Nemzetközi szokásjog

Szerző: BLUTMAN László
Affiliáció: egyetemi tanár, SZTE ÁJTK
Rovat: Nemzetközi jog
Rovatszerkesztő: Sulyok Gábor
Lezárás dátuma: 2018.09.24
Idézési javaslat: BLUTMAN László: „Nemzetközi szokásjog” in JAKAB András – FEKETE Balázs (szerk.): Internetes Jogtudományi Enciklopédia (Nemzetközi jog rovat, rovatszerkesztő: SULYOK Gábor) http://ijoten.hu/szocikk/nemzetkozi-szokasjog (2018). Konkrét szöveghelyre való hivatkozáshoz javasoljuk a szövegbeli bekezdésszámok használatát, pl. [8] vagy [12]–[18].

A szokásjog helyzetét a nemzetközi jogban kétirányú folyamat határozza meg az utóbbi időkben. Egyfelől a nemzetközi szerződéses jog mennyiségi növekedése lassan kiszorítja a jogvitákból. Másfelől a kodifikáció sok területen előrehaladt, egyre több szokásjogi norma léte válik elfogadottá, így nagyobb biztonsággal lehet alkalmazni őket, ha szükséges. Jelentős kérdéseket még a szokásjog ural (az állam nemzetközi jogi felelőssége). Sok állam nem részese a különböző kodifikációs szerződéseknek sem, ami ugyancsak utat nyit a szokásjog alkalmazásának. A nemzetközi szokásjogot azonban sok bizonytalanság övezi, ami óvatosságra inti a nemzetközi szerveket, ha alkalmazni akarják. Számos kérdésben ellentmondásos a gyakorlat, és a nemzetközi jog elmélete sem kínál minden problémára általánosan elfogadott megoldásokat.

Tartalomjegyzék

1. **A nemzetközi szokásjog – első pillantásra**
2. **A Statútum 38. cikk (1) bekezdés (b) pontja: négy értelmezési probléma**
3. **A nemzetközi szokásjog ténybeli alapja: az általános gyakorlat**
4. **A nemzetközi szokásjog normatív aspektusa: opinio iuris vagy „jogként való elismerés”?**
5. **A nemzetközi szokásjog és más nemzetközi jogi normák viszonya**
6. **A nemzetközi szokásjog hatálya**
7. **A nemzetközi szokásjog kodifikálása és a Nemzetközi Jogi Bizottság**
8. **A Nemzetközi Bíróság és a nemzetközi szokásjogi normák azonosítása**
9. **A nemzetközi szokásjog érvényesülése a magyar jogban**
10. **JEGYZETEK**

1. A nemzetközi szokásjog – első pillantásra

[1] A nemzetközi szokásjog a nemzetközi jogi normák egy csoportja, mely sajátos forrása miatt különül el. Általános a nézet, hogy a nemzetközi szokásjog a nemzetközi jog forrása.[1] Ez azonban

nem tűnik védhetőnek. Kétségtelen, hogy a nemzetközi jog része a nemzetközi szokásjog. Azonban valaminek a része nem lehet egyben annak forrása is. A nemzetközi jog részeként inkább a szokásjognak van forrása. Ahogy a nemzetközi szerződéses jognak a forrása a nemzetközi szerződés (->nemzetközi szerződések), a nemzetközi szokásjog forrása a nemzetközi szokás. A nemzetközi szerződés és a nemzetközi szokás még csak ténybeli alapja a nemzetközi jogi normák kialakulásának. E normák forrásává külön jogtétel alapján válnak (jogforrási jogtétel). Nem minden nemzetközi szokás alkalmas arra, hogy nemzetközi szokásjogi norma alapjává váljon. A jogforrási jogtétel alapján azonosíthatók azon feltételek, melyek a nemzetközi szokást a szokásjog forrásává (azaz nemzetközi jogszokássá) teszik.

[2] A nemzetközi szokásjogra vonatkozó jogforrási jogtétel tartalmazza annak fogalmi elemeit. De e jogtételt nem könnyű azonosítani. A belső jogokban a jogszokás jogforrási jogtétele jellemzően maga is szokásjogi norma. Ez a gyakorlatban nem okoz különösebb gondot, bár logikailag paradoxonhoz vezet. A nemzetközi jogszokás jogforrási jellegére vonatkozóan nem kell azonnal a szokásjoghoz fordulni, mert van egy általánosan használt szerződéses rendelkezés, amit kiindulásként mindenki használ. Ez a Nemzetközi Bíróság Alapszabályainak (röviden: Statútum) 38. cikk első bekezdése. A Bíróság által általánosan alkalmazandó szabályokról szól a rendelkezés, így elsődleges szerepe van a nemzetközi joghoz tartozó szabálycsoportok meghatározásában. A szövegrész a következő: „A Bíróság […] eljárása során a következő forrásokat alkalmazza: […] (*b)* a nemzetközi szokást, mint a jog gyanánt elismert általános gyakorlat bizonyítékát”.[2]

[3] A Statútumban foglalt rendelkezés alapul szolgálhatna a jogforrási jogtétel megállapításához, de az első pillantásra sem teljes. A nemzetközi szokásjog gyakran említett, a Nemzetközi Bíróság által is sokszor felhívott fogalmi eleme az *opinio iuris* (jogi meggyőződés). Ez nem szerepel a szövegben, tehát ennek a helyét meg kell találni. A rendelkezés értelmezése egyébként is felvet néhány alapvető, a nemzetközi szokásjog lényegét érintő problémát, melyek összekapcsolódnak a nemzetközi szokásjogot körbelengő általános elméleti bizonytalansággal.[3]

2. A Statútum 38. cikk (1) bekezdés (b) pontja: négy értelmezési probléma

[4] Az első értelmezési probléma, hogy miként lehet egy forrást „alkalmazni”. A Nemzetközi Bíróság a nemzetközi jog szabályait alkalmazza, és nem azok forrásait. Így nem a nemzetközi szokás alkalmazandó, hanem az ennek alapján keletkezett nemzetközi szokásjogi szabály. A nemzetközi szokás ugyanis jellegében nem norma, melyet egy jogvitában alkalmazni lehetne. Mindezen az sem változtat, hogy a „forrás” kifejezés csak a magyar fordításban jelenik meg, a hivatalos szövegben nem. A nemzetközi szokást csak akkor lehetne alkalmazni, ha azon a Statútum magát a nemzetközi szokásjogot értené.

[5] A második értelmezési probléma a nemzetközi szokás jellege és értelme a Statútumban. Kérdés, hogy a Statútum 38. cikke – amikor a nemzetközi szerződésekre, a nemzetközi szokásra és a civilizált nemzetek által elismert jogelvekre utal (->a civilizált nemzetek által elismert általános jogelvek) – a nemzetközi jog forrásait sorolja fel vagy a nemzetközi jog egyes szabálycsoportjait. Ha az utóbbi áll fenn, akkor azok szükségszerűen normajellegűek. Így a nemzetközi szokásnak is normajellegűnek kell lennie, de ezzel a nemzetközi szokás tartalmilag azonossá válik a nemzetközi szokásjoggal. A szokásjoggal azonosított nemzetközi szokásnak normajelleget tulajdonítunk, a nemzetközi jog részének tekintjük, és így alkalmazható jogvitákban. (Ezt támogatja az, hogy a nemzetközi szerződésnek van olyan jelentése, mely szerint normajellegűnek – összefüggő szabályok csoportjának – tekinthető, míg a civilizált nemzetek által elismert általános jogelvek eleve normajellegűek). Ilyen értelmezést adva a 38. cikk magyar fordítása – mely a forrásokra utal – félrevezető.[4]

[6] Ha a Statútum 38. cikke mégis a nemzetközi jog forrásairól szólna, akkor a Bíróság a felsorolt forrásokat nem a jogviták eldöntésére „alkalmazná”, hanem a jogvita eldöntésére szolgáló nemzetközi jogszabályok azonosítására. Ekkor nem lesz azonos értelmű a nemzetközi szokásjog és a nemzetközi szokás. Így a rendelkezés nem is utalna nemzetközi szokásjogra, csak annak forrására, mely a (nem

normajellegű) nemzetközi szokás.

[7] E két értelmezési lehetőség alapján a nemzetközi szokás egyrészt lehet a nemzetközi jog forrása, de akkor nem azonos a nemzetközi szokásjoggal, és a 38. cikk ugyan a nemzetközi jog forrásait szabályozza, de ekként nem szól kifejezetten a nemzetközi szokásjogról. Másrészt mondható az, hogy a nemzetközi szokás azonos a nemzetközi joggal, de akkor nem a nemzetközi jog forrása, hanem a része, és így a 38. cikk nem a nemzetközi jog forrásait szabályozza.

[8] A harmadik értelmezési probléma, hogy miként lehet a nemzetközi szokás a jog gyanánt elismert általános gyakorlat bizonyítéka. Inkább az a megfogalmazás lenne védhető, hogy a jog gyanánt elismert általános gyakorlat a bizonyítéka a nemzetközi szokásnak.[5]

[9] A negyedik értelmezési probléma, hogy miként lehet jog gyanánt elismerni az általános gyakorlatot. Az államok valamilyen kérdésben folytatott gyakorlata tényekben gyökeredző jelenség. Ilyen tény vagy tények sorozata miképpen lehet normatív elismerés tárgya? Jogként nem a gyakorlatot lehet elismerni, hanem azon szabályszerűséget (szabályt), amely az adott kérdés rendezése terén a gyakorlatban megmutatkozik vagy abból kiszűrhető.[6] Így viszont a nemzetközi szokás az általános gyakorlatban megnyilvánuló, jogként elismert szabály lesz. Ezzel a nemzetközi szokás is normatív jelleget, sőt jogi jelleget kap, tehát azonossá válik a szokásjogi normával. Ez azon értelmezési lehetőséget támasztja alá, hogy a 38. cikk nem a nemzetközi jog forrásait sorolja fel, inkább annak részeit (szabálycsoportjait) azonosítja.[7]

[10] A Statútum rendelkezése nyomán – minden értelmezési probléma ellenére – a nemzetközi jog tudományában jelenleg az a többségi vélemény, hogy a nemzetközi szokásjognak két nélkülözhetetlen alkateleme vagy építőköve van, és ezek egyike a szokás (általános gyakorlat), a másik az *opinio iuris*, vagy egyéb szubjektív feltétel *(dualizmus).* Vannak azonban olyan nézetek is, melyek szerint a szokásjog létéhez csak egy elem szükséges (*monizmus*) és ez a jogi meggyőződés vagy más szubjektív tényező (szubjektivista monizmus).[8] Ugyanakkor van olyan (ritkább) vélemény, hogy a szokásjog létrejöttéhez csak szokás (általános gyakorlat) kell, a szubjektív elem legfeljebb csak a létrejött szokásjogi norma utólagos azonosításához szükséges (objektivista monizmus).[9]

3. A nemzetközi szokásjog ténybeli alapja: az általános gyakorlat

[11] A nemzetközi szerződéses jog esetében a ténybeli alap a szerződés szövege, a nemzetközi szokásjog esetében a szokás *(usus)*. A Statútum a szokás helyett az általános gyakorlat kifejezést használja. Erre azért kényszerül rá, mert a szokást a jogként elismert általános gyakorlathoz köti, noha ez a hagyományos fogalmak szerint inkább már jogszokásnak feleltethető meg.

[12] Jelentős vita van abban a tekintetben, hogy mely nemzetközi szereplők magatartása számít be a gyakorlatba. Az államokon kívül itt szóba jöhetnek a nemzetközi (államközi) szervezetek és – egyes nézetek szerint – a magánfelek (elsősorban nemzetközi színtéren működő, nem államközi szervezetek) is. Jelenleg az tűnik többségi véleménynek, hogy a nemzetközi szokásjog alapját képező szokásba csak az államok magatartása számít be.[10] Igen erős azonban azon irányzat is, mely a nemzetközi szervezetek magatartását is beszámíthatónak tartja.[11] A jelenlegi világrendben az államok az elsődleges és tipikus jogalkotó jogalanyok. A nemzetközi szokásjogi normák azonosítása során, a nemzetközi szervezetek határozatait a Nemzetközi Bíróság is a tagállamok kollektív álláspontjának és nem egy nemzetközi jogalany (például az ENSZ) nyilatkozatának tekinti. Mindebből az is következik, hogy a nemzetközi bíróságok ítéletei nem számítanak be a nemzetközi szokásjog alapját képező gyakorlatba,[12] szemben a belső jogokkal, ahol a „bírói jog" szokásjogot generálhat. A nemzetközi bíróságok csak megállapíthatják egy nemzetközi szokásjogi norma létrejöttét és tartalmát, de az ilyen megállapításaik elvileg nem képezik részét a szokásjog kialakulásának. A nemzetközi bíróságok ilyen értelemben sem jogalkotó tényezők, ítéleteik a nemzetközi jog megállapításának eszközei. Ugyanakkor a nemzetközi bíróságok (különösen a Nemzetközi Bíróság) ítéletei hitelesíthetik legerősebben a mai nemzetközi jogban egy nemzetközi szokásjogi norma létét és tartalmát (-

>nemzetközi bíróságok döntései).

[13] Általában véve az állami magatartások három típusával kell számolni a szokásjog ténybeli alapjainál: *(i)* az állam aktív magatartása (fizikai cselekedet); *(ii)* az állam passzív magatartása (tartózkodás valamely fizikai cselekedettől); *(iii)* a nyelvi (verbális) megnyilvánulások, amikor az állam képviselői szóban vagy írásban, egyénileg vagy közösen közölnek tényeket, vagy jelenítenek meg álláspontot (nyilatkozatok, határozatok nemzetközi szervezetekben, nemzetközi szerződés kötése). Ez a felosztás inkább irányadó, semmint szigorú osztályozási alap. Vannak olyan konkrét állami magatartások, amelyeket nehéz egyértelműen besorolni.

[14] Egy adott államot tekintve, a közhatalom gyakorlása során bármely hatalmi ág kifejthet a szokásba beszámító magatartást. Így állami gyakorlat egy államban egy kérdés törvényi szabályozása ugyanúgy, mint a kialakuló bírói (vagy közigazgatási) gyakorlat. Az állami magatartásnak nem kell a nemzetközi színtérre irányulnia vagy ott megnyilvánulnia.

[15] Az állam a szokásba beszámító konkrét magatartást kifejtheti egyedül vagy más államokkal együtt (például elfogadnak egy ENSZ közgyűlési határozatot). Így a szokásjog alapját képező állami magatartás lehet egyéni vagy kollektív.

[16] Az általános gyakorlatot (szokást) szinte közhelyszerűen a szokásjog objektív vagy materiális elemének tekintik.[13] Ez félrevezető lehet. Az általános (állami) gyakorlat arra utal, hogy létezik az egyéni és/vagy kollektív állami magatartásoknak olyan csoportja, mely illik egy előre meghatározott mintába, azaz megfelel egy előre elgondolt szabályszerűségnek, szabálynak. E szabályszerűségen alapszik majd a szokásjogi norma tartalma, ha a többi feltétel is fennáll. Az „általános gyakorlat" olyan absztrakt fogalom, mely állami magatartások közös jellemzőire, egymás közötti viszonyaira utal és egy osztályozás végeredménye. Bár az általános gyakorlat megállapítása konkrét állami aktusokból, magatartásokból, mint objektív tényezőkből indul ki, az legalább három erősen szubjektív elemet is tartalmaz. *(i)* Az általános gyakorlat megállapítása céljából a konkrét állami magatartások jellemzőit szükséges megfelelően azonosítani, absztrahálni és leírni, majd összeilleszteni az előre meghatározott szabályszerűség jellemzőivel. *(ii)* A szabályszerűség, mellyel a különböző állami magatartásokat össze kell vetni, ugyancsak egy fogalmi konstrukció, melyet előzetesen ki kell szűrni és leírni, hogy látószöget adjon az állami magatartások értékelésének. *(iii)* Ahhoz, hogy a nemzetközi gyakorlatnak kellő általánosságot tulajdoníthassunk, össze kell hasonlítani azon állami magatartások súlyát és számát, melyek a szabályszerűségnek megfelelnek, azokkal, melyek nem. Mindez a nemzetközi események részletesebb értelmezését teszi szükségessé. Az államok általános gyakorlatát nem lehet leegyszerűsíteni objektív események sorozatára.[14] Az államok általános gyakorlata (szokás) nem egy tény, hanem ténybeli alapokra épülő fogalmi konstrukció. Egy adott szabályszerűségnek megfelelő általános gyakorlat kiszűrése olyan gondolati műveleteket igényel, mint az absztrakció, összehasonlítás, értelmezés, megkülönböztetések tétele, szelekció, értékelés és általánosítás. A végeredményként kapott „általános gyakorlatot" (a magvát jelentő szabályszerűséggel) aligha lehet egyszerűen objektívnak vagy materiális jellegűnek tekinteni.[15]

[17] A gyakorlat fogalma feltételezi, hogy a beszámító állami magatartások egybevágóak legyenek.[16] Meg kell felelniük annak a szabályszerűségnek, mely a gyakorlatot jellemzi, és amely a szokásjogi norma tartalmát fogja képezni. Az, hogy a gyakorlatba beszámított egyes állami magatartások milyen módon, milyen súllyal és mennyire egyértelműen erősítik a szokásnak tulajdonított szabályszerűséget, és egybevágónak minősíthetők-e, az eseti értékeléstől függ. Az egyes, konkrét állami magatartások értékelése időnként igen nehéz egy szokás megállapítása szempontjából, mert komoly értelmezési bizonytalanságok adódhatnak. Például egy állam passzív magatartása, azaz tartózkodása valamely cselekedettől – a körülményektől is függően – sok mindent jelenthet.[17] Külön probléma az is, hogy egy nemzetközi szerződés lehet-e egy szokás vagy egyáltalán egy szokásjogi norma létének bizonyítéka.[18]

[18] A gyakorlattal szembeállított időbeli követelményként korábban feltételezték, hogy az huzamos ideig álljon fenn, tehát a beszámító állami magatartások sorozata huzamos időn keresztül támogassa

a szokást. A megkövetelt időtartam hossza mindig is vitákat generált a modern nemzetközi jogban. A hagyományos nézet, hogy a szokásnak emberemlékezet óta fenn kell állnia, ma már aligha tartható. Így egyesek a megkövetelt időtartam hosszát években kívánták rögzíteni (például 99 év),[19] annak mintájára, ahogy egyes államok a belső szokásjog kialakulásánál ezt megkövetelik.[20] A modern jogalkotás azonban nagyobb rugalmasságot vár. Általános tendencia, hogy a szokás rovására mind nagyobb súlyt tulajdonítanak a jogi meggyőződésnek. Ez Magyarországon a belső szokásjog összefüggéseiben is elég korán megmutatkozott. Grosschmid Béni például – abból kiindulva, hogy a közakarat a szokásjog alapja – elvileg egyetlen cselekményt is elegendőnek tartott ahhoz, hogy abban a szokásjogi norma megmutatkozzon.[21]

[19] A nemzetközi jogban a szokásjog szubjektív elemét előtérbe helyező tendenciát markánsan jelezte Bin Cheng elhíresült elmélete az „instant szokásjogról".[22] Egy szokásjogi szabálynál elsődleges az államok jogi meggyőződése, míg a szokás (a vonatkozó állami gyakorlat) szinte mellékessé válik. A szokásjogi szabály néhány nemzetközi esemény nyomán igen gyorsan kialakulhat, a vonatkozó állami gyakorlatnak – ha beszélhetünk egyáltalán ilyen esetben „gyakorlatról" – nem kell huzamos ideig fennállnia. A Nemzetközi Bíróság megerősítette az állami gyakorlatot háttérbe szorító tendenciát: nem akadálya egy nemzetközi szokásjogi norma kialakulásának, ha csak rövid idő telt el a vonatkozó állami gyakorlat megjelenésétől.[23] A Nemzetközi Jogi Bizottság pedig úgy foglalt állást, hogy az általános gyakorlat fennállásával szemben nincs időbeli követelmény.[24]

[20] Az állami gyakorlat általános jellege legalább két vonatkozást takar. Egyrészt egy államnak is lehet egy-egy nemzetközi kérdésben gyakorlata, és ez akkor általános, ha az adott állam magatartása túlnyomórészt egyöntetű, következetes. Másrészt – az államok összességére vonatkoztatva – az államok gyakorlata akkor lesz általános, ha az államok bizonyos körét átfogja. E két vonatkozás úgy függ össze, hogy egy állam konkrét magatartása nem számítható be az államok bizonyos szabályszerűségnek megfelelő gyakorlatába, ha az adott államnak ez a magatartása egyébként ellentétes a kérdésben kifejtett más magatartásával (azaz a saját gyakorlatával).

[21] Nincs világos mérce arra nézve, hogy a gyakorlatot az államok milyen körének kell folytatnia ahhoz, hogy általánosnak lehessen tekinteni.[25] Az államok nagy számára is figyelemmel egyértelmű, az állami gyakorlathoz nem kell minden államnak hozzájárulnia, hogy az általános legyen. A nemzetközi jog egyes területein vagy egyes kérdéseiben az államok egy része nincs is abban a helyzetben, hogy érdemben hozzájáruljon a gyakorlathoz (például a világűr joga). De ezt figyelembe véve is, nem lehet meghatározni kellően konkrét mércét arra, hogy mikor lesz általános a gyakorlat. A Nemzetközi Jogi Bizottság által felállított mérce, hogy a gyakorlat „kellően széles körű" és reprezentatív legyen.[26] A magyar szakirodalomban olyan mércékkel találkozunk például, hogy a gyakorlat széles körű, reprezentatív és lényegileg egyöntetű legyen,[27] vagy a gyakorlat széles körű, egységes és folytatólagos legyen.[28]

[22] A belső jogból szivárgott be a nemzetközi jogba a „különösen érintett államok" doktrínája, melynek értelmében a szokás vizsgálatánál elsősorban az adott kérdésben érintett vagy érdekelt államok gyakorlata számít.[29] A Nemzetközi Bíróság úgy igyekszik enyhíteni a reprezentativitás problémáját, hogy elsősorban az államok kollektív magatartását veszi figyelembe (például ENSZ közgyűlési határozatokat). Ezáltal egyszerre sok államot von be a szokás általánosságának megalapozása végett. Mindazonáltal a gyakorlat általánosságának értékelése eseti körülményeken múlik.

[23] Ha a jogi meggyőződés súlya az *usus* rovására nő, a gyakorlat általános jellegének kritériuma is lazulhat. A Nemzetközi Bíróság az Északi-tengeri kontinentális talapzat ügyében hozott ítéletben például azt követelte meg, hogy a gyakorlat kiterjedt legyen, és a szokásból kialakuló jogi normát kell általánosan elismerniük az államoknak. Itt az általánosság követelménye tárgyat váltott: a gyakorlat helyett a jogként való elismerésre alkalmazta a Bíróság.[30]

[24] A nemzetközi szokásjog egyes, kivételes formáinál az állami gyakorlat általánosságának értékelése további akadályokba ütközik. Nem csupán univerzális (globális) nemzetközi szokásjog van.

A Nemzetközi Bíróság elismerte a regionális szokásjog lehetőségét (a dél-amerikai államok között a diplomáciai *asylum* egyes kérdéseinél),[31] valamint a helyi (bilaterális) szokásjog létének lehetőségét (államterületen történő átjárás szabályozása tekintetében).[32] Itt – értelmezéstől függően – a gyakorlat általánosságának követelménye vagy nem érvényesül, vagy relativizálódik. Az első esetben a Statútum 38. cikke nem képezi részét a regionális és bilaterális szokásjog jogforrási tételének, mely teljes egészében szokásjogi alapú lesz. A második esetben az általánosság követelményét csak két állam vagy az államok egy csoportja között kialakuló gyakorlatra kell vonatkoztatni (ez a Nemzetközi Bíróság álláspontja, legalábbis a regionális szokásjog esetében).[33]

4. A nemzetközi szokásjog normatív aspektusa: opinio iuris vagy „jogként való elismerés”?

[25] A dualista elméletek túlnyomó többsége a nemzetközi szokásjog normatív, szubjektív alkotóelemének az *opinio iuris*t (jogi meggyőződés) tekinti. Ezt a Nemzetközi Bíróság számos alkalommal megerősítette. A Statútum 38. cikke viszont – szubjektív feltételként – „jogként való elismerésről” szól. Ezt magyarázni kell. Az *opinio iuris* és a jogként való elismerés viszonya igen zavaros a mai nemzetközi gyakorlatban és a jogtudományban.[34]

[26] A két fogalom általános jelentése azt sugallja, hogy az *opinio iuris* mint jogi meggyőződés enyhébb feltételt jelent. A jogként való elismerés mögött áll valamilyen elismerő aktus egy állam részéről. A jogi meggyőződés viszont kialakulhat a szokásjogi norma elismerése nélkül is. Az elismerés nem azonos a meggyőződéssel, és aligha fogadható el például Brigitte Stern kiindulópontja, mely szerint egy meggyőződés kialakulása feltételezne bármilyen elismerési aktust.[35] Egy-egy államnak, annak képviselőinek elismerés hiányában is kialakulhat az a meggyőződése, hogy egy alakulóban lévő szokásjogi norma létezik. Egy szokásjogi szabályt legtöbbször önkéntelenül vállalnak fel és követnek az államok, ahogy Rosalyn Higgins megállapította.[36]

[27] Mindez értelmezés kérdése, a fenti fogalmi megkülönböztetést sokan nem fogadják el. Az *opinio iuris* és a jogként való elismerés viszonyára a következő alapvető megközelítések vehetők ki: *(i)* vannak, akik azonosítják a két fogalmat;[37] *(ii)* mások szerint a kettőnek semmi köze nincs egymáshoz;[38] *(iii)* egyes elméletek a jogként való elismerést tekintik a szokásjog szubjektív alkatelemének, az *opinio iuris*t kizárják a szokásjog feltételei közül (konszenzualista elméletek);[39] *(iv)* számos szerző oly módon kerüli el a problémát, hogy nem vonatkoztatják a két fogalmat egymásra, nem tisztázzák a viszonyukat.[40]

[28] Mivel a jogként való elismerés feltétele magasabb mércét jelent, az ehhez (és a Statútum szövegéhez) ragaszkodó konszenzualista elméletek – a szokásjogot az államok egyetértésére alapozva – több problémával szembesülnek. *(i)* A Statútum nem ad arra választ, hogy az elismerésnek milyen mértékűnek kell lennie az államok között (az általános jelző a gyakorlatra vonatkozik, az elismerésre nem). Korábban a Nemzetközi Bíróságban is utat tört az álláspont, hogy a jogként való elismerésnek is általánosnak kell lennie, nem csak a gyakorlatnak *(Fisheries Jurisdiction)*.[41] Ezt támogatja néhány szerző is, például Villiger.[42] Mindez aligha többségi vélemény. *(ii)* Nem világos az sem, hogy ki az elismerés alanya: az elismerést lehet keresni az egyes államok egyéni vagy kollektív, konkrét magatartásában, de az elismerést valamilyen alapon a nemzetközi közösség egészének is lehet tulajdonítani.[43] (E dilemma az *opinio iuris* esetén is fennáll.)[44] *(iii)* A konszenzualista elméletek is küzdenek azzal a problémával, hogy mi legyen a jogként való elismerés és az *opinio iuris* viszonya. *(iv)* A jogként való elismerés bizonyítása sem problémamentes. A kérdés, hogy milyen állami magatartás minősíthető elismerési aktusnak. Az államok cselekedetei vagy passzív magatartása ilyen tekintetben mindig értelmezésre szorul, de az államok nyelvi megnyilvánulásai is csak ritkán utalnak valamely norma szokásjogként való kifejezett elismerésére. E problémák megoldására a konszenzualista elméletek többféle stratégiát alkalmaznak, melyekre itt nem tudunk kitérni.

[29] A jogként való elismerésre alapozó konszenzualista elméletek erősen kisebbségben vannak. Ennek két döntő oka van. Egyrészt a Nemzetközi Bíróság sokszor, világosan kiállt az *opinio iuris*

szükségessége mellett.[45] Ezt nem lehet figyelmen kívül hagyni. Másrészt a modern nemzetközi gyakorlat egyre kevésbé bizonyítja azt, hogy egy szokásjogi norma kialakulásához szükség lenne az államok konkrétan kimutatható egyetértésére. Így az *opinio iuris*ra alapozó szokásjogi elméletek képezik a fősodort, a mai nemzetközi gyakorlatban és elméletben.

[30] Az *opinio iuris*ra alapozó elméletek nem követelik meg az államok egyetértését valamely szokásjogi norma fennállásához, mindössze azt a meggyőződést, hogy az adott norma jogi értelemben kötelező erejű. Az elkötelezettség itt gyengébb: nem kíván elfogadást, elismerést, csak valamilyen meggyőződést egy szokásjogi norma létére vonatkozóan.[46] Ezek az elméletek két, mélyen fekvő problémával küzdenek. Az egyik, hogy így a szokásjog létrejötte bizonyos mértékig az államok tévedésén alapul. A másikat az *opinio iuris* bizonyításánál mutatkozó nehézségek jelentik.

[31] A *tévedésen alapuló szokásjog problémája* a következőképpen foglalható össze. Az *opinio iuris* feltételezi, hogy az államok magatartásának indokául egy létrejött szokásjogi norma szolgál. Azonban az *opinio iuris*, melyhez a saját meggyőződésükkel hozzájárulnak, csak feltétele a kérdéses szokásjogi norma kialakulásának. Így van egy bizonyos időszak, melyben a szokásjogi norma kialakulásának alapját az államok hamis meggyőződése képezi. Úgy vélik, hogy már létezik a szokásjogi norma, mely alapján bizonyos magatartást kell tanúsítaniuk, noha a norma ekkor még csak születőben van.[47] Mivel aligha elfogadható, hogy egy jogi norma kialakulása bizonyos mértékig tévedésen alapuljon, a probléma megoldására nézve több megközelítést dolgoztak ki. Általánosan elfogadott megoldás azonban nem létezik. Bár nagy gyakorlati nehézségeket nem okoz, e paradoxonnal együtt kell élni az *opinio iuris*on alapuló elméleteknek.

[32] A jogi meggyőződés nehezen fogható, szubjektív elem. Így bizonyítása nehézségekbe ütközik. (Az elismerésen alapuló elméleteknek némileg egyszerűbb az elismerési aktusokra rámutatni). Az *opinio iuris*t is az államok megnyilvánulásaival lehet bizonyítani, hiszen ezekből szűrhetőek ki a jogi meggyőződésre utaló jelek. Így viszont a szokásjog keletkezéséhez értékelt állami magatartások sokszor egyszerre szolgálhatnak bizonyítékként az általános gyakorlatra (a szokásra) és az államok jogi meggyőződésére. Így a szokásjog mindkét feltételének fennállása ugyanazon a bizonyítékokon alapulhat (a kétszeres értékelés veszélye), ami nehezen elfogadható megoldás, hiszen a jogi meggyőződés elválaszthatatlanná válik az állami gyakorlattól.

[33] Erre a problémára nyújt egy sajátos megoldást az Anthony D'Amatóhoz köthető irányzat.[48] Az állam magatartásából az állami gyakorlatba csak a fizikai cselekedetek és a passzív magatartás számít be. Az államok nyelvi megnyilvánulásai (nyilatkozatai) nem tekinthetők állami gyakorlatnak, azok az *opinio iuris*ra utalhatnak. Az állami gyakorlat ilyen leszűkítése mellett szólhat néhány érv. Először is, ha úgy vesszük, hogy az állami gyakorlat materiális feltétele a szokásjognak, a nyilatkozatok nem tartozhatnak ide, mert azok jellegüket tekintve nem materiálisak. Másodszor, a szokásjog cselekedetekből származik, és nem ilyen cselekedetek kilátásba helyezéséből vagy az azokra való reakciókból, azaz nyilatkozatokból. Harmadszor, nem biztos, hogy a nyilatkozatoknak köze van ahhoz, amit az államok valójában tesznek vagy gondolnak.[49]

[34] Az állami gyakorlat ilyen felosztása kritikákat váltott ki.[50] Az elmélet legnagyobb baja, hogy a Nemzetközi Bíróság soha nem volt hajlandó ilyen felosztást alkalmazni. A Jurisdictional Immunities ügyben hozott ítéletben világossá tette, hogy ugyanolyan típusú állami magatartás egyszerre lehet az általános gyakorlat része és az *opinio iuris* bizonyítéka.[51] Így a probléma továbbra is fennáll. Ennek megkerülésére – D'Amato elméletén kívül – legalább négy fontosabb megoldási irány létezik az mai elméletben.

[35] Van, aki szerint általában véve az általános állami gyakorlat és az *opinio iuris* bizonyítása nem választható el. Főszabályként – mely alól vannak kivételek – az általános állami gyakorlat bizonyítása egyben az *opinio iuris* bizonyítéka is. A kivételekhez tartozik az olyan eset, mint amellyel az Állandó Nemzetközi Bíróság találkozott a Lotus-ügyben, és ahol megkülönböztette a két elem bizonyítását.[52]

[36] Egy másik elmélet abból indul ki, hogy a két elem bizonyítása elválasztandó, az egyik léte nem

feltételezi a másikét, de a bizonyítékok köre azonos lehet. (A Lotus-ítélet ezt be is mutatta). Így egyes szerzők megkülönböztetik ugyanazon állami magatartás normatív aspektusát és faktuális tartalmát. E megkülönböztetés lehetővé teszi, hogy ugyanazon magatartás egyszerre – de különböző vonatkozásban – szolgáljon az *opinio iuris* bizonyítékául, és képezhesse az általános gyakorlat részét.[53] Egy ilyen megkülönböztetés a nyelvi megnyilvánulások (nyilatkozatok) esetében működhet,[54] de a fizikai cselekedeteknél aligha. Ha egy állam hajója békésen és zavartalanul áthalad egy másik állam parti tengeréhez tartozó vizeken, ez nyilvánvalóan támogatja azt a szokásjogi normát, mely a külföldi hajók békés áthaladását biztosítja ilyen helyen.[55] Viszont mi lehet ennek a magatartásnak a faktuális része, és mi a normatív vonatkozása?

[37] E problémák miatt többen az *opinio iuris*t nem is tekintik a szokásjog alkatelemének, hanem egy olyan segédeszköznek, mely arra szolgál, hogy a szokásjogi norma utólag felismerhető és megkülönböztethető legyen más, nem jogi jellegű társadalmi normáktól (deklaratív elméletek).[56] A deklaratív elmélet nyoma a Nemzetközi Bíróság gyakorlatában is fellelhető.[57] Ezen elméletek egyik formáját képezhetik az elismerésen alapuló (konszenzualista) elméleteknek, ahol a jogként való elismerés a szokásjog alkateleme, az *opinio iuris* pedig csak a szokásjog utólagos azonosításában játszik szerepet (például Walden).

[38] A negyedik megoldás egy olyan irány, mely a szubjektivista monizmusba torkollik. Így Lepard a szokásjog mibenlétét *opinio iuris* formájában képzeli el, és az állami gyakorlat nem alkatelem lesz, pusztán a szokásjogi norma létrejöttének utólagos bizonyítéka vagy megnyilvánulása.[58]

5. A nemzetközi szokásjog és más nemzetközi jogi normák viszonya

[39] A jelenlegi nemzetközi jogrendben alapvető tétel, hogy a nemzetközi jogi normák között nincs formális hierarchia, leszámítva a nemzetközi *ius cogens* normák körét.[59] Ebből kiindulva – témánk szempontjából – három kérdéskör vet fel érdemi problémákat, ezért ezeket szükséges érinteni: a nemzetközi szokásjog viszonya a nemzetközi szerződéses joghoz, a civilizált nemzetek által elismert általános jogelvekhez, valamint a *ius cogens* normákhoz.

[40] A nemzetközi szokásjog a nemzetközi szerződéses jogra hasonló hatást gyakorolhat, mint az államok belső jogában látható a szokásjog és a törvényi jog (írott jog) viszonyában.[60] A nemzetközi szokásjog a szerződéses jog alkalmazásának körét behatárolhatja, kiegészítő szabályokat hozhat be. Látványos példa a szerződéses és szokásjogi szabályok összefonódására a jogos önvédelemre vonatkozó általános szerződéses szabály (ENSZ Alapokmány 51. cikk). Ennek alkalmazásánál a szükségesség és arányosság mércéje világosan szokásjogi jellegű, és egyben nélkülözhetetlen feltétele a jogos önvédelmi helyzet fennállásának. Ilyen összefonódás valójában nagyon sok nemzetközi szerződés alkalmazásánál észlelhető: a szerződés alkalmazására kialakult állami gyakorlat alapjává válhat a szerződő felek között kialakuló szokásjogi normáknak. Ezek járulékosak: a szerződéses szabály alkalmazásához kapcsolódnak, és megszűnnek, ha a szerződés hatályát veszti. Mindez elvi tétel: a gyakorlatban a szerződés gyakorlati értelmezését *(usualis interpretatio)* igen nehéz elkülöníteni a szerződés alkalmazásához kapcsolódó és azt behatároló szokásjogi normától. A döntő, hogy az államok jogi meggyőződése szerint egy szerződéses szabály alkalmazásának sajátos módja még a szerződéses kötelezettségükből fakad (ekkor a szerződés gyakorlati értelmezésről van szó), vagy nem (ekkor a szerződéses szabály alkalmazásához kapcsolódó, járulékos szokásjogi normáról van szó, mely lehet szerződésrontó is – ha ellentétes valamely szerződéses rendelkezéssel). Ez a különbség viszont az államok megnyilvánulásaiban igen ritkán mutatkozik meg.[61]

[41] A fenti hatás nem kölcsönös. A gyakorlatban a nemzetközi szerződés ilyen hatással nincs a nemzetközi szokásjogra. Az államok kötnek ugyan szerződéseket olyan kérdésekben, melyeket szokásjogi normák is szabályoznak, és számos területen kodifikálták a szokásjogot. Ekkor azonban már szerződéses kötelezettségként kezelik valamely szabály betartását, és nem szokásjogi kötelezettségként. Például a kínzás tilalma nemzetközi szokásjogi norma,[62] és van több kínzás elleni egyezmény is. Nincs azonban annak nyoma, hogy az államok e nemzetközi szerződéseket a szokásjogi

norma végrehajtásaként alkalmaznák. A kínzás tilalmát és feltételeit közvetlenül e szerződésekből vezetik le. Ha van szerződés, a szokásjogi norma továbbra is létezik, de elbújik a szerződéses szabály mögé.[63] A nemzetközi szerződésnek nincs „szokást értelmező" funkciója, és aligha érdemes külön „szokást pótló" funkciót tulajdonítani neki (mely funkció kézenfekvő). Egy kivétel mutatkozik, amikor államok 'kiszerződnek' egy szokásjogi norma hatálya alól (tehát azzal ellentétes szerződéses szabályt fogadnak el).[64] Itt beszélhetünk „szokást rontó" funkcióról, de ez nem bevett kifejezés a nemzetközi jogi terminológiában. Mindezeknél sokkal központibb és sokat vitatott kérdés, hogy egy nemzetközi szerződés beszámít-e a szokásjog képződését megalapozó állami gyakorlatba, és tükrözheti-e az államok jogi meggyőződését.

[42] A Nemzetközi Bíróság láthatóan azt az álláspontot osztja, hogy egy nemzetközi szerződés bizonyítéka és forrása is lehet nemzetközi szokásjogi normáknak.[65] Általános tételként ez védhető (bár vannak ellenérvek is), de nem világos, milyen konkrét szabályok következnek ebből. Milyen feltételek mellett lehet egy nemzetközi szerződés megszületése egyben egy szokásjogi norma forrása is? Egy nemzetközi szerződéssel kapcsolatban sokféle állami megnyilvánulás lehetséges: azok, amellyel hozzájárulnak egy szerződés megkötéséhez (tárgyalások, nyilatkozatok, aláírás, ratifikáció); azok, mellyel a szerződést értelmezik és végrehajtják; és természetesen maga a szerződés szövege is számít, melyet egy állam kötelezőnek elfogadott.[66] De az értékelésnél ezeken túl is sok tényező vetődhet fel: bilaterális, regionális vagy univerzális szerződésről van-e szó; a részes államok száma; a távol maradó államok köre és érintettsége; a fenntartások tételének lehetősége; a tényleges fenntartások köre; az egyes szerződéses szabályok eltérő értelmezései stb.[67] E tényezők szerepére, súlyozására vonatkozóan nincs egyetértés még azon szerzők között sem, akik a Nemzetközi Bíróság álláspontját egyébként elfogadják.[68]

[43] A nemzetközi *ius cogens* (feltétlen alkalmazást igénylő) normák jogforrási háttere azóta bizonytalan, hogy a szerződések jogáról szóló 1969-es bécsi egyezmény nevezetes 53. cikke behozta a nemzetközi jogba. A hagyományos pozitivista felfogás a nemzetközi szokásjog kiemelt kategóriájaként, tehát egy sajátos szokásjogi normacsoportként kezeli.[69] Ezzel szemben vannak a szokásjogi jelleget megkérdőjelező természetjogi vagy észjogi ihletésű nézetek.[70] Az ENSZ Nemzetközi Jogi Bizottsága e tekintetben azt a megállapítást tette, hogy a nemzetközi *ius cogens* normák „majdnem az összes esetben" a széles körű állami gyakorlaton és az államok jogi meggyőződésén (*opinio iuris*) alapulnak,[71] tehát egyben szokásjogi normának is tekintendők.

[44] A „civilizált nemzetek által elismert általános jogelvek" [a fejlett jogrendszerrel rendelkező államokban érvényesülő jogelvek; Statútum 38. cikk 1. bekezdés *c)* pont] tekintetében mára általánosan elfogadott, hogy a kifejezés nem a nemzetközi jog általános elveit takarja, de éles viták vannak arra nézve, hogy ezen elvek részei-e egyáltalán a nemzetközi jognak vagy sem.[72] Természetesen eredendően nem nemzetközi jogi normákról van szó, hanem a belső jogokból átvett, a nemzetközi jogalkalmazást segítő szabályokról.[73] Az is nehezen vitatható, hogy az idők folyamán sok ilyen elv részévé vált a nemzetközi jognak részben szerződéses szabályként, részben szokásjogi normaként.[74] Ezt jól mutatja a nemzetközi bíróságok gyakorlata, mely egy idő után egyszerűen a nemzetközi jog elveiként hivatkoznak némelyikre. Például a szerzett jogok védelmének elve az 1926-os Felső-Szilézia-ügyben még a (belső) jog általános elveként jelenik meg, de később az Oscar Chinn ítélet a nemzetközi jog általános elveként hivatkozik rá.[75] Mivel ezek az elvek sok esetben láthatóan szokásjogi normaként válnak a nemzetközi jog részévé,[76] a nemzetközi bíróságok nem különítik el következetesen a nemzetközi szokásjogtól. A Nemzetközi Bíróság úgy hivatkozott az 1948-as népirtás tilalmáról szóló londoni nemzetközi egyezmény mögött húzódó elvekre, mint amelyeket „a civilizált nemzetek elismertek az államokat kötelező [elveknek], méghozzá bármilyen szerződéses kötelezettség nélkül."[77] A leírás értelmezhető nemzetközi szokásjogi normaként és a civilizált nemzetek által elismert általános jogelvekként is. (Az ítélet későbbi része alapján inkább az előbbiről van szó.)

6. A nemzetközi szokásjog hatálya

[45] A nemzetközi szokásjog univerzális (minden államra kiterjedő) hatályú, minden állam vonatkozásában keletkeztethet jogokat és kötelezettségeket. A nemzetközi szokásjog hatálya kiterjed azon államokra is, melyek nem járultak hozzá az annak alapját képező általános állami gyakorlathoz, vagy megnyilvánulásaik nem tükröztek jogi meggyőződést egy-egy szokásjogi normára vonatkozóan. Mindebből az is következik, hogy egy államok akkor is kötnek a nemzetközi szokásjogi normák, ha államiságuk azok kialakulása után keletkezett.[78] Ez az egyik alapvető kivétel a mai nemzetközi jogrendet jellemző konszenzusos jogalkotás alól, és e ponton a jelenlegi nemzetközi jogrend a ->szuverenitás elvét megtöri.

[46] A nemzetközi szokásjog univerzális hatálya alól három kivétel mutatkozik. *(i)* A nemzetközi szokásjog kivételes formái, a regionális és a helyi (kétoldalú) szokásjogi normák hatálya nyilvánvalóan csak az érintett államokra terjed ki. *(ii)* Az államok nemzetközi szerződésekkel egymás között korlátozhatják a nemzetközi szokásjogi normák érvényesülését (kivéve a *ius cogens* normának minősülő szokásjogi normákat). *(iii)* Azok az államok, melyek egy szokásjogi norma kialakulásának időszakában világosan kifejezett módon, következetesen ellenzik a szabály alkalmazását, és ezt a többi állam tudomására is hozzák, a szokásjogi norma létrejöttével nem kerülnek annak hatálya alá (következetesen vagy állhatatosan tiltakozó állam).[79] E tekintetben nagyon kevés szabály világos a gyakorlatban. Az egyértelműnek tűnik, hogy egy szokásjogi norma következetes ellenzésének csak a norma kialakulásának időszakában van olyan joghatása, hogy kiveszi a tiltakozó államot a később kialakult norma hatálya alól. Egy szokásjogi normát annak létrejötte után tehát ilyen módon nem lehet ellenezni, mert az akár jogsértéshez is vezethet. De ez a szabály is nehezen alkalmazható, mert egy szokásjogi norma létrejöttének időpontja igen bizonytalan.

[47] A nemzetközi szokásjog tárgyi hatálya elvileg behatárolhatatlan. A gyakorlatban a racionalitás és a célszerűség a korlátja annak, hogy az államok mire vonatkozóan alakítanak ki jogszokást. Itt a kulcs a szokásjog szubjektív eleme, az *opinio iuris* vagy a jogként való elismerés. Az államok ezen keresztül tudják behatárolni, hogy – függetlenül az esetleges egybevágó nemzetközi gyakorlat létezésétől – milyen kérdések szabályozását vonják be a nemzetközi szokásjog keretei közé.

[48] A szokásjogi normák időbeli hatálya sok problémát felvet. E normák létrejötte ugyanis nem vagy ritkán nyilvánvaló, önmagában is vita tárgya lehet. Nem világos, hogy a szokásjogi normát létrehozó állami magatartások mikor fordulnak át a szokásjogi normát végrehajtó állami magatartásokká.[80] Ennek a végére legtöbbször valamely nemzetközi bíróság tesz pontot egy olyan jogvita eldöntése során, ahol az adott szokásjogi norma alkalmazásának kérdése felmerül. A nemzetközi bíróságok azonban nem a norma létrejöttének időpontját állapítják meg, hanem azt, hogy a felek jogvitájának időpontjában vagy egyébként a vitával összefüggő más időpontban az létezett-e vagy sem. A norma létét – létrejöttének időpontjához képest – mindig utólag állapítják meg vagy fogadják el. Így egy-egy szokásjogi norma időbeli hatályának kezdete általában bizonytalan vagy vitatott.[81]

[49] Hasonló bizonytalanság övezi a nemzetközi szokásjogi normák megszűnését. A modern nemzetközi jogrendben még nincs példa arra, hogy egy nemzetközi szokásjogi norma megszűnését általánosan megállapították, kimondták volna (bár kétségtelen, hogy a szokásjogi normák az idők folyamán módosulnak). Így legfeljebb elvi szabályok mutatkoznak. A nemzetközi szokásjogi normák időbeli hatálya határozatlan, nem korlátozott. Az kézenfekvő, hogy egy nemzetközi szokásjogi norma megszűnéséhez elvileg egy másik szokásjogi norma keletkezése vezethet. Az államok – bizonyos relatív, a szerződő felek irányában megnyilvánuló magatartásokat érintően – nemzetközi szerződéssel ugyan 'kiszerződhetnek' egy szokásjogi norma hatálya alól. Ez azonban nem megszűnés, hanem relatív hatályú felfüggesztődés. Annyi ideig tart, amíg a vonatkozó nemzetközi szerződés időbeli hatálya. Egy kivétel mutatkozik: ha a szerződés alapján egy létező nemzetközi szokásjogi normával ellentétes gyakorlat alakul ki a szerződő felek között, akkor a szerződés megszűnése után, az annak alapján folytatott gyakorlat nyomán is fennmaradhat olyan regionális vagy helyi szokásjog, mely egy ellentétes, általános szokásjogi norma hatályát megszünteti a felek között. E tételeknek azonban a

gyakorlatban egyelőre nincs támasztéka.

[50] Mivel egy-egy nemzetközi szokásjogi norma léte és tartalma bizonytalan és egyben vitás lehet, így a ->nemzetközi jog megfelelő működése megkívánja olyan autoritás létét, mely a szokásjoggal kapcsolatos kérdéseket eldönti, döntését pedig a nemzetközi gyakorlat elfogadja és követi. A jelenlegi nemzetközi jogrendben két ilyen autoritás létezik. Az egyik az ENSZ Nemzetközi Jogi Bizottsága, mely a szokásjogi kodifikáció szakmai előkészítését végzi a világszervezet keretein belül, és amely a jelentéseiben számos megállapítást tesz a szokásjogi normák létére és tartalmára. A másik autoritást a nemzetközi bíróságok, különösen a Nemzetközi Bíróság képezi.

7. A nemzetközi szokásjog kodifikálása és a Nemzetközi Jogi Bizottság

[51] Az íratlan szokásjog tartalmát körbevevő eredendő bizonytalanság komoly ösztönző arra, hogy a kialakult szabályokat írásba foglalják, azaz kodifikálják. Ezt jól mutatja az európai középkori, késő középkori jogtörténet. A nemzetközi jogi terminológiában a ->kodifikáció fogalmát viszonylag szűken fogják fel, és jellemzően a szokásjoghoz kötik. Kodifikáció alatt nem egy jogterület átfogó szabályozását vagy az ott már létező szabályok összefüggő szabályozását értik, hanem kifejezetten az adott jogterületen létező nemzetközi szokásjogi normák írásba – azaz nemzetközi szerződésbe – foglalását.[82] Egy kodifikációs szerződésben azonban elkerülhetetlenül megjelennek új, nem szokásjogi szabályok is. Így állandó kérdés az új szabályok köre és az, hogy a szerződés mely részeiben kodifikáció és mely részeiben érdemi ->jogalkotás (jogfejlesztés).

[52] Az ENSZ létrejötte előtt a nemzetközi jogi kodifikáció mindössze egy területen volt sikeres: ez a hadviselés joga. Voltak más kísérletek is, melyek azonban kudarccal végződtek, például az 1930. évi hágai kodifikációs konferencián.[83] A kodifikáció hiánya számos tudományos törekvést szült, hogy a nemzetközi jog egyes területein összegyűjtsék a szokásjogi normaként értékelt szabályokat és azokat magántervezetekben közzétegyék. Ez a munka egyetemekhez (például Harvard Egyetem), nemzetközi tudományos szervezetekhez (például Institute de Droit International) vagy éppen egy-egy jogtudóshoz kötődött (például Pascal Fiore).[84] Az ENSZ létrejötte alapvetően változtatott ezen a helyzeten. A világszervezet egyik feladata éppen a nemzetközi jog kodifikálásának elősegítése lett.[85]

[53] A kodifikációs szerződéstervezetek szakmai előkészítésére az ENSZ Közgyűlése 1947-ben létrehozta a Nemzetközi Jogi Bizottságot, mely 1949-ben tartotta első ülését.[86] A kezdetben 25, majd 34 tagú testület tagjai a nemzetközi jog szakértői, akiket a Közgyűlés választ öt évi időtartamra. Nem állandóan ülésezik, hanem évente 10–12 hetes (egyes esetekben megszakított) ülésszakot tart Genfben. A Bizottságnak a Közgyűlés ad mandátumot arra, hogy a nemzetközi jog egy-egy területével foglalkozzon. A kodifikációs munka célja, hogy a létező szokások, szokásjogi normák azonosításával, tartalmuk meghatározásával, rendszerezésével és összeillesztésével előkészítsen egy, az államok és az egyéb érintettek észrevételeit is tükröző kodifikációs szerződéstervezetet. (Ha szerződés elfogadása nem célszerű, a Bizottság jelentésében egyszerűen összefoglalja a vizsgált jogterületen érvényesülő szokásokat, szokásjogi normákat). A kodifikációs szerződéstervezetet a Bizottság jelentés formájában a Közgyűlés elé terjeszti azzal, hogy vagy ajánlja a tagállamok figyelmébe egy szerződés létrehozásának céljával (ekkor a szerződés végleges szövegét a Közgyűlés állapítja meg), vagy hívjon össze az államok képviselőiből egy kodifikációs konferenciát. Mindez hosszú ideig tarthat. (Például az államok jogsértésen alapuló nemzetközi jogi felelősségéről szólót tervezet 48 évig készült a Bizottságban, és 2001 óta a Közgyűlés előtt van). Az ENSZ-kodifikáció a nemzetközi jog számos fontos területén eredményes volt. Nagy jelentőségű, átfogó kodifikációs szerződések születtek például a nemzetközi szerződésekre vonatkozó szabályozás, a diplomáciai és konzuli kapcsolatok vagy korábban a tengerjog vonatkozásában.[87]

[54] A Nemzetközi Jogi Bizottság a kodifikációs munka során kisebb-nagyobb bizonyossággal azonosít nemzetközi szokásjogi normákat és meghatározza azok tartalmát, jellemzően alapul véve az államok és a nemzetközi bíróságok sokszor évszázados gyakorlatát. A Bizottság a jelentéseiben, a tervezeteihez fűzött indokolásokban számtalan megállapítást tesz arra vonatkozóan, hogy milyen

szokásjogi normát azonosított, és annak milyen tartalma állapítható meg. Ezek – a testület szakmai tekintélyénél és a megállapítások szakmai megalapozottságánál fogva – erős hivatkozási alapként szolgálnak a nemzetközi gyakorlatban. A Nemzetközi Bíróság is sokszor hivatkozik a Bizottság jelentéseire, így elkerülvén azt, hogy magának kelljen egy-egy szokásjogi norma létére és tartalmára vonatkozó bizonyítékokat összegyűjtenie és elemeznie.[88]

8. A Nemzetközi Bíróság és a nemzetközi szokásjogi normák azonosítása

[55] A nemzetközi bíróságok ítéletei igen erős autoritást jelentenek egy szokásjogi norma létére és tartalmára vonatkozóan (->nemzetközi bíróságok döntései). Azonban úgy tekinthető, hogy ebben a Nemzetközi Bíróság mondja ki a végső szót.[89] A Bíróság vonatkozó gyakorlatának néhány jellemzőjét érdemes kiemelni. *(i)* A bizonytalan elméleti háttér miatt – mely az előbbiekből is érzékelhető – a Nemzetközi Bíróság csak kellő óvatossággal tehet megállapításokat a nemzetközi szokásjog tekintetében. Így a Bíróság gyakorlata jellemzően pragmatikus. A megállapítások jellege, részletessége nagyban függ olyan tényezőktől, mint a felek felvetései, érvei, az ügy tényállásának és a felvetődő jogkérdésnek a sajátosságai stb. *(ii)* A Bíróság a szokásjogi normák azonosításánál nagy szabadsággal rendelkezik, különböző módszerekkel és különböző mélységű vizsgálatokkal éri el következtetéseit. *(iii)* A Bíróság sokszor az elméleti problémákra emlékeztető szokásjog kifejezést is elkerüli, ha teheti: egyszerűen a nemzetközi jogban általánosan elfogadott normákra utal. *(iv)* A Bíróság szokásjoggal kapcsolatos megállapításai legtöbbször további elméleti és gyakorlati kérdéseket vetnek fel, melyekre az adott határozat sokszor már nem terjeszkedik ki. Ekkor a Bíróság megállapításai külön értelmezésre szorulnak. Ezen értelmezésektől függ, hogy a megállapításoknak milyen elméleti következményeket tulajdonítunk. Így szinte minden elméleti irányzat talál a Bíróság gyakorlatában támogató kijelentéseket (és ha akar, cáfoló kijelentéseket is). *(v)* Az idők folyamán megszilárdult az a tétel, hogy az *opinio iuris* a szokásjog vizsgálatánál (az általános gyakorlat mellett) megkerülhetetlen körülmény, noha nem mindig utal rá a testület.[90]

[56] A Nemzetközi Bíróság a szokásjogi normák azonosításánál sokszor áthidalhatatlan nehézségekkel találja magát szembe. Az elméleti problémákon túl ennek oka abban keresendő, hogy egy-egy szokásjogi normára utaló vagy azt cáfoló bizonyítékok (állami megnyilvánulások) köre egyre átláthatatlanabbá válik.[91] A nemzetközi szereplők, az elismert államok köre jelentősen bővült, és ez a kölcsönhatások, reakciók lehetőségét is megsokszorozza. Az államok kapcsolatai is egyre sokrétűbbé válnak, így a közös ügyek köre is kiszélesedett. A modern infokommunikációs csatornák lehetővé teszik, hogy az államok gyorsan tudomást szerezzenek más államok lépéseiről és nyilatkozatairól, ugyanakkor azt is lehetővé teszik, hogy erre rövid időn belül lehessen reagálni, válaszolni. Megnőtt a nemzetközi fórumok száma is (nemzetközi szervezetek és szervek, kormányközi konferenciák, kétoldalú vagy többoldalú csúcstalálkozók vagy egyéb tárgyalások stb.), mely ugyancsak megnyitja a reagálási, válaszadási lehetőségeket.[92] Ebből adódik, hogy a nemzetközi gyakorlat egyre nagyobb mértékben reaktív jellegű, vagyis azon válaszokból áll, melyeket a nemzetközi szereplők egy állam lépéseire, nyilatkozataira fogalmaznak meg válaszként vagy véleménynyilvánításként. Így a nemzetközi gyakorlatban a nyelvi megnyilvánulások, nyilatkozatok – mint szokásjogi bizonyítékok – mennyisége mellett eltörpül az államok fizikai cselekedeteinek száma.

[57] A nemzetközi gyakorlatban megmutatkozó, lehetséges bizonyítékok átláthatatlan mennyisége miatt a Nemzetközi Bíróság kénytelen válogatni. Lényeges, hogy a Bíróság milyen alapon állapítja meg a figyelembe vett bizonyítékok körét, és hogy kezeli a közöttük lévő eltéréseket. Mennél több a figyelembe vett bizonyíték, annál relatívabbá válik, hogy mikor lesz a gyakorlat „egybevágó". Így nehezebb ugyanis valamilyen közös nevezőt megtalálni az egyes állami megnyilvánulások között, és nagyobb az esélye az ellentétes bizonyítékok felbukkanásának. Kézenfekvőnek tűnik, hogy a Bíróság a szokásjogi normák vizsgálatánál az államok együttes nyilatkozatait és ne egyes államok egyéni magatartását vegye figyelembe. Ez gazdaságos is, mert kevesebb aktus több állam álláspontját képes tükrözni (például egy ENSZ közgyűlési határozat). Ráadásul egy nyilatkozat határozottabban utalhat valamely szokásjogi norma létére és tartalmára, mint egy állam fizikai cselekedete, melynek

értelmezése sokszor bizonytalanabb és támadhatóbb lesz.

[58] A Nemzetközi Bíróság egyes ügyekben találékonyan ötvözi a jogi meggyőződésen és az elismerésen alapuló elméleteket. A módszer lényege, hogy a Bíróság először az általános gyakorlat és az *opinio iuris* követelményeinek felhasználásával igyekszik meghatározni, hogy a nemzetközi közösségben a kérdéses szokásjogi norma kialakult-e. Második lépésként aztán azt vizsgálja, hogy a perben álló fél, amelyre nézve ez a norma kötelezettséget keletkeztetne, valamilyen megnyilvánulásával elismerte-e ezen norma fennállását (egyéni elismerés tesztje).[93] E módszer világosan megmutatkozik például a Continental Shelf (Libya/Malta) ügyben, ahol a bíróság előbb megállapította, hogy a földrajzi közelségen alapuló jogosultságot tükröző kizárólagos gazdasági övezet intézménye a nemzetközi szokásjog része lett, majd rámutatott arra, hogy ezt Líbia a Bíróság joghatóságát megalapozó szerződés tárgyalásán kifejezetten elismerte.[94] (A módszer azonos a Gulf of Maine ügyben is).[95] A Bíróság az egyéni elismerés tesztjének alkalmazásával több célt ér el: követi a Statútum 38. cikkének szövegét, mely jogként való elismerésről szól, de integrálja a széles körben használt *opinio iuris*t is; szem előtt tartja a szuverenitás elvét; nem kell vizsgálnia az összes állam vagy a különösen érintett államok elismerési aktusait, mint a hagyományos konszenzualista elméleteknél, mert az elismerés alanya csak a perben álló fél lesz.

[59] Mindezek fényében a Bíróság gyakorlatában a szokásjogi normák azonosításának öt fő módszerét lehet elkülöníteni, melyek ötvöződhetnek egymással.[96] *(i)* Részletes bizonyítás. Ez a bizonyítás a közvetlen bizonyítékok széles körén alapszik, ahol a Bíróság az államok számos egyéni vagy együttes aktusát vizsgálja meg és használja bizonyítékként. A Bíróság történetében meglepően kevés ilyen ítélet van, a legnevezetesebb az Északi-tengeri kontinentális talapzat ügyében hozott ítélet.[97] *(ii)* Sommás bizonyítás. Ekkor a Bíróság következtetése csak néhány közvetlen bizonyítékon alapszik, azok is elsősorban az államok kollektív aktusait takarják. Így történt, amikor a Nicaragua-ügyben a Bíróság az egyedüliként nevesített 2625(XXV) ENSZ közgyűlési határozatra[98] (mint államok együttes, egyedi aktusára) alapította azon megállapítását, hogy szokásjogi normának tekinthető ->az erőszak tilalma a nemzetközi kapcsolatokban, függetlenül az ENSZ Alapokmányban fellelhető ilyen szerződéses kötelezettségtől.[99] *(iii)* Közvetett (precedensre támaszkodó) bizonyítás. A Bíróság elfogadja és megismétli egy szokásjogi norma létére vonatkozó azon megállapításokat, melyeket korábbi döntéseiben tett, vagy melyeket a Nemzetközi Jogi Bizottság, vagy más nemzetközi bíróságok tettek. Egyre több ilyen megállapítással találkozhatunk. A Diallo-ügyben a diplomáciai védelem fogalma szokásjogi jellegűnek minősült azzal a tartalommal ahogy a Nemzetközi Jogi Bizottság azt meghatározta.[100] *(iv)* Levezetés már azonosított szokásjogi normából. A Bíróság az erőszak tilalmának már elismert szokásjogi normájából vezette le azt a további szokásjogi szabályt [a 2625(XXV) ENSZ közgyűlési határozat felhívása mellett], hogy nem ismerhető el jogosnak az erőszak alkalmazásából vagy fenyegetésből eredő területszerzés *(Wall Opinion)*.[101] *(v)* Latens következtetésen alapuló azonosítás. A Bíróság sokszor – külön bizonyítás nélkül – kézenfekvőnek vagy köztudomásúnak tekinti, hogy a kérdéses szokásjogi norma létezik. Számos ilyen ítélethely van. A Land and Maritime Boundary ügyben a Bíróság egyszerűen megállapította, hogy a nemzetközi szerződés fogalma – ahogy azt az 1969-es bécsi egyezmény 2. cikke tartalmazza – szokásjogi szabálynak tekintendő.[102]

9. A nemzetközi szokásjog érvényesülése a magyar jogban

[60] Az alkotmányos keretek adottak ahhoz, hogy a nemzetközi szokásjog a magyar belső jogban érvényesüljön. Az *Alaptörvény* Q) cikk (3) bekezdése értelmében Magyarország elfogadja a nemzetközi jog általánosan elismert szabályait.[103] A nemzetközi jog általánosan elismert szabályai alá tartozó normák köre ugyan vitatott, de az univerzális nemzetközi szokásjog ma már egyértelműen ide sorolható.[104] A nemzetközi szokásjog olyan formái, melyek nem az általános állami gyakorlatban jelennek meg (a helyi vagy regionális szokásjog), nyilvánvalóan kiesnek a magyar alkotmányi fogalom alól.[105] Pusztán elméleti az a kérdés, hogy ha Magyarország és a szomszéd országok között kialakultak kétoldalú, helyi szokásjogi szabályok (például határfolyók használatára), e szabályoknak mi

lesz az alkotmányi helyzete.[106]

[61] Bizonyos értelmezési gondot okoz, hogy a belső jog szempontjából mit jelent a nemzetközi jog általánosan elismert szabályainak „elfogadása". Az egyik szélső vélemény, hogy az elfogadással a nemzetközi jog általánosan elismert szabályai az alkotmány részévé válnak.[107] A másik szélső vélemény szerint, az elfogadásból még az sem következik, hogy a nemzetközi szokásjog a magyar jog részévé válna.[108] Az Alkotmánybíróság – német minta alapján – köztes álláspontot foglal el: az alkotmányi rendelkezés „generális transzformációt" hajt végre, és így teszi a nemzetközi szokásjog egészét a belső jog részévé.[109] A transzformáció általánossága azt jelenti, hogy a nemzetközi jogi szabályok felsorolása, illetőleg külön meghatározása nélkül, múltra és jövőre nézve történik meg e szabályok belső joggá tétele az alkotmányi rendelkezés erejénél fogva.[110] Ennek alapján a nemzetközi szokásjog a magyar belső jog része, mely elvileg alkalmazható magyar hatóságok előtt zajló jogvitákban is.

[62] A magyar joggyakorlatban a nemzetközi szokásjogi normák – egy-két kivétellel – nem kapnak szerepet a jogviták eldöntésénél. A bíróságok közül pontos kimutatás a Legfelsőbb Bíróság 2007–2011 közötti (ötéves) gyakorlatáról született, ahol a 11 271 ügydöntő határozat közül mindössze egyben említették meg – általánosságban – a nemzetközi szokásjogot.[111] Az Alkotmánybíróság 2011-ig terjedő, több mint húszéves gyakorlatában (4407 határozat) összesen hét határozatban merült fel, ebből ötben kifejezetten nemzetközi *ius cogens*ként.[112] A nemzetközi szokásjog mellőzésének okai sokrétűek. Először is a magyar bíróságok általában is igen tartózkodóak a nemzetközi jog irányában.[113] Másodszor a nemzetközi szokásjog azonosítása a gyakorlatban még a nemzetközi bíróságok számára is számos problémával jár.[114] Harmadszor nemzetközi szokásjogi normák tárgyuknál fogva legtöbbször nem nagyon érintik a magyar belső jogviszonyokat, bár esetenként jelentőséget kaphatnak. Negyedszer íratlan jogról van szó, tehát egy jogalkalmazó számára nem átlátható e normák köre, ugyanis sehol nem találkozunk nemzetközi szokásjogi normákat tartalmazó kimerítő felsorolással.[115]

[63] A magyar jogalkalmazásban a nemzetközi szokásjog – nemzetközi *ius cogens*ként – legnagyobb szerepet az ún. igazságtételi ügyekben kapott az Alkotmánybíróság előtt.[116] Az *53/1993. (X. 13.) AB határozatban* az Alkotmánybíróság úgy látta, hogy az emberiség (helyesebben emberiesség) elleni és háborús bűncselekmények megbüntetésének nemzetközi szokásjogi normán *(ius cogens)* alapuló követelménye áttöri a *nullum crimen sine lege* alkotmányi elvét.[117] Így az ún. sortűzperekben a büntetőjogi felelősségre vonás részleges, elvi alapjává a nemzetközi szokásjogi *(ius cogens)* norma vált később a büntetőbíróságok előtt, bár azok a nemzetközi szokásjogi alapokra már alig hivatkoztak.[118]



10. JEGYZETEK

[1] Például Report of the International Law Commission; Seventieth session (30 April –1 June and 2 July –10 August 2018) GAOR; Supplement No. 10 (a továbbiakban: 2018 ILC Report); A/73/10. 122, General commentary (3); Rudolf BERNHARDT: „Customary International Law" in *Encyclopedia of Public International Law,* Amsterdam, Elsevier, 1992, 898.

[2] Lásd *Egyesült Nemzetek Alapokmánya* (San Francisco 1945, törvénybe iktatta: *az Egyesült Nemzetek*

Alapokmányának törvénybe iktatásáról szóló 1956. évi I. törvény). A 38. cikk kodifikációs történetére lásd Géza HERCZEGH: *General Principles of Law and the International Legal Order*, Budapest, Akadémiai, 1969, 12–20.

[3] Az ENSZ Nemzetközi Jogi Bizottsága 2012-ben kezdte el a nemzetközi szokásjog azonosítására vonatkozó kérdések vizsgálatát. 2018-ban fogadta el második olvasatban az erre vonatkozó tizenhat következtetését (Draft Conclusions) és azok általános és részletes indokolását, majd megküldte az ENSZ Közgyűlésnek határozathozatal céljából, 2018 ILC Report (1. j.) 117–155.

[4] BUZA László: *A nemzetközi jog fő kérdései az új szellemű nemzetközi jogban,* Budapest, Akadémiai, 1967, 33. Buza László csaknem egyedüli a magyar szakirodalomban, aki szerint a Statútum 38. cikke nem a nemzetközi jog forrásait tartalmazza.

[5] Például Charles ROUSSEAU: *Droit international public, Tome I,* Paris, Sirey, 1970, 310.

[6] A magatartási mintákból a kialakuló elvárásokon keresztül "sarjad ki" a norma. VALKI László: *A nemzetközi jog társadalmi természete,* Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1989, 105.

[7] E problémákra lásd még BLUTMAN László: „Conceptual Confusion and Methodological Deficiencies: Some Ways That Theories on Customary International Law Fail" *European Journal of International Law* 25 (2014) 532–535.

[8] A szubjektivista-monista megközelítésre példaként lásd BLUTMAN László: „Law in Mind: Towards an Explanatory Framework for Customary International Law" *Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2014*, The Hague, Eleven International Publishing, 2015, 157–189; Fernando R. TESÓN: „Two Mistakes about Democracy" *ASIL Proceedings* 1998, 127; Brian D. LEPARD: *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications,* Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 8.

[9] Például Maurice H. MENDELSON: „The Formation of Customary International Law" *Recueil des Cours* 1998/272, 290–292; a nézet leghíresebb képviselője David Hume volt, majd egy ideig Kelsen és Guggenheim is e mellett állt ki.

[10] Például BUZA (4. j.) 31.

[11] Például NAGY Károly: *Nemzetközi jog,* Budapest, Püski, 1999, 40. vagy BRUHÁCS János: *Nemzetközi jog,* Budapest–Pécs, Dialóg Campus, 2009, 147–148. A Nemzetközi Jogi Bizottság szerint „bizonyos esetekben" beszámítható a nemzetközi szervezetek gyakorlata is (Draft Conclusion 4, para 2), 2018 ILC Report (1. j.) 119, 130–131.

[12] BRUHÁCS (11. j.) 148.

[13] Például ROUSSEAU (5. j.) 315; Paul GUGGENHEIM: *Traité de Droit international public avec mention de la pratique internationale et suisse, Tome I,* Genève, Librairie de l'Université, 1967, 102.

[14] Hasonlóan Jason A. BECKETT: „Countering Uncertainty and Ending Up/Down Arguments: Prolegomena to a Response to NAIL" *European Journal of International Law* 2005, 236.

[15] Részletesebben lásd BLUTMAN (8. j.) 179–181.

[16] E követelményt sokféleképpen formulázzák, nem teljesen azonos tartalommal. Például a Nemzetközi Bíróság nevezte már „lényegileg egyforma" magatartásnak – *North Sea Continental Shelf (Germany/Denmark; Germany/Netherlands),* Merits, I.C.J. Reports 1969, 43, para 74 – vagy „konzisztens" magatartásnak is – *Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua,* Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, 98, para 186.

[17] KENDE Tamás – NAGY Boldizsár – SONNEVEND Pál – VALKI László: *Nemzetközi jog,* Budapest, CompLex, 2014, 150.

[18] Például KARDOS Gábor – LATTMANN Tamás (szerk.): *Nemzetközi jog,* Budapest, ELTE, 2010, 53–55.

[19] KOVÁCS Péter: *Nemzetközi közjog,* Budapest, Osiris, [3]2016, 170.

[20] Magyarországon ez tíz év és negyven év volt, lásd „*Tripartitum* (1517), Prologus, Titulus 10, § 5” in *Corpus Iuris Hungarici,* Budapest, Franklin, 1897.

[21] GROSSCHMID Béni: *Magánjogi előadások I. Jogszabálytan,* Budapest, Athenaeum, 1905, 261–262; hasonlóan BUZA (4. j.) 31.

[22] Bin CHENG: „United Nations Resolutions on Outer Space: ‘Instant’ International Customary Law?” *Indian Journal of International Law* 5 (1965) 45.

[23] *North Sea Continental Shelf* (16. j.) 43.

[24] Draft Conclusion 8, para 2, 2018 ILC Report (1. j.) 120; ezt már ötven évvel korábban kifejezetten megállapította BUZA (4. j.) 31.

[25] Aligha tartható álláspont, hogy valamennyi államnak vagy az államok túlnyomó többségének részt kellene venni a gyakorlat kialakításában, BOKORNÉ SZEGŐ Hanna: *Nemzetközi jog,* Budapest, Aula, [6]2006, 36, 40.

[26] Draft Conclusion 8, para 1, 2018 ILC Report (1. j.) 120.

[27] BRUHÁCS (11. j.) 149.

[28] KARDOS–LATTMANN (18. j.) 52.

[29] *The Paquete Habana,* 175 US 677 (1900); *The Case of S.S. Lotus (France/Turkey),* Judgment, PCIJ (1927), Series A. No. 10.

[30] *North Sea Continental Shelf* (16. j.) 43 https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf. Ugyanakkor a Nemzetközi Jogi Bizottság ezt úgy értelmezte, hogy a “kiterjedt” jelző az általánosságra utal, azt értelmezi, 2018 ILC Report (1. j.) 136–137.

[31] *Colombian-Peruvian asylum case,* Judgment of 20 November 1950; I.C.J. Reports 1950, 276–277.

[32] *Case concerning Right of Passage over Indian Territory,* Merits, Judgrnent of 12 April 1960; I.C.J. Reports 1960, 39.

[33] Hasonlóan a Nemzetközi Jogi Bizottság, mely itt is megköveteli a (relatív) általános gyakorlatot (Draft Conclusion 16), 2018 ILC Report (1. j.) 122.

[34] Részletesebben lásd BLUTMAN László: „Nemzetközi szokásjog: régi dilemmák és új fejlemények” *Közjogi Szemle* 2012/4, 11–15.

[35] Brigitte STERN: „Custom at the Heart of International Law” *Duke Journal of Comparative and International Law* 11 (2001) 108.

[36] Rosalyn HIGGINS: „International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes*”, General Course on Public International Law, Recueil des Cours* 1991/230, 63.

[37] Például a Nemzetközi Jogi Bizottság (Draft Conclusion 10), 2018 ILC Report (1. j.) 120; Olufemi A. ELIAS – Chin L. LIM: *The Paradox of Consensualism in International Law,* Dordrecht, Kluwer, 1998, 4–24; Maurice KAMTO: „La volonté de l’Etat en droit international” *Recueil des Cours* 2004/310, 270–271; KOVÁCS (19. j.) 173.

[38] Például Andrew T. GUZMAN: „Saving Customary International Law” *Michigan Journal of International Law* 27 (2005), 147–148; Max SORENSEN: *Manual of Public International Law,* New York, St. Martin’s Press, 1968, 137–138.

[39] Például Gerhard VON GLAHN: *Law Among Nations,* New York, MacMillan, 1981, 21; Antonio Sanchez DE BUSTAMANTE Y SIRVEN: *Droit international public, Tome I,* Paris, Sirey, 1934, 67. Vannak olyan elismerésen alapuló elméletek, melyek beillesztették az *opinio iuris* fogalmát, például ELIAS–LIM (37. j.) 27.

[40] Például Anthony AUST: *Handbook of International Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 6–7; Alina KACZOROWSKA: *Public International Law,* Abingdon, Routledge, 2010, 39.

[41] *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland),* Merits, Judgment, ICJ Reports 1974, 23, para 52.

[42] Mark E. VILLIGER: *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources,* The Hague, Kluwer, 1997, 49.

[43] Godefridus J. H. VAN HOOF: *Rethinking the Sources of International Law,* Deventer, Kluwer, 1983, 95.

[44] BECKETT (14. j.) 220.

[45] *North Sea Continental Shelf* (16. j.) 43–45, paras 74–78; *Nicaragua* (16. j.) 99–100, para 188.

[46] BLUTMAN (7. j.) 538–543. Így meglehetősen ellentmondásos, ha valaki az *opinio juris*t tekinti a szokásjog alkatelemének és mégis jogalkotói akaratról vagy jogalkotói szándékról beszél, például BUZA (4. j.) 31 vagy BOKORNÉ (25. j.) 35. Ide inkább a konszenzualista elmélet valamelyik változata illene, mert az *opinio iuris* nem feltételez szándékos, akaratlagos jogalkotást.

[47] ELIAS–LIM: (37. j.) 4; John TASIOULAS: „Customary International Law and the Quest for Global Justice" in Amanda PERREAU-SAUSSINE – James MURPHY (szerk.): *The Nature of Customary Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 320; Anthony A. D'AMATO: *The Concept of Custom in International Law,* 1971, 66–68, 73; R. M. WALDEN: „Customary International Law: a Jurisprudential Analysis" *Israeli Law Review* 13 (1978), 97; David LEFKOWITZ: „(Dis)solving the Chronological Paradox in Customary International Law: A Hartian Approach" *Canadian Journal of Law and Iurisprudence* 21 (2008), 129–130.

[48] D'AMATO (47. j.) 88–90.

[49] Ezen érvekre lásd például D'AMATO (47. j.) 88; Jörg KAMMERHOFER: „Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems" *European Journal of International Law* 15 (2004), 526 és 528; MENDELSON (9. j.) 206; GUZMAN (38. j.) 152.

[50] Különösen Michael AKEHURST: „Custom as a Source of International Law" *British Yearbook of International Law* 1974–1975, 1–3.

[51] *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy, Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, 122–123, para 55; Ezt követte a Nemzetközi Jogi Bizottság is: az állami gyakorlatnak részei a verbális aktusok is (Draft Conclusion 6, para 1), 2018 ILC Report (1. j.) 120.

[52] BRUHÁCS (11. j.) 149–150.

[53] KAMMERHOFER (49. j.) 528.

[54] A verbális aktust átmenetnek tekinti az állami gyakorlat és az *opinio iuris* bizonyítékai között KENDE–NAGY–SONNEVEND–VALKI (17. j.) 151.

[55] *Maritime Delimitation Case (Qatar/Bahrain),* ICJ Reports 2001, 110, para 223.

[56] Például Modesto SEARA VAZQUEZ: *Derecho Internacional Público,* Mexico, Pornúa, 1979, 70; WALDEN (47. j.) 363–364; MENDELSON (9. j.) 292–293.

[57] Például *Nicaragua* (16. j.) 98, para 184.

[58] LEPARD (8. j.) 8. Ezek lehetőségére ugyancsak utal BRUHÁCS (11. j.) 150.

[59] Ezt az általános tételt finomítja LAMM Vanda: „Adalékok a Rule of Law érvényesüléséről a nemzetközi jogban" *Jog – Állam – Politika* 2009/2, 7–10.

[60] A hármas törvényrontó, törvénypótló és a törvényt értelmező funkciót (*triplex virtus – Tripartitum*, Prologus, Titulus 11, § 3–5.) a gyakorlatban a legtöbb esetben korántsem egyszerű elkülöníteni, így ezt a megkülönböztetést itt nem vezetem végig.

[61] A szerződésrontó szokásjogra példaként felvethető az 1958-as genfi tengerjogi egyezmények elfogadását követő állami gyakorlat, mely új tengeri zónákat alakított ki és ismertetett el, KARDOS–LATTMANN (18. j.) 55.

[62] Például *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal),* Judgment, I.C.J. Reports 2012, 457.

[63] NAGY (11. j.) 44–45.

[64] Látványos példa a Nemzetközi Büntetőbíróság Statútuma, melyben a részes államok az állami immunitásra vonatkozó szokásjogi szabályok alól bizonyos mértékig kiszerződtek, LAMM (59. j.) 22–23.

[65] *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta),* Judgment of 3 June 1985, 1985 ICJ Reports 29–30, para 27, lásd még LEPARD (8. j.) 30–31.

[66] Yoram DINSTEIN: „Customary International Law and Treaties" *Recueil des Cours* 2006/322, 346–382; HIGGINS (36. j.) 56–61.

[67] Jean D'ASPREMONT: *Formalism and the Sources of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 152–153; LEPARD (8. j.) 30–32, 192–205.

[68] A Nemzetközi Jogi Bizottság következtetése e tekintetben semmitmondó (Draft Conclusion 11, para 1), 2018 ILC Report (1. j.) 121.

[69] Például Georg DAHM – Jost DELBRÜCK – Rüdiger WOLFRUM: *Völkerrecht, Band I/1,* Berlin, de Gruyter, 1989, 46 vagy CSUHÁNY Péter: „Gondolatok a nemzetközi jog és a belső jog viszonyáról" *Állam- és Jogtudomány* 2005/3–4, 247. Azért kiemelt kategória, mert például az ilyen normákkal ellentétes nemzetközi szerződéses szabályok érvénytelenek, ugyanakkor a szokásjogi szabályok alól kiszerződhetnek az államok.

[70] Egyfajta észjogi ihletéssel tagadja a nemzetközi kógens normák szokásjogi jellegét BOKORNÉ (25. j.) 40, 50. Hasonló felfogás megjelenik az Alkotmánybíróság egy határozatában is, lásd *53/1993. (X. 13.) AB határozat,* ABH 1993, 323, IV/1. pont (büntethetőség elévülése), de egy későbbi határozat már hagyományos pozitivista nézetet tükröz, *16/2014. (V. 22.) AB határozat,* ABH 2014, 360, [34] (büntetés végrehajthatóságának elévülése). A dilemmára l. még LAMM (59. j.) 9–10.

[71] *Prosecute or Extradite* (62. j.) 457.

[72] Mindkét megoldás alapvető problémákat vet fel; az érveket és ellenérveket ismerteti SULYOK Gábor: „Az általános jogelvek nemzetközi jogforrási jellegéről" *Közjogi Szemle* 2011/1, 30–34.

[73] Például BUZA (4. j.) 32; KOVÁCS (19. j.) 181.

[74] Többen ezeket az elveket nem is tekintik a nemzetközi jog forrásának, BUZA (4. j.) 32–33; HERCZEGH (2. j.) 97.

[75] *The Oscar Chinn Case,* Merits, PCIJ (1934) Series A/B. No. 63.

[76] Például HERCZEGH (2. j.) 116. Ebből következik az a nézet, hogy ezen elvek nemzetközi szokásjogként válnak jogforrássá a magyar jogban, BRAGYOVA András: „A magyar jogrendszer és a nemzetközi jog kapcsolatának alkotmányos rendezése – elméleti kérdések" in BRAGYOVA András (szerk.): *Nemzetközi jog az új alkotmányban*, Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó – MTA Állam- és Jogtudományi Intézete, 1997, 34.

[77] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996, 616.

[78] Ez a tétel a XX. század hatvanas-hetvenes éveiben lezajló viták eredménye, KOVÁCS (19. j.) 147.

[79] *Fisheries case* (41. j.) 131; 2018 ILC Report (1. j.) 121.

[80] VALKI (6. j.) 106.

[81] Részletesebben erre lásd BLUTMAN (8. j.) 181–183.

[82] Például BRUHÁCS (11. j.) 153.

[83] NAGY (11. j.) 43; KOVÁCS (19. j.) 43.

[84] Például NAGY (11. j.) 42–43; Manfred LACHS: *The Teacher in International Law,* Dordrecht, Martinus Nijhoff, ^{2}1987, 79, 101–102, 217.

[85] Az Alapokmány 13. cikke szerint: „A Közgyűlés tanulmányozást kezdeményez és ajánlásokat tesz abból a célból, hogy *a)* a nemzetközi együttműködést politikai téren előmozdítsa, valamint a nemzetközi jog fokozatos fejlődését és kodifikálását támogassa; [...]"

[86] A kodifikáció mellett a Bizottságnak feladata a jogfejlesztő tevékenység is, ha mandátumot kap erre a Közgyűléstől, [Statute of the International Law Commission (1947) Article 1], de erről itt nem lesz szó.

[87] A Bizottság munkamódszerének összefoglaló bemutatására lásd például KOVÁCS (19. j.) 177–178.

[88] A *Bős-Nagymaros*-ügyben hozott ítélet több alkalommal hivatkozott a Bizottság 1996-ban elfogadott ideiglenes tervezetére az államok jogsértésen alapuló nemzetközi jogi felelősségéről, noha ez még nem a végleges álláspontja volt a Bizottságnak; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia),* I.C.J. Reports 1997, 7, paras 47, 50, 51, 53, 54, 57, 58, 79, 83.

[89] Részletesebben lásd BLUTMAN (34. j.) 16–18.

[90] *Continental Shelf* (65. j.) 29, para 27.

[91] Például VAN HOOF (43. j.) 14, 65–71, 206; BOKORNÉ (25. j.) 35.

[92] Így például az ENSZ Tengerjogi Egyezményét (1982) előkészítő konferenciáknak nagy jelentősége volt az egyes tengerjogi szokásjogi normák megállapításánál, mert nagyszámú tervezet és államok által tett nyilatkozat született, VILLIGER (42. j.) 51.

[93] Ezt a gyakorlatot részletesen elemzi ELIAS–LIM (37. j.) 53–55.

[94] *Continental Shelf* (65. j.) 33,para 34.

[95] *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Judgment, ICJ Reports 1984, 294, para 94.

[96] Másféle osztályozásra lásd Alberto ALVAREZ-JIMÉNEZ: „Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's Iurisdprudence" *International and Comparative Law Quarterly* 60 (2011), 689–703; további adalékként Niels PETERSEN: **„**The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law" *European Journal of International Law* 28 (2017), 357–385.

[97] *North Sea Continental Shelf* (16. j.) 37–45, paras 60–81.

[98] Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations; GA Res. 2625(XXV) of 24 October 1970.

[99] *Nicaragua* (16. j.) 99–100, para 188.

[100] *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea/Congo),* Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2007, 599, para 39.

[101] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,* Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 171, para 87.

[102] *Land and Maritime Boundary (Cameroon/Nigeria),* Judgment, ICJ Reports 2002, 429, para 263.

[103] Korábban hasonlóan a hatályát vesztett Alkotmány 7. § (1) bekezdésének első fordulata. Az

Alkotmánybíróság megállapította, hogy a vonatkozó alaptörvényi és a korábbi alkotmányi szabály lényegileg azonos; *6/2013. (III. 1.) AB határozat,* ABH 2013. 194, [105] (lelkiismereti és vallásszabadság).

[104] Például *53/1993. (X. 13.) AB határozat,* ABH 1993, 323, IV/4.a. pont (büntethetőség elévülése); *7/2005. (III. 31.) AB határozat,* ABH 2005, 83, II/2. pont (nemzetközi légifuvarozás).

[105] Vö. az *Alaptörvény* elfogadására irányuló T/2627. sz. törvényjavaslat részletes indokolásával (akkori P. cikk), mely csak az általános szokásjogot sorolja a nemzetközi jog általánosan elismert szabályai körébe.

[106] Nyilván ezek aligha lehetnek a nemzetközi jog általánosan elismert szabályai, MOLNÁR Tamás:*A nemzetközi jogi eredetű normák beépülése a magyar jogrendszerbe,* Budapest–Pécs, Dialóg Campus, 2013, 79; SULYOK Gábor: „A nemzetközi jog és a belső jog viszonyának alaptörvényi szabályozása" *Jog – Állam – Politika* 2012/1, 41.

[107] JAKAB András: *A magyar jogrendszer szerkezete,* Budapest–Pécs, Dialóg Campus, 2007, 160.

[108] Elvi álláspontként BODNÁR László: „A nemzetközi jog és az államon belüli jog viszonyáról"*Állam- és Jogtudomány* 1993/3–4, 280.

[109] Eredetileg *53/1993. (X. 13.) AB határozat,* ABH 1993, 323, III/a. pont (büntethetőség elévülése). Legutóbb megerősítve például *1/2013. (I. 7.) AB határozat,* ABH 2013, 3, [26] (választási eljárás). Létezik olyan értelmezés, hogy a nemzetközi szokásjog automatikusan (nem transzformációval) válik a belső jog részévé, és az alkotmányi szöveg ezt ismeri el, MOLNÁR (106. j.) 78; SCHIFFNER Imola – SZALAI Anikó: „A nemzetközi jog lenyomata az Alaptörvényben" in BALOGH Elemér (szerk.): *Számadás az Alaptörvényről,* Budapest, Magyar Közlöny és Lapkiadó, 2016, 331. Ezt a vegyes felfogást azonban bírálja SULYOK (106. j.) 43–44.

[110] Egy határozatában az Alkotmánybíróság még annyit módosított az elméleten, hogy e transzformáció nem csak általános, hanem absztrakt is, *30/1998. (VI. 25.) AB határozat,* ABH 1998, 220, IV.5. pont (Európai Megállapodás). A testület ezt a vonalat később nem vitte tovább.

[111] BLUTMAN László – CSATLÓS Erzsébet – SCHIFFNER Imola:*A nemzetközi jog hatása a magyar joggyakorlatra*, Budapest, HVG–Orac, 2014, 455.

[112] BLUTMAN–CSATLÓS–SCHIFFNER (111. j.) 397.

[113] Lásd erre SZALAI Anikó: „Az Európai Emberi Jogi Bíróság ítélkezésének megjelenése a magyar Alkotmánybíróság gyakorlatában" *KÜL-VILÁG* 2010/4, 17–18.

[114] A nemzetközi bíróságok sem szívesen alapítják döntéseiket pusztán szokásjogra, KOVÁCS Péter: *A nemzetközi jog fejlesztésének lehetőségei és korlátai a nemzetközi bíróságok joggyakorlatában,* Budapest, PPKE JÁK, 2010, 227.

[115] A Nemzetközi Bíróság által elismert nemzetközi szokásjogi normákról egy felsorolás található BLUTMAN–CSATLÓS–SCHIFFNER (111. j.) 263–269.

[116] Részletesebben például SCHIFFNER Imola: „Nemzetközi jog a magyar bíróságok eljárásában" *Acta Universitatis Szegediensis – Acta Juridica et Politica (PDJ)* Tomus 4, 2004, 456–461.

[117] *53/1993. (X. 13.) AB határozat,* ABH 1993, 323.

[118] A *2/1994. AB (I. 14.) határozatban* az Alkotmánybíróság e problémával eltérő szemszögből találkozott. Itt az emberiesség elleni, valamint háborús bűncselekmények szokásjogi (kógens) tilalmának létét nem az 1956. évre nézve, hanem 1945. február 1-ei időpontra nézve kellett vizsgálni. Az alkotmányossági vizsgálat alá eső, módosított *81/1945. (II. 1.) ME rendeletet* ekkor lépett hatályba, és kérdésként vetődött fel, hogy erre az időpontra a tilalom nemzetközi szokásjogi (kógens) normává válhatott-e, alátámasztván a rendelet rendelkezéseit; *2/1994. (I. 14.) AB határozat,* ABH 1994, 41, II.B) 1.2. pont.