

JAKUB CHROSTEK

Wyższa Szkoła Humanitas

NABIERANIE MOCY WIĄŻĄCEJ PRZEZ „SOFT LAW”

1. WPROWADZENIE

Co do zasady akty prawne definiowane są przez pryzmat ich struktury i skutków, ale już w globalnej hierarchii zajmowanej przez każde z nich, na podstawie istniejących między nimi wzajemnych relacji. W tej perspektywie ich status prawny nie jest już jasny, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z *soft law*, czyli „miękkim prawem”. W systemie prawa międzynarodowego posługiwanie się prawem miękkim i twardym¹ (*hard law*) często nie wiąże się z istniejącą między nimi różnicą pod względem praktycznego znaczenia. Mimo że pierwsze nie ma mocy wiążącej, a drugie już tak. Niewątpliwie wynika to z rosnącej rangi prawa miękkiego w systemie prawa międzynarodowego oraz jego roli w tworzeniu docelowych norm *hard law*. Analizując te aspekty, podjęto się tematu artykułu, stawiając sobie za cel identyfikację oraz ocenę sposobów, według których ten rodzaj regulacji przekształca się w normy imperatywne.

¹ W niniejszym artykule posługuję się definicjami „prawo miękkie” i „prawo twarde” w systematyce przeciwstawnych pojęć. Należy jednak wskazać, że w literaturze (zwłaszcza polskojęzycznej) zasadniczo nie występuje samodzielna definicja „prawa twardego” (*hard law*). Zwykle z terminem *hard law* spotkamy się jedynie w zestawieniu z pojęciem *soft law*, w publikacjach traktujących o współlistnieniu i wzajemnym oddziaływaniu na siebie tych dwóch obszarów traktowanych odpowiednio jako akty z mocą wiążącą oraz pozbawionych takowej mocy.

Jednocześnie definiując problem badawczy w postaci pytania: Jak *soft law* nabiera mocy wiążącej?

Chociaż koncepcja prawa miękkiego istnieje od lat, nie został osiągnięty konsensus co do tego, dlaczego państwa stosują prawo miękkie i w jaki sposób należy uznać je za przyczynę do powstawania norm prawa twardego. Odzwierciedla to między innymi głębokie zróżnicowanie zarówno rodzajów umów międzynarodowych, jak i sytuacji prawnych, które je powodują.

2. POJĘCIE I ZAKRES *SOFT LAW*

Pojęcie *soft law* pojawiło się pierwotnie w stosunku do norm prawa międzynarodowego i europejskiego prawa wspólnotowego². Przyjmuje się, że termin ten został użyty po raz pierwszy w połowie lat 70. XX w. przez Arnolda McNaira³, a istotnym impulsem⁴ był dyskurs o postanowieniach Aktu końcowego Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (KBWE), podpisanego przez 35 państw, 1 sierpnia 1975 r. w Helsinkach⁵. Akt końcowy KBWE nie był w sensie prawnym umową międzynarodową, ale swoistą deklaracją zasad postępowania w stosunkach międzynarodowych, obejmujących trzy główne filary: stwierdzenie nienaruszalności granic po II wojnie światowej, nieuciekanie się do użycia siły w przypadku powstania konfliktów międzynarodowych oraz respektowanie praw człowieka⁶. Niemniej należy również podkre-

² M.M. KENIG-WITKOWSKA, *Soft law w międzynarodowym prawie środowiska. Uwagi na marginesie katalogu źródeł prawa*, [w:] *Źródła prawa. Teoria i praktyka*, red. T. GIARO, Warszawa 2017, s. 374.

³ R. BIERZANEK, *Miękkie prawo międzynarodowe*, «Sprawy Międzynarodowe» 1/1987, s. 92.

⁴ P. SKUCZYŃSKI, *Soft law w perspektywie teorii prawa*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. O. BOGUCKI, S. CZEPITA, Szczecin 2008, s. 326.

⁵ Akt końcowy Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie z 1 sierpnia 1975 r., <https://www.osce.org/files/f/documents/5/c/39501.pdf> (dostęp 30 marca 2022 r.).

⁶ A. JACH, *Akt końcowy KBWE i jego wpływ na instytucjonalizację ruchu praw człowieka w krajach Europy Środkowo-Wschodniej w perspektywie porównawczej 1975–1991 (wybrane aspekty)*, «Nowa Polityka Wschodnia» 13.2/2017, s. 163–166.

ślić, że instrumenty miękkiego prawa (jeszcze tak nie definiowanego) pojawiały się w stosunkach międzynarodowych zdecydowanie wcześniej, jak choćby w traktatach założycielskich⁷, Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali (1951)⁸ czy Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (1957)⁹.

Współcześnie *soft law* znajduje zastosowanie w odniesieniu do różnych norm prawa wewnętrznego¹⁰. Miękkie prawo wyraża preferencję, a nie obowiązek, że państwo powinno działać lub powstrzymać się od działania w określony sposób¹¹. Normami w postaci *soft law* wydaje się akty rangi zaleceń i opinii, a także tzw. akty nienazwane, takie jak uchwały, deklaracje, rezolucje, komunikaty czy zawiadomienia¹². Akty *soft law* z mocy prawa nie są wiążące, jednak mogą wywoływać pewne skutki praktyczne¹³. W zakresie konstrukcji regulacje typu *soft law* przypominają prawo stanowione pod względem budowy tekstu, tj. podział na jednostki redakcyjne i posiadanie jednoznacznych norm, jednak ich cechą charakterystyczną jest brak mocy wiążącej¹⁴. Specyfika

⁷ D. KABAT-RUDNICKA, *Soft law w Unii Europejskiej*, [w:] *Ius cogens' – soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, red. B. KUŹNIAK, M. INGELEVIČ-CITAK, Kraków 2017, s. 175.

⁸ Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali z 18 kwietnia 1951 r., art. 14 zdanie 3 i 4, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=P> (dostęp 30 marca 2022 r.).

⁹ Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą z 25 marca 1957 r., art. 189, zdanie 5, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PL> (dostęp 30 marca 2022 r.).

¹⁰ H. IZDEBSKI, *Doktryny polityczno-prawne. Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2021, s. 241.

¹¹ D.L. SHELTON, *Soft Law*, [w:] *Routledge Handbook of International Law*, red. D. ARMSTRONG, Abingdon 2009, s. 69.

¹² E. URA, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2021, s. 46.

¹³ Por. A. JURCEWICZ, *Rola „miękkiego prawa” w praktyce instytucjonalnej Wspólnoty Europejskiej*, [w:] *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, red. C. MIK, Toruń 1998, s. 111; M. MASTERNAK-KUBIAK, *Przestrzeganie prawa międzynarodowego w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków 2003, s. 60; M. KOPEĆ, *Wspólnotowe soft law jako przejaw europeizacji prawa farmaceutycznego*, [w:] *Europeizacja administracji publicznej. Zbiór studiów*, red. I. LIPOWICZ, Warszawa 2008, s. 248.

¹⁴ A. KALISZ, *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, Warszawa 2007, s. 85.

miękkiego prawa polega przede wszystkim na dobrowolności stron wiążących się tego typu regulacjami, wyrażonej za pomocą wypracowanego, zgodnego stanowiska, bez aparatu przymusu dla jego egzekwowania¹⁵. Jednocześnie prawo miękkie rozumieć należy jako technikę pomocniczą w stosunku do prawa twardego, w ujęciu potwierdzającym lub interpretującym jego treść, jak również wspomagającym jego genezę i ostateczne wytworzenie. Często *soft law* stanowi podstawę regulacji z mocą wiążącą jako swoista zapowiedź ich kształtu, wskazując zakres możliwego do zaakceptowania kompromisu, który następnie będzie uszczegóławiany¹⁶, podkreślając, że normy miękkiego prawa stanowią ważny surogat dla orzecznictwa międzynarodowego¹⁷. Jednocześnie według Cezarego Mika normy *soft law* pozwalają w swoisty sposób układać stosunki wzajemne, mechanizmy wzajemnej kontroli oraz stanowią pewnego rodzaju hamulce między głównymi organami w systemie prawa międzynarodowego¹⁸.

Termin *hard law* „twarde prawo” odnosi się do prawnie wiążących zobowiązań, które są precyzyjne lub mogą być doprecyzowane poprzez linię orzeczniczą, lub wydanie szczegółowych przepisów, na przykład rozporządzeń do ustaw, oraz które delegują kompetencje do interpretacji i wdrażania prawa. Brak analogii prawa miękkiego w tym zakresie był szeroko krytykowany jako czynnik dyskwalifikujący użyteczność tego typu regulacji w kształtowaniu spraw międzynarodowych, zwłaszcza w kontekście braku roli niezależnego sądownictwa z uprawnieniami egzekucyjnymi¹⁹, dodatkowo zarzucając, że coraz powszechniejsze stosowanie prawa miękkiego może zdestabilizować system normatywny

¹⁵ P. SKUCZYŃSKI, *op. cit.*, s. 334.

¹⁶ W. CZAPLIŃSKI, A. WYROZUMSKA, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014, s. 16.

¹⁷ A. NOWAK-FAR, *Jednolitość prawa unijnego a jego wielojęzyczność*, [w:] *Unia Europejska: zjednoczeni w różnorodności: konferencja*, Warszawa, 14-15 grudnia 2010 r., red. C. MIK, Warszawa 2012, s. 87.

¹⁸ C. MIK, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, 1, Warszawa 2000, s. 122.

¹⁹ Np. K.W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, «International Organization» 54.3/2000, s. 423 i n.; H. HILLGENBERG, *A Fresh Look at Soft Law*, «European Journal of International Law» 10/1999, s. 513 i n., oraz P. WEIL,

i przekształcić go w obszar niepewności prawa w znaczeniu formalnym i materialnym²⁰. Niemniej miękkie regulacje prawne zapewniają korzyści, które nie są dostępne w przypadku *hard law*. Paradoksalnie oferują skuteczniejsze sposoby radzenia sobie z innego rodzaju niepewnością, rozumianą jako przewidywanie przyszłych skutków – zwłaszcza gdy inicjują procesy, które pozwalają podmiotom na poznanie wpływu porozumień dopiero z upływem pewnego czasu, będąc swoistego rodzaju polem testowym²¹.

Za Tadeuszem Biernatem można wskazać, że *soft law* jest narzędziem umożliwiającym realizowanie ważnych celów w „warunkach skomplikowanej sytuacji”²². Powołana skomplikowana sytuacja powstaje podczas konfrontacji pomiędzy presją wprowadzenia regulacji prawnej, z realnymi możliwościami w tym zakresie. Należy wskazać, że choć regulacje typu *soft law* mogą dotyczyć różnych gałęzi prawa, to szczególnie mocno rozwinęły się w obszarach prawa międzynarodowego publicznego, w obrębie szeroko pojmowanego bezpieczeństwa międzynarodowego, ochrony praw człowieka²³, ochrony środowiska²⁴ oraz regulacji prawa pieniężnego i finansowego²⁵. W tym ujęciu każda ze stron układających się pozostaje względem siebie suwerenna, ale wyrażając zgodę na różne ustępstwa, wiążą się pewnymi normami postępowania²⁶. Wzorce

Towards Relative Normativity in International Law?, «American Journal of International Law» 77/1983, s. 417 i n.

²⁰ T. BIERNAT, *Soft law a proces tworzenia prawa w Unii Europejskiej. Wpływ soft law na konstrukcję i treść uzasadnień aktów normatywnych*, «Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały» 2/2012, s. 31-32.

²¹ *Ibidem*, s. 37.

²² *Ibidem*, s. 30-33.

²³ P. SKUCZYŃSKI, *op. cit.*, s. 326.

²⁴ B.S. DIALLO, *The Binding Force of International Legal Standards in the Face of the Recurrent Practice of Soft Law*, «Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza» 7/2017, s. 81.

²⁵ B. ZIEMBLICKI, *Soft law w prawie gospodarczym publicznym*, [w:] *‘Ius cogens’ – soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, red. B. KUŹNIAK, M. INGELEVIČ-CITAK, Kraków 2017, s. 240.

²⁶ W. GÓRALCZYK, S. SAWICKI, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2015, s. 61.

o charakterze miękkiego prawa umożliwiają w strukturach i organizacjach międzynarodowych tworzyć „słabsze” związania członków, akcentując ich dobrą wolę w kształtowaniu wspólnych spraw²⁷. Standardy aktów *soft law* określane są terminem „standardów uchwałodawczych”, które w odniesieniu do reguł zawartych między innymi w uchwałach Rady Europy spełniają ważną rolę, inspirując normy traktatowe bądź je uzupełniając. W ten sposób zawiązują się różnego rodzaju organizacje międzynarodowe, takie jak wspomniana Rada Europy czy też Unia Europejska, a w wymiarze globalnym ONZ, które uchwalają normy prawne zobowiązujące strony umowy do określonego działania. Wspomnieć przy tym należy, że tylko zobowiązanie się do postępowania zgodnie z ustalonymi wzorcami gwarantuje członkostwo w danej organizacji międzynarodowej. Powodem tworzenia standardów międzynarodowych w wymiarze globalnym (uniwersalnym) i regionalnym o charakterze miękkiego prawa jest w tym zakresie wiele korzyści bazujących na rozpoznawaniu norm prawa dopiero na dalszych etapach rozwoju. Brygida Kuźniak wskazuje, że jedną z przyczyn nieuczestniczenia podmiotów w różnych tworach organizacyjnych prawa międzynarodowego jest postępowanie odmienne od zwyczaju, „który w razie zgodnej praktyki uznanej za prawnie istotną stanowi źródło prawa międzynarodowego”²⁸.

W zakresie bezpieczeństwa międzynarodowego jako regulacje *soft law* należy wskazać przede wszystkim kwestię związaną z powstawaniem uzgodnień dotyczących rozbrojenia zawartych między innymi w Karcie atlantyckiej²⁹ czy ustaleniach z konferencji przywódców alianckich mających na celu zakończenie działań wojennych w latach 1943-1945³⁰. Bazując na postanowieniach Karty atlantyckiej, podnoszono ogólne zasady światowego handlu i wymiany surowców, które są niezbędne

²⁷ K. SPRYSZAK, *Rola standardów o charakterze soft law w zakresie kreowania zobowiązań w państwach członkowskich organizacji międzynarodowych*, «Humanities and Social Sciences» 22.24/2017, s. 213.

²⁸ B. KUŹNIAK, *Przestrzeń operacyjna prawa międzynarodowego publicznego. Perspektywa polska*, Warszawa 2012, s. 33.

²⁹ Por. The Atlantic Charter, Portal NATO, https://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_16912.htm (dostęp 31 marca 2022 r.).

³⁰ P. SKUCZYŃSKI, *op. cit.*, s. 326.

dla rozwoju ekonomicznego, natomiast postanowienia konferencji alianckich traktowały o deklaracjach i uzgodnieniach prowadzących do zakończenia II wojny światowej, jak i chęci współpracy kluczowych mocarstw na arenie międzynarodowej w okresie powojennym.

W zakresie ochrony praw człowieka fundamentalnym przykładem miękkiego prawa jest powstanie Powszechnej deklaracji praw człowieka³¹, która została uchwalona jako rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ. O zamierzeniach twórców tego instrumentu świadczą słowa przewodniczącej Roosevelt³², która wprowadzając projekt pod obrady Zgromadzenia Ogólnego 9 grudnia 1948 r., stwierdziła:

Aprobuując dzisiaj Deklarację, ważne jest, aby zachować jasno w umyśle podstawowy charakter tego dokumentu. Nie jest to traktat, nie jest to umowa międzynarodowa. Nie stanowi prawa ani nie tworzy prawnych obowiązków, ani nie jest to jej celem. Jest to Deklaracja podstawowych zasad praw człowieka i wolności, które mają być zaaprobowane przez Walne Zgromadzenie w drodze formalnego głosowania jego członków i służyć jako wspólny standard do osiągnięcia przez wszystkie narody ze wszystkich państw³³.

Takie rozumienie „statusu” Deklaracji zasadniczo umożliwiło jej przyjęcie w relatywnie krótkim czasie, co w przypadku instrumentu prawnie wiążącego byłoby prawdopodobnie niemożliwe³⁴. Analogicznie jak inne rezolucje ONZ zawierające treści o charakterze normatywnym, Deklaracja wyznaczała moralne i polityczne zobowiązania państw członkowskich, które poprzez akces do tej organizacji przyjmowały na siebie obowiązek działania na rzecz realizacji tych wytycznych,

³¹ *Ibidem*, s. 327.

³² Z. KĘDZIA, *70 lat Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka – pomnik czy żywy dokument*, «Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny» 4/2018, s. 17.

³³ J. DALEY, *Great Speeches by American Women*, Dover 2008, s. 128.

³⁴ J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, Philadelphia 1999, s. 19.

respektując jej postanowienia i podejmując działania prowadzące do ich implementacji w krajowych porządkach prawnych³⁵.

Niewątpliwie aspekt ochrony środowiska jest również istotnym obszarem regulacji poprzez *soft law*, a tzw. międzynarodowy dorobek prawa ochrony środowiska w znacznej części zbudowany został na podstawie norm prawa miękkiego³⁶. Globalna polityka ochrony środowiska jest sumą średnioterminowych i długoterminowych planów regulujących kwestie, które zwykle należą do wyłącznej kompetencji poszczególnych państw, takich jak na przykład osiągnięcie zrównoważonej produkcji i konsumpcji, ochrona klimatu czy ochrona lasów, dlatego w tych obszarach naturalnie sprawdzają się regulacje typu *soft law*³⁷.

Z innej strony, dobrym przykładem obrazującym swoistą dominację *soft law* w prawie międzynarodowym, w obszarze finansowym, są instrumenty przeciwdziałania „praniu pieniędzy” stosowane przez Grupę FATF (ang. Financial Action Task Force). FATF jest organizacją międzyrządową powołaną do życia w 1989 r, której głównym zadaniem jest przeciwdziałanie „praniu brudnych pieniędzy”, a od roku 2001, po zamachach terrorystycznych w Stanach Zjednoczonych, także przeciwdziałanie finansowaniu terroryzmu. W swoich działaniach FAFT nie kieruje się normami traktatów międzynarodowych, stosując instrumenty prawa miękkiego³⁸.

Z uwag na fakt, że przepisom *soft law* brak wiążącej mocy, to na ogół zakres ich obowiązywania upatrywany jest w pozycji instytucji, która je wydała³⁹. Jednocześnie, co podkreśla się w literaturze, prawo to może być także „miękkie” dochodzone⁴⁰. Podnosi się, że *soft law* jest to

³⁵ Por. K. SKUBISZEWSKI, *Rola niewiążących uchwał normatywnych w prawotwórstwie międzynarodowym*, «Państwo i Prawo» 1/1986, s. 34 i n.

³⁶ P.-M. DUPUY, *Soft Law and the International Law of the Environment*, «Michigan Journal of International Law» 12/1991, s. 422.

³⁷ Szerzej B.S. DIALLO, *op. cit.*, s. 81.

³⁸ B. ZIEMBLICKI, *op. cit.*, s. 241.

³⁹ Por. P. DANIEL, *Naruszenie przepisów postępowania jako przesłanka uchylenia decyzji lub postanowienia w postępowaniu sądownoadministracyjnym*, Warszawa 2016, s. 94.

⁴⁰ H. IZDEBSKI, *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2011, s. 196.

prawo pozbawione sankcji⁴¹, tym samym co do zasady jest wyłączone z postępowania sądowego ze względu na swój nienakazowy charakter. Niemniej miękkie prawo jest zbiorem reguł, których oddziaływanie jest omawiane w orzecznictwie międzynarodowym⁴². Z jednej strony mamy do czynienia z niewiążącymi przepisami prawa, co jest *a priori* sprzeczne z istotą prawa, z drugiej jednak często z drogą do legalizacji i przejścia regulacji miękkich w prawo twarde, co wyznacza między innymi powołany wcześniej wymiar tzw. skutków praktycznych tego typu regulacji. To, co charakteryzuje miękkie prawo, a raczej to, czemu służyć mają akty formalnie niewiążące, to, w zależności od płaszczyzny, na której powstają, partnerstwo między podmiotami, tworzenie relacji między państwem a jednostką oraz między jednostkami⁴³.

Warto jeszcze wspomnieć, że w literaturze wskazuje się na pewnego rodzaju analogię w podejściu do definicji kryteriów miękkiego prawa, do kryteriów stosowanych do określania zakresu obowiązywania prawa zwyczajowego⁴⁴. Należy przy tym podkreślić, że zwyczaje są źródłem prawa międzynarodowego w rozumieniu *hard law*. Zwyczaj międzynarodowy ma charakter *ius cogens*, tj. normy wiążącej wobec wszystkich podmiotów, których dotyczy. Zarówno państwa, jak i organizacje międzynarodowe bieżąco uczestniczą w ich tworzeniu i od nich zależy ich normotwórcza rola. Jednak dosyć klarowne rozróżnienie w tej kwestii zaproponował Paweł Skuczyński, wskazując, że „prawo zwyczajowe jest tworzone w sposób spontaniczny i długotrwały, miękkie prawo

⁴¹ T. BEKRYCHT, J. LESZCZYŃSKI, P. ŁABIENIEC, *Podstawy doktryny prawnej*, Warszawa 2021, s. 89.

⁴² Szerzej A. NUSBERGER, *Hard Law or Soft Law – Does it Matter? Distinction Between Different Sources of International Law in the Jurisprudence of the ECtHR*, [w:] *The European Convention on Human Rights and General International Law*, red. A. VAN AAKEN, I. MOTOC, Oxford 2018, s. 48-52.

⁴³ M. IWANIEC, *Soft law – współczesny instrument regulacji życia gospodarczego*, «Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny» 9.5/2020, s. 121, https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/68/iKAR_5_9_-20_9_Iwaniec.pdf (dostęp 20 grudnia 2021 r.).

⁴⁴ Por. R. BIERZANEK, „Miękkie” prawo międzynarodowe, «Sprawy Międzynarodowe» 1/1987, s. 100, oraz H. HILLGENBERG, *op. cit.*, s. 514.

natomiast w sposób intencjonalny i celowościowy⁴⁵. Obie regulacje mają często podobne motywy, źródła i efekty, w postaci swoistego rodzaju dążenia do samoregulacji systemów nieuregulowanych.

3. JAK SOFT LAW NABIERA MOCY WIĄŻĄCEJ?

Za Jackiem Barciem można wskazać, że często powstawanie aktów prawa miękkiego przypomina „ciąg technologiczny” składający się z dwóch etapów: „przyjmowania norm *soft law*” oraz „twardnienia prawa”, czyli okresu od pojawienia się normy *soft law* do momentu, w którym norma staje się wiążącą regulacją *hard law*⁴⁶. Tendencję do tzw. twardnienia norm *soft law* podkreślono również w informacji Ministerstwa Sprawiedliwości RP, traktującej o regulacjach, źródłach prawa i instytucjach odnoszących się do międzynarodowej ochrony praw człowieka⁴⁷. „Twardnienie” to jest procesem polegającym na nabieraniu przez *soft law* mocy wiążącej. Zachodzić to może w dwojakim procesie⁴⁸. Po pierwsze, kiedy przyjęcie aktu prawa miękkiego jest pierwszym krokiem w procesie zawarcia traktatu międzynarodowego, w którym to traktacie nastąpi odwoływanie się do zasad oraz standardów zawartych w poprzedzających go źródłach *soft law*. Sytuacja ta nastąpiła na przykład w Konwencji ONZ o ochronie wszystkich osób przed wymuszonym

⁴⁵ Szerzej P. SKUCZYŃSKI, *op. cit.*, s. 333.

⁴⁶ J. BARCIK, *Techniki twardnienia prawa, czyli kilka uwag o technologii produkcji norm prawa międzynarodowego*, [w:] *'Ius cogens' – soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, red. B. KUŹNIAK, M. INGELEVIČ-CITAK, Kraków 2017, s. 82.

⁴⁷ Por. w *Miękkie prawo międzynarodowe*, Portal Ministerstwa Sprawiedliwości, <https://archbip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/miekkie-prawo-miedzynarodowe/> (dostęp 1 marca 2021 r.).

⁴⁸ J. BARCIK wyróżnia (w – zob. przyp. 46) oprócz dwóch wskazanych w artykule technik twardnienia, trzecią – implementację normy *soft law* w prawie krajowym. Jednak w ujęciu stosunków międzynarodowych, w mojej opinii należy wiązać krajową implementację *soft law* z techniką twardnienia prawa miękkiego w postaci kształtowania się zwyczajów międzynarodowego.

zaginięciem⁴⁹, która wprost odwołuje się do treści Deklaracji ONZ w tej sprawie⁵⁰. Po drugie, akty *soft law* mogą zmienić bądź wpłynąć na dotychczasową praktykę w taki sposób, by przełożyć się, na ogół w dłuższym okresie, na powstanie nowego prawa zwyczajowego, dla przykładu można wskazać art. 5 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka⁵¹, zakazujący stosowania tortur, który jest dziś powszechnie uważany za wyraz bezwzględnie obowiązującej normy prawa zwyczajowego⁵².

Intencją państw i organizacji międzynarodowych, które posługują się instrumentami prawa miękkiego, po uznaniu ich zachowania za zgodne ze standardami międzynarodowymi, jest wpływanie na ich wzajemne postępowanie w sposób normatywny, permissywny lub zakazujący. Prawo miękkie może przyczynić się do rozwoju prawa twardego lub częściowo je zastąpić, jednocześnie nie naruszając jego integralności i rygorystyki. Regulacje z zakresu prawa miękkiego są niewątpliwie nietypowe, *soft law* może jednak pełnić rolę swobodnego kodeksu postępowania w szczególnie skomplikowanych sprawach, pozwalającego na ominięcie sfery stosowania przepisów prawa obudowanego sferą egzekucyjną, a tym samym przełamanie impasu w wielowymiarowych negocjacjach prowadzących do ostatecznej regulacji danego obszaru.

Prawo miękkie to element, który może przyczynić się do przyjęcia rozwiązania tymczasowego, które później zostanie potwierdzone na gruncie prawa twardego i zastąpi tymczasowe rozwiązanie typu *soft*. Zatem rozwiązanie przyjęte na gruncie prawa miękkiego może pełnić funkcję aktu towarzyszącego instytucjonalizacji, gdy sprawy się pokrywają, ale nie da się ich rozwiązać za pomocą tych samych narzędzi

⁴⁹ Por. *Międzynarodowa konwencja w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem*, Portal Ministerstwa Sprawiedliwości, https://arch-bip.ms.gov.pl/bip/prawa_czlowieka (dostęp 1 marca 2021 r.).

⁵⁰ Por. *Deklaracja w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem. Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 47/133 z dnia 18 grudnia 1992 r.*, Portal Ministerstwa Sprawiedliwości, https://arch-bip.ms.gov.pl/bip/prawa_czlowieka (dostęp 1 marca 2021 r.).

⁵¹ *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r.*, https://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf (dostęp 19 marca 2022 r.).

⁵² K. SKUBISZEWSKI, *op. cit.*, s. 42 i n.

prawnych. Mówi się wówczas o dodatkowej roli, jaką odgrywa miękkie prawo. Taka charakterystyka kładzie nacisk na dwie główne cechy „twardnienia” regulacji *soft law*, a mianowicie nakazowy (wynikający z woli stron) aspekt proceduralny, mimo że w tym zakresie rozwiązania nie są rygorystyczne, oraz na jego wpływowy, inicjujący czy pilotażowy charakter w stosunku do *hard law*⁵³. W odniesieniu do instrumentów proceduralnych określanych jako miękkie można wskazać, że ich wybór stanowi pewnego rodzaju dowód niechęci stron do poddawania się prawnym ograniczeniom prawa twardego w tym zakresie⁵⁴. Rezultaty, często „twarde”, osiągnięte przez odwołanie się do tego rodzaju procedury byłyby trudne do uzyskania w ramach procedur w obszarze *hard law*.

Prawo miękkie, poprzez swój programowy charakter, tworzy również zarazem elastyczne, ale dość precyzyjne ramy dla przyszłych dyskusji i negocjacji między państwami w zakresie regulacji typu *hard law*. W tym kontekście można skoncentrować się na czysto symbolicznym wykorzystaniu dostępnych możliwości, aby uniknąć konieczności podejmowania wiążących decyzji, które w ten sposób mogą pociągać za sobą często trudne do przewidzenia konsekwencje prawne. Rozwiązanie to pozwala na ustalenie ram obejmujących poszczególne, pośrednie etapy dojścia do konsensusu i podjęcia decyzji w oparciu o uzyskanie zgody z każdego z etapów⁵⁵. To sprawia, że dość oczywiste jest, że państwu łatwiej jest wyrazić zgodę na podejście do regulacji prawnych metodą tzw. małych kroków, co ma konsekwencje w postaci obowiązków prawnych na niewielką skalę lub zapewnia odpowiednie stopniowanie potencjalnych obciążeń. Taka zgoda odzwierciedla również interesy polityczne stron, które chcą w ten sposób zademonstrować swoje poparcie dla określonych dziedzin polityki, a jednocześnie mogą to zrobić bez

⁵³ C.M. FITZMAURICE, *The Identification and Character of Treaties and Treaty Obligations between States in International Law*, «British Yearbook of International Law» 73/2002, s. 180.

⁵⁴ W. BAŃCZYK, „Miękkie prawo ale prawo”, czyli o obowiązku przestrzegania *soft law*, «Internetowy Przegląd Prawniczy Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego» 1/2016, s. 63, http://www.tbbsp.wpia.uj.edu.pl/documents/4137545/127722957/1_banczyk (dostęp 12 marca 2022 r.).

⁵⁵ W. CZAPLIŃSKI, A. WYROZUMSKA, *op. cit.*, s. 16.

angażowania się na poziomie czysto prawnym i bez narzucania sobie nawzajem określonych praw i obowiązków⁵⁶. Nie ma jednak wątpliwości, że akt sytuujący się w sferze *soft law* prowadzi często do przyjęcia kolejnych aktów o charakterze przymusowym, co stanowi pierwszy krok w kierunku wypracowania konsensusu politycznego w ramach systemu obowiązującego⁵⁷.

Badając kwestię oddziaływania *soft law*, należy wskazać na art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości⁵⁸. Przepis ten konstrukcyjnie odnosi się do uchwał organizacji międzynarodowych. Wskazując, że źródłami prawa w przypadku orzeczeń Trybunału nie są tylko traktaty i zwyczaje, lecz także „zasady ogólne prawa, uznane przez narody cywilizowane”, a nawet „wyroki sądowe tudzież zdania najznakomitszych znawców prawa publicznego różnych narodów, jako środek pomocniczy do stwierdzania przepisów prawnych”. Natomiast samo orzekanie odbywać się powinno *ex aequo et bono*, czyli według tego, co słuszne i dobre, o ile strony na to się zgadzają, wskazując jednoznacznie na rolę także prawa miękkiego jako źródła norm w tym przypadku. Zdaniem Jana Białocerkiewicza „jeszcze pół wieku temu problem ich przynależności do źródeł prawa międzynarodowego nie istniał, a uważano je za akty stosowania lub interpretacji prawa danej organizacji, ewentualnie elementu praktyki prowadzącej do powstania normy zwyczajowej”⁵⁹.

Przykładem stanowiącym jednocześnie egzemplifikację na stopniowe przekształcanie się *soft law* w prawo powszechnie obowiązujące są decyzje Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych na podstawie art. 17 i 18 Karty Narodów Zjednoczonych⁶⁰. Wiążą one człon-

⁵⁶ B.S. DIALLO, *op. cit.*, s. 83.

⁵⁷ P. STASZCZYK, *Akty soft law jako reakcja instytucji unijnych na skutki pandemii COVID-19*, «Europejski Przegląd Sądowy» 7/2020, s. 42.

⁵⁸ Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych, Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 ze zm.

⁵⁹ J. BIAŁOCERKIEWICZ, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Toruń 2007, s. 99.

⁶⁰ Karta Narodów Zjednoczonych, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych.

ków tej organizacji tylko w części, zaś dla innych państw członkowskich stanowią tylko niewiążące zalecenia, niemniej również mogą się oni do nich „twardo” stosować lub je popierać⁶¹. W tym samym ujęciu można wskazać na rezolucję Rady Praw Człowieka ONZ nr 7/23 z 28 marca 2008 r.⁶² Podobnie jest ze wspomnianym Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości; często jego rezolucje i deklaracje bynajmniej nie pozostają bez znaczenia prawnego, a stają się chociażby uzupełniającą podstawą ustalania zobowiązań międzynarodowych. Mogą one potwierdzać wyznawane wartości oraz istniejące zasady, jak również związane z nimi obowiązki. Później z kolei posłużą za podstawę porównania z nimi praktyki postępowania państw⁶³. Na podstawie takich wyroków może dojść do uzyskania przez niewiążące uchwały czy rezolucje mocy obowiązującej. Dzieje się tak z uwagi na to, że rezolucje mogą wskazywać dowody potwierdzające istnienie normy prawnej lub *opinio iuris*, czyli przeświadczenia, że dane działanie wynika z obowiązku prawnego, a nie z innych względów (np. względów politycznych lub moralnych), które stanowi przesłankę ukonstytuowania się danego zachowania, traktowania go jak zwyczaj międzynarodowy, a w konsekwencji źródło prawa międzynarodowego⁶⁴. Należy zatem wskazać, że pomimo braku wiążących strony norm konwencyjnych akty typu *soft law* odgrywają znaczącą rolę w kształtowaniu się źródeł prawa powszechnie obowiązującego, co należy rozumieć przez „nabieranie mocy obowiązującej”.

Kolejnym przykładem niech będzie Akt końcowy Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie z 1975 r.⁶⁵ Akt ten obejmował zarówno państwa Europy Wschodniej, objęte „żelazną kurtyną”, jak i Europy Zachodniej. Akapit X tego aktu traktował o deklaracji państw, które zobowiązały się przestrzegać norm w nim zawartych i egzekwować ich

⁶¹ M. SHAW, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2006, s. 96.

⁶² Rezolucja Rady Praw Człowieka ONZ nr 7/23 z 28 marca 2008 r., https://ap.ohchr.org/documents/dpa_ge_e.aspx?si=A/HRC/RES/7/23 (dostęp 30 marca 2022 r.).

⁶³ W. BAŃCZYK, *op.cit.*, s. 66.

⁶⁴ R. BIERZANEK, J. SYMONIDES, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2005, s. 29.

⁶⁵ Akt końcowy Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie z 1 sierpnia 1975 r., <https://www.osce.org/files/f/documents/5/c/39501.pdf> (dostęp 30 marca 2022 r.).

stosowanie. Nawet więc nadanie jej mocy obowiązującej nie zmieniłoby pozycji takiego aktu jako porozumienia o charakterze honorowym, dla którego podwaliną było wzajemne zaufanie podmiotów⁶⁶. Ten przykład *soft law* należy uznać za kluczowy, gdyż stanowił pierwszy przypadek w okresie zimnej wojny, gdy na wysokim szczeblu państwa dwóch różnych bloków przyjęły wspólne zasady postępowania.

W ramach badań nad procesem nabierania mocy wiążącej, regulacji typu *soft law*, należy odróżnić dwie instytucje, związanie postanowieniami aktu od specyficznej powinności polegającej na braku działań zmierzających do udaremnienia celu, na przykład traktatu. W tym pierwszym przypadku, tj. aby związać się postanowieniami danej umowy, traktatu, konwencji, musi dojść ze strony państwa lub innego przyszanego członka do dokonania ratyfikacji lub *acceptance* mającego charakter przyjęcia, zatwierdzenia. Natomiast ta druga powinność wynika z tego, że zanim dojdzie do formalnego ratyfikowania, gestem traktowanym jako nieprzyjazny jest dokonywanie działań, które mogą udaremnić przedmiot lub cel traktatu⁶⁷. Zatem podpisanie i nieratyfikowanie umowy międzynarodowej będzie zaliczało się do kategorii „wiązanego” *soft law* z uwagi na swoiste zobowiązanie, mimo że formalnie nie jest to prawo wywołujące określone skutki.

Kontynuując rozważania w zakresie *soft law* z perspektywy potencjalnej mocy wiążącej tego typu regulacji, nie sposób ominąć aspekty związane z funkcjonowaniem Unii Europejskiej. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) stanowi, że „w celu wykonania kompetencji Unii instytucje przyjmują rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia i opinie”⁶⁸. Zgodnie z ust. 5 tego samego artykułu, „zalecenia i opinie nie mają mocy wiążącej”. W doktrynie przyjmuje się, że należy rozróżnić zalecenia od opinii, „biorąc pod uwagę kryterium autorytatywności przedstawionego rozwiązania”. Właśnie taki jest zwykle sposób sugerowania przez zalecenia, natomiast opinie cechuje raczej mniej

⁶⁶ R. BIERZANEK, J. SYMONIDES, *op. cit.*, s. 81.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 87.

⁶⁸ Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 1-390).

kategoryczne wyrażenie poglądu na daną sprawę, ocenę sytuacji czy metody osiągnięcia celów traktatowych⁶⁹. Takie akty normatywne nie mają charakteru powszechnie obowiązującego, wydaje je Komisja Europejska w okolicznościach, o których mowa między innymi w art. 97 i art. 17 TFUE. Oznacza to, że pomimo braku formalnej podstawy dla podejmowania takich dokumentów, praktycznie są podejmowane wytyczne czy obwieszczenia. Zdaniem Agnieszki Chudyby art. 263 ust. 1 TFUE wyklucza możliwość ingerowania przez Trybunał w legalność opinii i zaleceń, niemniej dopuszcza się badanie zgodności z prawem unijnym każdego z aktów pochodzących od organów Unii Europejskiej, które mogą wywierać skutki prawne względem osób trzecich⁷⁰. Sam zaś Trybunał wskazał, że „możliwość wywarcia skutków prawnych nie tylko determinuje zaskarżalność aktów prawa miękkiego przed sądem unijnym, lecz także uzasadnia możliwość powoływania tych aktów na poziomach unijnym i krajowym”⁷¹.

Również na poziomie legalności rozumianej jako badanie zgodności z prawem unijnym rozpatrywane są akty „prawa miękkiego” Unii Europejskiej, nazywane w literaturze aktami *sui generis* czy też aktami nienazwanymi⁷². Takie regulacje uchwalane są przez inne instytucje UE, natomiast związanie nimi (nieformalne) wynika „z pozycji i prestiżu organów stanowiących”⁷³. Warto również zwrócić uwagę na treść art. 296 TFUE, który wskazuje, że nie można stosować tych aktów, jeżeli ich wydanie nie zostało przewidziane w procedurze ustawodawczej. Ich prawidłowe podjęcie powoduje zaś, że dochodzi do wsparcia norm prawa obowiązującego, na przykład art. 107 ust. 3 TFUE, czy też pomocy przy

⁶⁹ J. GALSTER, *Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony. Zarys wykładu*, Toruń 2010, s. 335.

⁷⁰ A. CHUDYBA, *Związanie aktami unijnego soft law. Uwagi na tle prawa konkurencji*, «Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny» 8.6/2019, s. 134-146, <https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/61/63.pdf> (dostęp 31 stycznia 2022 r.).

⁷¹ Por. M. IWANIEC, *op. cit.*, s. 125 – wyrok TSUE z 13 grudnia 1989 r. w sprawie 322/88 *Salvatore Grimaldi*, Zb. Orz. 1989, s. I-4407.

⁷² A. DOLIWA-KLEPACKA, Z. DOLIWA-KLEPACKI, *Struktura organizacyjna (instytucjonalna) Unii Europejskiej*, Białystok 2009, s. 137.

⁷³ S. BIERNAT, *Źródła prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, red. J. BARCZ, Warszawa 2003, s. 193.

realizacji celów tego prawa, na przykład programy działania z art. 182 TFUE, czy też zarysowywać przyszłe działania (np. porozumienie instytucjonalne zawarte 22 grudnia 1998 r. obejmujące wspólne wytyczne dotyczące jakości projektów legislacyjnych we Wspólnocie).

Osobną część rozważań dotyczących nabierania przez *soft law* mocy wiążącej należy poświęcić kwestii kształtowania się i rozwoju międzynarodowego podejścia do ochrony środowiska jako swoistego rodzaju wizji⁷⁴ wykraczającej poza granice państwowe i obejmującej zbiorowość globalną. Instrumentem, który stworzył podstawy tego rozwoju, jest niewiążąca Deklaracja Konferencji Narodów Zjednoczonych w sprawie środowiska przyjęta w Sztokholmie 16 czerwca 1972 r.⁷⁵, a w dalszej kolejności Deklaracja Konferencji Narodów Zjednoczonych w sprawie środowiska i rozwoju przyjęta w Rio de Janeiro 14 czerwca 1992 r.⁷⁶ Od czasu przyjęcia Deklaracji sztokholmskiej szerokie porozumienie społeczności międzynarodowej podjęło się żmudnego zadania opracowania, przyjęcia, ratyfikacji i wdrożenia instrumentów twardego prawa, które wyrażają wiele z postulatów zawartych w obu deklaracjach i są przez nie inspirowane⁷⁷. Deklaracje miały również duży wpływ na kształtowanie się zwyczaju międzynarodowego i uregulowań traktatowych dotyczących zrównoważonego rozwoju⁷⁸. Ważnym elementem Deklaracji z Rio było otwarcie do podpisu dwóch konwencji⁷⁹ o charakterze ramowym (*hard law*), które zapoczątkowały praktykę przyjmowania

⁷⁴ R. RAMLOGAN, *The environmental and international law: Rethinking the traditional approach*, «Vermont Journal of Environmental Law» 3/2001-2002, s. 19 i n.

⁷⁵ <https://www.un.org/en/conferences/environment/stockholm1972>.

⁷⁶ <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/inne/1992.html>.

⁷⁷ Np. Konwencja w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego, sporządzona w Paryżu 16 listopada 1972 r. (Dz. U. z 1976 r. Nr 32, poz. 190) oraz Konwencja sztokholmska w sprawie trwałych zanieczyszczeń organicznych, sporządzona w Sztokholmie 22 maja 2001 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 14, poz. 76).

⁷⁸ Np. art. 11 TFUE (dawniej art. 6 TWE) oraz art. 191 TFUE traktujące o polityce Unii Europejskiej w dziedzinie środowiska (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 1-390).

⁷⁹ Ramowa Konwencja Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu sporządzona w Nowym Jorku 9 maja 1992 r. (Dz. U. z 1996 r. Nr 53, poz. 238) oraz Konwencja o różnorodności biologicznej sporządzona w Rio de Janeiro 5 czerwca 1992 r. (Dz. U. z 2002 r. Nr 184, poz. 1532).

w obszarze ochrony środowiska umów międzynarodowych zawierających generalne uregulowania prawne, następnie modyfikowanych i poszerzanych za pomocą protokołów i porozumień dodatkowych⁸⁰. Model hybrydowy zostanie wyjaśniony w dalszej części artykułu.

Źródeł transformacji (jak i popularności) *soft law* można również upatrywać w dynamice zmian społecznych, gospodarczych, ustrojowych, które często mogą skutkować „przewartościowaniem istniejącego materiału prawnego”⁸¹, przy pomocy wykładni funkcjonalnej, co rodzi określone ryzyka w interpretacji i stosowaniu norm *hard law*⁸². Natomiast obszar przekształceń *soft law* można przedstawić prościej jako elastyczną reakcję na zgłaszane potrzeby (np. rynkowe), pełniącą rolę uzupełnienia norm prawa twardego. I tak na przykład w 1998 r. Komisja Europejska wydała wytyczne w sprawie metod ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 oraz art. 65 ust. 5 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali⁸³. Przyjmuje się, że doszło do tego, aby zasady były przejrzyste, a podmioty, do których skierowane jest postępowanie Komisji, bardziej odpowiedzialne. Po kilku latach stosowania, w 2003 r. Komisja Europejska zmieniła te wytyczne, by były bardziej dostosowane do praktyki⁸⁴. Podkreślić z całą stanowczością należy jednak, że Komisja Europejska celowo nie zapisała zasad ustalania grzywiny w ramach norm prawnych, ponieważ takie postępowanie oraz przypadki nakładania grzywien są kazuistyczne i trudno byłoby wtłoczyć w *hard law* wszelkie przypadki możliwości nałożenia grzywiny. Charakter tego typu wytycznych, zawierających normy, które przewidują możliwość zmiany bądź aktualizacji, jak również odstępstwa od reguł, jest bardziej elastyczny,

⁸⁰ Szerzej C. TINKER, A “New Breed” of Treaty: *The United Nations Convention on Biological Diversity*, «Pace Environmental Law Review» 13/1995, s. 191 i n.

⁸¹ Szerzej L. MORAWSKI, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2014, s. 155.

⁸² *Ibidem*, s. 156-158.

⁸³ Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 oraz art. 65 ust. 5 Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali (Dz. Urz. C 9 z 14.01.1998 r.).

⁸⁴ Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a rozporządzenia 1/2003 (z zastosowaniem dla Europejskiego Obszaru Gospodarczego), Dz. Urz. UE C 210 z 1.09.2006 r., s. 2.

wpisujący się w zasadę „comply or explain”⁸⁵. Z uwagi na szerokie, elastyczne podejście wytyczne mogą objąć różne podejścia do regulacji prawnych oraz lepiej adresować wątpliwości w związku z dynamicznie zmieniającym się otoczeniem. Podkreślić również należy, że w ramach relacji uzupełniającej (normy *hard law* poprzez normy *soft law*) zgodnie z zaproponowaną przez Davida Trubek i Louise Trubek systematyką można wyróżnić komplementarność zaplanowaną (model hybrydowy) i komplementarność niezaplanowaną⁸⁶. W pierwszym przypadku relacja uzupełnienia oznacza świadome wykorzystywanie *soft law* i *hard law* w tym samym obszarze regulacji, w drugim zaś sytuację, kiedy *soft law* i *hard law* wykorzystywane są niezależnie, tworząc wzajemnie uzupełniający się model⁸⁷.

Na podstawie analizy zakresu oddziaływania *soft law* można przyjąć, że monumentalne pojęcie hierarchii norm, w sensie spójności i jednolitości prawa Hansa Kelsena⁸⁸, zostaje ewolucyjnie zastąpione normami rozmytymi, pozbawionymi wyraźnie zaznaczonych granic, w ramach pojęcia „prawa rozproszonego”⁸⁹. Wyjście poza pojęcie hierarchii norm zakłada, że prawo implikuje istnienie hierarchicznego systemu normatywnego funkcjonowania na poziomie międzynarodowym, co oznacza, że prawo można określić nie tylko jako system o charakterze przymusowym, lecz także jako system o charakterze umownym. W przypadku miękkiego prawa być może należy mówić nie tyle o regułach prawnych, ile regułach umownych, zgodnych z wolą stron. Normatywistyczny pogląd H. Kelsena, zgodnie z którym wystarczy, aby praworządność stanowiła, że jej naruszenie powinno podlegać karze, aby można było uznać je za przepis prawny, w zestawieniu z ujęciem prawa pozbawionego

⁸⁵ M. IWANIEC, *op. cit.*, s. 130.

⁸⁶ D. TRUBEK, L. TRUBEK, *New Governance & Legal Regulation: Complementarity Rivalry, and Transformation*, «Columbia Journal of European Law» 13/2007, s. 543-544.

⁸⁷ Szerzej D. TRUBEK, L. TRUBEK, *op. cit.*, s. 545 i n.

⁸⁸ Por. A. KOCIOŁEK-PĘKSA, J. MENKES, *Wartości u źródeł materialnych prawa międzynarodowego (studium wokół przypadku)*, «Przegląd Prawa Publicznego» 7-8/2014, s. 52.

⁸⁹ M. ŻAK, *Pojęcie standardu prawnego w sieciowym systemie prawa*, «Przegląd Prawa Publicznego» 1/2019, s. 10.

przymusu lub mającego charakter umowny skutkuje coraz częstszym stosowaniem prawa miękkiego lub rozpoczynaniem dyskusji o regulacji danego obszaru od podejścia *soft law*. Dowodzi to konieczności oddzielenia pojęcia systemu prawnego od pojęcia kary prawnej i podkreślenia roli prawa miękkiego w tworzeniu prawa twardego w systemie prawa międzynarodowego. W rzeczywistości zastosowanie sankcji staje się warunkiem co najwyżej swoistej skuteczności prawa, a nie jego istnienia. Innymi słowy, pojęcie przymusu, a co za tym idzie pojęcie sankcji, nie powinno być elementem konstytutywnym, lecz funkcjonalnym elementem międzynarodowego systemu prawnego.

PODSUMOWANIE

Prawo miękkie jest kategorią normatywną sytuującą się między prawem a brakiem prawa. Hierarchia źródeł normatywnych prowadzi do narzucenia formalnego porządku priorytetów, tak że zgodność z pierwszymi stanowi kryterium legalności drugich. Uporządkowanie różnych aktów prawnych praktykowanych w ramach międzynarodowego porządku prawnego, bez wiązania ich z określeniem uprzedniej hierarchii między nimi, pozwoliłoby na swoistą kategoryzację, rozróżnienie na podstawie ich funkcji i autorytetu, z którego się wywodzą. Jednak różnorodność drogi do legalizacji regulacji międzynarodowych, z jaką mamy współcześnie do czynienia, pokazuje, że brakuje hierarchii norm i katalogu źródłowego, przy czym jest to konsekwencja wyborów dokonanych przez międzynarodowy porządek prawny.

Można powtórzyć za Zdzisławem Brodeckim, że „stosowanie prawa stało się sztuką wyboru decyzji ze względu na akceptowalne wartości lub normy programowe”⁹⁰. Praktyka uchwalania regulacji mieszczących się w zakresie prawa miękkiego niewątpliwie przyczynia się do ożywienia inicjatyw międzynarodowych o charakterze normatywnym, pozwalając na rozszerzenie ich stosowania na instancje różnego szczebla.

⁹⁰ Z. BRODECKI, *Filozofia prawa europejskiego*, [w:] *Integracja europejska. Wprowadzenie*, red. M. PERKOWSKI, Warszawa 2002, s. 17.

Wydaje się, że podstawowymi funkcjami takich instrumentów jest tworzenie podstaw do dalszych prac zmierzających do wypracowania narzędzi oraz rozwiązań „utwardzania” regulacji *soft law*, w tym również drogi do ukonstytuowania się norm zwyczajowych. Kilkukrotnie podkreślana w treści niniejszego artykułu elastyczność *soft law* ma także swoje odzwierciedlenie w interpretacji, jak miękkie prawo nabiera mocy wiążącej. Instrumenty *soft law* mogą jednocześnie stanowić akty przygotowawcze, inicjujące dla kolejnych norm *hard law* pełnić rolę uzupełniającą bądź wyjaśniającą lub w niektórych sytuacjach zastąpić prawo twarde, pełniąc rolę substytucji. W tym przypadku praktyka prawa miękkiego może przyczynić się do przygotowania gruntu pod proces legislacyjny. W aspekcie krajowym *soft law* dostarcza instrukcji do tworzenia ram regulujących określone zachowania, dostarczając bodźców do ich realizacji. Zatem należy stwierdzić, że o ile akty należące do obszaru miękkiego prawa same w sobie nie wywołują skutków prawnych, to mogą zostać doprecyzowane na późniejszym etapie rozwoju prawa w postaci aktów wydawanych przez odpowiednie instytucje bądź poprzez praktykę i zwyczaj, czyli ulec „utwardzeniu”. Dodatkowo należy przyjąć za Z. Brodeckim, że w prawie międzynarodowym coraz większą wagę przywiązuje się i będzie się przywiązywało do miękkiego prawa⁹¹. *Hard law* generuje sankcje, które zarówno (co do zasady) powstrzymują naruszenia, jak i w ujęciu ekonomicznym są „sumą ujemną” zwiększającą możliwość wystąpienia potencjalnych strat, które często są trudne do przewidzenia na etapie legislacyjnym.

Droga *soft law* jest również częstym wyborem, gdy strony nie mają pewności, czy przyjęte dziś reguły będą pożądane jutro i kiedy korzystne jest umożliwienie danemu państwu lub grupie państw dostosowania oczekiwań w przypadku zmiany okoliczności. Jednocześnie, odwrotnie, przejście od prawa twardego do prawa miękkiego ułatwia takim państwom wyrzeczenie się istniejących reguł lub ich interpretacji i napędza

⁹¹ Z. BRODECKI, „Gazociąg Północny” – europejski „hard case”, referat wygłoszony na konferencji „Zagrożenia ekologiczne Morza Bałtyckiego”, Gdańsk 2007, s. 4,

<http://ww2.senat.pl/k6/agenda/seminar/070528/referaty/9.pdf> (dostęp 12 kwietnia 2022 r.).

ewolucję reguł prawa miękkiego w sposób, który może być bardziej efektywny niż formalnie wiążące regulacje.

NABIERANIE MOCY WIĄŻĄCEJ PRZEZ „SOFT LAW”

Streszczenie

Tematem artykułu jest nabieranie mocy wiążącej przez *soft law*. Natomiast celem artykułu jest identyfikacja oraz ocena sposobów nabierania przez miękkie prawo mocy wiążącej. W problemie badawczym zdefiniowano pytanie: Jak miękkie prawo nabiera mocy wiążącej?

Soft law rozumiane jako swoiste zobowiązanie polityczne często okazuje się równie skuteczne, jak normy typu *hard law*. Niewątpliwie na taki stan rzeczy wpływa aspekt, że miękkie prawo w ujęciu międzynarodowym posiada tendencję do tzw. twardnienia. W wyniku przeprowadzonej analizy wnioskuję, że *soft law* nabiera mocy wiążącej poprzez wolę stron lub praktykę w podejściu do materii regulowanej miękkim prawem. Proces twardnienia *soft law* zachodzi w szczególności w dwóch wymiarach. Po pierwsze, kiedy przyjęcie aktu prawa miękkiego jest pierwszym krokiem w procesie zawarcia wiążącego aktu prawa międzynarodowego, w którym to akcie następuje odwoływanie się do zasad oraz standardów zawartych w poprzedzających go źródłach prawa miękkiego. Po drugie, akty prawa miękkiego mogą zmienić bądź wpłynąć na dotychczasową praktykę w taki sposób, by przełożyć się na powstanie nowego prawa zwyczajowego w ujęciu międzynarodowym. *Soft law* może również stanowić wzór dla ustawodawstwa krajowego, a tym samym stać się regulacją prawnie wiążącą wewnątrz, pozostając prawem miękkim na arenie międzynarodowej.

THE USE OF SOFT LAW TO RAISE BINDING FORCE

Summary

The subject of this article is the use of soft law to raise binding force, and its aim is to identify and evaluate the ways in which soft law may

be applied to increase binding force. The article addresses the question of how soft law may become binding.

Understood as a specific political obligation, soft law often turns out to be as effective as the standard of hard law. Undoubtedly, this state of affairs is influenced by the fact that in international terms, soft law has a tendency to “harden.” As a result of the analysis I carried out, I conclude that soft law acquires binding force due to the will of the parties or to the usual practice in the approach to the particular matter regulated by soft law. In particular, there are two mechanisms which tend to “harden” soft law. First, when the adoption of a soft law act is the first step in the process of concluding a binding act of international law, in which the act refers to the principles and standards contained in the preceding soft law sources. Secondly, soft law acts may change or influence the current practice and lead to the emergence of new customary law in international terms. Soft law can also set a model for national legislation and thus become binding in domestic law, while still remaining soft law on the international arena

Słowa kluczowe: miękkie prawo; moc wiążąca; twarde prawo; prawo międzynarodowe.

Keywords: soft law; binding force; hard law; international law.

Literatura

- ABBOTT K.W., SNIDAL D., *Hard and Soft Law in International Governance*, «International Organization» 54.3/2000, s. 421-456.
- BAŃCZYK W., „Miękkie prawo ale prawo”, czyli o obowiązkach przestrzegania soft law, «Internetowy Przegląd Prawniczy Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego» 1/2016, s. 61-71, http://www.tbsp.wpia.uj.edu.pl/documents/4137545/127722957/1_banczyk (dostęp 12 marca 2022 r.).
- BARCIK J., *Techniki twarżenia prawa, czyli kilka uwag o technologii produkcji norm prawa międzynarodowego*, [w:] *Ius cogens – soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, red. B. KUŹNIAK, M. INGELEVIČ-CITAK, Kraków 2017.
- BEKRYCHT T., LESZCZYŃSKI J., ŁABIENIEC P., *Podstawy doktryny prawnej*, Warszawa 2021.

- BIAŁOCERKIEWICZ J., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zarys wykładu*, Toruń 2007.
- BIERNAT S., *Źródła prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, red. J. BARCZ, Warszawa 2003.
- BIERNAT T., *Soft law a proces tworzenia prawa w Unii Europejskiej. Wpływ soft law na konstrukcję i treść uzasadnień aktów normatywnych*, «*Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały*» 2/2012, s. 27-38.
- BIERZANEK R., *Miękkie prawo międzynarodowe*, «*Sprawy Międzynarodowe*» 1/1987, s. 91-106.
- BIERZANEK R., SYMONIDES J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2005.
- BRODECKI Z., *Filozofia prawa europejskiego*, [w:] *Integracja europejska. Wprowadzenie*, red. M. PERKOWSKI, Warszawa 2002.
- BRODECKI Z., „*Gazociąg Północny*” – europejski „*hard case*”, referat wygłoszony na konferencji «*Zagrożenia ekologiczne Morza Bałtyckiego*», Gdańsk 2007, s. 1-17, <http://ww2.senat.pl/k6/agenda/seminar/070528/referaty/9.pdf> (dostęp 12 kwietnia 2022 r.).
- CHUDYBA A., *Związanie aktami unijnego soft law. Uwagi na tle prawa konkurencji*, «*Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*» 8.6/2019, s. 134-146, <https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/61/63.pdf> (dostęp 31 stycznia 2022 r.).
- CZAPLIŃSKI W., WYROZUMSKA A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014.
- DALEY J., *Great Speeches by American Women*, Dover 2008.
- DANIEL P., *Naruszenie przepisów postępowania jako przesłanka uchylecia decyzji lub postanowienia w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, Warszawa 2016.
- DIALLO B.S., *The Binding Force of International Legal Standards in the Face of the Recurrent Practice of Soft Law*, «*Przegląd Prawniczy Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza*» 7/2017, s. 79-88.
- DOLIWA-KLEPACKA A., DOLIWA-KLEPACKI Z., *Struktura organizacyjna (instytucjonalna) Unii Europejskiej*, Białystok 2009.
- DUPUY P.-M., *Soft Law and the International Law of the Environment*, «*Michigan Journal of International Law*» 12/1991, s. 420-435.
- FITZMAURICE C.M., *The Identification and Character of Treaties and Treaty Obligations between States in International Law*, «*British Yearbook of International Law*» 73/2002, s. 141-185.
- GALSTER J., *Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony. Zarys wykładu*, Toruń 2010.
- GÓRALCZYK W., SAWICKI S., *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2015.

- IWANIEC M., *Soft law – współczesny instrument regulacji życia gospodarczego*, «Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny» 9.5/2020, s. 120-138, https://ikar.wz.uw.edu.pl/images/numery/68/iKAR_5_9_-20_9_Iwaniec.pdf (dostęp 20 grudnia 2021 r.).
- IZDEBSKI H., *Doktryny polityczno-prawne. Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2021.
- IZDEBSKI H., *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2011.
- JACH A., *Akt końcowy KBWE i jego wpływ na instytucjonalizację ruchu praw człowieka w krajach Europy Środkowo-Wschodniej w perspektywie porównawczej 1975-1991 (wybrane aspekty)*, «Nowa Polityka Wschodnia» 13.2/2017, s. 157-175.
- JURCEWICZ A., *Rola „miękkiego prawa” w praktyce instytucjonalnej Wspólnoty Europejskiej*, [w:] *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, red. C. MIK, Toruń 1998.
- KABAT-RUDNICKA D., *Soft law w Unii Europejskiej*, [w:] *‘Ius cogens’ – soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, red. B. KUŹNIAK, M. INGELEVIČ-CITAK, Kraków 2017.
- KALISZ A., *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, Warszawa 2007.
- KENIG-WITKOWSKA M.M., *Soft law w międzynarodowym prawie środowiska. Uwagi na marginesie katalogu źródeł prawa*, [w:] *Źródła prawa. Teoria i praktyka*, red. T. GIARO, Warszawa 2017.
- KĘDZIA Z., *70 lat Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka – pomnik czy żywy dokument*, «Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny» 4/2018, s. 5-23.
- KOCIOŁEK-PĘKSA A., MENKES J., *Wartości u źródeł materialnych prawa międzynarodowego (studium wokół przypadku)*, «Przegląd Prawa Publicznego» 7-8/2014, s. 51-70.
- KOPEĆ M., *Wspólnotowe soft law jako przejaw europeizacji prawa farmaceutycznego*, [w:] *Europeizacja administracji publicznej. Zbiór studiów*, red. I. LIPOWICZ, Warszawa 2008.
- KUŹNIAK B., *Przestrzeń operacyjna prawa międzynarodowego publicznego. Perspektywa polska*, Warszawa 2012.
- MASTERNAK-KUBIAK M., *Przestrzeganie prawa międzynarodowego w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków 2003.
- MIK C., *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, I, Warszawa 2000.
- MORAWSKI L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2014.
- MORSINK J., *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, Philadelphia 1999.

- NOWAK-FAR A., *Jednolitość prawa unijnego a jego wielojęzyczność*, [w:] *Unia Europejska: zjednoczeni w różnorodności: konferencja, Warszawa, 14-15 grudnia 2010 r.*, red. C. MIK, Warszawa 2012.
- NUSBERGER A., *Hard Law or Soft Law – Does it Matter? Distinction Between Different Sources of International Law in the Jurisprudence of the ECtHR*, [w:] *The European Convention on Human Rights and General International Law*, red. A. VAN AAKEN, I. MOTOC, Oxford 2018.
- RAMLOGAN R., *The environmental and international law: Rethinking the traditional approach*, «Vermont Journal of Environmental Law» 3/2001-2002, s. 1-40.
- SHAW M., *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2006.
- SHELTON D.L., *Soft Law*, [w:] *Routledge Handbook of International Law*, red. D. ARMSTRONG, Abingdon 2009.
- SKUBISZEWSKI K., *Rola niewiążących uchwał normatywnych w prawotwórstwie międzynarodowym*, «PiP» 1/1986, s. 34-45.
- SKUCZYŃSKI P., *Soft law w perspektywie teorii prawa*, [w:] *System prawny a porządek prawny*, red. O. BOGUCKI, S. CZEPITA, Szczecin 2008.
- SPRYSZAK K., *Rola standardów o charakterze soft law w zakresie kreowania zobowiązań w państwach członkowskich organizacji międzynarodowych*, «Humanities and Social Sciences» 22.24/2017, s. 211-223.
- STASZCZYK P., *Akty soft law jako reakcja instytucji unijnych na skutki pandemii COVID-19*, «Europejski Przegląd Sądowy» 7/2020, s. 41-47.
- TINKER C., *A “New Breed” of Treaty: The United Nations Convention on Biological Diversity*, «Pace Environmental Law Review» 13/1995, s. 191-218.
- TRUBEK D., TRUBEK L., *New Governance & Legal Regulation: Complementarity Rivalry, and Transformation*, «Columbia Journal of European Law» 13/2007, s. 540-564.
- URA E., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2021.
- WEIL P., *Towards Relative Normativity in International Law?*, «American Journal of International Law» 77/1983, s. 413-442.
- ŻAK M., *Pojęcie standardu prawnego w sieciowym systemie prawa*, «Przegląd Prawa Publicznego» 1/2019, s. 8-21.
- ZIEMBLICKI B., *Soft law w prawie gospodarczym publicznym*, [w:] *Ius cogens – soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, red. B. KUŹNIAK, M. INGELEVIĆ-CITAK, Kraków 2017.