

ANNA ŚLEDZIŃSKA-SIMON

Uniwersytet Wrocławski

KONCEPCJA TOŻSAMOŚCI KONSTYTUCYJNEJ:  
WYMIAR INDYWIDUALNY, RELATYWNY  
ORAZ ZBIOROWY1. TOŻSAMOŚĆ KONSTYTUCYJNA W POLICENTRYCZNYM  
PORZĄDKU PRAWNYM

W ostatnich latach w literaturze prawniczej koncepcji tożsamości konstytucyjnej poświęcono dużo uwagi<sup>1</sup>. Jednak jej treść oraz znaczenie nadal pozostają nie do końca jasne. Badania nad tożsamością jednostek oraz zbiorowości należały do tej pory do obszaru nauk społecznych<sup>2</sup>, a wykorzystanie tego pojęcia w teorii prawa oraz praktyce orzeczniczej pozostawia wiele pytań. Tożsamość konstytucyjna jest bowiem bytem idealnym, wyobrażonym<sup>3</sup>, a raczej tworzonym głównie na potrzeby legitymacji trudnych decyzji politycznych lub decyzji sądów konstytucyjnych. Niezależnie od kontekstu zastosowania, tożsamość konstytucyjna jest pojęciem obciążonym silnym ładunkiem emocjonalnym i aksjologicznym<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> *Constitutionalism Identity, Difference and Legitimacy*, red. M. Rosenfeld, Durham 2004; M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Culture, and Community*, New York 2010; G. Jacobson, *Constitutional Identity*, Cambridge 2010; *National Constitutional Identity and European Integration*, red. A.S. Arnaiz, C.A. Llivina, Cambridge 2013.

<sup>2</sup> G. Madell, *The Identity of the Self*, Edinburgh 1981; *Social Identity and Intergroup Relations*, red. H. Tajfel, Cambridge 1982; S. Lawler, *Identity: Sociological Perspectives*, Cambridge 2008; A. Gutman, *Identity in Democracy*, Princeton 2003.

<sup>3</sup> J. Bentham, *Essay on Language*, [w:] *The works of Jeremy Bentham*, 11 t. (William Tait, 1838–43), red. J. Bowring, 8:330–1 (Bentham wprowadził rozróżnienie między prawdziwymi przedmiotami, których istnienie jest znane nam dzięki zmysłom, oraz fikcyjnymi, których istnienie jest jedynie wyobrażalne, oraz opowiadał się za zredukowaniem fikcji jedynie do sytuacji, w których jest to absolutnie konieczne) [za:] H.J. Berman, *Law and Language. Effective Symbols of Community*, Cambridge 2013, s. 66.

<sup>4</sup> Laurence Tribe, *A Constitution We are Amending: In Defense of a Retrained Judicial Role*, s. 97, „Harvard Law Review” 433, 1983, s. 440 („The very identity of the Constitution [...] is the matter which cannot be objectively deduced or passively discerned in a view-point neutral way”).

jak również podlega zmianom wraz z biegiem czasu. Jednocześnie możliwa jest interpretacja tożsamości konstytucyjnej jako bytu rzeczywistego — faktycznie przeżywanego poczucia odrębności lub wspólnoty.

Analizując tożsamość konstytucyjną w kategoriach antropologicznych, możemy wyobrazić sobie konstytucyjne „ja” jako podmiot posiadający określony stosunek do siebie i innych, doświadczenia i pamięć o nich, zdolność budowania relacji i więzi, itd. Dla potrzeb zdefiniowania tożsamości podmiotu konstytucyjnego oczywiście trudno jest wyobrazić sobie zbiorowe „ja” składające się z przeszłych, teraźniejszych oraz przyszłych pokoleń z uwagi na przypuszczalnie różne preferencje co do tego, kogo kochać, nienawidzić, z kim się wiązać oraz co zapamiętać, zapomnieć, a co wybaczyć. Z uwagi na powyższe wątpliwości istotne jest więc pytanie, czy tak niejednoznaczne i niejasne pojęcie jak tożsamość konstytucyjna może stanowić podstawę logicznej, racjonalnej argumentacji prawniczej? Dlaczego, jak i kiedy tożsamość konstytucyjna jest wykorzystywana do uzasadnienia decyzji sądowych? I w końcu, co tak naprawdę oznacza?

Michel Rosenfeld twierdzi, że za pomocą odniesień do tożsamości konstytucyjnej można wyjaśnić zmiany w kształtowaniu podmiotu, treści oraz legitymacji konstytucji w danym systemie prawnym<sup>5</sup>. W tym znaczeniu tożsamość konstytucyjna określa więc raczej cechy konstytucji, a nie podmiotu władzy. Zgodnie z tą teorią tożsamość konstytucyjna jest związana nie tylko z faktem posiadania konstytucji, lecz również z jej treścią oraz kontekstem, w którym występuje. W konsekwencji tożsamość konstytucyjna nie wymaga istnienia pisanej konstytucji, lecz norm konstytucyjnych, w tym tych wynikających ze zwyczajów oraz precedensów sądowych. Przyjmując tę interpretację, można jednak zauważyć, że tożsamość konstytucyjna ma przede wszystkim określać podmiot władzy. W tym kontekście widać, że Unia Europejska, choć posiada tożsamość konstytucyjną opartą na materialnej (funkcjonalnej) konstytucji<sup>6</sup>, ma wyraźny problem z określeniem tożsamości podmiotu władzy<sup>7</sup>.

W świetle teorii M. Rosenfelda nie jest więc jasne, czy koncepcja tożsamości konstytucyjnej zakłada, że każdy podmiot posiadający konstytucję posiada również tożsamość oznaczającą osobowość (*selfhood*) oraz autonomię rozumianą

<sup>5</sup> M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional...*, s. 5.

<sup>6</sup> I.P. Karolewski, *Citizenship and Collective Identity in Europe*, Routledge 2010; W. Sadurski, *European Constitutional Identity*, „Legal Studies Research Paper” 2006, nr 6 (37).

<sup>7</sup> Michael Rosenfeld sugeruje jednak, że europejska ponadnarodowa tożsamość opiera się na patriotyzmie praw człowieka. Zob. też: J.-W. Müller, *Constitutional Patriotism*, Princeton 2007 oraz J. Habermas, *Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?*, „Political Theory” 29, 2001, nr 766. Pozostali autorzy dowodzą, że nie ma tożsamości europejskiej, ponieważ nie istnieje wspólne wyobrażenie Europejczyków, które wymaga poczucia wspólnoty opartej na wspólnym pojmowaniu przeszłości, jak również kultury, mitów oraz legend. Zob. L. Rorato oraz A. Saunders, *The Essence and the Margin. National Identities and Collective Memories in Contemporary European Culture*, Rodopi 2009.

w kategoriach suwerenności<sup>8</sup> czy raczej tożsamość konstytucyjna wynika z konstytucji, lecz nie jest z nią równoważna. Jeśli prawidłowa okazałaby się druga teza, tożsamość konstytucyjna mogłaby być postrzegana jako duch kultury konstytucyjnej przenikającej dany porządek prawny<sup>9</sup>. W innym ujęciu tożsamość mogłaby być pojmowana jako rdzeń konstytucyjny, a więc zespół podstawowych (fundamentalnych) wartości i zasad, których nie wolno w żaden sposób naruszać nawet przy zmianie konstytucji<sup>10</sup>. Zatem można wskazać dwa źródła pochodzenia tożsamości konstytucyjnej — po pierwsze, tożsamość konstytucyjna ma źródło w normach konstytucyjnych, po drugie, tożsamość konstytucyjna ma źródło w meta-normach, a więc regułach, od których zależy ważność samej konstytucji lub jej zmiany.

Analizując tożsamość konstytucyjną w kontekście aktualnej praktyki orzeczniczej sądów konstytucyjnych, można zauważyć, że ma ona określoną treść, lecz treść ta zmienia się w zależności od kontekstu. Kiedy Federalny Sąd Konstytucyjny Niemiec mówi o nienaruszalnej treści rdzenia tożsamości konstytucyjnej, można zastanawiać się, czy jest to jedynie retoryczna amplifikacja, czy raczej tautologia<sup>11</sup>. Czy tożsamość konstytucyjna stanowi rdzeń konstytucji? A może sama tożsamość konstytucyjna jest wielopłaszczyznowa i posiada swój własny rdzeń, a więc mówimy o tronie rdzenia konstytucji (*core of the constitutional core*)? Idąc za logiką argumentacji FTK, można twierdzić, że tożsamość konstytucyjna uosabia niederogowalny rdzeń konstytucji, a zasady składające się na ten rdzeń posiadają wyższą rangę niż inne normy konstytucyjne<sup>12</sup>. Co więcej, zgodnie z orzecnictwem niektórych sądów konstytucyjnych Unii Europejskiej, rdzeń ten jest nie tylko niezmienny, lecz także nieprzekazywalny<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Koncepcję tożsamości kulturowej połączonej z materią konstytucyjną można odnaleźć m.in. w: Arystoteles, *Polityka*, przeł. L. Piotrowicz, Warszawa 2004. Por. G.J. Jacobsohn, *op. cit.*, s. 9.

<sup>9</sup> F. Mayer, *L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle allemande*, [w:] *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, red. L. Burgorgue-Larsen, Editions Pedone 2011, s. 63–88.

<sup>10</sup> G.J. Jacobsohn, *Constitutional Values and Principles*, [w:] *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, red. M. Rosenfeld, A. Sajó, Oxford 2012.

<sup>11</sup> Niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny (dalej: FSK), orzeczenie z dnia 30 czerwca 2009 r., 2 BvE 2/08, 123 BVerfGE 267 ws. Traktatu z Lizbony.

<sup>12</sup> K.S. Ziegler, *Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The Kadi Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights*, „Human Rights Law Review” 9, 2009, s. 288.

<sup>13</sup> Trybunał Konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: TK) wyrok z dnia 10 stycznia 2011 r., K 32/09, ws. Traktatu z Lizbony („Niezależnie od trudności związanych z ustaleniem szczegółowego katalogu kompetencji nieprzekazywalnych, należy zaliczyć do materii objętych całkowitym zakazem przekazania postanowienia określające zasady naczelne Konstytucji oraz postanowienia dotyczące praw jednostki wyznaczające tożsamość państwa, w tym w szczególności wymóg zapewnienia ochrony godności człowieka i praw konstytucyjnych, zasadę państwowości, zasadę demokracji, zasadę państwa prawnego, zasadę sprawiedliwości społecznej, zasadę pomocniczości, a także wymóg zapewnienia lepszej realizacji wartości konstytucyjnych i zakaz przekazywania władzy ustrojodawczej oraz kompetencji do kreowania kompetencji” (por. K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Kraków 2007, s. 284 n.).

W tym miejscu warto również zastanowić się nad pytaniem, czy tożsamość konstytucyjna jest swoistym wyrazem prawa natury, czy też raczej rodzajem pewnej deklaracji. Niewątpliwie tożsamość konstytucyjna może być odzwierciedlona w prawie pozytywnym, które ma swój określony polityczny, etyczny oraz retoryczny cel oraz wyraża przyjęte zobowiązania i normy moralne<sup>14</sup>. Nie jest jednak jasne, w jakim stopniu tożsamość konstytucyjna jest dziełem ustrojodawcy, parlamentów czy sądów (a jeżeli sądów to czy zarówno konstytucyjnych, międzynarodowych i europejskich), które ostatecznie decydują o jej treści. Być może tożsamość konstytucyjna jest pojęciem dyskursywnym, kształtowanym w drodze dialogu prowadzonego przez wszystkie podmioty będące potencjalnymi jej posiadaczami (*identity-holders*)?

Według M. Rosenfelda tożsamość konstytucyjna jest równoznaczna z tożsamością zbiorową wyłaniającą się z norm konstytucyjnych oraz z ich interpretacji. Zgodnie z tą teorią ochrona tożsamości konstytucyjnej leży w domenie sądów (w szczególności sądów oraz trybunałów konstytucyjnych), które to wyznaczają granice działaniom władzy legislacyjnej oraz wykonawczej. W tym kontekście tożsamość konstytucyjną można definiować przez odwołanie się do systemu ochrony praw podstawowych określonego porządku prawnego i jego cech szczególnych<sup>15</sup>. Należy przy tym zauważyć, że nie wszystkie decyzje sądowe analizują kwestie związane z tożsamością konstytucyjną, lecz jedynie te, które definiują podmiot władzy. Co więcej — nie wszystkie kwestie odnoszące się do tożsamości konstytucyjnej mogą zostać rozwiązane na drodze postępowań sądowych, lecz wymagają aktywności politycznej<sup>16</sup>.

W związku z powyższym można stwierdzić, że parlamenty oraz rządy działają również jako rzecznicy konstytucyjnego „ja”, a rolą sądów jest jedynie optymalizacja wyników procesu politycznego (optymalizacja praw). W tym kontekście pojawia się pytanie o decyzje sądów posługujących się koncepcją tożsamości konstytucyjnej dla uzasadnienia rozstrzygnięć sprzecznych ze zdaniem większości parlamentarnej lub społeczeństwa. Należy zatem zastanowić się nad tym, czy i kiedy tożsamość konstytucyjna może być wykorzystywana dla legitymacji mniej popularnych decyzji sądów konstytucyjnych?<sup>17</sup>

W praktyce orzeczniczej tożsamość konstytucyjna może być argumentem uzasadniającym rozstrzygnięcia sądów w sprawach, w których sędziowie determinują zakres ochrony praw konstytucyjnych, oceniając dopuszczalne granice

<sup>14</sup> L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Connecticut 1964, s. 164.

<sup>15</sup> A.T. Pérez, *Constitutional Identity and Fundamental Rights: The Intersection between Articles 4(2) TEU and 53 Charter*, [w:] *National Constitutional Identity and European Integration*, supra note, red. A.S. Arnaiz, C.A. Llivina, Cambridge 2013, s. 141–158.

<sup>16</sup> M. Goldoni, *Constitutional Pluralism and the Question of the European Common Good*, „European Law Journal” 18, 2012, s. 385.

<sup>17</sup> W. Sadurski, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford 2012, s. 124 („Courts speak to several audiences at the same time, and they need to build, and maintain, their legitimacy by placing those who will be disappointed by the outcome of their decision”).

ich ograniczeń. Możliwe jest więc, że to właśnie różnice wynikające z wartości relatywnych poszczególnych praw w konfrontacji z kolidującymi z nimi dobrami publicznymi w danym systemie prawnym stają się kwestią tożsamości konstytucyjnej. W tym ujęciu tożsamość konstytucyjną można rozumieć jako wynik procesu równoważenia praw lub praw i innych wartości (dóbr) na etapie badania konstytucyjności ich ograniczeń pod względem kryterium proporcjonalności w ścisłym znaczeniu (jak widziałyby to Robert Alexy)<sup>18</sup>. Odmienne rozumienie tożsamości konstytucyjnej może zaś wynikać z uznania, że prawa i wolności mają różną rangę społeczną w różnych porządkach prawnych (jak widziałyby to Aharon Barak)<sup>19</sup>. W innym ujęciu, posługując się językiem Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, można argumentować, że tożsamość konstytucyjna pokrywa się z obszarem leżącym w zakresie marginesu swobody uznania państw, czyli w materiałach dotyczących praw jednostki, w których nie istnieje konsensus dotyczący zakresu ich ochrony lub dopuszczalnych ograniczeń<sup>20</sup>.

Tożsamość konstytucyjna może również pokrywać się z pojęciem tożsamości narodowej<sup>21</sup>, choć konstytucyjne „ja” nie wymaga dla swojego istnienia narodu, a tożsamość narodowa nie potrzebuje państwa. Według Garrego Jacobsohna konstytucyjne „ja” ma charakter dynamiczny, ponieważ wyłania się w wyniku doświadczenia. Jego zdaniem tożsamość nie jest ani oddzielnym wyimaginowanym pojęciem, ani też nie jest głęboko osadzona w kulturze społecznej, potrzebuje jedynie swojego odkrycia („identity exists neither as a distinctive object of invention nor as a heavily encrusted essence embedded in a society’s culture, requiring only to be discovered”)<sup>22</sup>. Zawiera ona w sobie aspekty aspiracyjne, dialogiczne oraz generyczne/lokalne. Idąc tym tropem, można stwierdzić, że tożsamość konstytucyjna wynika z interakcji między uniwersalnymi i partykularnymi aspiracjami konstytucyjnymi, co czasami prowadzi do konfliktów wartości.

Na tle powyższych rozważań powraca jednak pytanie o to, czy i kiedy tożsamość konstytucyjna jest różna lub powinna odróżniać się od innych tożsamości tego samego podmiotu (np. tożsamości narodowej czy kulturowej), a także tożsamości osób i ich grup wchodzących w skład tego podmiotu, jak i tożsamości innych podmiotów konstytucyjnych, nawet jeśli pochodzą one z tych samych tradycji konstytucyjnych. Pytanie to dotyczy podstawowej funkcji tożsamości konstytucyjnej, którą jest zdolność odróżnienia się od innych oraz upodobnienia się do nich. Niewątpliwie w odniesieniu do liberalnych systemów demokratycznych posługiwanie się pojęciami demokracji, rządów prawa oraz ochrony praw podstawowych nie

<sup>18</sup> R. Alexy, *The Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002.

<sup>19</sup> A. Barak, *Proportionality Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012, s. 359 n.

<sup>20</sup> A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford 2012; L.R. Helfer, *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, „Cornell International Law Journal” 26, 1993, s. 133–164.

<sup>21</sup> M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional...*, s. 12.

<sup>22</sup> G.J. Jacobsohn, *Constitutional Identity...*, s. 7.

służy odróżnieniu się od innych, o ile odrzucamy możliwość swoistych odchyłeń od klasycznego rozumienia powyższych pojęć. W szczególności należy mieć na uwadze tendencje rozwoju demokracji w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w kierunku autorytaryzmu oraz nieoliberalnej demokracji<sup>23</sup>. Stąd w odniesieniu do liberalnych systemów demokratycznych tożsamość konstytucyjna oparta na poszanowaniu demokracji, rządów prawa oraz praw podstawowych nie służy odróżnianiu się od innych, lecz raczej budowaniu więzi i wspólnoty.

Niniejszy artykuł podejmuje próbę udowodnienia tezy, że uniwersalistyczne i partykularne cechy tożsamości konstytucyjnej nie wykluczają się wzajemnie, lecz współistnieją jako jej różne wymiary. Liczne wymiary tożsamości konstytucyjnej są jedynie odbiciem policentrycznego charakteru otoczenia prawnego, w którym przenika się wiele porządków konstytucyjnych<sup>24</sup>. W takim środowisku tożsamość konstytucyjna jest kształtowana jednocześnie na różnych poziomach (dialogu). Choć każdy z nich jest w pewnym zakresie autonomiczny, proces budowania tożsamości konstytucyjnej może incydentalnie prowadzić do napięć. W tym kontekście można nawet twierdzić, że we współczesnym świecie koncepcja tożsamości konstytucyjnej zastępuje koncepcję suwerenności. Suwerenność nie stanowi już sfery wyłącznej, lecz raczej obszar kompetencji wynikający z funkcjonalnych i sektorowych podziałów władzy, które przecinają podziały terytorialne<sup>25</sup>. Z tych samych względów tożsamość nie może być postrzegana jedynie w aspekcie jednostkowej wyjątkowości.

Posługując się uproszczonym modelem trzech wymiarów tożsamości, niniejszy artykuł ma na celu wykazać, że tożsamość konstytucyjna może wyrażać trzy wymiary „ja” podmiotu konstytucyjnego — jednostkowe, relatywne oraz zbiorowe. Przyjmując, że także relatywny i zbiorowy wymiar składa się na omawianą tożsamość konstytucyjną, należy podkreślić, że celem artykułu jest wskazanie sytuacji, w których podmiot konstytucyjny buduje swoje „ja” w oparciu o różnice w stosunku do innych podmiotów, lub w których bazuje na podobieństwie do nich.

## 2. TOŻSAMOŚĆ KONSTYTUCYJNA W PRAKTYCE SĄDÓW KONSTYTUCYJNYCH

Tożsamości konstytucyjnej można przypisać różne znaczenia i funkcje. Celem tej części artykułu jest analiza przykładów zastosowania tej koncepcji w praktyce sądów konstytucyjnych. Ogólnie można wyróżnić trzy główne obszary zastoso-

<sup>23</sup> D. Dolenc, *Democratic Institutions and Authoritarian Rule in South East Europe*, Colchester 2013.

<sup>24</sup> J.H.H. Weiler, *Prologue: Global and Pluralist Constitutionalism — Some Doubts*, [w:] *The Worlds of European Constitutionalism*, red. G.de Búrca, J.H.H. Weiler, Cambridge 2011, s. 8–19.

<sup>25</sup> N. MacCommick, *Questioning Sovereignty: Law, State and Practical Reason*, Oxford 1999, s. 105; N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, „Modern Law Review” 65, 2002, s. 317, 345.

wania koncepcji tożsamości konstytucyjnej — po pierwsze — w orzeczeniach dotyczących zmian konstytucji,<sup>26</sup> po drugie — w orzeczeniach dotyczących migracji idei konstytucyjnych<sup>27</sup> i po trzecie — w orzeczeniach dotyczących przekazania kompetencji w ramach organizacji ponadnarodowych.<sup>28</sup> We wszystkich tych trzech obszarach sędziowie zakładają, że znają treść tożsamości konstytucyjnej, co niewątpliwie ma służyć wzmocnieniu ich pozycji względem demokratycznie wybranych parlamentów i rządów. Występowanie w roli „strażnika tożsamości konstytucyjnej” z założenia ma legitymować rozstrzygnięcia, które mogą budzić spory polityczne czy społeczne. W konsekwencji tożsamość konstytucyjna może być stosowana jako argument uzasadniający sporne decyzje, a także do rozszerzenia, umocnienia lub utrwalenia władzy sądów, a zwłaszcza ich autorytetu i pozycji w dialogu sędziowskim.

W pierwszym obszarze wykorzystanie koncepcji tożsamości konstytucyjnej ma na celu ochronę porządku konstytucyjnego przed radykalnymi zmianami, które mogłyby zagrozić jego istnieniu. Logika leżąca u podstaw tego zastosowania koncepcji tożsamości konstytucyjnej wynika z teorii, zgodnie z którą tożsamość konstytucyjna jest zarówno zmienna, jak i odporna na samodestrukcję<sup>29</sup>. W drugim obszarze koncepcja tożsamości konstytucyjnej ma służyć uzasadnieniu tworzenia relacji z innymi podmiotami konstytucyjnymi (porządkami konstytucyjnymi) przez konwergencję lub łączenie się, choć nie można wykluczyć, że konstytucyjne „ja” może również odrzucić zewnętrzny świat globalnego i porównawczego konstytucjonalizmu oraz bronić się przed oddziaływaniem międzynarodowych i obcych źródeł prawa lub orzeczeń sądowych. Wreszcie, trzeci obszar zastosowania koncepcji tożsamości konstytucyjnej jest istotny dla państw narodowych uczestniczących w ponadnarodowym projekcie integracji, którego bezprecedensowym przykładem jest Unia Europejska. W kontekście UE koncepcja tożsamości konstytucyjnej jest zazwyczaj wykorzystywana w celu ochrony narodowej tożsamości (suwerenności)<sup>30</sup> przed prymatem prawa UE. W tym obszarze tożsamość konstytucyjna państwa członkowskiego jest przeciwstawiana powstającej konstytucyjnej tożsamości Unii (najczęściej w układzie wertykalnym). Rzadziej tożsamość konstytucyjna państwa członkowskiego jest prezentowana w sposób

<sup>26</sup> K. Gozler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Bursa 2008.

<sup>27</sup> *The Migration of Constitutional Ideas*, red. S. Choudhury, Cambridge 2006.

<sup>28</sup> M. Troper, *Behind the Constitution? The Principle of Constitutional Identity in France*, [w:] *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, red. A. Sajó, R. Uitz, The Hague 2010, s. 202.

<sup>29</sup> G.J. Jacobsohn, *Constitutional Identity...*, s. 7

<sup>30</sup> W orzecznictwie sądów konstytucyjnych dotyczącym integracji UE zauważalne jest przejście narracji od suwerenności do tożsamości. R. Toniatti, *Sovereignty Lost, Constitutional Identity Regained*, [w:] *National Constitutional Identity and European Integration*, red. A.S. Arnaiz, C.A. Llivina, Cambridge 2013, s. 49–75; J.H.H. Weiler, *A Constitution for Europe? Some Hard Choices*, „Journal of Common Market Review Studies” 40, 2002, s. 563–580.

horyzontalny, obejmujący wymiar zbiorowej tożsamości jako przynależności do wspólnoty określonych zasad i wartości prawnych.

### 3. TOŻSAMOŚĆ KONSTITUCYJNA A ZMIANY KONSTITUCJI

Najbardziej trafnym przykładem sporu na temat jednostkowego wymiaru tożsamości konstytucyjnej jest wyrok Sądu Najwyższego Indii w sprawie *Kesavananda*<sup>31</sup>. W tej sprawie Sąd Najwyższy stworzył doktrynę „struktury podstawowej”, zgodnie z którą możliwość wprowadzenia poprawek do Konstytucji podlega ograniczeniom wynikającym z podstawowej struktury Konstytucji<sup>32</sup>. Choć doktryna ta nie miała wyraźnego umocowania w tekście Konstytucji Indii, Sąd Najwyższy przyjął ją w celu ustanowienia swojej właściwości do badania materialnej zgodności z Konstytucją poprawek, a w konsekwencji uchylania tych zmian, które uznał za sprzeczne z jej podstawową strukturą<sup>33</sup>. Co istotne, wyrok w sprawie *Kesavananda* oznaczał zwycięstwo Sądu Najwyższego — przynajmniej tymczasowe — w politycznej walce między władzą sądowniczą a rządem (Indirą Gandhi) w kwestii wyłączenia kontroli sądowej nad uchwalonymi zmianami Konstytucji. Choć Sąd Najwyższy wydał niniejszy wyrok w chwili wprowadzenia stanu wyjątkowego, został surowo skrytykowany za uzurpację władzy<sup>34</sup>. Z perspektywy porównawczej wyrok w sprawie *Kesavananda* jest istotny w świetle aktywności instytucji Rady Europy (jak Komisja Wenecka) czy też Unii Europejskiej, które oceniają zgodność wprowadzonych zmian konstytucyjnych nie tyle z przepisami krajowymi, lecz z międzynarodowymi standardami prawnymi — zasadą rządów prawa, demokracji czy praw człowieka<sup>35</sup>.

Jednocześnie wyrok w sprawie *Kesavananda* pokazuje, że nawet w chwili wprowadzenia stanu wyjątkowego sędziowie rzadko są zgodni co do treści tożsa-

<sup>31</sup> *Kesavananda Bharati p. Region Kerala*, 1973 SC 1461, 1973, s. 1492.

<sup>32</sup> Warto zauważyć, że Federalny Sąd Konstytucyjny Niemiec posłużył się taką samą argumentacją w wyroku *Solange I*, gdzie stwierdził że klauzula integracji (artykuł 24 (1) Ustawy Zasadniczej) nie otwiera drogi do zmian w podstawowej strukturze konstytucji bez wprowadzenia formalnej zmiany konstytucyjnej. BVerGE 37, s. 271, 29 maja 1974 r. [za:] Christian Tomuschat, *The Defense of National Identity by the German Constitutional Court*, [w:] *National Constitutional Identity...*, s. 205–219, 207.

<sup>33</sup> S.S. Jain, S. Naryan, *Basic Structure Constitutionalism. Revisiting Kesavanda Bharati*, Delhi 2011; S. Krishnaswamy, *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine*, Oxford 2009.

<sup>34</sup> S.P. Sathe, *Judicial Activism in India*, Oxford 2002, s. 65–70.

<sup>35</sup> L. Garlicki, Z. Garlicka, *External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference*, „Israel Law Review” 43, 2011, s. 343–368; Y. Roznai, *The Theory and Practice of ‘Supra-Constitutional’ Limits on Constitutional Amendments*, „International and Comparative Law Quarterly” 2013, 62 (557).

mości konstytucyjnej<sup>36</sup>. W omawianej sprawie trzynastu sędziów Sądu Najwyższego nie było zgodnych nie tylko w kwestii sądowej kontroli zgodności poprawek z Konstytucją, lecz także w kwestii elementów składowych podstawowej struktury Konstytucji Indii. Wyrażając stanowisko większości, prezes Sądu Najwyższego, sędzia Sikri, uznał że w świetle braku wyraźnego wskazania jest inaczej; Konstytucja Indii zawiera dorozumiane ograniczenia. Te ograniczenia odnoszą się do zasady nadrzędności, republikańskiej i demokratycznej formy rządu, sekularyzmu, podziału władzy i federalizmu<sup>37</sup>. Sędziowie Shelat i Grover dodali do tych elementów jeszcze inne naczelne zasady konstytucyjne, takie jak zasada państwa opiekuńczego, jedność i integralność Indii oraz suwerenność, zaś sędziowie Hegde i Mukherjea stworzyli odrębną listę podstawowych cech Konstytucji, które nie mogą zostać zmienione lub zniszczone, obejmując nimi zasadę suwerenności, demokracji, jedności, wolności jednostki oraz zasadę państwa opiekuńczego. Zdaniem sędziego Jaganmohana na tożsamość konstytucyjną składają się zasady suwerenności, demokracji i republikańskiego systemu rządów, sprawiedliwości społecznej, ekonomicznej i politycznej, wolności wypowiedzi oraz wyznania, a także równego statusu i równych szans. Z kolei sędzia Khanna stwierdził, że „parlament nie może zmienić systemu rządów demokratycznych Indii w dyktaturę lub monarchię dziedziczną, nie wolno mu również znieść Lok Sabha oraz Rajya Sabha (izb indyjskiego parlamentu — przyp. A.Ś.-S.) ani też świeckiego charakteru państwa”<sup>38</sup>. Zgodnie z tą ostatnią opinią jakiegokolwiek zmiany konstytucyjne powinny omijać minimum praw i zasad ustanowionych na mocy Konstytucji Indii, mając na uwadze że minimum to obejmuje właśnie jej strukturę podstawową.

Wszystkie powyższe opinie definiują tożsamość konstytucyjną przez odniesienie jej do abstrakcyjnych zasad konstytucyjnych, które mogą być poddawane różnym interpretacjom. Większość sędziów w tej sprawie wskazała, że zmiany Konstytucji, które są sprzeczne z celem transformacji ustrojowej, są jednocześnie sprzeczne z jej podstawową strukturą. Prezes Sądu Najwyższego dowodził jednak, że zarówno domniemane ograniczenia, jak i doktryna struktury podstawowej nie powinny rodzić wątpliwości z ich rozumieniem i przestrzeganiem<sup>39</sup>. Moim zdaniem jednak wielość opinii w Sądzie Najwyższym Indii w sprawie elementów podstawowej struktury nie stanowi jasnego przekazu dla ustawodawcy, jak należy rozumieć treść tej doktryny, a tym samym, jak definiować, czym jest indyjska

<sup>36</sup> J.H.H. Weiler, *Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, [w:] *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, red. K. Nicolaidis, R. Howse, Oxford 2001, s. 54 („Teksty konstytucyjne w różnych systemach politycznych, szczególnie w odniesieniu do praw człowieka, są w sposób znaczący podobne. Obrona tożsamości konstytucyjnej i jej cech podstawowych okazuje się być często hermeneutyczną słabostką przyjętą opinią większości pięciu sędziów przeciwko czterem opiniom odrębnym”).

<sup>37</sup> S. Raman, *Amending Power under the Constitution of India. A Politico-legal Study*, Kolkata 1990, s. 120–175.

<sup>38</sup> *Ibidem*, s. 139.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

tożsamość konstytucyjna. Wyrok w sprawie *Kesavananda* raczej przypomina o jej istnieniu, a także wykorzystuje koncepcję tożsamości konstytucyjnej do legitymizacji władzy Sądu Najwyższego, szczególnie w kwestii oceny konstytucyjności poprawek do Konstytucji.

#### 4. TOŻSAMOŚĆ KONSTYTUCYJNA A ZAPOŻYCZANIE KONSTYTUCYJNE („CONSTITUTIONAL BORROWING”)

Koncepcja tożsamości konstytucyjnej znalazła też zastosowanie w orzecznictwie sądów konstytucyjnych dokonujących transplantacji, zapożyczenia oraz migracji idei konstytucyjnych<sup>40</sup>. W tym miejscu warto zauważyć, że rozwój badań nad konstytucyjnym prawem porównawczym przyczynił się do rozpowszechnienia liberalnego konstytucjonalizmu lub odwrotnie — rozpowszechnianie się liberalnego konstytucjonalizmu przyczyniło się do wzrostu zapotrzebowania na badania w zakresie porównawczego prawa konstytucyjnego. W tym obszarze otwarte pozostaje jednak pytanie o skalę tych zjawisk, nie zaś o to, czy powinny występować. W literaturze przyjęto, że stopień, w jakim na postawy i zachowania występujące w obrębie jednej kultury prawnej (jurysdykcji) wpływają informacje dotyczące tego, co dzieje się na obszarze innych kultur prawnych (gdzie indziej) opisują dwa paralelne zjawiska konwergencji oraz zaangażowania. Konwergencja i zaangażowanie mają miejsce nie tylko na płaszczyźnie horyzontalnej (między państwami), lecz również na płaszczyźnie wertykalnej (między porządkami międzynarodowym, europejskim i państwowym)<sup>41</sup>.

Naturalnie komparastyka konstytucyjna w praktyce sądowej wymaga odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność transplantacji, zapożyczeń i migracji, w szczególności wtedy, gdy źródła obcego prawa są wykorzystywane do interpretacji konstytucji państwa narodowego<sup>42</sup>. Choć sposób korzystania z porównawczych źródeł prawa konstytucyjnego różni się w zależności od państwa (sądu), czasu oraz przedmiotu porównania<sup>43</sup>, różnice w podejściu sądów (oraz innych władz) do źródeł krajowych i zagranicznych pozostają niewyjaśnione. Wśród wielu przyczyn tego, dlaczego sądy decydują się na zapożyczanie elementów konstytucyjnych z innego systemu prawnego, motywy normatywne oraz socjologiczne zdają się być wyjątkowo istotne. Są one wyrazem relacyjnej logiki sędziów, którzy oddają

<sup>40</sup> W. Osiatyński, *Paradoxes of Constitutional Borrowing*, „International Journal of Constitutional Law” 2003, 1 (244).

<sup>41</sup> D. Nelken, *Defining and Using the Concept of Legal Culture*, [w:] *Comparative Law. A Handbook*, red. E. Özücü, D. Nelken, Oxford 2007.

<sup>42</sup> *Foster p. Florydzie*, 537 U.S. 990 (2002) („this Court ... should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans” — zdanie sędziego Thomasa), *Knight p. Florydzie*, 120 S.Ct 459 (1999), s. 460.

<sup>43</sup> C. McCrudden, *Judicial Comparativism and Human Rights*, [w:] *Comparative Law...*, s. 377.

tym samym szacunek prawu międzynarodowemu oraz zwracają uwagę na bliskość własnego porządku prawnego z innymi porządkami prawnymi<sup>44</sup>.

Jednym z najbardziej dyskutowanych orzeczeń była sprawa *Lawrence p. Teksasowi*<sup>45</sup> przed Sądem Najwyższym Stanów Zjednoczonych, która wywołała gorący spór w kwestii zapożyczeń. Sędzia Kennedy, reprezentując stanowisko większości, zwrócił uwagę na wcześniejsze wyroki w podobnych sprawach — zarówno w sprawie *Bowers p. Hardwick*<sup>46</sup>, jak i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Dudgeon p. Wielkiej Brytanii*<sup>47</sup>. W odniesieniu do tej ostatniej Sędzia Kennedy stwierdził, że wyrok Trybunału strasburskiego ma moc wiążącego standardu we wszystkich państwach członkowskich Rady Europy, zajmując także istotne miejsce w „naszej Zachodniej cywilizacji”. Zaś sędzia Scalia w swoim zdaniu odrębnym zwrócił uwagę w oparciu o wyrok w sprawie *Bowers*, że uznano w nim prawo do sodomii za niezgodne z głęboko zakorzenioną w Narodzie historią i tradycją<sup>48</sup>. Sędzia Scalia utrzymywał tym samym, że wyrokiem w sprawie *Bowers* Sąd Najwyższy odrzucił możliwość zapożyczenia rozwiązań konstytucyjnych występujących w innych państwach.

Warto zauważyć, że w kolejnym przełomowym dla par tej samej płci wyroku Sąd Najwyższy nie powołuje się na inne nacje i przykłady rozwiązań prawnych występujących w państwach Europy Zachodniej, lecz na wewnętrzne argumenty dotyczące podziału władzy<sup>49</sup>. Trudność logiki relacyjnej w wyroku w sprawie *Windsor* polega jednak przede wszystkim na braku rozstrzygnięcia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, uznającego powszechne prawo do zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci, na które Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych mógłby się powołać. Dotychczasowe stanowisko ETPCz w tej sprawie opiera się albowiem na primacie wewnętrznych regulacji państw stron Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w zakresie regulacji prawa do zawarcia związku małżeńskiego osób tej samej płci<sup>50</sup>. W tej sytuacji porównanie Stanów Zjednoczonych do wybranego państwa europejskiego, które zdecydowało się na legalizację związków małżeńskich osób tej samej płci, mogłoby zostać uznane za arbitralne (*cherry-picking*).

Sprawa *Lawrence* jest intrygująca także z tego powodu, że odwołanie do obcych źródeł prawa i orzecznictwa strasburskiego wskazuje niewiążące dla Sta-

<sup>44</sup> V. Perju, *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*, *supra note*, [w:] *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, red. M. Rosenfeld, A. Sajo, Oxford 2012, s. 1304–1327.

<sup>45</sup> 539 U.S. 558 (2003).

<sup>46</sup> 478 U.S. 186 (1986).

<sup>47</sup> *Dudgeon p. Irlandii*, wyrok z dnia 22 października 1981 r., wniosek nr 7525/76.

<sup>48</sup> *Lawrence p. Teksasowi* (Scalia, J. — opinia odrębna).

<sup>49</sup> *Stany Zjednoczone p. Windsor*, 570 U.S. \_\_\_\_ (2013 r.) (nr 12–307).

<sup>50</sup> H.S. Lau, *Rewriting Schalk and Kopf: shifting the locus of deference*, [w:] *Diversity and European Human Rights Rewriting Judgments of the ECHR*, red. E. Brems, Cambridge 2012, s. 243–265.

nów Zjednoczonych normy i standardy orzecznicze, które obowiązują jedynie w systemie Rady Europy. Sytuacji tej nie należy porównywać do wykorzystania orzeczeń strasburskich wydanych przeciwko innym państwom w praktyce sądów krajowych<sup>51</sup>. Powyższa sprawa sugeruje, że w celu znalezienia równowagi między aktywizmem sędziowskim a zapotrzebowaniem na konstytucyjną analizę porównawczą sądy powinny określić, czy rozstrzygane sprawy mają charakter szczególny, czy też uniwersalny. Jeśli sprawa dotyczy kwestii o charakterze szczególnym, sąd powinien powstrzymać się od odwołania do obcych źródeł i komparatystyki konstytucyjnej. Jednakże jeśli sprawa dotyczy kwestii o charakterze uniwersalnym, sądowi należy się więcej swobody w zakresie wykorzystania obcych źródeł prawa jako elementu uzasadnienia<sup>52</sup>.

Odwołanie się do zagranicznego *dictum* w sprawie *Lawrence p. Teksasowi* należy więc odróżnić od pozostałych sytuacji, kiedy to materiał porównawczy ma moc wiążącą dla danego sądu, a sąd ten dąży do nadania skuteczności na przykład obowiązującym normom prawa międzynarodowego na poziomie krajowym<sup>53</sup>. W drugiej z omawianych sytuacji współzależności między prawem międzynarodowym a krajowym są nieuniknione. Dzieje się tak, ponieważ prawo międzynarodowe, a w szczególności międzynarodowe prawo praw człowieka, determinuje legitymizację działań państwa, które to z kolei mogą być poddane kontroli organów sądowych lub *quasi-sądowych*. W tym kontekście „zaangażowanie w ponadnarodowe działania leży w centrum projektu konstytucyjnego samookreślenia, które może również samo wywierać wpływ i na które oddziaływać mogą normy ponadnarodowe [...]” [tłum. wł. — A.Ś.-S.]<sup>54</sup>.

## 5. TOŻSAMOŚĆ KONSTYTUCYJNA A INTEGRACJA EUROPEJSKA

W obszarze integracji europejskiej pojęcie tożsamości konstytucyjnej nadaje ton debacie w sprawie prymatu prawa unijnego nad konstytucjami narodowymi oraz charakteru relacji między Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej a sądami konstytucyjnymi państw członkowskich<sup>55</sup>. W tej trwającej walce o wła-

<sup>51</sup> Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 maja 2012 r. w sprawie symboli totalitarnych, sygn. K 11/10.

<sup>52</sup> C. Moon, *Comparative Constitutional Analysis: Should the United States Supreme Court Join the Dialogue?*, „Journal of Law and Policy” 2003, nr 12 (229).

<sup>53</sup> A. von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, „Common Market Law Review” 2011, nr 48 (1417).

<sup>54</sup> V. Jackson, *Constitutional Engagement in Transnational Era*, Oxford 2010, s. 256 („[e]ngagement with the transnational is at heart a project of constitutional self-definition, which also has the possibility of influencing, and being influenced by, developing transnational norms [...]”).

<sup>55</sup> G. Martinico, *Multiple Loyalties and Dual Preliminarity: The Pains of Being a Judge in a Multinational Order*, „International Journal of Constitutional Law” 2012, 10, s. 891; D. Gareth, *Constitutional Disagreement in European and the Search of Pluralism*, „Eric Stein Working Paper”

dzę, a raczej autorytet „władzy ostatniego słowa”, Federalny Sąd Konstytucyjny Niemiec zwrócił uwagę na kwestię tożsamości konstytucyjnej po raz pierwszy w wyroku w sprawie *Solange F*<sup>56</sup>. Również w ostatnim czasie, dokonując oceny zgodności implementacji prawa wtórnego z Ustawą Zasadniczą, FSK położył nacisk na kwestie praw podstawowych stanowiących część podstawowej struktury konstytucji<sup>57</sup>.

Z kolei w wyroku w sprawie Traktatu z Lizbony kwestia równoważnej ochrony praw podstawowych na poziomie UE nie stanowiła już problemu w świetle przyjęcia Karty Praw Podstawowych, a tym samym włączenia ochrony praw podstawowych do regulacji prawa traktatowego. Mimo to w wyroku w sprawie Traktatu z Lizbony FSK posłużył się pojęciem tożsamości konstytucyjnej niczym papierkiem lakmusowym do zbadania zgodności unijnego prawa traktatowego z Ustawą Zasadniczą. Tym samym FSK uznał się za kompetentny do dokonania oceny tego, czy prawo UE lub ustawodawstwo wewnętrzne implementujące prawo UE w sposób rażąco naruszają podział kompetencji lub też niekorzystnie wpływają na tożsamość konstytucyjną określoną przez Ustawę Zasadniczą<sup>58</sup>. Odwołując się do koncepcji tożsamości konstytucyjnej, FSK potwierdził, że niemiecki porządek prawny opiera się na nienaruszalnych podstawowych zasadach, którym nie wolno przeciwstawiać innych interesów prawnych<sup>59</sup>. FSK następnie stwierdził, że tak zwana „klauzula wieczności” nie pozwala na to, aby ustawodawstwo zmieniające Ustawę Zasadniczą rozporządzało tożsamością wolnego konstytucyjnego porządku prawnego<sup>60</sup>.

---

2010, nr 1; M. Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, „European Law Journal” 2005, nr 11 (262); M.P. Maduro, *Contrapunctual [sic] Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action*, [w:] *Sovereignty in Transition*, red. N. Walker, Oxford 2003, s. 529.

<sup>56</sup> FSK wyrok z dnia 29 maja 1974 r. — 9 BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 *Solange I*.

<sup>57</sup> FSK wyrok z dnia 2 marca 2010 r. — 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08 ws. dyrektywy w sprawie zatrzymywania danych, zgodnie z którym: „integralną częścią tożsamości konstytucyjnej Republiki Federalnej Niemiec jest niepodleganie zapisywaniu lub rejestracji czynności będących realizacją podstawowych swobód i wolności, a Republika Federalna winna podjąć wszelkie możliwe środki w celu zagwarantowania odpowiedniej ochrony na poziomie europejskim i międzynarodowym”.

<sup>58</sup> Uprawnienia FSK są dużo bardziej rozległe w tym kontekście niż uprawnienia Francuskiej Rady Konstytucyjnej, która jest umocowana do zbadania, czy krajowe ustawodawstwo implementujące prawo UE wpływa na francuską tożsamość konstytucyjną. Co więcej, *Conseil constitutionnel* może uznać ustawodawstwo konstytucyjne za sprzeczne z francuską tożsamością konstytucyjną.

<sup>59</sup> FSK wyrok z dnia 30 czerwca 2009 r., 2 BvE 2/08, 123 BVerfGE 267, ws. Traktatu z Lizbony.

<sup>60</sup> Wyrok FSK ws. Traktatu z Lizbony, 216 (“[t]he constituent power of the Germans which gave itself the Basic Law wanted to set an insurmountable boundary to any future political development. Amendments to the Basic Law affecting the principles laid down in Article 1 and Article 20 of the Basic Law shall be inadmissible (Article 79.3 of the Basic Law). The so-called eternity guarantee even prevents a constitution-amending legislature from disposing of the identity of the free constitutional order”).

W tej samej części wyroku w sprawie Traktatu z Lizbony FSK zdefiniował tożsamość konstytucyjną przez pryzmat niepodlegających zmianie przepisów niemieckiej Ustawy Zasadniczej i określił ją mianem tożsamości przyjmującej postać nie tyle tożsamości narodowej, ile konstytucyjnej<sup>61</sup>. Stąd demokracja, rządy prawa, zasada państwa opiekuńczego, republikańska forma rządu, federalizm, jak również zasada ochrony ludzkiej godności i praw podstawowych odgrywają podstawową rolę w niemieckim porządku prawnym. Wynika z tego jasno, że w świetle wprowadzenia zmian na poziomie prawa traktatowego UE rolą tożsamości konstytucyjnej jest ochrona narodowej suwerenności, nawet wtedy gdy brak wyraźnego odniesienia do suwerenności w tekście Ustawy Zasadniczej, ponieważ jest ona raczej wynikiem interpretacji koncepcji samostanowienia (demokracji)<sup>62</sup>. FSK wskazał też tzw. obszary będące „tematami tabu”, zaliczając do nich te, które dotyczą suwerenności i w odniesieniu do których integracja europejska powinna być prowadzona w sposób niezwykle ostrożny (winna być ograniczona lub nawet wykluczona), gdyż charakter tych obszarów wymaga przyjęcia rozwiązań dostosowanych do specyfiki poszczególnych państw<sup>63</sup>.

W odniesieniu do zasady demokracji FSK wyjaśnił, że „prawo do samostanowienia narodów zgodnie z wolą większości, wyrażonej poprzez wybory oraz inne formy demokratycznego głosowania, stanowi element kształtujący porządek państwowy zgodnie z Ustawą Zasadniczą”<sup>64</sup>. FSK przyznał również, że „ten element stanowiący demokracji może zostać osiągnięty poprzez przyjęcie różnych modeli”<sup>65</sup>. Rozwinął następnie tę myśl, dodając, że demokracja może różnić się w swoich formach oraz sposobach manifestowania (na przykład demokracja parlamentarna zgodnie z koncepcją monistyczną lub dualistyczną, demokracja parlamentarna zawierająca elementy plebiscytarne na różnych poziomach rządzenia, a także systemy parlamentarne i prezydenckie, które to wszystkie gwarantują swobodne wyrażanie woli narodu oraz zasadę równości w głosowaniu).

Co charakterystyczne, pojęcie tożsamości konstytucyjnej, zgodnie z interpretacją FSK w wyroku w sprawie Traktatu z Lizbony, nie zmierza do wprowadzenia rozróżnienia między Republiką Federalną Niemiec a innymi państwami, ani nawet między innymi państwami członkowskimi<sup>66</sup>. Pod tym względem różnice są nie-

<sup>61</sup> C. Tomuschat, *The Defense of National Identity by the German Constitutional Court*, [w:] *National Constitutional Identity...*, s. 211.

<sup>62</sup> I. Pernice, *Motor or Brake for European Policies? Germany's New Role in the EU after the Lisbon-Judgment of Its Federal Constitutional Court*, [w:] *Europe's Constitutional Challenges in the Light of the Recent Case Law of National Constitutional Courts*, red. J.M. Beneyto, I. Pernice, Nomos 2011, s. 355–391.

<sup>63</sup> Wyrok FSK ws. Traktatu z Lizbony, s. 252.

<sup>64</sup> *Ibidem*, s. 215.

<sup>65</sup> *Ibidem*, s. 213.

<sup>66</sup> Zgodnie zaś ze stanowiskiem francuskiej Rady Państwowej może ona dokonać przeglądu tylko tych regulacji prawnych implementujących prawo UE, w których francuska tożsamość konstytucyjna byłaby zagrożona z uwagi na zastosowanie nieodpowiednich standardów ochrony

istotne<sup>67</sup>. W wyroku tym FSK koncentruje się raczej na określeniu konstytucyjnego „ja” w odniesieniu do Unii Europejskiej. Mimo posiadania demokratycznej legitymacji władzy europejskiej, Unii Europejskiej brak cech demokratycznego państwa<sup>68</sup>. FSK zauważa jednak, że „demokracja w Unii Europejskiej nie może i nie musi być kształtowana podobnie jak demokracja państwowa”<sup>69</sup>. Mimo to „trudno jest stwierdzić w jaki sposób Unia Europejska, wyznająca te same zasady [od autora: co Ustawa Zasadnicza] (art. 2) oraz obowiązek poszanowania narodowej tożsamości państw członkowskich art. 4(2) mogłaby naruszyć rdzeń tej Ustawy”<sup>70</sup>. Mając na uwadze to, że pojęcia takie jak demokracja, suwerenne państwo oraz władza narodu, są wyjątkowo niejasne, niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny zastrzega sobie prawo oceny Unii Europejskiej we wszystkich sprawach, które są istotne z punktu widzenia ochrony powyższych zasad<sup>71</sup>.

Istnieje również inne zastosowanie koncepcji tożsamości konstytucyjnej, zgodnie z którym jest ona elementem prawa traktatowego UE. Po reformie wprowadzonej Traktatem z Lizbony tożsamość konstytucyjna uznana została na mocy art. 4 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (dalej: TUE), stanowiącego, że: „Unia szanuje równość Państw Członkowskich wobec Traktatów, jak również ich tożsamość narodową, nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego. [...]”<sup>72</sup>.

Do art. 4 ust. 2 TUE odwoływał się również wielokrotnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TS). Niektórzy autorzy interpretują art. 4 ust. 2 TUE jako wyjątek od zasady pierwszeństwa, inni widzą w nim jedynie „przypis”

praw podstawowych na poziomie europejskim. Jak zauważa Monica Claes, w takiej sytuacji pojęcie tożsamości konstytucyjnej odnosi się do niepowtarzalności francuskiego systemu, w takim zakresie w jakim nie jest on współdzielony przez inne państwa. M. Claes, *National Identity: Trump Card or Up for Negotiation?*, [w:] *National Constitutional Identity...*, s. 127 [za:] J.H. Reestman, *The Franco-German Constitutional Divide: Reflections on National and Constitutional Identity*, „European Constitutional Law Review” 2009, nr 5, s. 374–390.

<sup>67</sup> Można jednak argumentować, że niezależnie od narodowych różnic w rozumieniu lub „stosowaniu” demokracji, „szczególny model tworzenia, utrzymywania oraz promowania demokracji, powstał w Europie (najpierw, w Europie Zachodniej a następnie, po 1989 r., w Europie Środkowej i Wschodniej)”. Charakteryzuje go osłabienie suwerenności parlamentarnej, silne mechanizmy kontroli oraz wielopoziomowa ochrona praw przez sądy. J.-W. Müller, *Constitutional Patriotism Beyond the Nation-State: Human Rights, Constitutional Necessity, and the Limits of Pluralism*, „Cardozo Law Review” 2012, nr 33 (1923), s. 1934.

<sup>68</sup> Wyrok FSK ws. Traktatu z Lizbony, s. 272.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> Christian Tomuschat, *supra note*, s. 212.

<sup>71</sup> UE może dowodzić, że swoją legitymację demokratyczną wywodzi z kompetencji powierzonych jej przez państwa członkowskie, z kolei wspólne tradycje konstytucyjne państw członkowskich uznaje za część prawa pierwotnego, a zasadę demokracji jako jeden z wymogów warunkujących akcesję.

<sup>72</sup> Artykuł 4(2) TEU zastąpił artykuł 6(3) TUE obowiązujący przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony.

do procesu integracji<sup>73</sup>. Zdaniem Monica Claes przepis ten stanowi część prawa UE. Zgodnie z tym rozumieniem celem TS jest ustalenie, czy argument władz krajowych odnoszący się do tożsamości konstytucyjnej jest dopuszczalny i czy może stanowić uzasadnienie dla odstąpienia od zasady jednolitego stosowania prawa UE, umożliwiając tym samym niezgodność prawa krajowego z UE lub też derogację<sup>74</sup>.

Poza tym tożsamość konstytucyjna w obszarze integracji europejskiej ma znaczenie w kontekście różnic występujących w zakresie ochrony praw podstawowych zagwarantowanych na mocy Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (art. 53)<sup>75</sup>. Wychodząc poza ramy Unii Europejskiej, należy stwierdzić, że ochrona praw człowieka w systemie Rady Europy dopuszcza różnice w zakresie ochrony zgodnie z zasadą marginesu swobodnego uznania państw stosowaną w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Co więcej, wobec tymczasowego zablokowania przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka poziom ochrony praw może znacząco się różnić, biorąc pod uwagę subsydiarny charakter ochrony gwarantowany na mocy Konwencji i ograniczenia wynikające z zakresu zastosowania Karty tylko w granicach kompetencji Unii. Zgodnie z bieżącym orzecznictwem TS poszanowanie tożsamości narodowej może, co do zasady, uzasadniać wyjątek od stosowania prawa UE lub wprowadzenie ograniczeń w sferze podstawowych swobód gospodarczych<sup>76</sup>. Niemniej jednak, powołanie się na tożsamość narodową przez kraj członkowski pozostaje przedmiotem oceny przez TSUE w kontekście analizy proporcjonalności<sup>77</sup>. W rezultacie, wynik badania proporcjonalności może różnić się w zależności od przypadku<sup>78</sup>. Jak zauważa Laurence Burgogues-Larson, powołanie się na argu-

<sup>73</sup> G. Martinico, *What Lies Behind Article 4(2) TEU?*, [w:] *National Constitutional Identity...*, s. 100.

<sup>74</sup> M. Claes, *National Identity: Trump Card or Up for Negotiation?*, *supra note*, s. 112 („Rozumiany w ten sposób art. 4(2) TUE nie potwierdza orzecznictwa zgodnego z doktryną controlimiti ani też nie stanowi ograniczenia dla ogólnej zasady pierwszeństwa prawa UE”).

<sup>75</sup> „Żadne z postanowień niniejszej Karty nie będzie interpretowane jako ograniczające lub podważające prawa człowieka i podstawowe wolności uznane, we właściwych im obszarach zastosowania, przez prawo Unii i prawo międzynarodowe oraz umowy międzynarodowe, których Unia, Wspólnota lub wszystkie Państwa Członkowskie są stronami, łącznie z europejską Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz przez konstytucje Państw Członkowskich”.

<sup>76</sup> Patrz: wyroki ETS/TSUE — z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02 *Omega Spielhallen*, par. 39; z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*, par. 83; z dnia 12 maja 2011 r. w sprawie C-391/09 *Malgożata Runevič-Vardyn oraz Łukasz Paweł Wardyn*, par. 87. Zob. Leonard F.M. Besselink, wyrok ws. C- 208/09 *Ilonka Sayn-Wittgenstein p. Landershauptmann von Wien*, wyrok (druga izba) z dnia 22 grudnia 2010 r., „Common Market Law Review” 49, 2012, 671.

<sup>77</sup> C-391/09, par. 88. „Przepisy ograniczające swobodę podstawową, taką jak przewidziana w art. 21 TFUE, mogą być uzasadnione obiektywnymi względami jedynie wtedy, gdy są niezbędne dla ochrony interesów, które przepisy te mają zapewnić, i gdy cele te nie mogą zostać osiągnięte mniej restrykcyjnymi środkami.”

<sup>78</sup> C399/11 *Stefano Melloni p. Ministerio Fiscal*, opinia Adwokata Generalnego Bot z dnia 2 października 2012 r. oraz wyrok z dnia 26 lutego 2013. Zob. A. Torres Pérez, *Constitutional Dia-*

ment ochrony tożsamości narodowej jest najbardziej skuteczne, gdy wskazuje na „głęboko zakorzenione i nieodłączne elementy kultury i historii kraju” w celu uzasadnienia odstępstw od podstawowych swobód wspólnego rynku<sup>79</sup>.

Co istotne — dopóki badanie proporcjonalności środków krajowych uzasadnianych koniecznością poszanowania tożsamości narodowej pozostaje w rękach sędziów TS, kwestia tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich może być bagatelizowana<sup>80</sup>. Niektórzy autorzy dowodzą również, że istota europejskich praw podstawowych może zostać wykorzystana przez UE w celu oceny nieliberalnych działań władz krajowych, a odwrócenie argumentacji orzeczenia *Solange I* może stać się narzędziem kontroli państw członkowskich<sup>81</sup>. Podobnie, dopóki ocena, czy dana kwestia należy, czy wykracza poza margines swobody uznania państwa podlega właściwości międzynarodowego organu sądowego, jakim jest ETPCz, tożsamość konstytucyjna państw stron Europejskiej Konwencji Praw Człowieka pozostanie pojęciem relatywnym. Innymi słowy, dopóki ETPCz ocenia, czy państwa strony Konwencji działają w ramach swojego marginesu uznania, koncepcja tożsamości konstytucyjnej opartej o system ochrony praw człowieka będzie bardzo słabym narzędziem argumentacyjnym z perspektywy państwa narodowego.

## 6. TRZY WYMIARY TOŻSAMOŚCI KONSTYTUCYJNEJ

W naukach społecznych tożsamość jest najczęściej analizowana jako element poznawczy (kognitywny), czynnik motywujący oraz jako byt wielozłonowy<sup>82</sup>. Koncepcja trójzłonowej tożsamości wskazuje na trzy wymiary tożsamości (podobnie jak na przykład teoria strukturalna Freuda, według której „ja” dzieli się na

---

*logue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door. Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011*, „European Constitutional Law Review” 1, 2012, s. 105–127.

<sup>79</sup> L. Burgorgue-Larson, *A Huron at the Kirchberg Plateau or a Few Naive Thoughts on Constitutional Identity in the Case-law of the Judge of the European Union*, [w:] *National Constitutional Identity...*, s. 275–304. Dla przykładu, w sprawie *Runevič-Vardyn*, par. 84, rząd litewski dowodził, że „[...] język [...] stanowi wartość konstytucyjną, która chroni tożsamość narodową, przyczynia się do integracji obywateli, zapewnia wyrażenie suwerenności narodowej, niepodzielność państwa oraz prawidłowe funkcjonowanie służb państwowych i samorządowych”.

<sup>80</sup> Co interesujące, w wyroku ws. *Runevič-Vardyn* zastosowano podwójny test proporcjonalności — pierwszy test został wykonany przez sędziów sądu w Luksemburgu i odnosi się do tego, czy określony interes wynikający z danej tożsamości narodowej stanowi cel mogący uzasadnić ograniczenia w zakresie swobody przemieszczania się, podczas gdy drugi test proporcjonalności pozostaje w rękach sądów litewskich i odnosi się do proporcjonalności danego ograniczenia.

<sup>81</sup> A. von Bogdandy *et al.*, *Reverse Solange — Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States*, „Common Market Law Review” 49, 2012, nr 489, .

<sup>82</sup> D.A. Prentice, *The Individual Self, the Relational Self, and the Collective Self: A Commentary*, [w:] *Individual Self, Relational Self, Collective Self*, red. C. Sedikides, M.B. Brewer, New York 2001, s. 315–327.

*id, ego* oraz *superego*)<sup>83</sup>. Trójczłonowy model tożsamości zakłada, że struktura tożsamości może być zbudowana z różnych części, z których każda jest powiązana z innym aspektem struktury społecznej<sup>84</sup>.

Trójczęściowa koncepcja tożsamości przyjmuje, że celem każdego podmiotu jest dążenie do samookreślenia się 1) w wymiarze własnej wyjątkowości (na poziomie wewnątrzsobowym i jednostkowym); 2) w wymiarze relacji z innymi (na poziomie międzyludzkim i relacyjnym); oraz 3) w wymiarze przynależności do danej grupy (poziom grupowy, kolektywny)<sup>85</sup>. Zgodnie z tą koncepcją tożsamość jednostkowa jest budowana w oparciu o potrzebę odróżnienia się od innych i motywowana celem, jakim jest ochrona oraz umocnienie osobowości jednostkowej. Tożsamość relatywna powstaje zaś przez asymilację z innymi oraz tworzenie spersonalizowanych więzi. Jest wynikiem procesu upodobniania się do innych i motywowana celem, jakim jest ochrona oraz wzmocnienie relacji z innymi. Z kolei tożsamość kolektywna wynika z przynależności jednostki do danej grupy, która wyróżnia się spośród innych grup. Tożsamość kolektywna wymaga stworzenia więzi między jednostkami identyfikującymi się z daną grupą i jest motywowana celem ochrony i wzmocnienia własnej grupy<sup>86</sup>.

Trójczłonowa koncepcja tożsamości jest próbą uchwycenia i opisanego procesów związanych z określaniem się jednostki w relacji do siebie samej, innych jednostek oraz grup. Model ten wprowadza rozróżnienie między tożsamością jednostkową, relatywną i zbiorową, będąc syntezą dwóch podejść badawczych zajmujących się oddzielnie tożsamością jednostkową i relatywną oraz jednostkową i kolektywną. Model trójczłonowej tożsamości wydaje się jednak bardziej adekwatny do opisywania złożonych interakcji i poziomów samookreślenia się. Jednocześnie należy zauważyć, że służy badaniu tego, jak głęboka jest identyfikacja jednostki na omawianych poziomach, choć uznaje, że najsilniejszy wymiar tożsamości dotyczy zbiorowych emocji — szczególnie w sytuacjach zagrożenia, takich jak nacjonalizm oraz samoobrona przed zewnętrznymi wpływami<sup>87</sup>.

Model ten może zostać zastosowany do wyjaśnienia pojęcia tożsamości konstytucyjnej państwa narodowego funkcjonującego w policentrycznym środowisku prawnym, w którym mają miejsce równoległe zjawiska konstytucjonalizacji i fragmentacji. Jego zastosowanie opiera się na założeniu, że proces tworzenia tożsamości podmiotu władzy w państwie odbywa się w trzech wymiarach: jednostkowym, relatywnym oraz zbiorowym. Jednocześnie należy zauważyć, że model trójczło-

<sup>83</sup> S. Freud, *The Ego and the Id*, London 1949.

<sup>84</sup> J.E. Stets, *Identity Theory and Emotions*, [w:] *Handbook of the Sociology of Emotions*, red. J.E. Stets, J.H. Turner, Springer 2006, s. 203–223.

<sup>85</sup> M.B. Brewer, W. Gardner, *Who Is This 'We'? Levels of Collective Identity and Self Representations*, „Journal of Personality and Social Psychology” 71, 1996, nr 83, s. 83–93.

<sup>86</sup> C. Sedikides, M.B. Brewer, *op. cit.*, s. 2.

<sup>87</sup> A. Saunders, *Introduction: Towards a European Mode of Cultural Imaginary*, [w:] *The Essence and the Margin. National Identities and Collective Memories in Contemporary European Culture*, red. L. Rorato, A. Saunders, Rodopi 2009.

nowej tożsamości może być zastosowany nie tylko do państwa narodowego, lecz także do opisanego procesu tworzenia tożsamości Unii Europejskiej w kontekście jej interakcji z państwami członkowskimi, państwami trzecimi oraz normami prawa międzynarodowego<sup>88</sup>.

W wymiarze jednostkowym, konstytucyjne „ja” jest określane z perspektywy wewnętrznej — przyjmując siebie jako punkt odniesienia. W tym ujęciu jednostkowy wymiar tożsamości konstytucyjnej w przypadku państwa narodowego może w niektórych przypadkach pokrywać się z tożsamością narodową. W tym miejscu pojawia się jednak pytanie, czy i w jakim zakresie tożsamość konstytucyjna obejmuje tożsamość kulturową, językową religijną i inne tożsamości podmiotów, które zaliczają się lub zaliczane są do podmiotu konstytucyjnego. Czy konstytucyjne „ja” uznaje lub czy powinno uznawać istotę i wartość polityki tożsamości, a także różnice występujące między tożsamościami innymi niż te, które reprezentuje większość czy kultura dominująca. Oczywiście, jednostkowy wymiar konstytucyjnego „ja” wymaga określenia historycznych ram odniesienia. Zatem, podobnie jak tożsamość jednostki, indywidualny wymiar tożsamości konstytucyjnej opiera się na pojmowaniu „ja” jako odrębnego od innych, zaś tożsamość narodowa najczęściej tworzona jest w odniesieniu do innych prezentowanych jako potencjalni wrogowie dla jej integralności, niezależności czy odrębności<sup>89</sup>. W sytuacji braku prawdziwego wroga hipotetyczny — wewnętrzny lub zewnętrzny — wróg odgrywa rolę zagrożenia, przed którymi „ja” musi się bronić. W trójczłonowej koncepcji tożsamości konstytucyjnej tożsamość jednostkowa odpowiada za takie działania podmiotu konstytucyjnego, które mają na celu podkreślenie wartości własnej kultury, tradycji oraz odrębności.

Relatywny wymiar tożsamości konstytucyjnej opisuje relacje występujące między „ja” konstytucyjnym a innymi podmiotami, takimi jak inne państwa narodowe oraz organizacje międzyrządowe. W wymiarze relatywnym kwestią kluczową jest ustalenie, w jakim stopniu tożsamość konstytucyjna państwa jest tworzona przez odniesienie jej do uniwersalnych zasad prawa międzynarodowego. W szczególności dotyczy to międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka, przestrzegania traktatów międzynarodowych oraz współpracy z innymi państwami. Ta część procesu budowania tożsamości oparta jest na poszanowaniu innych i inności przez przyjęcie postawy otwartości na dialog i współpracę<sup>90</sup>.

W wymiarze relatywnym tożsamość konstytucyjna może być przede wszystkim budowana na przyjęciu i przestrzeganiu międzynarodowych standardów praw

<sup>88</sup> D. Bethlehem, *International Law, European Community Law, National Law: Three Systems in Search of a Framework*, [w:] *International Law Aspects of the European Union*, red. M. Koskenniemi, Leiden 1998, s. 164.

<sup>89</sup> S. Brennan, *History and Forms of Collective Identity in Europe: Why Europe cannot and should not be built on History*, [w:] *The Essence and the Margin...*, s. 21–33.

<sup>90</sup> L. Garlicki, *Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisdiction in Europe*, „International Journal of Constitutional Law” 6, 2008, nr 509.

człowieka oraz wyroków sądów międzynarodowych<sup>91</sup>. Należy jednak pamiętać o rozróżnieniu między relacjami z innymi państwami narodowymi w układach bilateralnych lub nieformalnych przez zapożyczenia i „migracje” idei konstytucyjnych oraz relacjami wynikającymi z wiążących traktatów międzynarodowych o charakterze wielonarodowym.

Jednocześnie należy zaważyć, że nawet w odniesieniu do traktatów praw człowieka, bez względu na wspólny język narracji i komunikacji państw, które zobowiązują się do ich przestrzegania, wciąż istnieje napięcie między jednostkowym a relatywnym „ja”. Owo napięcie jest wynikiem starcia aspiracji tożsamości partykularnych z uniwersalistycznymi oraz może wymagać dalszych uzgodnień „między ogólnymi normami praw człowieka, wynikającymi z różnych deklaracji praw człowieka, a ich konkretyzacją w różnych aktach prawnych poszczególnych państw”<sup>92</sup>. W tym kontekście indywidualna tożsamość konstytucyjna stanowi wyraz szczególnej konstytucyjnej treści praw promulgowanych w określonym przez ramy konstytucyjne czasie i miejscu. Choć prawa te zawierają określony ładunek moralny i aksjologiczny, różnią się od norm moralnych będących obowiązującymi dla wszystkich ludzi bez względu na czas i miejsce<sup>93</sup>. Z drugiej strony relatywna tożsamość konstytucyjna może służyć konwergencji między prawami konstytucyjnymi a uniwersalnymi standardami ochrony praw człowieka.

Wymiar zbiorowy tożsamości konstytucyjnych dotyczy współpracy międzynarodowej (integracji) w ramach takich struktur jak Unia Europejska, tworzonych w oparciu o wspólne wartości i cele, i może służyć wyjaśnieniu, na czym polegają relacje między państwami członkowskimi a Unią Europejską będącą odrębnym podmiotem konstytucyjnym (posiadającym swoje własne jednostkowe, relatywne oraz zbiorowe wymiary „ja”). Nic dziwnego, że pojęcie „tożsamość konstytucyjna” wyłoniło się w kontekście walki o nadrzędność prawa UE nad konstytu-

---

<sup>91</sup> M. Kumm, *Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement*, [w:] *The Migration of Constitutional Ideas*, supra note, red. S. Choudhry, s. 256 (dowodzi, że przyczyny zawierania traktatów dotyczących praw człowieka są różne od tych, które prowadzą do zawierania innych traktatów międzynarodowych, a jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest to, że „państwa mogą dawać wyraz swojej narodowej tożsamości, której część jest opiera się na uniwersalnych wartościach prawdopodobnie w celu wzmocnienia swojej renomy na arenie międzynarodowej”), s. 277.

<sup>92</sup> K. Bubnytė, *Human rights universalism and particularism in the jurisprudence of Lithuanian courts*, [w:] *The Interaction of National Legal Systems: Convergence or Divergence? Conference Papers*, Wilno 25–26 kwiecień 2013 r., s. 55 (powołując się na wyrok Sądu Konstytucyjnego Litwy z dnia 9 grudnia 1998 r., Nr 109–3004 „the State of Lithuania, recognising the principles and norms of international norms, may not apply virtually different standards to the people of this country. Holding that it is a member of the international community possessing equal rights, the State of Lithuania, of its own free will, adopts and recognises these principles and norms, the customs of the international community, and naturally integrates itself into the world culture and becomes its natural part”).

<sup>93</sup> S. Benhabib, *On Michel Rosenfeld's The Identity of the Constitutional Subject*, „Cardozo Law Review” 2012, nr 33 (1889), s. 1903. Cyt. za: J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, przeł. W. Rehg, Cambridge 1996.

cjami państw członkowskich i w odpowiedzi na problem utraty suwerenności<sup>94</sup>. W wymiarze zbiorowym tożsamość konstytucyjna jest budowana na wspólnych wartościach i celach, na których oparta jest Unia Europejska. Wyrazem uznania tych samych wartości i celów był art. 6 TUE (w wersji Traktatu z Maastricht), który zakładał, że wszystkie państwa członkowskie szanują godność, prawa podstawowe, demokrację, rządy prawa oraz zobowiązania wynikające z prawa międzynarodowego. Te podobieństwa stanowią uzasadnienie warunkowości akcesji nowych państw<sup>95</sup>.

Wymiary jednostkowy i kolektywny zderzają się z sobą w obliczu rosnącego zapotrzebowania na ochronę interesów narodowych oraz specyfiki ochrony praw. W chwili przyjęcia Traktatu z Maastricht państwa członkowskie wykorzystywały mechanizm protokołów dodatkowych i deklaracji torpedujących przyjęcie *acquis communautaire*<sup>96</sup>. Jako najbardziej znany przykład takiej sytuacji przywołuje się Protokół (Nr 17) (tzw. protokół „Grogan”) mający na celu zapobiec jakimkolwiek modyfikacjom w zakresie stosowania art. 40 ust. 3 pkt 3 Konstytucji Irlandii<sup>97</sup>. Podobne motywy kierowały Wielką Brytanią i Polską przy przyjęciu protokołu brytyjskiego do Traktatu z Lizbony. Stąd można argumentować, że wzajemna zależność między jednostkowym, relatywnym oraz kolektywnym „ja” przyjmuje formę „trójstronnej interakcji zachodzącej między tożsamościami narodowymi, europejskimi tożsamościami cywilizacyjnymi oraz identyfikacją z europejskim projektem integracji”<sup>98</sup>. W wymiarze zbiorowej tożsamości konstytucyjnej pytanie o to, czy tożsamość konstytucyjna w państwie narodowym w Europie może zostać zastąpiona przez tożsamość europejską (lub też *vice versa*, czy europejska tożsamość konstytucyjna może zastąpić tożsamość konstytucyjną państwa narodowego) jest bezzasadne, gdyż dwa powyższe się nie wykluczają, lecz nawzajem uzupełniają.

Należy przyznać, że różnice w standardach ochrony praw podstawowych mogą prowadzić do napięć na obszarach, które odgrywają istotną rolę dla interesów narodowych, a wykraczają poza margines uznania oraz zostały uregulowane na poziomie UE. Podczas gdy reżim prawny Europejskiej Konwencji Praw Czło-

<sup>94</sup> J.H.H. Weiler, *Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, *supra note*, („National courts are no longer at the vanguard of the ‘new European legal order’, bringing the rule of law to transnational relations, and empowering, through EC law, individuals vis-à-vis Member State authority. Instead they stand at the gate and defend national constitutions against illicit encroachment from Brussels. They have received a sympathetic hearing, since they are perceived as protecting fundamental human rights as well as protecting national identity. To protect national sovereignty is passé; to protect national identity by insisting on constitutional specificity is à la mode”).

<sup>95</sup> W. Sadurski, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford 2012.

<sup>96</sup> G. Martinico, *What Lies Behind Article 4(2) TEU?*, *supra note*, s. 101.

<sup>97</sup> Wyrok ETS z dnia 4 października 1991 r. w sprawie C-159/90, *SPUC p. Stephen Grogan i inni*.

<sup>98</sup> W. Spohn, *National Identities and Collective Memory in an Enlarged Europe*, [w:] *Collective Memory and European Identity*, red. K. Eder, W. Spohn, Ashgate 2005, s. 2–9.

wieka gwarantuje ochronę praw jako standardów minimalnych, UE zapewnia ochronę *sui generis*, często stanowiąc najwyższe możliwe standardy ochrony praw człowieka<sup>99</sup>. Niemniej jednak wydaje się, że sytuacje, w których jednostkowy wymiar tożsamości konstytucyjnej wymaga odmowy udzielenia ochrony prawom jednostki lub też udzielenia jej w niższym stopniu, powinny być wyjątkowo rzadkie. Ponadto przyczyny ograniczania praw lub zagwarantowania im ochrony poniżej powszechnie przyjętych minimalnych standardów winny być postrzegane jako wątpliwe. Z drugiej strony zapotrzebowanie na dostosowanie standardów ochrony praw do specyfiki narodowej należy zawsze poddać dokładnej analizie. Jak zauważył jeden z autorów, „rozszerzający się zakres prawa UE oznacza, że państwa członkowskie posiadają coraz mniej swobody w stosowaniu własnych standardów ochrony praw, co w następstwie ogranicza ich narodową autonomię na obszarach obejmujących podstawowe wartości narodowe”<sup>100</sup>.

## 7. WNIOSKI KOŃCOWE

Niniejszy artykuł wychodzi z założenia, że tożsamość konstytucyjna może być wykorzystana w retoryce sądowej w celu legitymizacji władzy sądów w sprawach wynikających z konfliktów norm pochodzących z różnych systemów prawnych. Za każdym razem, gdy sędziowie odwołują się do tożsamości konstytucyjnej w celu uzasadnienia swoich decyzji, nie tylko zakładają, że znana im jest treść tożsamości konstytucyjnej, lecz także zmierzają do rozszerzenia swoich wpływów. Podmiot konstytucyjny posiada jednak wiele poziomów samorealizacji i może ukształtować własną tożsamość w odniesieniu do swojej przeszłości, a także podmiotów i ich grup, które scala, oraz innych podmiotów konstytucyjnych. W ten sposób w procesie samodefiniowania podmiotu konstytucyjnego każdy wymiar jego tożsamości — jednostkowy, relatywny oraz zbiorowy — jest kształtowany przez dynamiczne interakcje przeciwstawnych sił asymilacji i dyferencjacji. W wyniku tych interakcji podejmowane są różne decyzje rozstrzygające konflikty normatywne (polityczne, społeczne) między tożsamością indywidualną a innymi tożsamościami. Stąd decyzje konstytucyjnego „ja” mogą albo włączać inne tożsamości, albo też ich unikać. Wydaje się jednak, że siła określonego wymiaru tożsamości różni się w zależności od kontekstu i materii konstytucyjnej, natomiast w całościowym ujęciu tożsamość konstytucyjna wyłania się jako suma decyzji, na których przeważały różne wymiary tożsamości.

<sup>99</sup> Różnice między poziomami doprowadziły z jednej strony do uznania konieczności akcesji UE do Konwencji, a z drugiej — zablokowania tej opcji przez TSUE w wyroku z dnia 14 grudnia 2014 r.

<sup>100</sup> N. de Boer, *Uniformity or deference to national constitutional traditions in the protection of fundamental rights? Opinion AG Bot in Case C-399/11 Melloni*, 25 października 2012, <http://europeanlawblog.eu>.

---

## THE CONCEPT OF CONSTITUTIONAL IDENTITY: INDIVIDUAL, RELATIVE AND COLLECTIVE DIMENSION

### Summary

This article begins with the supposition that constitutional identity is an attractive legal notion that has been used to legitimize the power of courts in cases that usually arose as a result of the conflict of norms stemming from various legal orders. Whenever judges use constitutional identity rhetoric to justify their decisions, they assume to know the contents of constitutional identity. Ultimately, they do not play the role of the “guardians of the Constitution”, but the “guardians of identity”, and aim to gain, maintain or extend their powers, in particular their authority of the “last word” in the judicial dialogue. The article argues that each constitutional order requires identification of the constitutional subject for its legitimization. It claims, however, that identity of a constitutional subject may develop simultaneously in three dimensions as an individual, relational and collective selves, which remain in constant interaction. While the individual self denotes a particularistic self-perception, the relational and collective selves indicate that identity can mean not only difference, but also sameness or close proximity.