

PAWEŁ SKUCZYŃSKI
Katedra Filozofii Prawa i Nauki o Państwie
Uniwersytet Warszawski

Soft law w perspektywie teorii prawa

1. Wprowadzenie

Celem niniejszych rozważań jest prezentacja i systematyzacja problemów, które dla teorii i filozofii prawa powstają w związku z wykorzystywaniem w praktyce prawniczej różnorodnych instrumentów, określanych w literaturze jako miękkie prawo. Punktem wyjścia jest omówienie tej praktyki, ze szczególnym uwzględnieniem gałęzi i działów prawa, w których miękkie prawo występuje. Jest to podstawa do ustaleń terminologicznych dotyczących instrumentów miękkiego prawa i przeprowadzenia ich podziałów, co z kolei umożliwi prezentację sformułowanych dotychczas ujęć teoretycznych tego zagadnienia. Następnie omówione zostaną funkcje miękkiego prawa oraz jego miejsce w porządku prawnym, a więc relacje wobec tradycyjnych systemów prawnych. Uzupełnieniem jest próba zastosowania koncepcji miękkiego prawa do problemu statusu tzw. kodeksów etyki zawodowej, która może wyznaczać jego perspektywę w Polsce.

2. Praktyka miękkiego prawa

Termin *soft law* został użyty pierwszy raz w połowie lat siedemdziesiątych ubiegłego wieku¹. Jego pojawienie się nie może być jednak cezurą, ponieważ w praktyce prawa międzynarodowego miękkie prawo istnieje co najmniej od czasów drugiej wojny światowej i powstania Organizacji Narodów Zjednoczonych².

¹ R. Bierzanek, „Miękkie” prawo międzynarodowe, „Sprawy Międzynarodowe” 1987, nr 1, s. 92, przypisuje je McNairowi. Inaczej G.M. Borchardt, K.C. Wellens, *Soft Law in European Community Law*, „European Law Review” 14 (1989), s. 268, którzy twierdzą, iż terminu *soft law* po raz pierwszy użył Pierre-Marie Dupuy w 1973 r. Według G.J.H. van Hoofa, *Rethinking the Sources of International Law*, Deventer 1983, s. 187, sam Dupuy twierdził, iż termin ten pochodzi od McNaira.

² M. Bothe, *Legal and Non Legal Norms: A Meaningful Distinction in International Relations*, „Netherlands Yearbook of International Law” 1980, s. 70–75; G.J.H. van Hoof, *op.cit.*, s. 179–181.

Duże znaczenie w tym zakresie ma prawodawstwo Rady Europy, a ważnym impulsem do dyskusji nad miękkim prawem stało się uchwalenie *Aktu końcowego Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie* w 1975 r.³ Jednocześnie rozwijało się ono w prawie europejskim⁴. Sformalizowanie wydawania rekomendacji i opinii w traktacie wspólnotowym nie jest pozbawione trudności teoretycznych w nazywaniu ich miękkim prawem, stanowi jednak dowód wagi, jaką ma ono w prawie europejskim. Miękkie prawo występuje również w porządkach prawnych różnych państw przynależących do różnych kultur prawnych. W kulturze anglosaskiej występuje ono w prawie amerykańskim, australijskim czy brytyjskim. W kulturze kontynentalnej natomiast – we Francji, Holandii czy Niemczech. Jest ono także popularne w państwach skandynawskich i Kanadzie.

Miękkie prawo występuje w wielu gałęziach i działach prawa⁵, szczególnie silnie rozwinęło się ono jednak w kilku obszarach. Są to przede wszystkim tradycyjne obszary prawa międzynarodowego publicznego, takie jak szeroko rozumiane bezpieczeństwo międzynarodowe, w tym przede wszystkim kwestie rozbrojenia (*Karta atlantycka*, ustalenia konferencji w Casablance, Teheranie, Jałcie i Poczdamie, niektóre akty związane z procesem rozbrojenia w latach siedemdziesiątych, *Akt końcowy KBWE*)⁶, międzynarodowy porządek ekonomiczny, w szczególności kwestie ładu monetarnego⁷, ochrona środowiska naturalnego⁸, międzynarodowa ochrona praw człowieka (*Powszechna deklaracja praw*

³ O. Schachter, *The Twilight Existence of Nonbinding International Agreement*, „American Journal of International Law”, April 1977, s. 296.

⁴ G.M. Borchardt, K.C. Wellens, op.cit., s. 287–290.

⁵ W ich ramach miękkie prawo może występować zarówno w prawie międzynarodowym, europejskim, jak i wewnętrznym. Sytuacja, w której obowiązują normy prawa międzynarodowego lub europejskiego (kompetencje wyłączne, konkurujące), oznacza ograniczenie swobody regulacyjnej państwa. Z punktu widzenia niniejszych rozważań istotne jest to, że broniąca jest koncepcja, iż ograniczenie to (przemieszenie kompetencji z poziomu państwa na między- lub ponadnarodowy) możliwe jest także dzięki instrumentom miękkiego prawa. Por. R. Baxter, *International Law in „Her Infinitive Variety”*, „The International and Comparative Law Quarterly” 29 (1980), s. 565, za: R. Bierzanek, op.cit., s. 94.

⁶ J. Marquier, *Soft Law: Das Beispiel des OSZE-Prozesses – Ein Beitrag zur völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre*, Bonn 2004; M. Bothe, op.cit., s. 70–75.

⁷ F. Roessler, *Law, de facto Agreements and Declarations of Principle in International Economic Relations*, „German Yearbook of International Law” 1978.

⁸ M.E. Cloghesy, *Hard Choices, Soft Law, Combining Trade, Environment and Social Cohesion in Global Governance: An Industry Perspective*, November 9, 2001. O roli miękkiego prawa w tym obszarze por. także: P.W. Birnie, A.E. Boyle, *International Law and the Environment*, Oxford 1992, s. 26–30; V. Lowe, *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, w: A. Boyle, D. Firestone, *International Law and Sustainable Development: Post Achievements and Future*

człowieka)⁹. Miękkie prawo jest szeroko wykorzystywane do ochrony słabszej strony w przypadku relacji opartych na nierównościach, w szczególności w regulacjach antydyskryminacyjnych (europejska polityka socjalna, walka z dyskryminacją kobiet)¹⁰, ochronie konsumentów¹¹, deontologii zawodowej¹². Cieszy się ono także popularnością w zakresie tworzenia między- i ponadnarodowych instytucji obrotu handlowego¹³. Przykładem odwrotu od miękkiego prawa może być europejskie prawo pomocy państwowej dla przedsiębiorstw, co nie oznacza wcale, iż jego zastosowanie było błędem. Można bowiem rozsądnie argumentować za tezą odwrotną: ustanowienie twardych regulacji było możliwe tylko dzięki wcześniejszym sukcesom miękkiego prawa¹⁴. Fakt, że miękkie prawo funkcjonuje w różnych porządkach prawnych oraz gałęziach i działach prawa, czyni koniecznym badanie tego zjawiska nie tylko w socjologii prawa i dogmatykach prawniczych, lecz także w teorii prawa. Zarówno rozwój miękkiego prawa, przebiegający na zasadzie swoistej recepcji przez prawo europejskie i wewnętrzne rozwiązań prawa międzynarodowego¹⁵, jak i raczej ilościowy niż

Challenges, Oxford 1999, s. 30–31. Tu także ochrona tzw. ludów autochtonicznych, które uprawiają gospodarkę naturalną, por. D.A. Posey, G. Dufield, *Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, The International Development Research Centre 1996, http://web.idrc.ca/en/ev-9327-201-1-DO_TOPIC.html.

⁹ Praktyka uniwersalnych, związanych z Organizacją Narodów Zjednoczonych, aktów ochrony praw człowieka opiera się na istnieniu jednocześnie dwóch torów czy dróg rozwoju: twardego i miękkiego prawa. Przyjmowane są jednocześnie dwa akty o identycznej treści. Jeden ma charakter traktatu (konwencji), a drugi – miękkiego prawa (deklaracji). Tak np. stało się z uchwaloną przez XI sesję Konferencji Generalnej UNESCO 14.12.1960 r. *Konwencją w sprawie zwalczania dyskryminacji w dziedzinie oświaty* oraz zaleceniami o tym samym tytule.

¹⁰ G. Falkner, *Neues Regieren und soziales Europa. EU-Mindestregulierung und Soft Law in der Praxis*, Vienna 2004; F. Beveridge, S. Nott, *A Hard Look on the Soft Law*, w: P. Craig, C. Harlow, *Lawmaking in the European Union*, London – The Hague – Boston 1998, s. 297–308.

¹¹ Lex Fori for Health & Consumer Protection DG, *Study to identify best practice in the use of soft law and to analyse how this best practice can be made to work for consumers in the European Union*, s. 7–8; *Soft law and the consumer interest*, ECLG/071/2001, March 2001, s. 9–10; G.G. Howells, „Soft Law” in *EC Consumer Law*, w: P. Craig, C. Harlow, op.cit., s. 321–327.

¹² H. Izdebski, *Granice prawa jako instrumentu kształtowania standardów zachowań w służbie publicznej*, w: *Profesjonalizm w administracji publicznej*, red. A. Dębicka, M. Dmochowski, B. Kudrycka, Białystok 2004, s. 79–85.

¹³ G.C. Moss, *International Commercial Law. Soft law*, University of Oslo; R. Mańko, *Prawo prywatne w Unii Europejskiej. Perspektywy na przyszłość*, Warszawa 2004, s. 106.

¹⁴ M. Cini, *From Soft Law to Hard Law?: Discretion and Rule-making in the Commission's State Aid Regime*, EU Working Paper RSC No. 2000/35.

¹⁵ J. Klabbers, *Informal Instruments before the European Court of Justice*, CMLR 5 (vol. 31) 1994, s. 1000; G.M. Borchardt, K.C. Wellens, op.cit., s. 320–321.

jakościowy charakter różnic między tymi porządkami prawnymi, takie podejście umożliwiają¹⁶.

3. Instrumenty miękkiego prawa

Miękkie prawo wykazuje zdumiewające bogactwo postaci, które wymyka się dotychczasowym próbom klasyfikacji. O miękkim prawie mówi się m.in. w odniesieniu do deklaracji (*declarations*), rezolucji (*resolutions*), rekomendacji (*recommendations*), kodeksów praktyk (*codes of practice, codes of conduct*), wytycznych (*guidelines*), standardów (*standards*), kart (*charters*), raportów (*reports*), opinii (*opinions*), programów (*programs*), porozumień międzyinstytucjonalnych (*inter-institutional agreements*), a także miękkiego prawa w przebraniu prawa twardego (*soft law disguised as hard law*) i porozumień dżentelmeńskich (*gentlemen's agreements*)¹⁷. W propozycjach różnych autorów niektóre instrumenty¹⁸, takie jak deklaracje, rezolucje czy rekomendacje, powtarzają się regularnie. Są jednak i takie, których zaliczenie do miękkiego prawa jest co najmniej kontrowersyjne (*gentlemen's agreements*)¹⁹. W każdym razie katalog instrumentów miękkiego prawa wydaje się otwarty.

Z tego względu ważne jest dokonanie klasyfikacji instrumentów miękkiego prawa. W literaturze zgłaszane są zazwyczaj propozycje raczej bardzo szczegółowych typologii; można jednak zauważyć tendencję do ich upraszczania przez stosowanie coraz bardziej jednoznacznych kryteriów²⁰. Szczególnie użyteczne wydają się dwa z nich. Po pierwsze, stosując kryterium przedmiotowe, instrumenty miękkiego prawa można podzielić na formalne i nieformalne. Forma determinowana jest przez normy, które ją konstytuują. Brak takich norm powoduje, iż dany instrument należy zakwalifikować jako nieformalny. Forma nie musi

¹⁶ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 1999, s. 1–7.

¹⁷ G.M. Borchardt, K.C. Wellens, op. cit., s. 275–277, 301.

¹⁸ Terminem „instrument” posługuje się większość autorów piszących na ten temat, aczkolwiek Borchardt i Wellens, autorzy jednego z lepszych opracowań, używają terminu „forma”. Obie propozycje mają swoje wady, jednak w dalszych rozważaniach pozostają przy terminie powszechnie przyjętym, drugiego używając w innym znaczeniu.

¹⁹ O. Schachter, op.cit., s. 299; H. Hildenberg, *A Fresh Look at Soft Law*, „European Journal of International Law” 1999, no. 3, s. 500.

²⁰ Por. Lex Furi for Health & Consumer Protection DG, op.cit., s. 2–3.

determinować ściśle wszystkich cech danego instrumentu, nie musi istnieć też ściśle przyporządkowanie instrumentów miękkiego prawa określonym formom. Przykładem instrumentów formalnych mogą być rekomendacje i opinie w rozumieniu art. 249 (189) *Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*²¹ czy rezolucje, do których stosuje się zasady zawarte w rozdziale IV *Karty Narodów Zjednoczonych*.

Po drugie, stosując kryterium podmiotowe, instrumenty miękkiego prawa można podzielić na samoregulację (*self-regulation*), koregulację (*co-regulation*) oraz regulację²². Samoregulacja jest przypadkiem tożsamości zakresów podmiotów twórców i adresatów norm. Koregulacja polega na współpracy władzy publicznej i adresatów w tworzeniu miękkiego prawa. Regulacja to normy miękkiego prawa tworzone bez jakiegokolwiek bezpośredniego udziału ich adresatów. Zaznaczyć trzeba, iż z jednej strony, uwzględniając dodatkowo kryterium kontroli i nadzoru nad przestrzeganiem norm miękkiego prawa, przeciwstawienie samoregulacji i koregulacji nie musi mieć ostrego charakteru. Z drugiej strony pamiętać trzeba, iż instrumenty regulacji nie należą do typowych dla miękkiego prawa. Najczęściej można je spotkać w ramach prawa europejskiego i wewnętrznego, a charakterystyczną, lecz oczywiście nie wyłączną dla nich formą są rekomendacje.

4. Pojęcie miękkiego prawa

Przechodząc od rozważań nad praktyką miękkiego prawa do jego pojęcia, poczynić należy kilka uwag. Po pierwsze, sam termin „miękkie prawo” nie jest jedyną propozycją. Po drugie, formułowane definicje rzadko są pozytywne, a jeśli już, to mają charakter projektujący. Częściej są one negatywne i zazwyczaj jednostronne, oddzielając miękkie prawo od jednego rodzaju norm, pozostawiając otwartą kwestię innych. W ten sposób są one za wąskie lub za szerokie. Po trzecie, wielu autorów nie podejmuje się definiowania miękkiego prawa, ograniczając się do wskazania niektórych jego cech. Istniejące w literaturze propozycje

²¹ J. Klabbers, *op.cit.*, s. 1013–1014.

²² W literaturze pojawiają się też propozycje wyróżnienia m.in. negocjowanej regulacji (*negotiated regulation*), por. *Lex Fori for Health & Consumer Protection DG*, *op.cit.*, s. 2–3, czy dobrowolnej regulacji (*voluntary regulation*), por. *Soft law and the consumer interest...*, s. 3.

podzielić można na takie, które ujmują miękkie prawo jako moralność, fakt lub prawo.

Kierunek moralny obejmuje koncepcje zaliczające miękkie prawo do różnych rodzajów norm, w tym moralnych lub politycznych, przy czym traktowane są one równorzędnie, co pozwala połączyć rozważania na ich temat. Koncepcje te nie prowadzą do mnożenia różnych kategorii norm, pozwalają włączyć rozważania o relacji miękkiego i twardego prawa do rozważań o stosunku prawa do moralności oraz uwzględniają fakt, iż treścią norm miękkiego prawa są zazwyczaj kwestie etyczne²³. Przyjmując jednak różnicę prawa i moralności opartą na ich imperatywnym w przypadku moralności i atrybutywno-imperatywnym w przypadku prawa charakterze, zauważyć trzeba, że praktyka zna instrumenty miękkiego prawa zawierające obie kategorie norm²⁴. Przyjmując z kolei, iż różnica ta polega na zakresach regulacji, tj. stosunków społecznych (prawo) i tzw. *forum internum* (moralność), miękkie prawo reguluje obie te sfery²⁵. Przede wszystkim jednak moralność ma z zasady charakter niepisany i otwarty, czego przeciwieństwem jest miękkie prawo. Moralność, w odróżnieniu od miękkiego prawa, jest całkowicie odformalizowana i nie jest to różnica tylko ilościowa. Kodeks etyczny (deontologiczny), który jest często stosowanym instrumentem miękkiego prawa, uznaje się za niebezpieczny dla moralności, a co najmniej moralność do takiego kodeksu nie powinna być redukowana²⁶.

Kierunek fakualny w myśleniu o miękkim prawie związany jest przede wszystkim z nauką prawa międzynarodowego i zazwyczaj z odmiennymi od „miękkiego prawa” propozycjami terminologicznymi. Ujmowano je jako porozumienia²⁷, używano więc terminów „porozumienia niewiążące” i „porozumienia dobrowolne”, pierwsze jednak krytykowano za sprzeczność wewnętrzną²⁸, a drugie za tautologiczność²⁹. Eksponują one element konsensualny miękkiego prawa, uznając je za rodzaj kontraktualnego normotwórstwa, redukują jednak

²³ M. Bothe, *op.cit.*, s. 95-99.

²⁴ *Ibidem*, s. 98.

²⁵ *Ibidem*, s. 93-95

²⁶ O statusie kodeksów etycznych por. *Dyskusja redakcyjna*, „Etyka” 27 (1994), s. 167-206; M. Środa, *Słowo wstępne. Biznes i cnoty*, w: J. Jackson, *Biznes i moralność*, tłum. R. Pucek, Warszawa 1999, s. XVI-XVIII; L. Kołakowski, *Etyka bez kodeksu*, w: idem, *Kultura i fetysze. Eseje*, Warszawa 2000, s. 158-169.

²⁷ R. Bierzanek, *op.cit.*, s. 91.

²⁸ F. Roessler, *op.cit.*, s. 41; O. Schachter, *op.cit.*, s. 67-68.

²⁹ F. Roessler, *op.cit.*, s. 41.

bogactwo jego instrumentów i ograniczają funkcje. Aby temu zapobiec, Roessler proponuje uznać miękkie prawo za normy *de facto*, w których element woli-tywny w ich powstaniu odgrywa zasadniczą rolę³⁰. Koncepcja ta spotkała się z zarzutami mieszania sfer faktów i norm³¹, jej zaletą jest jednak nieumniejsza-nie roli miękkiego prawa jako środka kontroli społecznej i próba wyjaśnienia, dlaczego jest ono w ogóle przestrzegane. Analogii dla tego ujęcia można szukać w konstrukcji tzw. deskryptywnych źródeł prawa, która wyznaczyć może miękkiemu prawu rolę w stosowaniu prawa podobną do niewiążących precedensów czy opinii formułowanych w nauce prawa.

Uwzględniając tę koncepcję oraz przyjmując, iż miękkie prawo jest pra-wem (co dopiero gwarantuje poprawność terminologiczną), można przyjąć dwa podejścia. Pierwsze, które Beveridge i Nott nazywają kontekstualistycznym³² (zewnątrznym, realistycznym), określa miękkie prawo jako instrumenty, które nie są wprost stosowane w sądach i trybunałach, ale mają skutki praktyczne³³, są to więc reguły niewiążące³⁴ czy też zasady postępowania nieobowiązujące³⁵. Drugie podejście, nazywane formalistycznym (wewnętrznym, pozytywistycz-nym), określa miękkie prawo jako prawo czy *quasi*-prawo, ponieważ ma ono skutki prawne³⁶, czego konsekwencją jest jego obowiązywanie.

Problem obowiązywania miękkiego prawa można rozstrzygnąć w oparciu o kryterium materialne lub formalne. Pierwsze opiera się na regule uznania, któ-ra utożsamia obowiązek prawny z jego egzekwowalnością. Miękkie prawo nie podlega jakimkolwiek mechanizmom odpowiedzialności prawnej, toteż, w przeci-wieństwie do prawa, tworzy jedynie zobowiązania (*commitments*) czy oczeki-wania (*expectations*)³⁷. Stanowisko to rodzi kilka doniosłych konsekwencji.

Po pierwsze, należy przyjąć, iż miękkie prawo nie może być stosowane jako *ratio decidendi*. Jeśli zostałyby ono w takim charakterze zastosowane, oznacza-łyby to albo praktykę nielegalną, albo sądowe prawotwórstwo. Niezupełnie jed-

³⁰ Ibidem, s. 40-41.

³¹ O. Schachter, *op.cit.*, 67-68.

³² F. Beveridge, S. Nott, *op.cit.*, s. 292-293.

³³ D.A. Posey, G. Dutfield, *op.cit.*, s. 1.

³⁴ M. Cini, *op.cit.*, s. 4-5.

³⁵ 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.

³⁶ Ibidem.

³⁷ G.M. Borchardt, K.C. Wellens, *op.cit.*, s. 271.

nak wiadomo, co jest tu przesłanką, a co wnioskiem. Innymi słowy: nie jest pewne, czy to egzekwowalność konstituuje obowiązek, czy też jest odwrotnie: konsekwencją obowiązku jest jego egzekwowalność. Powstaje w związku z tym szereg wątpliwości dotyczących, z jednej strony, nowych mechanizmów egzekucji, które polegają na swoistej samowykonalności³⁸, czy, z drugiej strony, bardziej tradycyjnego sporu o *lex imperfecta*.

Po drugie, tradycyjna legislacja, która została w dużym stopniu uelastyczniona przez stosowanie klauzul generalnych³⁹, norm aspiracyjnych wyznaczających cele do osiągnięcia lub nakazujące dążenie do pewnych ideałów etycznych oraz orzekanie na podstawie zasad, standardów czy polityk, także tworzy zobowiązania i oczekiwania⁴⁰. Na tym oparta jest koncepcja podziału miękkiego prawa na *droit mou*, czyli normy prawne, które mają swoisty miękki czy wiotki charakter, oraz *droit vert*, czyli swoiste *lex ferenda*, a więc normy, które są na drodze do obowiązywania⁴¹. Idąc dalej, można odróżnić legislację tradycyjną, opartą na rozkazie, określaną jako instrumentalna, oraz opartą na prośbie, określaną jako komunikacyjna, prowadzącą do prawa miękkiego, symbolicznego⁴² czy responsywnego⁴³. Oznacza to, iż związek między egzekwowalnością a prawem nie jest koniecznym związkiem definicyjnym, lecz raczej empirycznym.

Formalne kryterium obowiązywania miękkiego prawa oznacza, iż są takie normy, które nie mieszczą się w katalogach źródeł prawa i zostały wydane w odpowiedniej formie w przypadku instrumentów formalnych lub istnieje przeświadczenie, że ma ono charakter normatywny (*opinio iuris*) w przypadku instrumentów nieformalnych. Stanowisko to wymaga komentarza.

Po pierwsze, badanie może się odbywać na wiele sposobów. W przypadku samoregulacji samo stworzenie nieformalnego instrumentu może być dowodem. W przypadku instrumentów koregulacji i regulacji konieczne jest dodatkowe

³⁸ G. Teubner, *Konstytucjonalizm społeczny. Alternatywy dla teorii konstytucyjnej nakierowanej na państwo*, Wykład im. Leona Petrażyckiego, WPiA UW, 27.05.2004 r.

³⁹ G.G. Howells, op.cit., s. 316.

⁴⁰ J. Klabbers, op.cit., s. 998.

⁴¹ Ch. Inglese, *Soft law?*, „Polish Yearbook of International Law” XX (1993), s. 81–86.

⁴² W. Witteven, B. van Klink, *Why Is Soft Law really Law? A Communicative Approach to Legislation*, <http://rechten.uvt.nl/bartvanklink/softlaw.pdf>, s. 1–2.

⁴³ P. Nonet, P. Selznick, *Law and Society in Transition: Towards Responsive Law*, New York – Hagerstown – San Francisco – London 1978. Por. także E. Kustra, *Współczesne próby przewyższania antynomii pozytywizmu prawniczego oraz prawa natury w wyjaśnieniu idei prawa*, w: *Teoria prawa, filozofia prawa, współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 111–121.

badanie wśród adresatów norm. Tu mogą być potrzebne deklaracja lub zgoda każdego z adresatów albo wystarczy tylko członkostwo w organizacji, której organy stworzyły dany instrument. Możliwe jest także dorozumienie czy też domniemanie *opinio iuris*. Powoduje to, iż niektórzy nazywają miękkie prawo prawem opcjonalnym⁴⁴. Moim zdaniem należy założyć, iż opcja na miękkie prawo może być wyrażona w różny sposób.

Po drugie, rzuca się w oczy podobieństwo tego kryterium miękkiego prawa do kryteriów stosowanych w zakresie ustalania obowiązującego prawa zwyczajowego. O analogii między nimi była już mowa. Przesłanka istnienia określonej praktyki w przypadku prawa zwyczajowego jest jednak zastąpiona wymogiem istnienia pisanego tekstu. Prawo zwyczajowe jest tworzone w sposób spontaniczny i długotrwały, miękkie prawo natomiast – w sposób intencjonalny i celowościowy. Oba jednak mają podobną racjonalizację, polegającą na autonomicznej samoregulacji podsystemów społecznych.

5. Funkcje miękkiego prawa

Funkcje miękkiego prawa można podzielić na funkcje normatywne i społeczne. Funkcje normatywne to funkcje, „których istota tkwi w samym prawie, które wynikają z normatywnej istoty prawa”⁴⁵, będą więc najczęściej rozumiane jako cel albo rola miękkiego prawa. W funkcjach społecznych prawa „zakłada się ich oddziaływanie »na zewnątrz«, tzn. na realnie egzystujące osoby lub rzeczy”⁴⁶, a więc rozumiane są przede wszystkim jako skutek.

Punktem wyjścia w zakresie funkcji społecznych miękkiego prawa może być powyższe wyliczenie gałęzi i działów prawa, a więc pośrednio obszarów życia społecznego, w których miękkie prawo występuje. Zazwyczaj charakteryzuje się ono, po pierwsze, skomplikowaniem, zarówno technicznym, jak i aksjologicznym, uniemożliwiającym tradycyjną regulację⁴⁷; po drugie – brakiem konsensusu co do potrzeby i środków regulacji; po trzecie – istnieniem podmiotów zdolnych podjąć wysiłek zmierzający do stworzenia norm i, po czwarte, zor-

⁴⁴ T. Kozłowski, *Spór o obecne pojęcia prawa*, materiał powielony, s. 19–20.

⁴⁵ I. Bogucka, *Funkcje prawa. Analiza pojęcia*, Kraków 2000, s. 95–96.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 95.

⁴⁷ W. Witteven, B. van Klink, *op.cit.*, s. 14.

ganizowaniem i dojrzałością⁴⁸. Są to więc obszary, w których nie można się spodziewać sukcesów tradycyjnej legislacji. Takie granice prawa wytyczają współcześnie trzy zjawiska. Prawo nie jest w stanie nadążyć za zmianami życia społecznego, regulować rzeczywistości globalnej oraz zastępować innych norm społecznych, takich jak moralność czy obyczaje, które we współczesnych społeczeństwach ulegają rozpadowi.

Sukces miękkiego prawa oparty jest przede wszystkim na jego charakterystycznej relacji do społeczeństwa, innej niż w tradycyjnej legislacji⁴⁹. Jest to bowiem **legitymizacja oparta nie na formalizmie, lecz na kompromisie** i zgodzie⁵⁰. Gwarantuje to jego przestrzeganie bez potrzeby sformalizowanych procedur egzekwowania i sankcjonowania. Paradoksalnie, wątpliwość konsekwencji naruszenia norm powoduje ich efektywność. Miętkość sankcji powoduje, iż miękkie prawo łatwo się tworzy, uchyla i zmienia⁵¹. Cechy te z kolei umożliwiają zawarcie kompromisu, który w formach tradycyjnej legislacji nie byłby możliwy. Samo odejście od formalizmu jest poszukiwaniem kompromisu⁵². W pewien sposób miękkie prawo generuje więc kompromis, który jest podstawą jego legitymizacji. Jest ono „doskonałą formą współpracy; dopuszcza krok do przodu, bo nie uniemożliwia kroku do tyłu”⁵³. W pewnym sensie jest ono kompromisem między wolnością (suwerennością) a porządkiem (sterowaniem, współpracą)⁵⁴. Stąd charakteryzuje się je jako elastyczne⁵⁵, rozwojowe⁵⁶ czy dynamizujące⁵⁷. Wskazuje się, że jest ono tańsze od tradycyjnej legislacji⁵⁸ i może się stać dostępne dla ubogich⁵⁹, choć niektórzy uważają to jednak za mit⁶⁰.

⁴⁸ Lex Fori for Health & Consumer Protection DG, op.cit., s. 8.

⁴⁹ Ch. Inglese, op.cit., s. 87-88.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ M. Bothe, op.cit., s. 90-92; G.G. Howells, op.cit., s. 312; R. Bierzanek, op.cit., s. 105.

⁵² J. Klabbers, op.cit., s. 1022-1023.

⁵³ „[...] provide an ideal form of cooperation; they permit a step forward because they do not prevent steps backward” – F. Roessler, op.cit., s. 54.

⁵⁴ M. Bothe, op.cit., s. 90-92; F. Roessler, op.cit., s. 41-45. Por. A. Jurcewicz, op.cit., s. 119.

⁵⁵ M. Bothe, op.cit., s. 90-92.

⁵⁶ *Soft law and the consumer interest...*, s. 4.

⁵⁷ G.M. Borchardt, K.C. Wellens, op.cit., s. 302-304.

⁵⁸ *Soft law and the consumer interest...*, s. 4; G.G. Howells, op.cit., s. 313.

⁵⁹ *Soft law and the consumer interest...*, s. 4.

⁶⁰ G.G. Howells, op.cit., s. 316; *Soft law and the consumer interest...*, s. 17-18

Powyższe rodzi jednak wątpliwości. Po pierwsze, w przypadku instrumentów regulacji dominującym motywem postłużenia się miękkim prawem nie jest jego szczególna legitymizacja, lecz czysta użyteczność. Należy zauważyć, iż wartości te nie są ze sobą w konflikcie z definicji. Bezsensowne są bowiem zarówno te instrumenty miękkiego prawa, które są legitymizowane, lecz nieprzydatne, jak i te przydatne, lecz nielegitymizowane, ponieważ oba ostatecznie są nieefektywne. W przypadku regulacji kompromis i legitymizacja jako alternatywa dla formalizmu są osiągane metodami swoistego odgadywania akceptowalnych dla wszystkich rozwiązań. Takie odgadywanie oparte jest zazwyczaj na rozległych studiach i analizach, stąd instrumenty regulacji obce są raczej w zbiurokratyzowanych strukturach.

Po drugie, zarzuca się miękkiemu prawu, że jest niesprawiedliwe w sensie proceduralnym, a jego dobrowolność pozostaje poza zasięgiem regulacji najgorszych i najlepszych⁶¹. Uwzględnia ono tylko nieliczne interesy, głównie podmiotów zaangażowanych w jego tworzenie, rzadko natomiast uwzględniany jest interes podmiotów słabszych i interes publiczny. Przykładem mogą być wszelkie kodeksy tworzone przez profesjonalistów w interesie klientów (pacjentów)⁶², które mogą się stać „przykrywką” dla ograniczenia konkurencji i praw konsumentów⁶³. W tym zakresie wskazuje się, iż powinny być one tworzone w interesie publicznym⁶⁴ w odpowiednim otoczeniu instytucjonalnym, które powinno stwarzać warunki samoregulacji czy koregulacji (dobrowolne lub obowiązkowe zrzeczenia) przez włączenie podmiotów określanych jako *shareholders* i *stakeholders*, transparentność i odpowiedni poziom informacji wszystkich zainteresowanych⁶⁵ oraz rozdzielenia ról adresatów, twórców i egzekutorów norm tylko w zakresie koniecznym do zwalczania ewentualnej korupcji.

⁶¹ *Soft law and the consumer interest...*, s. 12.

⁶² *Ibidem*, s. 16–17.

⁶³ G.G. Howells, *op.cit.*, s. 316–317. Por. w tym zakresie doświadczenia polskie dotyczące ograniczenia konkurencji przez kodeksy etyki zawodowej notariusza (uchwała Krajowej Rady Notarialnej Nr 19/97 z dnia 12 grudnia 1997 r.); Decyzja Prezesa UOKiK Nr DDF – 31/2001 z dnia 20 maja 2002 r., DDF2-59/6/01/AI oraz wyrok SOKiK z dnia 14 maja 2003 r., XVII Ama 55/02.

⁶⁴ R.T. De George, *Business Ethics*, New York – London 1990; por. R. Sarkowicz, *Amerykańska etyka prawnicza*, Kraków 2004, s. 42–43; I. Bogucka, *Zagadnienia tworzenia i funkcjonowania etycznych standardów zawodów prawniczych*, w: *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowuckiego*, red. I. Bogucka, Z. Tobor, Kraków 2003, s. 12–16.

⁶⁵ *Lex Fori for Health & Consumer Protection DG*, *op.cit.*, s. 4–7.

Miękkie prawo często tworzone jest wskutek oddolnej aktywności obywatelskiej, ma więc znaczenie dla funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego. Dlatego poza funkcją regulacyjną pełni ono funkcję **wspólnototwórczą**. Jest to możliwe dzięki temu, iż, po pierwsze, wyraża ono wartości, które są dla istniejącej bądź dopiero powstającej wspólnoty ważne, dynamizując te procesy⁶⁶. Po drugie, umożliwia włączanie do wspólnot podmiotów, nie formalizując lub nie zmieniając różnic ich statusu lub prestiżu⁶⁷. Po trzecie, ze względu na nie konstytuowana jest realna wspólnota interpretacyjna⁶⁸. Po czwarte, przestrzeganie norm bez groźby sankcji buduje wzajemne zaufanie członków wspólnoty oraz otoczenia do wspólnoty⁶⁹. Po piąte, miękkie prawo pozwala uruchomić komunikację opartą na normach, co pozwala rozwiązywać sytuacje, w których wszyscy są zakładnikami niewiedzy i nieufności (dylemat więźnia), co jest szczególnie ważne w stosunkach międzynarodowych⁷⁰.

We wspólnotach (*Gemeinschaft*), w odróżnieniu od zrzeżeń (*Gesellschaft*), normy funkcjonują w organicznej społeczności, w której zacierają się granice między prawem, moralnością i polityką, są bardziej spontaniczne, oparte na tradycji⁷¹. Występuje monizm normatywny, zazwyczaj w formie prawa zwyczajowego. Być może dziś, już w nowych formach, następuje powrót tego sposobu życia zbiorowego, który w Europie zniknął wraz z rewolucją przemysłową, a prawo zwyczajowe, które zanikło wraz z wielkimi kodyfikacjami, zastępowane jest miękkim prawem⁷². W krajach anglosaskich, szczególnie w USA, istnienie tradycyjnych wspólnot nigdy nie zostało do tego stopnia ograniczone, dlatego też miękkie prawo ma tam dłuższą historię i bardziej przyjazny grunt.

Globalne problemy generują potrzebę globalnej regulacji, której stworzeniu często stoi na przeszkodzie pluralizm kulturowy oraz duże nierówności. Dlatego inkluzja, wspólnota interpretacyjna, zaufanie i komunikacja to warunki umożliwiające taką regulację. Jeśli regulacja ta „ma to być prawo we współczesnym rozumieniu tego słowa, [...] musi ono zawierać w sobie ideę rządów prawa,

⁶⁶ Por. W. Witteven, B. van Klink, op.cit., s. 4, którzy funkcję tę nazywają ekspresyjną.

⁶⁷ M. Bothe, op.cit., s. 90–92; F. Roessler, op.cit., s. 53.

⁶⁸ W. Witteven, B. van Klink, op.cit., s. 4.

⁶⁹ H. Hildenberg, op.cit., s. 501.

⁷⁰ Ibidem, s. 501–502.

⁷¹ H. Izdebski, op.cit., s. 81–82.

⁷² O miękkim prawie jako przesłance współczesnego prawa zwyczajowego por. H. Hildenberg, op.cit., s. 513–514; R. Bierzanek, op.cit., s. 100; G.J.H. van Hoof, op. cit., s. 181–184.

czyli równych standardów dla wszystkich uczestników globalnej wymiany. Wydaje się, iż w obecnej sytuacji standardy te mogą istnieć jedynie jako jednostronne zobowiązania przyjmowane na siebie przez społeczeństwo globalne [...]. To upodabniałoby go raczej do systemu etycznego niż prawnego⁷³. Możliwe staje się globalne sterowanie (*global governance*)⁷⁴ jako sposób organizowania, stymulowania i kontrolowania opartego na wykonywaniu zadań publicznych przez społeczeństwo obywatelskie⁷⁵ za pomocą różnego rodzaju norm, nakierowane na tworzenie ładu, a więc porządku, który nie jest tylko neutralnymi ramami organizacyjnymi, lecz ma podstawy aksjologiczne. Sterowanie nastawione jest na rozwój, a wytwarzany przez nie ład ma być dynamiczny i nieustannie dostosowujący się do otoczenia.

Funkcje normatywne miękkiego prawa należy rozpatrywać przede wszystkim w odniesieniu go do tradycyjnej legislacji. W stosunku do niej miękkie prawo może być **uzupełnieniem**⁷⁶ lub **alternatywą**⁷⁷. Uzupełnianie odbywa się przede wszystkim przez stosowanie miękkiego prawa przez sędziów przy podejmowaniu decyzji na podstawie odesłań pozasystemowych (np. do dobrych obyczajów handlowych, etyki zawodowej itp.). Howells twierdzi, iż sędzia wobec

⁷³ A. Bator, W. Gromski, S. Kaźmierczyk, A. Kozak, *Integracja i globalizacja z perspektywy filozofii prawa*, w: *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 21. Por. także *Global Governance...*, s. 416.

⁷⁴ Innym przykładem związku miękkiego prawa ze sterowaniem może być *corporate governance*. Na temat *corporate governance* por. M. Bucholc, K. Karasiewicz, *Kodeksy corporate governance w europejskim obrocie prawnym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 8; M. Furtek, W. Jurcewicz, *Corporate governance – ład korporacyjny w spółkach akcyjnych*, ibidem, 2002, nr 6; I. Karasek, A. Waclawik, *Polski kodeks corporate governance – mechanizmy wdrażania i egzekwowania*, ibidem, 2002, nr 7; T. Kozłowski, *Corporate Governance in Poland – Position within the Polish Legal System*, materiały z konferencji Polish-British Chamber of Commerce, Warszawa 2003; M. Lutter, *Corporate governance w Niemczech i w Europie*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 4; M. Masny, *Zarządzanie ryzykiem jako wymóg corporate governance*, ibidem, 2002, nr 9; M. Wiktorowicz, *Dobre praktyki w spółkach (corporate governance)*, „Prawo Spółek” 2003, nr 10.

⁷⁵ H. Izdebski, *Introduction to public administration and administrative law*, rękopis, s. 16.

⁷⁶ *Soft law and the consumer interest...*, s. 5–6; F. Beveridge, S. Nott, op.cit., s. 293–294.

⁷⁷ Może ona przybrać postać addycji (*addition*), czyli trwałego regulowania w obszarach nigdy inaczej nieregulowanych, zastępowania (*replacemnt*), czyli wprowadzenia miękkiego prawa w miejsce twardego, oraz protoprawa (*proto-law*), czyli być sytuacją odwrotną: miękkim prawem jako poprzednikiem twardego. *Soft law and the consumer interest...*, s. 5–6. F. Beveridge, S. Nott, op.cit., s. 293–294. Inaczej M. Cini, op.cit., s. 5–7. Według tego autora miękkie prawo można podzielić na będące alternatywą i drogą do prawa twardego. Jednak posłużenie się miękkim prawem w celu późniejszej jego zamiany na twarde jest także wykorzystaniem alternatywnej metody regulacji, mimo iż być może jest warunkowe i ograniczone w czasie.

odesłania, jak i wobec innych form klauzul generalnych, może postąpić w dwójaki sposób: może zachować wstrzeźliwość albo stać się regulatorem społecznym. Postępując według pierwszego sposobu, nie rozwiąże problemów, do których jest powołany. Postępując według drugiego, wkracza w politykę i niszczy autonomię oraz neutralność prawa. Wyjście z tej pułapki upatruje autor w wypełnianiu klauzul generalnych przez miękkie prawo⁷⁸. Jest to stanowisko pośrednie między skrajnym obiektywizmem i subiektywizmem – uelastycznia prawo, nie przenosząc kompetencji prawotwórczych na władzę sądowniczą. Jest zabezpieczeniem przed nadużyciem odesłań, nie likwidując ich.

Stosowanie miękkiego prawa jako alternatywy dla tradycyjnej legislacji ma kilka aspektów. Po pierwsze, może być uważane za sposób realizacji zasad demokracji i pomocniczości. Przykładowo, w celu zapobieżenia nicustannemu deficytowi demokracji w organach Wspólnot Europejskich – traktatem z Maastricht wprowadzono do prawa pierwotnego szeroko rozumianą, a więc obejmującą także proporcjonalność, zasadę subsydiarności. Oznacza to, iż efektywnej regulacji danej materii należy dokonywać najmniej „inwazyjną” metodą, a więc dawać pierwszeństwo dyrektywom przed rozporządzeniami, a miękkiemu prawu przed twardym prawem⁷⁹. Doprowadziło to jednak do omijania ograniczeń kompetencyjnych, proceduralnych i formalnych; miękkie prawo wymknęło się spod kontroli, a więc zasada subsydiarności, przynajmniej częściowo, odniosła skutek odwrotny do zamierzonego⁸⁰.

Po drugie, miękkie prawo może być odpowiedzią na kryzys prawa przejawiający się w jego inflacji⁸¹. Według tej koncepcji aktywne społeczeństwo obywatelskie jest jedyną alternatywą dla zabijającego spontaniczne relacje społeczne, opartego na inżynierii społecznej nadmiaru regulacji. Dyskusyjne pozostaje, czy miękkie prawo jest narzędziem, czy też alternatywą (Teubner)⁸² dla tzw. deregulacji.

⁷⁸ G.G. Howells, *op.cit.*, s. 317–320.

⁷⁹ A. Jurcewicz, *op.cit.*, s. 112–113.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 114.

⁸¹ *Lex Fon for Health & Consumer Protection DG*, *op.cit.*, s. 1.

⁸² G.G. Howells, *op.cit.*, s. 313–315.

6. Miękkie prawo a system prawny

W zakresie stosunku tak rozumianego miękkiego prawa do systemu i porządku prawnego nasuwającą się koncepcją jest pluralizm prawny, który nie jest czymś nowym, zarówno w funkcjonowaniu prawa, jak i w prawoznawstwie, a zlikwidowany został, podobnie jak prawo zwyczajowe, wskutek ruchu kodyfikacyjnego. Współcześnie pluralizm prawny występuje jako skutek recepcji. Pluralizm ten można jednak różnie rozumieć: po pierwsze – jako współistnienie różnych porządków prawnych; po drugie – jako funkcjonowanie różnych systemów w ramach jednego porządku i, po trzecie, jako funkcjonowanie w ramach jednego porządku prawnego jednego systemu oraz norm na jego obrzeżach. Aby kwestię tę rozstrzygnąć, należy rozważyć, czy normy miękkiego prawa tworzą system. Jeśli nie, to dwie pierwsze możliwości są nie do przyjęcia.

Wydaje się, iż w rozumieniu systemu statycznego nie ma większych przeszkód, aby drogą logicznych operacji osiągnąć stan spójności i zupełności miękkiego prawa, aczkolwiek należy zauważyć, że spójność w sensie logicznym może doprowadzić do niespójności w sensie aksjologicznym. Ta ostatnia w przypadku miękkiego prawa jest szczególnie ważna, aby mogło ono poprawnie wypełniać swoje funkcje. Zapobiegać temu mogłoby przyjęcie, że miękkie prawo tworzy hierarchiczny system oparty na relacjach dynamicznych. Trudno jednak o takich relacjach mówić, bardzo rzadko bowiem dochodzi do kompleksowego rozwoju miękkiego prawa i różnicowania norm przez ich hierarchizację i wykształcanie się norm konstytucji. Należy zauważyć, iż reguły wtórne miękkiego prawa zawarte są zazwyczaj w tradycyjnej legislacji. Zawiera ona normy kompetencyjne do tworzenia i stosowania instrumentów miękkiego prawa, ustanawia formy miękkiego prawa i w zasadzie tylko dlatego można je wyróżnić. To powoduje, że normy miękkiego prawa same nie tworzą systemu, funkcjonując jedynie na obrzeżach systemu prawnego.

Jednakże stosowanie twardego prawa jako reguł wtórnych nie jest pozbawione kontrowersji. Trudno bowiem znaleźć podstawy do rozstrzygnięcia, czy takie stosowanie powinno mieć miejsce. Przyjęcie, że wystarczającą podstawą normatywną może być norma twardego prawa, generuje od razu pytanie o podstawę zastosowania do miękkiego prawa właśnie tej normy, trudno bowiem przyjąć, iż może być ona sama dla siebie podstawą. Nie rozwiązuje tego problemu ani odwołanie się do różnych poziomów języka normatywnego, ponieważ pro-

wadzi to do regresu w nieskończoność, ani stwierdzenie, że jest to „wygodne i rozsądne”⁸³.

7. Perspektywy miękkiego prawa w Polsce

Termin „miękkie prawo” znany jest nielicznemu gronu prawników, głównie zajmujących się prawem międzynarodowym i europejskim. Na poziomie prawa krajowego brakuje szerszej refleksji na ten temat. W konsekwencji praktyka, która często przypomina to, co nazwalibyśmy miękkim prawem, ma miejsce bez jasnych podstaw konceptualnych i odbywa się raczej po omacku. Przykładem użyteczności koncepcji miękkiego prawa mogą być konflikty wokół tzw. kodeksów etyki zawodowej.

W ostatnich latach konflikt ten wystąpił w Polsce kilkakrotnie. W zawodach prawniczych dotyczył przede wszystkim tajemnicy zawodowej i został w dużym stopniu zażegnany wskutek reformy postępowania karnego, choć nie zlikwidowało to całkowicie istniejących napięć. Bardziej nośny był jednak spór wokół etyki lekarskiej, ponieważ zakres kontrowersyjnych i zarazem doniosłych społecznie kwestii jest w tym wypadku o wiele szerszy. Obejmuje on bowiem np. dokonywanie zabiegów przerywania ciąży czy przeprowadzanie eksperymentów medycznych. Z jednej strony ustawodawstwo gwarantowało więc dostęp do zabiegów przerywania ciąży, a z drugiej przeprowadzania takich zabiegów zabraniał lekarzom kodeks etyki lekarskiej. Wśród ostrych dyskusji publicznych na ten temat sprawa tej i innych niezgodności między ustawami a kodeksem została rozstrzygnięta przez Trybunał Konstytucyjny⁸⁴.

Trybunał uznał, iż kodeks etyki lekarskiej nie ma charakteru aktu prawnego, ponieważ „normy zawarte w Kodeksie etyki lekarskiej mają charakter norm deontologicznych, a nie norm należących do zakresu administracji państwowej”. Trybunał przyjął, że normy kodeksu etyki lekarskiej dookreślają przepisy upoważniające do jego wydania i postanowił zasygnalizować Sejmowi RP sprzeczność pomiędzy tak dookreślonymi przepisami a przepisami ustaw. Konstrukcja dookreślania norm prawnych przez normy kodeksów etyki zawodowej nie znalazła uznania nawet wśród samego składu orzekającego TK, zgłoszono bowiem

⁸³ O. Schachter, *op.cit.*, s. 300-303.

⁸⁴ Postanowienie TK z dnia 7 października 1992 r., U 1/92.

aż cztery zdania odrębne, różnie uzasadniając, iż kodeks etyki lekarskiej jest jednak aktem normatywnym, należy do systemu prawnego i jako taki podlega kognicji Trybunału Konstytucyjnego.

Argumentacja zdań odrębnych znalazła uznanie nauki prawa, która także stanęła na stanowisku bezpieczeństwa prawnego i podejścia systemowego⁸⁵, dzięki czemu zakorzeniła się ona w podejściu do kodeksów etyki zawodowej w Polsce. Podważyła ją zmiana stanu konstytucyjnego w 1997 r. i zamknięcie katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego; nie można bowiem w dalszym ciągu rozsądnie bronić stanowiska, iż kodeksy deontologiczne są przepisami wykonawczymi. Nadal jednak próbuje się pójść wytyczoną drogą w 1992 r. Czyni się to na dwa sposoby. Po pierwsze, uznaje się, iż kodeksy etyki zawodowej mają obecnie po prostu nielegalny charakter. Jak twierdzi jeden z autorów, „[...] normy konstytucyjne w ogóle nie dopuszczają dzisiaj możliwości funkcjonowania kodeksu w dotychczasowym kształcie i przypisywanej mu randze [...]”⁸⁶. Jednym z powodów przyjęcia takiego stanowiska jest fakt, iż kodeks wkracza w materię zarezerwowane dla ustaw i rzeczywiście przez ustawy regulowane⁸⁷. Rozwiązanie takie czyni jednak iluzorycznym jakiegokolwiek mówienie o samoregulacji. Powoduje rezygnację z autonomii określonego podsystemu społecznego, całość decyzji o jego funkcjonowaniu pozostawiając legislatywie. Warto także zaznaczyć, iż pogląd ten został sformułowany przy okazji kolejnej burzliwej dyskusji nad zmianami kodeksu etyki lekarskiej. Po drugie, można próbować udowodnić tezę, że kodeksy etyki zawodowej mają charakter aktów prawa wewnętrznego. W tym wypadku katalog źródeł prawa jest otwarty. Ma to tę zaletę, że akty prawa wewnętrznego muszą być wydawane na podstawie ustawy i być zgodne z prawem powszechnie obowiązującym, zachowane są więc wymogi bezpieczeństwa prawnego. Należy jednak zauważyć, iż w stanowisku tym kryją się poważne zagrożenia dla tegoż bezpieczeństwa. Konstytucja stanowi bowiem, iż te tzw. interna „obowiązują tylko jednostki organizacyjnie podległe organowi wydającemu te akty”⁸⁸. Można mieć poważne wątpliwości, czy stosunek między

⁸⁵ F. Siemiński, *Jak daleko nam do państwa prawa? Pytania na marginesie postanowienia U 1/92 Trybunału Konstytucyjnego*, <http://www.kfl.ho.pl/pub/1011.htm>; A. Wasilewski, *Aktualizacja porządku prawnego – potrzeby i rygory*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 5, s. 11–13.

⁸⁶ J. Wyrembak, *Kodeks etyki lekarskiej a system prawa*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 10, s. 44.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 41.

⁸⁸ Art. 93 ust. 1 Konstytucji RP.

członkami i organami samorządu zawodowego to organizacyjna podległość, ponieważ celem samorządu zawodowego jest tylko reprezentowanie osób wykonujących dany zawód oraz sprawowanie pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu⁸⁹. Jeśli nawet zaakceptować, że z celów samorządu zawodowego wynika taki, a nie inny stosunek pomiędzy jego członkami i organami, to powstaje pytanie, na ile cele te są odmienne od innych rodzajów samorządów, np. samorządu terytorialnego. Rozumowanie to pokazuje, iż także w odniesieniu do prawa wewnętrznego należy zachować dużą powściągliwość w interpretacji przesłanek jego tworzenia.

Powyższa rekonstrukcja polskich sporów o deontologię zawodową nasuwa kilka uwag. W dyskusji reprezentowane są w zasadzie tylko dwa stanowiska, które można scharakteryzować jako monistyczne i dualistyczne. Monizm należy w tym wypadku rozumieć jako pogląd uznający prawo za jedyną kategorię normatywną, która może regulować dyskutowane materie. Nie wyklucza ono istnienia także innych rodzajów norm, ale jeśli prawo pozytywnie nakazuje regulować lub reguluje określony obszar społeczny, to odrzucić należy inne normy w tym zakresie. Każde odwołanie się do norm innych niż prawne oznacza ich włączenie do systemu prawnego. Stworzenie kodeksu etyki zawodowej oznacza więc jurydyzację tej etyki⁹⁰. Dualizm natomiast zakłada istnienie, oprócz prawa, drugiego systemu normatywnego. Różnie bywa on definiowany – jako moralność lub etyka, ale także jako normy prawa naturalnego. Od monizmu różni się, najogólniej rzecz ujmując, tym, iż odesłanie do innych norm niż prawne nie powoduje zatracenia ich tożsamości i inkorporacji do systemu prawnego. Zamiast jurydyzacji oznacza to po prostu istnienie swoistych związków funkcjonalnych⁹¹. W omawianym powyżej orzeczeniu, przyjmując oryginalną konstrukcję dookreślania norm prawnych przez normy etyczne, Trybunał Konstytucyjny stanął na takim właśnie stanowisku.

Stanowiska te można przełożyć na dyskusję o deontologii w jeszcze inny sposób. Otóż moniści twierdzą, że przyjęcie przez organizację zawodową określonego kodeksu ma charakter konstytutywny i tworzy normy prawne. Dualiści natomiast głoszą, iż takie przyjęcie ma charakter deklaratoryjny w stosunku do

⁸⁹ Art. 17 ust. 1 Konstytucji RP.

⁹⁰ P. Rączka, *Nadzór nad samorządem zawodowym*, Toruń 1999, s. 70–75.

⁹¹ Por. H. Jankowski, *Prawo i moralność*, Warszawa 1968. W. Lang, *Prawo i moralność*, Warszawa 1989.

norm etycznych. Moim zdaniem oba poglądy są nieprawdziwe i prowadzą do komplikacji praktycznych. Oba bowiem eliminują kodeks etyczny jako źródło norm. Pierwsze – bo prowadzi do nielegalności kodeksu, jeśli nie mieści się on w katalogu źródeł prawa. Drugie – bo prowadzi do nieetyczności kodeksu w wypadku zawarcia w nim wskutek błędu określonych treści. Problemy te rozwiązuje uznanie normotwórczej funkcji kodeksu i zaliczenie go do instrumentów miękkiego prawa. Umożliwia to ocenę treści kodeksu z punktu widzenia zgodności z normami zarówno prawnymi, jak i etycznymi, nie przyznaje się więc organizacji zawodowej ani kompetencji do tworzenia twardego prawa, ani patentu na odkrywanie norm etycznych. Do takiego kodeksu zastosowanie ma wszystko, co do tej pory zostało powiedziane o funkcjach, tworzeniu i stosowaniu miękkiego prawa.

8. Podsumowanie

Miękkie prawo powinno przyjąć się w Polsce, nie tylko dlatego, że mamy z nim do czynienia jako członek Unii Europejskiej oraz społeczności międzynarodowej w ogóle. Także dlatego, iż w praktyce mamy do czynienia z wieloma kontrowersjami wokół aktów o niejasnym statusie normatywnym. Same spory wokół kodeksów deontologicznych powinny być wystarczającym argumentem, pamiętać jednak należy, iż w związku z przemianami współczesnego świata po instrumenty miękkiego prawa będą sięgać zarówno instytucje społeczeństwa obywatelskiego, jak i organy oraz podmioty administracji publicznej. Warunkiem jego poprawnego funkcjonowania jest jednak odpowiednie środowisko. Muszą istnieć rozwinięta kultura prawna i społeczeństwo obywatelskie. Potrzebni są dobrze zorganizowani partnerzy społeczni, a przede wszystkim wola państwa oddawania zadania normotwórstwa podsystemom społecznym. Może to zapobiec skorumpowaniu miękkiego prawa i uczynieniu z niego narzędzia dominacji i hipokryzji.