

Tomasz Widłak*

**PERSPEKTYWY
SĄDOWEJ KONTROLI KONSTITUCYJNEJ
W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM**

I. Wprowadzenie

Na przestrzeni ostatniej dekady w europejskiej filozofii i doktrynie prawa międzynarodowego dynamicznie rozwija się debata na temat globalnego konstytucjonalizmu. Zainspirowana nową falą demokratyzacji i rozkwitu narodowych konstytucjonalizmów w latach 90. XX w., a następnie podjętym w pierwszych latach XXI w. politycznym wysiłkiem stworzenia konstytucji dla Europy, szybko przekształciła się w dyskusję o konstytucjonalizacji w wymiarze globalnym, a co za tym idzie, o możliwości istnienia konstytucjonalizmu na wszystkich poziomach funkcjonowania prawa. Debata ta, zważywszy że odwołuje się do ugruntowanej w teorii prawa idei, okazała się być przy tym niezwykle zróżnicowana. Niektórzy uczeni pod hasłem konstytucjonalizmu globalnego rozumieją jedynie dyskurs czysto normatywny lub też rozważania w sferze wyłącznie *de lege ferenda*, inni z kolei uważają, że można analizować globalny konstytucjonalizm deskryptywnie *de lege lata*, a wręcz mówić o konkretnej konstytucji międzynarodowej w sensie formalnym pod postacią Karty Narodów Zjednoczonych. Podsumowanie wielonurtowości poglądów na temat konstytucjonalizmu globalnego nie jest więc łatwe¹. Dla przykładu, Ch. Schwöbel²

* Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Filozofii i Teorii Państwa i Prawa, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

¹ Szerzej na ten temat piszę w innych miejscach, zob.: T. Widłak, *Wspólnota międzynarodowa*, Gdańsk 2012, s. 347–377; T. Widłak, *O konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego – ku konstytucji społeczności międzynarodowej?*, [w:] J. Zajadło (red.), *Dziedzictwo i przyszłość – problemy współczesnej niemieckiej filozofii prawa, Współczesna niemiecka filozofia prawa t. III*, Gdańsk 2010, s. 205–240; T. Widłak, *Konstytucjonalizacja prawa międzynarodowego jako narzędzie hermeneutyczne*, [w:] A. Samonek (red.), *Teoria prawa między nowoczesnością a ponowoczesnością*, Kraków 2012, s. 205–212.

² Ch. E. J. Schwöbel, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden – Boston 2011.

proponuje systematykę debaty poprzez wyodrębnienie czterech jej wymiarów: (1) konstytucjonalizmu społecznego (*social constitutionalism*) – presuponującego istnienie społecznej rzeczywistości międzynarodowej i kojarzącego pojęcie konstytucyjnego porządku prawnego z istnieniem wspólnoty międzynarodowej, (2) konstytucjonalizmu instytucjonalnego (*institutional constitutionalism*), skupiającego się na legitymizacji władzy na poziomie międzynarodowym poprzez instytucje, (3) konstytucjonalizmu normatywnego (*normative constitutionalism*), upatrującego źródła globalnej konstytucjonalizacji w aksjologii porządku międzynarodowego lub w pewnych szczególnych normach-zasadach, tworzących zręby normatywnej hierarchii, (4) konstytucjonalizmu analogicznego (*analogical constitutionalism*) stanowiącego swego rodzaju komparatystyczne podejście, rysujące analogie i różnice pomiędzy konstytucjonalizmami narodowymi lub regionalnymi a globalnym.

Bez względu jednak na różnicowanie w rozłożeniu akcentów, większość poglądów na temat ontologii globalnego konstytucjonalizmu zmierza w kierunku konstatacji, że nie istnieje on obecnie jako obiektywna normatywna rzeczywistość, a jedynie jako debata, czy też „naukowy artefakt”. Główna wartość płynąca z coraz intensywniejszej dyskusji na temat konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego, sprowadza się przede wszystkim do twórczego *momentum*, jakie wnosi ona do szerszej debaty na temat zmiany paradygmatu prawa w przestrzeni postnarodowej, w zglobalizowanym świecie. Istotnym elementem jest zatem niedookreśloność i heterogeniczność znaczeń, w jakich pojawiają się pojęcia konstytucji i konstytucjonalizacji, ponieważ są one źródłem dyskursywnej siły idei konstytucjonalizmu globalnego. W doktrynie daje się jednakże zauważyć nowy trend stopniowego przechodzenia od dyskursu czysto akademickiego na temat konstytucjonalizacji i jej perspektyw w prawie międzynarodowym, do dyskursu zarówno praktycznego jak i teoretycznego w przedmiocie potencjalnej roli, jaką mogłyby odegrać trybunały międzynarodowe jako sądy konstytucyjne. To szczególnie zagadnienie jest w istocie próbą rozważenia implikacji jakie niesie ze sobą globalny konstytucjonalizm dla wymiaru praktyki orzeczniczej w prawie międzynarodowym. Poniższa analiza skupia się na podstawowych cechach sądowej kontroli konstytucyjności oraz wybranych, jak wydaje się najistotniejszych problemach, jakie może napotkać wdrożenie tej idei na gruncie prawa międzynarodowego. W części końcowej zwrócono uwagę na podstawową wartość refleksyjności, jaką wnosi do rozwoju prawa międzynarodowego sama idea sądownictwa konstytucyjnego.

2. Kontrola konstytucyjna dokonywana przez judykaturę

Kontrola (ocena) konstytucyjności prawa wykonywana przez judykaturę jest zagadnieniem ściśle związanym z ideą konstytucjonalizmu³. Pojawiła się ona stosunkowo późno w historii konstytucjonalizmu, kształtując się w Europie już od

³ A. Szmyt, *Kontrola konstytucyjności prawa*, [w:] A. Szmyt (red.), *Leksykon prawa konstytucyjnego. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2010, s. 208.

XVII wieku⁴. Można postawić tezę, że bez kontroli konstytucyjności idea konstytucjonalizmu, rozumiana w szerokim ujęciu materialnym jako ideologia budowana wokół zasady rządów prawa (*rule of law*)⁵, w zasadzie nie mogłaby spodziewać się choćby częściowej praktycznej realizacji. W każdym bowiem systemie prawa, w którym to obecne są zręby hierarchii norm, bądź też – posługując się terminologią H.L.A. Harta – istnieje system reguł pierwotnych i wtórnych, konieczne jest zapewnienie sądowej kontroli prawidłowego funkcjonowania relacji pomiędzy tymi grupami norm. W przeciwnym bowiem wypadku może się okazać, że bez względu na formę i stopień instytucjonalizacji systemu mamy do czynienia raczej z rządami konkretnych ludzi niż praw. Nie inaczej rzecz się ma w prawie międzynarodowym⁶. Nieprzypadkowo argument na rzecz immanentnego powiązania kontroli konstytucyjności z wymogami rządów prawa bardzo dobrze rezonuje z klasycznym fundamentalnym postulatem kultury prawnej *common law*, który głosi, iż zasadniczo nie może być mowy o żadnych materialnych prawach podmiotowych bez odpowiadających im adiudykacyjnych środków procesowych (*ubi remedium ibi ius*)⁷.

Podstawowym problemem teoretyczno- i filozoficznoprawnym w odniesieniu do kontroli konstytucyjności dokonywanej w każdym systemie prawnym przez sędziów zawodowych, jest naturalnie argument z legitymizacji. W Stanach Zjednoczonych, ojczyźnie idei *constitutional review*, problem ten być może nie jest tak wyrazisty ze względu na wybieralność sędziów i zdecentralizowany charakter kontroli konstytucyjnej. Jednakże mimo tego, to właśnie w stosunku do systemu prawnego Stanów Zjednoczonych E. Lambert już w 1921 r. użył w pejoratywnym kontekście określenia „rządy sędziów” (*le gouvernement des juges*), przestrzegając swoich rodaków przed zagrożeniami związanymi z recepcją amerykańskiego modelu kontroli konstytucyjnej⁸. Zasadnicza istota problemu pozostaje zatem tożsama we wszystkich systemach

⁴ P. Uziębło, *Konstytucjonalizm*, [w:] J. Zajadło (red.), *Leksykon teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2007, s. 152; częstym punktem odniesienia w historii idei sądowej kontroli konstytucyjnej jest wydanie przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w 1803 r. fundamentalnego orzeczenia, ustanawiającego prawo kontroli konstytucyjnej w sprawie *Marbury v. Madison*.

⁵ Zob. *Ibidem*, s. 153; autor co prawda odnosi się do kontynentalnego pojęcia państwa prawa, jednakże w tym kontekście za jego odpowiednik – zarówno w wersji konstytucjonalizmu rozwijającego się w kulturze *common law*, jak też w przypadku prawa międzynarodowego – uznać można pojęcie rządów prawa (*rule of law*).

⁶ Pomijam w tym miejscu niechęć klasycznego austinowskiego pozytywizmu prawniczego do uznania jurydycznej natury prawa międzynarodowego i postawionego na nowo przez H.L.A. Harta pytania, czy prawo międzynarodowe jest naprawdę prawem (H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 287). Dzisiaj, normatywny charakter prawa międzynarodowego wydaje się nie budzić już takich wątpliwości. Szerzej na ten temat T. Widłak, *Wspólnota...*, s. 334–343.

⁷ Zob. R. Wacks, *Law: A Very Short Introduction*, New York 2008, s. 13–14; zob. także na temat odwrotnej zasady *ubi ius ibi remedium* dominującej w kulturze prawnej prawa stanowionego: J. Zajadło, *Teoria i filozofia prawa*, [w:] J. Zajadło (red.), *Łacińska terminologia prawnicza*, Warszawa 2009, s. 56.

⁸ E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paryż 1921; zob. także D. Vanheule, *Comparative constitutional law: deel I*, Antwerpen 2005, s. 34.

prawnych ukształtowanych pod wpływem teorii demokratycznej oraz idei podziału władz: istnieje rozdział pomiędzy ustanowionym już prawem i kryteriami legalności a polityką legitymizowaną przez demokratyczne mechanizmy podejmowania decyzji. Sędzia nie powinien zastępować polityka – żadne wąskie grono uczonych jurystów nie jest bowiem bardziej reprezentatywne, a w konsekwencji lepiej predysponowane do podejmowania w istocie politycznych decyzji, co do eliminowania z obrotu prawnego aktów demokratycznie wybranej legislatury niż kolegium np. rzeźników, czy też krawców. Z drugiej jednak strony, to właśnie sama idea konstytucjonalizmu wymaga, aby zapewnić gwarancje ochrony praw mniejszości przed quasi-demokratyczną niekonstytucyjną tyranią większości. Najlepszym zaś do tego narzędziem wydaje się być z natury rzeczy ograniczony racjonalnymi ramami danej kultury konstytucyjnej, dyskurs prawniczy toczony przez profesjonalny sąd. Zwolennicy tego rozwiązania przekonują, że niezależna pozycja sądów oraz najwyższe kwalifikacje prawnicze sędziów świetnie predysponują właśnie te instytucje do pełnienia roli „strażników konstytucji” i umożliwiają im argumentacyjne wydobycie wartości najgłębiej tkwiących w konstytucji i ich ochronę przed zawirowaniami politycznymi⁹. Napotyka ono jednak na szereg problemów, zwłaszcza w europejskim scentralizowanym modelu, gdzie sądy konstytucyjne podejmują się kontroli abstrakcyjnej, zasadniczo obcej praktyce indywidualnie-konkretnego procesu stosowania prawa. Stąd też, debata na temat kontroli konstytucyjnej w znacznej mierze krąży wokół podejmowania wysiłków na rzecz znalezienia równowagi, czy też pewnej *via media* między dwoma skrajnościami: koncentracją w rękach sędziów konstytucyjnych, zbyt dużej władzy politycznej a całkowitym powierzeniem kontroli nad tworzeniem prawa władzy ustawodawczej lub wykonawczej, a tym samym, rezygnacją z efektywnej kontroli jakości prawa przez merytorycznie najlepiej do tego przygotowane gremia.

Problem ten w dwójnasób dotyczy prawa międzynarodowego. Związki i zależności pomiędzy prawem a polityką są bowiem w stosunkach międzynarodowych dużo bardziej złożone i ściślejsze niż w wypadku większości dojrzałych wewnętrznych państwowych systemów demokratycznych. Jak zauważa M.N. Shaw, na gruncie prawa międzynarodowego „polityka sytuuje się znacznie bliżej centralnego punktu systemu, niż ma to miejsce w ramach krajowych porządków prawnych, a jej siła oddziaływania jest zdecydowanie bardziej widoczna”¹⁰. Międzynarodowe normy polityczne uznawane są w literaturze za system normatywny współkształtujący m.in. wraz z prawem normatywną rzeczywistość międzynarodową¹¹. Niejednokrotnie dochodzi też do spektakularnych kolizji między prawem międzynarodowym a polityką, przy czym często przywoływanym przykładem jest chociażby szeroko omawiana już w literaturze antynomia legalizm – legitymizacja, która ujawniła się w kontekście

⁹ E. de Wet, *Judicial Review as an Emerging General Principle of Law and Its Implications for the International Court of Justice*, *Netherlands International Law Review* 2000, t. 47, s. 204.

¹⁰ M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, wyd. II, Warszawa 2006, s. 33.

¹¹ Zob. np. J. Gilas, *Systemy normatywne w stosunkach międzynarodowych*, Warszawa-Poznań-Toruń 1981.

problemu humanitarnej interwencji NATO w Kosowie¹². Oba systemy normatywne tak ściśle przenikają się nawzajem w bieżącym funkcjonowaniu choćby takich instytucji jak Rada Bezpieczeństwa ONZ, że niezwykle trudno jest utrzymać teoretyczny rozdział pomiędzy „królestwem prawa” a „królestwem polityki” nawet w praktyce dyskursywno-argumentacyjnej. Dotyczy to jednak nie tylko poszczególnych aktorów prawa międzynarodowego, ale również międzynarodowych trybunałów. Jeśli do powyższego dodamy fakt obecności w systemie mocarstw i innych ważnych grup interesu oraz ośrodków politycznych jako potężnych aktorów-stron ewentualnych postępowań, a także zasadniczy brak rozdziału władzy w stosunkach międzynarodowych (a w istocie wątpliwość w ogóle co do istnienia weberowskiego typu „władzy” międzynarodowej, której dany trybunał miałby być częścią), perspektywa kontroli konstytucyjnej prawa międzynarodowego rysuje się jako wyraźnie obciążona jeszcze większymi trudnościami niż w przypadku klasycznego krajowego modelu *judicial review*. Jednakże warto w tym kontekście zwrócić także uwagę na stanowisko H. Kelsena, który twierdził, że każdy konflikt czy to pomiędzy jednostkami, czy też pomiędzy państwami jest w istocie rzeczą konfliktem ekonomicznym lub politycznym, co przecież nie pozbawia go prawnego charakteru. A zatem fakt, że co najmniej jedna ze stron powołuje się na argumenty o charakterze politycznym, nie powinno stanowić przeszkody dla rozpoznania danego sporu przez profesjonalny trybunał¹³.

3. Uzasadnienia dla kontroli konstytucyjnej w prawie międzynarodowym

Prawo międzynarodowe nie ma z pewnością na razie swojego orzeczniczego odpowiednika na miarę sprawy *Marbury vs Madison*¹⁴. Jednakże można zaobserwować w ostatnich dekadach powolne przesuwanie się punktu ciężkości aktywności judykacyjnej trybunałów międzynarodowych z funkcji jedynie arbitrażowo-mediacyjnej w sporach pomiędzy państwami ku typowej władczej roli adjudykacyjnej, wykonywanej także w formach właściwych dla krajowego orzecznictwa konstytucyjnego¹⁵. W literaturze bazującej na wynikach badań prawnoporównawczych zróżnicowania odmian i typów wykonywania kontroli sądowej lub konstytucyjnej aktów legislatywy i egzekutywy zauważono już, że *judicial review* jest instytucją, która może funkcjonować w warunkach braku formalnej doktryny supremacji judykatury, a nawet przy założeniu braku uprawnień po stronie sądów do pozbawiania rewidowanych aktów mocy obowiązującej (tj. kontrola o charakterze deklaratoryjnym), czy możliwości nadania skutkom orzeczeń kontrolnych charakteru *erga omnes*¹⁶. Właśnie spojrzenie

¹² Zob. T. Wiđlak, *Legalność i legitymizacja*, [w:] J. Zajadło, K. Zeidler (red.), *Filozofia prawa w pytaniach i odpowiedziach*, Warszawa 2013, s. 420–427; J. Zajadło, *Dylematy humanitarnej interwencji. Historia – etyka – polityka – prawo*, Gdańsk 2005, s. 14–15 i *passim*.

¹³ T. Broude, *The Constitutional Function of Contemporary International Tribunals, or Kelsen's Visions Vindicated*, *Goettingen Journal of International Law* 2012, t. 4, nr 2, s. 524–525.

¹⁴ J. Crawford, *Marbury v. Madison at the International Level*, *George Washington International Law Review* 2004, nr 36, s. 505–514.

¹⁵ Zob. T. Broude, *op. cit.*, s. 519–549.

¹⁶ E. de Wet, *op. cit.*, s. 207.

prawnoporównawcze daje asumpt do wyprowadzenia wniosku, że ogromna elastyczność różnych modeli kontroli konstytucyjności jaka istnieje w rozmaitych porządkach prawnych – także ponadpaństwowych (UE) – pozwala śmiało myśleć o możliwościach jej wdrożenia także na poziomie globalnym lub choćby w systemie ONZ.

Naturalnie kontrola sądowa instrumentów międzynarodowych z wymogami konstytucyjnymi prawa międzynarodowego nie jest li tylko projektem czysto normatywnym, ale w zasadzie kształtującym się standardem, którego przejawów można dopatrzeć się w licznych, głośnych orzeczeniach MTSu nawet sprzed kilku dekad¹⁷. Należą do nich przede wszystkim: opinia doradcza w sprawie pewnych wydatków Narodów Zjednoczonych (1962)¹⁸, opinia w sprawie Komitetu Bezpieczeństwa Morskiego Międzyrządowej Konsultacyjnej Organizacji Morskiej (IMCO) z 1960 r.¹⁹, a także opinia w sprawie legalności użycia przez państwo broni nuklearnej w konflikcie zbrojnym (1996)²⁰. Wszystkie wymienione orzeczenia dotyczą w zasadzie konstrukcji doktryny działań *ultra vires*, organizacji międzynarodowych w zakresie legalności ich aktów z perspektywy konstytuujących je traktatów prawa międzynarodowego. Trybunał sformułował tę regułę być może najdobitniej w sprawie pewnych wydatków (1962), gdy zauważył, że: „kiedy Organizacja (Narodów Zjednoczonych – przyp. T.W.) podejmuje działania, które uzasadniają twierdzenie, iż były one wymagane dla wypełnienia jednego z zapisanych celów Narodów Zjednoczonych, istnieje domniemanie, że działania te nie pozostają poza kompetencjami (*ultra vires*) Organizacji”²¹. Orzeczenia o charakterze konstytucyjnym nie ograniczają się jednak wyłącznie do decyzji, dotyczących działania organów międzynarodowych w zakresie swoich kompetencji, lecz także dotyczą zakresu tychże kompetencji i szerzej – charakteru zdolności prawnej działań podejmowanych przez organizacje międzynarodowe. Najbardziej znanym orzeczeniem tego typu jest opinia doradcza MTS w sprawie odszkodowania za szkody poniesione w służbie Narodów Zjednoczonych (1949)²². W orzeczeniu tym Trybunał ustanowił doktrynę dorozumianych kompetencji organizacji międzynarodowych (w tym wypadku ONZ), stosując wykładnię teleologiczną z zasad i celów ONZ, uważaną za „konstytucyjny” sposób dokonywania interpretacji²³. Jednakże jak często wskazuje się w literaturze prawa międzyna-

¹⁷ Zob. J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge-New York 2006, s. 237–243.

¹⁸ Opinia doradcza MTS w sprawie *Certain Expenses of the United Nations*, ICJ Reports 1962.

¹⁹ Opinia doradcza MTS w sprawie *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Intergovernmental Maritime Consultative Organisation*, ICJ Reports 1960.

²⁰ Opinia doradcza MTS w sprawie *Legality of the use by a state of nuclear weapons in armed conflict*, ICJ Reports 1996.

²¹ Opinia doradcza MTS w sprawie *Certain...*, *op. cit.*, s. 168.

²² Opinia doradcza MTS w sprawie *The Reparation for Injuries Sustained in the Service of the United Nations*, ICJ Rep. 1949; D. J. Bederman, *The Reparation for Injuries Case: The Law of Nations is Transformed into International Law*, [w:] J. E. Noyes, L.A. Dickinson, M.W. Janis (red.), *International Law Stories*, New York 2007, s. 324–329.

²³ *Ibidem*, s. 327; por. także: Opinia doradcza MTS w sprawie *legalności użycia broni jądrowej*, (*Legality of the use...*, *op. cit.*), s. 66 i n., § 25, [w:] B. Wierzbicki (red.), *Prawo międzynarodowe*.

rodowego publicznego, doktryna dorozumianych kompetencji pozwala potencjalnie na zbyt daleką i oderwaną od tekstualnego brzmienia traktatów interpretację celów i zadań organizacji międzynarodowych, co zwłaszcza dotyczy ONZ oraz Karty NZ. Najwłaściwszym sposobem kontroli i zapobiegania nadinterpretacji w tym zakresie, dokonywanej przez same organy organizacji międzynarodowych co do ich własnych statutów, jest właśnie kontrola sądowa prowadzona przez trybunały, a zwłaszcza przez MTS. Wraz z trwałym zakorzenieniem się doktryny dorozumianych kompetencji w międzynarodowym prawie instytucjonalnym, konieczna wydaje się ich autorytatywna delimitacja przez trybunał w przypadkach budzących wątpliwości. Powyższy, najstarszy i podstawowy nurt orzecznictwa „konstytucyjnego” MTSu jest nakierowany na ochronę praw państw jako podstawowych członków społeczności międzynarodowej. Jednakże należą do niej też jednostki (osoby fizyczne), które w przeciwieństwie do państw nie posiadają na poziomie ponadnarodowym *de facto* żadnych innych możliwości ochrony swoich praw (zwłaszcza praw człowieka) niż za pośrednictwem organów sądowych i quasi-sądowych.

W związku z tym, najczęściej podnoszonym w ostatnich latach argumentem dla dalszego rozwijania kontroli sądowej aktów normatywnych w prawie międzynarodowym i dalszego wzmocnienia w tym zakresie roli trybunałów międzynarodowych jest wzrastający wpływ, jaki organy organizacji międzynarodowych wywierają na prawa i obowiązki konkretnych jednostek. Chodzi tutaj o tzw. *direct effect* niektórych instrumentów prawa międzynarodowego o charakterze administracyjno-wykonawczym. W ostatnich dwóch dekadach decyzje rosnących na znaczeniu instytucji *global governance* coraz częściej wchodzą w potencjalną kolizję z prawami człowieka. Dotyczy to w szczególności najpotężniejszego organu międzynarodowego o ważkich kompetencjach w zakresie kształtowania szeroko pojmowanego bezpieczeństwa międzynarodowego, jakim jest Rada Bezpieczeństwa NZ. W tym kontekście, głośnym echem w doktrynie i filozofii prawa międzynarodowego odbiła się w ostatnich latach m.in. sprawa Yassina Kadiego²⁴ – Saudyjczyka umieszczonego przez ONZ-owski komitet na liście osób podejrzanych o terroryzm na mocy rezolucji Rady Bezpieczeństwa nr 1267 (1999). Konsekwencją tego kroku było przyjęcie przez Radę Ministrów UE (WE) rozporządzeń 467/01 z 6 marca 2001 r., a następnie 881/02 z 27 maja 2002 r., wdrażających w ramach wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa m.in. wymienioną wyżej rezolucję

Materiały do studiów, Białystok 2008 s. 182: „Organizacje międzynarodowe są podmiotami prawa międzynarodowego, które – inaczej niż państwa – nie posiadają kompetencji ogólnej. Organizacje międzynarodowe podlegają ‘zasadzie specjalizacji’, to znaczy są wyposażone przez tworzące je państwa w kompetencje, których granice wyznacza funkcja wspólnych interesów powierzonych im przez państwa. (...) Kompetencje przyznane organizacjom międzynarodowym są zazwyczaj przedmiotem wyraźnej regulacji w ich instrumentach konstytucyjnych. Pomimo to, potrzeby życia międzynarodowego mogą wskazywać na konieczność posiadania przez organizacje pomocniczych kompetencji, nieprzewidzianych wyraźnie w podstawowych instrumentach rządzących ich działalnością. Jest powszechnie akceptowane, że organizacje międzynarodowe mogą wykonywać takie kompetencje, znane jako kompetencje dorozumiane”.

²⁴ Sprawa *Yassin Abdullah Kadi & Al. Barakaat International Foundation v. Rada UE & Komisja Europejska*, połączone sprawy nr C-402/05 P oraz C-415/05 P, ECR I-6351 (ETS).

1267. Skutkiem tych aktów było zamrożenie aktywów majątkowych, należących do Yassina Kadiego, znajdujących się na terytorium UE. W odpowiedzi na te działania Kadi zarzucił organom UE naruszenie jego podstawowych praw do ochrony własności, bezstronnego procesu sądowego oraz skorzystania ze środków odwoławczych, a spór znalazł swój finał w dwóch przeciwnych orzeczeniach, wydanych kolejno przez Sąd Pierwszej Instancji, a następnie przez Trybunał Sprawiedliwości UE (TSUE). Pierwsze gremium stało się autorem zaskakującej i daleko idącej decyzji, w której, opowiadając się za unitarystyczną wizją globalnego porządku prawnego, stwierdzono, że ze względu na treść art. 103 KNZ zobowiązania podmiotów prawa międzynarodowego z tytułu Karty przeważają nad zobowiązaniami z tytułu innych norm (w tym prawa unijnego oraz EKPCz). Mimo tego Sąd Pierwszej Instancji, powołując się na doktrynę norm *ius cogens*, uznał swoją jurysdykcję w zakresie kontroli zgodności przedmiotowych rozporządzeń, a zatem pośrednio także rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ, z normami peremptoryjnymi prawa międzynarodowego publicznego. Ostatecznie nie stwierdzono niezgodności badanych aktów z normami *ius cogens*, co zaowocowało orzeczeniem niekorzystnym dla Yassina Kadiego. Sprawę przejął następnie TSUE, który oparł swoją analizę na założeniu, że to nie powszechne prawo międzynarodowe, ale raczej prawo UE stanowi kompletny i autonomiczny system prawny o konstytucyjnym charakterze. Reżim prawa UE ma, według rozumowania TSUE, charakter autonomiczny względem prawa międzynarodowego publicznego i narzucanych mu przez nie zobowiązań poszczególnych państw członkowskich UE. W związku z tym, przedmiotowe rozporządzenia, a co za tym idzie pośrednio rezolucje Rady Bezpieczeństwa, podlegają kontroli pod kątem zgodności z konstytucyjnymi zasadami prawa unijnego, do których naturalnie należy zaliczyć gwarancje dotyczące podstawowych praw jednostki²⁵. Skutkiem było oczywiście pożądanе przez wielu komentatorów rozstrzygnięcie korzystne dla Yassina Kadiego. Dalece ważniejsze jednak są poglądy zaprezentowane przez oba unijne sądy. Z jednej strony wadą rozumowania przyjętego przez Sąd Pierwszej Instancji jest oczywiście jego rezultat w postaci przyznania hierarchicznego prymatu krytykowanym działaniom Rady Bezpieczeństwa ONZ, niemal intuicyjnie godzącym w europejską kulturę praw człowieka i oparte na niej fundamenty unijnego porządku prawnego. Z drugiej strony, orzeczenie to jest znakomitym przykładem konstytucyjnego myślenia o prawie międzynarodowym jako całościowym systemie, a zarazem próbą umiejscowienia w tym kontekście prawa UE jako zintegrowanego z nim subsystemu. Z kolei wyrok TSUE, mimo że generuje zasadniczo słuszny i pożądaný efekt z punktu widzenia tej konkretnej sprawy, może nieco rozczarowywać swym konserwatyzmem i partykularyzmem, polegającym na dalszym impregnowaniu prawa unijnego jako zamkniętego reżimu i powrocie do dualistycznej tezy o daleko idącej niezależności czy wręcz samoistności prawa UE względem powszechnego prawa międzynarodowego.

²⁵ Por. J.L. Cohen, *Constitutionalism beyond the State: Myth or Necessity? (A Pluralist Approach)*, *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism and Development* 2011, vol. 2, nr 1, s. 138–141; J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford (etc.) 2009, s. 1–3.

Bez wątpienia żaden sąd unijny nie jest *de lege* właściwym forum dla dokonywania konstytucyjnej kontroli zgodności Rezolucji Rady Bezpieczeństwa z prawem praw człowieka lub innymi normami. Kontrola taka, mimo że w sprawie *Kadi* dotyczyła formalnie aktów prawa UE, wdrażających rezolucję Rady Bezpieczeństwa, a nie samej rezolucji, została jednak *de facto* dokonana na zasadzie swoistego refleksu prawnego. Co jednak ciekawsze, orzeczenie w sprawie *Kadi* odniosło skutek nie tylko w unijnym porządku prawnym, lecz także po stronie ONZ. Rada Bezpieczeństwa zreformowała system umieszczania jednostek na listach osób wspierających terroryzm lub tych, których aktywa mają być zamrożone poprzez wprowadzenie, a następnie w 2011 r. wzmocnienie pozycji osoby specjalnego Ombudsmana, który może rekomendować skreślenie osoby z listy, przy czym jego opinia może być odrzucona jedynie przez konsensus w ramach specjalnego Komitetu ds. Sankcji albo przez kwalifikowaną większość w samej Radzie Bezpieczeństwa²⁶. Jest to znakomity przykład wzajemnego oddziaływania na zasadzie autorytetu trybunałów międzynarodowych i organów pochodzących z różnych reżimów, nie powiązanych ze sobą jednoznacznymi relacjami prawnymi, a pozostających ze sobą raczej w układzie heterarchicznym. Może to przemawiać za potwierdzeniem tezy, iż koncepcja sądowej kontroli konstytucyjnej może funkcjonować bardzo elastycznie na poziomie ponadnarodowym, nie tracąc jednak swojej efektywności i skuteczności.

4. Policentryzm i inne problemy *constitutional review* w przestrzeni ponadnarodowej

Powyższe formy funkcjonowania pewnej *sui generis* postaci rewizji konstytucyjności aktów prawnych w prawie międzynarodowym nie wyjaśniają jednak wszelkich wątpliwości, mogących pojawić się w związku z próbą przeniesienia tej koncepcji na grunt prawa międzynarodowego. Po pierwsze, z powyższego wynika, że w dającej określić się perspektywie czasu raczej będziemy mówić o pluralizmie różnych systemów konstytucyjnych, funkcjonujących w ramach najlepiej rozwiniętych reżimów prawa międzynarodowego. W literaturze podniesiono, że za względnie ukształtowane systemy konstytucyjne, posiadające swój trybunał sprawujący efektywną kontrolę przestrzegania gwarancji i standardów o charakterze „konstytucyjnym”, można uznać Unię Europejską, Radę Europy w zakresie systemu ochrony praw człowieka Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz

²⁶ J. Kokott, Ch. Sobotta, *The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?*, *The European Journal of International Law* 2012, t. 23, nr 4, s. 1020–1022. Warto jednakże w tym miejscu zauważyć, że w swoim ostatnim orzeczeniu z dn. 18.07.2013 r. (orzeczenie z dn. 18.07.2013 r. w połączonych sprawach C-584/10 P, C-593/10 P i C-595/10 P, dostępne on-line: <http://goo.gl/H0oNcg>, 7.08.2013 r.) Trybunał uznał środki proceduralne wprowadzone przez ONZ w tym zakresie za niewystarczające. Trybunał stwierdził, że reforma procedur przed Komitetem ds. Sankcji nie zapewniła osobom, które znalazły się na listach Rady Bezpieczeństwa ONZ „efektywnej sądowej ochrony“ (par. 133).

Trybunału Strasburskiego, a także Światową Organizację Handlu (WTO)²⁷. Wskazuje się także na nowe reżimy, kształtujące się wokół istniejących w przeszłości lub obecnie trybunałów takie jak: międzynarodowe prawo karne, które jest kształtowane przez orzecznictwo co najmniej kilku ważnych, formalnie od siebie niezależnych ośrodków; takich jak Międzynarodowy Trybunał Karny do spraw byłej Jugosławii (ICTY) czy Międzynarodowy Trybunał Karny (ICC). W końcu istnieją reżimy takie jak międzynarodowe prawo morza, w którym można wyraźnie wskazać na podstawowy akt prawny o charakterze konstytucyjnym (Międzynarodowa Konwencja o Prawie Morza z Montego Bay) oraz przypisany jej ochronie organ adjudykacyjny (Międzynarodowy Trybunał Prawa Morza – ITLOS). Organy sądowe tych reżimów są na ogół bardzo dobrze umocowane do pełnienia roli trybunałów konstytucyjnych – nie tylko mają silną pozycję w ramach systemu, ale także jasno zarysowane szerokie zadania adjudykacyjne, a skutki prawne ich orzeczeń są na ogół dość precyzyjnie określone. Oczywiście rola ogólnych trybunałów, w tym zwłaszcza MTSu, jest szczególna i w sposób naturalny predysponuje te organy do pewnej precedencji orzeczniczej, jednak wiadomo, że formalnie daleko prawu międzynarodowemu do uznania hierarchicznej supremacji trybunału ONZ-owskiego i umocowania go jako rzeczywistego Sądu Światowego (z możliwymi uprawnieniami instancji odwoławczej)²⁸. Na tym tle pojawiają się oczywiście wątpliwości, co do skuteczności tak zdecentralizowanej kontroli konstytucyjnej, która w warunkach systemów krajowych (np. USA) funkcjonuje jednak mimo wszystko przy założeniu hierarchicznego układu sądownictwa, co czyni jedno gremium (Sąd Najwyższy) decydującym autorytetem w zakresie interpretacji konstytucyjnej. Ostateczna odpowiedź na te wątpliwości nie jest jednak możliwa bez określenia docelowego charakteru modelu konstytucjonalizującego się międzynarodowego porządku prawnego. W obecnej rzeczywistości należy raczej mówić o pluralizmie różnych mini-konstytucjonalizmów, a w konsekwencji o istnieniu co najmniej kilku systemów kontroli konstytucyjnej w ramach reżimów szczegółowych, z których najdonioślejsze znaczenia ma rola MTSu jako sądu konstytucyjnego ONZ²⁹.

²⁷ Zob. A. Stone Sweet, *Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2009, t. 16, nr 2, s. 639–642.

²⁸ Nie jest zresztą całkiem pewne, czy taka sytuacja jest pożądana, a z pewnością byłaby obca tradycji i logice funkcjonowania systemu prawa międzynarodowego. W literaturze ostatnich dwóch dekad, dostrzegającej zjawisko proliferacji sądownictwa międzynarodowego i fragmentacji na skutek umacniania się odrębnych reżimów prawa międzynarodowego, podkreśla się wyraźnie problem ewentualnych rozbieżności, a nawet sprzeczności orzeczniczych w systemie, w którym kompetencje trybunałów mogą się niestety pokrywać. Jak wskazuje się jednak w nowszej literaturze, problem ten może być zbyt wyolbrzymiony, a trybunały międzynarodowe starają się w ramach swoich możliwości nie doprowadzać do tego typu sprzeczności, choćby poprzez wdrażanie w swojej praktyce takich ogólnych zasad prawa jak *res iudicata* czy *lis pendens*.

²⁹ Takie spojrzenie pozwala niektórym autorom mówić raczej nie o konstytucjonalizacji i *constitutional review*, ale raczej o międzynarodowym prawie administracyjnym i kontroli sądowej wykonywanej przez trybunały nad administracyjnymi aktami indywidualnymi (np. rezolucje organów ONZ) organów organizacji międzynarodowych, a zatem o nieco szerszym pojęciu *judicial review*.

Poza szeregiem innych szczegółowych pytań i wątpliwości dotyczących m.in. takich kwestii jak model kontroli konstytucyjnej, zależność pomiędzy trybunałami i zakresem ich kompetencji, kryteria wyboru sędziów, zakres podmiotów posiadających legitymację czynną do przedkładania spraw trybunałowi, skutki *de iure* orzeczeń o „niekonstytucyjności” poszczególnych aktów, zależności pomiędzy międzynarodowym prawem konstytucyjnym a narodowymi konstytucjonalizmami i sądami konstytucyjnymi etc., dwie zasadnicze kwestie jawią się z perspektywy filozofii prawa jako fundamentalne dla odpowiedzi na pytanie, czy dokonywanie kontroli konstytucyjnej na poziomie globalnym jest celowe i uzasadnione. Po pierwsze, należy określić co miało by być przedmiotem rewizji, a więc co jest normatywną materią, o której legalności międzynarodowy trybunał konstytucyjny miałby decydować. Jest to pytanie, które z perspektywy narodowych porządków prawnych i względnie okrzepłych już krajowych systemów kontroli konstytucyjnej jest niejako oczywiste. Jednakże w kontekście prawa międzynarodowego, co do którego systemowości i innych atrybutów *prima facie* przypisywanych wewnątrzpaństwowym porządkom prawnym nadal istnieją pewne wątpliwości, próba udzielenia odpowiedzi może nastroczać trudności. Po drugie, należy zastanowić się nad standardem globalnej kontroli konstytucyjnej, a zatem odpowiedzieć na pytanie co stanowi pobierze konstytucyjności³⁰. Znów, w krajowych porządkach prawnych odpowiedź byłaby względnie oczywista – nawet w przypadku braku spisanych konstytucji, doktryna prawa konstytucyjnego, bazując na tradycji danej kultury prawnej i jej jurysprudencji, oferuje zwykle względnie spójną odpowiedź. Myślenie o konstytucjonalizmie w kategoriach ponadnarodowych takiego komfortu nie zapewnia. Wręcz przeciwnie, wymaga zadania sobie trudu analizy samych filozoficznych podstaw prawa międzynarodowego, jak również pojęcia konstytucji.

5. Przedmiot kontroli konstytucyjnej w prawie międzynarodowym

W warunkach klasycznego, narodowego konstytucjonalizmu przedmiotem sądowej kontroli konstytucyjnej jest ustawodawstwo, a zatem akty prawotwórcze szczebla podstawowego i ewentualnie niższego (akty wykonawcze). W przestrzeni międzynarodowej odpowiedź na pytanie, czym jest legislacja, napotyka na szereg komplikacji, przede wszystkim z powodu braku bezspornego katalogu, a także utrwalonej teorii źródeł prawa³¹. Na myśl o legislacji międzynarodowej pojawiają się co najmniej dwa kluczowe pytania: o legitymizowanych prawodawców, a także o charakter prawny

³⁰ Podobnie J. Klabbbers, *Straddling Law and Politics: Judicial Review in International Law*, [w:] R. St. John Macdonald, D. M. Johnston (red.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the International Community*, Leiden – Boston 2005, s. 820.

³¹ Co prawda, pewnym kompromisem zdaje się być art. 38 statutu MTS, jednak jak trafnie się wskazuje, art. 38 jest jedynie pewnym punktem wyjścia dla Trybunału w poszukiwaniu podstaw prawnych orzekania, a nie było intencją jego twórców uczynienie go quasi-konstytucyjną normą katalogu źródeł prawa dla społeczności międzynarodowej; zob. J. Klabbbers, *Law-making and constitutionalism*, [w:] J. Klabbbers, A. Peters, G. Ulfstein, *op. cit.*, s. 88–89.

rozmaitych faktów prawotwórczych w przestrzeni międzynarodowej³². Po pierwsze, niejasna jest sytuacja dotycząca katalogu domniemyanych autorów norm prawa międzynarodowego – prawo międzynarodowe dawno opuściło bowiem świat, w którym państwa sprawowały monopol na prawotwórstwo. Obecnie katalog członków społeczności międzynarodowej, posiadającej istotny potencjał normotwórczy w przestrzeni ponadnarodowej obejmuje co najmniej – w ujęciu konserwatywnym – także liczne organizacje międzypaństwowe i ponadnarodowe, a przy szerszym spojrzeniu, także twory pozarządowe, w tym przedsiębiorstwa multinarodowe oraz jednostki³³. Mnożenie podmiotów prawa międzynarodowego skutkuje z kolei potencjalną proliferacją ośrodków prawotwórczych w konkretnych obszarach przedmiotowych regulacji, przy czym często dochodzi także do konkurencji z krajowymi źródłami prawa. Większość z tych nowych licznych podmiotów nie posiada przy tym rzeczywistej demokratycznej legitymizacji lub posiada ją w stopniu bardzo ograniczonym z perspektywy przeciętnego obywatela społeczności światowej. Stąd też niezwykle trudny do określenia staje się charakter aktów, które podmioty te wydają w rozmaitych formach i okolicznościach oraz ich kwalifikacja jako faktów prawotwórczych. Problematyka ta obejmuje takie zagadnienia jak spór o akty jednostronne państw, czy też „miękkie”, permissywny język prawny niektórych norm traktatowych wiążących reżimów³⁴, aż po złożoną problematykę normatywnego charakteru i legalności rozmaitych instrumentów proponowanych przez organizacje międzynarodowe, a nawet pozarządowe, które mimo wyraźnego zastrzeżenia braku mocy wiążącej, wywierają silny normatywny wpływ na zachowania aktorów sceny międzynarodowej. Łączy się to ściśle ze wskazywanym już trzy dekady temu przez Prospera Weila problemem relatywnej normatywności (*relative normativity*)³⁵, którą można syntetycznie zdefiniować jako zróżnicowanie norm pod względem ich normatywnej siły, tj. w sensie subiektywnym – jako stopniowanie poczucia obowiązku podporządkowania się tym normom przez ich adresatów lub w sensie obiektywnym – jako zróżnicowanie poziomu ich mocy wiążącej. W przestrzeni międzynarodowej mamy do czynienia ze wszystkim, począwszy od norm prawnokarnych o charakterze zwyczajowym, przez prawo traktatowe, normy prospektywne wiążące jedynie co do rezultatu, prawo niewiążące typu *soft law*, uchwały organizacji międzynarodowych o skutkach czasem pozornie jedynie *pro foro interno*, aż po niedeontyczne – ale kształtujące zachowania i postawy aktorów sceny międzynarodowej – raporty, rankingi i analizy³⁶. Charakter

³² *Ibidem*, s. 85–86.

³³ Zob. A. Peters, *Membership in the Global Constitutional Community*, [w:] J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, *op. cit.*, s. 153–262.

³⁴ Dotyczy to przede wszystkim prawa człowieka; zob. M. Ignatieff, *Human Rights, Sovereignty and Intervention*, [w:] N. Owen (red.), *Human Rights, Human Wrongs. The Oxford Amnesty Lectures 2001*, Oxford-New York 2002, s. 52.

³⁵ P. Weil, *Towards Relative Normativity in International Law*, *The American Journal of International Law* 1983, t. 77, s. 413–442.

³⁶ Zob. obszernie m.in. M. Goldmann, *Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority*, *German Law Journal* 2008, vol. 09, nr 11, s. 1865–1908, a także J. Kammerhofer, *Uncertainty in the Formal Sources of International*

prawny tych rozmaitych faktów normotwórczych w prawie międzynarodowym nie jest jednak zróżnicowany wyłącznie rodzajowo. Za sprawą problemu fragmentacji międzynarodowej przestrzeni normatywnej na poszczególne reżimy specjalne, mamy do czynienia z niemożliwą do uporządkowania kakofonią środków normatywnych różnych szczebli mocy wiążącej. Dotyczy to zwłaszcza charakteru prawnych aktów organizacji międzynarodowych i orzeczeń organów sądowniczych i arbitrażowych, działających w poszczególnych reżimach, którym przypisywane są często różne skutki i konsekwencje prawne w zależności od reżimu, w ramach którego operują.

W końcu zaś pojawia się fundamentalny, filozoficzny problem odróżnienia prawa międzynarodowego, od tego, co nim nie jest. Wszystkie wyżej zasygnalizowane czynniki powodują bowiem znaczne trudności zakreslenia granic materii prawotwórczej, mogącej być przedmiotem konstytucyjnej kontroli dokonywanej przez trybunały międzynarodowe. Z jednej bowiem strony, jak wskazano powyżej, niemożliwe wydaje się być stworzenie autorytatywnej, wyczerpującej typologii aktów prawnych, a z drugiej zawodzi klasyczny pozytywistyczny test pochodzenia (*test of pedigree*) z powodu braku jasności co do katalogu prawotwórców³⁷.

6. Problem standardu kontroli konstytucyjnej

Kontrola konstytucyjna musi być przeprowadzona względem konkretnego wzorca, czy też standardu konstytucyjnego. Ponieważ prawo międzynarodowe nie posiada formalnej, jednolitej konstytucji o uniwersalnym charakterze, kontrola ta musi odwoływać się do standardów konstytucyjnych poszczególnych jego reżimów w modelu pluralizmu konstytucyjnego, bądź też próbować poszukiwać minimalnego wspólnego standardu na poziomie konstytucji materialnej społeczności międzynarodowej. W każdym jednak wypadku, standard ten musi być uniwersalny w tym sensie, że wszystkie podmioty (np. w ramach danego reżimu), które będą ponosić skutki ewentualnego uchylecia np. normy traktatowej lub uchwały organu danej organizacji międzynarodowej, muszą być wszystkie również związane standardem konstytucyjnym, stanowiącym pobierze konstytucyjności tej normy w toku procesu jej kontroli przez właściwy trybunał. Innymi słowy, dany standard, według którego dokonywana jest kontrola, musi mieć podmiotowy zasięg obowiązywania szerszy lub co najmniej równy zakresowi obowiązywania badanej normy. Taka zależność prawna zachodzi *implicite* w każdym modelu kontroli konstytucyjnej w ramach terytorialnych porządków prawnych. Jednakże na gruncie prawa międzynarodowego dominującą w zakresie obowiązywania zasadą jest *pacta sunt servanda*, narzucająca relatywność podmiotowego zasięgu obowiązywania normy³⁸, ponieważ nadal co do

Law: Customary International Law and Some of Its Problems, European Journal of International Law 2004, vol. 15, nr 3, s. 523–553.

³⁷ Więcej na temat filozoficznoprawnych problemów formalizmu i określania prawnego charakteru norm w prawie międzynarodowym zob. J. d'Aspremont, *Formalism and the Sources of International Law. A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford-New York 2011, s. 266.

³⁸ Zob. S. Besson, *Theorizing the Sources of International Law*, [w:] S. Besson, J. Tasioulas (red.), *op. cit.*, s. 165–166.

zasady państwa, będące pierwotnymi podmiotami prawa międzynarodowego, z założenia nie są związane normami, na które nie wyraziły zgody. Ten pozytywistyczny konsensualizm stoi w ostrej opozycji do proceduralnego majoritaryzmu, a także uniwersalizmu oraz obiektywizmu norm prawnych, jakimi cechują się konstytucyjne systemy prawne, na gruncie których operuje klasyczny *constitutional review*.

Oczywistym kandydatem na konstytucyjną materię w prawie międzynarodowym są – dla wielu autorów – normy peremptoryjne (*ius cogens*), czyli jak stanowi art. 53 wiedeńskiej konwencji o prawie traktatów, takie które zostały przyjęte i uznane przez międzynarodową społeczność państw jako całość za normy, od których żadne odstępstwo nie jest dozwolone i które mogą być zmienione jedynie poprzez późniejszą normę powszechnego prawa międzynarodowego o tym samym charakterze. Ich zaletą jest niewątpliwa powszechność, przy założeniu ich funkcji ochrony minimum katalogu wartości wspólnych społeczności międzynarodowej³⁹, co dobrze predysponuje je do kształtowania standardu konstytucyjnego. Niestety, normy *ius cogens* okazują się mieć dość ograniczone zastosowanie, mimo że w jasny sposób budują zręby hierarchii normatywnej w prawie międzynarodowym⁴⁰. Po pierwsze bowiem, nie ma zgodności co do ich katalogu, a w najlepszym wypadku jest on skromny, ograniczający się do zakazu groźby lub użycia siły w stosunkach międzynarodowych, czy też fundamentalnych norm w zakresie praw człowieka: zakazu ludobójstwa, tortur, handlu niewolnikami czy piractwa⁴¹. Po drugie – mimo zasadniczego konsensu co do postulatu, że Rada Bezpieczeństwa jest w swoich rezolucjach związana normami *ius cogens* – wątpliwości może budzić ewentualna kolizja pomiędzy hierarchią zbudowaną o prawo traktatów i normy peremptoryjne, a art. 103 Karty Narodów Zjednoczonych, wynoszącą samą Kartę ponad inne zobowiązania traktatowe⁴². Po trzecie w końcu, normy *ius cogens* przywoływane są przez trybunały, w tym zwłaszcza przez MTS raczej rzadko, a ich zastosowania są ściśle bez przypisania im generalnej supremacji nad wszystkimi innymi normami prawa międzynarodowego. Dla przykładu, w sprawie immunitetów jurysdykcyjnych państwa (2012), MTS orzekł, iż powołanie się na naruszenie norm peremptoryjnych nie uchyla immunitetów jurysdykcyjnych, jakimi suwerenne państwo cieszy się przed sądami innego państwa, a co za tym idzie, normy o charakterze proceduralnym na ogół nie wchodzą w kolizję z materialnymi normami typu *ius cogens*⁴³.

³⁹ Zob. J. Vidmar, *Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?*, w: *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, red. E. de Wet, J. Vidmar, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 25–41.

⁴⁰ Zob. D. Shelton, *Normative Hierarchy in International Law*, *American Journal of International Law* 2006, vol. 100, nr 2, s. 291–323.

⁴¹ Zob. M.N. Shaw, *op. cit.*, s. 101–102.

⁴² Zob. na ten temat np. J. Vidmar, *op. cit.*, s. 18–22.

⁴³ Sprawa MTS *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)*, dostępne on-line: (2.08.2013) <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>; por. T. Kleinlein, *Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law*, *Nordic Journal of International Law* 2012, t. 81, s. 107–109.

W poszukiwaniu standardów konstytucyjnych nadających się do praktycznego zastosowania przez trybunały w toku *constitutional review*, prawo międzynarodowe wydaje się działać najefektywniej w ramach poszczególnych reżimów specjalnych. Była już mowa o tym, że zinternacjonalizowana wersja sądowej kontroli „konstytucyjności” funkcjonuje całkiem sprawnie w systemie WTO (*Appellate Body*), a także w dwóch specyficznych reżimach europejskich: UE (Trybunał Sprawiedliwości) oraz w ramach systemu EKPCz (Europejski Trybunał Praw Człowieka)⁴⁴. Dwa ostatnie systemy rysują wręcz jeszcze dalej idącą perspektywę niż rozważana w tym miejscu. Nawiązują bowiem do monistycznej, kelsenowskiej wersji konstytucjonalizmu i kontroli konstytucyjnej, w której trybunał międzynarodowy może dokonać, w granicach swojej jurysdykcji i funkcji, kontroli aktów pochodzenia krajowego pod względem ich zgodności ze standardem konstytucyjnym, którym w tym wypadku jest EKPCz lub prawo pierwotne UE. Nawet perspektywa dokonywania kontroli konstytucyjnej przez MTS i to tylko w stosunku do aktów (rezolucji) organów ONZ, stanowi perspektywę bardziej osiągalną i konceptualnie bliższą potencjalnej realizacji, przede wszystkim ze względu na jasne określenie materialnego wzorca konstytucyjnego (w tym wypadku Karty Narodów Zjednoczonych). W takim modelu odpowiedni trybunał, działając *in foro interno* organizacji międzynarodowej, zyskuje nie tylko odpowiedni standard kontroli materialnej rozumianej szeroko, zgodnie z twierdzeniem, iż niezgodne z prawem są nie tylko akty, które stanowią naruszenie prawa, ale także te, które mimo że nie są bezprawne, są nieważne ze względu na to, że nie są zgodne z zasadą prawną⁴⁵. Ma także możliwość dokonania kontroli proceduralnej aktu organizacji międzynarodowej pod kątem braku kompetencji danego organu, nadużycia kompetencji organizacji rozumianych funkcjonalnie (doktryna *ultra vires*), czy też w końcu poważnego naruszenia proceduralnego w przyjmowaniu danej regulacji.

7. Podsumowanie

Zarysowane powyżej zagadnienia dają jedynie ogólny szkic trudności, przed jakimi coraz częściej stawać będą sędziowie obecnych i przyszłych trybunałów międzynarodowych, próbując interpretować prawo jako całościowy system prawny. Trudno byłoby w tym miejscu przedstawić przekonujące, szczegółowe doktrynalne rozwiązania, dotyczące zwłaszcza wymienionych wyżej kwestii identyfikacji przedmiotowej prawa międzynarodowego, które mogłoby podlegać kontroli, czy też treści materii mogącej stanowić potencjalny standard konstytucyjny w toku kontroli sądowej i zakresu tej kontroli. Na poziomie filozoficzno-prawnym omawianego zagadnienia bardzo wyraźnie można jednak dostrzec refleksyjny charakter prawa międzynarodowego, jego doktryny i praktyki. Refleksyjność prawa międzynarodowego w toku dyskusji o globalnym konstytucjonalizmie i kontroli konstytucyjnej przejawia się w stałej orientacji doktryny i filozofii w kierunku idei prawa oraz nieustannego wyraźnego lub domniemanego odwoływania się do owej idei prawa

⁴⁴ A. Stone Sweet, *op. cit.*, s. 639–640.

⁴⁵ J. Klabbers, *An Introduction...*, *op. cit.*, s. 236.

przez praktykę⁴⁶. Konstytucyjny sędzia międzynarodowy powinien być usposobiony w tym sensie znacznie bardziej refleksyjnie, niż w dotychczas znanych modelach klasycznych trybunałów o charakterze głównie arbitrażowo-rozjemczym. Refleksyjność w tym wypadku oznacza wymóg koncentrowania się przez sędziego nie tyle na podążaniu za regułą uznania, determinującą formalne granice normatywne prawa, lecz na obowiązku wierności prawu realizowanym przez poczucie związania regułą rządów prawa w porządku międzynarodowym i podjęciu wysiłku celem jej realizacji⁴⁷. Orientacja na ideę prawa, a w wypadku orzecznictwa konstytucyjnego przede wszystkim na ideę rządów prawa, obejmuje odwołanie się do szerszej kultury prawnej, doktryny, torii i filozofii prawa międzynarodowego, wyznaczonej w ramach społeczności międzynarodowej polem pewnego minimum akceptowanych wspólnych wartości. Jurysprudencja jest bowiem integralną częścią idei rządów prawa, ponieważ ta ostatnia wymaga podjęcia głębokiej refleksji, która powinna owocować jasno wyartykułowanymi i wyraźnymi uzasadnieniami⁴⁸. Problemy orzekania – jak wiadomo – nie ograniczają się do stosowania reguł prawnych. Sądownictwo konstytucyjne, a zwłaszcza to na poziomie ponadnarodowym jest tego najbardziej wyrazistym przykładem. Międzynarodowy trybunał konstytucyjny nigdy nie może i nie będzie mieć „luksusu” mechanicznego operowania normami systemu prawa międzynarodowego, nawet gdyby miał do czynienia ze względnie łatwymi przypadkami, a przecież sądownictwo konstytucyjne dużo częściej musi mierzyć się z tzw. „hard cases” niż sądownictwo powszechne. Sędzia takiego trybunału musi sięgać do filozoficznej podstawy idei prawa i rządów prawa⁴⁹, do zrozumienia samej jego istoty, aby nadać swoim decyzjom odpowiednią siłę uzasadniania i usprawiedliwiania, zwłaszcza jeśli system prawa sam w sobie jest tak złożony, zmienny i płynny co do swych źródeł, jak system prawa międzynarodowego. Mało tego – jak zauważa A. Paulus, zadanie jakie stoi przed trybunałami międzynarodowymi jest być może nawet jeszcze ambitniejsze, bowiem swoimi decyzjami interpretacyjnymi walczą o podtrzymanie integralności systemu prawnego, w którym brak jest scentralizowanego ustawodawcy⁵⁰. Refleksyjność na tym tle jest immanentną cechą praktyki orzeczniczej⁵¹, zwłaszcza obciążonej takimi trudnościami jak w przypadku dyskursu konstytucyjnego. Stąd też, ogólna abstrakcyjna koncepcja istoty prawa międzynarodowego jest nie tyle oderwanym od praktyki snem filozofów prawa – jak chcieliby niektórzy prawnicy praktycy – co staje się niezbędnym refleksyjnemu sędziemu międzynarodowego trybunału konstytucyjnego w podejmowanym przez niego bardzo wymagającym wysiłku orzeczniczym.

⁴⁶ Zob. N.E. Simmonds, *Reflexivity and the Idea of Law*, Jurisprudence 2010, t. 1, s. 1.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 6.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 11.

⁴⁹ Oczywiście zakres treści idei rządów prawa, zwłaszcza w stosunkach międzynarodowych pozostaje sporny (zob. A. Buchanan, *The Legitimacy of International Law*, [w:] S. Besson, J. Tasioulas (red.), *The Philosophy of International Law*, s. 89), jednakże trafny wydaje się pogląd, że najważniejszym punktem odniesienia dla konstruowania idei rządów prawa w prawie międzynarodowym jest osiem kryteriów wewnętrznej moralności prawa L.L. Fullera.

⁵⁰ A. Paulus, *International Adjudication*, [w:] S. Besson, J. Tasioulas (red.), *op. cit.*, s. 221–222.

⁵¹ N. E. Simmonds, *op. cit.*, s. 7.

SUMMARY

PERSPECTIVES OF JUDICIAL REVIEW IN INTERNATIONAL LAW

The article considers whether it is possible to talk about constitutional review by international courts and tribunals in the context of constitutionalization of international law. The author starts with a brief analysis of the problem of constitutional review and its legitimacy. This is transferred to the grounds of international law, where the relations between law, politics and power are even more tense and complicated than in case of municipal law. International law does not have its own „Marbury vs Madison”, however several important cases, especially before the International Court of Justice could qualify as „constitutional” because they extended several tribunals’ competences from merely dispute settlement to proper adjudication and judicial review. Examples of developing standards as far as review of some legal international documents against major treaties are given. After that, the article moves to analysing some real and theoretical problems of constitutional review, such as pluralism and policentrism of constitutional review systems in international relations. The major theoretical problem that is discussed is the subject of judicial review – what kind of normative material should be analysed by an international tribunal, which is a question closely related to the problem of the sources of international law. The second problem is the constitutional standard by which the tribunal should measure other law. This amounts in essence to the question what is the international constitution. The main part of the article concentrates on these two issues. In conclusion the article does not give any specifications of how constitutional review in international law does or should operate. This short overview of the problems of international constitutional review ends with a call for a more reflexive international law and a more reflexive international judge – oriented towards the idea of law and the rule of law itself rather than following the rule of recognition.