

KAROL POPLAWSKI<sup>1</sup>

# Rola i funkcje mechanizmów miękkiego prawa w międzynarodowym dyskursie publicznoprawnym. Uwagi na tle opinii Komisji Weneckiej

## Streszczenie

Artykuł podejmuje próbę dokonania zaktualizowanej typologii prawa miękkiego. Sytuuje je w ramach mechanizmów bardziej o podłożu moralnym, socjologicznym i politycznym. Nie oznacza to braku jego prawnej relewantności, niemniej ujmowanie regulacji *soft law* w ramach „systemu normatywnego” nie zasługuje na uwzględnienie, m.in. z uwagi na specyfikę prawa miękkiego (m.in. formułowanie regulacji w sposób generalny i nieprecyzyjny, niepewność wprowadzanych rozwiązań, brak obligatoryjności ich wprowadzania). Wskazuje na funkcje pełnione przez *soft law* w międzynarodowym dyskursie z zakresu prawa publicznego. Przedstawia także różnice w ich ujmowaniu na gruncie prawa międzynarodowego (również wspólnotowego) oraz wewnętrznego. Spośród całego katalogu poszczególnych funkcji i zadań *soft law*, należy baczyć szczególnie na rolę koordynującą pełnioną przez mechanizmy prawa miękkiego. Na tym tle artykuł dokonuje kategoryzacji opinii Komisji Weneckiej w ramach prawa miękkiego. Wykazują one bowiem cechy typowe dla jego mechanizmów: pełnią rolę spajającą, względnie objaśniającą prawo międzynarodowe, opierają się na niekwestionowanym autorytecie podmiotu kreującego, nie są jednak objęte przymusową implementacją. W podsumowaniu wskazano zaś na szansę, ale też istotne zagrożenie związane z prowadzeniem międzynarodowego dyskursu prawnego w oparciu o powyższe instrumenty prawa miękkiego.

**Słowa kluczowe:** Komisja Wenecka, miękkie prawo, prawne rekomendacje

---

<sup>1</sup> Karol Popławski – student prawa w Kolegium Prawa Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie, poplawski\_karol@interia.pl; ORCID: 0000-0001-6540-8494.

KAROL POPLAWSKI

# The Role and Functions of the Mechanisms of Soft Law in International Public Law Discourse. Remarks against the Background of the Opinions of the Venice Commission

## Abstract

The aim of the paper is to create an updated typology of soft law. It places soft law among mechanisms of a rather moral, sociological and political origin. This does not mean that it is completely irrelevant in legal terms, but the inclusion of the regulations of soft law in the framework of a “normative system” does not deserve to be taken into account i.a. due to the character of soft law (i.a. formulating the regulations in a general, imprecise manner, the uncertainty of introduced instruments, the lack of an obligatory force to implement them). This paper indicates the roles played by soft law in the international public law discourse. It also presents differences in their consideration on the grounds of the international law (including the Community law) as well as the internal law. Out of the whole catalogue of individual functions and tasks of soft law, special heed should be taken of the co-ordinating role of the mechanisms of soft law. Against this background, the paper makes a categorisation of the opinions of the Venice Commission in the framework of soft law. This is because they show the typical features of the mechanisms of that law: they play a binding role, relatively clarifying the international law, they are based on the undisputed authority of the creating entity. However, they are not subject to the forced implementation of them. In the conclusions of the paper, a chance, but also a fundamental threat related to the conduct of the international legal discourse on the basis of the mechanisms of soft law were indicated.

**Keywords:** Venice Commission, soft law, legal recommendations

Współczesny dyskurs prawny nie może opierać się wyłącznie na sformalizowanych i złożonych mechanizmach. Powoduje to coraz większe zainteresowanie doktryny (pośrednio również judykatury) tzw. miękkim prawem<sup>2</sup>. Różnorodność sposobów ujmowania roli i funkcji *soft law* wymusza ich usystematyzowanie oraz prawidłowe zdefiniowanie. Dopiero na podstawie tak przygotowanej typologii można dokonywać właściwej klasyfikacji poszczególnych instrumentów prawnych lub pozaprawnych w ramach międzynarodowego dyskursu publicznoprawnego. Przykładem jest dialog państw z Komisją Wenecką – tak aktualny w świetle najnowszych wydarzeń w Polsce lub na Węgrzech. Jak się jednak okazuje, brakuje w polskiej doktrynie prawa międzynarodowego systematycznego ujęcia opinii Komisji Weneckiej w ramach „prawa miękkiego”. Przedstawienie powyższego znalazło się w końcowej części artykułu.

### *Soft law* – uwagi terminologiczne

Analizowane zagadnienie z punktu widzenia definicji wywołuje pewne trudności. O ile nie jest problematyczne zakresowe wskazanie, co zaliczamy do „prawa miękkiego” tzw. *soft law*, o tyle trudności pojawiają się przy określaniu precyzyjnej definicji pojęcia. Uwagi terminologiczne mogą być odnoszone do wszystkich postaci i przejawów „prawa miękkiego”. Wnioski w przedmiocie jego zadań i roli sformułowane były pod kątem mechanizmów w międzynarodowym dyskursie publicznoprawnym. On zaś odnosi się do dialogu pomiędzy państwami, względnie państwami a organizacjami międzynarodowymi. Nie da się wszak zaprzeczyć, że równie szeroko interpretowaną grupą regulacji w ramach *soft law* są te odnoszące się do sfery prywatnoprawnej. Najbardziej oczywistym przykładem jest chociażby *lex sportiva*. Pozostają one jednak poza zakresem rozpoznania w ramach niniejszego artykułu. W związku z powyższym – dla wprowadzenia jasnego zakresu rozpoznania – już w tytule posługuję się pojęciem międzynarodowego dyskursu publicznoprawnego.

Definiując „prawo miękkie”, bardzo często mówi się o normach. W światowych opracowaniach z zakresu międzynarodowego prawa publicznego wskazuje się

<sup>2</sup> Na potrzeby niniejszego opracowania, pojęć „prawo miękkie” oraz *soft law* używam zamiennie – jako tożsamy.

jednak od razu na ową miękkość (tu: słabość) tego aspektu prawa, który wynika z jego „rodowodu” (nieujmowanego pośród trzech tradycyjnych źródeł prawa międzynarodowego) i braku mocy wiążącej tych regulacji albo obydwu z powyższych<sup>3</sup>. Zaproponowanego kryterium nie sposób jednak uznać za wyczerpujące i precyzyjne. Na tym tle, przez wyliczenie przytacza się pięć kategorii przesądzających o klasyfikacji poszczególnych norm jako „miękkiego prawa”. Będą to: 1) utworzenie ich w niewiążącej formie; 2) wyrażenie w formie generalnych, nieprecyzyjnych klauzul; 3) pochodzenie od podmiotów nieposiadających kompetencji prawotwórczych; 4) opieranie się na dowolności wyboru jego przestrzegania; 5) brak mechanizmów rodzących odpowiedzialność za jego nieprzestrzeganie<sup>4</sup>.

Podobnie problematyczne jest właściwe zdefiniowanie *soft law* w europejskim prawie wspólnotowym. W tym przypadku również zwraca się uwagę na wyraźną dystynkcję ujętą w samej terminologii „prawa miękkiego” oraz „prawa twardego” (choćby traktatowego), związaną z ich znaczeniem prawnym oraz prawną efektywnością ich regulacji. Należy jednak odnotować, że brak formalnego znaczenia prawnego norm formułowanych w ramach grupy *soft law* nie jest jednoznaczny z całkowitą irrelevantnością prawną<sup>5</sup>. Zaproponowano zatem definicję, na podstawie której „prawo miękkie” określono jako „normy postępowania określone w instrumentach (jak się wydaje prawnych), którym nie przypisano kryterium mocy prawnie wiążącej, jednak mogących mieć pewną efektywność prawną, zorientowanych i w efekcie prowadzących do wywoływania określonych praktycznych efektów”<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> J.E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, Oxford University Press 2005, s. 248.

<sup>4</sup> Ibidem, s. 248–249. Autor czyni to wyliczenie jednak wtórnie względem innych twórców. Zwraca również uwagę, że w zakresie zaprezentowanego wyliczenia pierwotnie nie przewidywano, aby państwa mogły być adresatami „prawa miękkiego”. Pewne trudności mogą również rodzić rozbieżności w znaczeniu słów. Tytułem przykładu pkt 4, przetłumaczony przez autora jako „dowolność wyboru przestrzegania”, gdy w oryginale mowa o tzw. *voluntary adherence* (tłumaczenie własne autora). Należy zauważyć, że obydwa tłumaczenia wydają się zasadne, zwłaszcza jeśli uwzględnimy drugie pasujące znaczenie *voluntary adherence* – dobrowolna przynależność (np. do grona państw przestrzegających nieobligatoryjnych norm).

<sup>5</sup> Zob. szerzej: L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford and Portland Oregon 2004, s. 111–112 i przywołana tam literatura.

<sup>6</sup> Ibidem, s. 112–113. Powyższa definicja wynika w istocie z trzech elementów, które autorka wskazuje, na podstawie analizy doktrynalnej zagadnienia, jako rdzeń pojęcia. Pierwszym była obecność jasno sprecyzowanych, wspólnych zasad postępowania (dosłownie *rules of conduct* – tłumaczenie K.P.). Drugim, powszechną zgodę co do faktu, że przedmiotowe normy nie posiadają wprawdzie mocy prawnie wiążącej, to jednak nie pozbawia ich to całkowicie efektywności prawnej. Trzecim, dążeniem do wywołania efektów praktycznych lub – co najmniej – wpływu na postępowanie określonych podmiotów.

W doktrynie międzynarodowej pojawia się także rozróżnienie *soft law* w odniesieniu do struktury norm. Unikając pogłębionej typologii, zauważa się, że będą to normy, które nie są znane prawu międzynarodowemu jako immanentne źródło prawne albo źródła rozpoznawalne w ten sposób, jednakże – z uwagi na ich aspekt generalny, nieprecyzyjną treść, subiektywny charakter – nienadające się do wykonania<sup>7</sup>. Nie wyklucza to oczywiście posiadania przez nie treści i formy niejednokrotnie identycznej do zwykłych norm postępowania lub zbliżonych do norm prawnych i jako takich zachowujących wpływ na podmioty prawa międzynarodowego – w tym państwa. Otwartą kwestią jest jednak zasadność zaliczania tychże norm do kategorii norm prawnych. Wątpliwość sprowadza się do pytania, czy już zdefiniowanie określonej normy jako należącej do „miękkiego prawa”, z mocy samego nazewnictwa czyni ją prawem.

W innych źródłach, z pewnej ostrożności, *soft law* pierwotnie określano mianem instrumentów. W dalszej kolejności baczono zaś na ich funkcjonalny wymiar<sup>8</sup>. U podstaw powyższego leżało przekonanie, że wszelkie instrumenty prawa międzynarodowego występujące w formie wspólnych deklaracji bądź rezolucji zawsze przybierają formę „prawa miękkiego”, podczas gdy traktaty międzynarodowe będą prawem „twardym”. Zauważono jednak, że niekiedy przy ocenie normy i zaklasyfikowaniu jej jako „miękkiej lub twardej” decyduje jej zawartość. Kluczowy – nawet w obliczu całości przytoczonej dotychczas argumentacji – jest zatem rezultat stosowania norm miękkich, który na etapie ich implementacji nie jest znany. Instrumenty te, zbiorczo nazywane „prawem miękkim”, mogą być także określano jako instrumenty „paraprawne”, „półprawne”<sup>9</sup>. Wyróżnić możemy również inne określenia przedmiotowego pojęcia, a wśród nich: „słabe prawo” (oryg.: *weak law*), poprzedzające prawo (*prejuridiques*) lub wprost prawo niedoskonałe (*lex imperfecta*)<sup>10</sup>. Opierając się jednak na istocie tego aspektu prawa, nazywane bywa ono niekiedy „prawem programowym” lub „prawem celowości”, które zwyczaj jest przeciwstawiane

<sup>7</sup> L. Blutman, *In the trap of the legal metaphor: International Soft Law*, „International and Comparative Law Quarterly” 2010, Vol. 59, No. 7, s. 606. Autor słusznie jednak zauważył, że zaproponowana terminologia nie daje szans na właściwą definicję pojęcia, bowiem występuje ono pod tą samą nazwą w dwóch przeciwstawnych znaczeniach. Podniesiono również, że pierwsze z zaproponowanych znaczeń „prawa miękkiego” nie jest w zasadzie zdefiniowane na potrzeby prawnego dyskursu międzynarodowego, a przez to nie może być uwzględnione w jego kontekście. Rzeczona niejasność – w opinii autora – nie mogłaby się ostać nawet z punktu widzenia zasady znanej jako „brzytwa Ockhama” (oryg.: *Ockham's Razor*).

<sup>8</sup> C. Ingelse, *Soft law?*, „20 Polish Yearbook of International Law” 1993, s. 75–76.

<sup>9</sup> *Ibidem*, s. 77.

<sup>10</sup> R. Bierzanek, M. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, wyd. VIII, Warszawa 2004, s. 113–114. Autorzy wskazują nawet, że nazwa miękkiego prawa – wywołująca niemałe kontrowersje terminologiczne – jest w istocie metaforyczna.

prawa twardemu, nazywanego w tym kontekście „prawem relacji”<sup>11</sup>. Zwraca uwagę, że autorzy podręczników prawa międzynarodowego publicznego (Bierzanek, Symonides) unikają jednoznacznego zdefiniowania pojęcia, wskazując jedynie jego zakres. Nie inaczej jest w innym opracowaniu (Łazowski, Zawadzka-Łojek), gdzie *soft law* jest klasyfikowane jako tzw. inne źródło prawa międzynarodowego<sup>12</sup>. Autorzy przeciwstawiają tam sobie pojęcie „prawa miękkiego” oraz „prawa twardego”, czyniąc to jednak w ramach struktury norm prawa międzynarodowego. Można zatem skonstatować, że w tym przypadku ponownie mowa o normach o niejasnym znaczeniu normatywnym. Te zaś oceniane są w aspekcie formalnoprawnym (znaczenie aktu, obejmującego przedmiotowe normy) albo materialnoprawnym (zawartość merytoryczna dokumentu). Dostrzegają również potencjalne, przywołane wcześniej trudności terminologiczne. Jest o tyle interesujące, że możliwe jest także wzajemne przenikanie powyższych. Stąd też niekiedy zalicza się regulacje paraprawne w ramach większej kategorii, jaką czyni się *soft law*. W tym kontekście wspomina się również o pojęciu *lex ferenda*, które pozostając w zakresie kategorii *soft law*, mogą przekształcić się w *hard law*<sup>13</sup>.

Rekapitulując, zawężenie pojęcia *soft law* jedynie do kategorii norm prawnych o niejasnym znaczeniu prawnym nie jest prawidłowe. Jak bowiem wykazano, w procesie jego interpretacji uwzględnia się nie tylko treść określonej regulacji i jej rodzaj, lecz także wolę partycypujących podmiotów. Efekt implementowanych w ramach „prawa miękkiego” rozwiązań też nie jest możliwy do wskazania *ab initio*. Godzi to w podstawową definicję normy prawnej, która ze swej istoty ma charakter binarny – może być oceniana z perspektywy jej obowiązywania bądź jego braku. Kwalifikację obowiązujących prawnie normy uzyskują „w wyniku aktu stanowienia”<sup>14</sup>. Ten zaś powinien wyraźnie przewidywać normatywność wprowadzanych regulacji. Niejasność znaczenia określonej instytucji prawnej – immanentnie przecież związana z pojęciem *soft law* – wyklucza, w opinii autora niniejszego artykułu, ujmowanie go w kategorii norm prawnych – co najmniej w ścisłym znaczeniu. Nawet jeśli uwzględni się istnienie tzw. norm optymalizujących, nakazujących

<sup>11</sup> Ibidem, s. 114.

<sup>12</sup> A. Łazowski, A. Zawadzka-Łojek, *Prawo międzynarodowe publiczne*, wyd. II, Warszawa 2011, s. 54–55. Obok m.in. judykatury, doktryny, aktów jednostronnych państw.

<sup>13</sup> Za: J. Jabłońska-Bonca, *Problemy ze spójnością prawa i regulacjami pozaprawnymi a siła sprawcza państwa – zarys tematu*, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem”, tom VII, Warszawa 2015, s. 167. Jak się wydaje, autorka prezentuje pogląd najbardziej zbliżony do przywołanego już C. Ingelse’a, który również wyodrębnił synonimiczne określenia opisywanej tematyki, które jednak – dla przejrzystości prowadzonego wywodu – klasyfikował w ramach kategorii *soft law*.

<sup>14</sup> M. Kordela, *Aksjologia źródeł prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, rok LXXVIII, nr 2, s. 15.

dążenie do określonego rezultatu, to nie ma wątpliwości co do ich obowiązywania<sup>15</sup>. Takie wątpliwości są podnoszone jednak w odniesieniu do *soft law*.

W tym miejscu można sformułować pytanie dotyczące zasadności przyznania niektórym instrumentom prawa miękkiego *quasi* normatywnego charakteru. Konstatacja ta dotyczyłaby jedynie tych regulacji z zakresu *soft law*, które opierają się na ugruntowanych i powszechnych wartościach. Tytułem przykładu można wskazać „dobrą wiarę”, „dobre obyczaje”, „należyłą staranność”, „zasady współżycia społecznego”<sup>16</sup>. W międzynarodowym dyskursie prawnym mogłyby być to m.in.: poszanowanie godności osoby ludzkiej, proporcjonalność podejmowanych działań, zasady państwa prawnego. Uniwersalne pochodzenie powyższych, jak również ich rudymenarny charakter, decydują – w opinii autora niniejszego artykułu – o potencjalnej zasadności przyznania tym normom *quasi* normatywnego charakteru. Nie oznacza to bynajmniej ich pełnej mocy prawnej. Niemniej moc przedmiotowych instrumentów *soft law* powinna być większa, a ich nieprzestrzeganie przez zainteresowane podmioty oceniane bardziej surowo.

Należy zatem przyjąć, iż istota „prawa miękkiego” jest najpełniej oddane właśnie w ramach terminu tzw. instrumentów prawnych. Jest to również zgodne z próbą definiowania przez wyliczenie podejmowanej przez wielu autorów, którzy opierali swoje definicje właśnie na określeniu, co zaliczamy do kategorii miękkiego prawa, nie precyzując samego pojęcia. Jednocześnie należy stwierdzić, że aprioryczny podział na miękkie instrumenty prawne w postaci np. opinii, rezolucji, zaleceń oraz twarde instrumenty prawne przypisywane prawu traktatów jest zasadny jedynie częściowo. Nie oddaje bowiem sposobu redagowania wielu norm traktatowych, które opierają się na fakultatywnym działaniu adresatów, mimo że stanowią integralną część tychże traktatów<sup>17</sup>. Uzasadnione jest zatem stanowisko, że pod pojęciem rzeczowego *soft law* kryje się ogół „instrumentów”, które w zależności od swojej specyfiki mogą być określane w różny sposób – jako „paraprawo”, „przedprawo”. O tym natomiast powinny decydować same państwa, tudzież okoliczności uruchomienia przedmiotowych instrumentów.

<sup>15</sup> Zob szerzej: P. Marcisz, *Koncepcja tworzenia prawa przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 224–225.

<sup>16</sup> Więcej o aksjologii, wartościach i ich przenikaniu do dyskursu prawnego: M. Kordela, op. cit., s. 17–18.

<sup>17</sup> C. Ingelse upatrywał powyższego w sformulowaniach „państwo powinno...”, „państwa dążą...”. Por.: L. Blutman, op. cit., s. 607–610.

## Rola mechanizmów *soft law* w ujęciu generalnym

Przechodząc do opisu roli mechanizmów „prawa miękkiego”, warto także nawiązać do źródeł *soft law*. Przez niektórych jego powstanie utożsamiane jest z rozwojem działań organizacji pozarządowych (NGOs). Pierwotnie NGOs miały – mocą traktatów oraz pojawiającego się aktywizmu sądowego – „wypełnić zobowiązania” w drodze koncyliacyjnej tj. uwzględniając suwerenność oraz władzę dyskrecjonalną państw<sup>18</sup>. Na tym tle wytworzyły się właśnie instrumenty nazywane prawem miękkim. Inni wprost wskazują osobę Lorda McNaira, który po raz pierwszy użył tego pojęcia w odniesieniu do prawa ochrony środowiska w 1973 roku<sup>19</sup>. Co do zasady, stosowanie *soft law* należy łączyć z optymalizacją rezultatów podejmowanych w ramach międzynarodowego dyskursu prawnego. Na tym tle mówiło się o jego funkcji, którą można porównać do *stricte* prawnej, sytuując je jednak w ramach regulacji na poziomie politycznym<sup>20</sup>.

Skonstatować należy, że „prawo miękkie” pełni przede wszystkim funkcję spajającą poszczególne regulacje. Opiera się na względnej szybkości podejmowanych działań, a jego implementacja jest łatwiejsza, ponieważ niejednokrotnie dotyczy sytuacji przyszłych. Jak stwierdzono, „wypełnia lukę między próżnią prawną a pełną akceptacją określonych zobowiązań”. Wówczas wykazuje szczególną relację z normami moralnymi lub politycznymi<sup>21</sup>. Wiąże się także ściśle z suwerennością państwa. W założeniu „prawo miękkie” ma stanowić idealną płaszczyznę między utratą części decyzyjności (nawet: suwerenności) na rzecz rozszerzenia posiadanych narzędzi politycznych – celem zabezpieczenia wiążących prawnie porozumień<sup>22</sup>. W opracowaniach z zakresu prawa wspólnotowego wspomina się o *soft law* jako o swoistym „parasolu dla instrumentów wprowadzających reguły, których status

<sup>18</sup> O tym: J.E. Alvarez, op. cit., s. 248.

<sup>19</sup> Tak na ten temat: C. Ingelse, op. cit., s. 76 oraz L. Blutman, op. cit., s. 606.

<sup>20</sup> C. Ingelse, op. cit., s. 76.

<sup>21</sup> R. Bierzanek, M. Symonides, op. cit., s. 114. Cecha efektywności i szybkości działania „prawa miękkiego” nie może zostać uznana za uniwersalną. Autorzy zwracają jednak uwagę, że prawdziwa skuteczność mechanizmów „prawa miękkiego” zasadza się niekiedy na jego perswazyjnym charakterze, który stanowi alternatywę względem metod represyjnych (zwyczajowo przypisywanych) prawu twardemu. Te z kolei wymagają czasu i niejednokrotnie długotrwałej wymiany korespondencji i stanowisk stron – za: J.E. Alvarez, op. cit., s. 218.

<sup>22</sup> Zob. szerzej: J.E. Alvarez, op. cit., s. 250. Przywołany autor nie przedstawia tego w obrazowy sposób. Jak się jednak wydaje, założenie to można by opisać na przykładzie szali, nad którą państwo ma kontrolę. To do niego bowiem należy ostateczna decyzja co do własnego stanowiska politycznego. Na jednym jej końcu jest zatem pełna suwerenność, niezależność decyzyjna, na drugim zaś wiążące prawnie porozumienie osiągnięte za pomocą narzędzi politycznych. Elementem łączącym powyższe jest natomiast rozumiane szeroko *soft law*.



jest niejasny lub niepewny”<sup>23</sup>. Jak można zakładać, funkcją owego „parasola” jest zabezpieczenie prawidłowej procedury i przebiegu negocjacji prawnych lub politycznych. Wówczas miękkiemu prawu może zostać przypisany nowy aspekt. Autorzy zwracali bowiem uwagę, że instrumenty „prawa miękkiego” umożliwiały państwom akceptowanie bardziej szczegółowych i precyzyjnych klauzul prawnych, których potencjalne nierealizowanie nie jest zagrożone realnymi konsekwencjami<sup>24</sup>. W polskiej doktrynie rolę tę określa się jako poznawczą lub komunikacyjną, gdy wspólnota międzynarodowa komunikuje swoje stanowisko właśnie przez instrumenty „prawa miękkiego” (tu: *soft instruments*)<sup>25</sup>. Ponadto autorzy zwracali uwagę na okoliczność, że przystąpienie do niewiążących regulacji pozwala niekiedy uniknąć formalistycznych procedur związanych z ratyfikacją traktatów. Instrumenty miękkiego prawa powinny być używane ostrożnie oraz starannie, ponieważ ich używanie może wiązać się z potencjalnymi nadużyciami, polegającymi np. na ominięciu „wymogów wyrażenia formalnej zgody przez państwa”<sup>26</sup>. Nie sposób także nie zauważyć, że efektywność mechanizmów „prawa miękkiego” jest większa, opierając się – i w istocie wynikając – z realnej woli stron. Wyróżnić można również ujęcie *soft law* w roli „pilotażowej”<sup>27</sup>. Jest to wówczas wypełnienie treści konkretnych polityk (określanych zazwyczaj przez same traktaty), zachowujące jednak wyraźny wymiar kontrolny w zakresie wprowadzanych regulacji.

Instrumenty *soft law* aktualizują się w ramach struktur złożonych. Z całości przytoczonej argumentacji wynika jasno, że wyróżniamy co najmniej kilka centrów wypełniających tę samą lub zbliżoną przestrzeń prawną. Zjawisko takie nazwane zostało w doktrynie polskiej mianem „multicentryczności”<sup>28</sup>. Dotyczy ono podmiotów uprawnionych do podejmowania decyzji o „skutecznym stosowaniu prawa

<sup>23</sup> L. Senden, op. cit., s. 113.

<sup>24</sup> A.E. Boyle, *Some reflections on Treaties and Soft Law*, „International and Comparative Law Quarterly” 1999, Vol. 48, No. 4, s. 903.

<sup>25</sup> M. Stępień, *Soft law jako źródło poznania ius cogens*, w: *Ius cogens, soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, red. B. Kuźniak, M. Ingelevič-Citak, Kraków 2017, s. 49–51. Autor dokonuje również ciekawego rozróżnienia „prawa miękkiego” na *soft instruments* oraz *soft negotium*. Drugie z wymienionych, nazywane jest przez niego „umowami niedokończonymi”, które dla ich relewantności wymagają dopowiedzenia, dokończenia.

<sup>26</sup> D. Kuźniak-Kwiatek, *Problem space derbis – od soft law do norm prawnie wiążących*, w: *Ius cogens, soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, red. B. Kuźniak, M. Ingelevič-Citak, Kraków 2017, s. 408; za: W. Czaplński, A. Wyrozumski, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014, s. 15.

<sup>27</sup> T. Biernat, *Soft Law a proces tworzenia prawa w Unii Europejskiej. Wpływ soft law na konstrukcję i treść uzasadnień aktów normatywnych*, „Studia Prawnicze” 2012, nr 2, s. 27–28.

<sup>28</sup> E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 5.

i jego interpretacji". Multicentryczność w tym znaczeniu nie oznacza ośrodków usystematyzowanych hierarchicznie, a raczej horyzontalnie. Ich działanie lub kompetencje są niekiedy identyczne, stąd też potrzebne są efektywne mechanizmy umożliwiające dialog między zainteresowanymi<sup>29</sup>. Tym narzędziem dialogu jest właśnie ogół mechanizmów „prawa miękkiego”. Wiadomo wszak, że „w otoczeniu prawa wewnętrznego, międzynarodowego i unijnego powstają i obowiązują liczne poważne regulacje tychże podmiotów”<sup>30</sup>. Nie są one formalnie obowiązujące, jednakże ich wymiar praktyczny rzutuje na ich użyteczność. Zwraca się uwagę na ich racjonalność, słuszność oraz niejednokrotną aktualność rozwiązań<sup>31</sup>.

Nie może zatem dziwić, że skuteczność miękkiego prawa jest utożsamiana bardziej z aspektem socjologicznym, a nie prawnym. Wynika to z założenia, że dychotomiczny podział na prawo i „nie-prawo” stracił na aktualności. Zastosowanie *soft law* może, w określonych sytuacjach, rodzić konsekwencje natury politycznej lub wprost moralnej, których skuteczność może okazać się większa. Z socjologicznego punktu widzenia wartość tych regulacji może być oceniana na równi z regulacjami *stricte* prawnymi<sup>32</sup>. Zagadnienie to jest podejmowane także przez twórców amerykańskich. Słusznie zwraca się tam uwagę, że nie ma żadnych podstaw do lekceważącego traktowania miękkiego prawa. Powiązane jest to z kwestią reputacji międzynarodowej<sup>33</sup>. Opiera się na prostym założeniu, że potencjalne niesprostanie wymaganiom *soft law*, mimo że nie prowadzi do formalnych konsekwencji prawnych, może komplikować pozycję polityczną danego podmiotu. Jest on w przyszłości oceniany jako nierzetelny i łamiący podjęte zobowiązanie. Skutki takiego postępowania są oceniane niekiedy surowiej niż złamanie normy prawnej. Jak wynika z praktyki OECD, kontrola „miękka” oraz podobne środki (dialog, zalecenia, a nawet wykluczenie w danej społeczności) wywołują bardziej pożądane i skuteczne rezultaty, niż prawne metody egzekwowania zobowiązań<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Ibidem, s. 6–9. Zagadnienie to jest analizowane głównie na tle relacji prawa wewnętrznego oraz wspólnotowego. Zgodnie z zasadą skuteczności prawa wspólnotowego wypełnia ono skutecznie krajową przestrzeń prawną. Prowadzi to do powstania jednego systemu, aczkolwiek dzielonego multicentrycznie. Istnieje zatem wyraźna potrzeba wzajemnej koordynacji powyższych, najlepiej w drodze dialogu i porozumienia. Warto odnotować pragmatyczny postulat autorki, gdy zauważa ona, że wyraźne rozgraniczenie powyższych może w efekcie prowadzić do przymusowej eliminacji któregoś z porządków. Z uwagi na konieczność zapewnienia efektywności prawa wspólnotowego, zasadna jest konstatacja, że odbędzie się to kosztem prawa krajowego.

<sup>30</sup> Na ten temat: J. Jabłońska-Bonca, *Problemy ze spójnością...*, s. 166.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> Por: L. Blutman, op. cit., s. 612.

<sup>33</sup> Zob. szerzej: A.T. Guzman, *How International Law Works*, Oxford 2008, s. 71–118.; G. W. Downs, M. A. Jones, *Reputation, Compliance and International Law*, „Journal of Legal Studies” 2002, Vol. 31, nr 2.

<sup>34</sup> L. Blutman, op. cit., s. 612.

Pośród mechanizmów miękkiego prawa należy natomiast upatrywać sposobów (metod), na bazie których „prawo miękkie” może pełnić powyższe funkcje<sup>35</sup>. Pomocniczo można sięgnąć do typologii poczynionej na gruncie prawa wspólnotowego. W pierwszej kolejności wyróżnia się tam mechanizmy przygotowawcze i informujące<sup>36</sup>. Są one zorientowane na przyszłe działania społeczności międzynarodowej, zapewniając informacje o bieżących działaniach. Drugie z analizowanych to mechanizmy interpretacyjne i decyzyjne. Stanowią one przede wszystkim instrukcję dla prawidłowej interpretacji oraz implementacji prawa wspólnotowego. Mechanizmy wymieniane w trzeciej kolejności nazywane są mechanizmami sterującymi. Ich celem jest kreowanie celów i polityk, które pośrednio mają na celu harmonizację działań pomiędzy państwami członkowskimi – aczkolwiek nadal są pozbawione formalnej mocy prawnej. Na podstawie polskiej doktryny można by wysnuć wnioski o istnieniu swoistego mechanizmu kompetencyjnego. Jak bowiem zauważono, zminimalizowanie władczego uprawnienia poszczególnych instytucji wydaje się skutkować uczynieniem *soft law* podstawowym mechanizmem oddziaływania prawnego<sup>37</sup>.

Rola *soft law* pozostaje zatem koordynująca, spajająca wzajemne regulacje. Zasadniczo powinno ono pełnić formę wskazówek dla zainteresowanych podmiotów. Pozwala bowiem na otwarcie się na cały katalog norm o innym charakterze niż *stricte* prawny. Stąd też wiele mówi się w tym kontekście o strefie tzw. prawnej szarości<sup>38</sup>. Rola ta jest jednak paradoksalna. Z założenia „prawo miękkie” ma przecież eliminować wątpliwości, ujednoclić procedury i postępowanie, zwiększać podmiotowość państw w toku politycznych negocjacji. Tymczasem staje się niejednokrotnie źródłem wątpliwości. Wprowadza do dyskursu prawnego wiele instrumentów, które legaliści postrzegają jako niepotrzebne – zakłócające przejrzystość międzynarodowego dyskursu prawnego.

<sup>35</sup> Chodzi tutaj o mechanizmy w znaczeniu sposobów „w jaki coś powstaje, przebiega lub działa” – za Słownikiem języka polskiego PWN, dostępnym pod adresem internetowym: [www.sjp.pwn.pl/slowniki/mechanizm.html](http://www.sjp.pwn.pl/slowniki/mechanizm.html).

<sup>36</sup> L. Senden, op. cit., s. 118. W oryginale autorka używa natomiast sformułowania „instruments”.

<sup>37</sup> T. Biernat, op. cit., s. 29. Jak można zakładać, koncepcja ta opiera się na przekonaniu, że instytucje UE, niejednokrotnie pozbawione mocy sprawczej, wykorzystują mechanizmy przyznawane im w oparciu o specyfikę „prawa miękkiego”. W świetle przedstawionej dotąd argumentacji mówienie wprost o oddziaływaniu prawnym nie jest uzasadnione. Niemniej w obliczu roli *soft law* – a zwłaszcza w kontekście działania Komisji Weneckiej – stanowisko to (co do zasady) jest warte rozważenia. Będzie to podlegało uszczegółowieniu w ramach dalszej części niniejszego opracowania.

<sup>38</sup> Tak o tym m.in.: C. Ingelse, op. cit., s. 79–80.

## Opinie Komisji Weneckiej – systematyka, rola

Otwartym zagadnieniem pozostaje prawidłowa klasyfikacja opinii Komisji Weneckiej (właśc. Europejskiej Komisji na rzecz Demokracji przez Prawo; dalej: Komisja Wenecka). Roli tego podmiotu nie sposób lekceważyć. Tymczasem nie wiadomo, czy jej opinie będą się mieścić w kategorii miękkiego prawa, czy pozostają jedynie w zakresie opinii podmiotów eksperckich. W opracowaniach doktrynalnych wyróżnić można przeciwstawne stanowiska. Nie ulega wątpliwości, że do „prawa miękkiego” zaliczamy m.in. uchwały organów organizacji międzynarodowych (przede wszystkim uchwały Zgromadzenia Ogólnego ONZ), porozumienia międzypaństwowe, wielostronne lub dwustronne, którym nie nadano rygoru umowy międzynarodowej<sup>39</sup>. Wyróżnić można również szersze katalogi obejmujące: decyzje organizacji międzynarodowych, nieobligatoryjne decyzje dotyczące relacji poza-organizacyjnych, wytyczne, plany działania, programy i rekomendacje, deklaracje, dyrektywy oraz opinie<sup>40</sup>. Jest to o tyle interesujące, że ten sam autor – powołując się na dorobek doktryny międzynarodowej – pozbawia możliwości zakwalifikowania jako *soft law* opinii międzynarodowych ekspertów prawnych<sup>41</sup>. Powyższe prowadzi do konstatacji, że dla oceny, czy opiniom Komisji Weneckiej przypisać walor „prawa miękkiego” decydujące będzie, czy zostanie ona potraktowana jako opinia li tylko gremium eksperckiego, czy też formalnie obowiązującej organizacji. Należy skłonić się ku drugiemu z zaproponowanych. Wówczas możliwe jest – nawet ze względów systematyzujących – ujęcie opinii Komisji Weneckiej w ramach „prawa miękkiego”.

Komisję Wenecką należałoby ująć w kategorii tzw. międzynarodowych organów monitorujących i doradczych. Pierwotnie odpowiedzialne były one za ocenę, czy proces wstępowania do Rady Europy, a następnie do Unii Europejskiej przez państwa Europy Środkowej i Wschodniej, odbył się w zgodzie z zasadami i wartościami tych „ponadnarodowych instytucji”<sup>42</sup>. Proces ten musiał być jednak dobro-

<sup>39</sup> R. Bierzanek, M. Symonides, op. cit., s. 113–114. Drugie z wymienionych wywołują pewne wątpliwości i są ujmowane niekiedy jako odrębne od *soft law* źródło. Dużą część rozważań autorzy poświęcają również inicjatywom Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża (m.in. uchwałom zlecającym). Przypisywany im jest charakter paraprawnny.

<sup>40</sup> L. Blutman, op. cit., s. 607.

<sup>41</sup> Ibidem, s. 623. Autor spostrzega jednak, że dzieje się tak mimo że odpowiadają tym samym kryteriom, które przypisywane są innym źródłom w ramach „prawa miękkiego”.

<sup>42</sup> S. Bartole, *Comparative Constitutional Law – an Indispensable Tool for the Creation of Transnational Law*, „European Constitutional Law Review” 2017, nr 13, s. 605. Dosłownie użyto zwrotu „rise of the world constitutionalism” (tłum. własne autora) za: B. Ackerman, *Rise of the World Constitutionalism*, „Virginia Law Review” 1997, No. 83, s. 771. Warto odnotować, że w oryginale autorzy mówią o państwach tzw. Paktu Warszawskiego. Celem wyeliminowania wątpliwości terminologicznych

wolny – oparty na świadomym, konsekwentnym wyborze zainteresowanych podmiotów, które przez to nie traciły swojej suwerenności. W polskiej doktrynie zwraca się uwagę, że państwa, mając świadomość poddania się kontroli stosownego organu, w istocie nie mogły „postępować pochopnie, kreując zobowiązania, których w przyszłości nie mogłyby (lub nie chciałyby) zrealizować”<sup>43</sup>. W krajach Europy Środkowej i Wschodniej okres po 1989 r. sprowadzał się do recepcji zasad, wartości oraz instytucji znanych krajom Europy Zachodniej, a nie ich kreowaniu. W związku z tym mówi się o „wspólnym europejskim dziedzictwie konstytucyjnym”. Największym wyzwaniem było zaś uwzględnienie potencjalnych różnic w narodowej implementacji i interpretacji znanego i niezmiennego katalogu zasad, leżącego u źródła konstytucyjnej kultury europejskiej<sup>44</sup>. Proces transformacji nie był prosty. Zwraca się bowiem uwagę, że wzmiankowane państwa regionu musiały dokonać szybkiego przeobrażenia z komunistycznego systemu wartości, przez dostosowanie się do koncepcji i zasad dzielonych w Europie Zachodniej od lat. W jakimś stopniu limitowało to zakres ich samodeterminacji<sup>45</sup>.

Rola Komisji sprowadza się do formułowania opinii, zmierzających zarazem do ich implementacji w drodze perswazji i dialogu. Charakteryzuje ją jednak duża ostrożność w formułowaniu ostatecznych konkluzji lub nakazów, co nie oznacza ich całkowitej bezskuteczności. Celem działalności Komisji jest natomiast promowanie demokracji, praw człowieka oraz idei praworządności<sup>46</sup>. Oprócz powyższego autorzy wskazują na wzrastającą potrzebę dostosowania się Komisji także do bieżących wyzwań transformacji – w tym ich stałego monitorowania jako procesu

---

należało zrezygnować z tego określenia na gruncie niniejszego opracowania (uwagi: K.P.). Zwraca uwagę nadto, że w państwach Grupy Wyszehradzkiej za początkowe zdarzenie przyjmuje się negocjacje w ramach Okrągłego Stołu (zarówno w Polsce, jak i na Węgrzech), podczas gdy wydawnictwa zagraniczne akcentują moment upadku Muru Berlińskiego.

<sup>43</sup> I.C. Kamiński, *Karta Praw Podstawowych jako połączenie praw i zasad – strukturalna wada czy szansa?*, w: *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, red. A. Wróbel, Warszawa 2009, s. 37. Autor poczynił wprawdzie stosowne spostrzeżenie na tle Karty Praw Podstawowych, niemniej uniwersalność i aktualność konstatacji, uzasadniała – w opinii autora – przedstawienie jej w kontekście organów doradczych oraz monitorujących.

<sup>44</sup> Zob. szerzej: S. Bartole, *Comparative Constitutional Law...*, s. 602–603. Autor wskazuje nawet na konstatację polskiego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 32/09, w której mowa o „wielkim (uroczystym) charakterze tradycji konstytucyjnej wspólnej wszystkim państwom członkowskim” (tłumacz. wł. autora). Podkreśla to w jego opinii wagę rzeczonej tradycji.

<sup>45</sup> S. Bartole, *Final Remarks: The role of the Venice Commission*, „Review of the Central and East European Law” 2001, nr 26, s. 352. Warto w tym miejscu wskazać, że wobec wzmiankowanych państw jest przedmiotem kontrowersji zakres „narzucania”, nawet w formie *soft law*, swoistych aksjomatów prawa znanych w Europie Zachodniej. Sprowadza się on do pytania o granicę aktywności organów międzynarodowych, w sytuacji implementacji instytucji, których państwa te w żaden sposób nie tworzyły, będąc jedynie ich biernymi odtwórcami – o tym: L. Blutman, op. cit., s. 605–610.

<sup>46</sup> J. Jowell, *The Venice Commission – Disseminating Democracy through Law*, „Public Law” 2001, s. 676.

permanentnego<sup>47</sup>. Postuluje się zatem, aby Komisję Wenecką cechował niezależny charakter tego organu jak również elastyczne metody pracy. Znalazło to odzwierciedlenie już nawet w statucie Komisji<sup>48</sup>.

W aspekcie praktycznym działalności Komisji przypisywane są pewne kontrowersje. Nadmienić należy, że stanowią one efekt krytyki ze strony państw, wobec działań których zgłaszano zastrzeżenia. Zwraca się bowiem uwagę, że opinie i zalecenia kreowane przez Komisję Wenecką nie podlegają dalszej weryfikacji. Same w sobie stanowią materiał do zajmowania wiążących stanowisk m.in. przez organizacje międzynarodowe, którym służą. Przez to mogą podlegać interpretacji wybiórczej lub wprost „wyrwanej z kontekstu”, a mimo to stanowić podstawę do negatywnych ocen<sup>49</sup>.

Zdefiniowawszy cele, nawiązać należy do funkcji pełnionych przez Komisję Wenecką. W opinii autora można je zakwalifikować w ramach dwóch grup: zabezpieczającej (gwarancyjnej) oraz doradczej. Pierwsza wiąże się z wysoce profesjonalnym charakterem funkcjonowania tego organu. Mocą swojego autorytetu stanowi on bowiem gwarant ochrony określonych wartości, zasad lub sposobu funkcjonowania określonych instytucji demokratycznego państwa. W związku z tym Komisja przedstawia aktualizowaną wykładnię analizowanych zagadnień, opierając się jednak na wieloletnim doświadczeniu i praktyce odnoszenia się do wspólnych zasad i wartości. Najczęściej przyjmuje formę zaleceń i wytycznych przedstawianych zainteresowanym podmiotom. Wprawdzie dialog z Komisją jest dobrowolny,

<sup>47</sup> Ibidem, s. 680.

<sup>48</sup> *Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law*, adopted by the Committee of Ministers on 21 February 2002 at the 784th meeting of the Ministers' Deputies (tłumacz. własne autora), dostępny pod adresem internetowym: [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int); dalej zwany Statutem. Skonstatować należy, iż nadrzędnym celem działania Komisji jest wspieranie procesów demokratycznych oraz dobór odpowiednich metod i środków działania. Na tym tle w art. 1 ust. 1 Statutu Komisji Weneckiej wskazano cztery zasadnicze cele: wzmocnienie zrozumienia wzajemnych systemów prawnych z jednoczesnym ich przybliżaniem; wspieranie zasad państwa prawnego i demokracji; badanie problemów powstałych na tle działania demokratycznych instytucji, ich wzmocnienie i rozwój. Ich osiągnięcie powinno opierać się na dialogu niezależnych ekspertów w dziedzinie prawa (ust. 2 Statutu), jak również wynikać ze wspierania podobnych do Komisji Weneckiej instytucji na całym świecie (art. 1 ust. 3 Statutu). Nadto Komisja ma kompetencje do ścisłej współpracy z Sądami Konstytucyjnymi poszczególnych państw oraz ich przedstawicielstwami (art. 3 ust. 4 Statutu). Swoje działania może podejmować w porozumieniu z Radą Europy, na wniosek zainteresowanych podmiotów, jak również samodzielnie (art. 3 ust. 1 i 2 Statutu).

<sup>49</sup> Zob. szerzej: L. Trocsanyi, *Wokół prac nad Ustawą Zasadniczą Węgier. Tożsamość konstytucyjna a integracja europejska*, Warszawa 2017, s. 100. Tej argumentacji nie sposób jednak podzielić, ponieważ zawiera ona sprzeczności. Stawia Komisję Wenecką w roli podmiotu o niekwestionowanym autorytecie, której wnioski stanowią swoiste *ultima ratio* – i to nawet w dyskursie profesjonalnym. Tym samym podejmowanie polemiki, ze zwyczajowo ostrożnymi wnioskami Komisji Weneckiej, zwłaszcza na podstawie wysoce subiektywnej argumentacji, odnoszącej się do argumentów natury politycznej, wydaje się nieuzasadnione.

jednak jej rekomendacje stanowią niejednokrotnie obowiązkowy punkt konstruktywnego dialogu z organizacjami międzynarodowymi (m.in. Radą Europy, Unią Europejską)<sup>50</sup>. Realizuje ona zatem swoją funkcję zabezpieczającą przy współdziałaniu z nimi. Warunkiem podjęcia rzeczonych rozmów jest uwzględnienie pewnego minimum wyznaczonego przez Komisję Wenecką. Zabezpiecza to systemy konstytucyjne badanych państw przed nadmierną ingerencją ustawodawcy, która może wykraczać poza zakres zgodny z „konstytucyjną kulturą europejską” – jej aksjologią, a także mechanizmami równoważącymi i kontrolnymi. Ziszczenie powyższej funkcji wymaga pełnej współpracy z przywołanymi już organizacjami międzynarodowymi. Każda z powyższych sprawia, że Komisja Wenecka musi zająć określone, wyraźne stanowisko dotyczące analizowanego zagadnienia. Biorąc pod uwagę statutową klauzulę obowiązkowej współpracy i dialogu z zainteresowanym podmiotem, Komisja może – zwłaszcza jeśli badane zagadnienie nie godzi bezpośrednio w fundamentalne zasady i wartości – przyjąć formę *stricte* doradcą. Tytułem przykładu można wskazać opinię Komisji Weneckiej w sprawie dotyczącej Republiki Słowacji<sup>51</sup>.

Opinie Komisji Weneckiej należy zatem klasyfikować jako instrument „prawa miękkiego”. Świadczy o tym zarówno sama jej istota, jak i funkcjonalny wymiar działania Komisji. Formułuje ona bowiem wyraźnie opinie, rekomendacje, raporty, zalecenia itd., które jednak w żadnym razie nie przybierają obligatoryjnego charakteru. Jak można przypuszczać – nawiązując nawet do początków tego organu – mają one stanowić mechanizm wskazujący pożądane kierunki zmiany prawa wewnętrznego lub prawidłowej implementacji prawa europejskiego<sup>52</sup>. Systematyzując to w ramach przedstawionej uprzednio typologii mechanizmów i rodzajów *soft law*, sytuuje to opinie Komisji Weneckiej jako komunikujące, prowadzące do odpowiednich regulacji *hard law*. Można by sformułować wniosek, że wobec tworzących lub przeobrażających się ustrojów, dążących do implementacji „zachodniego

<sup>50</sup> *European Union: College discusses a draft Rule of Law Opinion on the situation in Poland*, „Asian News Monitor”, 20 May 2016 – report information from ProQuest, s. 2–4. Pomimo braku realnej efektywności opinii Komisji Weneckiej, to już samo przytoczone powyżej źródło wskazuje na jego ogromny zasięg, a przez to prawnopolityczną relewantność.

<sup>51</sup> *Zob: Opinion on questions relating to the appointment of judges of Constitutional Court of Slovakia (CDL – AD(2017)001)*. Stwierdzono tam, że zakres pytania wymaga od Komisji zajęcia stanowiska w zakresie oceny faktów lub prawa wewnętrznego pytającego państwa. To zaś oznacza wystąpienie Komisji w roli „czwartej instancji”. Komisja nie przyjęła powyższej roli, ograniczając się jedynie do przedstawienia wskazówek natury praktycznej. Oznacza to, że powyższą funkcję Komisja realizuje wtedy, gdy nie zajmuje ona oczywiście krytycznego stanowiska na określony temat.

<sup>52</sup> *Por. m.in.: Opinion of the Venice Commission on the act of the Constitutional Tribunal (Poland), opinion 860/2016, CDL – AD (2016)026, Opinion of the Venice Commission on the draft act amending: the act of the National Council of the Judiciary; the act on the Supreme Court, opinion 904/2017, CDL – AD (2017)031.*

systemu wartości” przybierają formę *soft negotium* (zob.: przyp. 22), opierając się na obustronnym dialogu odbywanym w dobrej wierze. Problem powstaje, gdy jednoznaczne wnioski Komisji spotykają się z dezaprobatą zainteresowanego podmiotu. Zagadnienie to jest tym bardziej uzasadnione w świetle jednej z roli *soft law*, jaką czyni się uzyskanie wzajemnych korzyści stron (*do ut des*)<sup>53</sup>.

Kontynuując, należy wziąć pod uwagę pewne wątpliwości dotyczące prawidłowej terminologii. Zgodnie z zaproponowaną na potrzeby niniejszego opracowania terminologią *soft law* uczyniono zbiorczą, generalną kategorią. W jej ramach natomiast należy upatrywać konkretnych „podgrup”. Zawężenie jej do kategorii „przed-prawa” należy uznać za nieprawidłowe, ponieważ obejmujące jeden aspekt funkcjonowania Komisji Weneckiej (doradztwo w zakresie transformacji ustrojowej). Dlatego też jako prawidłową należy przyjąć terminologię „para-prawa”, względnie „półprawa”. Przedmiotowe opinie powinno się zatem ujmować w kategorii politycznych, społecznych lub etycznych bardziej niż *stricte* prawnych, mimo zachowywanej terminologii oraz faktu, że są tworzone przez niekwestionowanych ekspertów z dziedziny prawa.

Tytułem podsumowania warto rozważyć efektywność opinii Komisji Weneckiej jako mechanizmów miękkiego prawa. Opierając się na woli zainteresowanych podmiotów, trzeba stwierdzić, że jawi się ona jako słaba – jednak jedynie z prawnego punktu widzenia. Analizując treść przedłożonych odpowiedzi, ich adresaci podejmowali twórczą polemikę z opiniami, co w pewnym aspekcie przypominało budowanie mitów prawnych<sup>54</sup>, zwłaszcza w zakresie, w którym odwoływano się do woli suwerena jako swoistego *ultima ratio* dla wprowadzanych zmian<sup>55</sup>. To zaś implikuje, że „prawo miękkie” – zwłaszcza w międzynarodowym dyskursie prawnym – może stać się nie tylko środkiem do osiągnięcia celu. Może przybrać także formę narzędzia i budować specyficzną, niekiedy sprzeczną z pierwotnym założeniem *soft law* narrację polityczną.

<sup>53</sup> J. Menkes, *Soft law i ius cogens a prawo międzynarodowe*, w: *Ius cogens, soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, red. B. Kuźniak, M. Ingelević-Citak, Kraków 2017, s. 46.

<sup>54</sup> Na ten temat: J. Jabłońska-Bonca, *Prawo w kręgu mitów*, Gdańsk 1995, s. 43–52. Tam o celach używania „mitów” w dyskursie prawnym.

<sup>55</sup> Position of the government of Poland on matters related to the amendments to the law on the Constitutional Court and Judgments (Cases no. 34/15; 35/15), *Opinion no. 833/2015, CDL – REF (2016)015*.



## Bibliografia

- Ackerman B., *Rise of the World Constitutionalism*, "Virginia Law Review" 1997, No. 83.
- Alvarez J.E., *International Organizations as Law-makers*, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Bartole S., *Comparative Constitutional Law – an Indispensable Tool for the Creation of Transnational Law*, „European Constitutional Law Review” 2017, nr 13.
- Bartole S., *Final Remarks: The role of the Venice Commission*, „Review of the Central and East European Law” 2001, nr 26.
- Biernat T., *Soft Law a proces tworzenia prawa w Unii Europejskiej. Wpływ soft law na konstrukcję i treść uzasadnień aktów normatywnych*, „Studia Prawnicze” 2012, nr 2.
- Bierzanek R., Symonides M., *Prawo międzynarodowe publiczne*, wyd. VIII, Warszawa 2004.
- Blutman L., *In the trap of the legal metaphor: International Soft Law*, „International and Comparative Law Quarterly” 2010, Vol. 59, No. 7.
- Boyle A.E., *Some reflections on Treaties and Soft Law*, „International and Comparative Law Quarterly” 1999, Vol. 48, No. 4.
- Czapliński W., Wyrozumska A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014.
- Ingelse C., *Soft law?*, „20 Polish Yearbook of International Law” 1993.
- Downs G.W., Jones M.A., *Reputation, Compliance and International Law*, „Journal of Legal Studies” 2002, Vol. 31, No. 2.
- Guzman A.T., *How International Law Works*, Oxford 2008.
- European Union: College discusses a draft Rule of Law Opinion on the situation in Poland*, „Asian News Monitor”, 20 may 2016 – report information from ProQuest.
- Jabłońska-Bonca J., *Problemy ze spójnością prawa i regulacjami pozaprawnymi a siła sprawcza państwa – zarys tematu*, „Krytyka Prawa” 2015, tom VII.
- Kamiński I.C., *Karta Praw Podstawowych jako połączenie praw i zasad – strukturalna wada czy szansa?*, w: *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, red. A. Wróbel, Warszawa 2009.
- Kordela M., *Aksjologia źródeł prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, nr 2.
- Kuźniar-Kwiatek D., *Problem space derbis – od soft law do norm prawnie wiążących*, w: *Ius cogens, soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, red. B. Kuźniak, M. Ingelewić-Citak, Kraków 2017.
- Jabłońska-Bonca J., *Prawo w kręgu mitów*, Gdańsk 1995.
- Jowell J., *The Venice Commission – Disseminating Democracy through Law*, „Public Law” 2001.
- Łazowski A., Zawadzka-Łojek A., *Prawo międzynarodowe publiczne*, wyd. II, Warszawa 2011.
- Łętowska E., *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4.

- Marcisz P., *Koncepcja tworzenia prawa przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2015.
- Menkes J., *Soft law i ius cogens a prawo międzynarodowe*, w: *Ius cogens, soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, red. B. Kuźniak, M. Ingelević-Citak, Kraków 2017.
- Senden L., *Soft Law in European Community Law*, Oxford and Portland Oregon 2004.
- Stępień, *Soft law jako źródło poznania ius cogens*, w: *Ius cogens, soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, red. B. Kuźniak, M. Ingelević-Citak, Kraków 2017.
- Trocsanyi L., *Wokół prac nad Ustawą Zasadniczą Węgier. Tożsamość konstytucyjna a integracja europejska*, Warszawa 2017.