przez sędziów dołączone do wyroku. Sam Trybunał na wczesnym etapie swojej aktywności zdefiniował opinię odrębną (*dissenting*) jako umotywowane stanowisko sędziego, który nie jest usatysfakcjonowany treścią de-

⁵⁷ Nie czynił tego również Statut Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej.

cyzji Trybunału⁵⁸. Opinia indywidualna (*separate opinion*) zatem zawierać będzie alternatywne albo uzupełniające, czy dodatkowe argumenty uzasadniające decyzję Trybunału i może zostać dołączona nawet do decyzji podjętej jednomyślnie. H. Thirlway stwierdza wprost, że sędziowie tytułują swoje opinie jako „indywidualne” (ang. *separate* – semantyczna niefortunność polega na tym, że w języku polskim najbardziej adekwatnie byłoby w tym przypadku posłużyć się właśnie słowem „odrębna”), jeśli zgadzają się z wyrokiem, a jako „odrębne” (ang. *dissenting*), kiedy z wyrokiem się nie zgadzają⁵⁹.

Artykuł 95 ust. 2 Regulaminu Trybunału⁶⁰ stanowi, że każdy sędzia, który sobie tego życzy, może dołączyć do orzeczenia swoją indywidualną opinię, niezależnie od tego, czy wyraża swój sprzeciw wobec poglądu większości, czy nie; natomiast sędzia, który chce odnotować zbieżność swoich poglądów z poglądami większości lub swój sprzeciw wobec decyzji Trybunału, bez uzasadnienia, może to zrobić w formie deklaracji (dotyczy to zarówno wyroków Trybunału, jak i jego zarządzeń).

Terminologicznie więc rzecz biorąc, opinie sędziów Trybunału dołączane do jego wyroków lub zarządzeń, o ile zawierają uzasadnienie, mogą przyjmować jedną z dwóch form: opinii odrębnej (*dissenting opinion*) stanowiącej sprzeciw sędziego wobec sentencji wyroku, albo opinii indywidualnej/zdania indywidualnego⁶¹ (*separate opinion*), jeśli sędzia kontestuje uzasadnienie decyzji Trybunału⁶². Zasygnalizowanie przeciwnego lub zgodnego z wyrokiem stanowiska sędziego już bez uzasadnienia następuje w formie deklaracji. W rzeczywistości ten podział bywa ignorowany zarówno przez poszczególnych sędziów, jak i w trakcie publikacji dwujęzycznych wersji (często angielska wersja zwana „opinią odrębną” w wersji francuskiej występuje jako „opinia indywidualna” itp.⁶³), stąd i kwestia precyzyjnej klasyfikacji opinii sędziów traci na ostrości.

W rozumieniu art. 57 Statutu MTS opinie sędziów spełniają kilka funkcji. Przede wszystkim umożliwiają im pełne wyjaśnienie toku swojego rozumowa-

⁵⁸ A. Zimmermann, Ch. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, Ch.J. Tams (red.), *The Statute of the International Court of Justice*, s. 1605.

⁵⁹ H. Thirlway, *The International Court of Justice*, Oxford 2016, s. 143.

⁶⁰ Regulamin Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości uchwalony 14.4.1978 r., <http://www.icj-cij.org/en/rules> (dostęp: 17.2.2018 r.).

⁶¹ Tak np. A. Kozłowski, *Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości*, s. 33.

⁶² Zob. R.Y. Jennings, *The United Nations at Fifty. The International Court of Justice after Fifty Years*, AJIL 1995, vol. 89, s. 498–499.

⁶³ B.I. Koray, *The International Court of Justice. The Position of Third Parties Reconsidered*, London 1991, s. 29–40.

nia i przyczyn głosowania w określony sposób, zwłaszcza tam, gdzie sprawa jest szczególnie skomplikowana, a opublikowany wyrok, będący przecież rezultatem kompromisu, nie odzwierciedla wszelkich jej niuansów. Możliwość sporządzania osobistych opinii, w tym tych wyrażających sprzeciw, stanowi także gwarancję niezależności i niezawisłości sędziów, zapewniając im niezbędną swobodę ekspresji. Jako w pewnym sensie przeciwwaga dla wyroków Trybunału lub ich uzupełnienie, opinie te stanowią instrument pożądanej presji na Trybunał, by dążył do podejmowania i opracowywania decyzji w najwyższym stopniu przekonywujących. Opinie sędziów mogą wywierać znaczący wpływ na pełne rozumienie decyzji Trybunału i jej implikacji prawnych, ponieważ są z nią przedmiotowo i funkcjonalnie związane. Jak wskazują niektórzy eksperci, opinie takie często są formułowane na wyższym poziomie prawniczej precyzji i spójności, niż orzeczenia MTS, które ze swej natury, będąc efektem kompromisu, mogą prezentować uboższy tok rozumowania⁶⁴. Opinie sędziów mogą potwierdzać lub wyjaśniać, dlaczego większość składu podjęła określoną decyzję, mogą także korygować mylne wrażenia czy wnioski płynące z lektury samego orzeczenia, zwłaszcza w sytuacjach, w których podjęcie decyzji umożliwiła niewielka przewaga głosów. To z kolei może wzmacniać wśród samych państw autorytet Trybunału.

Sędziowie posługują się natomiast deklaracjami dla różnych celów: wypuklenia niektórych fragmentów decyzji, wyrażenia sprzeciwu wobec decyzji albo jej uzasadnienia, podkreślenia powodów takiego, a nie innego głosowania, unikając przy tym potrzeby kwalifikowania opinii jako odrębnej lub indywidualnej⁶⁵. Deklaracje pozwalają sędziom na wyrażenie wahania, wątpliwości, czy ubolewania bez konieczności angażowania się w skomplikowany proces wyrażenia umotywowanej krytyki wobec decyzji Trybunału i bez narażania tym samym jego autorytetu.

Jak wskazuje praktyka sądowa MTS, opinie indywidualne, odrębne, deklaracje rządzą się dość elastycznymi prawami, aczkolwiek zawsze muszą być wyważone i podlegają pewnym ograniczeniom – przede wszystkim muszą być ściśle powiązane z decyzją Trybunału, do której się odnoszą (nie powinny rozwijać wątków zupełnie nieporuszonych w decyzji), nie mogą wywoływać takich skutków, które by godziły w prestiż i autorytet Trybunału⁶⁶, czy stanowić drogi

⁶⁴ A. Kozłowski, *Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości*, s. 33.

⁶⁵ A. Zimmermann, Ch. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, Ch.J. Tams (red.), *The Statute of the International Court of Justice*, s. 1606–1607.

⁶⁶ L. V. Prott, *The Role of the Judge in the International Court of Justice*, *Revue Belge de Droit International* 1974, vol. 2, Nr 10, s. 480.

do otwartego krytykowania jego działalności⁶⁷, ani nie powinny mieć charakteru bardziej politycznego, niż prawnego⁶⁸, ani wreszcie nie mogą być „okazją do skonstruowania alternatywnego orzeczenia”⁶⁹. Nawiasem mówiąc, wielość⁷⁰ opinii odrębnych i indywidualnych spowodowała pewne głosy w doktrynie o osłabianiu przez nie autorytetu Trybunału, zwłaszcza że jednomyślne decyzje MTS zapadają bardzo rzadko.

Praktyka formułowania opinii odrębnych pojawiła się w Sądzie Najwyższym Stanów Zjednoczonych w wyniku ewolucji brytyjskich tradycji orzekania, stąd przekonanie, że opinie odrębne były nieodłącznym elementem tradycji prawnych *common law* i są bliskie sądom międzynarodowym, zaś nie występowały w kontynentalnych systemach prawnych. Historyczna perspektywa pokazuje jednak, że wiele krajowych systemów prawa cywilnego nie gwarantowało w pełni tajności sędziowskich rozważań i wizerunku jednomyślnego sądu – różnice zdań bywały rejestrowane, a nawet publikowane w Hiszpanii, w państwach tworzących przednapoleońskie Włochy, czy w Niemczech w okresie przed zjednoczeniem. Tym bardziej współcześnie przekonanie to nie opiera się krytyce, skoro w wielu sądach najwyższych oraz trybunałach konstytucyjnych publikowane są opinie odrębne. Trzeba także zauważyć, że o ile zakaz formułowania i publikowania opinii odrębnych jest łączony z zasadą tajności narady do tego stopnia, że niekiedy te dwie instytucje traktowane są jako tożsame, to jednak zapewnienie tajności narady *sensu stricto* (przy odróżnieniu jej od bezwzględnej tajności indywidualnych opinii) jest absolutnie możliwe przy równoczesnym zaakceptowaniu formułowania i publikowania opinii odrębnych⁷¹.

⁶⁷ J.J. Quintana, *Litigation at the International Court of Justice: Practice and Procedure*, Leida–Boston 2015, s. 569–570.

⁶⁸ Pojawiły się w doktrynie również głosy, że opinie indywidualne czy odrębne nie powinny być dłuższe, niż decyzje Trybunału, do których są dołączane. W praktyce nie ma tu reguły, jeśli chodzi o objętość tych opinii – ich spektrum obejmuje takie, na które składa się ledwie kilka zdań, i takie, które są obszernymi, szczegółowo umotywowanymi rozprawami o prawie międzynarodowym [np. licząca ponad 100 stron opinia odrębna sędziego A. Cançado Trindade w sprawie *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-04-EN.pdf> (dostęp: 1.6.2018 r.)].

⁶⁹ Separate Opinion of Judge R. Higgins, ICJ Judgment Oil Platforms (Merits) 6.11.2003, ICJ Reports 2003, s. 233, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-03-EN.pdf> (dostęp: 19.2.2018 r.).

⁷⁰ Na blisko 300 decyzji MTS przypada niemal trzykrotnie więcej opinii odrębnych i indywidualnych. Źródło: <http://www.icj-cij.org/en> (dostęp: 1.6.2018 r.).

⁷¹ Szerzej B. Raffaelli, *Dissenting Opinions in the Supreme Court of the Member States*, Brussels 2012.