

Roman Kwiecień*

POTRZEBA GLOBALNEGO KONSTYTUCJONALIZMU?

W ostatniej dekadzie zagadnienie konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego stało się jednym z ważniejszych i często dyskutowanych problemów w nauce prawa międzynarodowego. Dyskurs ten dotyczy samych podstaw międzynarodowego porządku prawnego, by wspomnieć tylko o systemie jego źródeł, hierarchii zobowiązań prawnomiędzynarodowych, spójności, kompletności i jedności prawa międzynarodowego, jego substancjalnego podłoża oraz legitymizacji. Obecnie mamy już do czynienia z obszerną literaturą przedmiotu na ten temat, w tym również z opracowaniami monograficznymi¹. Szeroko zakrojona debata nie doprowadziła jednak do wykształcenia się powszechnie akceptowanego stanowiska w sprawie konstytucjonalizacji. Przeciwnie, napotykamy tu raczej różnorodność niewspółmiernych, a nieraz wykluczających się poglądów, począwszy od samej potrzeby i zasadności operowania konstytucyjnym schematem wobec prawa międzynarodowego, a skończywszy na znaczeniu i miejscu Karty Narodów Zjednoczonych w tym prawie.

Jednym z najnowszych głosów w tej debacie jest książka Christine Schwöbel². Stanowi ona zmienioną wersję rozprawy doktorskiej autorki, obronionej w 2009 roku w King's College London. Główne zadanie, jakie Schwöbel stawia sobie w recenzowanej książce, polega na udzieleniu odpowiedzi na pytanie o wkład prawa międzynarodowego publicznego w rozstrzygnięcie kwestii istnienia, nieistnienia względnie kształtowania się globalnej konstytucji (*global constitution*) i globalnego konstytucjonalizmu (*global constitutionalism*) we współczesnym świecie. Pod tym

* Prof. dr hab. Roman Kwiecień – Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego UMCS.

¹ B. Fassbender: *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Matinus Nijhoff Publishers, Leiden–Boston 2009; J.L. Dunoff, J.P. Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge 2009; J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press 2009–2011.

² Ch.E.J. Schwöbel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden–Boston 2011, s. 205.

pojęciem autorka wstępnie rozumie „uniwersalny system pewnych społecznych, politycznych, kulturowych, ekonomicznych i prawnych idei” (s. 2).

Książka Ch. Schwöbel składa się z pięciu rozdziałów. W rozdziale pierwszym zatytułowanym *Wymiary globalnego konstytucjonalizmu w prawie międzynarodowym publicznym* autorka usiłuje zidentyfikować i skategoryzować trendy we współczesnej debacie poświęconej konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego. Zwraca w nim uwagę na różnice między czterema podstawowymi, jej zdaniem, wymiarami międzynarodowego konstytucjonalizmu. Kategoryzuje je jako konstytucjonalizm społeczny (*social constitutionalism*), konstytucjonalizm instytucjonalny (*institutional constitutionalism*), konstytucjonalizm normatywny (*normative constitutionalism*) i konstytucjonalizm analogiczny (*analogical constitutionalism*). Mianem konstytucjonalizmu społecznego autorka określa poglądy przedstawiające prawo międzynarodowe jako prawo oparte na ideale koegzystencji. Konstytucjonalizm instytucjonalny skupia się zdaniem autorki na sposobach podziału władzy wśród instytucji międzynarodowych. Normatywny wymiar konstytucjonalizmu wskazuje z kolei na potrzebę istnienia pewnego wspólnego systemu wartości w prawie międzynarodowym. I w końcu analogiczny konstytucjonalizm międzynarodowy formułuje wizję globalnego konstytucjonalizmu opartego na już istniejących wzorcach konstytucyjnych, to znaczy na międzynarodowych metaregulach, krajowych porządkach konstytucyjnych i zrębach konstytucjonalizmu Unii Europejskiej.

W rozdziale drugim (*Historyczna analiza kluczowych zagadnień globalnego konstytucjonalizmu*) autorka daje historyczny rys węzłowych problemów konstytucjonalizmu. Ch. Schwöbel wyróżnia pięć takich kluczowych zagadnień:

- 1) ograniczenie wykonywania władzy, którego początków upatruje w starożytnym ideale prawa naturalnego i uniwersalizmu;
- 2) instytucjonalizacja władzy, której genezę wiąże z filozofią polityczną Arystotelesa;
- 3) społeczny idealizm ugruntowany, jej zdaniem, już w starożytnej Grecji;
- 4) zdolność ustanawiania trwałych prawnych wzorców zachowań wykształcona w prawie rzymskim oraz
- 5) zinstytucjonalizowana ochrona praw podstawowych, której początków autorka doszukuje się w XVI wieku.

W rozdziale trzecim Ch. Schwöbel szeroko analizuje zarzuty stawiane prawu międzynarodowemu w zakresie jego zdolności do wspierania globalnego konstytucjonalizmu. W szczególności daje w nim krytyczną analizę pięciu kluczowych elementów globalnego konstytucjonalizmu wyszczególnionych w rozdziale drugim. Główna teza tego rozdziału podkreśla ograniczoność tych kluczowych elementów z powodu ich zakorzenienia w jednej tradycji polityczno-prawnej, to znaczy tradycji wykształconej w zachodniej liberalnej kulturze prawnej. To dlatego ideał globalnego konstytucjonalizmu może być zdaniem autorki postrzegany jako „manifestacja *ethosu* liberalnej demokracji w prawie międzynarodowym” (s. 130). Nie szczędzi wobec tego krytyki ideałowi jedności sfery międzynarodowej budowanej w oparciu o globalny konstytucjonalizm ufundowany na jednej, tj. europejskiej, zwłaszcza niemieckiej, kulturze prawnej. Takie podejście, zdaniem autorki, wyklucza pluralizm

w sferze międzynarodowej i niesie ze sobą ryzyko normatywnego hegemonializmu. Jednocześnie Ch. Schwöbel zwraca uwagę na inne niebezpieczeństwo. Zauważa mianowicie, że ideał konstytucjonalizmu poza państwem pozostaje zagrożony pozbawieniem go autonomiczności z powodu identyfikacji z państwowym konstytucjonalizmem.

Wątpliwości wyrażone w rozdziale trzecim Ch. Schwöbel rozwija w rozdziale następnym, najważniejszym i najciekawszym w całej książce. Kluczowe dlań pozostaje pytanie o zasadność idei globalnego konstytucjonalizmu z perspektywy prawa międzynarodowego. O ile, zdaniem autorki, należy odrzucić ideę globalnej konstytucji z punktu widzenia tego prawa, o tyle zachowana powinna zostać idea globalnego konstytucjonalizmu, jednak pod warunkiem jej istotnej rekonceptualizacji. Autorka dostrzega ograniczenia przeważającej w doktrynie idei globalnego konstytucjonalizmu i dlatego proponuje jej modyfikację w ramach koncepcji „organicznego globalnego konstytucjonalizmu” (*organic global constitutionalism* – OGC). Od ugruntowanej w doktrynie koncepcji globalnego konstytucjonalizmu OGC różni się następującymi cechami:

- 1) odrzuca statyczność na rzecz elastyczności;
- 2) odrzuca jakiegokolwiek normatywny punkt wyjścia dla politycznego dyskursu na rzecz samego dyskursu i jego zdolności do wykształcenia normatywno-aksjologicznego wzorca;
- 3) odrzuca postrzeganie globalnego konstytucjonalizmu jako „pozytywnego uniwersalizmu”, ujmowanego w ramach liberalnej demokracji, na rzecz „negatywnego uniwersalizmu”, w ramach którego globalny konstytucjonalizm kształtuje się poprzez rywalizujące ze sobą ideowe partykularyzmy;
- 4) postrzega normatywny aspekt konstytucjonalizmu jako obietnicę na przyszłość, jako „konstytucjonalizm, który ma nadejść” (*constitutionalism to come*).

W tej konfiguracji OGC prezentuje się nie jako coś już ustalone, lecz jako proces, jako coś, co podlega stawaniu się.

OGC to projekt konstytucjonalizmu na przyszłość. Jest więc pewnym projektem praktycznym, czyli dotyczącym działania. Ten aspekt OGC Ch. Schwöbel rozwija w ostatnim rozdziale książki. Podkreśla w nim, że projekt OGC nie formułuje strategii dla globalnej konstytucji, której ideę autorka zasadniczo odrzuca. OGC nie jest czymś substancjalnym, lecz funkcjonalnym i instrumentalnym; jest środkiem, płaszczyzną do dyskusji o najważniejszych problemach prawa międzynarodowego. Jest więc kształtowany przez różnych uczestników tej debaty – przedstawicieli doktryny, państw, rządowych i pozarządowych organizacji międzynarodowych. Kształtuje się wraz z potrzebami, interesami i ideami uczestników debaty. W tym sensie OGC nie posiada własnej substancjalnej treści – jest „pustą muszlą” (s. 174). Tworzy „tylko” ramy umożliwiające kształtowanie się globalnej społecznej przestrzeni. Organiczność globalnego konstytucjonalizmu podkreśla jego elastyczny i procesualistyczny charakter porównywalny z charakterem żyjącej istoty, która zmienia się, lecz żadna zmiana nie jest zmianą końcową, ponieważ pozostaje podatna na dalsze zmiany. Tak i dla OGC nie jest istotny i być może nawet możliwy efekt końcowy. Ważne pozostaje

staje natomiast kreowanie przezeń ram dla pluralistycznego dyskursu o globalnych problemach. Na marginesie warto zauważyć, że Ch. Schwöbel zasadnie wskazuje na umowność i tym samym zamienność alternatywnych terminów stosowanych wobec globalnego konstytucjonalizmu: *global governance* i *global civil society*. Te trzy określenia wskazują na zmiany, jakie zachodzą w społeczności międzynarodowej. Nie ma jednak podstaw, utrzymuje autorka, aby wiązać z nimi odrębne desygnaty. Za wyborem któregoś z nich stoją przede wszystkim preferencje językowe użytkowników, a nie racje merytoryczne.

Praktyczne znaczenie OGC można, za autorką, ująć następująco:

- 1) OGC może przyczynić się do uchronienia przed ideowym monopolem zachodniej liberalnej demokracji;
- 2) OGC może uwrażliwić podejmujących decyzje polityczne i prawne na znaczenie pluralistycznego dyskursu w rozwiązywaniu problemów o wymiarze globalnym;
- 3) OGC, wbrew utrwalonej w doktrynie koncepcji globalnego konstytucjonalizmu, która opiera się na stałym i pisanim katalogiem praw podstawowych, odrzuca substancjalność i nienaruszalność zasad i praw i opowiada się za ich ewolucyjnym charakterem kształtowanym w pluralistycznym dyskursie.

Recenzowana książka, będąc pracą głównie z historii i teorii prawa międzynarodowego, może stanowić dobry punkt wyjścia do uwag o zasadności używania konstytucyjnego schematu wobec społeczności międzynarodowej i jej prawa. Autorka koncentruje się na analizie i polemice z obecnymi w doktrynie poglądami o znaczeniu konstytucjonalizmu w prawie międzynarodowym. Ta krytyczna strona książki jest rzeczywiście jej dużą zaletą. Ch. Schwöbel prezentuje w niej sporą erudycję, spójność argumentacji i dojrzałość badawczą. Dzięki tym przymiotom autorka była w stanie zaprezentować własne podejście do problemu globalnego konstytucjonalizmu, polegające z jednej strony na odrzuceniu zasadności istnienia w prawie międzynarodowym konstytucji w postaci jednego formalnego aktu, z drugiej zaś na propozycji zmodyfikowanego globalnego konstytucjonalizmu w postaci idei OGC. Wyżej przedstawione zostały główne założenia i tezy składające się na tę ideę. Przypomnijmy w tym miejscu jedynie, że jej sedno sprowadza się do ujęcia konstytucjonalizmu globalnego nie jako czegoś ustalonego i stałego, czyli substancjalnego, lecz jako procesu – bytu ewoluującego. Czytając książkę Ch. Schwöbel, odnieść można wrażenie, że jest to stosunkowo nowe ujęcie, obecne od niedawna w nauce dzięki między innymi pracom Phillipa Allotta, do których autorka się zresztą odwołuje. Można jednak mieć poważną wątpliwość, czy jest to rzeczywiście nowe ujęcie, ponieważ postrzeganie prawa międzynarodowego w perspektywie procesualistycznie pojmowanego konstytucjonalizmu pozostaje od lat 50. XX wieku charakterystyczne dla New Haven School. Tymczasem w książce Ch. Schwöbel nie ma bodaj jednego odniesienia do prac Myersa McDougala, Harolda Lasswella czy Michela Reismana. To w tym nurcie doktrynalnym konstytucja była postrzegana jako konstytucjonalizacja, czyli jako coś, co się dokonuje i jest na tyle elastyczne, by odpowiadać na oczekiwania uczestników procesu konstytucjonalizacji. Koncepcja „światowego porządku prawnego” rozwijana przez New Haven School przedstawia go jako konglomerat

różnych porządków normatywnych działających na różnych płaszczyznach. Proces podejmowania decyzji przez aktorów działających w obrębie światowego porządku prawnego w celu zabezpieczenia interesów indywidualnych i wspólnotowych oraz mechanizmy służące efektywnej kontroli tego procesu składają się na międzynarodowy konstytucjonalizm, który ze względu na zmieniające się oczekiwania i interesy ma charakter procesualistyczny³. Czy rozwijany przez Ch. Schwöbel w rozdziałach czwartym i piątym pomysł OGC wnosi coś nowego do tej koncepcji? W obu konfiguracjach prawo międzynarodowe publiczne jest tylko jednym z elementów normatywnych porządku globalnego; w obu globalny konstytucjonalizm przedstawiany jest jako proces, a nie byt statyczny. Pewną nowością, na którą Ch. Schwöbel kładzie nacisk, tworzy „negatywny uniwersalizm” jej koncepcji, propagowany przez nią w związku z trudnością ze sformułowaniem pozytywnego normatywnego katalogu zasad globalnego konstytucjonalizmu oraz z dystansem wobec zachodniej liberalnej demokracji jako jedynym wzorcem normatywnym globalnego konstytucjonalizmu.

Czy jednak odrzucenie tego wzorca pozwala wciąż mówić o konstytucyjnym ideale i o konstytucjonalizmie⁴? Wszak konstytucjonalizm jest owocem zachodniej liberalnej demokracji. Czy świadome odcięcie się od ideowego archetypu pozwala mówić o tym samym zjawisku, tj. konstytucjonalizmie? Czy konstytucjonalizm zrywający związek z konstytucyjnym ideałem wciąż pozostaje konstytucjonalizmem? Pytania tego rodzaju można by mnożyć. Oto następne: czy globalny konstytucjonalizm nie jest w gruncie rzeczy pozbawionym znaczenia terminem, jedynie intelektualną modą, a nie nową jakością normatywną? Czy wobec podkreślanego przez Ch. Schwöbel braku normatywnego centrum („negatywny uniwersalizm”) uprawnione jest przedstawianie prawa międzynarodowego w paradygmacie konstytucjonalizmu? Wobec tych wątpliwości lepiej uzasadnione wydaje się ograniczenie do prezentowania rozwoju prawa międzynarodowego jedynie jako procesu jego postępującej uniwersalizacji⁵. Nie ma potrzeby mnożenia bytów ponad potrzebę na przykład w postaci idei konstytucjonalizacji, w sytuacji świadomego odrzucenia stabilnego normatywnego wzorca w prawie międzynarodowym. Optowanie za „negatywnym uniwersalizmem”, czyli polityczno-prawnym globalnym dialogiem, w którym brakuje stabilnego normatywnego punktu odniesienia (jego istnienie, przypomnijmy, Ch. Schwöbel wiąże z zagrożeniem kulturowoprawnym hegemonializmem), wyklucza w gruncie rzeczy konstytucjonalizm. W rzeczywistości autorka opowiada się

³ Zob. np. M.S. McDougal, H.D. Lasswell, *The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order* (w:) M. S. McDougal et al., *Studies in World Public Order*, Yale University Press, New Haven 1960, s. 3 i n.; M. Reisman, *The Constitutional Crisis in the United Nations*, *American Journal of International Law* 1993, t. 87, nr 1.

⁴ We współczesnej doktrynie dotyczącej międzynarodowego konstytucjonalizmu dość często obserwujemy bezpośrednie odwoływanie się do wzorców zachodniej demokracji, głównie podziału władzy i jej kontroli przez prawo, *rule of law* i ochrony praw podstawowych. Zob. np. A.L. Paulus, *The International Legal System as a Constitution* (w:) J.L. Dunoff, J.P. Trachtman (eds.), *op. cit.*, s. 90 i n. i powołowaną tam literaturę.

⁵ Opowiada się za tym np. B. Simma, *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, *EJIL* 2009, t. 20, nr 2, s. 268, 297.

jedynie za konstytucjonalizmem *in nomine*, ponieważ to, co proponuje, pozbawione jest cech substancjalnego konstytucjonalizmu. Dlatego jej propozycja wydaje się arbitralna.

Powyższe uwagi skłaniają do wyrażenia zasadniczej wątpliwości dotyczące potrzeby posługiwania się konstytucyjnym schematem wobec prawa międzynarodowego. Sama autorka recenzowanej książki obszernie rozważa tę wątpliwość w rozdziale trzecim. W konkluzji jednak opowiada się za użytecznością operowania tym paradygmatem wobec prawa międzynarodowego. Jasnego rozstrzygnięcia wymaga jednak kwestia, czy żywotne w ostatnich latach, zwłaszcza w nauce niemieckiej, zagadnienie konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego stanowi nie tyle próbę opisu rzeczywistości prawnej, ile wyraz wiary w pozytywną siłę sprawczą idei konstytucji, która prawu międzynarodowemu nadawałaby wysoki stopień wewnętrznej jedności normatywnej i instytucjonalnej. Częste odniesienia do tej idei wynikają też z potrzeby odrzucenia wyboru między dwiema, niezbyt pożądanymi perspektywami postrzegania prawa międzynarodowego, mianowicie między realizmem (przewaga siły nad prawem w stosunkach międzynarodowych) i hegemonialnym liberalizmem. Paradygmat konstytucjonalizacji niesie, innymi słowy, obietnicę rozciągnięcia nad stosunkami międzynarodowymi rządów prawa i oddalenia politycznych roszczeń i uzurpacji państw. Czy nie jest to jednak uprawianie „myślenia życzeniowego” wobec prawa międzynarodowego? Dowolność w operowaniu ustalonymi terminami wypacza ich znaczenie, ponieważ ich desygnaty tracą swą semantyczną tożsamość. Zachodzi obawa stosowania takiej praktyki wobec pojęcia konstytucji na gruncie prawa międzynarodowego. Jej idea zawsze zakładała istnienie normatywnego rdzenia, który stanowiłby punkt odniesienia do oceny zachowań podmiotów w obrębie danego porządku prawnego. Jeśli kwestionuje się istnienie takiego normatywnego twardego wzorca w prawie międzynarodowym, pozbawia się tym samym możliwości operowania konstytucyjnym schematem wobec niego.

Inna poważna wątpliwość wynika z pytania, czy ten schemat można zasadnie stosować wobec wciąż w dużym stopniu horyzontalnego, a nie wertykalnego porządku prawnego, jakim pozostaje prawo międzynarodowe; porządku, w którym zasadnicze znaczenie i ochronę prawną wciąż mają indywidualne interesy państw. Naturalnie, nie świadczy to o braku jakichkolwiek prawnie chronionych interesów wspólnych w społeczności międzynarodowej. Przeciwnie, takie interesy istnieją i są coraz mocniej artykułowane. Funkcjonują one jednak w perspektywie interesów indywidualnych państw. Wobec takiego porządku prawnego trudno stosować schemat konstytucyjny. Nie ma również w gruncie rzeczy potrzeby operowania nim. Prawo międzynarodowe w celu postrzegania go jako porządku i systemu prawnego nie musi być włączane w konstytucyjny gorset. W tym między innymi wyraża się jego autonomia wobec prawa krajowego.

SUMMARY

IS THERE A NEED FOR GLOBAL CONSTITUTIONALISM?

The review article is a polemic against the book by Christine Schwöbel *Global Constitutionalism in International Legal Perspective* (2011). Schwöbel argues in favour of global constitutionalism. She recognizes it as desirable perspective for solving world problems, although she emphasizes the importance of so-called 'negative universalism' because of difficulties in formulating positive normative principles of global constitutionalism. Contrary to Schwöbel the author maintains that there is no need for global constitutionalism in international legal perspective because it denies the autonomous character of international law and its normative independence from national law. An independent approach to international law allows for seeing it as a legal order that is not so much primitive, as simply different from national constitutional patterns. Perhaps this autonomy of international law is a greater value than striving for its constitutional interpretation that makes this law rather artificially similar to the national constitutional ideal.