**6. IKASGAIA: OHITURAZKO ARAUAK**

**OHITURAZKO ARAUAK NAZIOARTEKO ORDENAMENDUAN**

**Nazioarteko ordenamenduan ohitura arauaren maila berean dago!**

**OHITURA. Ezaugarriak:**

**-Zuzenbidea sortzeko modu espontaneoa dugu.** Estatuek ez dute espresuki ezer sortzen, hau da, ez dira mahai baten inguruan elkartzen ohitura bat sortzeko. Ohitura egunerokoan sortzen da. Estatuaren portaeran oinarritutako araua.

**-NJA-ren Estatutuaren 38. art-an jasoa:** Ohituraren hierarkia ezartzen du, hau da, idatzizko arauen maila berean dagoela xedatzen du. Are gehiago, kasu gehienetan biak batera aplikatu beharko ditugu.

**-Ohitura (idatzizko arauaren maila berdinean) – Usadioa (usarioa).** Ohitura arau bat da, usadioa ez. Usadioa borondatez errepikatzen dugun portaera da onura bat lortzen dugulako, baina inolako obligaziorik gabe egiten duguna. Adibidez, klaseak egunero ordu berean badaude egunero autobus bera hartuko dugu, badakigulako autobus hori hartuta nahi dugun orduan helduko garela, baina egunen batean ez badugu hartzen goizago edo beranduago heldu nahi dugulako ez da ezer pasatzen. Ohitura, berriz, ez da erabat librea, askea, dagoeneko gure barnean jarrera bat hartzen dugu eta azkenean lotesle iruditzen zaigu, gure burua behartuta ikusten dugulako. Estatuak egoera baten aurrean jarrera bat hartzen duenean, jarrera hori pixkanaka askea izatetik lotuta egotera pasatzen da. Ezberdintasuna ez dago ekintza materialean, bi kasuetan portaera bat errepikatzen delako, ezberdintasuna helburuak dago. Usadioan jarrera hori praktikoa delako, onuragarria egiten zaigulako errepikatzen dugu, obligaziorik gabe, baina ohitura errepikatzen dugu momenturen batean guretzat obligazio bat delako, ez dugu erabateko askatasunez jokatzen.

Zaila da zehazten ohitura batek noiz sortzen duen obligazioa, horretarako auzitegiak ditugu.

**-Auzitegiari dagokio ohiturazko arauaren existentzia finkatzea.** Ohiturazko arauek duten arazoa segurtasun juridikoa da. Hau da, aplikatzen den momentura arte ez dakigu zein den bere momentu zehatza. Beraz, ohitura auzitegiak bere eduki zehatza finkatzen duenean finkatuko da. Gainera, ohitura estatuen portaeretan oinarritzen da, eta portaera horiek pixkanaka aldatzen joan daitezke. Ohitura oso dinamikoa den araua da. Adibidez, Nazio Batuen Gutuna 1945an eman zenetik ez da bere testua aldatu, baina ohituraren bidez aldatu egin da. Adibidez, 27.3 artikuluan estatuen portaeren ondorioz idatzizko testua aldatu egin da. Lehen erabakia hartzeko 9 estaturen botoa, 5 estatu guzti horien botoa barne, beharrezkoa zela ulertzen zen, baina orain 9 botoetan horietako batenarekin nahikoa dela ulertzen da.

**-Nazioarteko Zuzenbidearen izaera batez ere ohiturazkoa izan da. Arrazoiak:**

**+Ordenamenduaren izaera ebolutiboa.** Nazioarteko ordenamenduan egoera berri asko ematen dira.

**+Sistema deszentralizatua izatea.** Ez dago benetako organo zentralik, hau da, ez dago benetako botere legegile, exekutibo eta judizial zentralik. Arau bat nazio batuen erakundetik ateratzen denean ez da unibertsala, horretarako estatu guztiek sinatu behar dute, eta hau ez da inoiz gertatu. Ondorioz, honek ohiturari leku gehiago uzten dio.

**-Egungo joera bestelakoa da.** Gaur egungo joera ohituraren eremua murriztea da, hots, idatzizko arau gehiago dago. **Faktoreak:**

**+Nazioarteko erakundeen agertzea.** Gero eta idatzizko arau gehiago daude. Idatziz jasotzen den heinean, ohituraren garrantzia mugatu egiten da.

**+Nazioarteko kodifikazioaren fenomenoa.** Ohiturazko arauak idatziz jaso izan dira kodifikazio prozesuaren ondorioz. Adibide garbiena harreman kontsularrei buruzko arauenak dira.

Ohitura segurtasun juridikoarengatik idatziz jasotzen da geroz eta gehiago.

**OHITURAZKO ARAUEN ERAKETA OHITURA ERATZE-PROZESUA**

**Nazioarteko ohitura:**

Elementu materialak eta elementu psikologikoak. Elementu materiala ikusi dezakegun elementua da: portaera, portaera horren errepikapena eta portaera horren orokortzea. Beraz, elementu materialak estatuek egoera baten aurrean hartzen dituzten jarrerak dira. Jarrera hori ohitura bihurtzeko beharrezkoa da jarrera hori errepikatzea, eta errepikapen hori uniformea eta jarria izan behar da. Hau da, egoera berdin hori sortzen den bakoitzean erantzuna berdina izatea. Ez da nahikoa estatu batek egoera batekin jarrera bat hartzearekin, aurren dituen estatuek modu berean jokatu beharko dute, bestela ez delako ohitura sortzen. Gogoratu behar da ohitura arau tipikoa dela, ez dela aldebakarreko jarrera, nik norbaitekiko hartzen dudan obligazioa da baina baita berak nirekiko.

Zer da elementu psikologikoa? Usadioa eta ohitura ezberdintzen duen elementua. Elementu psikologiko horri “*opinio iuris*” deitzen zaio eta beharrezkotasunaren ideia dakar. Hau da, portaera hori momentu batean ez dugu egiten nahi dugulako, baizik eta jada guretzat obligazioa delako. Estatuek hainbeste errepikatzen dutenean portaera bat, espektatiba bat sortzen dute eta zaila da atzera egitea. Estatuak askatasun hori mugatua du eta bere portaera lotuta ikusten du.

**-Estatuen arteko harremanetan hauen portaeraren ondorioa dugu.**

**-Behar sozial bati erantzuna ematearen ondorio dugu.**

**-Ohitura eratze prozesua (garrantzitsuena zati hau da):**

**+Estatu baten edo Estatu talde baten praktika, jarrera:** Egoera baten aurrean jarrera bat izango da (positibo, negatibo edo neutroa).

**+Praktika horren orokortzea, jarrera baten onarpena islatuz:**  Beste batekiko hartu behar da jarrera eta berak nerekiko, jarrera bera hartzea alegia. Ohitura bi subjekturen artean sortu behar da.

**+Portaera jarraia eta uniformea bihurtzea:** Ez da nahikoa behin erantzuna izatea. Egoera bat planteatzen den bakoitzean erantzuna berdina izatea beharrezkoa da. Portaera jarraitu behar du eta beti berdina izan behar du.

**+Portaera horren betebeharreko izaeraren inguruan konsenso bat lortzea: *Opinio Iuris-a:*** Elementu psikologikoa da, bete beharrekotasunaren ideia. Momentu jakin batean gure burua ez dugu aske ikusten, errepikatzen dugu gure burua behartuta ikusten dugulako.

**OHITURAZKO ARAUEN ERAKETA ESTATUEN PRAKTIKA ELEMENTU MATERIAL GISA**

* **Praktika horren ezaugarriak:**
	+ **Haserako praktika bat:** Estatu batean beharrezkoa dugu lehenengo erantzun bat, egoera bat, jarrera bat... Lehenengo portaera honi aurrekaria deritzogu. Portaera batekin ez da ohitura bat sortzen, baina honek ez du esan nahi lehenengo portaera honek garrantzirik ez duenik.
		- **Estatuak erne egon behar dira bere jarreretan**. Estatua kontu handiz ibili behar da, bere edozein portaerek aurrekin izaera izan ahal duelako eta ondorio juridikoak izan.
		- **Estatuaren edozein praktikak aurrekin balioa du (aktiboa/pasiboa):** Egoera baten aurrean ezer ez esateak isilik gelditzeko obligazioa sor dezake gerora (pasiboa). Aktiboa edo pasiboa izan daiteke beraz.
		- **Estatuek aurrekin izaera baztertu dezakete:** Hainbat estatuk egoera baten aurrean erantzun bat ematen dutenean garbi uzten dute erantzun hori kasu konkretu horretarako dela eta ez dela ohituraren aurrekina izateko asmorik, hau da, salbuespeneko kasu bat da.Adibidez, Frantziak portaera bat aurkezten den bakoitzean garbi uzten du portaera horrek ez dituela ondorio juridikoak etorkizunean, aurrekin izaera ez zaiola eman behar.
		- **Garrantzia duena → nahastezinak diren aurrekinak.** Portaera bat sortzeko beharrezkoa da portaera hori estatuaren borondatearen ondorio izatea.
	+ **Praktika uniformea eta jarraia bihurtzea**
		- **Uniformea → Edukia funtsean berdina izatea.** Erantzuna berdina izatea. Materialki eduki bera duen portaera ematea.
		- **Jarraia → Portaera beraren errepikapena, kontrako erantzunik gabe.** Egoera hori sortzen den bakoitzean erantzun berdina ematea. Adibidez, ez du balio behin bai, gero ez, gero bai etab.
	+ **Praktika hori orokorki onartua izatea:**
		- **Portaera jakin bat orokortasunarekin finkatzen da.** Hau da, beharrezkoa da ohitura hori estatu batek bestearekiko sortzea baina baita bigarren horrek lehenengoarekiko, ohitura aldebakarrekoa ez den heinean.
		- **Ez da zertan Estatu guztietan eman behar,** egoera horretan interesa duten estatuek soilik. Honek esan nahi du aldebikoa izan daitekeela, hau da, bi estaturen artekoa, baina baita gehiagoren artekoa ere. Adibidez, genozidioaren hitzarmena ez dute denek sinatu, baina horrek esan nahi du sinatu e duten 20ak horren alde daudenik? Ez, idatzita egon gabe ere ohitura bihurtu delako, ohitura unibertsal hain zuzen ere.
* **Denbora elementuaren erlatibitatea:** Denbora segun eta zein egoera/portaeraren aurrean gauden ezberdina da.
	+ **Ohitura eratze prozesu normala luzea da:**
	+ **Zenbait faktore medio hau aldatu daiteke:**
		- **Hasierako egintzaren ondorioz:** Egoera hori ez bada etengabe planteatzen, jakingo dugu ohitura hori finkatzeak luze eramango digula. Berriz, etengabe ematen den egoera bat bada, adibidez harreman diplomatikoak, ohitura askoz epe laburragoan finkatu ahalko da.
		- **Ohituraren edukiaren ondorioz:** Edukia azkar garatzen bada orduan ohitura ere**.** Segun eta zeri buruz ari garen ohitura azkarrago sendotuko da. Adibidez, Nazio Batuen Gutunak argi uzten du bidezko defentsa egikaritzeko aurreko eraso bat egongo dela, baina 2011ko irailaren 11an estatuek erasoa egon aurretik erasoko zutela erabaki zuten, egoera hain larria zenez hori laster ohitura bihurtuko zela uste zutelako (gero ez zen horrela izan, baina izan ahal zen).
* **Ohitura orokorra vs. ohitura lokala**

Zer gertatzen da bi estatuk ohitura ezberdinetan parte hartzen badute? Adibidez, nazioarteko komunitateari begira ohitura unibertsal bat jarraitzen dute, baina bi estaturi begira ohitura lokal bat aplikatzen dute.

Esaterako, itsas zuzenbideak itsasoa arautu egiten du eta estatuaren eskumena 200 itsas milararte dago, hau da, 300km baino gehiago. Hori ohituraren ondorio izan da. Zer gertatzen da adibidez Tubalun edo Fijin? Estatu hauek 200 itsas mila dituzte, gainerakoek bezala, baina bertako arrantza oso tradizionala da eta historian zehar beraien artean arrantza askea erabaki dute (arrantza gutxi egingo dutelako eta arriskurik ez dagoelako). Beraz, estatu horiek bi ohituratan parte hartzen dute: 200 mila horietan, horrek Japonek bere eremuan ez arrantzatzeko balio dielarik, eta arrantza askean beraien artean. Bi ohitura ezberdin alegatzen direnean arau bereziak arau orokorra baztertu egiten du. Hori bai, arau berezi horrek ñabadurak behar ditu, ez da guztiz horrela aplikatzen. Zergatik? Gatazka hori Nazioarte Justizia Auzitegian konpondu behar bada, hor dauden 15 epaileak mundu guztikoak direlarik, epaileek ez dute ohitura lokala ezagutuko eta, ondorioz, ohitura lokala argudiatzen duenak demostratu egin beharko du. Behin ohitura lokal hori existitzen dela frogatuta, epaileek ohitura hori aplikatuko dute nahiz eta orokorra ere egon.

Gatazkan bakoitzak ohitura ezberdina arrazoitzat hartzen du. Bi ohitura horiek indarrean daude.

* + **Ohitura, orokorra, lokala eta aldebikoa dateke**
	+ **Ohitura praktikan:** Arau bereziak zehatzagoa dena (ohitura lokala), orokorra (ohitura orokorra) baztertzen du.
		- Orokorra → Kontra egiten dion aldeak frogatu beharko du honen existentzia eza
		- Lokala → Alegatzen duen Estatuak bere existentzia frogatu beharko du. Ohitura orokorra ezaguna da munduan, baina ohitura lokala ez, beraz, epaileek ez dute azken hau ezagutuko, horregatik frogatu behar dute.

**OHITURAZKO ARAUEN ERAKETA OPINIO IURIS-a OHITURAREN FORMAZIOAN**

**Ohitura =** Praktika bat + elementu psikologiko bat**.**

***Opinio Iuris* →** “Praktika orokor bat eskubide eta obligazioen oinarri bihurtzen denaren onarpena adierazten du”.
Ezinbestekoa da hau identifikatzea ohituraren baten aurrean gaudela jakiteko. Beste batzuk aldiz, ezetz esaten dute. *Opinio iuris* gabe usadioaren aurrean gaude, ez arauaren aurrean, ohiturarik ez dagoelako.

**Jurisprudentzia →** Praktikak berak adierazi behar du Estatuek hura zuzenbidetzat jotzen dutela. Beharrezkoa den portaera bat dela.

Noiz sortzen da beharrezkotasun hori? Zein errepikapenetik aurrera ikusten da ezin dela atzera egin? Beraz, opinio iurisaren arazoa beharrezkotasunaren ideia hori aztertzea oso zaila dela da; baina, aldi berean, hori dagoen aztertzea guztiz beharrezkoa da, bestela usadio baten aurrean gaudelako. Hemen debate handia dago:
**Doktrina: Alde batek → Opinio Iuris-a ohituraren existentziaren ondorioa da eta ez honen elementu eratzailea.** Autore batzuen ustez guztiz beharrezkoa da opinio iuris hori frogatzea ohitura bat sortzeko.

**Beste alde batek → Elementu eratzailea da baina honen existentzia suposatu beharra dago praktika orokor, jarrai eta uniforme bat ematen den kasuetan.** Beste zenbait autoren eta jurisprudentziaren ustez, berriz, elementu psikologikoa da, ezin da frogatu erabat, eta, ondorioz, elementu materialari errepikatu behar zaio. Estatu batek portaera bat jarraitu badu nahiz eta berak nahi ez izan, hortik ondorioztatuko dugu opinio iurisa badagoela. Gainera, ohitura hori auzitegiek finkatuko dute, ohitura bat ez baita inoiz sortzen auzitegi batek finkatu arte.

**OHITURA ETA TRATATUAREN ARTEKO INTERAKZIOA**: Estatuetako ordenamenduetan ohitura legearen faltan aplikatzen da; nazioarteko ordenamenduan, berriz, tratatuak ohiturak egon ezean aplikatzen dira. Era berean, posible da trataturik edo araurik ez egotea eta ohitura bai. Ohitura eta Tratatuak paraleloak dira, baina honek ez du esan nahi interakziorik ez dutenik. **Hiru interakzio mota:**

* + **Eratze prozesuan dagoen ohitura Nazioarteko tratatu batean onartzearen ondorioz emandakoa.** Gai horren inguruko zuzenbiderik egon gabe, errepikapenak ematen ari direnean baina oraindik opinio iurisa eman ez denean, gai beraren inguruan tratatu bat sortzen da. Zer ondorio izan dezake sortzen ari den ohitura horretan tratatuaren sorketak? Nahiz eta tratatuaren parte ez izan, tratatua erreferentzia bihurtzen da, hau da, ohiturak tratatuari erreparatuko beharko dio. Horrek *opinio iuris-*a sortzea azkartzen du. Alde batetik, jarrera hori errepikatzen zeuden hainbat estatuk tratatua sinatu dutelako eta, ondorioz, behin tratatua sinatuta, modu horretan jokatuko dute; eta, bestalde, sinatu ez dutenek ere tratatu hori erreferentziatzat izango dute dudarik gabe. Orokortasun eta obligazio sentsazioa zabaldu egiten da?
		- **Ohitura eratze prozesuan dago**
		- **Gai berari buruzko tratatu baten onartzeak prozesu hori azkartuko du (Estatuen konsensoa adierazi)**
		- **Ondorioa: Tratatuan parte direnei hura aplikatu. Besteei, ohitua. Salbu: kontra agertu diren Estatuak**
	+ **Ohitura baten eratzea Tratatu batetik abiatuta:** Gai baten inguruan oraindik ez da portaerarik eman, baina bai tratatu bat. Adibidez, ilargira ez zen oraindik inor iritsi baina arautzea erabaki zuten. Zer ondorio izango du tratatu horrek ohituran? Horrek ohitura berri baten sorrera suposatuko du baina baita ere azkar sendotzea. Izan ere, jendea ilargira iristen hasten den heinena, jada existitzen den arau hori betez egingo dute. Biek modu paraleloan jarraituko dute, baina eraginak daude.
		- **Hasierako terminoa: tratatu baten onarpena**
		- **Bukaerako terminoa: tratatuaren aplikazio orokortuaren ondorioz ohitura berri bat jaioko da**
		- **Ondorioa:Tratatuan parte direnak tratatua aplikatzen dute. Besteen artean, ohitura berri bat sortzen da.**
	+ **Existitzen den ohitura kodifikazio hitzarmen baten ondorioz sistematizatzea** (normalean segurtasun juridikoagatik)**:** demagun ohitura bat finkatua dagoela, opinio iurisa eta guzti, eta nazioarteko araurik ez dagoela, baina momentu batean segurtasun juridikoagatik ohitura hori kodifikatzea erabakitzen dela. Adibidez, harreman diplomatiko eta kontsulatuetan: lehen errege bati mezulariak ekartzen zion berria gustatzen bazitzaion joaten uzten zion, baina ez bazitzaion gustatzen hil egiten zuen. Ondorioz, 1961-1963an kodifikatzea erabaki zen eta enbaxadore bat egotea segurtasunagatik. Hortik aurrera ohitura idatziz jasoko da eta horrek garrantzi handia du. Izan ere, idatziz jasotako arau bat zurruna da, hau da, formalki modifikatzen ez den heinean etorkizunean bere jatorrian arautzen zen bezala aplikatuko da (segurtasuna); ohitura, berriz, aurrera egingo du baina askoz modu flexibleagoan, egunerokora egokitzen delako.

Tratatuak sinatzeak ez du esan nahi ohitura “abandonatu” denik. Biak batera aplikatuko dira tratatua eta ohitura.

Tratatua modifikatzen ez bada zurruna bihurtzen da. Idatzizko arauen arazoa, tratatua sinatu dutenei tratatua lotesle zaie. Momentu historiko batean izoztu egiten da tratatua, ohitura berriz, askoz ere ebolutiboagoa da errealitateko praktika islatzen duelako.

* + - **Ohitura zehaztu, sistematizatu eta zurrun egiten da.**

**OHITURA ETA TRATATUAREN ARTEKO INTERAKZIOA**

**-Ohitura eta tratatuaren artean ez da inoiz konfusiorik ematen** Ohiturak eta idatzizko arauak ez dira inoiz nahasten, modu paraleloan bizi dira nazioarteko ordenamenduan. Biak indarrean egongo dira beti. Estatu batek tratatu bat betetzen duenean portaera hori ohituraren oinarria bihurtzen da eta zenbaitetan praktika ez dator tratatuarekin batera, horrek tratatua interpretatzeko balioko duelarik, baina ez dira nahasten.

**-Aplikazio ukanbehar ezberdinak dituzte,** jada aztertu bezala.

**-Interpretazio printzipio ezberdinak dituzte:** ohitura ez dugu zertan interpretatu behar, bere oinarria finkatu beharko dugu, baina ez interpretatu; interpretatu beharko duguna idatzizko araua da. Ohitura ez da eguneratu behar, ohitura eguneratuta dago.

**-Autonomia normatiboa dute:** bakoitzak bere bide jarraitzen du, beraien artean harremanak dituzte, baina bizitza propioa dute.