

ALEKSANDRA KUSTRA

KONCEPCJE PLURALIZMU PRAWNEGO A PROBLEM USTALENIA OSTATECZNEGO STRAŻNIKA LEGALNOŚCI PRAWA W UNII EUROPEJSKIEJ

W literaturze funkcjonuje wiele określeń próbujących oddać istotę problemu ustalenia, kto jest ostatecznym strażnikiem¹ legalności aktów prawa tworzonych w kilku ośrodkach prawotwórczych. Najczęściej stosowane to: *Quis custodiet?*, *Quis iudicabit?*², *Judicial Kompetenz-Kompetenz*³, *The question of ultimate umpire*⁴, *Letzentscheidung*⁵, *Who decides, who decides?*⁶ Próby ustalenia odpowiedzi na to pytanie pojawiły się najpierw w literaturze i orzecznictwie sądów państw federalnych, w których brak jest zcentralizowanej władzy sądowniczej⁷.

W kontekście integracji europejskiej problem tzw. kompetencji kompetencji ujrzał światło dzienne jako konsekwencja przyjęcia w Traktacie z Maastricht zasady subsydiarności (art. 5 TUE)⁸. Rozdział uprawnień pomiędzy państwa członkowskie oraz Unię Europejską miał odtąd dokonywać się zgodnie z regułą, że w dziedzinach niebędących wyłączną domeną Unii może ona podejmować działania (w tym działania prawodawcze) tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele proponowanych działań nie mogą być osiągnięte w sposób wystarczający przez państwa członkowskie, a mogą, z uwagi na rozmiary lub

¹ (Ang. *final arbiter*), por. M. Kumm, *Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*, „Common Market Law Review” 36, 1999, s. 356 i n.

² J. H. H. Weiler, U. R. Haltern, *Constitutional or International? The Foundations of the Community Legal Order and the Question of Judicial Kompetenz-Kompetenz*, w: *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, A. M. Slaughter, red. A. Stone Sweet, J. H. H. Weiler, Hart Publishing, Oxford 2000, s. 345.

³ Ibidem.

⁴ U. Haltern, T. Schilling, J. H. H. Weiler, *Who in the Law is the Ultimate Judicial Umpire of European Community Competences?* „The Jean Monnet Papers” 1996, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/96/9610.html>.

⁵ F. C. Mayer, *Kompetenzerschreitung und Letzentscheidung*, C. H. Beck, München 2000.

⁶ M. P. Maduro, *Europe and Constitution: What if this is As Good As It Gets?*, w: *Rethinking European Constitutionalism*, red. J. H. H. Weiler, M. Wind Cambridge University Press, Cambridge 2000, *Constitutionalism Web-Papers 2000*, nr 5, <http://les.man.ac.uk/conweb/ConWEB 2000>, s. 20.

⁷ Odnośnie do USA por. M. Shapiro, *Who Guards the Guardians: Judicial Control of Administration*, University of Georgia Press, 1988.

⁸ Por. M. Kumm, V. Ferreres Comella, *The Future of Constitutional Conflict in the European Union: Constitutional Supremacy after the Constitutional Treaty*, w: *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, red. J. H. H. Weiler, „Jean Monnet Working Paper” 2004, nr 5, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501-16.html>, s. 5.

skutki proponowanych działań być lepiej zrealizowane na poziomie Wspólnoty⁹. Wraz z takim schematem podziału zadań pojawiło się jednak pytanie, kto ma kontrolować przestrzeganie subsydiarnego (pomocniczego) charakteru prawodawczych działań Unii. Kto uprawniony jest do dokonywania ostatecznego *judicial review* aktów wspólnotowych, co do których zachodzi wątpliwość, czy wydane zostały zgodnie z prawem, a ściślej: czy ich wydanie nie przekroczyło granicy wyznaczonej zasadą subsydiarności. Tak postawione pytanie uzyskało na europejskim forum sądowniczym dwie przeciwstawne odpowiedzi.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) sobie przypisał uprawnienie do kontrolowania, czy akt wspólnotowy nie został wydany *ultra vires*. Stanowisko to podparte zostało argumentacją uwzględniającą jasno brzmiały art. 230 TUE. Zgodnie z nim, to ETS jest jedynym organem sądowniczym uprawnionym do stwierdzania nieważności aktu wspólnotowego. Powodem nieważności może być m.in. przekroczenie przekazanych na rzecz Unii kompetencji.

Natomiast znany z „buntowniczej” postawy wobec ETS, Federalny Trybunał Konstytucyjny Niemiec (FTK) przyjął stanowisko odmienne. W klasycznym już wyroku w sprawie *Maasticht*¹⁰ stwierdził, że państwa członkowskie pozostają „panami traktatów” (*Herren der Verträge*) i to w gestii krajowych organów sądowniczych leży kontrola, czy akty unijne wydawane są w sposób nieprzekraczający przyznanych traktatowo uprawnień. Ponieważ w Niemczech organem uprawnionym do kontroli konstytucyjności prawa jest FTK, w wyroku w sprawie *Maasticht* uznał on, że do zakresu jego obowiązków należy również kontrolowanie, czy akt wspólnotowy nie został wydany *ultra vires*. Zdaniem FTK, taka kontrola nie oznacza jednak zawłaszczania uprawnień przyznanych traktatowo ETS. Wzorcem kontroli dla FTK nie jest bowiem bezpośrednio, lecz jedynie pośrednio tekst traktatów. Bezpośredni wzorzec kontroli stanowi natomiast ustawa zasadnicza RFN z 1949 r. (UZ), a ściślej art. 23 UZ, umożliwiający pod pewnymi warunkami przekazanie uprawnień organów państwowych na rzecz podmiotu ponadnarodowego. FTK zobowiązany jest więc do kontroli, czy organy podmiotu ponadnarodowego nie naruszyły swym prawotwórczym działaniem UZ. Stanowisko to powtórzone zostało przez Duński Sąd Konstytucyjny¹¹, a w 2005 r. pośrednio zaakceptowane przez polski Trybunał Konstytucyjny¹².

⁹ Por. C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, C. H. Beck, Warszawa 2000, s. 117. Szerzej na temat zasady subsydiarności, zwanej w literaturze polskiej również zasadą pomocniczości, zob. np. A. G. Toth, *The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty*, „Common Market Law Review” 29 1992, s. 1092 i n.

¹⁰ Tzw. sprawa *Brunnera*, wyrok FTK z 12 października 1993 r., opublikowana w: BverfG, 89 BverfGE 155 (*Brunner v. Traktat o Unii Europejskiej*), przekład angielski w: „Common Market Law Review” 1, 1994, s. 57-108.

¹¹ Zob. orzeczenie z 6 kwietnia 1998 r. *Carlsen et al./Rasmussen*, I 361/1997, tłum. Niemieckie w: „Europäische Grundrechte Zeitung” 49, 1996.

¹² Zob. wyrok z 11 maja 2005 r., <http://www.trybunal.gov.pl>. F. C. Mayer listę krajowych sądów, deklarujących przyznanie sobie prawa do kontrolowania legalności aktów wydawanych w ramach Wspólnot i Unii Europejskiej, rozszerza o włoski Sąd Konstytucyjny, irlandzki Sąd Najwyższy, grecką Radę Stanu, hiszpański Sąd Konstytucyjny, a nawet Francuską Radę Konstytucyjną; por. F. C. Mayer, *The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel*

Biegunowo odmienne stanowiska organów sądowniczych zaowocowały spolaryzowaniem poglądów doktryny. Zarówno argumentacja ETS, jak i wyrok FTK w sprawie Maastricht znalazły swoich zwolenników, choć trzeba wyraźnie podkreślić, że stanowisko FTK zostało przez wielu autorów niemieckich skrytykowane. Za ukoronowanie i podsumowanie doktrynalnych dyskusji uznać można opublikowaną w 1996 r. na łamach „Harvard International Law Journal” polemikę J. H. H. Weilera i U. Halterna¹³ z T. Schillingiem¹⁴. T. Schilling, analizując stopień autonomiczności wspólnotowego porządku prawnego uznał, że „prawnomiędzynarodowo interpretacja traktatów europejskich [...] prowadzi do wniosku, że ETS nie jest ostatecznym arbitrem systemu [...]. Z tego też względu, to państwa członkowskie, indywidualnie, muszą mieć ostatnie słowo w kwestii granic kompetencji delegowanych na rzecz Wspólnot”¹⁵.

J. H. H. Weiler i U. Haltern w polemicznym artykule ostrze krytyki skierowali nie tyle w konkluzję T. Schillinga, co raczej w argumentację, która do takiego wniosku doprowadziła. Ich zdaniem, analiza pojęcia autonomii prawa wspólnotowego dokonana przez T. Schillinga z punktu widzenia prawa międzynarodowego i przy użyciu argumentów prawnomiędzynarodowych prowadzi do konkluzji przeciwstawnej. Stosując użyte przez Autorów porównanie, lektura artykułu T. Schillinga przypomina pierwsze spostrzeżenia Alicji, gdy ta znalazła się po drugiej stronie lustra – wszystko się zgadza, wygląda tak samo, tylko rzeczy są odwrócone¹⁶. Osadzenie traktatów wspólnotowych i TUE w prawnomiędzynarodowej stylistyce prowadzić musi bowiem do konkluzji, że to ETS uprawniony jest do czuwania nad tym, by akty wspólnotowe wydawane były w granicach przekazanych na Wspólnoty i Unię kompetencji. Zdaniem autorów, prawdziwe wątpliwości dotyczą jednak nie legitymizacji ETS jako ostatecznego arbitra Europy, lecz sposobu, w jaki ta ważna funkcja jest przez luksemburski Trybunał wykonywana¹⁷. ETS, znany z sędziowskiego aktywizmu i swobodnej interpretacji traktatów, wielokrotnie wydawał orzeczenia budzące sprzeciw krajowych sądów konstytucyjnych. Stąd też trudno się dziwić tezom zawartym w wyroku odnoszącym się do kwestii konstytucyjności ratyfikacji przez Niemcy Traktatu z Maastricht. Są one w pewnym sensie konsekwencją przyjęcia przez FTK postawy obrony własnego

System, „Jean Monnet Working Paper” 9, 2003, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers>, s. 28-29, wraz z podaniem orzeczeń uzasadniających, zdaniem autora, przyjęcie takiego stanowiska.

¹³ J. H. H. Weiler, U. R. Haltern, *The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass*, „Harvard International Law Journal” 37, 1996, s. 411-448.

¹⁴ T. Schilling, *The Autonomy of the Community Legal Order – An Analysis of Possible Foundations*, „Harvard International Law Journal” 37, 1996, s. 389-409.

¹⁵ „The international law interpretation of the European Treaties thus leads to the conclusion that the ECJ is not the ultimate umpire of the system [...]. Therefore, the Member States, individually, must have the final word on questions concerning the scope of the competences they have delegated to the Community”; T. Schilling, op. cit., s. 407.

¹⁶ J. H. H. Weiler, U. R. Haltern, op. cit., s. 335: „We confess to finding these conclusions and the reasoning on which they are based, puzzling. They evoke the reaction not unlike that of Alice when she peers into the Looking Glass House: »That's just the same [...] only the things go the other way«”.

¹⁷ Ibidem, s. 360.

„terytorium jurysdykcyjnego”¹⁸. J. H. H. Weiler i U. Haltern, polemizując z twierdzeniami T. Schillinga, w gruncie rzeczy nie przyjmują stanowiska pro-luksemburskiego. Autorzy wyraźnie wskazują, że rozwiązaniem problemu byłoby powstanie odrębnego organu sądowiczego uprawnionego do rozstrzygania sporów kompetencyjnych¹⁹. Co więcej, ich zdaniem, wyroku w sprawie Maastricht nie można odczytywać jako wejścia w otwarty konflikt z ETS. Orzeczenie to jest raczej przyjęciem znanej z czasów zimnej wojny logiki MAD (*mutual assured destruction*)²⁰. Tak jak dla nuklearnych mocarstw groźba użycia broni atomowej stanowiła bezpieczniejszą, ale i korzystniejszą strategię, tak dla FTK samo ostrzeżenie o możliwości uznania aktu wspólnotowego za wydany *ultra vires* skutkować miało pewnym *self-restrain* ze strony ETS. Rzeczywiste skorzystanie przez sąd krajowy z przyznanej sobie pozycji „ostatecznego arbitra” mogłoby bowiem spowodować niebezpieczny dla obu stron efekt domina, prowadzący, pozostając w poetyce zimnowojennej, do wzajemnej zagłady²¹. Natomiast zbrojenie się przez sąd krajowy w coraz ostrzej sformułowane argumenty nie musi zagrażać automatycznie procesom integracyjnym. Co więcej, zdaniem J. H. H. Weilera i U. Halterna, paradoksalnie może te procesy przyspieszyć poprzez przyjęcie postawy komunikacyjnej, konwersacyjnej pomiędzy przedstawicielami obu stron barykady²².

Stanowisko takie opiera się jednak na założeniu wielopoziomowej²³, policentrycznej²⁴ a więc pluralistycznej struktury europejskiego porządku konstytucyjnego. Zależność między przyjęciem określonej perspektywy badawczej, dotyczącej rozwoju współczesnego europejskiego konstytucjonalizmu, a odpowiedzią na pytanie *quis custodiet* jest kwestią kluczową. W zależności od tego, czy przyjmie się monistyczne, dualistyczne czy też pluralistyczne spojrzenie na relacje: konstytucja narodowa – prawo wspólnotowe, konstytucyjny sąd krajowy – ETS, uzyskamy odmienne, wzajemnie się wykluczające odpowiedzi.

¹⁸ J. H. H. Weiler i U. R. Haltern orzeczenie w sprawie Maastricht traktują natomiast jako kontynuację „buntowniczej sagi orzeczniczej” FTK (por. *ibidem*, s. 363), rozpoczętej w zasadzie orzeczeniem w sprawie *Solange I* z 1974 r. (por. przypis 57 niniejszego opracowania).

¹⁹ Ich propozycja opiera się na europejskiej wersji znanej ustrojowi V Republiki Francuskiej Rady Konstytucyjnej. Rada taka składałaby się z sędziów sądów konstytucyjnych państw członkowskich (lub z członków organów funkcjonalnie odpowiadających takim sądom), a jej prezesem były Prezes ETS. Żaden z członków Rady nie miałby prawa weta, organ ten uprawniony zostałby do rozstrzygania sporów kompetencyjnych (w tym dotyczących przestrzegania zasady subsydiarności), a jego kontrola miałaby charakter jedynie prewencyjny – po uchwaleniu aktu, lecz przed dniem jego wejścia w życie; por. *ibidem*, s. 364.

²⁰ Dosłownie: zapewnionej, wzajemnej destrukcji, *ibidem*, s. 362.

²¹ Por. *ibidem*.

²² *ibidem*, s. 362-363.

²³ Por. I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, „Common Market Law Review” 36, 1999, s. 703 i n.; J. Inensee, *Integrationsziel Europastaat?*, w: *Festschrift für Ulrich Everling zum 70. Geburtstag*, red. O. Due, M. Lutter, J. Schwarze, Baden-Baden 1995, s. 567 i n.; R. Wahl, *Der Einzelne in der Welt jenseits des Staates*, „Der Staat 2001”, s. 46 i n.; R. Nickiel, *Zur Zukunft des Bundesverfassungsgerichts in Zeitalter der Europäisierung*, „Juristische Zeitung 2001”, s. 631 i n.

²⁴ Określenie pluralistycznego i policentrycznego systemu prawa jako przeciwstawnej wizji wobec monistycznej teorii H. Kelsena właściwie jest dla N. McCormicka; por. *idem*, *Beyond the Sovereign State*, „Modern Law Review” 56, 1993, s. 9.

Stanowisko ETS wyraża absolutystyczną wersję zasady supremacji prawa wspólnotowego i opiera się na monistycznym postrzeganiu europejskiego porządku konstytucyjnego. Tezy FTK wyłożone w wyroku w sprawie Maastricht, stanowią natomiast konsekwencję przyjęcia perspektywy dualistycznej, w której prawo wspólnotowe funkcjonuje i obowiązuje w danym państwie członkowskim na zasadach określonych w postanowieniach konstytucji narodowej. Dualistyczną wizję FTK należy jednak przemnożyć przez liczbę krajów członkowskich, z których każde, przejmując logikę FTK, przynajmniej potencjalnie legitymowane jest do dokonywania kontroli aktów wspólnotowych w aspekcie *vires* ich wydania. Tym samym powoduje to przekształcenie wizji dualistycznej w wizję pluralistyczną, charakteryzującą się swego rodzaju multiplikacją krajowych wersji prawa wspólnotowego²⁵.

Przeciwstawne odpowiedzi ETS i krajowych sądów konstytucyjnych na pytanie *quis custodiet* są więc jedynie konsekwencją przeciwstawnych koncepcji europejskiego porządku konstytucyjnego. Co więcej, powielanie zwalczających się wzajemnie argumentacji skłaniających się ku jednemu z przedstawionych stanowisk pozbawione jest większego sensu, gdy uzna się, że oba stanowiska są uzasadnione i uprawomocnione z wewnętrznego punktu widzenia formułującego je organu.

Dla ETS ostatecznym punktem odniesienia jest prawo wspólnotowe, stąd też w nim dopatrywać się on będzie źródeł swej legitymizacji do kontrolowania legalności aktów wspólnotowych. Dla sądu krajowego natomiast, szczególnie sądu konstytucyjnego, ostatecznym punktem odniesienia pozostawać będzie zawsze konstytucja danego państwa, do ochrony której został przecież powołany.

Sformułowany w literaturze pogląd o nierozwiązywalności problemu „kompetencji kompetencji” na poziomie normatywnym, spowodował zmianę optyki widzenia tej kwestii. Stopniowo następowało odchodzenie od powielania wyrażonych mniej lub bardziej jasno racji obu stron dyskusji na rzecz poszukiwania teoretycznej podstawy umożliwiającej uregulowanie współpracy, określenie reguł konwersacji między ETS a krajowymi sądami konstytucyjnymi.

Wskazując na normatywną nierozwiązywalność problemu „kompetencji kompetencji”, przywołać należy przede wszystkim nazwisko N. McCormicka²⁶, któremu przypisuje się zwrócenie uwagi na paralelną legitymację obu sformułowanych w latach dziewięćdziesiątych stanowisk²⁷. W artykule

²⁵ Por. F. C. Mayer, *The European Constitution and the Courts...*, s. 31, a szczególnie: „What appears to be particularly threatening for legal unity and the uniform interpretation of European law in the case law of the highest courts and tribunals is the phenomenon of interpreting European law from the perspective of the national constitutional order, generating a parallel version of European law (a constitutional law – version of European law)”.

²⁶ Choć w literaturze najczęściej przywoływane jest nazwisko N. McCormicka, warto zaznaczyć, że podobną argumentację przedstawili też: M. Heintzen czy W. D. Grossman; por. M. Heintzen, *Die »Herrschaft« ber Europäischen Gemeinschaftsverträge – Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs?*, „Archiv für Öffentliches Recht 119, 1994, s. 564 i n.; W. D. Grussman, *Grundnorm und Supranationalität*, w: *Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit*, red. T. v. Danwitz, Baden-Baden 1993, s. 47 i n.

²⁷ N. McCormick, *Liberalism, Nationalism, and the Post-Sovereign State*, w: *Constitutionalism in*

analizującym wyrok FTK z Maastricht N. McCormick zaznaczył, że akceptacja pluralistycznej koncepcji systemu prawnego determinuje pogodzenie się z faktem, że nie wszystkie problemy normatywne mogą być na poziomie normatywnym rozwiązane²⁸. Teza N. McCormicka opiera się na przyjęciu założenia o obowiązywaniu dwóch odrębnych norm podstawowych, z których jedna legitymizuje działania prawotwórcze w ramach systemu krajowego, a druga w ramach systemu unijnego²⁹. Warto jednak zaznaczyć, że podobną tezę, choć w kontekście klasycznego prawa międzynarodowego, sformułował, jeszcze w pierwszej połowie XX w. A. Verdross³⁰. Nierozwiązywalny normatywnie konflikt kompetencyjny ETS oraz krajowych sądów konstytucyjnych można bowiem przedstawić stosując verdrossiańską teorię organów granicznych (*Grenzorgane*) – czyli instytucji związanych prawem, ale niepodlegających żadnej prawnej kontroli (pełniących funkcje ostatecznych instancji w danym systemie prawnym). Rozwiązanie konfliktu między nimi może odbyć się, według A. Verdrossa, jedynie na drodze politycznej lub socjologicznej³¹.

Przyjęcie tezy o nierozwiązywalności konfliktu między ETS a danym krajowym sądem konstytucyjnym na płaszczyźnie prawnej, implikuje pozostawienie pytania *quis custodiet* bez odpowiedzi. Jednak to pragmatyczne zakończenie doktrynalnych i jurysdykcyjnych dyskusji nie jest całkowicie zadowalające. Skoro bowiem argumenty obu stron są logicznie spójne i opierają się na pewnej podstawie prawnej, to jak mają w praktyce wyglądać relacje między ETS a krajowym sądownictwem konstytucyjnym?

FTK w wyroku w sprawie Maasricht relacje te określił mianem kooperacji, współpracy (*Kooperationsverhältnis*)³². Użyte przez FTK sformułowanie nie zostało jednak w orzecznictwie niemieckiego Trybunału rozwinięte. Próbę zdefiniowania pozytywnej współpracy, określenia reguł komunikacji między sądowej podjęła w ostatnich latach doktryna. Koncepcje pluralizmu prawnego nie ograniczają się bowiem do opisu wieloskładnikowego porządku prawnego obowiązującego w Europie, lecz próbują również uporządkować reguły interakcji międzysystemowych, przede wszystkim tych zachodzących na etapie stosowania prawa.

Kwestia ustalenia ostatecznego arbitra Europy pozostaje nadal w tych koncepcjach pytaniem bez odpowiedzi, lecz – paradoksalnie – przyjęcie założeń

Transformation: European and Theoretical Perspectives, red. R. Bellamy, D. Castiglione, Blackwell, Oxford 1996, s. 149.

²⁸ N. McCormick, *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, „European Law Journal” 1, 1995: „[...] acceptance of the pluralistic conception of legal systems entails acknowledging that not all legal problems can be solved legally”, s. 259.

²⁹ N. McCormick, *Liberalism...*, „[...] from internal point of view of each legal system, its ultimate grounds of validity are in principle distinct from those of every other, but there can in fact be intimate interaction between systems”, s. 149.

³⁰ Zwraca na to również uwagę F. C. Mayer, *The European Constitution and the Courts...*, s. 45-46.

³¹ Por. A. Verdross, odnosząc się do H. Kelsena; A. Verdross, *Völkerrecht*, wyd. 2, 1950, s. 24 i n.; por. też H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, Los Angeles University of California Press, Berkeley 1967: „[...] decision can be made only on the basis of non-scientific, political considerations”, s. 346.

³² F. C. Mayer wskazuje, że choć sformułowanie to pojawiało się już wcześniej w orzecznictwie FTK (przede wszystkim w wyrokach dotyczących praw podstawowych), to dopiero wyrok z 12 października 1992 r. rozszerzył obowiązek przyjaznej współpracy na kwestie związane z podziałem kompetencji; F. C. Mayer, *The European Constitution and the Courts...*, s. 46-47.

nia o nierozwiązywalności normatywnej problemu „kompetencji-kompetencji” ułatwia konstruktywne przedstawienie praktycznych reguł, których powinny przestrzegać sądy stosując normy powstające w wielu ośrodkach prawotwórczych.

Pojęcie pluralizmu prawnego stosowane jest tutaj jako zbiorcze określenie koncepcji, często określanych również mianem wielopoziomowego³³, policentrycznego³⁴, multicentrycznego³⁵, czy też centro-peryferijnego³⁶ systemu prawnego, a nawet modelem matrix³⁷. Niezależnie od znaczących różnic, wszystkie te koncepcje odrzucają klasyczny dwupodział na monizm – dualizm nieoferujący alternatywnego podejścia, koniecznego przy analizie systemów prawnych funkcjonujących w ramach państw członkowskich Unii Europejskiej.

C. Richmond wskazuje, że przyjęcie koncepcji pluralizmu prawnego powoduje chroniczną niestabilność i niepewność aktualnie obowiązującego układu norm prawnych³⁸. Ponieważ porządki prawne funkcjonujące w ramach pluralistycznego systemu wzajemnie na siebie oddziałują, każda zmiana normatywna w jednym porządku spowodować może przekonfigurowanie układu norm prawnych w innych porządkach. Autorka ten stan wzajemnego współoddziaływania określa mianem tasowania (*shuffling*)³⁹. Wystarczy przełożenie jednej karty w talii, by mógł się zmienić układ kart, który otrzyma każdy z uczestników gry. Zdaniem C. Richmond, brak precyzyjnego określenia aktualnego stanu prawnego, jest nie tylko możliwy do zaakceptowania, ale i konieczny dla dalszego rozwoju procesu integracyjnego.

Użyty przez autorkę termin: „kryzys tożsamości” (*the identity crisis*), dotyczący natury prawnej Unii Europejskiej, jest w pewnym sensie prowokacją⁴⁰. Brak jasnych i precyzyjnych reguł leży bowiem u samych podstaw funkcjonowania Unii i pozwala na rozwijanie pewnych pojęć poprzez dynamiczną interpretację współgrającą z procesem coraz ściślejszej współpracy wewnątrz kontynentu. Kryzys tożsamości jest w tym ujęciu paradoksalnie właśnie zdefiniowaniem tożsamości Unii.

³³ Por. J. Inensee, op. cit., s. 567 i n.; R. Wahl, *Der Einzelne in der Welt jenseits des Staates*, „Der Staat” 2001, s. 46 i n.; R. Nickiel, *Zur Zukunft des Bundesverfassungsgerichts in Zeitalter der Europäisierung*, „Juristische Zeitung” 2001, s. 631 i n.

³⁴ A. v. Bogdandy, *Supranationale Union als neues Herrschaftstypus, Integration*, „Common Market Law Review” 1993, s. 210 i n.

³⁵ Por. E. Łętowska, »Multicentryczność« systemu prawa i wykładnia jej przyjazna, w: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogiegło, W. Popiolek, M. Szpunar, Kraków 2005, s. 1127 i n.; eadem, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 3 i n.; eadem, *Między Scylla i Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 1. Por. też polemiki: W. Lang, *Wokół problemu multicentryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” z. 7, s. 95 i n.; A. Kustra, *Wokół problemu multicentryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 6, s. 85 i n.

³⁶ Por. J. H. H. Weiler, *The Transformation of Europe*, „Yale Law Journal” 100, 1991, s. 2403 i n.

³⁷ Por. D. Elazar, *Exploring Federalism*, University of Alabama Press 1987, s. 27 i n.

³⁸ C. Richmond, *Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in the European Union*, w: *Constructing Legal Systems: »European Union« in legal theory*, red. N. McCormick, Kluwer, Academic Publishers, Dortrecht-Boston-London 1997, s. 417.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Autorka przywołuje tezę Iana Warda, że kryzys tożsamości Wspólnot wiązać należy z zasadą subsydiarności; por. C. Richmond, op. cit., s. 416.

Według C. Richmond, wzajemne oddziaływanie systemów krajowych oraz prawa wspólnotowego nie zaburza ich funkcjonowania aż do momentu, gdy przetasowanie nie narusza przyjętej koncepcji interakcji. Koncepcję postrzegania całego europejskiego porządku konstytucyjnego z perspektywy systemu krajowego C. Richmond nazywa modelem poznawczym (*cognitive*). Określenie to oznacza, że każdy system prawa, składający się na szeroko pojęty europejski porządek konstytucyjny, w inny sposób postrzega i inaczej opisuje zewnętrznie wobec danego systemu normy, należące jednak do porządku europejskiego. Można powiedzieć, że każde państwo przyjmuje swój wewnętrzny, konstytucyjno-prawny punkt widzenia na europejską przestrzeń konstytucyjną.

C. Richmond odchodzi od czystej pluralistycznej wizji europejskiego porządku prawnego. Autorka przyjmuje normatywną koncepcję pluralizmu, lecz jednocześnie uznaje monizm poznawczy, dotyczący postrzegania zbioru samodzielnych systemów z indywidualnego punktu widzenia konkretnego adresata norm⁴¹. Wskazuje na fakt, że organizacyjna i normatywna niezależność każdego z systemów prawnych będących częścią szeroko pojętego porządku funkcjonującego w ramach Unii Europejskiej (systemy krajowe oraz system wspólnotowy), nie wyklucza poznawczej (kognitywnej)⁴² jedności tego porządku z indywidualnego punktu widzenia. Na płaszczyźnie normatywnej każdy z systemów opiera się na odrębnej normie podstawowej, jednak mimo to można wszystkie te systemy postrzegać i opisywać jako jeden porządek prawny. Koncepcję C. Richmond można więc określić mianem obiektywnego pluralizmu i subiektywnego monizmu.

Przyjmując pozycję obserwatora z zewnątrz dostrzeżemy wielość współoddziaływujących na siebie systemów prawnych, jednak, analiza układu norm od wewnątrz (przez indywidualnego adresata norm) będzie zawsze analizą jednego systemu prawa. Istotne znaczenie w tej koncepcji odgrywa jednak wskazanie na wielość punktów postrzegania funkcjonujących w ramach europejskiej przestrzeni prawnej przepisów. Ten element uprawnia do umiejscowienia ostatecznie koncepcji C. Richmond w nurcie pluralizmu prawnego.

W jaki sposób przedstawione wyżej tezy wiążą się z dylematem „kompetencji kompetencji”? Przywołać trzeba raz jeszcze moment podpisania Traktatu z Maastricht (TUE). Następujący po nim proces ratyfikacji zainicjował, według C. Richmond, masowe poznawcze (*cognitive*) przetasowania po stronie państw członkowskich w celu dostosowania nowych norm traktatowych do wewnętrznych, krajowych perspektyw postrzegania całości europejskiego porządku konstytucyjnego⁴³. Ratyfikacja TUE spowodowała, że w niektórych państwach

⁴¹ Ibidem, s. 418: „Kelsen allows us to maintain a distinction between legal systems while at the same time offering a way to return to the individual and the legal unity that is created from the point of view of each person whose behavior is regulated by norms bombarded at her by this plurality of systems”.

⁴² Określenie kognitywnej (*cognitive*) używane jest przez C. Richmond na określenie sposobu postrzegania relacji. Kognitywny układ norm prawnych to układ norm postrzegany z punktu widzenia konkretnego adresata norm prawnych.

⁴³ Ibidem, s. 417: „Maastricht entailed, for example a massive cognitive shuffling on the part of the Member States, to accommodate the new and changed norms within their pictures of the hierarchy of norms”.

poddano w wątpliwość dotychczasowy model stosunku prawa wewnętrznego danego kraju do prawa wspólnotowego. Przykładem tego jest sprawa konstytucyjności ratyfikacji TUE zawisła przed FTK. Analizując orzeczenie FTK z perspektywy tez C. Richmond, ostrzeżenie skierowane przez niemiecki Trybunał pod adresem organów wspólnotowych uznać należy za słuszne. Autorka wskazuje bowiem, że gdyby FTK zaakceptował normy wspólnotowe powstałe *ultra vires* i uznał, że jest nimi związany, musiałby zmienić samą perspektywę postrzegania europejskiego porządku konstytucyjnego. Taka zmiana utrudniłaby, a może nawet uniemożliwiła określanie własnego porządku prawnego jako suwerennego⁴⁴. Z tego też względu, C. Richmond uważa, że w interesie wszystkich stron leży zachowanie „niedookreśloności” we Wspólnotach, która pozwala każdej ze stron pozostawianie przy takim modelu legitymizacji prawnej, jaki jest z jej wewnętrznego punktu widzenia najbardziej odpowiedni⁴⁵. W koncepcji C. Richmond obie strony konfliktu kompetencyjnego (krajowy sąd konstytucyjny i ETS) pozostają nie tylko prawnie, ale i politycznie legitymowane. W interesie zarówno państw członkowskich, jak i samej Unii leży pozostawienie problemu „kompetencji kompetencji” bez rozwiązania. Taki stan ma jednak rację bytu tylko wtedy, gdy żadna ze stron nie zacznie go podważać. Można więc powiedzieć, że dopóki Unia Europejska nie podejmie działań prawotwórczych, które mogłyby zostać zakwestionowane z punktu widzenia ich *vires*, stan braku ostatecznego arbitra nie jest nawet zauważalny. Każda ze stron może pozostawać przy własnym spojrzeniu na sprawę, sąd krajowy może czuć się uprawniony do takiej kontroli, przy jednoczesnym wysuwaniu takich samych roszczeń przez Trybunał w Luksemburgu. Kluczem do koncepcji C. Richmond jest więc rozsądne i zrównoważone stosowanie zasady subsydiarności przez organy wspólnotowe. Autorka nie analizuje jednak sytuacji rzeczywistego konfliktu dotyczącego aktu wspólnotowego, którego konstytucyjność z punktu widzenia prawa krajowego stawiana jest pod znakiem zapytania.

Można znaleźć wiele analogii między przedstawionymi wyżej tezami C. Richmond a koncepcją tzw. prawa kontrapunktu (*counterpunctual law*)⁴⁶ sformułowaną przez M. Maduro. Nazwa teorii nawiązuje do znanego w muzyce pojęcia kontrapunktu, a więc techniki kompozycyjnej polegającej na jednoczesnym zestawianiu linii melodycznych według określonych zasad tonalnych, tak by harmonijnie ze sobą współgrały. Zdaniem M. Maduro, tak jak odkrycie możliwości harmonijnego współgrania kilku linii melodycznych zrewolucjonizowało świat muzyczny, tak i dostrzeganie możliwości jednoczesnego współobowiązywania wielu odmiennych porządków prawnych pozwala na rozwiązanie istotnych dylematów związanych z relacjami prawo wspólnotowe – prawo krajowe⁴⁷. W muzycznej technice kontrapunktu brak jest hierarchicznego podporządkowania linii melodycznych. Ta właśnie cecha sprawia, że użyte przez M. Maduro porównanie jest atrakcyjne dla opisu współczesnego konstytucjonalizmu europejskiego. Współobowiązujące porządki

⁴⁴ Ibidem, s. 418.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ M. P. Maduro, *Counterpunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, w: *Sovereignty in Transition*, red. N. Walker, Hart 2003.

⁴⁷ Ibidem, s. 22.

konstytucyjne (krajowe oraz wspólnotowy) mimo braku ich zhierarchizowania, funkcjonować mogą, zgodnie z tezami Autora, w sposób harmonijny i bezkonfliktowy.

Dylemat „kompetencji kompetencji” należy, według M. Maduro, do fundamentalnych problemów, z jakimi boryka się prawo konstytucyjne. Autor uważa, że jest to jeden z rezultatów madisońskiej koncepcji oddzielenia władz i stworzenia mechanizmu ich wzajemnej kontroli (*check and balance*)⁴⁸. Takie postrzeganie analizowanego problemu prowadzi do stwierdzenia, że udzielenie odpowiedzi przyznającej uprawnienie do bycia ostatecznym arbitrem jednej ze stron prowadziłoby do zagrożenia całego mechanizmu wzajemnej kontroli i równoważenia się władz. Pytanie „*Who decides who decides?*” pozostać musi pytaniem otwartym. Nie ulega wątpliwości, że koncepcja „prawa kontrapunktu” zakłada niezwykle optymistyczny scenariusz. Wskazuje, jak unikać międzysystemowych konfliktów norm konstytucyjnych, nie odpowiada jednak na pytanie, jak zachować się ma sąd krajowy i ETS, gdy do takiego konfliktu pomimo wszystko dochodzi. Zdaniem M. Maduro, zasady kontrapunktu (*conterpunctual principles*) oznaczają, że każdy z sądów funkcjonujących w ramach europejskiej przestrzeni konstytucyjnej (czy to krajowy sąd konstytucyjny, czy też ETS) wydając orzeczenie powinien analizować nie tylko skutek tego orzeczenia we własnym systemie prawnym, ale też w innych systemach składających się na szeroko pojmowany europejski porządek konstytucyjny.

Przewodnią ideą tej koncepcji jest promowanie uniwersalności orzeczeń krajowych w stosunku do prawa europejskiego i stworzenie koherentnego, spójnego systemu interpretowania prawa wspólnotowego przez sądy krajowe⁴⁹. Taka propozycja może budzić obawę powstawania coraz liczniejszych „krajowych wersji prawa wspólnotowego”, które prowadzić będą do korozji całego systemu unijnego. Jednak, jak wskazuje M. Maduro, jeśli sąd krajowy będzie świadomy, że decyzja, którą podejmuje będzie częścią prawa europejskiego, interpretowaną przez „wspólnotę” sądów krajowych, sąd ten rozważy w swoim orzeczeniu jego konsekwencje dla całego systemu prawa oraz dla spraw, które mogą zawisnąć przed którymś z sądów w przyszłości. Zdaniem autora, świadomość sądu krajowego, że podejmując konkretną decyzję oddziałuje nie tylko na swój wewnętrzny system prawny, ale i na cały europejski porządek konstytucyjny, będzie zapobiegać wykorzystywaniu przez sądy autonomii ich własnego systemu prawnego jako argumentu uzasadniającego różne formy uchylania się (*eviasion*) czy też przyjmowania pozycji wolnego strzelca (*free-riding*)⁵⁰. M. Maduro dostrzega jednak, że przedstawiony przez niego model funkcjonowania systemu sądownictwa europejskiego może poprawnie działać jedynie wówczas, gdy zarówno ETS, jak i krajowe sądy konstytucyjne będą mieć na uwadze fundamentalne zasady ustrojowe charakterystyczne dla konkretnych systemów prawa. Tylko bowiem dostrzeżenie ewentualnych ogniw zapalnych, a więc pewnych unormowań

⁴⁸ Ibidem, s. 21.

⁴⁹ Ibidem, s. 24.

⁵⁰ Ibidem.

o randze konstytucyjnej, które potencjalnie spowodować mogłyby kolizję normatywną z innym elementem europejskiego porządku konstytucyjnego, gwarantuje spójną wewnętrzną konstrukcję tego porządku. Autor wskazuje, że zaproponowany model „prawa kontrapunktu” niesie ze sobą konieczność dokonania pewnych zmian w pojmowaniu współczesnego konstytucjonalizmu. Podstawową kwestią, która zdaniem M. Maduro wymaga zmiany, jest pewien utrwalony paradygmat konstytucjonalizmu krajowego. Współczesne prawo konstytucyjne nie daje się włożyć w ramy pojęć wytworzonych w ramach nauki o państwie i konstytucji krajowej. Z drugiej strony, koncepcja „pluralizmu polifonicznego” oferuje w zamian praktyczne rozwiązanie paradoksu „kompetencji kompetencji”. M. Maduro wskazuje, że zaproponowany przez niego model, przypomina w niektórych aspektach teorię autopoiesy prawa sformułowaną przez N. Luhmana i G. Teubnera. „Prawo kontrapunktu”, zachowując odrębność każdego z systemów krajowych, promuje bowiem jednocześnie proces włączania (*inclusiveness*) elementów każdego z tych systemów w obręb europejskiego porządku konstytucyjnego. Proces włączania można, zdaniem autora, opisać przy użyciu luhmanowskiego pojęcia refleksyjności prawa⁵¹.

Koncepcja pluralizmu prawnego M. Maduro łączy więc dwa, pozornie przeciwstawne nastawienia. Z jednej strony zachowuje odrębność każdego z elementów europejskiego porządku konstytucyjnego, z drugiej strony nakazuje komunikację między systemem prawa krajowego a wspólnotowego. Z pewnością jest to model niezwykle atrakcyjny i spójny teoretycznie. Nie uwzględnia on jednak sytuacji powstawania pewnych zaburzeń w europejskim porządku konstytucyjnym w postaci międzysystemowych konfliktów konstytucyjnych.

Na ten właśnie aspekt koncepcji pluralizmu prawnego zwrócił uwagę M. Kumm. W swoich pracach zaznacza on, że nie wystarczy wskazać jedynie reguły, których przestrzegać powinny sądy, by unikać sytuacji kolizyjnych. Konieczne jest również rozważenie sytuacji realnego konfliktu oraz udzielenie odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób takie kolizje normatywne rozwiązywać, by nie naruszyć istoty obu systemów prawnych, których normy ze sobą kolidują.

Sformułowana przez M. Kumma koncepcja „konstytucjonalizmu poza państwem” (*constitutionalism beyond the State* – CBS) jest właśnie próbą wskazania zasad rozwiązywania realnych sytuacji kolizyjnych między dwoma normami o randze konstytucyjnej⁵². Koncepcję tę należy jednak postrzegać w szerszej perspektywie teoretycznego konfliktu między wykształconym w prawie krajowym paradygmatem nadrzędności konstytucji (*national constitutional supremacy* – NCS) a sformułowaną w orzecznictwie ETS zasadą supremacji prawa wspólnotowego (*European constitutional supremacy* – ECS)⁵³.

Jak wiadomo, sądy konstytucyjne państw członkowskich wielokrotnie wskazywały na pewne ograniczenia stosowania zasady pierwszeństwa norm

⁵¹ Ibidem.

⁵² M. Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict...*

⁵³ Ibidem, s. 266 i n.

wspólnotowych w odniesieniu do norm konstytucyjnych danego kraju. M. Kumm dzieli wskazane w judykaturze przypadki kolizji między normą konstytucyjną a zasadą supremacji prawa wspólnotowego na trzy podstawowe grupy.

Pierwsza grupa obejmuje orzeczenia sądów krajowych, broniących pierwszeństwa konstytucyjnych standardów ochrony praw podstawowych. Drugą grupę tworzą wyroki, które w sytuacji dylematu „kompetencji kompetencji” przypisują sądowi krajowemu prawo do kontroli legalności aktów wspólnotowych w aspekcie przestrzegania zasady subsydiarności. Trzecią grupę stanowią orzeczenia dotyczące kolizji między normą wspólnotową a pewnym konkretnym przepisem konstytucyjnym, mającym charakter reguły prawa (a nie zasady) w znaczeniu opisanym przez R. Dworkina i R. Alexego⁵⁴.

To w gruncie rzeczy szerokie spektrum kolizji między normami konstytucyjnymi państw członkowskich a zasadą pierwszeństwa, nakazującą zastosować w takim przypadku normę wspólnotową, skłania M. Kumma do stwierdzenia, iż obecnie mamy do czynienia ze szczególnego rodzaju formą praktyki konstytucyjnej, w której krajowe sądy konstytucyjne ani nie odrzucają zupełnie paradygmatu nadrzędności konstytucji narodowej, ani nie akceptują całkowicie zasady pierwszeństwa norm wspólnotowych⁵⁵.

Koncepcja „konstytucjonalizmu poza państwem”, podobnie jak model „prawa kontrapunktu” M. Maduro, zakłada potrzebę dokonania pewnych zmian w myśleniu o prawie konstytucyjnym i konstytucjonalizmie. M. Kumm wskazuje, że należy zaakceptować, przynajmniej częściowo, funkcjonującą obecnie praktykę. Uporczywe trzymanie się przez ETS wykształconej w latach sześćdziesiątych bezkompromisowej wersji zasady pierwszeństwa nie jest prawidłowym kierunkiem integracji kontynentu⁵⁶. Jednocześnie jednak odstępstwa od zasady supremacji nawet na poziomie kolizji z normami konstytucji krajowych powinny należeć do wyjątków. Zdaniem M. Kumma, regułą powinno być uznanie pierwszeństwa zastosowania normy wspólnotowej, gdy ta koliduje z normą konstytucyjną.

Wychodząc z tego założenia, autor analizuje następnie trzy wymienione wyżej grupy sytuacji kolizyjnych, a więc problem kolizji z chronionymi na poziomie krajowym prawami podstawowymi, kwestię kontroli legalności wydawania aktów wspólnotowych z punktu widzenia zasady subsydiarności i wreszcie problem kolizji z konkretnymi przepisami konstytucyjnymi, odnoszącymi się do różnego rodzaju kwestii szczegółowych.

Według M. Kumma, pierwszy z wymienionych problemów stracił już na aktualności. Zastrzeżenia FTK i włoskiego Sądu Konstytucyjnego sformułowane pod adresem systemu wspólnotowego w latach siedemdziesiątych, zostały zrewidowane już w latach osiemdziesiątych, a na początku obecnego stulecia

⁵⁴ Ibidem, s. 264-265.

⁵⁵ Ibidem, s. 268.

⁵⁶ Na marginesie warto dodać, że stanowisko to nie jest odosobnione; por. K. Alter, *Establishing Supremacy of European Law*, Oxford University Press, Oxford 2001, s. 88 i n., H. H. Rupp, *Die Grundrechte und das Europäische Gemeinschaftsrecht*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1970, s. 953 i n.; T. Schilling, *Zu Grenzen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts*, „Der Staat” 1994, s. 555.

potwierdzono kompromisowe stanowisko zawarte w orzeczeniu *Solange II*⁵⁷. Z tego też względu autor uważa, że obecny stan prawny na szczeblu Wspólnot Europejskich wymaga zaakceptowania przez krajowe sądy konstytucyjne pierwszeństwa norm wspólnotowych w przypadku kolizji z krajową normą chroniącą prawa podstawowe. Odnośnie do drugiej grupy orzeczeń, szczególnie ważnych dla tematyki tego opracowania, zdaniem M. Kumma, siła argumentacji sądów krajowych przyznających sobie prawo do odgrywania roli ostatecznego strażnika przestrzegania reguł korzystania przez Unię z przekazanych na jej rzecz kompetencji zależy od rodzaju instytucjonalnych zabezpieczeń właściwego wykonywania uprawnień przez organy wspólnotowe. Jeśli polityczne i instytucjonalne zabezpieczenia są mocne, to orzeczenia sądów krajowych odrzucające akty wspólnotowe i tym samym obniżające efektywne i jednolite stosowanie prawa WE, mają słabą legitymację. Z drugiej strony, gdy brak jest instytucjonalnej ochrony, lub funkcjonujący system zabezpieczeń jest słaby, niewydolny, pełnienie przez krajowe sądownictwo konstytucyjne roli subsydiarnego strażnika podziału uprawnień w Europie okazuje się uzasadnione⁵⁸.

M. Kumm podkreśla, że orzecznictwo ETS nierzadko przeczyło tezie o odpowiednim poziomie instytucjonalnego zabezpieczenia rozdziału uprawnień między państwa i UE. Autor zaznacza bowiem, że wielokrotnie ETS przyjmował postawę obrony pozycji wspólnotowej „za wszelką cenę”, stosując skomplikowane teoretyczne i doktrynalne konstrukcje dla uzasadnienia legalności i prawidłowości działań organów wspólnotowych⁵⁹. Z tego też względu wydaje się, że autor, przynajmniej w aktualnym stanie rzeczy, akceptuje roszczenia wysuwane przez krajowe sądownictwo konstytucyjne dotyczące pełnienia roli ostatecznego arbitra. Jednak M. Kumm wskazuje również na pewne nowe tendencje, zauważalne w orzecznictwie ETS, który zdaje się bardziej poważnie podchodzić do roli strażnika rozdziału uprawnień w Europie⁶⁰.

⁵⁷ Znaczenie wyroku *Solange II* (zob. orzeczenie w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft p. EVGH* z 29 maja 1974 r., opublikowane w: „Common Market Law Review” 1974, nr 2, s. 278 i n.) uwidacznia jego porównanie z tezami FTK przedstawionymi we wcześniejszym wyroku *Solange I*; zob. orzeczenie w sprawie *Wünsche Handelsgesellschaft* z 22 października 1986 r. opublikowane w: „Common Market Law Review” 1987, nr 3, s. 478 i n., w którym niemiecki FTK uznał, że jest on konstytucyjnie zobowiązany do kontroli norm prawa wspólnotowego w aspekcie ich zgodności ze standardami ochrony praw podstawowych gwarantowanych w niemieckiej ustawie zasadniczej. W wyroku *Solange I* FTK stwierdził, że „tak długo jak” (*solange*) we Wspólnotach nie powstanie katalog praw podstawowych porównywalny do katalogu gwarantowanego w UZ, tak długo FTK sprawować będzie kontrolę nad normami prawa wspólnotowego właśnie w tym kontekście. 12 lat później FTK nawiązał do tej sformułowanych w wyroku *Solange I* w wyroku określającym w literaturze jako *Solange II*. Wskazał wtedy, że rozwinięta w międzyczasie przez ETS koncepcja ochrony praw podstawowych na szczeblu wspólnotowym odpowiada standardom wyznaczonym przez UZ. Z tego też względu FTK „odwrócił” formułę „tak długo jak”, tym razem stanowiąc, że dopóki Wspólnoty utrzymają obecny poziom ochrony praw człowieka, dopóty FTK czuje się zwolniony ze sprawowania kontroli nad prawodawstwem europejskim. FTK zaznaczył jednak w tym orzeczeniu, że nadal sprawować będzie on kontrolę ogólną, obserwując, czy Wspólnoty nie obniżają standardu ochrony praw jednostki.

⁵⁸ Ibidem, s. 295-296.

⁵⁹ Ibidem, s. 295, w podobny sposób ocenia praktykę ETS np. J. H. H. Weiler, idem, *The Transformations of Europe: Do the New Clothes Have an Emperor? And other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge 1999.

⁶⁰ M. Kumm podaje jako przykład takiego podejścia orzeczenie w sprawie *C-74/99 Imperial Tabacco and Others* [2000] ECR I-8599; por M. Kumm, ibidem, s. 295.

Uzasadnione odstępstwa od zasady supremacji prawa wspólnotowego widzi M. Kumm w przypadkach kolizji normy wspólnotowej ze szczególnego rodzaju normą konstytucyjną. Musi to być norma regulująca kwestie należące do fundamentalnych rozstrzygnięć ustrojowych w danym państwie (*norm that reflects a national commitment to something constitutionally essential*)⁶¹. Co więcej, norma ta musi być na tyle konkretna, by jej sformułowanie odpowiadało konstrukcji reguły (stosowanej w sposób „albo-albo”), a nie konstrukcji zasady prawa (stosowanej, zgodnie z regułą optymalizacyjną w sposób „mniej lub bardziej”). M. Kumm określa te warunki jako test jasności i określoności (*clear and specific test*). Dopiero spełnienie obu tych warunków pozwala na uzasadnione odstępstwo przez krajowy sąd konstytucyjny od zastosowania normy wspólnotowej w sytuacji, gdy ta koliduje z taką właśnie, fundamentalną i konkretną regułą konstytucyjną.

Koncepcja M. Kumma opiera się na trzech podstawowych założeniach⁶². Po pierwsze wskazuje, że sądy, rozstrzygając sytuacje kolizyjne, powinny stosować takie reguły kolizyjne, które w największym stopniu zrealizują zamierzenia i cele praktyki adjudykacyjnej zarówno na poziomie Unii, jak i państw członkowskich. Po drugie, koncepcja „konstytucyjnonalizmu poza państwem” neguje absolutny charakter zarówno paradygmatu nadrzędności konstytucji narodowej, jak i zasady supremacji prawa wspólnotowego. W przedstawionym przez M. Kumma modelu są to konkurujące ze sobą zasady, które w razie kolizji stosowane powinny być w sposób optymalizacyjny, by cele obu zasad zrealizować w jak największym stopniu. Po trzecie, autor wymienia cztery zasady wyznaczające przypadki, w których możliwe jest odrzucenie zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego na rzecz ochrony konstytucji narodowej. Analiza tych zasad w pewnym sensie podsumowuje rozważania Autora. Zasadami tymi są: formalna zasada legalizmu oraz materialne zasady: ochrony praw człowieka, subsydiarności oraz demokracji⁶³.

Zasada legalizmu wskazuje, że sąd krajowy generalnie zobowiązany jest do akceptacji pierwszeństwa norm wspólnotowych, nawet w przypadku kolizji z normą konstytucyjną. Zasada ochrony praw podstawowych umożliwia w pewnych sytuacjach odstępstwo od supremacji normy wspólnotowej na rzecz normy konstytucji krajowej. (Jak już wskazywano powyżej, zdaniem autora, zasada ta nie ma obecnie większego znaczenia, ze względu na wyrównanie poziomu ochrony praw człowieka na poziomie krajowym i wspólnotowym).

Subsydiarność określa możliwe wyjątki od pierwszeństwa norm wspólnotowych w przypadku wydania aktów o charakterze *ultra vires*. Zasada subsydiarności jest szczególnie znacząca dla niniejszego opracowania. Powyżej wskazano, jak, według M. Kumma, zakres zastosowania tej zasady zmienić może ratyfikacja Traktatu Konstytucyjnego.

Zasada demokracji dotyczy trzeciej grupy wyjątków od pierwszeństwa norm wspólnotowych, a więc pewnych specyficznych, konkretnych unormowań konstytucyjnych należących do podstawowych rozstrzygnięć ustrojowych

⁶¹ Ibidem, s. 298.

⁶² Ibidem, s. 299.

⁶³ Ibidem.

w danym państwie. M. Kumm tę grupę sytuacji kolizyjnych wiąże z zasadą demokracji, gdyż to demokratyczna legitymizacja takich unormowań ustrojowych (uchwalenie przez krajowego ustrojodawcę, realizującego wolę narodu-suwerena), przemawia na rzecz odstąpienia od zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego. Prawotwórstwo wspólnotowe bowiem, jak dotąd, charakteryzuje się wciąż podkreślanym w literaturze deficytem demokracji. Jednak zdaniem autora, postępujący proces integracji również i te uzasadnienie wyjątku od zasady supremacji może obalić lub co najmniej zawęzić zakres jego zastosowania⁶⁴.

Proces integracji Europy jest z natury rzeczy nacechowany dynamiką. Coraz ściślejsza współpraca państw członkowskich, najpierw w ramach Wspólnot Europejskich, a następnie w ramach Unii Europejskiej, nie pozostaje bez wpływu na pewne ukształtowane historycznie wzorce myślenia o prawie konstytucyjnym. Rozwój procesu integracyjnego ujawnił „niewydolność” tradycyjnych koncepcji suwerenności państwa, nadrzędności konstytucji krajowej czy też roli sądownictwa konstytucyjnego. Problem „kompetencji kompetencji”, który uwidocznił się po ratyfikacji Traktatu z Maastricht, traktować należy jako jeden z widoczniejszych „objawów” takiego stanu rzeczy. Tradycyjny model konstytucjonalizmu wymaga bowiem udzielenia jednoznacznej odpowiedzi na pytanie *quis custodiet*, podczas gdy w orzecznictwie ETS i krajowych sądów konstytucyjnych udzielono dwóch przeciwstawnych odpowiedzi. Oba stanowiska znalazły swoich zwolenników i przeciwników. Argumentacje uzasadniające jedno, a obalające drugie stanowisko przez kilka dobrych lat od podpisania Traktatu z Maastricht były przedmiotem licznych publikacji naukowych.

Dopiero gdy w doktrynie sformułowano tezę o normatywnej nierozwiązywalności kwestii ostatecznego arbitra Europy, zmieniło się podejście do tego problemu. Zamiast próbować za wszelką cenę dopasowywać współczesne prawo konstytucyjne do tradycyjnych modeli konstytucjonalizmu, zaczęto zmieniać same koncepcje, tak by dały się pogodzić ze współczesną praktyką konstytucyjną.

Wskazane w opracowaniu koncepcje pluralizmu prawnego są rezultatem nowej perspektywy patrzenia na proces integracji europejskiej. Koncepcje te, choć różnią się od siebie znacząco, charakteryzuje wspólne podkreślanie możliwości harmonijnego współobowiązywania oraz spójnego stosowania wielu systemów prawnych tworzących razem europejski porządek konstytucyjny. Kolizje norm zgodnie z omówionymi koncepcjami powinny być rozwiązywane zgodnie z regułą optymalizacyjną, tak by uwzględnić zarówno elementy dorobku konstytucyjnego państw członkowskich, jak i podstawy, na których opiera się *aquis communautaire* Unii Europejskiej.

Koncepcje pluralizmu prawnego akcentują otwarty charakter pytania *quis custodiet*. Proponują współistnienie wielu „wewnętrznych perspektyw” europejskiego porządku konstytucyjnego (C. Richmond), zaznaczają konieczność stworzenia „wspólnoty sądów krajowych”, które miałyby wpływ na wykładnię europejskiego prawa konstytucyjnego (M. Maduro) i wskazują na potrzebę

⁶⁴ Ibidem, s. 299-300.

kompromisów między orzecznictwem ETS a stanowiskiem krajowego sądownictwa konstytucyjnego (M. Kumm).

Pluralizm prawny nie stanowi gotowego jednolitego modelu europejskiego systemu prawnego. Jest to pewien kształtujący się dopiero nurt myślenia o prawie. Wysuwane w jego ramach propozycje spojrzenia na prawne problemy integracji stanowią jednak atrakcyjną alternatywę wobec tradycyjnego konstytucjonalizmu krajowego, który – jak się okazuje – wymaga dziś reinterpretacji.

*Mgr Aleksandra Kustra jest asystentem
Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu.*

JURIDICAL PLURALISM AND THE QUESTION OF FINAL ARBITER IN THE EUROPEAN UNION

Summary

The article tries to look at the problem of the final arbiter of the legality of legal acts enacted in Europe from legal pluralisms perspective. The question whether the ECJ or the national constitutional courts are legitimized bodies to control the constitutionality of the community law has been considered as being a controversial issue for many years. The ECJ states that it is the only body which has the competence to interpret the Community law, but it does not have the competence to interpret the national laws provisions. On the other hand, the national constitutional courts are legitimized to control the constitutionality of the national law but according to the ECJ they do not have competence to control the Community legal acts. The article analyzes chosen theoretical conceptions which, despite many differences represent the current of legal pluralism. All the authors of the described theoretical models analyze the problem of the final arbiter of the constitutionality in Europe with the assumption of a pluralistic nature of the European legal space which is composed from many independent, autonomous, but simultaneously co-operating legal systems. All described conceptions stress the opened character of the *quis custodiet* question. They propose coexistence of many internal perspectives” of the European legal order (C. Richmond), they stress the necessity of establishing a community of national courts” that would have influence at the interpretation of the European constitutional law (M. Maduro) and they point out the need to make some compromises between the ECJs case-law and the stand-points of national constitutional judiciary (M. Kumm).