

# Prawo zwyczajowe jako źródło prawa Unii Europejskiej

## 1. Wprowadzenie

W naukach prawnych prawo zwyczajowe definiuje się jako normy postępowania, które są trwale i jednolicie wykonywane przez określone podmioty stosunków prawnych w przekonaniu, że są one obowiązującym prawem<sup>1</sup>. Jest to prawo, które nie pochodzi od żadnej instytucji, lecz zostaje wykształcone w określonym państwie (w przypadku prawa zwyczajowego krajowego) lub przez grupę państw (zwyczaj regionalny)<sup>2</sup>. Może ono zostać wykształcone również przez prawie wszystkie – z wyjątkiem *persistent objectors*<sup>3</sup> – lub wszystkie państwa funkcjonujące w obrocie międzynarodowym (w odniesieniu do prawa zwyczajowego powszechnego)<sup>4</sup>.

Normy prawa zwyczajowego odegrały znaczącą rolę zwłaszcza w rozwoju prawa międzynarodowego publicznego. W przeciwieństwie do porządków prawnych wspólnie funkcjonujących państw, w których zwyczaj ma aktualnie raczej marginalne znaczenie<sup>5</sup>, w prawie międzynarodowym istnieje wiele zagadnień regulowanych prawem zwyczajowym. Zalicza się do nich normy dotyczące immunitetu państwa i przedstawicieli dyplomatycznych, klasyczne zasady wolności morza otwartego, zasady dotyczące kompetencji państw w działaniach w zakresie stosunków międzynarodowych oraz

---

<sup>1</sup> B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, wyd. 4, Warszawa 2008, s. 216.

<sup>2</sup> Szerzej na temat zwyczaju o charakterze regionalnym zob. T. Jasudowicz, *Normy regionalne w prawie międzynarodowym*, Toruń 1983.

<sup>3</sup> Zasada *persistent objector* (czyli wyłączenie państwa zgłaszającego protest przeciw powstaniu normy zwyczajowej spod obowiązywania tej normy) została potwierdzona przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu z 1951 r. w sprawie łowisk norweskich (*Wielka Brytania v. Norwegia*). Należy jednak zaznaczyć, że zasada ta nie została potwierdzona w żadnym późniejszym wyroku MTS, a ponadto w doktrynie oraz w praktyce istnieje pogląd, że zasada *persistent objector* może zostać odrzucona przez społeczność międzynarodową. Szerzej na temat instytucji *persistent objector* zob. W. Czaplinski, A. Wyrozumská, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, s. 89–90 oraz J. I. Charney, *The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law*, „British Yearbook of International Law” 1985, No. 56 (1), s. 1–24; artykuł jest dostępny pod adresem: <http://bybil.oxfordjournals.org/content/56/1/1.short?rss=1&source=mfr> (dostęp: 20.08.2014).

<sup>4</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, wyd. 13, Warszawa 2009, s. 106.

<sup>5</sup> Prawo zwyczajowe odgrywa niewielką rolę w kontynentalnym systemie prawnym, który jest systemem prawa stanowionego. Odmiennie jest natomiast w anglosaskim systemie prawnym, czyli systemie *common law*. Szerzej zob. B. Banaszak, *op. cit.*, s. 216–217.

zasady dotyczące odpowiedzialności międzynarodowej<sup>6</sup>. Oprócz tego należy zaznaczyć, że w wielu dziedzinach prawa międzynarodowego normy zwyczajowe istnieją i obowiązują równolegle z uregulowaniami umownymi<sup>7</sup>. Dzięki temu normy zwyczajowe zachowują swoją rolę zwłaszcza w stosunku do państw niezwiązanych umową<sup>8</sup>. Należy też zwrócić uwagę na to, że niewiele umów międzynarodowych ma charakter powszechny<sup>9</sup>, a ponadto umowy te mogą być wypowiedane i rozwiązywane przez strony. Ze względu na powyższe, funkcjonowanie prawa zwyczajowego, mimo kodyfikacji danej dziedziny w formie umownej, ma pozytywny wpływ na stabilność systemu prawa międzynarodowego<sup>10</sup>. Dotyczy to między innymi takich dziedzin prawa międzynarodowego jak prawo dyplomatyczne i konsularne, prawo traktatów oraz prawo morza. Ponadto współcześnie wciąż powstają nowe normy zwyczajowe, czego przykładem są prawo do szelfu kontynentalnego, zasada wolności przestrzeni kosmicznej oraz prawo narodów do samostanowienia, które ukształtowały się po II wojnie światowej<sup>11</sup>. Przykładem norm zwyczajowych o charakterze prawnomiędzynarodowym są także normy *ius cogens*, czyli normy bezwzględnie obowiązujące całą społeczność międzynarodową<sup>12</sup>. Prawo międzynarodowe publiczne można zatem określić jako system prawny o charakterze zwyczajowym. Jest to bowiem system norm, który istnieje bez względu na zapisy traktatów<sup>13</sup>. W doktrynie istnieje pogląd, że prawo zwyczajowe stanowi „kwintesencję prawa międzynarodowego”<sup>14</sup>.

Podobnie jak prawo międzynarodowe i krajowe porządki prawne poszczególnych państw funkcjonujących w obrocie międzynarodowym, również porządek prawny UE nie ogranicza się jedynie do norm pisanych. Wprowadzie unijne prawo pisane w sposób

<sup>6</sup> W. Czaplński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 72.

<sup>7</sup> Zasadę tę potwierdził Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 1986 r. w sprawie Nikaragui przeciwko Stanom Zjednoczonym, stanowiąc, że „prawo zwyczajowe istnieje i ma zastosowanie niezależnie od prawa traktatowego, nawet gdy te dwa rodzaje norm prawa mają identyczną treść”. Zob. wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, w sprawie *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

<sup>8</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, *op. cit.*, s. 106.

<sup>9</sup> Jednym z nielicznych przykładów takich umów jest Karta Narodów Zjednoczonych, której zasięg podmiotowy obejmuje wszystkie państwa świata.

<sup>10</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, *op. cit.*, s. 106.

<sup>11</sup> W. Czaplński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 82–83.

<sup>12</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, *op. cit.*, s. 106.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Cyt. za W. Czaplński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 72. Odwołując się do doktryny, należy zaznaczyć, że spośród polskich przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego publicznego tematykę dotyczącą prawa zwyczajowego najszerszej opracował prof. K. Wolfke w pracy *Custom in Present International Law*, Second Revised Edition, Dordrecht–Boston–London, 1993. Ponadto na temat zagadnień dotyczących prawa zwyczajowego ze szczególnym uwzględnieniem relacji z prawem traktatowym zob. M. Villiger, *Customary International Law and Treaties. A Manual of the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, Hague 1997.

szczegółowy reguluje stosunki gospodarcze i społeczne między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, ale tylko częściowo spełnia ono swoją rolę w tym zakresie<sup>15</sup>. Prawo UE, tak jak każde prawo w formie pisanej, zawiera bowiem luki. Właśnie z tego względu jest ono uzupełniane przez prawo niepisane, które w unijnym porządku prawnym ma postać ogólnych zasad prawa oraz prawa zwyczajowego. Są to formy prawne, które pozwalają rozwijać i uzupełniać prawo ustanowione w formie pisemnej. Ogólne zasady prawa są kategorią szeroko omawianą w doktrynie oraz stosowaną przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jako jedna z podstaw orzekania. Natomiast prawo zwyczajowe (inaczej niż w prawie międzynarodowym publicznym) w obrębie prawa unijnego jest kategorią o wąskim zakresie. W praktyce unijnej funkcjonuje zaledwie kilka wykształconych norm zwyczajowych, a w doktrynie często jest to temat pomijany przez autorów. Celem niniejszego artykułu jest odpowiedź na pytanie, dlaczego tak się dzieje, oraz wykazanie, że prawo zwyczajowe należy zaliczyć do źródeł prawa unijnego.

## **2. Analiza terminu „źródło prawa” oraz „prawo zwyczajowe” w odniesieniu do systemu prawnego Unii Europejskiej z uwzględnieniem związków z prawem międzynarodowym**

Pojęcie „źródło prawa” ma kilka znaczeń<sup>16</sup>. W znaczeniu pierwotnym, określanym również jako materialne, źródło prawa to powód stworzenia określonej normy prawa, czyli motyw jej ustanowienia<sup>17</sup>. Według tej definicji źródłami prawa unijnego są takie czynniki jak utrzymanie pokoju w Europie oraz integracja państw członkowskich Unii<sup>18</sup>. Jednak ze względu na to, że tego rodzaju czynniki nie mają charakteru prawnego, zagadnienie źródeł prawa w znaczeniu materialnym nie jest przedmiotem badań w naukach prawnych. Przedmiotem tych nauk są natomiast źródła prawa w znaczeniu formalnym, a więc formy, w jakich tworzone jest obowiązujące prawo<sup>19</sup>. Są to źródła powstania lub pochodzenia prawa (*fontes iuris oriundi*), określane jako źródła prawa *sensu stricto*<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> K. D. Borchardt, *ABC prawa Unii Europejskiej*, Urząd Publikacji Unii Europejskiej, Luksemburg 2011, s. 89.

<sup>16</sup> Szerzej na temat różnych znaczeń terminu „źródło prawa” (tj. poznawczego, materialnego i formalnego), odpowiednio w odniesieniu do prawa międzynarodowego lub prawa europejskiego zob. *inter alia*: W. Góralczyk, S. Sawicki, *op. cit.*, s. 60 i n.; L. Antonowicz, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 29 i n.; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 16 i n.; K. D. Borchardt, *op. cit.*, s. 84 i n.

<sup>17</sup> Zob. odpowiednio: W. Góralczyk, S. Sawicki, *op. cit.*, s. 60 (w odniesieniu do prawa międzynarodowego) oraz K. D. Borchardt, *op. cit.*, s. 84 (w odniesieniu do prawa unijnego).

<sup>18</sup> K. D. Borchardt, *op. cit.*, s. 84.

<sup>19</sup> W. Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 16.

<sup>20</sup> S. Korycki, J. Kuciński, Z. Trzeciński, J. Zaborowski, *Zarys prawa*, wyd. 6, Warszawa 2007.

Jedną z kategorii zaliczanych do źródeł prawa w znaczeniu formalnym jest prawo zwyczajowe. Wprawdzie współcześnie znaczenie zwyczaju w poszczególnych dziedzinach prawa jest niewielkie, ale wyjątkiem jest prawo międzynarodowe publiczne, w którym zwyczaj jest wciąż stosowany. Wynika to ze specyfiki prawa międzynarodowego jako dziedziny prawa, która zajmuje się głównie relacjami między państwami. Państwa są natomiast związane tylko tymi normami, na które wyraziły zgodę<sup>21</sup>. Ze względu na to, że jedną z form wyrażania woli przez państwa jest ich określone postępowanie, kształtowanie norm zwyczajowych poprzez zgodną praktykę państw od najdawniejszych czasów miało istotne znaczenie dla funkcjonowania społeczności międzynarodowej. Wprawdzie dotychczas między państwami nie została zawarta żadna umowa międzynarodowa, która ustalałaby wiążący katalog źródeł prawa międzynarodowego<sup>22</sup>, ale z problematyką tą związane są postanowienia zawarte w art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Stanowi on wskazanie formalnych podstaw wyrokowania Trybunału<sup>23</sup>. Stwierdzając, że zadaniem Trybunału „jest orzekać na podstawie prawa międzynarodowego w sporach, które będą mu przekazane”, jako jedną z tych podstaw ust. 1 lit. b art. 38 Statutu MTS wymienia „zwyczaj międzynarodowy, jako dowód istnienia powszechnej praktyki, przyjętej jako prawo”<sup>24</sup>. Na podstawie art. 38 Statutu MTS, zwyczaj określa się mianem źródła, w którym należy poszukiwać norm prawa międzynarodowego, stosowanych przez państwa.

Jak uważa były sędzia MTS, R. Y. Jennings, pojęcie zwyczaju obejmuje w prawie międzynarodowym publicznym „wszystko, co nie jest normą umowną ani ogólną zasadą prawa”<sup>25</sup>. Zakres przedmiotowy zwyczaju jest zatem niezwykle szeroki. To samo dotyczy jego zakresu podmiotowego, ponieważ zwyczaj jest źródłem prawa międzynarodowego

<sup>21</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, *op. cit.*, s. 64.

<sup>22</sup> Przez część przedstawicieli doktryny istota tego pojęcia podważana jest właśnie ze względu na jego metaforyczny charakter, jednak jest to termin powszechnie stosowany w praktyce. Przykładowo posługuje się nim Karta Narodów Zjednoczonych.

<sup>23</sup> Jest to dominujący pogląd w doktrynie prawa międzynarodowego. Wśród polskich przedstawicieli nauki prawa międzynarodowego, pogląd ten reprezentują m.in.: W. Góralczyk i S. Sawicki (por. *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, wyd. 13, s. 60 i n.); C. Berezowski (por. *Prawo międzynarodowe publiczne*, cz. II, s. 85); A. Klafkowski (por. *Prawo międzynarodowe publiczne*, wyd. 4, s. 31). Stanowisko to neguje opinię, według której art. 38 wskazuje źródła prawa międzynarodowego (zob. W. Czapliński, A. Wyrozumski, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, wyd. 2, Warszawa 2004, s. 16.).

<sup>24</sup> Art. 38 ust. 1 lit. b Statutu MTS. Odnośnie do sformułowania zawartego w art. 38 ust. 1 lit. b Statutu MTS, należy zaznaczyć, że wbrew treści tego przepisu, to powszechna i jednolita praktyka jest dowodem istnienia zwyczaju międzynarodowego, a nie odwrotnie. Szerzej na temat wadliwego sformułowania art. 38 ust. 1 Statutu MTS zob. J. Białocerkiewicz, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Olsztyn 2005, s. 90.

<sup>25</sup> R. Y. Jennings, *General Course on Principles of International Law*, „Recueil des Cours de l'Academie de Droit International” 121 (1967), s. 335, cyt. za: W. Czapliński, A. Wyrozumski, *op. cit.*, s. 75.

o charakterze uniwersalnym<sup>26</sup>. Normy prawa zwyczajowego wiążą bowiem wszystkie lub większość państw funkcjonujących w obrocie międzynarodowym, a także organizacje międzynarodowe jako podmioty prawa międzynarodowego<sup>27</sup>. Prawo zwyczajowe odgrywa zatem znaczącą rolę w międzynarodowym porządku prawnym, co przenosi się również na poziom porządków prawnych poszczególnych państw jako najważniejszych podmiotów prawa międzynarodowego. Dotyczy to oczywiście także tych państw, które są państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Powyższe stwierdzenie potwierdza wyrok w sprawie *A. Racke GmbH & Co. przeciwko Hauptzollamt Mainz*<sup>28</sup>, w którym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekł, że: „Wspólnota musi przestrzegać prawa międzynarodowego. W rezultacie, przyjmując rozporządzenie zawieszające koncesje handlowe przyznane umową lub na mocy umowy, którą zawarła z państwem trzecim, Wspólnota ma przestrzegać zasad międzynarodowego prawa zwyczajowego”<sup>29</sup>. Na podstawie tych założeń, TSUE orzekł również, że: „zasady międzynarodowego prawa zwyczajowego dotyczące wygaśnięcia i zawieszenia stosunków umownych ze względu na zasadniczą zmianę okoliczności wiążą instytucje Wspólnoty i stanowią część wspólnotowego porządku prawnego”<sup>30</sup>. Tak więc ze względu na to, że Unia Europejska jest organizacją międzynarodową (a dokładnie szczególnym jej rodzajem – organizacją ponadnarodową)<sup>31</sup>, w której skład wchodzi państwa członkowskie, również będące podmiotami prawa międzynarodowego, Unia deklaruje związanie normami prawa międzynarodowego<sup>32</sup> i ze względu na to respektuje przestrzeganie norm prawa międzynarodowego. Unia funkcjonuje bowiem nie tylko w ramach prawnych tworzonych przez normy prawa unijnego, ale również w ramach klasycznego prawa międzynarodowego publicznego<sup>33</sup>. Potwierdzeniem tego jest treść art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej, dotyczącego celów UE, zgodnie z którym Unia „przyczynia się do ścisłego przestrzegania i rozwoju prawa

<sup>26</sup> W. Czaplinski, *op. cit.*, s. 35.

<sup>27</sup> Podmiotowość prawnomiędzynarodowa organizacji międzynarodowych została stwierdzona przez MTS w opinii doradczej w sprawie odszkodowań za szkody poniesione w służbie Narodów Zjednoczonych (sprawa *Bernadotte – Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*). Szerzej na ten temat zob. G. Grabowska, *Podmiotowość Unii Europejskiej w świetle prawa międzynarodowego*, s. 26–28, [w:] J. Kolasa, A. Kozłowski (red.), *Prawo międzynarodowe publiczne a prawo europejskie. Konferencja Katedr Prawa Międzynarodowego Karpacz 15 – 18 maja 2002*, Wrocław 2003.

<sup>28</sup> Wyrok Trybunału z dnia 16 czerwca 1998 r. w sprawie C-162/96 *A. Racke GmbH & Co. przeciwko Hauptzollamt Mainz*.

<sup>29</sup> *Ibidem*. Szerzej na temat tego wyroku zob. A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe w systemie prawa wspólnotowego – zagadnienia teorii i praktyki*, s. 65–66, [w:] J. Kolasa, A. Kozłowski (red.), *op. cit.*

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> K. D. Borchardt, *op. cit.*, s. 34.

<sup>32</sup> J. Galster (red.), *Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony. Zarys wykładu*, Toruń 2010, s. 317.

<sup>33</sup> M. Kenig-Witkowska (red.), A. Łazowski, R. Ostrihansky, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 173.

międzynarodowego<sup>34</sup>. Prawo międzynarodowe publiczne jest zatem źródłem prawa Unii Europejskiej. Wprawdzie w praktyce funkcjonowania Unii Europejskiej spośród źródeł prawa międzynarodowego najważniejsze znaczenie mają umowy międzynarodowe zawierane przez Unię, ale normy zwyczajowego prawa międzynarodowego również odgrywają ważną rolę<sup>35</sup>.

Normy prawnomiędzynarodowe, w tym normy zwyczajowe o charakterze powszechnym, zalicza się do prawa Unii Europejskiej *sensu largo*. Jest to prawo unijne, które składa się nie tylko z norm ustanowionych w ramach unijnego porządku prawnego, lecz jest również związane z szeroko rozumianą europejską kulturą prawną, kształtowaną przez wieki przez prawo międzynarodowe<sup>36</sup>. Natomiast w odniesieniu do procesu kodyfikacji lub inkorporacji, który powszechne prawo zwyczajowe z reguły przechodzi, należy zaznaczyć, że w unijnym porządku prawnym nie jest ono inkorporowane. Prawo międzynarodowe zwyczajowe jest bezpośrednio skuteczne w unijnym systemie prawnym<sup>37</sup>.

Warto zatem zwrócić uwagę na to, że pomimo panującego w doktrynie prawa unijnego poglądu, iż Unia Europejska stanowi odrębny porządek prawny, niezależny zarówno od prawa międzynarodowego, jak i od prawa poszczególnych państw członkowskich<sup>38</sup>, system ten jest powiązany z prawnomiędzynarodowym porządkiem prawnym. Potwierdza to zarówno orzecznictwo TSUE<sup>39</sup>, jak i natura prawna Unii Europejskiej, która posiada cechy organizacji międzynarodowej, funkcjonującej w systemie prawa międzynarodowego<sup>40</sup>.

Poza tym, że zasady międzynarodowego prawa zwyczajowego stanowią część unijnego porządku prawnego, w Unii Europejskiej występuje również prawo zwyczajowe, będące efektem praktyki państw członkowskich UE<sup>41</sup>. Tak jak w przypadku prawa zwyczajowego o charakterze powszechnym, musi to być praktyka państw, która w wyniku stosowania zostaje zaakceptowana i ustalona jako prawo niepisane, uzupełniające

<sup>34</sup> Art. 3 ust. 5 TUE.

<sup>35</sup> M. Kenig-Witkowska (red.), A. Łazowski, R. Ostrihansky, *op. cit.*, s. 173.

<sup>36</sup> J. Galster (red.), *op. cit.*, s. 317.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w jednym z najbardziej znanych orzeczeń, tj. w sprawie C-26/62 *Van Gend and Loos* z 5 lutego 1963 r. stwierdził, że „Wspólnota stanowi nowy porządek prawnomiędzynarodowy, na rzecz którego państwa ograniczyły, jakkolwiek w określonym zakresie, swe prawa suwerenne; porządek prawny, którego podmiotami są nie tylko państwa członkowskie, ale także jednostki”.

<sup>39</sup> Prawo międzynarodowe jako źródło prawa unijnego jest jedną z podstaw orzekania Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, czego przykładem jest m. in. sprawa *International Fruit Company NV i inni przeciwko Produktschap voor Groenten en Fruit*.

<sup>40</sup> Szerzej zob. K. D. Borchardt, *op. cit.*, s. 29 i n.

<sup>41</sup> M. Kenig-Witkowska (red.), A. Łazowski, R. Ostrihansky, *op. cit.*, s. 172.

lub zmieniającą legislację (o charakterze pierwotnym lub wtórnym)<sup>42</sup>. Ze względu na to, że określone postępowanie jest jedną z form wyrażania woli przez państwa, a prawo pierwotne w unijnym systemie prawnym jest tworzone właśnie przez państwa członkowskie, prawo zwyczajowe tworzone przez państwa członkowskie UE należy zaliczyć do źródeł prawa unijnego w znaczeniu formalnym. Należy jednak podkreślić, że pomimo tego, iż możliwość istnienia prawa zwyczajowego na szczeblu Unii Europejskiej jest uznawana w doktrynie, to jednak sytuacje występowania prawa zwyczajowego w praktyce unijnej są rzadkie.

Ponadto prawo zwyczajowe kształtowane na poziomie unijnym należy określić jako zwyczaj regionalny, tj. o zasięgu obowiązywania ograniczonym do państw członkowskich Unii Europejskiej<sup>43</sup>. Ta cecha prawa zwyczajowego, które wykształciło się jako efekt praktyki unijnej, wynika z istoty Unii Europejskiej jako organizacji międzynarodowej złożonej z państw członkowskich.

Natomiast, nawiązując do związków systemu prawnego Unii Europejskiej z systemem prawnomiędzynarodowym, warto zwrócić uwagę na analogię w zakresie rodzajów formalnych źródeł prawa, funkcjonujących w tych porządkach prawnych. Źródłami prawa unijnego w znaczeniu prawnym, tak jak w prawie międzynarodowym są: prawo traktatowe, ogólne zasady prawa i prawo zwyczajowe. W prawie Unii Europejskiej, tak jak w prawie międzynarodowym, formy te stanowią przejaw woli państw jako podmiotów tworzących unijne prawo pierwotne.

### **3. Klasyfikacja prawa zwyczajowego jako źródła prawa Unii Europejskiej**

W prawie Unii Europejskiej nie ma przepisu, który zawiera zamknięty i usystematyzowany katalog jego źródeł<sup>44</sup>. Pomimo, że termin „prawo Unii Europejskiej” jest pojęciem traktatowym, unijne traktaty nie wyjaśniają tego pojęcia. Jest to więc kategoria o charakterze nieusystematyzowanym<sup>45</sup>. Ten stan prawny powoduje, że poglądy na temat klasyfikacji poszczególnych źródeł prawa unijnego są w doktrynie podzielone.

---

<sup>42</sup> K. D. Borchardt, *op. cit.*, s. 89.

<sup>43</sup> W. Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 90.

<sup>44</sup> W przepisach TUE i TFUE zawarty jest jedynie tzw. częściowy katalog źródeł prawa unijnego, tj. art. 25 TUE zawiera katalog instrumentów prawnych, za pomocą których Unia prowadzi wspólną politykę zagraniczną i bezpieczeństwa, a art. 288 TFUE stanowi katalog aktów prawa pochodnego. Analizując charakter katalogu źródeł prawa unijnego, który nie jest enumeratywnie wymieniony w żadnym przepisie lub dokumencie unijnym, warto zwrócić uwagę na analogię zachodzącą pod tym względem w odniesieniu do prawa międzynarodowego.

<sup>45</sup> M. Pyka, B. Wojtyniak (red.), *Prawo ustrojowe Unii Europejskiej. Repetytorium*, Wydawnictwo Lex a Wolters Kluwer business, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 105.

W szczególności dotyczy to prawa zwyczajowego, które przez niektórych autorów jest pomijane w publikacjach dotyczących źródeł prawa unijnego.

Prawo Unii Europejskiej składa się z kilku kategorii źródeł prawa. W literaturze dotyczącej prawa unijnego spotyka się różne podziały tych źródeł, w zależności od przyjętego kryterium<sup>46</sup>. Najczęściej spotykaną klasyfikacją jest zróżnicowanie źródeł prawa unijnego na prawo pierwotne i prawo wtórne (określane też jako prawo pochodne). Kryterium podziału stanowi w tym przypadku podmiot, który stanowi prawo unijne: prawo pierwotne jest stanowione przez państwa członkowskie, a prawo wtórne (pochodne) stanowią organy unijne na podstawie prawa pierwotnego<sup>47</sup>. Ze względu na to, że w Unii Europejskiej prawo zwyczajowe jest tworzone przez państwa członkowskie, zalicza się je do prawa pierwotnego.

Ponadto w odniesieniu do stanowienia prawa zwyczajowego przez państwa członkowskie Unii Europejskiej, należy podkreślić, że do jego powstania, tak jak w przypadku zwyczajowego prawa powszechnego, konieczne jest łączne zaistnienie dwóch elementów: zgodnej i utrwalonej praktyki (*usus continuus*) oraz przekonania ze strony państw członkowskich, że owa praktyka stanowi prawo (*opinio iuris sive necessitatis*)<sup>48</sup>. Jednolita praktyka nie wystarcza zatem do powstania zwyczaju – musi ona mieć charakter prawotwórczy, czyli musi łączyć się z nią przekonanie państw członkowskich, że postępowanie to jest wiążące pod względem prawnym<sup>49</sup>. Dwa zasadnicze elementy zwyczaju określa się jako element obiektywny (powszechna praktyka) oraz element subiektywny (przekonanie o prawotwórczym charakterze praktyki)<sup>50</sup>. Dla potwierdzenia istnienia normy prawa zwyczajowego konieczne jest zatem wykazanie istnienia obu tych elementów.

W odniesieniu do praktyki międzynarodowej warto zaznaczyć, że Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w każdym ze swoich orzeczeń, które dotyczą prawa zwyczajowego, podkreśla wymóg równoczesnego występowania obu wyżej wymienionych elementów tworzących międzynarodowe prawo zwyczajowe. Przykładami takich wyroków są: wyrok w sprawie *szelfu kontynentalnego Morza Północnego*<sup>51</sup>, wyrok w sprawie

---

<sup>46</sup> Kryterium tym może być sposób tworzenia, obowiązywania lub też charakter prawny danego źródła prawa – zob. J. Barcik, A. Wentkowska, *Prawo Unii Europejskiej po Traktacie z Lizbony*, Wydawnictwo C.H. Beck, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 175.

<sup>47</sup> Zob. J. Barcik, A. Wentkowska, *op. cit.*, s. 175–177.

<sup>48</sup> Ch. Zacker, S. Wernicke, *Prawo europejskie w pytaniach i odpowiedziach*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2007, s. 76.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> Szerzej na temat tych elementów, ale w aspekcie międzynarodowego prawa zwyczajowego, zob. W. Góralczyk, S. Sawicki, *op. cit.*, s. 98–107 oraz W. Czaplinski, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 72–98.

<sup>51</sup> Wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3. oraz w sprawie *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark)* Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.



szelfu kontynentalnego Libia/Malta<sup>52</sup> oraz wyrok w sprawie *Nikaragui*<sup>53</sup>. W pierwszym z wymienionych wyroków MTS orzekł, że „w celu osiągnięcia tego skutku muszą być spełnione dwa warunki. Nie tylko dane akty muszą stanowić ustaloną praktykę, ale muszą być tego rodzaju, albo muszą zaistnieć w taki sposób, by stanowić dowód przekonania, że praktyka ta stała się obowiązująca wskutek obowiązywania normy prawnej, która jej wymaga. Potrzeba takiego przekonania, tj. istnienie elementu subiektywnego, zawarte jest w samym pojęciu *opinio iuris sive necessitatis*. Państwa muszą odczuwać, że stosują się do zobowiązania prawnego”<sup>54</sup>. W drugim z wymienionych wyroków MTS stwierdził, że „jest aksjomatem, że treści międzynarodowego prawa zwyczajowego należy poszukiwać przede wszystkim w praktyce i *opinio iuris* państw, nawet jeżeli umowy wielostronne mogły odegrać istotną rolę w rejestrowaniu i definiowaniu norm wynikających ze zwyczaju, albo w rozwijaniu tych norm”<sup>55</sup>. W wyroku w sprawie *Nikaragui* MTS podkreślił, że: „w dziedzinie prawa zwyczajowego, zgodny pogląd stron na treść tych norm, które uważają za prawo zwyczajowe, nie jest wystarczający. Trybunał musi sam przekonać się, że istnienie normy w świadomości (*opinio iuris*) państw musi być potwierdzone przez praktykę”<sup>56</sup>.

Natomiast w odniesieniu do unijnego prawa zwyczajowego, należy zauważyć, że w odróżnieniu od orzecznictwa MTS, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie przyczyniło się do rozwoju doktryny dotyczącej prawa zwyczajowego UE<sup>57</sup>. W licznych wyrokach TSUE powołał się na prawo międzynarodowe jako źródło prawa unijnego, wskazując, że Unia (a wcześniej Wspólnoty Europejskie) respektuje zasady zwyczajowego prawa międzynarodowego. Jednak w żadnym z orzeczeń TSUE nie znajduje się odniesienie do prawa zwyczajowego powstającego w wyniku praktyki państw członkowskich Unii Europejskiej. Powodem takiego stanu rzeczy jest niewątpliwie skromny dorobek Unii Europejskiej w zakresie prawa zwyczajowego, mimo że możliwość istnienia takiego prawa na szczeblu Unii Europejskiej jest w zasadzie uznawana. Ponadto przyczyną tego, że w praktyce na płaszczyźnie prawa unijnego tworzenie prawa zwyczajowego napotyka przeszkody może być to, że prawo zwyczajowe w tym systemie prawnym nie może być ustanawiane przez instytucje UE. Działanie instytucji unijnych ma bowiem umocowanie jedynie w traktatach unijnych, co oznacza, że nie może ono wynikać z rzeczywistego zachowania czy woli stworzenia stosunków

<sup>52</sup> Wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I. C.J. Reports 1985, p. 13.

<sup>53</sup> Wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Costa Rica)*, I.C.J. Reports 1986.

<sup>54</sup> Cyt. za: W. Czaplinski, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 73

<sup>55</sup> Cyt. za: *ibidem*.

<sup>56</sup> Cyt. za: *ibidem*, s. 73–74.

<sup>57</sup> M. Kenig-Witkowska (red.), A. Łazowski, R. Ostrihansky, *op. cit.*, s. 172–173.

prawnych przez instytucje Unii Europejskiej<sup>58</sup>. Wynika to z charakteru unijnego porządku prawnego, określonego w traktatach. Prawo pierwotne w Unii Europejskiej jest stanowione wyłącznie przez państwa członkowskie, a instytucje są uprawnione do tworzenia prawa pochodnego na podstawie i w granicach określonych w traktatach. Zatem w odniesieniu do prawa zwyczajowego należy stwierdzić, że mogą je stanowić wyłącznie państwa członkowskie, przestrzegając wymienionych rygorystycznych kryteriów. Natomiast organy unijne mają jedynie kompetencje do tworzenia prawa (pochodnego) na podstawie i w granicach określonych prawem pierwotnym. Należy jednak zaznaczyć, że praktyki i zwyczaje instytucji unijnych mogą być przywoływane przy wykładni reguł prawnych, które te instytucje ustanowiły, co może zmieniać prawny i rzeczywisty zakres danego aktu prawnego<sup>59</sup>. Jednak warunki i ograniczenia nakładane przez pierwotne prawo unijne obowiązują także w tym wypadku.

#### 4. Przykłady stosowania prawa zwyczajowego w praktyce Unii Europejskiej

Przykładem normy prawa pisanego, na podstawie której w wyniku praktyki państw członkowskich UE wykształciła się norma zwyczajowa, jest art. 16 ust. 2 TUE w brzmieniu: „W skład Rady wchodzi jeden przedstawiciel szczebla ministerialnego z każdego Państwa Członkowskiego, upoważniony do zaciągania zobowiązań w imieniu rządu Państwa Członkowskiego, które reprezentuje, oraz do wykonywania prawa głosu”. Pomimo treści tego przepisu, niepisana norma unijnego prawa zwyczajowego sankcjonuje praktykę reprezentowania państw członkowskich na posiedzeniach Rady UE nie tylko przez ministrów, lecz także przez sekretarzy stanu. Ponadto warto dodać, że wskazany przykład prawa zwyczajowego występującego w unijnym porządku prawnym ma charakter zwyczaju pierwotnego, czyli kształtującego się niezależnie od normy traktatowej<sup>60</sup>. Natomiast zwyczaj o charakterze pochodnym (wtórnym) w prawie UE nie występuje. Wynika to z charakteru prawnego Unii Europejskiej będącej organizacją tworzoną przez państwa członkowskie, które podpisały traktaty akcesyjne i są związane postanowieniami traktatów stanowiących podstawę prawną UE. Ze względu na to, że zwyczaj wtórny powstaje na podstawie normy traktatowej, która staje się wiążąca dla państw nie związanych postanowieniami umowy<sup>61</sup>, w prawie unijnym ta forma zwyczaju nie występuje. Zwyczaj w prawie UE ma bowiem charakter ściśle regionalny – jest wynikiem

<sup>58</sup> K. D. Borchardt, *op. cit.*, s. 89–90.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> Na temat podziału zwyczaju międzynarodowego na pierwotny i pochodny zob. J. Białocerkiewicz, *op. cit.*, s. 89.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

postępowania państw członkowskich UE i wiąże jedynie te państwa jako członków organizacji międzynarodowej.

Najbardziej liczną grupę stanowią natomiast przykłady norm zwyczajowego prawa międzynarodowego, które znajdują zastosowanie w praktyce funkcjonowania Unii Europejskiej. W przypadkach, gdy TSUE rozpatruje kwestie regulowane prawem międzynarodowym publicznym, prawo stanowi podstawę wyrokowania TSUE jako źródło prawa unijnego. Trybunał uznaje bowiem, że UE w wykonywaniu swoich praw jest związana prawem międzynarodowym, w tym normami prawa zwyczajowego<sup>62</sup>.

## 5. Konkluzje

Normy zwyczajowe, uznawane i stosowane przez państwa przez dłuższy czas, zwyczaj zostają skodyfikowane w formie norm umownych. Z tego względu rola zwyczaju w ostatnich czasach uległa ograniczeniu na rzecz umowy międzynarodowej<sup>63</sup>. Jednak mimo rozwoju kodyfikacji w dziedzinie współczesnego prawa międzynarodowego publicznego, prawo zwyczajowe nadal jest dziedziną, która ciągle się rozwija. Dowodem tego jest orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, które równocześnie wskazuje, że taki stan jest spowodowany aktualną sytuacją geopolityczną na świecie. Państwa, w tym również te nowo powstające, zamiast zaciągania zobowiązań międzynarodowych w postaci umów, wolą opierać swoje wzajemne stosunki na prawie zwyczajowym. Dotyczy to zwłaszcza dziedzin, które wcześniej nie były objęte regulacjami prawa międzynarodowego, przykładowo ze względu na to, że nie istniały, ponieważ są nowym obszarem stosunków międzypaństwowych, powstałym w wyniku rozwoju cywilizacyjnego<sup>64</sup>.

Prawo zwyczajowe znajdujemy również w unijnym systemie prawnym. Wynika to z tego, że Unia Europejska, pomimo że stanowi odrębny od prawa międzynarodowego porządek prawny, pozostaje w nim „zakotwiczona”<sup>65</sup>. Właśnie dlatego źródłami prawa unijnego są zarówno prawo międzynarodowe (w tym prawo zwyczajowe powszechne), jak i prawo zwyczajowe tworzone w wyniku praktyki państw członkowskich Unii Europejskiej. Ze względu na to, że literatura dotycząca tematyki zwyczajowego prawa tworzonego w praktyce unijnej nie jest zbyt obszerna, a orzecznictwo TSUE również nie przyczyniło się do rozwoju doktryny dotyczącej tej tematyki, przy rozważaniach

---

<sup>62</sup> Wyrok Trybunału z dnia 16 czerwca 1998 r. w sprawie C-162/96 *A. Racke GmbH & Co. przeciwko Hauptzollamt Mainz*.

<sup>63</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, *op. cit.*, s. 105–106.

<sup>64</sup> W. Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 75.

<sup>65</sup> J. Kolasa, *Unia Europejska na tle rozwoju prawa i społeczności międzynarodowej*, s. 174, [w:] J. Kolasa, A. Kozłowski (red.), *op. cit.*

dotyczących prawa zwyczajowego w Unii Europejskiej przydatne okazują się odniesienia do zwyczajowego prawa międzynarodowego i orzecznictwa MTS. To również podkreśla związek prawa unijnego z prawem międzynarodowym.