

Epilog w formie dialogu

JOSEPH H. H. WEILER

ROZDZIAŁ I:

JOSEPH H. H. WEILER I BRUNO DE WITTE

JW: Chciałbym podać w wątpliwość analizę klauzuli rewizyjnej – chyba centralnego punktu w podrozdziale 1.3 twojego autorstwa – w którym jest mowa o tym, jakie rzeczywiste znaczenie ma podejście państw członkowskich do rozwiązywania kwestii co jest międzynarodowe, a co nie jest.

Twoja analiza przebiega w sposób następujący. W powszechnym międzynarodowym prawie traktatów procedura zmiany umów jest elastyczna i podlega zwykłej standardowej zasadzie wprowadzania jednomyślnie zmian przez umawiające się strony. Niemniej zawierając traktat, mogą one, co często ma miejsce, ustalić inną procedurę rewizyjną, która może przesądzić o większej elastyczności, np. o większościowym (a nie jednomyślnym) wprowadzaniu zmian. Natomiast w Unii Europejskiej uzgodnione przez strony przepisy rewizyjne są jeszcze surowsze: wymagana jest nie tylko jednomyślność, lecz przyjęto poza tym dodatkowe restrykcje takie, jak włączenie w ten proces instytucji UE oraz wymóg ratyfikacji przez każde z unijnych państw według jego własnych wymogów konstytucyjnych. Co więcej, jak słusznie zauważasz, zgodnie z powszechnym międzynarodowym prawem traktatów, Wysokie

Umawiające się Strony mogą skutecznie go zmienić na nowy traktat, nie respektując nie tylko postanowień o zawarciu traktatu, na mocy których zmieniany traktat wszedł w życie, lecz wręcz pomijając postanowienia rewizyjne zawarte w traktacie pierwotnym. Państwa, co podkreślasz, są „Panami Traktatów”, w odniesieniu zarówno co do ich formy, jak i treści. Natomiast zgodnie z prawem UE, jak piszesz, państwa członkowskie nie dysponują wolnością formy. W celu zmiany traktatów stanowiących UE są zobowiązane do stosowania procedur w nich zawartych. Tak więc, przynajmniej pod względem proceduralnym, nie cieszą się pełnym „panowaniem nad traktatami”.

W konkluzji stwierdzasz, co jest dość zaskakujące, że „postanowienia dotyczące zmian traktatów Unii Europejskiej są mocno osadzone w ramach międzynarodowego prawa traktatów”. Tymczasem zwracasz przecież uwagę na znaczącą różnicę, zgodnie z którą doktryna, orzecznictwo i praktyka rewizji unijnych oddalają się od powszechnego prawa międzynarodowego w swoim rygoryzmie proceduralnym. A jednocześnie wysuwasz wniosek, iż są one silnie osadzone w ramach tego prawa. Podejrzewam, że przyczyny takiego stanu rzeczy są następujące: literatura przedmiotu formułuje często twierdzenie (lub przypuszczenie), że jednomyślność rewizji traktatowej jest cechą typową w prawie międzynarodowym, zaś rewizja większościowa pozostaje charakterystyczna dla uzgodnień federalno-konstytucyjnych. Choć, co podkreślasz, prawo międzynarodowe zezwala państwom na ustalanie rewizji większościowej i innych elastycznych instrumentów, to UE nie tylko kurczowo się trzyma standardowej zasady jednomyślności, zawartej w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, lecz idzie jeszcze dalej: uzależnia zmiany traktatowe od zgody kolejnych podmiotów takich, jak instytucje UE; w odniesieniu do prawa UE wymaga ratyfikacji przez poszczególne państwa zgodnie z ich wymogami konstytucyjnymi oraz wyłącza mechanizm wprowadzania poprawek za pomocą nowego traktatu. Wszystko to wygląda na reżim bardziej międzynarodowy niż wymaga tego prawo międzynarodowe, czyli „bardziej papieski od samego papieża”.

Myszę, że jest to jednak „złudzenie optyczne”, a charakteryzująca cię subtelna i wyrafinowana twoja własna wrażliwość prowadzi do wręcz przeciwnych wniosków.

Gwoli wyjaśnienia: powszechne prawo międzynarodowe jest nie tylko elastyczne w obszarze procedur rewizyjnych, lecz również – co sam zauważasz – niewymagające w zakresie zawierania nowych traktatów, w tym takich, których celem i skutkiem jest zmiana poprzedniego traktatu oraz obejście jego procedur rewizyjnych. Nie chodzi o to, by ten nowy „traktat zmieniający poprzedni traktat” nie podlegał tym samym procedurom, co jego poprzednik. Niektóre organy państwowe, niemal tak samo, jak organy wykonawcze (np. minister spraw zagranicznych) z założenia działają tak, by związać państwo takim nowym traktatem, przy czym założenie to można obalić wyłącznie na podstawie dość kategoriycznych postanowień art. 46 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów. Nie znam współczesnego zastosowania tego artykułu, które zakończyłoby się sukcesem. Prawo międzynarodowe wzmacnia na szeroką skalę pozycję organów wykonawczych, co prowadzi – przynajmniej w niektórych państwach – do śmiałych prób korzystania z różnych narzędzi sprawowania władzy przez te organy na arenie międzynarodowej, i to nie zawsze z powodzeniem. Jedną z konsekwencji przejścia od tego, co „międzynarodowe” do tego, co „konstytucyjne”, jest poważne przesunięcie polityczne. Więzi państwotwórcze pomiędzy składowymi państwa federalnego przebiegają nie tylko pomiędzy nimi, lecz też pomiędzy ich obywatelami, łącznie i rozdzielnie. A prawa i obowiązki wynikające z omawianych umów (świadomie unikam tu słowa „traktat” czy „konstytucja”) dotyczą nie tylko części składowych państw, lecz również ich obywateli. Twierdzę od zawsze, że nawet umowa zawarta pomiędzy właścicielami niewolników może przenosić wynikające z niej prawa i obowiązki na tychże niewolników. Ale w porządku konstytucyjnym obywatele są ostatecznym „podmiotem umowy”, natomiast w rozumieniu międzynarodowego prawa traktatów „części składowe państwa” są zazwyczaj jedynie przedstawicielami organów wykonawczych. W tym sensie ukonstytuowanie państwa federalnego znacząco

różni się politycznie od zawarcia nawet najbardziej złożonej umowy międzypaństwowej, jak np. umowa o wolnym handlu w ramach Północnoamerykańskiego Układu Wolnego Handlu (NAFTA).

Zaskakujące jest to, że nie zbadaleś ani przyczyny, ani znaczenia wyjątkowości UE, (choć ją dostrzegasz), zgodnie z którą Unia Europejska odchodzi od klasycznej praktyki międzynarodowej, kiedy włącza kolejne instytucje, jak Komisja i Parlament w proces rewizyjny, wymagając na szczęblu „międzynarodowym” ratyfikacji przez poszczególne państwa z uwzględnieniem ich wymogów konstytucyjnych, a co najważniejsze, twardo egzekwując kwestie proceduralne w zakresie rewizji traktatów, bez możliwości wprowadzania zmian nowym traktatem. Czy mogę zaryzykować twierdzenie, iż przyczyna, a przynajmniej znaczenie tej wyjątkowości jest polityczne? Świadczy o tym to, iż w UE nawet jeśli państwa (jak twierdzisz) są panami traktatów, należałoby inaczej interpretować pojęcie państwa, a mianowicie nie tylko jako reprezentanta organów wykonawczych. Komisja i Parlament, proces ratyfikacji w zgodzie z konstytucjami, surowość postanowień rewizyjnych, aby przeciwdziałać planom obejścia irlandzkiego weta, wszystko to narzędzia, które mają wzmocnić głosy pochodzące spoza organów wykonawczych i już nie tylko nadać obywatelom prawa i obowiązki (przyznane im przez „Panów Traktatów”), lecz *uprawnić* obywateli do ich kształtowania. Innymi słowy, w chwili, gdy procedury rewizyjne osadzimy w kontekście politycznym, na jaki się powołujesz, zauważymy, że oddalają się od prawa międzynarodowego i praktyki międzynarodowej, dążąc w kierunku różnych form politycznych. Uważam, że twoja koncentracja na strukturze formalnoprawnej, a nie na jej celu lub znaczeniu, zaciemnia to, co istotne w przykładach, które przytaczasz.

BdW: Całkowicie zgadzam się z twoją analizą przyczyn, dla których unijna procedura rewizyjna jest tak sztywna. Mogę tylko dodać, że nie wiem, na ile cecha ta wyróżnia traktaty stanowiące UE spośród innych traktatów międzynarodowych zawieranych przez unijne państwa członkowskie. Odniesienie w art. 48 TUE do wymogów

konstytucyjnych jest rzecz jasna tautologią – to oczywiste, iż państwa mają obowiązek ratyfikowania traktatów międzynarodowych zgodnie z własnymi wymogami konstytucyjnymi i nie było potrzeby powtarzania w art. 48 tego warunku, chyba że chodziło o polityczne podkreślenie, iż są to traktaty, które nie leżą w gestii wyłącznie organów wykonawczych i nie tylko od nich zależą, lecz wymagają, co najmniej, przyjęcia przez parlamenty narodowe. Zgodnie z obowiązującą praktyką stosowaną przez państwa europejskie, ze znaczącym wyjątkiem Wielkiej Brytanii, przed ratyfikacją jakiegokolwiek umowy międzynarodowej przez organ wykonawczy musi ją zatwierdzić parlament danego państwa. W tym sensie stosunki międzynarodowe ulegają od roku 1945 stopniowej demokratyzacji, co jest szczególnie widoczne w ostatnich dekadach i o ile prawdą jest, iż – jak piszesz – „prawo międzynarodowe wzmacnia na szeroką skalę pozycję organów wykonawczych”, to wzmocnienie to zostało ograniczone krajowymi normami i praktykami konstytucyjnymi i to nie tylko w stosunku do traktatów stanowiących UE.

JW: Chciałbym teraz podważyć zastosowaną przez ciebie w trzech miejscach metodologię. Tutaj też, moim zdaniem, formalna analiza struktury prawnej prowadzi w ślepy zaułek.

Pierwsza wątpliwość dotyczy sposobu, w jaki w twoim rozdziale rzekomo obala się większość twierdzeń na temat „materialnej” różnicy między unijnym a międzynarodowym porządkiem prawnym. Wydaje się, że o ile padają tam ważne stwierdzenia dotyczące genealogii unijnego porządku prawnego, o tyle unika się o wiele ważniejszej kwestii: obiektywnej i konceptualnej klasyfikacji. Wyjaśnij, o co chodzi i dlaczego uważam to za tak istotne.

Znamienna jest owa ważna dyskusja na temat odpowiedzialności państwa. Zauważasz, że zasady odpowiedzialności państwa w UE są zdecydowanie odmienne od postrzegania odpowiedzialności państwowej w prawie międzynarodowym. Różnicę tę najlepiej widać w podejściu do systemu sankcji i środków zaradczych, czyli w traktowaniu następstw naruszeń prawa. Można by jednak również stwierdzić, że poza tą ewidentną różnicą uwidoczniają się

tu głębokie pokłady orzecznictwa i doktryny, wobec braku pojęć i koncepcji analitycznych na temat odpowiedzialności państwa. Nawet termin „odpowiedzialność państwa” rzadko występuje w orzecznictwie i w literaturze. Rzadko przypisuje się mu znaczenie, brakuje rozróżnienia na odpowiedzialność pierwotną i wtórną. Ani słowa o obowiązku uchylenia odpowiedzialności państwa, dopiero jej naruszenie daje podstawy do zastosowania sankcji. Odpowiedzialność państwa jest z Marsa, a unijny system przepisów dotyczących pogwałcenia i naruszenia prawa – z Wenus. Jedynym wyjściem może być po prostu uznanie systemu UE za „szczególny system odpowiedzialności państwowej”. Pozostaje to w zgodzie z ogólnym poglądem prezentowanym w omawianym rozdziale, który sugeruje dwie rzeczy jednocześnie. Nic nie powstrzyma państw od przyznania, iż nie ma mowy o zwykłych zasadach odpowiedzialności państwowej, można ewentualnie mówić o systemie szczególnym, który i tak, skoro został uzgodniony pomiędzy państwami, trzeba uznać za należący do prawa międzynarodowego. Mogę dodać od siebie, że w postanowieniach dotyczących odpowiedzialności państw rozważa się odejście od zasad ogólnych na mocy szczególnego porozumienia. Niemniej, podobnie jak w dyskusji na temat rewizji traktatów, i tu brakuje przemyśleń na temat znaczenia tego radykalnego odejścia od standardowego usytuowania prawa międzynarodowego. Znaczenie to, mówiąc w skrócie, jako że chodzi mi o metodologię, a nie o kwestie merytoryczne, można przypisać temu, iż, tak samo, jak w państwach federalnych, to, że jeden podmiot prawny (państwo, prowincja, kraj) naruszy prawo w stosunku do drugiego państwa, prowincji czy kraju nie daje podstaw do zastosowania środków zaradczych (tak naprawdę pojęcie środków zaradczych, które jest fundamentem odpowiedzialności państwa jest tu nieadekwatne), ponieważ zobowiązania, które mogły zostać naruszone dotyczą innych podmiotów i mocodawców, np. osób fizycznych. W UE nawet wtedy, gdy państwa sprzeciwiły się Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej (jak w sprawie *Sheep Meat*), żadne z pozostałych państw członkowskich nie rościło sobie prawa do podjęcia

środków zaradczych. Z metodologicznego punktu widzenia, rozumowanie przebiega chyba w sposób następujący: o ile formalnie struktura, proces czy instytucja prawna wzięły swój początek z porozumienia pomiędzy niezawisłymi państwami, które działają w ramach „systemu operacyjnego”¹ prawa międzynarodowego, to już samo pochodzenie naznaczy je (czy na zawsze?), jako „międzynarodowe”. „Międzynarodowe”, ponieważ postanowiono o nich w ramach prawa międzynarodowego. W dyskusji brakuje często rozważań nie tyle na temat formy czy pochodzenia postanowień, co na temat treści „eksperymentu” i jego merytorycznego znaczenia dla porządku prawnego. Zachodzi tu taka analogia. Jak wiadomo, człowiek, *homo sapiens*, pochodzi od małpy. Twoje formalne rozumowanie chyba przebiega tak: Były sobie małpy. Istniały też małpy znacznie mniej owłosione, które pozostają małpami, mimo znacznie uboższego owłosienia. Potem się wyprostowały. Odtąd są małpami, które przyjęły pozycję wyprostowaną. Następnie rozwinęły zdolność myślenia przewyższającą prymitywną zdolność myślenia nawet małp określanych mianem „inteligentnych” – są to po prostu małpy o wyższej umiejętności rozumowania. Wszystko to prawda z genealogicznego punktu widzenia. Człowieka można opisać w kategoriach „rozwiniętej małpy”, „małpy eksperymentalnej”, ale w pewnym momencie, mimo tej genealogii, sensowniej jest mówić, i jest to opłacalne merytorycznie i materialnie (w odróżnieniu od trafności leksykalnej), o „człowieku”, a nie o „małpie” – jeśli chcielibyśmy na przykład wprowadzić pojęcie podmiotowości moralnej czy odpowiedzialności moralnej.

Nie chodzi tu jednak li tylko o genealogię. Nie sądzę, byś w którymkolwiek miejscu swojego rozdziału wyraźnie stwierdził, co musiałoby się stać, byś zaliczył UE do porządku konstytucyjnego. Można natomiast odnieść wrażenie, że między wierszami,

¹ Przepraszam za posłużenie się tym modnym terminem. Kiedy w 1997 roku użyłem go po raz pierwszy – w *The Reformation of European Constitutionalism*, „Journal of Common Market Studies” 1997, 97, s. 35 – nie był jeszcze tak bardzo *à la mode*...

szczególnie w dyskusji na temat poszczególnych systemów sądowych, zrównujesz konstytucjonalizm z etatyzmem, dlatego, że tzw. konceptualny „dowód”, który stosujesz, ma wykazać, w czym UE różni się od państw federalnych. Jeśli mam rację, (a nawet jeśli się mylę) jest to dobry moment, by wyjaśnić pewną sprawę, która nie jest chyba uwydatniona w twoim wywodzie. Wszyscy, o których piszesz, że definiują porządek prawny UE jako „konstytucyjny” (a należy tu włączyć sam TSUE (!), który niejednokrotnie w swoich orzeczeniach opisywał traktaty, jako „karty konstytucyjne” porządku prawnego) w żadnym razie nie określają Unii jako państwa, co więcej, nie chcieliby, żeby Unia Europejska była państwem. Stąd, nawet w sformułowaniu „konstytucyjny porządek prawny” zawarte jest twierdzenie, iż „nie-państwo”, czyli podmiot w pewnych aspektach pozostający w obszarze międzynarodowego porządku prawnego, też może działać na podstawie „konstytucyjnego systemu operacyjnego”. Wydaje się, że jest to dla ciebie wybór „albo-albo”. To ważki pogląd, lecz nie jest to przesłanka większości eurokonstytucjonalistów. Na długo przed pojawieniem się w obiegu kolejnego modnego neologizmu „rządy wielopoziomowe”, wysunąłem tezę, że Wspólnota może być jednocześnie międzynarodowa, postnadnarodowa i subnarodowa. Ta metafora zapożyczona z fizyki jest raczej porządkowa, a nie cybernetyczna. Jeśli spojrzeć na UE w kategoriach fizyki Newtona, gdzie większe ciała poruszają się z mniejszą prędkością, jak w przypadku procesu rewizji traktatów (!), to UE wykazuje cechy wyraźnie prawnomiędzynarodowe, choć nawet tam, jak wcześniej stwierdziłem, mają one zabarwienie zdecydowanie konstytucyjne. Natomiast w trybie legislacyjnym UE funkcjonuje jako ciało ponadnarodowo-konstytucyjne. Jeśli rozpatrujemy ją w trybie administracyjnym, itd., trudno mi zaakceptować podejście heglowskie, podzielane np. przez naszego wspólnego znajomego, wybitnego prawnika Armina von Bogdandy’ego, że musi istnieć nadrzędny system koncepcji, obejmujący wszystkie tryby działania Unii.

BdW: To są bardzo ważne spostrzeżenia dotyczące roli i funkcji naukowców z dziedziny prawa, które (oczywiście m. in.!) obejmują próbę (cytuując twoje słowa) „sklasyfikowania [chaotycznej rzeczywistości] w sposób obiektywny i koncepcyjny”. Zaczynając od ostatnich uwag muszę stwierdzić, że solidaryzuję się z Arminem von Bogdandym i innymi w zakresie przydatności opracowywania nadrzędnego spójnego systemu koncepcji, który obejmowałby wszystkie tryby działania UE. Moim zdaniem, pogląd ten nie wyraża odczuwanej przez wszystkich konieczności konceptualizacji tego zjawiska, odzwierciedla natomiast ogląd rzeczywistości podzielany przez wszystkie podmioty procesu integracji europejskiej, zarówno w obrębie instytucji unijnych, jak i poza nimi. Podmioty te postrzegają UE jako scalający wszystko system współpracy i integracji o pewnych cechach ogólnych. Ponad ogromną różnorodnością sposobów działania UE góruje przekonanie o istnieniu „etykiety UE”, która do jednych organów i przedsięwzięć polityczno-prawnych pasuje, a do innych – nie. Stąd sensowna wydaje się próba zrozumienia i opisanego pełnego charakteru Unii. W istocie cały mój rozdział opiera się na założeniu o potrzebie takiej próby. Być może, jestem w tym za bardzo modernistą prawnym, a za mało postmodernistą.

Kiedy się przyjmie to założenie, to tezy stawiane w moim rozdziale są niezwykle proste. Wspólnoty Europejskie (WE) oraz Unia Europejska zostały utworzone na mocy traktatów międzynarodowych, w związku z czym rewizja głównych zasad działania UE przebiega w tym samym trybie. Stąd jej ogólny charakter jest na pierwszy rzut oka tożsamy z organizacją międzynarodową, a następnie szukam przekonujących powodów, iż ten obraz prima facie już nie charakteryzuje UE. Podążając za twoją pouczającą biologiczną metaforą, nie przeczę, iż w pewnym momencie nie będzie już sensu mówić o „rozwiniętej małpie” i korzystniej będzie wynaleźć pojęcie „człowiek”. Nie jestem po prostu przekonany, by UE tak bardzo różniła się od innych „małp”, że przestała być jedną z nich, czyli „rozwiniętą małpą”. Wydarzenia ostatnich kilku lat, a szczególnie przygotowanie i ratyfikacja traktatu z Lizbony, były – jak się wydaje – otrzeźwiający potwierdzeniem faktu, iż państwa nadal postrzegają UE jako podmiot utworzony przez nie zgodnie z prawem międzynarodowym. (Muszę dodać dla

rozwiązania wątpliwości, że nie bronię tego poglądu z pobudek ideologicznych. Z politycznego punktu widzenia jestem rzadkim już federalistą unijnym, lecz jako naukowiec czuję powinność, by przyznać, iż rzeczywistość nie zmierza w tym kierunku, choćbym sobie tego życzył).

JW: Zgadzam się z twoją analizą różnic pomiędzy metodą egzekwowania (rzekomego) konstytucjonalizmu, praktykowaną przez UE, a tą stosowaną przez państwa federalne. Niemniej nadal uważam, że jeśli chodzi o dyscyplinę, jaką UE narzuca państwom członkowskim, niczym nie różni się ona od rygorów narzucanych przez państwa federalne, natomiast bez wahania przyznam, że UE nie jest państwem federalnym i również bez wahania dodam, że wprowadza te rygory innymi środkami. Nie zgadzam się natomiast, (albo też nie rozumiem) dlaczego z faktu, iż dyscyplinę tę egzekwują sądy krajowe na podstawie zapisów konstytucyjnych ma wynikać, że UE jest bardziej „międzynarodowa”, a mniej „konstytucyjna”. Moim zdaniem, jest dokładnie odwrotnie: jest to klucz do egzekwowania dyscypliny surowszej niż w ramach państw federalnych, bardziej kantowskiej (jako że zależy ona od stopnia internalizacji wprowadzonego przez dane krajowe porządku prawnego), w większym stopniu federalnej, bo mniej scentralizowanej, dyscypliny mającej przewagę duchową, jaką ma Unia nad klasycznymi państwami federalnymi, bowiem na tej różnicy, którą tak precyzyjnie definiujesz, zasadza się wartość tolerancji konstytucyjnej, tj. dobrowolna akceptacja reżimu porządku konstytucyjnego, pomimo braku konstytucyjnego *demos*. Jest to szczególny rodzaj konstytucjonalizmu europejskiego. To *Sonderweg*.

BdW: W rozdziale mojego autorstwa unikam pojęcia „konstytucyjny” i nie wydaje mi się, bym gdziekolwiek przeciwstawiał sobie pojęcia „konstytucyjny” i „międzynarodowy”. Zgadzam się z tobą i innymi, że terminologia konstytucyjna nie powinna być zarezerwowana wyłącznie dla państw, lecz równie dobrze można za jej pomocą opisywać

istniejące lub pożądane cechy porządku prawnego UE i być może innych organizacji międzynarodowych. Twierdzą natomiast, że występowanie cech konstytucyjnych w porządku prawnym UE (w szczególności ścisły i prawomocny podział na pierwotne i wtórne akty prawne) nie daje podstaw do wyciągnięcia wniosku, iż Unia nie jest już organizacją międzynarodową.

JW: Ostatnie pytanie w pierwszej rundzie naszej debaty dotyczy „punktów docelowych”. Twoim zdaniem, za maskowanie międzynarodowego charakteru Unii płacimy pewną cenę: Unia nie jest przykładem ani inspiracją dla innych. Od czasu opublikowania twojego sławnego artykułu na temat sprawy *Costa v. ENEL* to problem do dyskusji. A jest to ważne i wzorcowe spostrzeżenie, choć niepozbawione też ciemnej strony. Powrót do (wewnętrznej) terminologii konstytucyjnej wykazuje przynajmniej tę zaletę, że zwraca uwagę poszczególnych wspólnot na konieczność popierania dyscypliny konstytucyjnej narzuconej państwom członkowskim i osobom fizycznym poprzez odpowiednie procesy i instytucje polityczne, które legitymizują tak głęboką ingerencję prawną i tak silną lojalność. Temu, co „konstytucyjne”, musi towarzyszyć nowy schemat społeczno-polityczny – który od dawna istnieje we Wspólnocie i w Unii i jest nieustannie dopracowywany. W sensie zewnętrznym natomiast ostrzega, że nie można osiągnąć pewnych głównych cech systemu unijnego – jego narzędzi „konstytucyjnych” – bez towarzyszących im uwarunkowań społeczno-politycznych. Wszelkie tego typu próby, jak choćby w przypadku Paktu Andyjskiego, czy Stowarzyszenia Narodów Azji Południowo-Wschodniej (ASEAN), kończyły się co najmniej groteskowo.

BdW: Nadal nie jestem przekonany, że jest to sytuacja zero-jedynkowa. Z twierdzenia, iż Unia Europejska jest podsystemem prawa międzynarodowego z wieloma cechami konstytucyjnymi wynika, że obserwowanie jej funkcjonowania może być nie tylko przykładem i inspiracją dla współpracy międzynarodowej w innych rejonach, lecz może

również wspierać pracę wewnętrznych instytucji i sądów, która opiera się na tradycji krajowego prawa konstytucyjnego. Dlatego też można łączyć korzyści płynące z opisywania UE językiem zarówno prawnomiędzynarodowym, jak i konstytucyjnym.

ROZDZIAŁ 2:

JOSEPH H. H. WEILER I NEIL WALKER

JW: Uważam, że podział na tożsamość zbiorową, zasoby produktywne i ontologię polityczną daje pole do formułowania niebanalnych, w swej istocie głębokich pytań o ustrój Unii Europejskiej, faktyczny lub pozorny. Na marginesie, nie czuję się przekonany, by cechy te były wyznacznikami nowoczesności. Jeśli chodzi o pierwszą z nich, istotnie, suwerenność ludu jest cechą charakterystyczną dla nowoczesności. Jednak w literaturze, a często też w twoim rozdziale, daje się zauważyć przesunięcie od idei suwerenności ludu w stronę samego pojęcia państwa narodowego, zupełnie tak, jakby to ostatnie wypaczało nowoczesność. Nie jest możliwe, by tak się działo, choć pogląd ten powtarza się w nieskończoność. W państwach zachodnich naród i państwo narodowe są najczęściej występującymi i najbardziej fundamentalnymi bytami politycznymi. Podobnie sfera „międzynarodowości” (którą w sposób przekonujący wywodzisz z państwa, twierdząc wręcz, iż na nim pasożytuje), jest starsza od nowoczesności. Pytania o podmiotowość polityczną i zbiorowość, które stawiasz, można by śmiało odnieść do narodu i państwa narodowego. Szukanie tego przesunięcia może uchodzić za grę niewartą świeczki, ale trzeba pamiętać, że potencjalnym zyskiem jest zrozumienie UE zgodnie z założeniami twojego projektu. Po pierwsze, i nie to jest najważniejsze, wydaje się, że podjęto arbitralną decyzję, iż punktem odniesienia dla rozumienia UE będzie nowoczesne państwo i nowoczesna „międzynarodowość”. Zrezygnowano w tym względzie z innych odniesień, jak choćby do monarchii austro-węgierskiej (która według różnych definicji leży gdzieś pomiędzy nowoczesnością a przednowoczesnością),

a nawet Świętego Cesarstwa Rzymskiego. Ta arbitralna decyzja opiera się na założeniu, iż nowoczesność z towarzyszącymi jej konfliktami obejmuje wszystko, co ma znaczenie dla współczesnego pojmowania kondycji ludzkiej i organizacji politycznej. I to twierdzenie nie może być prawdziwe, bo musielibyśmy zarzucić czytanie *Państwa* i dzieł mu podobnych. Rezygnujesz z klucza interpretacyjnego, dzięki któremu zyskalibyśmy, patrząc przez pryzmat nowoczesności i jej szczególnej definicji. Załóżmy, że jest odrobina racji w moim zarzucie o arbitralność definiowania nowoczesności jako najważniejszego punktu odniesienia, niemniej można uznać mój wywód za ilustrację utraconego potencjalnego zysku. Oto ona: przy założeniu, że kurczowo trzymamy się twierdzenia, iż cechą charakterystyczną nowoczesności jest suwerenność ludu państwa narodowego bez przesunięcia w stronę samego państwa narodowego, pytanie dotyczyłoby znaczenia *przejścia* od państwa narodowego, gdzie źródłem suwerenności nie byli ludzie, lecz suweren uprawomocniony w inny sposób. Przejście to oznacza prawdziwy wstrząs wynikający z suwerenności ludu, czyli przesunięcia na jednostki odpowiedzialności za własny los. Istotnie, dla wielu najważniejszą cechą nowoczesności jest przejście od wiary w wyroki przeznaczenia do światopoglądu wyboru. Towarzyszy temu ogromne napięcie – podobne do „burzy dorastania” (cechę tę i jej konsekwencje opisują obszernie socjolog Peter Berger i psycholog społeczny Erich Fromm). Ta zmiana światopoglądowa sięga głębszych pokładów ludzkiej kondycji jako takiej, poczynając od Adama i Ewy – jest to wahanie pomiędzy autonomią a heteronomią. Lęk przed odpowiedzialnością i ucieczka od jej podejmowania jest stałym elementem Kantowskiej autonomii, ale nowoczesność radykalnie to zjawisko uwydatnia. Wystarczy przeczytać dzieła mistrza – T.S. Elliota. Przywiązanie do symboli państwowych (takich, jak monarchia, państwowe kościoły, a ogólnie rzecz biorąc – konserwatyzm) jest po części manifestacją tego lęku. Przeformułowanie pierwszego z twoich kryteriów, jakie tu proponuję, tj. podmiotu zbiorowego, niczego nie ujmuje twojemu trójpodziałowi, uwalnia go za to z gorsetu nowoczesności i pozwala na szersze spojrzenie

zarówno na kwestie zasobów reproduktywnych (na przykład, na UE jako nowoczesną formę Frommowskiej *Ucieczki od wolności* – alternatywę dla dychotomii, o której mówisz, bardziej niepokojącą, lecz wcale nie mniej realną), jak i na ontologię polityczną, gdyż dzięki nałożeniu twojego schematu, powiedzmy, na monarchię austro-węgierską, można lepiej zrozumieć UE. (Nie chodzi o niedorzeczność typu: UE jest jak monarchia austro-węgierska, ale o to, że monarchia ta stanowi przykład alternatywy dla ostrego podziału państwo – sfera międzynarodowa, propozycji będącej w pewnym sensie świętym Graalem, którego szukasz). Skoncentrowałem się na pierwszym kryterium, ponieważ – zgodnie z twoją analizą – kryterium drugie i trzecie w istocie nie jest w ogóle związane z nowoczesnością i można, a wręcz należy, mówić o nich w kontekście każdego ustroju.

NW: Zgadzam się, iż mój trójpodział w pojmowaniu nowoczesności, tj. podmiot zbiorowy, zasoby produktywne i ontologia polityczna, mógłby równie dobrze służyć jako narzędzie analityczne, pomagające zrozumieć i inne etapy rozwoju ludzkości, choć, oczywiście doprowadziły to do całkowicie odmiennej oceny tych etapów. Mimo to zdecydowałem się ograniczyć do państwa i międzynarodowości w dobie nowoczesności, jako że UE – podmiot, którym ostatecznie się zajmuję – sama w sobie jest wytworem nowoczesności. Przyznaję, iż, jak twierdzisz, analizując formy przednowoczesne, lub wczesnonowoczesne takie, jak monarchia austro-węgierska, możemy dowiedzieć się więcej o UE, uważam jednak, że zrozumiemy ją lepiej, skupiając się na formach towarzyszących nowoczesności. Unia obejmuje taką samą przestrzeń geopolityczną, taką samą globalną gospodarkę i charakteryzuje się taką samą szczególną dynamiką zbieżności, jak i zróżnicowania kulturowego, jak inne wspomniane nowoczesne formy polityczne. Mało tego, że UE powstała w powiązaniu z tymi formami, ona po prostu przypomina je bardziej, przynajmniej w sensie budowania z tych samych materiałów, niż twory, które ją poprzedzały. Nie oznacza to, rzecz jasna, całkowitego dyskredytowania przednowoczesności. Ostatecznie, co starałem

się pokazać w moim rozdziale, nowoczesność wylania się z przednowoczesności, zachowując wiele jej cech w nowych odstonach. Nie przestajemy z tego powodu czytać Państwa i nie powinniśmy tego zarzucić. Platon i współcześni mu Grecy zapoznali nas z ideą władzy publicznej, obywatelstwa, cnót obywatelskich, równości politycznej, czyli z powszechną ideą zbiorowej podmiotowości politycznej i to w wąskich i nietypowych ramach klasycznego państwa-miasta. Wychodząc od ich starożytnych korzeni łatwiej zrozumieć ogólne zastosowanie tych idei w strukturze nowoczesnego państwa, choć tyle samo tu podobieństw, co różnic. Wyrażana przez ciebie krytyka, kiedy pochylałam się nad nowoczesnością, obejmuje też to, iż powołuję się na naród tak, jakby pozostawał on poza nowoczesnością i był wymienny z niewątpliwie nowoczesną ideą suwerenności ludu. Zgadzam się, że naród jest formą zorganizowania wspólnoty starszą od nowoczesności, ale mnie interesuje nie naród jako taki, lecz nacjonalizm. Uważam, jak Bernard Yack, którego cytuję, że istnieje bliski związek pomiędzy suwerennością ludu a nacjonalizmem, co więcej, że suwerenność ludu przyczynia się walnie do powstawania nacjonalizmu, bowiem wspólnota polityczna jest tu przedstawiana jako zbiorowe osiągnięcie, co upolitycznia wielowiekową tradycję przywiązania do narodu i nacjonalizuje dawną tradycję lojalności politycznej. Ta interpretacja nacjonalizmu i suwerenności politycznej jest z kolei podstawą mojego rozumienia przyczyn, dla których suwerenność ludu prowadzi bardziej w kierunku partykularyzmu niż uniwersalizmu. Niemniej, o ile chciałbym zachować nacjonalizm dla nowoczesności, to doceniam też twój punkt widzenia, iż coś tracimy, nie przyglądając się suwerenności ludu z bliska – może ważniej niż ja to zrobiłem – bez zgiełku nacjonalizmu w tle. Zgadzam się, że suwerenność ludu jest nie tylko ustrojem, w którym bezprecedensową rolę odgrywają indywidualizm i równość, ale też ustrojem, w którym następuje przejście od wiary w wyroki przeznaczenia do światopoglądu wyboru i odpowiedzialności, a zmianie tej towarzyszy postawa głębokiej ambiwalencji względem wolności, oraz że wszystkie nowoczesne formy polityczne, w tym UE, wyrażają tę ambiwalencję w stosunku do wolności politycznej na różne sposoby.

JW: Pragnę zakwestionować drugą cechę twojego podejścia do nowoczesności. Wydaje mi się, że w obrębie samej nowoczesności, rozumianej tu na twój sposób, tj. jako liczonej od momentu uznania suwerenności ludu, można wyróżnić dwa etapy. W pierwszym – wyraźnie widocznym po rozpadzie imperium otomańskiego po I wojnie światowej i opisanym w teorii Herdera (której dobre imię zniszczyli faszyści, a ocalił – na szczęście – Isaiah Berlin) byliśmy świadkami powstania nie-liberalnego państwa narodowego, będącego wyrazem suwerenności ludu, gdzie naród miał swoje „przeznaczenie”, toteż więzi w danym „narodzie” były niezwykle silne – naturalne, czasem wręcz etniczne – a „nagroda” była „wielkość” oraz laicka forma zbawienia. „Dziką winoroślą” (Izajasz 5:2) był tu rzecz jasna faszyzm w różnych odsłonach, mniej lub bardziej krwawych. Państwo liberalne jako ustrój otwarty na różne pomysły, które hołduje znacznie mniej organicznej idei obywatelstwa i narodu, upowszechnia się dopiero po II wojnie światowej, tzn. po upadku nowoczesności pierwszego okresu. Znowu mamy tu więc do czynienia z utraconym potencjalnym zyskiem. Ten sposób obrazowania, gdyby go przyjąć, otwiera szersze horyzonty rozumienia Unii w ramach twojego projektu. Przy tej interpretacji UE zdecydowanie *nie jest* przedsięwzięciem liberalnym, czyli strukturą otwartą na realizowanie różnych zadań. UE jest zakorzeniona w zupełnie innym przedsięwzięciu o bardzo odrębnej ideologii. Jest to Herderowska wspólnota losu i przeznaczenia, w której merytoryczne cele są znacznie ważniejsze od (demokratycznych) środków ich realizacji. Zresztą, jako taka została zaprojektowana (z Parlamentem Europejskim jako izbą konwersacyjną, przypominającą jego odpowiedniki w nowoczesnych państwach nie-liberalnych), co ciągle jeszcze stanowi o etosie unijnej administracji, gdzie legitymizacja wyniku jest zawsze uważana za ważniejszą od legitymizacji procesu. Innymi słowy, rozbierając nowoczesne państwo na czynniki tolerancji i nietolerancji, zyskujemy być może precyzyjniejsze narzędzie analizy UE i wysuwanych obecnie powodów do niezadowolenia.

W tym wszystkim tkwi oczywiście głęboki paradoks. Unia powstaje jako antidotum na słabości systemu międzynarodowego opartego na nieliberalnym państwie narodowym, przejmując w rzeczywistości cechy systemu, który miała zastąpić. Lampedusa śmieje się pewnie z za grobu: jak tylko chcemy, by nic się nie zmieniło, wszystko niechybnie ulegnie zmianie.

NW: To prawda, że w latach powojennych państwo liberalne zaczęło odgrywać ważniejszą rolę, tym niemniej nawet, jeśli nieprawidłowo rozpoznałem poszczególne etapy nowoczesności, ważne, by nie przeceniać rozmiaru transformacji. Z powodów, które podałem w poprzedniej odpowiedzi tam, gdzie w kontekście państwa do głosu dochodzi suwerenność ludu i samorządność zbiorowa, tam budzą się sentymenty nacjonalistyczne, bez różnicy, czy będzie to nacjonalizm liberalny czy nieliberalny. Stąd jednym z aktualnych wyzwania UE, co z takim zaangażowaniem omawiasz w swoich pracach, jest sprośnięcie wyzwaniom wynikającym nie tylko ze spuścizny europejskiej nieliberalnej nacjonalistycznej przeszłości, lecz również, szczególnie na wschodnich rubieżach Unii, z europejskiej nieliberalnej nacjonalistycznej teraźniejszości. Dlatego, że – moim zdaniem – dla UE, widzianej jako powrót do nieliberalnej przeszłości, owej Herderowskiej wspólnoty losu, jest to tylko jeden z elementów. Unia Europejska, co staram się wykazać, ma w swoim DNA – obok partykularyzmu i kolektywizmu – również oddzielny nurt uniwersalizmu i indywidualizmu. Ma liberalizm, by osłabić kolektywizm, ale jest to bardziej (względny) liberalizm ekonomiczny niż polityczny, mimo że filozofią ustrojową wielu państw członkowskich UE jest liberalizm polityczny, co pogłębia jeszcze paradoks, o którym mówisz. Nie chodzi li tylko o to, że UE, podejmując próbę zwalczania patologii nietolerancji, wraca do przeszłości, lecz o to, że czyniąc tak, wpada w pułapkę obrócenia wolności w jej przeciwieństwo: zmianę prawa wyboru stylu życia w narzucanie dowolnego stylu życia.

JW: Choć stosuję, jak mi się wydaje, narzędzie analityczne, które sam zaproponowałeś i naprawdę odpowiadam (mam nadzieję)

na te wszystkie uwagi, które nazywasz krytycznymi (i z którymi w pełni się zgadzam), to kierunek, w którym zmierzają moje odpowiedzi staje się znacznie mniej jasny, niż ten, w którym zmierzają twoje. Wydaje się, że powodem jest jeden dziwnie bezkrytyczny wątek obecny w twoim rozdziale. Przejawia się on w przypisaniu *a priori* „kluczowej” pozycji UE – to ważne. Czy naprawdę gra jest warta świeczki? Czy ma to znaczenie wobec ważkich problemów tego świata? Wobec kwestii wojen, pokoju? Destabilizacji ekonomicznej? Obecnego kryzysu? Problemów ekologicznych? Moim zdaniem, odpowiedź jeszcze nie zapadła. Oczywiście przy braku jakiegokolwiek normatywnej krytyki UE i samego przedsięwzięcia unijnego – opisujesz niepowodzenia, ale robisz to z pozycji neutralnego socjologa, a nie normatywnego politologa. Widać to najwyraźniej pod koniec rozdziału, gdzie rzeczywiście wyłania się „niejasne poczucie dualizmu władzy”, ale nie chodzi o mglistość samego zjawiska, lecz niejasność jego opisu i analizy. Ostrość spojrzenia tak typowa dla twoich wcześniejszych wypowiedzi, a właściwie wszystkich twoich prac, rozplynęła się nagle w sentymentalnej mgle. Dogłębnego wyjaśnienia wymaga z pewnością stwierdzenie: „Zbiorowość wtórna musi raczej określić złożoną strukturę, włączając w nią, lecz również zwiększając, sumę zbiorowości pierwotnych”. Chodzi niewątpliwie o coś więcej niż o to, co odnotowałem w pracy *Eros and Civilization*, że w poczuciu tożsamości, np. Włocha, istnieje element europejski. Bycie Włochem zawiera w sobie poczucie bycia Europejczykiem. Co jeszcze masz na myśli? Choć ważniejsze jest pytanie – dlaczego tak istotne jest, by uwierzyć, że Europa przyniesie nam to, co wierzymy, że nam da i może dać? To nie jest po prostu kwestia tego „skąd ten optymizm?”, ale pytanie o to, co jest takiego w UE, co najwyraźniej każdy czytelnik pragnie otrzymać? Odpowiedź na to – bardzo istotne – pytanie może być nie tylko reakcją na to, co nazwałem „dziwnym bezkrytycznym wątkiem w twoim rozdziale”, lecz również może rzucić światło na zasoby twórcze Europy. Na ten typ patriotyzmu, który udaje się wywołać.

NW: Zadajesz kilka trudnych pytań naraz. Jaką mamy pewność, że UE naprawdę się liczy w grze globalnej? A jeżeli się liczy, to z jakiego powodu i na jakiej podstawie zakładamy lub wnioskujemy, że się liczy, albo czy można sprawić, by się liczyła i to środkami konstruktywnymi, a nie destruktywnymi? A co wspólnego ma, jeśli w ogóle ma, to liczenie się ze szczególnym charakterem jej politycznego tytułu – szczególnym charakterem podmiotu zbiorowego, który uosabia? Najkrótszą odpowiedzią na pierwsze pytanie jest stwierdzenie, iż nikt z nas nie wie, jak wielkie może to mieć znaczenie. Tak naprawdę nie odgrywa żadnej roli to, ile UE znaczy, pod warunkiem, że coś znaczy! Ale to byłoby zbyt proste. Masz rację mówiąc, choć pod tym względem nie uważam się za największego grzesznika, że komentatorzy powszechnie podziwiają przeswiadczenie, iż Unia zajmuje centralne miejsce na scenie światowej, co samo w sobie jest zresztą ciekawym zjawiskiem. Podejrzewam, że przekroczyliśmy tu maksymalny poziom zbiorowego zrozumienia. Niektóre dyskusje na temat globalnej roli UE, np. debata „Unia Europejska – siłą ustawodawczą” albo eksportowe wydanie debaty konstytucyjnej, zdradzają niepokój, jaki odczuwa podmiot coraz mniej pewny swojej pozycji i swojego znaczenia w świecie. Kluczowe pytanie dotyczy tego, czy szczególny charakter UE, jej ponadnarodowe prawo czy też rozproszony system władzy politycznej, jest zapowiedzią ważnej nowej drogi w świecie, w którym tracą znaczenie polityczne kategorie nowoczesności w okresie jej rozkwitu, czy jest raczej wyrazem osobliwości UE będącej lokalnym kuriozum, miniaturą słabnącego mocarstwa regionalnego. Odpowiedzi bywają tu rzecz jasna dopasowane do intencji pytania, ale pewne jest to, że część prowadzonych analiz Unii Europejskiej koncentruje się na uchwyceniu tego narastającego poczucia egzystencjalnego zwątpienia – tego „jaskółczego niepokoju” – który ogarnia całe przedsięwzięcie, przenosząc je na niepewny grunt.

Mój osobisty pogląd jest następujący: to, co w UE dziwaczne jest ciągle jeszcze równoważone tym, co w niej innowacyjne i łamiące schematy. W moim rozdziale stwierdziłem, że EU jest kontynuacją nowoczesności innymi środkami. A konkretnie oferuje bardzo szczególną odpowiedź na pytanie, czy i w jaki sposób można zachować to, co wartościowe w ustroju państwowym w świecie, w którym państwo już

sobie nie radzi ze względu na globalizację tak wielu źródeł wpływów i wszystkich wspólnych problemów działania oraz związane z nimi „naciski z zewnątrz”. A mimo to UE, w odróżnieniu od wielu niepublicznych lub publiczno-prywatnych czy wyspecjalizowanych form rządów ponadnarodowych, nadal w tym, co proponuje robi wrażenie podmiotu państwowopodobnego, ze względu na autorytet wewnętrzny i na zewnątrz, systemowe cechy prawa oraz ze względu, i to chyba najważniejsze, na potencjał wyobraźni politycznej i różnorodność form. Właśnie z tych powodów tak bardzo interesuje mnie kwestia „zbiorowości wtórnej” Unii i to, czy i w jaki sposób może ona stać się czymś więcej niż sumą „zbiorowości pierwotnych” państw członkowskich. Skala nakładania przez UE autonomicznej władzy politycznej (i prawnej) na pierwotną władzę państw narodowych jest zjawiskiem bez precedensu. UE próbuje zapoczątkować prawdziwie wielopoziomowy system rządzenia, w którym, w odróżnieniu od federacji czy jednolitego państwa narodowego, władza ostatecznie nie skupiałaby się w jednym ośrodku władzy. Czy to zrobić i jak – czy autorytet i odpowiedzialność polityczna mogą „rozproszyć” władzę i ulokować ją poza systemem państwowym i w jaki sposób – jest samo w sobie pytaniem politycznym lub metapolitycznym, sądząc po debacie konstytucyjnej. To sprawa ogromnej wagi dla samej Unii oraz dla wskazania post-państwowym podmiotom politycznym sposobu umieszczania ośrodków władzy poza państwami.

Sceptyk powie, że powyższe rozważania nie mają bezpośredniego przełożenia na to, czy i w jaki sposób UE może zostać trwałą siłą w świecie (albo przynajmniej w Europie). Możliwe, że z tego względu moja analiza jest nietrafiona, bo prawdziwy kryzys w Europie, w dobie utraty znaczenia pierwotnych europejskich wartości i związanych z nimi oczywistych dóbr wspólnych, to kryzys etyczny, a nie polityczny. Niemniej, uważam, że te dwie cechy są nierozzerwalne. Omawiając w swoim rozdziale poszczególne rodzaje dóbr wspólnych, twierdząc, że zdolność rozpoznawania i generowania nowych obiektywnych dóbr wspólnych oraz wzbudzania bezwarunkowego dobra wspólnego, jakim jest solidarność, wzajemny szacunek, itd., które są niezbędne dla włączania dóbr obiektywnych i niezależnych korzyści płynących

ze wspólnotowości, zależy od stopnia „politycznego” zaangażowania w poszukiwanie powszechnego poczucia, co jest prawdziwie i realnie politycznie na szczeblu europejskim. I właśnie ten brak zaangażowania doprowadził do zablokowania projektu Europa w sensie energii politycznej, jak i podstawowych celów etycznych. Leży u podstaw głębokiego załamania, którego kryzys euro jest jedynie najnowszym przejawem. Jednocześnie trudno sobie wyobrazić, w jaki sposób można by uzdrowić sytuację, chyba że własnymi siłami poprzez przywrócenie dawnej atmosfery i reaktywowanie forów zwanych „konstytucyjnymi” – choć pojęcia mogą tu bardziej szkodzić niż pomagać – na których będziemy skłonni omówić, w jaki sposób mamy się do siebie odnosić. Nie mam rzecz jasna czarodziejskiej różdżki, by uruchomić ten proces ani gwarancji, że kiedy się on rozpocznie, Unia poradzi sobie lepiej z ciężarem odpowiedzialności zbiorowej wynikającej z nowoczesności. Natomiast bez zainwestowania w poczucie wspólnej przestrzeni politycznej, jakby jej nie opisać i nie nakreślić, sprawy mogą już tylko pójść w złym kierunku.

ROZDZIAŁ 3:

JOSEPH H.H. WEILER I GRÁINNE DE BÚRCA

JW: Filozofia tej książki i jej znakomitych autorów opiera się na jednym (lub obu) z następujących założeń: (a) UE jest w relacjach ze światem swoistym „tworem konstytucjonalnym”, wywodzącym się z konstytucjonalizmu; (b) autor, opisując kontakty UE ze światem, przyjmuje w stosunku do swoistego „bytu konstytucjonalnego” szczególne podejście analityczno-normatywne, wynikające bądź z praktyk stosowanych przez UE (podejście analityczne), bądź z tego, co powinno być praktyką Unii (podejście normatywne).

Zaczynając od punktu (a), czyli sposobu, w jaki Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej kontaktuje się ze światem, twoja teza byłaby niepodważalna, a mianowicie: TSUE wyraża tradycyjne, wręcz obiegowe poczucie własnej tożsamości „tworu

konstytucjonalnego” na arenie międzynarodowej, co więcej, cofa się w porównaniu do wyrażanego wcześniej wsparcia dla sfery międzynarodowej. Natomiast nawet Sąd [wcześniej, do 1 grudnia 2009 roku, Sąd I Instancji – przyp. red. nauk.], który najwyraźniej podąża w przeciwnym kierunku, wpisuje się, twoim zdaniem, w ten sam paradygmat, tyle, że na jego drugim biegunie. Jeszcze ciekawsza jest jego zawołowana krytyka akademicka zawarta w orzeczeniu w sprawie *Kadi*, które wyraża chyba to samo poczucie własnej tożsamości. Czy to uprawniona sugestia?

GdeB: Tak, centralnym punktem mojej krytyki podejścia TSUE do prawa międzynarodowego w sprawie Kadi jest to, że owe podejście wynika z pewnej tradycyjnej koncepcji „tworu konstytucjonalnego”. TSUE od dawna odgrywa aktywną rolę w wewnętrznym „konstytucjonalizowaniu” prawa UE, określając relacje pomiędzy Unią a prawem krajowym, czy TSUE a sądami krajowymi, i aktywność ta dała asumpt do powstania obszernej literatury przedmiotu. Wewnątrz Unii idea konstytucjonalizmu promowana przez TSUE to idea podkreślająca przede wszystkim autonomiczny, niezależny i suwerenny charakter prawodawstwa Unii, które w przypadku sprzeczności jest nadrzędne wobec prawa krajowego. Niewiele było sytuacji (poza sprawą Światowej Organizacji Handlu [WTO]), w których TSUE wypowiedział się w kwestii konstytucjonalizmu zewnętrznych relacji UE, a kwestia ta wzbudziła również niewielkie zainteresowanie analityków. Sprawa Kadi była niebywałym precedensem, w którym TSUE sformułował ważne oświadczenie na temat zewnętrznego wymiaru i zewnętrznych implikacji interpretacji konstytucyjnej natury prawa UE, a co za tym idzie natury relacji pomiędzy prawem UE a prawem międzynarodowym. A najważniejszym punktem orzeczenia jest nadal ta sama fundamentalna troska o autonomię i suwerenność prawa unijnego. Mimo powtarzanych przez TSUE zapewnień w orzeczeniu w sprawie Kadi o konieczności respektowania przez WE prawa międzynarodowego oraz podporządkowania się przyjętym międzynarodowym zobowiązaniom, do najbardziej uderzających oświadczeń należą te, w których TSUE niezmiennie stoi

na stanowisku autonomii i nadrzędności konstytucyjnego porządku UE oraz stwierdza, że prawo międzynarodowe, łącznie z Kartą NZ nie ma właściwości do zmiany lub wpływania na ten stan rzeczy. Cytuję cztery oddzielne stwierdzenia, zawarte w obrębie kilku stron tego orzeczenia, by wziąć je pod rozwagę: „Umowa międzynarodowa nie może naruszać struktury kompetencyjnej określonej w traktatach, a więc niezależności wspólnotowego systemu prawnego” (par. 282); „Zobowiązania nałożone umową międzynarodową nie mogą skutkować naruszeniem zasad konstytucyjnych traktatu WE” (par. 285); „Kontrolę przez Trybunał ważności wszelkich aktów wspólnotowych w świetle praw podstawowych należy uważać za wyraz – we wspólnocie prawa – gwarancji konstytucyjnej wynikającej z traktatu WE jako autonomicznego systemu prawnego, którego umowa międzynarodowa nie może naruszać” (par. 316) oraz „Kwestia właściwości Trybunału sytuuje się bowiem w ramach wewnętrznego i autonomicznego porządku Wspólnoty” (par. 317).

Wizja przedstawiona przez TSUE to koncepcja suwerennego porządku konstytucyjnego UE, wobec którego prawo międzynarodowe jest zewnętrzne i podrzędne (chyba że UE zdecyduje się przyjąć, w jakimś zakresie, zobowiązania prawnomiędzynarodowe oraz zobowiązania nałożone umową międzynarodową). Podejście Sądu jest, upraszczając, wręcz odwrotne i wyraża się w podporządkowaniu systemu prawnego UE systemowi międzynarodowemu przy nadrzędności tego ostatniego nad porządkiem UE. Teoretycy prawa unijnego w swoich reakcjach na wyrok w sprawie Kadi podzielali generalnie pogląd TSUE, przyklaskując odwadze Trybunału w konfrontacji z Radą Bezpieczeństwa NZ (RBNZ) i jego determinacji w stwierdzeniu niezależności konstytucyjnej oraz nadrzędności prawa UE w ramach jego właściwości, natomiast ci, którzy podporządkowują się przede wszystkim dyscyplinie prawa międzynarodowego, a nie unijnego, wolą podejście Sądu.

Wreszcie, w swoim rozdziale dają wyraz rozczarowania tym, iż TSUE (czy też Sąd I Instancji) nie zdołał przez tyle lat przygotować pełniejszej koncepcji, a co za tym idzie wypracować bardziej precyzyjnego języka do opisu złożonej i ważnej relacji pomiędzy „nowatorskim” porządkiem prawnym UE a porządkiem międzynarodowym.

JW: W ramach tradycyjnego paradygmatu TSUE, wskazujesz na „instrumentalizm” i pragmatyzm jako przyczyny odejścia Trybunału od początkowo „pozytywnego” stanowiska. Czy możesz to rozwinąć? Nie można po prostu stwierdzić, iż Trybunałowi chodziło o ochronę praw. W tym celu mógł się przecież posłużyć narzędziem *Solange* zaproponowanym przez rzecznika generalnego, a ostatecznie w sensie pragmatycznym TSUE wybrał łatwe rozwiązanie, zwracając się do Rady o zastosowanie środka naprawczego i podtrzymując jednocześnie zawieszenie praw. Gdzie szukać w takim razie korzeni tego podejścia? Czy jest to stanowisko warunkowe, czy może chodzi o skradający się „ekscjepcjonalizm unijny” w świecie zdominowanym przez blok amerykański, od którego Europa może się teraz swobodniej dystansować, jak też przez blok chiński oraz szerzej azjatycko-muzułmański, od którego Europa czuje się odległa. Innymi słowy, nie chodzi o instrumentalizm, lecz o coś znacznie głębszego?

GdeB: Mówiąc o instrumentalizmie, miałam na myśli to, że zróżnicowane podejście TSUE do statusu i egzekwowalności prawa międzynarodowego w unijnym porządku prawnym jakby zależało ogólnie od tego, jak TSUE w różnych sprawach ocenia zawartość merytoryczną norm prawa międzynarodowego lub rozstrzyganej skargi. Stąd wielu analityków interpretuje sprawy WTO jako wyraz świadomości Trybunału co do ściśle politycznego charakteru wielu sporów z WTO oraz niechęci ograniczania w nich pola negocjacyjnego Unii Europejskiej. Podobnie sprawę Intertanko można interpretować jako odzwierciedlenie decyzji Trybunału, by poprzeć stanowisko Rady dające pierwszeństwo treści postanowień dyrektywy UE nad postanowieniami Konwencji o prawie morza, która normuje kwestię odpowiedzialności za zanieczyszczenie morza przez statki. Natomiast oczywista interpretacja podejścia TSUE w sprawie Kadi jest taka, że biorąc pod uwagę gorący spór o brak właściwego procesu przy nakładaniu wyszukanych sankcji przez RBNZ, TSUE był zdecydowany znaleźć sposób (przynajmniej tymczasowy) na oddalenie decyzji o wprowadzeniu sankcji w stosunku do Kadiego i Al Barakaat oraz że właśnie to było źródłem (zarwoalowanych)

stwierdzeń natury ogólnej o nadrzędności prawa konstytucyjnego UE nad Kartą NZ.

Niemniej zgadzam się, że jakikolwiek „instrumentalizm” nie daje pełnego obrazu stosunku TSUE do prawa międzynarodowego, nie oddaje nawet jego istoty. Innymi słowy, o ile pewne kwestie natury strategicznej skłaniałyby TSUE do nadania statusu konkretnych postanowień prawa międzynarodowego w każdej z tych spraw, o tyle TSUE głośno i wyraźnie opowiada się w orzeczeniach dotyczących relacji zewnętrznych za niezależnością i nadrzędnością unijnego porządku konstytucyjnego, a to narastające przekonanie zbiega się w czasie ze świadomym promowaniem przez UE swojego wizerunku jako liczącego się podmiotu międzynarodowego, który odgrywa ważną rolę na arenie światowej i chce stać się alternatywą dla innych dominujących globalnie podmiotów takich, jak Chiny czy USA.

JW: Przejdźmy do podpunktu (b), czyli teorii konstytucjonalizmu, który proponujesz jako alternatywę dla paradygmatu, w jakim, twoim zdaniem, działa Trybunał. Nazywasz go „konstytucjonalizmem łagodnym”. Obawiam się, iż wielu czytelników, łącznie ze mną, będzie miało problem z wyplątaniem go z uwikłań pluralistycznych. Teoretycy pluralizmu, w tym Nico Krisch, którego cytujesz dla zilustrowania tego podejścia, nie są – jak wiadomo – izolacjonistami. Od konstytucjonalistów różnią się tym, że odrzucają system hierarchiczny, gdzie występują jasne odpowiedzi w punktach spornych. Natomiast ich poglądy i wizja polegają na uznaniu korzyści, jakie przynoszą wyzwania, dialog i zaangażowanie. I nie chodzi tu o złudzenie „obcych w mroku”. Pytanie to można zadać jeszcze inaczej. Co w teorii, którą nazwałeś „łagodnym konstytucjonalizmem” uzasadnia użycie słowa „konstytucjonalizm”? Czy ten „łagodny konstytucjonalizm” nie jest po prostu formą pluralizmu? Czy w ramach odpowiedzi mogłabyś podać wyrazisty przykład sprawy, takiej jak *Kadi*, której rezultat można by opisać w duchu konstytucjonalizmu, pluralizmu oraz łagodnego konstytucjonalizmu i to w sposób pokazujący wyraźne granice pomiędzy tymi trzema poglądami?

GdeB: Masz rację, wskazując na brak wyraźnych granic pomiędzy tymi kategoriami. Postrzegam je raczej jako spektrum, którego jednym końcem jest ostry, albo jak wolisz izolacjonistyczny pluralizm, a drugim – ostry konstytucjonalizm, a łagodny konstytucjonalizm plasuje się pośrodku obok łagodnego pluralizmu.

Moim zdaniem, różnica pomiędzy poglądem konstytucjonalnym a pluralistycznym zasadza się na tym, co Kant nazwał „uniwersalizacją” w poglądzie konstytucjonalnym, tj. obowiązkiem uwzględniania, w procesie podejmowania decyzji, stanowiska innych, których dane decyzje dotyczą oraz w miarę możliwości artykułowania własnego stanowiska w sposób dla innych zrozumiały. Innymi słowy, pogląd konstytucjonalny zakłada, że dany ustroj lub system prawny nie może w pełni niezależnie i bez uwzględniania drugiego systemu ustalać relacji pomiędzy normami własnymi a normami tego drugiego systemu, ani określać skuteczności zobowiązań nałożonych na własny system przez ten drugi. Z kolei zgodnie z pluralistycznym rozumieniem porządku światowego istnieje wielość systemów prawnych i politycznych, z których każdy sam decyduje o swoich relacjach z innymi systemami i normami. Jeden system może być mniej lub bardziej otwarty wobec innych, ale zawsze sam o tym decyduje – czy wybiera stanowisko silnie pluralistyczne, bliższe jednego końca spektrum (co często czynią Stany Zjednoczone), czy ma przyjąć bardziej otwarte podejście do międzynarodowego prawa i zobowiązań, po drugiej stronie spektrum, co czyni Holandia. Zgodnie z moim rozumieniem podejścia konstytucyjnego do międzynarodowego porządku prawnego, kieruje się ono – w odróżnieniu od pluralistycznego – podstawową zasadą, iż relację pomiędzy porządkiem prawnym a konstytucyjnym kształtuje zawsze proces przyjmowania „wzajemnych punktów widzenia”.

W odpowiedzi na prośbę o zilustrowanie różnic pomiędzy poglądem konstytucyjnym a pluralistycznym w kontekście sprawy Kadi, mogę tu pokazać, że przykładem podejścia ostro konstytucyjnego do porządku międzynarodowego jest podejście Sądu w sprawie Kadi (jak i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Behrami), kiedy stwierdza, że porządek prawnomiędzynarodowy jest zawsze nadrzędny nad porządkiem regionalnym czy krajowym. Co najmniej

kilka stwierdzeń w orzeczeniu TSUE w sprawie Kadi świadczy o ostrych pluralistycznych poglądach, w szczególności to, że umowa międzynarodowa nie może naruszać struktury kompetencyjnej określonej w traktatach, zasad konstytucyjnych tam określonych, ani niezależności wspólnotowego systemu prawnego. Ta określoność, nieodwołalność, nietykalkność prawa konstytucyjnego UE przez prawo międzynarodowe odzwierciedla silne poglądy separatystyczne, zgodnie z którymi zmieniać Unię może tylko Unia, a międzynarodowy porządek prawny nie może naruszać jej zasad konstytucyjnych ani na nie wpływać. Z drugiej strony, przynajmniej niektóre wersje podejścia Solange można uznać za łagodny konstytucjonalizm.

JW: Traktuję łagodny konstytucjonalizm bardzo poważnie, między innymi, jako perspektywiczną wizję sceny międzynarodowej, ale nie rozumiem, dlaczego i na ile ten obiecujący pomysł miałby zależeć od teorii i praktyki UE oraz integracji europejskiej, czy też być ich pochodną, tzn., przy całej atrakcyjności tej koncepcji, czy określiłaby ona i czy powinna określić, wzajemne relacje wszystkich podmiotów, państwowych i państwopodobnych, na arenie międzynarodowej, poza tym czy mogłaby się stać alternatywą dla poczucia własnej tożsamości TSUE oraz tej dziedziny europejskich badań nad integracją. Jest to bardziej kwestia wyjaśnienia źródeł tej propozycji niż pytanie, w którym kryje się krytyka dotycząca meritum. Pytanie to można też zadać inaczej. Nawet jeśli mielibyśmy wyobrazić sobie świat bez Unii Europejskiej (tfu, niech ta myśl przepadnie...), to czy sformułowanie twojej koncepcji było zasadne?

GdeB: Pełna zgoda. Nawet jeśli uznamy UE za zjawisko niecodzienne, czy wręcz jedyne w swoim rodzaju we współczesnych relacjach międzynarodowych, to z pewnością nie dzieje się tak, by łagodny konstytucjonalizm był inspirowany wyłącznie, czy nawet przede wszystkim, praktyką obniżania przez państwa członkowskie poziomu własnej suwerenności czy też dostosowywania się do zobowiązań wynikających z członkostwa w nowym ponadnarodowym porządku prawnym.

Przeciwnie, idea łagodnego konstytucjonalizmu, co proponuję w moim rozdziale, tkwi intelektualnymi korzeniami w Kantowskiej filozofii o możliwościach współpracy międzynarodowej, szczególnie w reinterpretacji współczesnych myślicieli takich, jak Jürgen Habermas. Na tej podstawie twierdzę, iż doświadczenie państw członkowskich UE, jak i sama ścieżka rozwoju Unii stanowią interesujące i praktyczne źródło wiedzy na temat różnorodnych poglądów na zagadnienia państwowości, suwerenności i gęstej sieci międzynarodowych zobowiązań oraz sposobów ich godzenia. Trudno wyobrazić sobie okoliczności, w których dałoby się przenieść, i byłoby to sensowne, rozwiązania wypracowane w ramach UE na szersze obszary międzynarodowe, biorąc pod uwagę szczególnie charakter okoliczności, niemniej w różnych sytuacjach UE bywa interesującym przykładem kreowania łagodnego konstytucjonalizmu przez działania praktyczne – choćby w przypadku sposobu, w jaki krajowe sądy konstytucyjne godzą wierność konstytucji ze zmieniającymi się zobowiązaniami prawnymi wynikającymi z członkostwa w UE.

JW: Kontynuując poprzednie pytanie – nie chodzi tylko o to, że unijne źródło tej koncepcji nie jest jasne, lecz o to, że zaprzeczyłaby ona etosowi, a przynajmniej pozycji TSUE w jego relacjach wewnątrz wspólnoty, gdzie TSUE od zawsze przyjmuje jednoznaczny pogląd konstytucjonalny. Dlaczego więc łagodny konstytucjonalizm nie pasuje do relacji wewnątrzunijnych (przynajmniej niektórych). W każdym razie nie poruszasz tego tematu, czyżbyś więc wykluczała taką ewentualność?

GdeB: Zgadzam się, że koncepcja łagodnego konstytucjonalizmu w pełni odpowiada potrzebom wewnątrzunijnych relacji oraz że tradycyjne pojmowanie konstytucjonalizmu popierane przez TSUE, który koncentruje się – jak wspomniałam – na suwerenności, niezależności i nadrzędności, coraz mniej pasuje do złożonego ustroju ponadnarodowego, jakim jest UE. To, że nie poruszam tego tematu, w żadnym przypadku nie sugeruje, iż podejście to dotyczy wyłącznie zewnętrznych relacji UE.

ROZDZIAŁ 4: JOSEPH H.H. WEILER I DANIEL HALBERSTAM

JW: Jednym z powtarzających się wątków w moich rozmowach z autorami niniejszej książki jest sceptyczne spojrzenie, wręcz uprzedzenie do wykorzystywania jednego z wariantów „konstytucjonalizmu” do opisu, konceptualizacji, oceny lub idealizowania polityczno-prawnej rzeczywistości, która istnieje ponad państwem i Unią Europejską. W literaturze mnożą się, jak w swoistym akademickim *reality show*, konkurujące ze sobą określenia: konstytucjonalizm międzynarodowy, konstytucjonalizm kosmopolityczny, konstytucjonalizm kontrapunkcyjny i inne, rywalizując o tytuł konstytucyjnego bożka. W niektórych opracowaniach w niniejszej książce konstytucjonalność przeciwstawiono pluralizmowi, ty natomiast przeciwstawiasz konstytucjonalizm pluralistyczny wariantom lokalnym i globalnym (międzynarodowym). Pierwsze dwa pytania, które zaraz zadam są być może dwiema stronami tej samej monety – gdzie staram się zapewnić zarówno siebie, jak i czytelnika, iż stosowanie języka konstytucjonalizmu (pluralistycznego lub nie) do opisywania ważnych zjawisk, które omawiasz, prowadzi do wyjaśnienia wielu kwestii z korzyścią dla teoretycznych rozważań.

Na potrzeby pierwszego pytania można bez wahania przyjąć założenia, na których opierasz swoje tezy. Pierwsze założenie głosi, że w dobie rządów globalnych klasyczny konstytucjonalizm zbudowany wokół państwa (i narodu) nie może pełnić tradycyjnej uprawomocniającej go funkcji. Zbyt duża część władzy sprawowana jest poza sferą klasycznego konstytucjonalizmu państwowego. Drugie założenie jest takie: obecnie istnieje wielość porządków prawnych, które wysuwają przeciwstawne żądania dotyczące suwerenności i zwierzchnictwa.

Kwestionuję sposób, w jaki używasz pojęcia „konstytucjonalizm”. Czemu ma on służyć? Możliwe, że pluralizm czemuś służy, ale po co utrzymywać, że „międzynarodowe” znaczy „konstytucyjne” (przypisując mu w ten sposób cechy, których, zgodnie z twoją

własną definicją, prawdopodobnie nie posiada)? Po co wyłączać twoje propozycje z porządku międzynarodowego, w którym wiele państw nie odpowiada twojej (wąskiej) definicji konstytucjonalizmu, a mogłyby skorzystać, a nawet przyjąć sensowne reguły twojej „gramatyki”?

Twierdzenie, iż „konstytucjonalizm” zdominował myślenie to pogląd bardzo amerykański. Konstytucjonalizm z pewnością zdominował – i to z rozmachem – amerykańską myśl prawniczą, ale zrównanie liberalizmu z konstytucjonalizmem oznacza zredukowanie konstytucjonalizmu, co niczemu nie służy, bo staje się on wówczas równoznaczny z liberalizmem i przestaje być oddzielną strukturą.

Osobiście uważam, że wnosisz ważny wkład w dyskusję na temat konkurujących ze sobą „suwerenności”, „zwierzchnictw” czy „porządków prawnych”, a więc problemu, który narasta w dobie nasilających się rządów globalnych. Wnosisz też wkład w dyskusję o pluralizmie, ale twój dorobek traci, jest wręcz usuwany w cień i pomniejszany ze względu na język i myślenie konstytucjonalne, które stosujesz.

W założeniach do twojego rozdziału kryją się dwa sprytne zabiegi. Pierwszy polega na dychotomii, jaką ustanawiasz pomiędzy konstytucjonalizmem lokalnym, który popierasz bardzo amerykańskimi, ekscypjonalistycznymi i dość radykalnymi przykładami a konstytucjonalizmem globalnym, który popierasz, nie mniej ostrymi, idealistycznymi i ekscypjonalistycznymi przykładami. To pozwala ci na zajęcie miejsca mediatora obu biegunów w ramach własnej odmiany konstytucjonalizmu pluralistycznego. Ścisłej mówiąc, zdaje się, że twoja wersja pluralizmu proponuje filozofię i narzędzia potrzebne do rozwikłania problemu wzajemnie wykluczających się roszczeń do zwierzchnictwa pewnych porządków prawnych. To właśnie było jedno z głównych zagadnień, którymi zajmował się niezapomniany Neil McCormick, a trwający obecnie *reality show* próbuje go przelicytować. To dzięki temu możesz wetknąć swoją flagę, jak ongiś wielcy odkrywcy, i objąć w posiadanie ziemię dotąd niczyją. Mam jednak wrażenie, że – tak

samo jak wielcy odkrywcy Ameryki i Australii, wbijasz drzewce w ziemię już dawno zamieszkałą i uważasz, że nadając jej nazwę „Konstytucjonalia” w najlepszym razie oświecisz konceptualnych autochtonów, a w najgorszym – ich wydziedziczysz.

Pierwszy zabieg polega na tworzeniu złudzenia, że problem rywalizujących suwerenności, zwierzchnictw czy porządków prawnych – tj. kwestia zgłębiania przez pluralistów – istnieje z powodu konkurujących ze sobą konstytucjonalizmów, albo że łatwiej go zrozumieć i rozwiązać, stosując język pluralistycznego „konstytucjonalizmu”. Formułujesz takie założenie, lecz nie popierasz go argumentami. Nie wyjaśniasz, dlaczego ten ocalony od zapomnienia język, który odróżnia to, co konstytucyjne (pierwotnie w odniesieniu do państwa) od tego, co międzynarodowe, korzysta z tego leksykalnego implantu, jakim jest słowo „konstytucyjny”. Ziemia, w którą zatykasz flagę pluralizmu konstytucyjnego jest zamieszkała od dawna przez główny nurt prawa zarówno konstytucyjnego, jak i międzynarodowego, o czym się mówi w większości podręczników i na wydziałach prawa, i co przede wszystkim odzwierciedla praktyka i samoświadomość najważniejszych podmiotów w obu tych sferach – państw. Z tego centralnego miejsca widać wyraźnie istnienie wielu różnych porządków prawnych, krajowych i międzynarodowych; widać, że funkcjonalny podział obowiązków pozwala im z reguły na harmonijną współpracę, nawet tam, gdzie ich właściwości zachodzą na siebie; że porządki te, co trafnie zauważasz w swoim rozdziale, nie tylko się przenikają, lecz są od siebie zależne. Posłużę się tu jednym tylko przykładem. Nawet wyznawcy etatyzmu w swoich poglądach na temat autorytetu prawa międzynarodowego przyznają, że autorytet i umocowanie norm prawnomiędzynarodowych nie może wynikać z jednoznacznej zgody państw, bo jak można by wtedy wyjaśnić powszechne przyjęcie prawa zwyczajowego (w sensie empirycznym) przez wszystkie państwa, w tym Stany Zjednoczone.

W przypadku konfliktu norm prawnych zazwyczaj istnieje, jak w ustroju federalnym, zbiór zasad prawnych służący do jego rozwiązywania. Od dawna też wiadomo, że prawidłową i rozstrzygającą

interpretacją zasady zwierzchnictwa (zarówno w ustrojach nieuni-
tarnych, takich, jak państwa federalne, jak i w sferze międzyna-
rodowej) jest reguła, iż dany porządek jest nadrzędny w ramach
swojego prawodawstwa. Wiadomo też, że przy znacznej ekspansji
prawa międzynarodowego i prawnomiędzynarodowych ustrojów
będzie się pojawiać konflikt norm – poziomy (w porządkach pań-
stwowych) i pionowy (pomiędzy systemami międzynarodowymi),
gdzie to klasyczne rozstrzygnięcie nie zda egzaminu ze względu na
nakładanie się na siebie poszczególnych jurysdykcji. McCormick
proponował, by w takich przypadkach nikt nie uznawał się „suwe-
rennym”. Poza tym, pojawiają się próby opisanie tych „trudnych
przypadków”, lub tego, jak ich rozstrzygnięcie powinno wyglądać.
Ważne, by zauważyć inny jeszcze wymiar sprawy, a mianowicie
ten, iż omawiane problemy, choć ich nie bagatelizujemy, wyglądają
na bardziej poważne na uniwersytetach czy w fachowych pismach
niż w prawnomiędzynarodowej rzeczywistości. Jakkolwiek by nie
było, jedni „prą do przodu”, inni przyjmują „postawę zasadniczą”.
Nikt nie znalazł tu złotego środka. Myślę, że dotyczy to sytuacji
istniejącej od co najmniej dziesięciu, piętnastu lat, jeśli nie dłużej,
więc śmiało się mieścisz w tym nurcie. Twoja praca jest istotna ze
względu na proponowane przez ciebie metody zneutralizowania
tych kwestii i szukania znormalizowanych sposobów ich rozwiązy-
wania przez decydentów, politycznych czy sądowych. Niewiele zy-
skujemy, „konstytucjonalizując” wszystkie te porządki prawne, któ-
re mają wymowę pluralistyczną, natomiast wiele ważnych rzeczy
tracimy, dlatego, że twoja wrażliwość pluralisty przyda się również
w sytuacjach, w jakich nie da się w żaden sposób nazwać konkre-
tnych porządków prawnych (lub podmiotów) „konstytucyjnymi”
(np. państw niedemokratycznych), a które, jak uczy doświadczenie,
nie odrzucą wrażliwości pluralistycznej, którą proponujesz. Co
wnosi więc ten akt „konstytucyjnego imperializmu”?

*DH: Dziękuję za celne uwagi i pytania. Ze względu na to, że ten
pierwszy atak dotyczy wielu istotnych spraw, wybiorę tylko najważ-
niejsze uwagi i zastrzeżenia, po czym się do nich kolejno ustosunkuję.*

„Przelicytować” McCormicka

Twierdzisz, że wyznaczam dwa bieguny, które są zasadniczo zajęte przez nic nieznaczących badaczy i wbijam moją konstytucyjną flagę w pozorny „środek”, który tak naprawdę jest „ziemią już dawno zamieszkałą” przez Neila McCormicka i innych rozsądnych ludzi żyjących na tym świecie. Następnie przyznajesz pojednawczo, że moja praca jest „istotna ze względu na proponowane przeze mnie metody neutralizowania kwestii konfliktu prawnego” i stosowanie „znormalizowanych” rozwiązań. Zastanawiasz się jednak, co zyskujemy, opisując te kwestie w kategoriach konstytucjonalizmu, co nazywasz aktem „konstytucyjnego imperializmu” z mojej strony.

Pozwól, że zacznę od drugiego zarzutu. Znacznie mniej niż sądzisz, dbam o używanie języka konstytucyjnego. W rzeczywistości o wiele mniej zależy mi na języku konstytucjonalizmu niż tobie na wykazaniu jego nieprzystawalności. Nie zależy mi ani na „imperializmie” tego pojęcia, ani na zdobyciu punktów w debacie telewizyjnej. Jeżeli przełożysz moje twierdzenia na inny język, nie będę miał nic przeciwko temu.

Nigdy nie twierdziłem, że terminologia konstytucyjna, którą się posługuję, jest oryginalnie moja. Wychodząc od McCormicka, rozróżniam „pluralizm systemowy” od „pluralizmu instytucjonalnego” (z powodów, które nie są tu ważne); wykazuję na drodze analizy porównawczej, że pluralizm może stanowić jądro nawet dość tradycyjnego prawa konstytucyjnego; oraz pokazuję, iż istnieje spójna trzecia droga pomiędzy tymi dwiema chętnie wybieranymi możliwościami: stawiania bądź na to, co globalne, bądź na to, co lokalne. I tylko o to mi chodziło.

Nie walczę z wiatrakami. Nie buduję fałszywej opozycji pomiędzy poglądami nic nieznaczących ekstremistów. Teoretycy, których cytuję po obu stronach są ważni (szczególnie jeśli się weźmie pod uwagę, że kilku z nich ma wpływ na rząd swojego kraju). Co więcej, nawet zwolennicy mniej „ekstremistycznych” wersji przedstawionych przeze mnie ścierających się poglądów opowiadają się zdecydowanie po którejś ze stron, lokalnej bądź globalnej. Również alternatywna literatura przedmiotu nie zajmuje się analizą skutków tego binarnego myślenia. A daje ono

o sobie znać w świecie rzeczywistym, co widać w sprawie Kadi. Sąd I Instancji orzekł globalistycznie, a Trybunał wybrał podejście lokalne. Jedyne Miguel Maduro zaproponował pluralizm jako rozwiązanie kompromisowe.

Jak to możliwe? Otóż jak wiesz, nawet sam McCormick się obruszył. Odrzucił pogląd, który nazywał „radykałnym pluralizmem” na rzecz pluralizmu zorganizowanego pod rządami prawa międzynarodowego. Tak więc nawet McCormick, w dziwnie Kelsenowskim zapędie (sam go tak nazywał), opowiedział się za tym, by prawo międzynarodowe było rozstrzygające. McCormick odrzucał radykałny pluralizm, bo obawiał się, że w takich sprawach nie da się ustalić zakresu działań, które mają na celu wyjście z pluralistycznego martwego punktu. Czyli nawet ten, który stworzył pojęcie „pluralizmu konstytucyjnego”, szukał rozwiązania kwestii pluralizmu, odwołując się do nadrzędności tego, co globalne nad tym, co lokalne.

W mojej pracy staram się omówić ten problem. W tym sensie nie jest ona „imperialna”, lecz rozwojowa. Usiłuję rozwikłać w niej węzeł McCormicka, proponując pewien model rozumienia praktyki pluralizmu, który mimo swojego radykalizmu jest już dobrze ugruntowany. Radykalizm polega tu na braku spajającej go hierarchii lub nieobecności arbitra. A jednocześnie stoi na pewnym gruncie, bo jest znormalizowaną praktyką konfliktu i kompromisu osadzoną we wspólnym przedsięwzięciu przenikających się systemów ograniczonego zbiorowego samo-rządzenia. Uważam, że pogląd ten wykracza poza koncepcję McCormicka i ten komfortowy złoty środek, jaki zajmują ci wszyscy rozsądni, którzy zresztą sobie ledwo radzą.

Konstytucjonalia

Nie sądzę, bym opowiadał się w moim rozdziale za ekspansją jakiegoś „imperium” konstytucjonalizmu. Nie zależy mi też, jak wspomniałem, na roszczeniu sobie praw do ziemi zwanej Konstytucjonalią. Teza, którą tu stawiam, jest znacznie skromniejsza. Moim zdaniem, przez pryzmat konstytucjonalizmu można lepiej zrozumieć ideę pluralizmu, która zakłada wzajemne przenikanie się systemów prawnych. I już wyjaśniam, dlaczego.

Pluralizm, o który mi chodzi, nie jest li tylko zbiorem wielu przenikających się systemów prawnych pozbawionych hierarchii, co sugerujesz w swoim pytaniu. Nie polega na grze w puste krzesło. Prawo jest tu bardzo istotne i należy brać pod uwagę zarówno jego stronę formalną, jak i społeczną.

Spróbujmy z grubsza opisać, o co chodzi w pluralizmie (tak jak ja to widzę), omijając to siejące postrach słowo na „kons”. Niemniej brakuje mi wyrazu na określenie zasad, które regulują zasady systemu prawnego, więc nie wchodząc w orzecznictwo pierwszego stopnia, będę używał po prostu sformułowania, którego sam wcześniej używałeś – „system operacyjny”². A zatem:

W pluralizmie każdy system prawny jest oddzielnym porządkiem mającym zdolności twórcze, żaden z nich nie jest nadrzędny wobec drugiego, jeden jest otwarty na drugi. Ta otwartość leży na poziomie „systemu operacyjnego” każdego z tych porządków, a „system operacyjny” jest podstawą prawomocności całości. Dany system nie jest przypadkowym zbiorem reguł formalnoprawnych, lecz przedsięwzięciem ograniczonego zbiorowego samorządu, a przedsięwzięcie ograniczonego zbiorowego samorządu jest z kolei tworzone (śmiem powiedzieć „konstytuowane”) przez porządek operacyjny każdego z systemów.

W rezultacie, poszczególne podmioty różnych systemów mają obowiązek prawny wzajemnego uwzględniania swojego umocowania w ramach wspólnego przedsięwzięcia, tj. ograniczonego zbiorowego samorządu. Ten obowiązek prawny wynika z ich własnego systemu operacyjnego: tego, który wyjściowo daje im umocowanie prawne. Brakuje jednak spajającej hierarchii, która pozwoliłaby na rozwiązywanie konfliktu umocowań. W związku z tym podmioty przyjmują kompromisowo wzajemne roszczenia, pod warunkiem i w zakresie, w którym roszczenie drugiej strony nie narusza reguł współrzędzenia.

Zgadzam się z tym opisem. Ale co ważniejsze, nie wiem, co zyskujemy, unikając w ten sposób słowa na „kons”. Kluczem do zrozumienia

² J.H.H. Weiler, red., *The Constitution of Europe: Do the New Clothes Have an Emperor? and Other Essays on European Integration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, s. 224.

przenikających się systemów prawnych jest idea niezależnego systemu operacyjnego mającego zdolności twórcze (czyli systemu, którego celem nie jest wyłącznie odtwórczość czy odtwórczy mandat i który nie byłby całkowicie podporządkowany innemu systemowi), co można z powodzeniem rozpatrywać w kategoriach konstytucjonalnych. Również to, iż otwartość na konkurencyjny system leży na poziomie „systemu operacyjnego” każdego z nich, co jest podstawą legitymizacji danego podmiotu, można śmiało interpretować w kategoriach konstytucyjnych. Co więcej, wspólny cel tego zbioru przenikających się systemów prawnych, czyli ograniczony zbiorowy samorząd odpowiada naczelnemu celowi konstytucjonalizmu.

Z drugiej strony, nie koncentrując się np. na zdolnościach ustawodawczych prawa, możemy coś istotnego przeoczyć. Wyjaśniam. Pisząc o odwrotności imperializmu, by ominąć słowo na „kons”, sugerujesz, że zarówno państwami federalnymi, jak i prawem międzynarodowym rządzą te same zasady zwierzchnictwa: „Od dawna wiadomo, że prawidłową i rozstrzygającą (zarówno w ustrojach nieunitarnych, takich, jak państwa federalne, jak i w sferze międzynarodowej) interpretacją zasady zwierzchnictwa jest reguła, iż dany porządek jest nadrzędny w ramach swojego prawodawstwa”. Jedyne problem stanowi, według ciebie, to, iż „przy tak znacznej ekspansji prawa międzynarodowego to klasyczne rozstrzygnięcie nie zdaje egzaminu ze względu na nakładanie się na siebie poszczególnych jurysdykcji”.

Takie unikanie słowa na „kons” zaciemnia prawną odpowiedź na pytanie, gdzie jest arbiter. Czym innym jest umieszczenie jednego sędziego w spajającej wszystko konstytucji, pod którą podpiszą się wszyscy uczestnicy (jak to się dzieje w niektórych systemach federalnych), a zupełnie czym innym sytuacja, w której każdy z porządków uważa się za nadrzędny w ramach jurysdykcji, którą sobie uchwali (jak bywa w relacjach pomiędzy prawem międzynarodowym i krajowym oraz w UE). Nie poznamy jednak tej różnicy z twojego opisu tego, co powszechnie i „od dawna” wiadomo na temat prawidłowego pojmowania nadrzędności.

Natomiast użycie języka konstytucyjnego może pomóc w zrozumieniu relacji, które polegają na wzajemnych zobowiązaniach prawnych

między wieloma niezależnymi porządkami prawnymi, gdzie każdy dysponuje własnym arbitrem. Nie bez znaczenia może okazać się to, iż nie istnieją spajające ramy prawne, które obejmowałyby zasadę rozstrzygającą oraz że wspomniane nakładanie się ładów jest nieprzypadkowe, lecz ta wzajemna otwartość pomiędzy systemami jest prawnomocnie zakorzeniona w naturalnym porządku każdego z systemów.

Na koniec nie twierdzę, że należy uznać WTO za oddzielny porządek konstytucyjny. Niech WTO pozostanie zwykłym elementem międzynarodowego prawa publicznego. Utrzymuję natomiast, że zrozumienie systemu prawnomiędzynarodowego takiego, jak WTO, w kategoriach konstytucyjnych nie wymaga istnienia ścisłej hierarchii, której od zawsze żądają konstytucjonalisci globalni, a boją się konstytucjonalisci lokalni. Chodziło mi więc o zbadanie potencjału konstytucjonalizmu poza tymi dwoma skrajnymi konstrukcjami, lokalną i globalną, czyli o pokazanie możliwości połączenia w znormalizowanej praktyce prawnej tego, co konstytucjonalne z tym, co pluralistyczne.

JW: Druga kwestia wynika z pierwszej i wpisuje się w mój sceptycyzm co do konieczności używania języka konstytucjonalizmu, by rozstrzygnąć dylemat pluralizmu. Rządy globalne to nie tylko problem konkurujących ze sobą „zwierzchności”. To również kwestia, o czym piszesz na początku swojego rozdziału, legitymizacji władzy publicznej ponad państwem. I tu pojawia się twój drugi z kolei zabieg. W zdaniu wprowadzającym oświadczasz: „Od czasów Oświecenia koncepcja, że konstytucjonalizm jest kluczowy dla legitymizowanego wykonywania władzy publicznej, zdominowała nowoczesną wyobraźnię liberalną”. A ja twierdzę, że to demokracja dominuje w nowoczesnej myśli liberalnej od czasów Oświecenia. Twoja konstatacja znajduje potwierdzenie wyłącznie w Ameryce, gdzie demokrację tak silnie zrównano z konstytucjonalizmem. Chyba, że kolejnym wybiegiem jest proponowana przez ciebie niezwykle wąska definicja konstytucjonalizmu – jako „po prostu” idei „ograniczonego zbiorowego samorządu”.

Zgodnie z tą definicją każde ograniczone rządy w ramach demokracji stają się z definicji konstytucyjne. Jak pan Jourdain,

wszyscy uczestniczyli w konstytucjonalizmie, mimo iż był im nieznany. Jeśli by tak definiować konstytucjonalizm, to wynik jest z góry wiadomy. To podejście nie tylko stoi w sprzeczności z samoświadomością ustrojów i ich teoretyków, ono po prostu za mało nam mówi. Nie wyjaśnia unikalności amerykańskiego eksperymentu ani rewolucji konstytucyjnej XX wieku, opisaną przez Mauro Cappelletiego w *The Judicial Process*, a w dzisiejszych sporach na temat globalizacji i rządów międzynarodowych powoduje, że każda dyskusja o legitymizacji i demokratyzacji sprowadza się z definicji do „konstytucjonalizmu”. Z jednej strony – jest to następny akt imperializmu, typu amerykańskiego, a z drugiej – jest to redukcjonizm tak ekstremalny, że przekreśla użyteczność samego języka konstytucjonalizmu. Jeśli taką definicję proponujesz, to nawet Robert Howse i Kalypso Nicolaidis będą musieli przyznać, że WTO, a w tym znaczeniu też każda inna organizacja międzynarodowa o ograniczonych uprawnieniach – a wszystkie takie są – jest konstytucyjna. Jeśli zdefiniować każdego osobnika o wzroście ponad 30 cm jako „olbrzyma”, to nawet pigmej będzie olbrzymem. To niczego nie wnosi. Czy nie lepiej odwołać się do twoich podstawowych koncepcji głosu, praw i wiedzy specjalistycznej i stwierdzić, że są to fundamentalne elementy dla zrozumienia legitymizacji – bez całego tego bagażu konstytucjonalności – i należyć z nich korzystać w dyskusji o pluralizmie?

DH: Dziwi mnie to, że z taką determinacją odrzucasz moje początkowe stwierdzenie, iż konstytucjonalizm, będąc kluczowym elementem legitymizowanego wykonywania władzy publicznej, dominuje w nowoczesnej myśli liberalnej od Oświecenia. Jesteś przeciwnego zdania, mówiąc, że to „demokracja” dominuje w nowoczesnej myśli liberalnej i że moje twierdzenie o kluczowości konstytucjonalizmu dotyczy wyłącznie Ameryki („wyłącznie w Ameryce...”), a gdzie indziej może się utrzymać tylko poprzez akt amerykańskiego imperializmu albo dzięki „wybiegowi”, który rozwodni ideę konstytucjonalizmu nie do poznania.

Nie spodziewałem się, że mój dość ogólnikowy wstęp wywoła tak ostre kontrowersje, ale to tym lepiej. Nie chcę się angażować w głębsze rozważania na temat tego, czy dla wolności ważniejszy jest konstytucjonalizm czy demokracja. Takie dywagacje byłyby całkowicie jałowe. Nie będę też skrupulatnie analizował swoich własnych słów, by wykazać, że fragment, który cytujesz, mówi o tym, po co mamy konstytucję i nie definiuje wyczerpująco funkcji prawnych konstytucji. W każdym razie z zapalem będę bronił pierwszych zdań mojego rozdziału. Nawet przy bezkompromisowej interpretacji, konstytucjonalizm zajmuje pozycję, którą mu przypisuję.

Najlepiej ujął to chyba twój kolega Stephen Holmes. W świetnej książce poświęconej teorii demokracji liberalnej pisze, że „konceptcją kluczową do zrozumienia wzajemnych powiązań pomiędzy liberalizmem a demokracją jest konstytucjonalizm”³. (Nota bene zachowałem w tym cytacie jego rozkład akcentów). Holmes wykazuje, że ograniczenia formalne władzy są nie tylko siłą blokującą, lecz również twórczą, oraz że te bliźniacze aspekty konstytucjonalizmu pomagają w rozwiązywaniu pozornego paradoksu pomiędzy liberalizmem a demokracją. Dlatego zastosowanie koncepcji Oświeceniowych w praktyce, zdaniem Holmesa (z którym się zgadzam), spowodowało zogniskowanie uwagi na konstytucjonalizmie.

Można by twierdzić, że ta genialna myśl jest typowym wytworem analitycznego widzenia świata charakterystycznego dla amerykańskiego teoretyka polityki, który koncentruje się na amerykańskim prawie konstytucyjnym. Ale i to spojrzenie jest błędne. Konstytucjonalizm był również centralnym motywem rzeczywistej walki o liberalizm i demokrację, jaką stoczyła Europa. Konstytucjonalizm w tej, czy innej, formie był kluczowym elementem europejskiej drogi w boju o legitymizację władzy publicznej jeszcze od czasów Jamesa Whitlocke’a, kiedy to w roku 1610 przeciwstawił się on prawom narzuconym przez Jakuba I, argumentując swój sprzeciw tym, że rzeczzone prawa „przeczą naturze

³ S. Holmes, *Passions and Constraint*, Chicago: University of Chicago Press, 1995, s. 6.

i konstytucji polityki (tj. „ustroju”) tego królestwa, które podlega ius publicum regni, przez co obalają fundamentalne prawo królestwa i wprowadzają nową formę stanu i rządu”⁴. Walka o liberalny samorząd w Anglii, a później na kontynencie europejskim dość szybko doprowadziła do uznania wagi konstytucjonalizmu bez względu na różnorodność form, jakie przybierał. Czy jako ramy istniejącej wcześniej władzy politycznej w Anglii i Niemczech, czy jako radykalny fundament władzy politycznej w Stanach Zjednoczonych i Francji⁵, konstytucjonalizm zajął wszędzie miejsce centralne.

Szczególnie amerykańskie doświadczenie konstytucjonalizmu nie pozostało sprawą lokalną. Wręcz przeciwnie, idea konstytucji zyskała „nadrzędne znaczenie dla rozwoju Europy”⁶. Dieter Grimm, który ani nie jest Amerykaninem, ani wyznawcą „rozwodnionej” wersji konstytucjonalizmu, wyjaśnia: „To nowe narzędzie w rozwiązywaniu starego problemu ustanawiania i ograniczania władzy publicznej stało się w tamtym czasie dominującym wątkiem. Spór o sprawiedliwy porządek społeczny stał się sporem o postanowienia konstytucji”⁷. (Tym razem podkreślenie jest moje). Grimm idzie nawet o krok dalej, mówiąc: „Historia Europy od roku 1789 przez sto kolejnych lat to historia walki o konstytucje”⁸.

Konstytucjonalizm amerykańską obsesją. Nie podzielam tej opinii.

⁴ J.R. Tanner, *Constitutional Documents of the Reign of James I*, Cambridge: Cambridge University Press, 1961 [1930], s. 260; zob. też: G. Stourzh, *From Vienna to Chicago and Back: Essays on Intellectual History and Political Thought in Europe and America*, Chicago: University of Chicago Press, 2007, s. 90.

⁵ Zob. np.: Ch. Möllers, *Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalisation*, [w:] A. von Bogdandy, J. Bast, red., *Principles of European Constitutional Law*, Oxford: Hart Publishing, 2005, s. 183–226.

⁶ D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776–1866*, Frankfurt nad Menem: Suhrkamp, 1988, s. 10.

⁷ Tamże.

⁸ Tamże.

JW: Jakże pożyteczne są twoje trzy podstawowe koncepcje. Uważam je za ważny składnik tego, co nazywasz „wspólną gramatyką konstytucyjną”, a co ja nazwałbym raczej wspólną gramatyką legitymizacji politycznej. Jednak pozostają one na takim poziomie abstrakcji, że przypominają formułę „godności ludzkiej” w dziedzinie praw człowieka. Wszyscy uznajemy najwyższą wartość godności człowieka, ale – jak przekonuje Chris McCrudden – nasze uznanie nie gwarantuje w żadnej mierze jednolitości znaczenia. Czy nie przedstawiasz nam po prostu zbioru słów, wokół których toczą się spory konkurujących ze sobą porządków? Nie chodzi o dogłębną analizę sprawy *Kadi*. Ale, jak już kości zostały rzucone, próbujesz pogodzić Sąd z TSUE, każąc mu wejść w jakąś interpretację prawnomiędzynarodową. Mogę się z tym zgodzić. Należę do obozu, który bez chwili wahania potępił zapatrzoną jedynie w siebie postawę TSUE, która sprowadza się do akceptacji prawa międzynarodowego pod warunkiem, że będzie pasowało do konstytucyjnej wizji Trybunału. Załóżmy jednak, że TSUE przyjmuje twoją radę. Czy nie ukazuje to w pewien sposób ograniczeń twojego poglądu? Wyobraź sobie też, i proszę o bezpośrednią odpowiedź, że Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) zatwierdza porządek Rady Bezpieczeństwa, który dopiero po tym staje na wokandzie TSUE. Jak twój pogląd sprawdziłby się w tej sytuacji? Odchodzisz od teorii McCormicka w tym sensie, że on chciał sięgać do prawa międzynarodowego jako zasad ostatecznie rozstrzygających. A ty nie chcesz. Ale czy nie płaci się wysokiej ceny nie tyle za odgrzewanie starych sporów, ile – tak naprawdę wbrew sobie – za ich umacnianie, bo teraz będą się czaiły w języku szerokiej legitymizacji?

DH: Jeśli chodzi o nazewnictwo, twierdzę, że głos, prawa i wiedza tworzą „wspólną gramatykę legitymizacji”, a nie, jak ty uważasz, „wspólną gramatykę konstytucyjną”. Jestem więc bliższy twojemu sformułowaniu niż sugeruje to twoje pytanie. Dla pewności – gramatykę tę wywodzę z tradycji konstytucyjnej, pokazując, po co w ogóle są konstytucje. Ale gramatyka ta wykracza poza tradycję konstytucyjną

danego państwa. Utrzymuję, że głos, prawda i wiedza specjalistyczna stanowią „fundamentalne elementy legitymizacji władzy publicznej w nowoczesnych ustrojach liberalnych”.

Przejdę teraz do twojego podstawowego zastrzeżenia, iż „przedstawiam po prostu zbiór słów, wokół których toczą się spory konkurujących ze sobą porządków”.

Po pierwsze, jeżeli zarzutem jest to, że konkurujące porządki będą toczyły spory, stosując pojęcia, które wydają się zasadnicze i w ten sposób maskują samolubne i oportunistyczne dążenie do zdobycia władzy, to przypomnijmy sobie sławną „cywilizującą siłę hipokryzji” Jona Elstera. Jak wiadomo, na władzę mają wpływ słowa toczoney debaty, czyli, to, jakie powody dla ubiegania się o władzę przedstawimy danemu elektoratowi. Słowa są tak samo ważne, jak instytucje. W tym wszystkim nie chodzi wyłącznie o władzę (a może chodzi? Tylko wtedy czemu ma służyć ta nasza dyskusja?).

Elster zauważa, że jeżeli nie można przedstawić przyczyn ubiegania się o władzę jako wyłącznie samolubnego dążenia do zdobycia władzy, lecz trzeba je uzasadnić celami bardziej pryncypialnymi, to same powody ubiegania się o władzę się zmieniają. Ta myśl sugeruje, że dyskusja o pryncypalach nie prowadzi po prostu, jak mówisz, do dysfunkcyjnego „umacniania”, lecz do „cywilizowania” samego roszczenia władzy i łagodzenia go tak, by było bardziej akceptowalne. (Nie oznacza to, że każde „naruszenie” prawa międzynarodowego należy uzasadniać w kategoriach głęboko podstawowych. Nie wszystkie zobowiązania prawnomiędzynarodowe są takie same, niektóre mogą na przykład zezwalać na skuteczne naruszenie.) Czy dyskusja o pryncypalach oznacza, że można czasem przemycić dążenie do zdobycia władzy pod pozorem pryncypiów? Oczywiście, że można, ale co w tym nowego?

Po drugie, jeśli chodzi o sam język, to jest to język polemiki. W przeciwieństwie do roli, jaką odgrywa godność ludzka w świetnym wywodzie McCruddena, terminologia, którą proponuję, nie aspiruje do roli precyzyjnego opisu kwestii merytorycznych. Ma ona jedynie zaproponować gramatykę, w ramach której należy przedstawiać roszczenie legitymizacji. Z lotu ptaka nie uda się jednoznacznie ustalić, co konkretnie oznacza każda z tych trzech wartości dla instytucji lub

polityka, jak łączą się te wartości i czy inny polityk będzie zadowolony z wniosków. W tej relacji chodzi o to, że niektóre decyzje będą podejmowane przez zainteresowane podmioty w sposób zdecentralizowany. Jednak rzeczywiste znaczenie może być takie, że w tym konkretnym przypadku RBNZ nie będzie mogła powiedzieć, że nie broni praw w każdej formie, a jednocześnie nadal oczekiwać, że TSUE będzie przestrzegał jej zaleceń.

Można z pewnością zaproponować więcej, by poprzez różne rozszczenia do objęcia władzy, które mogą się pojawić w ramach tej gramatyki. Ale zajęłoby to znacznie więcej miejsca niż mój krótki rozdział w niniejszej książce, a tym bardziej przekroczyłoby ramy jej epilogu. Niemniej dorzucę jedno stwierdzenie, pokazujące na ile omawiana gramatyka może wyjaśnić znaczenie nawet tych pozostałych, „konkretnych” rozszczeń.

Weźmy na przykład zasadę subsydiarności, która jest chętnie stosowana zarówno w literaturze federalistycznej, jak i innej, do opisywania zadań na poszczególnych szczeblach. Znaczenie subsydiarności nie jest zawsze jasne. W skrócie, zazwyczaj rozumie się ją jako odpowiedź na pytanie, który szczebel władzy wykona dane zadanie najlepiej. Nazywam to rozszczeniem wynikającym z wiedzy. Wobec tego, dlaczego nie mówię po prostu o koncepcji głosu, praw i subsydiarności? Otóż dlatego, że w subsydiarności chodzi nie tylko o wiedzę, lecz również o rozszczenia wynikające z głosu i praw. Pomocne może się też okazać „rozbitcie” subsydiarności i wyodrębnienie poszczególnych rozszczeń. Na przykład, jak już wspominałem w innym miejscu⁹, dominujące znaczenie subsydiarności jest instrumentalne. Nie bierze ono pod uwagę nieodłącznego (merytorycznego) jej aspektu, a mianowicie stwierdzenia, że dany szczebel władzy powinien być władny zadecydować, które zadanie należy wykonać przede wszystkim. A to oznacza z kolei, że dominują zwłaszcza rozszczenia dotyczące głosu i praw, a nie – wiedzy. Dopiero, gdy dochodzi do zderzenia różnych szczebli władzy i nie ma

⁹ D. Halberstam, *Comparative Federalism and the Role of the Judiciary*, [w:] K. Whittington, D. Kelemen, G. Caldeira, red., *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

uznanego rozjemcy, wypada sobie przypomnieć o wszystkich aspektach subsydiarności.

W tym kontekście subsydiarność może też wprowadzać w błąd również z tego względu, że nie odnosi się do problemu sporów poziomych dotyczących jurysdykcji. Dlatego Nicolaïdis i Howse stosowali koncepcję „subsydiarności poziomej”¹⁰ i ja się pod tym podpisuję. Rzeczywiście więc, wnikliwe spojrzenie na subsydiarność może odegrać ważną rolę przy kompromisowym rozwiązywaniu konfliktów. Warto jednak zauważyć, że nawet ta wnikliwa koncepcja horyzontalnej subsydiarności nie wyznacza z góry wygranych, mówi jedynie, o czym należy rozmawiać. W tym sensie subsydiarność też jest „tylko pojęciem”, by użyć twojego pejoratywnego określenia.

Przykładów jest wiele, lecz dla naszych potrzeb najważniejsze jest to, co poniżej. Nie można w sposób jednoznaczny i uniwersalny zdefiniować, nie mówiąc już o zwiększaniu znaczenia, takich wartości, jak głos, prawa i wiedza specjalistyczna. Są to podstawowe pojęcia dyskusji, to gramatyka, w ramach której instytucje zamknięte w konkurujących ze sobą systemach prawnych, roszczą sobie prawo do prawomocnego sprawowania władzy publicznej. Instytucje te znajdują kompromisowe rozwiązania, choć nie pochodzą one ze zbieżnych, wcześniej wypracowanych koncepcji. Wzajemne relacje i presja na szukanie kompromisów mogą raczej prowadzić do nowej interpretacji danej wartości przez zainteresowany podmiot.

Gdyby na przykład, TSUE przyjął to podejście w sprawie Kadi, nie obstawałby ani przy orzekaniu w każdej instancji w kwestii naruszenia praw, ani nie żądałby potwierdzenia praw w takiej interpretacji, w jakiej są rozumiane w Europie. Wzorując się na niemieckim orzeczeniu Solange i Görgülü TSUE mógł wyznaczyć nową drogę dla przyszłych kompromisowych rozwiązań w obu wymiarach. Po pierwsze TSUE utrzymałby możliwość uznania kompetencji Organizacji Narodów Zjednoczonych (ONZ) do kontroli ochrony niektórych praw

¹⁰ R. Howse, K. Nicolaïdis, *Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity?*, „Governance” 2003, 16, s. 73.

w poszczególnych sprawach (na szczeblu „detalicznym”), pod warunkiem ogólnego stosowania przyjętych standardów ochrony praw (na szczeblu „hurtowym”). Po drugie, TSUE mógł wyrazić gotowość rozważenia kwestii, czy jego koncepcje kompetencji, o których mowa, podlegają zmianom w świetle możliwych do przyjęcia alternatywnych rozwiązań, które zaproponowałby ONZ. TSUE (przynajmniej w moim rozumieniu tej sprawy) nie obrat żadnej z tych dróg. Jeśli się jednak myślę, a Trybunał zrobił to, co ja twierdzę, że powinien zrobić, to tym lepiej.

Na koniec, żeby odpowiedzieć na twoje pytanie cząstkowe, czy aprobata tego prawodawstwa przez MTS coś by zmieniła, musiałbym wiedzieć więcej na temat tego, co MTS orzekł i co zrobił. Gdyby MTS skontrolował sprawę Kadi, przyznał powodowi określone prawo do odpowiedzi i uznał, odwołując się do minimalnych wymogów, że zarzuty są uzasadnione i poparte wystarczającymi dowodami, to opisany powyżej pogląd prowadziłby w kierunku szacunku i kompromisu ze strony TSUE. Jeśli natomiast MTS otwarcie poparł to konkretne postępowanie w formie zastosowanej w sprawie Kadi bez kontroli zarzutów i dowodów przeciwko powodowi i bez potwierdzenia praw proceduralnych, to opisany powyżej pogląd nie skłania do zbytniego szacunku wobec MTS. To właśnie tu wkracza gramatyka legitymizacji. W chwili zderzenia konkurujących ze sobą systemów prawnych znaczenie mają właśnie wzajemne roszczenia głosu, praw i wiedzy. Systemowi prawnemu ONZ, który nie uwzględnia praw Kadiego, pieczęć MTS nie zapewnia już legitymizacji.

JW: Jest coś niepokojącego w twoim założeniu do dyskusji na temat gramatyki legitymizacji, z cytatami z Laskiego i sięganiem do *New Haven School*. Pierwszy tekst jest dla mnie nijaki, drugi tak skomplikowany i podatny na manipulacje, że może uzasadnić każdą pożądaną teorię. Skoro normatywnymi podstawami gramatyki są instytucje (polityczne i sądowe), stojące na straży „wartości, które ich przestrzeganie tworzy”, to czy nie nawracamy nawróconych? A co z poganami? Czy mamy szansę ich nawrócić? Oni naprawdę

istnieją. Różnice zdań nie wynikają po prostu z nieporozumień i konkurujących ze sobą tożsamości.

DH: Nie będę ani bronił, ani krytykował Laskiego czy dyskusji o New Haven School. Weszlibyśmy zbyt głęboko w to zagadnienie. Krótka odpowiedź na pytanie o pogan brzmi: nie mamy szansy. Bardziej wyczerpująca odpowiedź brzmi: być może poprzez słowną perswazję.

Czy znajdują się tacy, którzy nie zechcą uczestniczyć w tej pluralistycznej „rozmowie”, bo nie są przywiązani do zasad liberalizmu? Tak. Jak przyznaję w swoim rozdziale, konstytucjonalizm pluralistyczny nie jest zjawiskiem powszechnym. Działa wyłącznie po spełnieniu pewnych warunków wstępnych, tj. po podjęciu minimum wspólnych zobowiązań. Nie oznacza to jednak, że do stołu rozmów dopuszczeni są tylko wierni. Zacytuję ponownie Grimma: „powszechne uznanie konstytucjonalizmu za model organizacji i legitymizacji władzy politycznej przejawia się w tym, że nawet rządzący, którzy nie są skłonni do przestrzegania norm prawnych, czują się zmuszeni przynajmniej do udawania, że sprawują władzę w sposób konstytucyjny”¹¹. Możemy więc znów sięgnąć do Elstera, mając nadzieję, że „ucywilizujemy” dążenie do władzy za pośrednictwem zorganizowanej otwartej debaty, w której zalety praworządności przedstawione zostaną w sposób, jaki uświadomi zainteresowanym stronom jej wagę.

I znów konstytucyjny element pluralizmu dodaje tej wymianie charakteru. W końcu tam, gdzie obowiązuje konstytucjonalizm pluralistyczny, tytuł poszczególnych podmiotów do sprawowania władzy pochodzi z systemu prawnego, który sam z siebie jest otwarty na roszczenia innych. Tak więc konstytucjonalizm nadaje strukturę prawną, dzięki której ta rozmowa jest możliwa. Ponadto wnioskom z tych rozważań można dodać znaczenia poprzez dorzucenie wartości, które (nawet jeśli tylko pozornie) legitymizują poszczególne podmioty, zmuszając je – zgodnie z tymi wartościami – do uzasadnienia swojego

¹¹ D. Grimm, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, [w:] P. Dobner, M. Loughlin, red., *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 3.

tytułu do władzy nadrzędnej. Na koniec, jeśli chodzi o w pełni nawróconych, tj. całkowicie oddanych sprawie liberalizmu, to i oni mogą potrzebować wsparcia pluralizmu, by zachowali swoją wiarę. Jak wiadomo, monopol korumpuje, w biznesie, w polityce i w prawie.

Zastanawiam się więc, czy twoje pytanie nie jest zbyt romantyczne lub zbyt sceptyczne. Tezę o wierzącym i poganinie można sformułować w stosunku do rządów prawa, moralności czy jakiegokolwiek innego systemu normatywnego. Pluralizm nie jest panaceum. Nie jest nim też żaden inny spójny byt społeczny, który miałby nas wznieść ponad państwo naturalne Hobbesa. Racja, jakiegokolwiek odwoływanie się do prawomocności władzy, to nawracanie (minimalnie) nawróconych. Ale jaką masz alternatywę? Tam, gdzie system normatywny nie ma w praktyce wpływu na rzeczywistość, tam można zmusić pogan do pochylecia głów tylko mieczem. Wszyscy wiemy, do czego to prowadzi...

JW: Nie jestem przekonany, by droga śladami Europy była prawdziwą trzecią drogą, która pogodzi konstytucjonalistów lokalnych z globalnymi. Ale przynajmniej dla mnie, cała koncepcja ucierpiała w chwili, gdy – niemal *ex nihilo* – w świetle przypisu 49, dowiadujemy się, że znormalizowane podejście do pluralizmu znajduje idealne ucieleśnienie w Unii Europejskiej, co więcej przedstawia się to podejście jako idealny model dla innych. Z przymrużeniem oka można powiedzieć, że znaleźliśmy się w trzeciej odsłonie imperializmu – Unia Europejska jako model konstytucyjny dla świata. Tolerancja konstytucyjna UE jest kusząca, ale tylko dzięki takiej, a nie innej historii, takim, a nie innym wyborom politycznym, które dla innych są nie tylko nierealne, lecz również niechciane. Jest coś pociągającego, wręcz szlachetnego, w amerykańskim eksperymencie z federalizmem konstytucjonalnym. Jeśli Europa pójdzie w ślady Ameryki, dojdzie do katastrofy prawnej. Skąd więc pomysł, że europejska droga będzie pasować gdzie indziej pod względem prawnym?

DH: *Zarzucasz mi, że cała ta koncepcja „ucierpiała” z chwilą, gdy przedstawiam UE „niemal ex nihilo”, jako „idealny wzór dla*

innych” w kolejnej, „trzeciej odstonie imperializmu”. To chyba przesada. W moim rozdziale wykładam, że, jeśli chodzi o rozwój tej koncepcji, idea pluralizmu konstytucyjnego „powstała najpierw jako teoria podziału władzy konstytucyjnej w Europie”, a dalej szukam odpowiedzi na pytanie, na ile (jeśli w ogóle) zasady te mogą znaleźć zastosowanie poza szczególnym przypadkiem UE. Nie widzę w tej próbie ani imperializmu, ani cierpienia.

Cały czas pytamy o to, na ile doświadczenie jednego państwa lub systemu może być znaczące dla drugiego. Doświadczenia sytuacyjne prowadzą czasem do innowacji koncepcyjnych albo do powstawania takich interpretacji i praktycznych rozwiązań, które okazują się przydatne w zrozumieniu i opracowywaniu rozwiązań społecznych gdzie indziej. Amerykańskie doświadczenie konstytucjonalizmu miało głęboki wpływ na struktury władzy poza granicami Stanów Zjednoczonych, pomimo ogromnych różnic pomiędzy wyzwoleniem dobrze prosperujących kolonii spod władzy rezydującego gdzieś daleko króla a zadaniem zmiany głębokich struktur polityczno-społecznych. Bez względu na wszystko, Stany Zjednoczone, a potem Francja, stały się „idealnym wzorcem dla innych”, przygotowując grunt pod walkę o podział władzy i rodzaje legitymizacji daleko poza swoimi granicami.

Zawsze nalegam, by dokładnie przyjrzeć się różnicom instytucjonalnym i kontekstowym, które mogą wypaczać porównania¹². Od dawna nie mam wątpliwości, że Unia Europejska to nie Stany Zjednoczone Europy, a rządy globalne to nie jest po prostu przedłużenie Europy. Nie powinno to jednak zniechęcać nas do

¹² Np. ostatnio w: D. Halberstam, *The Promise of Comparative Administrative Law: A Constitutional Perspective on Independent Agencies*, [w:] S. Rose-Ackerman, P. Lindseth, red., *Comparative Administrative Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2010, URL: http://ssrn.com/abstract_id=1589749; oraz wcześniej w: D. Halberstam, *Comparative Federalism and the Issue of Commandeering*, [w:] K. Nicolaidis, R. Howse, red., *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and EU*, Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 213–251.

poszukiwania, i tu, i gdzie indziej, wspólnych cech analitycznych, jakie mogą występować w formach rządzenia według różnych scenariuszy¹³.

Zakończenie

Pozwól, że uzupełnię twoje uwagi podsumowaniem, które wychodzi poza zakres mojego rozdziału, niemniej odnosi się ogólnie do twoich wstępnych spostrzeżeń na temat języka.

Nie bagatelizuję sceptycyzmu, z jakim podchodzisz do terminologii konstytucyjnej w odniesieniu do rządów globalnych. Z drugiej strony, jakieś innej terminologii też nie udało się prawidłowo ująć tego zjawiska. Niedostatki terminologii międzynarodowej od jakiegoś czasu zmuszają naukowców do posługiwania się pojęciami prawa ponadnarodowego. Jednak nawet w rozważaniach o prawie „ponadnarodowym” nie przykłada się dostatecznej wagi do leżących u podstaw zasad uniwersalnych, jak np. art. 103 Karty NZ, prawa człowieka, ius cogens, czy też rozwijających się pojęć jak np. „obowiązek ochrony”. Język prawa administracyjnego jest też bardzo pomocny, lecz i on może odwracać uwagę od zdolności produktywnych sfery międzynarodowej oraz od zasadniczych pytań o to, w czym imieniu działają (mają działać) globalne podmioty „administrujące”. Na koniec, język „pluralizmu”, tj., język mówiący ni mniej ni więcej tylko o wielości porządków prawnych, zdaje się bagatelizować znormalizowane powiązania prawne poszczególnych systemów prawa, jak i cele, jakim służą. Mówienie o konstytucjonalizmie pluralistycznym (w odróżnieniu od konstytucji globalnej, czy powoływania się na prawo konstytucyjne na szczeblu globalnym), mimo wielu wad, prowokuje, zgadzając się na ponadpaństwowe zdolności twórcze prawodawstwa i systemów prawnych oraz kwestionując równocześnie koncepcję konstytucjonalizmu jako hierarchii w ramach państwa.

¹³ Por. J.H.H. Weiler, *Epilogue: Toward a Common Law of International Trade*, [w:] J.H.H. Weiler, red., *The EU, the WTO and the NAFTA: Toward a Common Law of International Trade?*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

Pojawia się chyba jakaś nadzieja. Jeżeli – jak uczy Nietzsche – to prawda, że potrafimy zdefiniować to tylko, czego wcześniej nie było, to nasz impas językowy nie będzie trwał długo. Warto w tym miejscu przypomnieć, że ojcowie kształtujący Amerykę też używali języka w sposób nowatorski. Pojęcie „federalny” miało w tamtych czasach konotacje zdecydowanie międzynarodowe, co widać po częstym wtedy przeciwstawianiu cech „narodowych” i „federalnych” w konstytucji Stanów Zjednoczonych. A mimo to federalizm stał się dziś terminem łączącym obie te cechy i dotyczy wielu różnych systemów. Nie mówimy już na przykład o Unii Amerykańskiej, na wpół federalnej, na wpół narodowej, mówimy po prostu o amerykańskim federalizmie. Zastanowię się nad ukuciem neologizmu, który wykraczałby poza konstytucjonalizm (mimo tego, że zostanie z pewnością przywołany za to do porządku w publikacjach podobnych do tej). Ale tymczasem historia będzie się toczyła swoim trybem, a konstytucjonalizm może zyskać interpretację poza swoim tradycyjnym matecznikiem.

ROZDZIAŁ 5:

JOSEPH H.H. WEILER I NICO KRISCH

JW: W twojej wspaniałej i kąśliwej obronie „pluralizmu” połączonej z jego promowaniem jako najbardziej obiecującego poglądu na „postnarodowe” ustroje i politykę, pojawia się dziwna dysproporcja – w całym rozdziale przedstawiasz szczegółowo i często przekonująco sytuacje, w których pogląd konstytucyjny nie przynosi korzyści, które obiecuje. Często nam przypominasz, *à juste titre*, by wystrzegać się idealizacji sfery konstytucjonalnej. Stwierdzenie o ściganiu jest mocne. W tym kontekście szczególnie wrażenie robi też twoja konstatacja, iż pluraliści instytucjonalni są nikiem innym, jak konstytucjonalistami w przebraniu, działającymi w ramach określonego zbioru zasad.

Wszystko to wzbudza w czytelniku takim, jak ja, który traktuje poważnie twoje stwierdzenia na temat pluralizmu, chęć poznania

sposobu funkcjonowania pluralistycznego postnarodowego ustroju i polityki – tego „jak to działa”, co jest warunkiem zrozumienia długiej listy przypisywanych mu wartości, zarówno pragmatycznych, jak i normatywnych. Zamiast tego, dokładnie w tym miejscu rozdziału, tekst staje się ogromnie zwodniczy – z sześćdziesięciu stron zaledwie pięć (pod tytułem *Ustroje pluralistyczne*) jest poświęconych temu zagadnieniu. Część 5.5.3.3 zaczyna się obiecująco od słów: „Jaki sugeruje to zatem porządek?”, ale natychmiast przechodzi do znanych wytrychów: kreślenia „szkiców”, „zarysów”, „ram”, itd. Tak, że po przeczytaniu raz i drugi tych pięciu stron nie wiadomo, o jakim porządku jest mowa. Rzecz jasna, nawet w porządku pluralistycznym niektóre ustroje zasługują, jak twierdzisz, na większy szacunek i więcej uznania niż inne. Zależy to od uwierzytelnienia autonomii publicznej, konkretyzacji koncepcji samostanowienia. Przez kogo? Według jakiej metody? Jak rozwiązać konflikt tychże ocen? Co oznacza brak szacunku i brak uznania? To tylko niewielka część wątpliwości, jakie tych pięć stron wywołuje u wnikliwego czytelnika. Wartości pragmatyczno-proceduralnych, jak i normatywnych, wymienianych na gruncie systemowego modelu pluralizmu w żaden sposób nie można ocenić bez konkretnego opisu ustroju pluralistycznego. Odnoszę wrażenie, że jest to symptomatyczne dla literatury pluralizmu: ostro krytykuje hierarchiczne modele konstytucyjne, jako alternatywy podaje znaczący i dobrze opisany cel dążeń, niemniej każda próba operacjonalizacji ustroju pluralistycznego staje się niejasna, lakoniczna, pełna aluzji, złudna i nad wyraz mglista. Czyżby była to słabość systemowa, która świadczy o tym, iż pluralizm systemowy można włożyć między bajki?

NK: Rzeczywiście w swoim rozdziale omawiam dość abstrakcyjne kwestie. Badam szeroko rozumiane różnice pomiędzy strukturami pluralistycznymi i konstytucyjnymi w postnarodowym porządku, a nie – konkretne formy instytucjonalne czy twory polityczne. Omówienie struktur instytucjonalnych wymagałoby precyzyjniejszego określenia takich zagadnień, jak te zaznaczone na końcu rozdziału, tj. demokracja

postnarodowa, rządy prawa, powiązania władzy, itp. Gruntowne ich omówienie zajęłoby znacznie więcej miejsca niż objętość jednego rozdziału. O wymienionych sprawach traktuje moja najnowsza książka¹⁴.

Niemniej istnieje jeszcze jedna przeszkoda natury ogólnej (bardziej interesująca), która nie pozwala skonkretyzować struktury samego pluralizmu. Jednym z powodów atrakcyjności konstytucjonalizmu jest jego jasna, namacalna, logiczna struktura, która precyzyjnie i w sposób dla nas zrozumiały określa miejsce każdej instytucji, pozwalając na bezpośrednią jej ocenę i krytykę. Wznosi coś na kształt nowoczesnego biurowca, najlepiej równie pięknego, jak budynek Seagram albo siedziba ONZ. Pluralizm jest inny – mniej nowoczesny, bardziej średniowieczny. Gmach pluralizmu przypomina raczej kościół, którego budowę rozpoczęto w stylu romańskim, kontynuowano w gotyku, wstępnie zakończono w renesansie, a następnie przebudowano w baroku. Pluralizm zakłada, że porządek postnarodowy jest, a nawet powinien być, wytworem wielu rąk, wynikiem wielu (często rozbieżnych) decyzji poszczególnych wspólnot. Konstytucjonalizm – wręcz przeciwnie – chce wznosić konstrukcje miłe dla oka i to zgodne z jedną, spójną teorią polityczną. Łatwiej go opisać, tym niemniej, co staram się pokazać w moim rozdziale, pomija wymiar uczestnictwa. Przewagą konstytucjonalizmu jest być może to, że ładnie się prezentuje, ale w tym systemie trudniej realizować samorządność i demokrację w wymiarze postnarodowym.

Natomiast pluralizmovi trudniej z tego powodu, że podkreśla element uczestnictwa, ukazać ostateczny kształt porządku, jaki proponuje. Zamiast decydować o bryle budynku, pluralizm ustala kryteria doboru architektów, uznając, że będzie ich wielu, a nie – tylko jeden kierownik budowy. Kim mają być ci architekci? Wszystkie grupy o wolnościowym rodowodzie – a więc te, które dowiodą, iż zapewniają ludziom niezależność, publiczną i prywatną, szczególnie w sensie aktywnego współuczestnictwa w samorządzeniu. Słusznie zauważasz, że nie wiadomo, kto ma decydować o tym, czy to kryterium zostało

¹⁴ N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

spełnione. Kto ma te grupy wybierać? Kto ma rozwiązywać konflikty? Oto konkretne (a dla wielu zniechęcające) cechy pluralizmu: nie ma decydenta-wyroczeni, brak też arbitra, do którego można by się zwrócić. Decyzje są zdecentralizowane i podejmowane przez różne pretendujące grupy. Rozstrzygają one, czy respektować i czy uznać autorytet stanowisk innych grup – chodzi o autorytet dający się stopniować, rządy, które wynikają z przekonywania drugiej strony, a nie narzucania siłą, takie, które uruchamiają proces dochodzenia do kompromisu. Można rzecz jasna stwierdzić, że świetnie to brzmi, chociaż te zdecentralizowane decyzje mogą być równie dobrze arbitralne. To prawda, nie ma instytucjonalnych gwarancji, że takie nie będą. Niemniej istnieją ograniczenia polityczne i zasady prawa, oparte na autonomii publicznej, dzięki którym można utrzymywać te grupy w ryzach. Owszem, ryzyko istnieje, ale w zróżnicowanym, kontestowanym i nieidealnym świecie postnarodowym, konstytucjonalizm też podlega poważnym zagrożeniom – ryzyku nieposzanowania wyborów uprawnionych grup lub uprawomocnienia struktury, która działa na rzecz silnych, a nie słabych. Postnarodowej konstytucji nie wymyślą teoretycy, ukształtują ją realnie działające siły, które rzadko kierują się rozsądkiem czy poczuciem sprawiedliwości (zresztą, czyj miałby to być rozsądek i czyja sprawiedliwość?).

JW: Krytykując konstytucjonalizm zalecasz podejście nieidealistyczne. A zaraz potem, paradoksalnie, promując alternatywne rozwiązanie, tj. ustrój i politykę pluralistyczną, opierasz się na najbardziej idealistycznym ustroju spośród tu omawianych, wywodzącym się z teorii porozumienia Habermasa, czyli na koncepcji autonomii publicznej i samostanowienia. Bez trudu można wymienić przykłady procesów zachodzących w realiach krajowych i międzynarodowych, które nie urzeczywistniają koncepcji samostanowienia. Trudno natomiast znaleźć konkretne przykłady miejsc, gdzie się to dzieje. Pamiętam, jak kilka lat temu szkoła bremeńska twierdziła, z wielkim zapałem, acz dość zabawnie, że unijna komitologia jest miejscem dyskusji nad teorią Habermasa (w nieco zmienionym wariacie). Koncepcja autonomii publicznej i urzeczywistnionego

samostanowienia, jakie są wynikiem, rzecz jasna, świadomie prowadzonego ukierunkowanego procesu (bo w przeciwnym przypadku byłby on formalny i przypadkowy), przypomina mi żydowskiego Mesjasza. Postać cudowna i pełna dostojeństwa, na którą wszyscy z niecierpliwością czekamy, bezpieczni, gdyż pozostajemy w przekonaniu, że On nigdy nie nadejdzie. Mesjasz, który przychodzi, jest zawsze Mesjaszem fałszywym. Gdyby od niego zależało to, czy dany ustrój w porządku pluralistycznym będzie szanowany, legitymizowany i akceptowany, czyż nie doszedłbyś do wniosku, że nieidealny, lecz realny świat konstytucjonalizmu jest – na twardych warunkach, jakie stawiasz – lepszy niż perfekcyjny, ale iluzoryczny świat pluralizmu? A po co komu samostanowienie, razem z jego uczestnictwem itd., jeśli wewnątrz byłoby coś strasznego, nieliberalnego? Należałby się temu szacunek? Czy nawet w twoim konstrukcie systemowego pluralizmu nie występują przypadkiem spajające całość ramy moralne zamiast konstytucjonalnych? A jeśli ich tam nie ma, to czy przyjmiesz wszystkie implikacje swojego konstruktów z całą pokorą, bez ograniczeń?

NK: Nie ma wątpliwości, że autonomia publiczna Habermasa nieprędko zacznie rządzić postnarodową przestrzenią, w każdym razie nie za naszego życia i nie za życia jeszcze kilku pokoleń, może (co najbardziej prawdopodobne) nigdy. Również w przestrzeni krajowej. Ale przy domaganiu się ideałów w polityce nie chodzi o to, czy zostaną one zrealizowane, ale o to, czy warto o nie walczyć i czy w wyniku tej walki świat stanie się lepszy. Tym właśnie różnią się one od Mesjasza – nie jesteśmy skazani na czekanie, możemy w polityce działać, ustawiać teoretyczne drogowskazy, by to ideały regulowały ruch.

Według mojej koncepcji pluralizmu, autonomia publiczna nie jest takim ideałem, lecz ma szerszy, i strukturalnie ważniejszy, wymiar. Stanowi miarę ocen. Poszczególne grupy otrzymują władzę nie dlatego, że mają pełną świadomość autonomii publicznej. Gdyby tak było, to rzeczywiście, wszystkie te rozważania straciłyby sens. Tymczasem konkurujące wzajemnie stanowiska, z których autonomia się wywodzi, wykorzystuje się do celów porównawczych – by ustalić, komu

należy się więcej władzy, a komu – mniej. Weźmy taki przykład. W fazie opracowywania zasad postępowania w przypadkach prania brudnych pieniędzy autonomiczne działanie zespołu ds. finansowych Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju opierało się na bardzo słabych podstawach – nie było wśród jego członków państw, do których te działania były skierowane, zespół nie uruchomił też żadnego znaczącego procesu samostanowienia. Instytucje międzynarodowe takie, jak Międzynarodowy Fundusz Walutowy (IMF) już zapewniły uczestnictwo tych państw, z kolei ustroje narodowe lepiej poradziły sobie z kwestią samostanowienia. Wprawdzie ani działania IMF, ani państw nie są wystarczające dla uzyskania władzy absolutnej, niemniej można oczekiwać, że obdarzą się pewnym szacunkiem, co pozwoli na ustanowienie właściwych norm.

W tym sensie autonomia publiczna staje się miarą zakresu władzy, jaką poszczególne grupy sobie przydzielają. I tu pojawia się odpowiedź na twoje ostatnie pytanie – to oczywiste, że istnieją ograniczenia moralne. Bez nich nie potrafiłbym sformułować żadnego normatywnego twierdzenia. Ograniczenia te w większości pochodzą od Habermasa i wskazują grupy, które zasługują na więcej władzy niż inne. Jednak warte podkreślenia jest to, iż ramy moralne, o których mówimy, składają się z dwóch elementów – proceduralnego i merytorycznego. Możliwe, że zgodnie z moim moralnym przeświadczeniem jakieś rozstrzygnięcie będzie prawidłowe, choć może wcale nie wynikać z procedury, która w moim mniemaniu powinna autorytatywnie normalizować wszelkie rozwiązania. Oznacza to również, że prawo najczęściej nie będzie zbieżne z moimi ideałami moralnymi, dotyczącymi meritum sprawy. To nic nowego – stale akceptujemy decyzje, które zgodnie z naszą moralnością są złe, cóż, jeśli wynikają z (mniej więcej) prawidłowego procesu, który nazywamy prawem. To po prostu nieunikniona konsekwencja uświadomienia sobie tego, że ludzie mają różne poglądy moralne, i one wszystkie są prawomocne.

Pluralizm postnarodowy przenosi te przemyślenia na inny poziom – dotyczy on płaszczyzny określania ustroju, w którym chcemy być rządzeni oraz struktury metainstytucjonalnej, w której ten ustrój ma funkcjonować. Biorąc pod uwagę różnorodność (legitymizujących)

poглядów na ten temat, wygląda na to, że akceptujemy konkurujące ze sobą roszczenia do sprawowania władzy i staramy się je politycznie pogodzić, a nie – jak czyni to konstytucjonalizm – instytucjonalizujemy jedyną wizję słusznych roszczeń do sprawowania władzy i zgodnie z nią tę władzę dystrybuujemy.

JW: Twój rozdział zawiera niemal aksjomatyczne założenie, iż żyjemy w społeczeństwie postnarodowym. Wydaje się, że konieczne jest tu wyjaśnienie. Po pierwsze, czasem przeciwstawiasz ustrojowi krajowemu ustrój postnarodowy, gdzie pojęcie „krajowy” zastępuje po prostu pojęcie „narodowy” albo „państwowy” (lub oba). Twierdząc na przykład, że w kontekście unijnym nie ma potrzeby roztrząsania, który ustrój powinien być respektowany, państwowy czy unijny, budujesz dychotomię, która sugeruje istnienie spójnego ustroju narodowego. W innym miejscu kwestionujesz zapożyczenie „narodowy” w stosunku do narodu i państwa – np. w części *Praktyki społeczne*. Przydałoby się więc wyjaśnienie, w jakim znaczeniu używasz pojęcia „postnarodowy”.

NK: *To prawda, że w swoim rozdziale nie bronię istnienia postnarodowej konstelacji, a raczej zakładam jej istnienie. Pokrótkę przedstawię tę koncepcję¹⁵. Pojęcia „postnarodowy” używam do opisanie sytuacji, w której państwo (w swej najbardziej typowej formie państwa narodowego) utraciło pozycję głównodowodzącego, uznawaną zarówno w porządku krajowym, jak i międzynarodowym. Łączy się to z (nie nową) diagnozą stawianą przez analityków politycznych, że „państwo narodowe utraciło wyłączność na sprawowanie władzy i tworzenie prawa”¹⁶.*

¹⁵ Szczegółowo omawiam tę sprawę: tamże, rozdz. 1.

¹⁶ M. Zürn, *The State in the Postnational Constellation – Societal Denationalization and Multi-Level Governance*, „ARENA Working Papers” 1999, 35, URL: http://www.arena.uio.no/publications/working-papers1999/papers/wp99_35.htm.

To, co zostało wyżej powiedziane, odnosi się do postnarodowego porządku politycznego. Natomiast mówiąc o postnarodowym społeczeństwie, mam na myśli struktury społeczne leżące u podstaw tego porządku. Dochodzę do wniosku, co zresztą widać pod koniec rozdziału, iż postnarodowy charakter społeczeństwa ma głębszy sens: taki, w którym lojalność i poczucie przynależności wykraczają już poza ramy państwa czy narodu, a społeczeństwo składa się z postnarodowych tożsamości¹⁷. Z tego, iż lojalność dotyczy zazwyczaj grup subnarodowych (lokalnych, regionalnych, kulturowych) wynika, że została podważona centralna pozycja narodu (państwa) i to w obu kierunkach.

Ta psychologiczno-polityczna diagnoza niekoniecznie oznacza, że również prawo stało się postnarodowe. Mój rozdział poświęca temu zagadnieniu niewiele miejsca, ale podam dwa najważniejsze powody, dla których uważam, że postnarodowość ma również wymiar prawny. Po pierwsze, taka interpretacja lepiej odzwierciedla sytuacje (mające miejsce nie tylko w UE), w których sądy nadają wykonalność przepisom i decyzjom z innych poziomów prawa. Wykonalność ta raczej nie ma charakteru binarnego – „wiążące/niewiążące”, lecz przyjmuje formy pośrednie. Stąd niedaleko do porządku prawa zwyczajowego z jego zaleceniami konkretnych decyzji, choć zjawisko to występuje też w systemach cywilnoprawnych – np. w kwestii poszanowania europejskich praw człowieka przez sądy narodowe czy stosowanej przez nie praktyki „ważenia” globalnych decyzji regulacyjnych¹⁸. Uznanie postnarodowego charakteru prawa nie tylko usprawiedliwia takie praktyki, lecz również pozwala na połączenie prawa z problematyką legitymizacji, która pojawia się w polityce postnarodowej. W porządku politycznym jeszcze ściślej powiązanych wewnętrznie, rozdzielenie poszczególnych sfer prawa (krajowego/międzynarodowego) nie pozwala na prawidłowe sformułowanie w ramach prawa problemów

¹⁷ Zob. U. Hedetoft, M. Hjort, red., *The Postnational Self: Belonging and Identity*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 2002.

¹⁸ Odnosnie ostatniego stwierdzenia, zob. np.: B. Kingsbury, *Weighing Global Regulatory Rules and Decisions in National Courts*, „Acta Juridica” 2009, s. 90–119.

legitymizacji instytucjonalnej. I tak, rządy na poziomie regionalnym i globalnym pozostają poza zasięgiem prawa krajowego, podczas, gdy rządy krajowe pozostają poza (bezpośrednim) zasięgiem prawa regionalnego i międzynarodowego. Kwestionowane jest więc powiązanie prawa z legitymizacją – przez co podważana jest zarazem legitymizacja prawa, dlatego lepszym rozwiązaniem wydaje się podkreślanie wzajemnych zależności i postrzeganie prawa jako bardziej (choć nie w pełni) zintegrowanego, czyli – jako „postnarodowego”.

JW: Kiedy mówisz o rzeczywistych działaniach społecznych, które mają przywołać na myśl postawy postnarodowe, nawiązujesz do przykładów, zgodnie z którymi ludzie poczuwają się do lojalności wobec różnych podmiotów, i tak dalej. Nie mogę się pozbyć wrażenia, że twoja koncepcja tego, co narodowe i co stawiasz w opozycji do postnarodowości jest, nie bójmy się tego słowa, bardzo narodowa, Schmittowska. Czyżby koncepcja narodu, jeszcze wcześniej, a więc przed pojawieniem się pojęcia „postnarodowości”, rzeczywiście opierała się na pojedynczej lojalności? A co w takim razie z Thomasem Moore’em i Beckettem? A co z współwystępowaniem lojalności rodzinnej, religijnej i narodowej – co czyni dobro w zgodzie, bywa nieobliczalne w sporze, ale nie jest sprzeczne z większością idei narodowych. Można się spierać, że pomijasz główną podstawę normatywną konstytucjonalizmu, i nie chodzi o porządek i stabilność, lecz edukację w kierunku duchowego wymiaru sam ograniczenia i tolerancji.

NK: W sferze społecznej współistnieją i zawsze współistniały różne formy lojalności. Nowoczesne państwo próbuje je pogodzić, przenosząc poszczególne lojalności do odpowiednich sfer, tj. autorytet rodziny do sfery prywatnej, autorytet religijny do sfery religii, chroniąc jednocześnie obie te sfery za pomocą praw podstawowych. Tam, gdzie sprzeczne lojalności mają charakter bezpośrednio polityczny – jak w państwach wielonarodowych, wielokulturowych – najczęstszym rozwiązaniem jest federalizm. Tu powtórzę, przy określeniu konkretnej, chronionej

przestrzeni dla grup, o których była mowa. Nowoczesne państwo konstytucyjne, w odróżnieniu od porządku średniowiecznego, w dużej mierze zmonopolizowało władzę polityczną i to w sytuacji rzekomego zaniku poszczególnych lojalności swoich obywateli. Ten zanik lojalności jest też główną osią koncepcji, do której nawiązujesz w ostatnim pytaniu, a mianowicie, iż jedną z kluczowych wartości konstytucjonalizmu jest jego instytucjonalizacja (i edukacja w kierunku tolerancji dla poszczególnych grup).

Z doświadczeń bardzo zróżnicowanych, wielokulturowych, wieloreligijnych i wielonarodowych państw wiemy, że to dążenie do zaniku lojalności jest czymś bardzo chwiejnym¹⁹. Przed konstytucjami stoją kluczowe decyzje (poczynając od doboru wspólnego języka po przyznanie uprawnień do podejmowania decyzji), w wyniku których zawsze faworyzowana będzie jedna z grup społecznych kosztem innych. Takie decyzje można podejmować, jeżeli lojalność wobec szerszego podmiotu przeważa nad lojalnością wobec pojedynczych grup; w przeciwnym przypadku istnieje ryzyko destabilizacji. Zjawisko to możemy obserwować w kanadyjskim sporze konstytucyjnym (jak i w wielu innych przypadkach), który ciągnie się od dziesięcioleci. Nic dziwnego, że to właśnie na podstawie takich doświadczeń kwestionuje się powiązanie nowoczesnego konstytucjonalizmu z tolerancją – publikacja Jamesa Tully'ego jest tu jednym z przykładów²⁰. Konstytucja ma związek z tolerancją wyłącznie wtedy, gdy zainteresowane grupy społeczne zaakceptują jej prawo do określenia warunków tolerancji. W przeciwnym razie będzie to kolejne narzędzie w walce poszczególnych grup o dominację polityczną.

Oznaczałoby to, że przy silnym zróżnicowaniu i sprzecznie społecznym, konstytucjonalizm raczej nie jest najlepszą formą instytucjonalną do wprowadzania tolerancji. Próbowałem w moim rozdziale wykazać,

¹⁹ Duży wpływ wywarły na mnie przemyślenia Neus Torbisco, zob. N.C. Torbisco, *Group Rights as Human Rights*, Dordrecht: Springer, 2006.

²⁰ J. Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in the Age of Diversity*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

że w takich warunkach bardziej korzystny może okazać się porządek pluralistyczny. Twierdzenie to nie ogranicza się tylko do sfery ponadpaństwowej. Może się również stosować do spraw wewnątrzpaństwowych, o których tu nie wspominam. Obserwowany ostatnio renesans pojęcia „federalizm”, który postrzega linie władzy jako równoległe i ze sobą konkurujące, a nie – uporządkowane hierarchicznie, wskazuje na większą atrakcyjność myślenia pluralistycznego²¹.

²¹ Zob. np.: O. Beaud, *Théorie de la Fédération*, Paryż: Presses Universitaires de France, 2007.