

MICHAŁ STĘPIEŃ

POZYTYWNY NIEPOZYTYWIZM PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO PUBLICZNEGO

Pozytywizm prawniczy zakłada, że prawo jest skutkiem wyraźnej praktyki społecznej lub decyzji instytucjonalnej; odrzuca on romantyczną i niejasną ideę legislacji jako produktu ukrytej woli zbiorowej.

R.M. Dworkin: *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, tytuł oryginału: *Taking Rights Seriously*, Warszawa 1998, s. 7.

Pozytywizm prawniczy ma zbyt długą historię by mogła to być koncepcja jednolita. Tym niemniej, upraszczając, można stwierdzić, iż założeniem pozytywizmu prawniczego jest możliwość precyzyjnego określenia, czy prawo obowiązuje. Jednocześnie prawo w koncepcjach pozytywistycznych poznawane jest, jako obiektywna rzeczywistość – w tym sensie poznanie treści prawa nie nastęrcza żadnych przeszkód¹. To co pozytywne jest bowiem realne, nie zaś urojone². Dlatego w ujęciu dogmatycznym pozytywizm jest niezwykle tekstocentryczny. Prawem są akty normatywne stanowione przez suwerena. Stosowanie prawa jest zabiegiem niemal automatycznym. Proces stosowania prawa sprowadza się jedynie to wydania decyzji jednostkowej, która „ściśle wynika” (w oparciu o formalno-dogmatyczną metodę egzegezy tekstów prawnych³) z obowiązującego aktu normatywnego. Takie podejście jest atrakcyjne pod wieloma względami dla dogmatyki prawa.

Utożsamienie prawa z aktem normatywnym, przynajmniej pozornie, ułatwia wiele kwestii. Dotyczy to, przede wszystkim, możliwości poznawania prawa. Każdy, w sposób bezpośredni, opierając się na kompetencji językowej dotyczącej języka naturalnego, w jakim zostały wyrażone akty normatywne suwerena, może dowiedzieć się co jest obowiązującym prawem – jakie normy prawne go obowiązują. Takie stanowisko zupełnie jednak pomija, iż język w jakim wyrażona jest wola suwerena – akty normatywne przez niego ustanowione – nie jest niezależny od podmiotu. Idealizacyjnym jest założenie, iż język jest medium neutralnym, tj. wyrażającym obiektywnie treść prawa.

Okazuje się jednak, iż decyzje stosowania prawa nie są podyktowane jedynie treścią aktów normatywnych. Poznanie treści prawa wymaga jego interpretacji. Ponadto teksty

¹ M. Zirk-Sadowski, *Pozytywizm prawniczy a filozoficzna opozycja podmiotu i przedmiotu poznania* [w:] *Studia z filozofii prawa*, red. J. Stelmach, Kraków 2001, s. 83 i n.

² A. Comte, *Rozprawa o duchu filozofii pozytywnej*, Kęty 2001, s. 39.

³ J. Wróblewski, *Paradygmat dogmatyki prawa a prawoznawstwo* [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990, s. 37.

aktów normatywnych częstokroć odwołują się do pojęć pozaprawnych. Świetnym przykładem ilustrującym ten problem jest art. 5 k.c. zgodnie z którym „[n]ie można czynić ze swego prawa [podmiotowego] użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego”. Doprawdy, niezwykle optymistyczne jest założenie, iż stosowanie prawa nie będzie w takim przypadku opierać się na odwołaniu się do apriorycznie przyjętego systemu wartości. To otwarcie się na pewną aksjologię samo w sobie nie musi prowadzić do zaprzeczenia obiektywizmu prawa⁴.

Problem ten stara się rozwiązać nowoczesny pozytywizm. Jego przykładem może być np. koncepcja prawa przedstawiona przez H. L. A. Harta. Uwzględnia ona niedoskonałość języka, jako medium wyrażania prawa. H. L. A. Hart określa to mianem otwartej tekstowości prawa. Próba przezwyciężenia tego zjawiska prowadzi niechybnie do kazuistycznego tworzenia prawa, lecz takie lekarstwo gorsze jest od choroby, którą ma leczyć – „ludscy prawodawcy nie mogą posiadać wiedzy o wszystkich możliwych kombinacjach okoliczności, które mogą pojawić się w przyszłości”⁵.

O ile problem neutralnej aksjologicznie i niedyskrecjonalnej wykładni tekstów aktów normatywnych stanowić może z punktu widzenia praktyki stosowania prawa piętę achillesową pozytywistycznej koncepcji prawa, to już koncepcja źródeł prawa stanowi o jej sile. Ujęcie stosowania prawa, jako czynności poznawczej zakłada, iż bezsporna jest kwestia obowiązywania. Oczywiście to również jest przejawem myślenia życzeniowego, tym niemniej w sporej ilości przypadków okazuje się być zadowalające. Zawsze istnieje pewien problem, przez wielu traktowany pejoratywnie jako „teoretyczny”, z ostateczną podstawą obowiązywania prawa.

J. Austin za prawo uważał więc akty woli suwerena⁶. Ponadto ów akt woli suwerena by być uznanym za prawo poparty musi być sankcją – przymusem⁷ – względem jego podmiotom. H. L. A. Hart za podstawę obowiązywania prawa (a dokładnie reguł pierwotnych, tj. „reguł nieostatecznych”) wskazuje regułę uznania, która służy identyfikacji reguł pierwotnych. Reguła uznania z kolei swoją moc obowiązującą czerpie ze społecznej akceptacji⁸. W pozytywistycznej koncepcji J. Austina również zawarty jest element koniecznej społecznej akceptacji – suweren (rozumiany jako część społeczeństwa⁹) nie musi być akceptowany wewnątrznie – wystarczy, że społeczeństwo jest mu posłuszne.

Poszczególne odmiany pozytywizmu prawniczego znacznie różnią się między sobą. Przedstawione wyżej w zarysie dwie koncepcje uosabiają to, co określić można mianem „pozytywizmu pierwotnego” i „pozytywizmu wyrafinowanego”. Z punktu widzenia nauki prawa międzynarodowego niektóre różnice między poszczególnymi odmianami pozytywizmu zdają się być szczególnie doniosłe. Mianowicie tzw. „pierwotny pozytywizm” może prowadzić do negacji prawa międzynarodowego. Okazuje się, iż pojęcie prawa wedle tych koncepcji nie obejmuje prawa międzynarodowego. Tak więc np. według J. Austina

⁴ W ujęciu dogmatyki prawa wykładnia prawa jawi się jako czynność poznawcza obiektywnie istniejącego stanu rzeczy – J. Wróblewski, *Paradygmat...*, s. 35.

⁵ H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, tytuł oryginału: *The Concept of Law*, Warszawa 1998, s. 177.

⁶ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of The Study of Jurisprudence With An Introduction by H. L. A. Hart*, London 1954, s. 11 i 217.

⁷ *Ibidem*, s. 15. Przy czym pojęcie sankcji J. Austin rozumie nad wyraz precyzyjnie i np. odmawia w kontekście rozważań nad prawem pozytywnym sankcji moralnej.

⁸ H. L. A. Hart, *op. cit.*, s. 151-153.

⁹ Co uzasadnione jest względami praktycznymi – J. Austin, *op. cit.*, s. 217 – niepodobna jest przecież by społeczeństwo rządzone było przez organ składający się z całego społeczeństwa. Suwerenem jest w praktyce zatem ta część społeczeństwa wobec której pozostała część (w większości) zwykła być posłuszna. *Ibidem*, s. 194 i n.

prawo międzynarodowe to nie prawo w ścisłym tego słowa znaczeniu, ale co najwyżej tzw. pozytywna moralność¹⁰. Prawo międzynarodowe nie może być uznane w tym ujęciu za prawo pozytywne. Nie jest stanowione przez suwerena wobec jednostek. Natomiast akty stanowione przez jednego suwerena nie mogą być jakkolwiek wiążące dla innego, czego wyrazem jest po dziś powoływana w prawie międzynarodowym zasada *par in parem non habet imperium*.

Takie stanowisko nie jest akceptowalne przez naukę prawa międzynarodowego. Przyznać, iż przedmiot owej nauki to nie tyle prawo w ścisłym tego słowa znaczeniu lecz dziedzina określana mianem „prawa” ze względu na pewną formę, jest czymś nadzwyczaj trudnym. Spór dotyczący negacji prawa międzynarodowego, dziś może częściowo zapomniany, nadal wydaje się być interesujący i co ciekawe nie do końca zakończony. Negacja prawa międzynarodowego ma bezpośrednie przełożenie na jego stosowanie. Jeśli np. G. W. Hegel stwierdził, iż relacje między państwami to relacje niezależnych podmiotów, które mogą czynić obietnice, lecz jednocześnie stoją one wyżej od tych obietnic¹¹ to oznacza to wówczas, iż państwo niejako z definicji nie jest w stanie związać się poprzez prawo międzynarodowe nie tracąc przymiotu państwa¹². Współcześnie negacja prawa międzynarodowego jest co najmniej niepopularna. Jednak nie ze względu, iż argumenty jakimi się posługiwali negacyjniści się zdeaktualizowały, ale dlatego, iż ich stanowisko nie spotyka się dziś z akceptacją, co może z kolei oznaczać, iż prawny charakter prawa międzynarodowego nie jest właściwością tego prawa, lecz stanowiskiem podmiotów w prawo to zaangażowane.

Sporo wysiłku włożono w to by wykazać, że prawo międzynarodowe jest prawem w ścisłym tego słowa znaczeniu, jeśli przyjąć terminologię J. Austina. Można w tym zakresie wyróżnić zasadniczo dwie metody. Pierwsza polega na stwierdzeniu, iż prawo międzynarodowe to prawo „szczególnego” rodzaju. Druga metoda polega na stwierdzeniu, iż wystarczy odpowiednio nazwać określone właściwości prawa międzynarodowego by wykazać, iż spełnia ono wymogi stawiane prawu we właściwym tego słowa znaczeniu. Pierwszą z metod reprezentować może koncepcja H. L. A. Harta, drugą zaś H. Kelsena.

Według H. L. A. Harta minimalna treść prawa wewnętrznego podyktowana jest poprzez truizmy takie jak ludzka słabość, przybliżona równość, ograniczony altruizm czy też ograniczone zasoby. Nie ma powodów by uznać, iż inaczej jest w przypadku prawa międzynarodowego¹³. Ze względu na postulowaną równość formalną państw na gruncie prawa międzynarodowego¹⁴ trudno wymagać występowania na gruncie tego prawa takiej sankcji jak w prawie wewnętrznym. H. L. A. Hart zaznacza, iż w prawie międzynarodowym przemoc z istoty rzeczy ma charakter publiczny¹⁵ – inaczej niż ma to miejsce w przypadku prawa wewnętrznego, zaś prowadzenie wojny jest przedsięwzięciem nad wyraz ryzykownym. Jednocześnie o ile treść prawa międzynarodowego przypomina pod wieloma względami

¹⁰ J. Austin, *op. cit.*, s. 126 i n. Podobnie zresztą klasyfikuje również prawo konstytucyjne – *Ibidem*, s. 259.

¹¹ H. Lauterpach *The Nature of International Law and General Jurisprudence* *Economica*, no. 37, 1932, s. 311.

¹² *Ibidem*, s. 309; M. Koskenniemi *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument* Cambridge 2007, s. 128.

¹³ H. L. A. Hart, *op. cit.*, s. 261-269.

¹⁴ M. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2006, s. 145; W. Czapliński, A. Wyrozumska: *Prawo międzynarodowe publiczne* Warszawa 2004, s. 139. Zob. także deklarację zasad prawa międzynarodowego dotyczących przyjaznych stosunków i współdziałania państw zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych – rezolucja Zgromadzenia Ogólnego (A/8082) 2625 (XXV) z 24 października 1970 r.

¹⁵ H. L. A. Hart, *op. cit.*, s. 294.

treść prawa wewnętrznego to nie dotyczy to już formy. Mianowicie prawo międzynarodowe jest po prostu zbiorem reguł pierwotnych pozbawionym reguł wtórnych – jest zatem „prostą strukturą społeczną”¹⁶. Jednak ta cecha prawa międzynarodowego wcale nie godzi w możliwość pojmowania go jako prawa we właściwym tego słowa znaczeniu¹⁷. To może wydawać się zasadnym, gdyż koncepcja prawa prezentowana przez H. L. A. Harta kładzie mniejszy nacisk na możliwość stosowania sankcji a większy na wewnętrzną akceptację reguły uznania jako kryterium istnienia systemu prawa. Stanowisko to, pozornie przynajmniej „przyjazne” prawu międzynarodowemu, spotyka się m. in. z następującą krytyką: społeczność międzynarodowa to nie jest żadna „prostsza forma społeczeństwa”¹⁸. Przyznanie prawa międzynarodowemu przymiotu prawa w ścisłym tego słowa znaczeniu przy jednoczesnym zanegowaniu jego systemowego charakteru ma jednak bardzo doniosłe skutki – zwłaszcza z punktu widzenia praktyki stosowania prawa. H. L. A. Hart zauważa, iż reguła uznania stanowi nie tyle konieczność co luksus¹⁹. Pytanie na jakie należy sobie odpowiedzieć, to czy możliwość ustalenia obowiązywania danej normy prawnej w oparciu o regułę uznania to luksus zbyteczny w obliczu uzasadnienia prawnego charakteru prawa międzynarodowego. W tym kontekście propozycja H. Kelsena zdaje się być całkowitym zaprzeczeniem poprzedniej metody. H. Kelsen argumentując za ujęciem prawa międzynarodowego i krajowego w ramach jednego systemu prawa opowiada się zdecydowanie za monizmem z prymatem prawa międzynarodowego (choć nie odmawia zasadności argumentacji przemawiającej za monizmem z prymatem prawa wewnętrznego²⁰). Jako, że ujęcie systemowe prawa w koncepcji prawa H. Kelsena zakłada istnienie normy podstawowej, to „system globalny” winien mieć jedną normę podstawową – normę podstawową prawa międzynarodowego. Co jednak wyraźnie pokazuje H. L. A. Hart, wskazanie normy podstawowej nastęrcza sporych kłopotów. Próba ustalenia treści takiej normy prowadzi do uznania za taką normę albo reguły *pacta sunt servanda* – co jest niesatysfakcjonujące, bo sprowadza całe prawo międzynarodowe do *pactum*, albo tautologii sformułowanej następująco: „[z]achowanie się państw winno być zgodne ze zwyczajami międzynarodowymi”²¹, co uzasadnia obowiązywanie tak samo jak norma podstawowa o treści: „należy postępować zgodnie z konstytucją”. H. L. A. Hart podnosi, iż tej treści reguła podstawowa nie wnosi nic ponadto, że „ci, którzy akceptują pewne reguły, muszą także przestrzegać, reguły, że reguły winny być przestrzegane”. Pogląd ten jednak jest według mnie o tyle nieuzasadniony, iż powyższy zarzut można postawić każdej normie podstawowej w systemie dynamicznym, tj. opartych na więzi formalnej²².

Ponadto H. Kelsen próbuje uzasadnić, że sankcje z jakimi mamy do czynienia w prawie międzynarodowym są wystarczające by stwierdzić, że są one nieco inne niż te spotykane w prawie wewnętrznym, ale mimo to pełnią podobną rolę. Tak więc H. Kelsen wykazuje

¹⁶ *Ibidem*, s. 287.

¹⁷ *Ibidem*, s. 314-315.

¹⁸ H. Lauterpacht, *The Definition and nature of international law and its place in jurisprudence* [w:] H. Lauterpacht: *International Law – Collected Papers – vol. 1 – General Works* red. E. Lauterpacht, Cambridge 1970, s. 11.

¹⁹ H. L. A. Hart, *op. cit.*, s. 314.

²⁰ Monizm z prymatem prawa wewnętrznego nie cieszy się dziś raczej zainteresowaniem nauki prawa międzynarodowego. Z punktu widzenia praktyki tego prawa ma on te same wady co negacja prawa międzynarodowego.

²¹ H. L. A. Hart, *op. cit.*, s. 315-316.

²² W pewnym sensie konieczność wskazania normy podstawowej, względnie reguły uznania, stanowi odejście od założeń pozytywizmu prawniczego. J. Wróblewski, *Obowiązywanie systemowe i granice dogmatycznego podejścia do systemu prawa* Studia Prawno-Ekonomiczne, t. 36, Łódź 1986, s. 28.

kolejno, iż samopomoc, represalia i wojna to sankcje obecne w prawie międzynarodowym co pozwala, jego zdaniem, pozytywnie odpowiedzieć na pytanie: czy prawo międzynarodowe jest prawem w ścisłym tego słowa znaczeniu²³? Jednak temu stanowisku łatwo jest zarzucić kontryfaktyczność²⁴.

Przedstawione powyżej argumenty, czy też raczej teza, za którą przemawiają, a mianowicie, iż prawo międzynarodowe w pełni zasługuje by określać go mianem „prawa”, są o tyle akceptowane przez naukę prawa międzynarodowego, iż uzasadniają stanowisko, które i tak jest apriorycznie przyjmowane. Poglądy przeciwne stanowią negację prawa międzynarodowego. Owa intuicja, z jaką mamy tu do czynienia, sprowadza się do stwierdzenia, iż jak można odmówić przymiotu prawa prawu międzynarodowemu, jeśli w przeważającej liczbie przypadków jest ono przestrzegane i to przestrzegane, jako prawo a nie, dajmy na to, jako kurtuazja międzynarodowa²⁵. Nawet jeśli dana norma prawa międzynarodowego godzi w interesy państwa to stara się ono wykazać, iż dana sytuacja nie jest objęta jej hipotezą²⁶.

Przestrzeganie prawa międzynarodowego presuponuje, iż podmioty przestrzegające prawa międzynarodowego (przede wszystkim państwa) potrafią zidentyfikować jego normy. Dodam, iż chodzi tu o przestrzeganie norm prawnych – w takim też kontekście może być brane pod uwagę finistyczne ujęcie prawa²⁷. Mając na uwadze wagę, jaką przywiązuje się do przestrzegania prawa międzynarodowego w stosunkach wewnętrznych konieczność identyfikacji norm prawa międzynarodowego nabiera większego jeszcze znaczenia, a to ze względu na wielość podmiotów mogących wywodzić swoje prawa podmiotowe z prawa międzynarodowego. Tak więc np. zgodnie z art. 9 Konstytucji RP „Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego”. Inna sprawa, iż zgodnie z art. 87 Konstytucji RP prawami powszechnie obowiązującym w Polsce są, oprócz aktów o charakterze wewnętrznym, ratyfikowane umowy międzynarodowe. Argumentując *a contrario* i przyjmując, że mamy do czynienia z zamkniętym systemem źródeł prawa, można bronić tezy, iż prawem powszechnie obowiązującym w Polsce nie jest zwyczaj międzynarodowy. Na pytanie odnośnie źródeł prawa międzynarodowego wskazuje się zwykle art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości²⁸. Wskazuje on co stosuje MTS rozstrzygając przedłożone mu spory. Wymienionymi w nim formalnymi źródłami prawa międzynarodowego o podstawowym znaczeniu są: traktaty, zwyczaj międzynarodowy oraz „ogólne zasady prawa”. Natomiast subsydiarnie MTS może korzystać z dorobku doktryny oraz orzeczeń sądowych. Dysjunkcyjnie z powyższymi MTS może orzekać *ex aequo et bono*. Oczywiście ta regulacja jest bardzo doniosła – oprócz tego, że określa kompetencję MTS to również na zasadzie uogólnienia daje ona ogólne pojęcie co uważać można za prawo międzynarodowe. Problem jednak w tym, iż często gdy pada pytanie jakie normy prawa międzynarodowego są relewantne w danej sytuacji, udzielenie odpowiedzi staje się co najmniej kłopotliwe. Określenie mocy obowiązującej traktatów i zwyczaju międzynarodowego, tak przecież ważne, tylko pozornie jest łatwe. Definicja traktatu w Wiedeńskiej

²³ H. Kelsen, *Principles of International Law – Revisited and Edited by Robert W. Tucker*, New York 1967, s. 18 i n. Np. stwierdza on, iż „there is nothing to prevent us from calling reprisals sanctions of international law”.

²⁴ A. D’Amato, *Is International Law Really „Law”?* Northwestern Law Review, vol. 79, 1985, s. 1294 i n.

²⁵ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie* Warszawa 2006, s. 145.

²⁶ H. Thirlway, *Concepts, Principles, Rules and Analogies: International and Municipal Legal Reasoning*, Recueil des Cours de l’Academie de Droit International, vol. 294, 2002, s. 303.

²⁷ Odnośnie rozróżnienia skuteczności bezpośredniej oraz pośredniej (finistycznej) szerzej mowa w pracy J. Wróblewski, *Skuteczność prawa i problemy jej badania* Studia Prawnicze, z. 1-2, 1980, s. 10-13.

²⁸ Dalej: MTS.

Konwencji o prawie traktatów z 1969 r.²⁹ brzmi następująco: «traktat» oznacza międzynarodowe porozumienie między państwami, zawarte w formie pisemnej i regulowane przez prawo międzynarodowe, niezależnie od tego, czy jest ujęte w jednym dokumencie, czy w dwóch lub więcej dokumentach, i bez względu na jego szczególną nazwę.

Powyższej regulacji można zarzucić, iż prowadzi ona do luki w prawie – nie obejmuje bowiem traktatów zawieranych w formie ustnej. Jak się jednak okazuje, problem z nią związany jest zupełnie inny – klasyfikacja danego „porozumienia”, jako traktatu nastrocza niekiedy pewne problemy. Przecież forma traktatu jest zasadniczo dowolna jeśli uwzględnimy się zwyczajowe prawo traktatów. Stanowiska w tym zakresie są zasadniczo dwa: albo pojęcie „traktatu” rozumieć wąsko albo szeroko. Problemem kluczowym jest zatem odpowiedź na pytanie dotyczące identyfikacji norm prawnych między podmiotami prawa międzynarodowego. Czy jeśli uznać traktat za czynność konwencjonalną to czy sposób jej dokonania jest określony? Inaczej mówiąc: czy każde porozumienie podmiotów prawa międzynarodowego stanowi (jest uznawane za) traktat czy też nie?

Okazuje się, że podział porozumień zawieranych między podmiotami, na te które uważa się za umowy międzynarodowe oraz te, które mają charakter polityczny (czyli nie są wiążące prawnie dla tychże podmiotów) jest co najmniej zamazany³⁰. W dodatku okazuje się, że stanowisko MTS w tym przypadku jest częściowo uzależnione od treści danego porozumienia. Chodzi tu mianowicie o to, iż MTS skłonny jest klasyfikować, mimo wielu wątpliwości, jako umowy międzynarodowe te porozumienia, które dotyczą jego jurysdykcji, tj. te do których odnosi się art. 36 Statutu MTS³¹. Kryterium merytoryczne staje się zatem nieodzowne³². Można argumentować, iż kwestia jurysdykcji niejako z definicji jest kwestią o charakterze prawnym, nie zaś politycznym, gdyż MTS jako organ sądowy stosuje prawo i działa w oparciu o nie.

Tak rozumiane kryterium merytoryczne można sprowadzić w istocie do tego, iż dane porozumienie by było uznane za traktat winno przyznawać prawa i nakładać obowiązki³³ – temu jednak twierdzeniu łatwo postawić zarzut tautologii. Mianowicie chodzi tu o stwierdzenie, iż umową międzynarodową, tj. pewnym zjawiskiem prawnym jest takie porozumienie, które reguluje prawną pozycję stron, a więc zawiera nowość normatywną. To zaś oznacza, iż temu kryterium rzadko kiedy może sprostać każdy traktat w całości³⁴.

²⁹ Dz.U. 1990, nr 74, poz. 439, załącznik.

³⁰ Co nie oznacza, że prezentowana definicja traktatu nie jest stosowana, czy też nie jest wystarczająca w większości przypadków. Możliwość klasyfikacji danego porozumienia, jako traktatu określa przecież zakres prawa międzynarodowego i ma bezpośredni wpływ na to czy prawo międzynarodowe jest pełne kwalifikacyjnie. M. Frankowska rozważając to zagadnienie stwierdza, iż „kwalifikacja *ad casum* jest zawsze możliwa”. M. Frankowska, *Z problematyki identyfikacji aktów prawnych w prawie międzynarodowym*, PiP, z. 8, 1980, s. 25. Pogląd ten jest jak najbardziej zasadny, należy jednak pamiętać, iż o ile sama kwalifikacja jest możliwa to bywa sporna, a mając na uwadze brak jurysdykcji przymusowej sądów międzynarodowych, sytuacja taka jest nad wyraz niepożądana.

³¹ M. Fitzmaurice, *The Identification and Character of Treaties and Treaty Obligations Between States in International Law*, British Yearbook of International Law, vol. 73, 2002, s. 142. Przykładem może być np. sprawa Bahrain-Quatar (*Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgement*, ICJ Reports, 1994, s. 112). Choć nie zostało to wyraźnie wskazane przez MTS, uzasadnieniem orzeczenia w tej sprawie może być również stanowisko dotyczące synonimów słowa „traktat” zawarte w *Part II – Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session – Geneva, 4 May - 19 July 1966*, Yearbook of International Law Commission, 1966, vol. II, s. 188 i n. Zgodnie z nim za taki synonim można uznać również „uzgodniony protokół” (ang. *agreed minute*). Właśnie charakter prawny takiego „protokołu z obrad” był przedmiotem sporu o jurysdykcję MTS.

³² Jakże bowiem inaczej odróżnić umowę w formie uproszczonej od wspólnej deklaracji złożonej, która może mieć przecież charakter wyłączenie polityczny. Zob. M. Frankowska, *Umowy międzynarodowe w formie uproszczonej*, Wrocław 1981, s. 33; M. Fitzmaurice, *op. cit.*, s. 141 i n.

³³ W. Czapliński, A. Wyrozumka, *op. cit.*, s. 34.

³⁴ Przykładem może być Konwencja z Montego Bay z 1982 r. (Dz.U. 2002, nr 59, poz. 543, załącznik). Zgodnie z art. 125, państwu śródlądowym przysługuje prawo dostępu do morza, tym niemniej „zainteresowane państwa

Jak zostało to już wspomniane, forma w jakiej może być zawarty traktat jest całkowicie dowolna. Z całą pewnością wynika to z potrzeb obrotu prawnego między podmiotami prawa międzynarodowego. Przejawia się to m.in. poprzez zawieranie umów w trybie uproszczonym, tj. np. poprzez wymianę not, listów czy też poprzez wspólną deklarację – tego właśnie dotyczy m. in. możliwość zawarcia umowy w więcej niż jednym dokumencie³⁵.

Wszystko to powoduje, iż odróżnienie aktów o charakterze politycznych od tych, które uważać należy za umowy międzynarodowe jest niekiedy zadaniem dość trudnym. Tym przede wszystkim tłumaczyłbym znaczącą pozycję, jaką na gruncie prawa międzynarodowego cieszy się koncepcja *soft law*. Stanowi ona bowiem wyraz odejścia od pozytywistycznej postawy wobec prawa – stanowi zaprzeczenie tego co ująć można następująco: norma prawna obowiązuje albo nie jest normą prawną³⁶. Naturalnie, tego rodzaju stanowisko można rozmyć poprzez twierdzenie, iż kategoria obowiązywania nie jest w istocie pojęciem jednolitym³⁷. Tak więc np. można mówić o behawiorystycznym obowiązywaniu precedensowego orzecznictwa w polskim systemie prawa, mimo iż orzecznictwu temu z całą mocą odmawia się przymiotu obowiązywania systemowego. Sądzę jednak, iż konieczność posługiwania się różnymi kategoriami pojęcia, obowiązywanie w pewnym sensie stanowi właśnie odbicie tego odwiecznego sporu między formalistami a realistami w prawie międzynarodowym³⁸. Postawa formalistyczna zakłada mianowicie, iż kategorię obowiązywania należy odnosić do prawa międzynarodowego w ujęciu możliwie wąskim. Stanowisko takie można uzasadnić np. argumentem, iż ze względu na brak zorganizowanej sankcji oraz przymusowej jurysdykcji sądów międzynarodowych, „inflacja” pojęcia prawa jest w przypadku prawa międzynarodowego zjawiskiem negującym jego prawny charakter³⁹.

Problem polega więc na tym, iż zbyt szeroko rozumiane prawo międzynarodowe może być pozbawione w pewnych obszarach tzw. wartości normatywnej. Oczywiście, bliska korelacja prawa międzynarodowego i polityki powoduje, iż zjawisko „względnej normatywności”, czy wręcz jej całkowitego braku, nie jest jedynie wynikiem znacznego zainteresowania zarówno praktyki jak i nauki prawa międzynarodowego aktami o charakterze *soft law*. W tym sensie stanowi to przyrodzoną właściwość prawa międzynarodowego⁴⁰.

śródlądowe i państwa tranzytowe uzgadniają warunki i sposoby korzystania z wolności tranzytu w drodze umów dwustronnych, subregionalnych lub regionalnych”.

³⁵ M. Frankowska, *Prawo traktatów*, Warszawa 2007, s. 38.

³⁶ P. Weil, *Towards relative normativity in international law?* American Journal of International Law, vol. 77, 1983, s. 415 i n.

³⁷ A. Aarnio, *O obowiązywaniu, skuteczności i akceptowalności norm prawnych* AUL, Folia Iuridica 32, 1987, s. 6 i n.; L. Nowak *Cztery koncepcje obowiązywania prawa*, RPEiS, z. 2, 1966, s. 96 i n.

³⁸ R.A. Falk, *On The Quasi-Legislative Competence Of The General Assembly*, American Journal of International Law, vol. 60, 1966, s. 782, gdzie mowa o tym, iż przyznanie Zgromadzeniu Ogólnemu NZ kompetencji *quasi*-prawodawczych jest kompromisem między formalnie trudnym przyznaniem temu organowi kompetencji do stanowienia obowiązujących aktów *pro foro externo* oraz formalistyczną odmową tego statutu. Zob. również M. Bothe *Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations?*, Netherlands Yearbook of International Law, vol. 11, 1980, s. 91.

³⁹ H. Lauterpacht wskazuje, iż brak przymusowej właściwości sądów międzynarodowych wynika m. in. z tego, iż część sporów między podmiotami prawa międzynarodowymi nie jest sporami prawnymi. Zob. H. Lauterpacht, *The Absence of an International Legislature and the Compulsory Jurisdiction of International Tribunals*, British Yearbook of International Law, vol. 11, 1930, s. 134.

⁴⁰ Można np. argumentować, iż art. 30 ust. 2 Konwencji Wiedeńskiej z 1963 r. o stosunkach konsularnych (Dz.U. 1982, nr 13, poz. 98, załącznik), zgodnie z którym „[państwo przyjmujące] powinno [...] w miarę potrzeby pomagać urzędowi konsularnemu w uzyskaniu odpowiednich mieszkań dla jego członków”, nie ma wartości normatywnej. Zob. C. Ingelse, *Soft Law?*, Polish Yearbook of International Law, vol. 20, 1993, s. 77 i n. Podobnie: czy można zdefiniować „prawo narodów do samostanowienia” by nie stało ono w sprzeczności z „integralnością terytorialną państw”?

Stanowisko J. Austina, iż prawo międzynarodowe nie jest prawem we właściwym tego słowa znaczeniu może być atrakcyjne z tego właśnie względu, iż formalistyczne ujęcie „moralności władców” jest zbędne.

Jak zostało to wskazane wcześniej, stanowisko które pozwala ujmować prawo międzynarodowe nad wyraz szeroko, prowadzić może jednak do jego marginalizacji. Mamy zatem do czynienia z następującym wyborem: albo ujmujemy prawo międzynarodowe wąsko, lecz jednocześnie posługujemy się kategorią zbliżoną do obowiązywania tetycznego albo też opierając się na „relatywnym normatywizmie” ujmujemy prawo międzynarodowe szerzej posługując się zamiennie różnymi kategoriami obowiązywania i sprowadzając je do jednego. Oba te stanowiska, tak przecież odmienne, można by jeszcze uzupełnić ewentualnie o dwie skrajne koncepcje: sceptyczną, zbliżoną w istocie do negacji prawa międzynarodowego oraz utopijną⁴¹, która zdaje się nie tylko mówić o tym jakie prawo międzynarodowe jest, ale również jakie się staje. Paradoks polega na tym, iż wyjście poza wskazane koncepcje stanowi spore wyzwanie – każda z nich przywiązuje różne znaczenie faktom i w tym sensie fakty, tj. to co na gruncie nauki prawa międzynarodowego określa się mianem „praktyki państw”, nie istnieją jako takie⁴².

Każda z tych koncepcji jest uzasadniona – względnie nietrafna⁴³. Jednak czyż można np. powiedzieć, iż realizm prawniczy jest z założenia „prawdziwy” a pozytywizm prawniczy nie? Podobnie można zatem odnieść się do możliwych koncepcji prawa międzynarodowego. Praktyka prawa międzynarodowego, zwłaszcza z perspektywy szeroko rozumianej dyplomacji, zdaje się preferować „relatywizm normatywny”. Wynika to w dużej mierze z nastawienia na finistyczną skuteczność prawa⁴⁴, co kłóci się z kolei z formalną postawą wobec prawa i prowadzi bezpośrednio do pomieszenia polityki i prawa co oznacza, że „czysta teoria prawa” nie przystaje do tak określonych potrzeb. W tym bowiem przypadku zbytni formalizm staje się przeszkodą w realizacji założonych celów na arenie międzynarodowej.

Przejawem realistycznej postawy wobec prawa jest zresztą zwyczaj prawnomiędzynarodowy. O ile obecnie zwyczaj odgrywa raczej znikomą rolę w rozwiniętych systemach prawa wewnętrznego, to nadal jest istotną częścią prawa międzynarodowego. Stanowi to dowód, jak bardzo prawo międzynarodowe oparte jest na legitymizacji określonych stanów faktycznych. Innymi słowy, zwyczaj prawnomiędzynarodowy sprowadza się do zaistnienia dwóch przesłanek, a mianowicie praktyki (elementu obiektywnego) i *opinio iuris* (elementu subiektywnego). Pierwotnie owa praktyka winna była istnieć od „niepamiętnych czasów”. Dziś ten warunek nie jest pojmowany już tak bezwzględnie co powoduje, że zwyczaj międzynarodowy stał się sposobem w jaki przymiot obowiązywania systemowego mogą uzyskać normy o charakterze *soft law*⁴⁵. W ten sposób legitymizacja faktów – zgodnej praktyki przestała być jedyną rolą koncepcji zwyczaju międzynarodowego. Uczynienie aktu *soft law* prawem obowiązującym, poprzez uznanie go za emanację zwyczaju prawnomiędzynarodowego, opiera się bowiem, przede wszystkim, na wystąpieniu elementu subiektywnego, tj. poparcia ze strony pod-

⁴¹ M. Koskienniemi, *op. cit.*, s. 184 i n.

⁴² *Ibidem*, s. 221 oraz s. 520 i n.

⁴³ *Ibidem*, s. 596.

⁴⁴ Zob. chociażby *Unilateral acts of States – First report of the Special Rapporteur*, Yearbook of International Law Commission, 1998, vol. I, s. 37, pkt 45 oraz M. Koskienniemi, *op. cit.*, s. 572.

⁴⁵ Gdyby starać się wyjaśnić przy pomocy jakiego rodzaju formalnych źródeł prawa międzynarodowego są stanowione normy *ius cogens* wówczas okazuje się, iż zwyczaj prawnomiędzynarodowy zdaje się być najmniej kontrowersyjnym w tym zakresie. Zob. B. Simma, *From Bilateralism to Community Interest*, Recueil des Cours de l’Akademie de Droit International, vol. 250, 1994, s. 291.

miotów prawa międzynarodowego przy jednoczesnym braku zgodnej praktyki, której akt *soft law* bywa jedynie zapowiedzią⁴⁶. Zjawisko tzw. *instant custom* jest oczywiście dalekie od tego czym zwyczaj prawnomiędzynarodowy był kiedyś⁴⁷. W każdym razie koncepcja ta stanowi wyraz zamieszania dotyczącego obowiązywania prawa międzynarodowego. Czyż koncepcja *instant custom* nie służy w istocie uczynienia ze Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych – którego to kompetencje *pro foro externo* są bardzo wąskie – światowego prawodawcy? Jeśli tak, to oznaczałoby to, iż pojęcie obowiązywania ulega na gruncie prawa międzynarodowego postępującej dewaluacji stając się jednym z wielu, i to nie najważniejszym argumentem w sporach o charakterze „prawnym”⁴⁸. Widać więc, iż o ile pozytywistyczny paradygmat jest z punktu praktyki stosowania prawa (wewnętrznego) czymś oczywistym, to w przypadku prawa międzynarodowego jest inaczej. Mianowicie w aspekcie formalnym prawo międzynarodowe nie uległo zasadniczym zmianom od początku okresu klasycznego⁴⁹. Nie doszło nigdy do pozytywistycznego przewrotu. Jedyne zmiany o jakich można mówić to natężenie pewnych zjawisk⁵⁰. Po pierwsze niepomniernie wzrosła współcześnie w prawie międzynarodowym rola sądownictwa. Brak mu oczywiście przymusowej jurysdykcji – to nie uległo zmianie. Po drugie od pewnego czasu możemy cieszyć się częściową kodyfikacją prawa międzynarodowego. Po trzecie doceniono na gruncie prawa międzynarodowego zalety hierarchii źródeł prawa – co znajduje swój wyraz w koncepcji imperatywnej norm prawa międzynarodowego⁵¹.

⁴⁶ S. A. Bleicher, *The Legal Significance of Re-citation of General Assembly Resolutions*, *American Journal of International Law*, vol. 63, 1969, s. 449 i n.; K. Skubiszewski, *Rola niewiążących uchwał normatywnych w prawotwórstwie międzynarodowym*, *PiP*, z. 1, 1986, s. 42. Problem w tym, iż zgoda co do treści aktu *soft law* nie musi koniecznie oznaczać zgody co do związania się nim. *Ibidem*, s. 39.

⁴⁷ Rozważając moc obowiązującą rezolucji Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych można powoływać się również na koncepcję *estoppel*. Sprowadza się ona do tego, iż rezolucje te, o ile nie tworzą prawa, to są ekspektatywą – *legitimate expectation*. S. A. Bleicher, *op. cit.*, s. 447.

⁴⁸ Zob. chociażby K. Skubiszewski, *op. cit.*, s. 35 i n. Autor postuluje by rozróżniać normatywność od obowiązywania, co sprowadza się do stwierdzenia, iż akty, które klasyfikuje się jako *soft law*, są środkiem stanowienia norm, jednak niekoniecznie norm prawnych do których odnosi się kategoria obowiązywania. Nawiasem mówiąc, powyższe prowadzi autora do następującej uwagi terminologicznej: Tego typu normy międzynarodowe mają lub mogą mieć rozmaite związki z prawem. Nie ma jednak żadnego uzasadnienia, aby używać tu etykiety „miękkie prawo” (*soft law*) lub jej pochodnych. Tymczasem namnożyło się ich w najnowszym piśmiennictwie. Nie tylko, że niczego nie wyjaśniają, lecz są nader bałamutne.

⁴⁹ Można argumentować, iż koncepcja norm imperatywnych przemawia przeciwko tej tezie, tym niemniej u jej podstaw leży założenie, iż akty danego organu kolegiálnego są prawem dla jego poszczególnych członków. Zob. J. Austin, *op. cit.*, s. 262. Tak więc organem tym jest wspólnota międzynarodowa, jako całość i normy imperatywne przez nią uznane za takie nie mogą być derogowane poprzez działania poszczególnych członków tej wspólnoty. Można zatem rozumieć koncepcję norm imperatywnych, jako pewnego rodzaju przeciwagę dla woltarystycznej koncepcji prawa, która opiera się na pojęciu prawa pozytywnego, które stoi w opozycji do prawa naturalnego czy też boskiego. Jednak jeśli uwzględnimy fakt, iż z punktu widzenia poszczególnych podmiotów prawa międzynarodowego *ius cogens* stanowione jest przez *civitas maximus* to normy imperatywne są dane tak jak dane jest prawo naturalne. Problem z prawem naturalnym w ujęciu materialnym polega jednak na tym, iż bardzo trudno jest o szerszy konsensus jeśli chodzi o jego treść. Zob. A. D'Amato, *It's a bird, it's a plane, it's ius cogens!*, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, no 1, 1990, s. 2 i n.

⁵⁰ Por. H. Lauterpacht, *The Absence ...*, s. 135, gdzie mowa o tym, iż prawo międzynarodowe ze swej natury dotyczy przede wszystkim relacji dwustronnych, co sprzyja z kolei zachowaniu *status quo* w zakresie rozwoju tego prawa. Należy pamiętać, iż stanowisko to mimo wszystko straciło trochę na aktualności. Koncepcja rzeczywistej wielostronności prawa międzynarodowego zyskuje na znaczeniu, czego doskonałą ilustracją jest rozwój praw człowieka. Zob. szerzej B. Simma, *op. cit.*, s. 335 i n. Z rzeczywistą wielostronnością mamy bowiem do czynienia w przypadku, gdy można mówić o interesie wspólnoty międzynarodowej. Co ważne takie jest zresztą uzasadnienie koncepcji norm imperatywnych prawa międzynarodowego. *Ibidem* s. 291 i n.

⁵¹ W. Czapliński, *Concepts of jus cogens and Obligations erga omnes in International Law in the Light of Recent Developments*, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 23, 1997-1998, s. 91-97. Por. P. Weil, *op. cit.*, s. 423 i n. oraz J. H. H. Weiler, A. L. Paulus, *The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?*, *European Journal of International Law*, vol. 8, 1997, s. 558-559. Zob. także P. Capps *Incommensurability, Purposivity and International Law*, *European Journal of International Law*, vol. 11, 2000, s. 654-655.

Co ciekawe te dwie właściwości łatwo mogą prowadzić do wniosków, iż prawo międzynarodowe jest „prawem” na wyrost, a i to tylko w oczach prawników, nie zaś tych osób, które nie dysponując wykształceniem prawniczym, są jednak aktywnie zaangażowane w proces jego stosowania⁵². Zresztą ten podział nie zawsze jest ostry i bardziej istotny jest wybór jednej z czterech wymienionych wyżej koncepcji prawa międzynarodowego, co przy braku przymusowej właściwości sądownictwa międzynarodowego stanowi jedynie punkt wyjścia dla argumentacji, jaką posługują się podmioty prawa międzynarodowego wiodąc spory prawne⁵³. „Niepozytywizm” prawa międzynarodowego można utożsamiać z tzw. miękkim pozytywizmem, tj. pozytywizmem zaangażowanym aksjologicznie, tj. traktującym moralność jako negatywną, lub jako pozytywną przesłankę obowiązywania prawa⁵⁴. Jednak w odróżnieniu od miękkiego pozytywizmu właściwością prawa międzynarodowego jest nadmiar pozytywnych kryteriów walidacyjnych – jeśli przyjąć stanowisko realistyczne, lub też ich brak, jeśli prezentować wobec tego prawa postawę formalną lub też nawet sceptyczną. Obie te skrajności są tak odległe od siebie, iż dziwić może fakt, że odnoszą się one do tej samej rzeczywistości. Nie można tu jednak przeciwstawić legalizmu realizmowi prawniczego, klasyfikując ten ostatni jako koncepcję sprowadzającą się do nadużywania pojęcia prawa. Otwarta tekstowość prawa międzynarodowego scala i łączy obie te postawy. Z jednej strony formalistyczne podejście do prawa pozwala w sposób „pewny” określić co obowiązuje. Z drugiej jednak strony fakt, iż dana norma ogólna obowiązuje nie oznacza *per se*, iż proces stosowania prawa jest dzięki temu jakkolwiek prostszy⁵⁵. Dlatego też stanowiskiem, które stara się przewyciężyć tę dychotomię jest ujęcie prawa międzynarodowego jako języka⁵⁶. Być może zatem prawnicy międzynarodowi posługują się pozytywistyczną siatką pojęciową, która znana jest im w kontekście prawa wewnętrznego, w odniesieniu do prawa, które jednak pozytywne nie jest? W każdym razie pokusiłbym się o sformułowanie następującego twierdzenia: stosunek do prawa międzynarodowego stanowi przejaw najistotniejszych elementów każdej koncepcji prawa – w tym pozytywistycznej.

⁵² Rozważając na ile prawo WTO stanowi *self-contained régime* P. J. Kuijper czyni uwagę, iż prawem tym zajmują się niekiedy ministrowie ds. handlu zagranicznego, nie zaś spraw zagranicznych, co może prowadzić do nieznamości przez nich „powszechnego prawa międzynarodowego”. Zob. P. J. Kuijper, *The Law of GATT as a Special Field of International Law – Ignorance, further refinement or self-contained system of international law?*, Netherlands Yearbook of International Law, vol. XXV, 1994, s. 251-252.

⁵³ Zob. chociażby M. Żylicz: *Dokąd zmierza prawo narodów* [w:] *Prawo międzynarodowe – Księga pamiątkowa prof. Renaty Szafarz*, red. J. Menkes, Warszawa 2007, s. 602, gdzie autor czyni następującą uwagę: W istocie to, co nazywamy systemem prawa międzynarodowego, właściwie nie jest spójnym systemem, chociaż w pewnym sensie spina go Karta NZ. Powstają kolizje zobowiązań z wielu umów wielostronnych, regionalnych i dwustronnych. Dotyczyć mogą nie tylko zobowiązań państw w ich stosunkach wzajemnych, lecz również praw i obowiązków innych podmiotów, także w stosunkach **prywatnoprawnych** normowanych międzynarodowymi umowami. Przy braku sądu międzynarodowego, i przy możliwości wyboru forum spośród, sądów różnych krajów, stwarza to niepewność prawa, często wbrew celom aktów mających ujednoczyć prawa.

⁵⁴ A. Grabowski *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego – Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 134 i n.

⁵⁵ Zob. M. Koskenniemi, *op. cit.*, s. 575 gdzie w ramach ilustracji mowa o tym, iż z jednej strony zakłada się, iż niedopuszczalne są zastrzeżenia, które godzą w przedmiot i cel traktatu. To przemawiało by za tym, iż kompetencja stron traktatu do uchylecia od skutków prawnych jego poszczególnych części, tj. wpływ na obowiązywanie norm traktatowych zostało określone i uregulowane. Jednak, mając na uwadze brak przymusowej właściwości sądów międzynarodowych, w większości przypadków decydować o tym będą samodzielnie państwa, co sprowadza się do tego, iż strona umowy wielostronnej, która uzna, iż kompetencja do składania zastrzeżeń została przekroczona nie może pozwolić sobie na przyzwolenie, lecz zmuszona jest złożyć sprzeciw i to raczej sprzeciw kwalifikowany. Problem ten jest szczególnie doniosły w odniesieniu do traktatów dotyczących praw człowieka – zob. B. Simma, *op. cit.*, s. 344 i n.

⁵⁶ M. Koskenniemi, *op. cit.*, s. 565 i n.

ISBN 978-83-61370-28-4