

Słowo wstępne

Pomiędzy pięknem a zmysłami

Piękno sportu jest najbardziej widoczne podczas igrzysk olimpijskich, które były organizowane już w antycznej Grecji. Listy zwycięzców prowadzono od 776 r. p.n.e., tj. od daty uznawanej w encyklopediach za początek olimpiad. Krąg olimpijczyków znacznie rozszerzył się, odkąd z inicjatywy wyroczni delfickiej zaczęto w związku z igrzyskami ogłaszać „pokój boży”. Olimpiady trwające od wiosny do jesieni umacniały poczucie jedności etnicznej Greków. Największą sławą cieszyły się igrzyska ku czci *Zeusa* w Olimpii, organizowane co 4 lata według olimpijskiej rachuby czasu. Ich uczestnicy uosabiali człowieka doskonałego. Filozofowie (jak *Hippiasz* z Elidy) i rzeźbiarze (z pokolenia *Fidiasza* i *Myrona*) odnajdywali w nich piękno idealne, ukazujące harmonię ciała, duszy i charakteru. Był to ówczesny ideał wychowania narodowego, ukazujący zalety piękna apollinijskiego. Od czasu utraty niepodległości przez Grecję znaczenie igrzysk malało, a po podboju Grecji przez Rzym sportowa czystość zawodów pozostawiała wiele do życzenia. Ich bogiem stawał się *Dionizos*, bóg chaosu i wyuzdanego pogwałcenia wszelkich reguł. Pewnie dlatego w 393 r. dekretem cesarza *Teodozjusza I Wielkiego* położył kres igrzyskom w Olimpii.

W starożytnym Rzymie widowiska publiczne zaczęły służyć propagandzie politycznej i wyborczej, a w okresie cesarstwa pomagały umacniać władzę absolutną. W centrum uwagi były walki gladiatorów w Koloseum, otwartym w 80 r. n.e. Walki te kończył cesarz, który na ogół pozytywnie odpowiadał na żądania skandowane przez tłum: *mitte!* (odeślij go z powrotem) albo *ingula!* (podetnij mu gardło). Niepohamowany entuzjazm i podziw dla krwawych spektakli podniecał tłumy. W owym czasie popularnością cieszyły się również bitwy morskie urządzone na sztucznych jeziorach, podczas których wojownicy ginęli naprawdę. W ich cieniu organizowane były zawody atletyczne i pokazy gimnastyczne, choć *Domicjan* zbudował wspaniały stadion na Polu Marsowym z myślą o odrodzeniu greckich igrzysk olimpijskich z okresu ich apollinijskiego piękna.

Gdy *Dioklecjan* przeniósł swą rezydencję z Rzymu do Nikomedii (położonej za Bosforem, w Azji Mniejszej), a później *Konstantyn Wielki* zbudował

w Bizancjum nową, wschodnią stolicę imperium, zaczęto na ciało ludzkie patrzeć przez pryzmat cudu Stworzenia, piękna moralnego. Świt chrześcijaństwa spowodował, że teologowie i mistycy oraz filozofowie przestali interesować się igrzyskami, podejrzliwie traktowali wszystko, co było związane z ciałem i zmysłami. Już wówczas piękno nadzmysłowe zaczęło emanować na człowieka i całą naturę.

W okresie Renesansu ponownie odkryto piękno ciała. W obrazach Venus dostrzegano neoplatonską wizję boskiego ideału. W pałacach i ogrodach podziwiano antyczne posągi inspirujące poetów. Nawet w późniejszej epoce „piękna i rozumu” odwoływano się do klasycznej definicji „proporcji i harmonii” między fizycznością a duchowością, jakby bez przekonania do dynamiki życia. Bohaterowie dam nie przypominali wówczas zwycięzców z Olimpu. Ich arystokratyczne maniery sugerowały wręcz pogardę dla sprawności fizycznej, a rozrywki niekiedy przypominały „bal manekinów”. Jedynie na Wyspach pojawił się nowy przedmiot pożądania. Solidne piękno wiktoriańskie było zwiastunem burżuazji i proletariatu – nowych kanonów estetycznych, obyczajów i zachowań publicznych. Maszyna staje się symbolem triumfu rozumu nad obskurantyzmem przeszłości.

Przełom XIX i XX w. to czas futurystycznej pochwały piękności. Pierwszy egzemplarz Citroëna DS, jeśli nazwać go po francusku, zabrzmi jako *déesse*, czyli „bogini” – dla wielu piękniejsza od *Nike* z Samotraki. Wraz z materią (ciałem dzieła i jego przeznaczeniem) uwielbianą przez tłumy pojawiło się „piękno konsumpcji”. To piękno zawdzięczamy połączeniu konsumpcji z antycznymi ideami sprawności duchowej i cielesnej, które przypomniał baron *Pierre de Coubertin*, z myślą o zasadniczej reformie wychowania społeczeństwa. Z jego inspiracji zorganizowano w Paryżu Kongres Sportu. Jego uczestnicy opowiedzieli się za wznowieniem igrzysk olimpijskich według ateńskich wzorów pod auspicjami Międzynarodowego Komitetu Olimpijskiego. Zgodnie z duchem czasów MKOL przyjął dewizę IO: *Citius – Altius – Fortius* (szybciej, wyżej, silniej).

Wychowanie „przez sport i dla sportu” cechuje nie tylko ideę nowoczesnego olimpizmu. Zasady Karty Olimpijskiej, protokołu olimpijskiego, programu ceremonii otwarcia i zamknięcia igrzysk i treści przyrzeczenia olimpijskiego są najwyżej w hierarchii źródeł prawa sportowego. W ich duchu należy interpretować reguły określające status prawny sportowców i organizacji sportowych – tak w skali międzynarodowej i krajowej, jak i unijnej, co jest jednym z wielu aspektów poruszonych w niniejszej książce. Nie można też zapominać o publiczności, której zachowanie często zakłóca porządek publiczny. Słynna zasada *fair play* powinna obowiązywać wszystkich: sportowców, organizatorów imprez sportowych i widzów. Jest to niezwykle ważne, bowiem coraz częściej igrzyska sporto-

we przypominają nie tyle piękno apollińskie, co piękno dionizyjskie. Cóż, „Jaki świat, takie igrzyska”¹.

Profesor Zdzisław Brodecki²

Prawo europejskie jako prawo tekstów i działań aktorów, czyli o wyzwaniu prawniczej wyobraźni i języka

W obecnych czasach zmiany wywołanej globalizacją zadaniem nauki i doktryny musi być znalezienie nowego języka, którym powinniśmy opisywać nową otaczającą rzeczywistość, ponieważ „prawnicy są jak rzemieślnicy”. Były sędzia TS *Sir D. Edward* pisał: „Narzędziem pracy prawników są słowa, którym nadają zdefiniowane znaczenie. Zakładamy, i założenie to sprawdza się w 90, a może nawet 99% przypadków, że niektóre słowa mają znaczenie tak jasne, że nie wymagają prawnej definicji [...] Te słowa, stare jak sam język, stanowią ważny składnik prawniczego słownika. W pewnych jednak sytuacjach przestają one być narzędziami adekwatnymi w procesie prawniczej analizy [...] Istniejące kategorie prawne muszą zostać rozciągnięte i ponownie zdefiniowane, aby sprostać nowym problemom, przed którymi stajemy. Prawnik, który nie jest w stanie w ten sposób dostosować swojego słownika, zaakceptować nowych pomysłów oraz ich wykorzystać, jest jak rzemieślnik bez narzędzi”³. *B. Rischka-Słowik* sztuka odnalezienia języka adekwatnego dla opisywanych przez siebie zjawisk udała się doskonale i może być stawiana za przykład, jak nowe zjawiska prawne możemy opisywać językiem adekwatnym, który uwalnia nas z zakłętego kręgu wyznaczonego przez suwerenność, integrację międzyrządową i proste przeciwstawianie *my v. oni*. Poszukując języka dla swojej analizy Autorka rzuciła równocześnie wyzwanie pozytywistycznemu paradygmatowi, że prawo to przede wszystkim teksty. Recenzowana praca jest kolejnym dowodem, że jest wprost przeciwnie: prawo europejskie to przede wszystkim działania aktorów, które znaczone są współzależnością i interakcją, dyskursem, sporem i konfliktem. Proces integracji przypomina podróż bez końca, rezultat ma charakter negocjowany, aktorzy raczej zarządzają konfliktem, niż za wszelką cenę są zainte-

¹ Z. Brodecki, B. Rischka-Słowik, w: Z. Szczurek (red.), *Jaki świat, takie igrzyska*, s. 79–92; J. Czerwiński, H. Sozański (red.), *Współczesny sport olimpijski. Zarys problematyki*.

² Prof. Z. Brodecki, Dyrektor Instytutu Prawa i Dyplomacji Wyższej Szkoły Bankowej w Gdańsku.

³ D. Edward, *Opening Speech*, w: R.H.M. Jansen, D.A.C. Koster, R.F.B. van Zutphen (red.), *European Ambitions of the National Judiciary*, s. 14–15.

resowani jego definitywnym rozstrzygnięciem. W tym sensie praca nawiązuje do znanego amerykańskim realitom podziału na *law in action* i *law in books*. Analiza orzecznictwa jest przeprowadzona na bardzo wysokim poziomie merytorycznym i wnikliwości, a Autorce udaje się bardzo trudny dowód, że integracja to przede wszystkim to, co robią sędziowie i inni aktorzy, a punkt ciężkości jest przeniesiony na salę sądową.

Na słowa dużego uznania zasługuje ujęcie tematu, w którym na pierwszy plan wysuwa się „konstytucja sportu”. Wybór tytułu „Konstytucja sportu” jest największą zaletą całej pracy, ponieważ w ten ewokatywny sposób Autorka włącza się śmiało i nawiązuje do powszechnie zaakceptowanego i bezspornego w literaturze zachodniej przedmiotu poglądu, zgodnie z którym konstytucja przestaje być traktowana jako dokument, który jest wyłącznie atrybutem państwa. Doktryna polska, nie tylko prawa europejskiego, ale przede wszystkim prawa konstytucyjnego, z niechęcią przyjmuje ten sposób myślenia, ale w ten sposób skazuje się na marginalizację i niemożność tłumaczenia otaczającej nas rzeczywistości. Tymczasem wypada przypomnieć, że już w jednej z pierwszych spraw rozstrzygniętych przez Trybunał Sprawiedliwości rzecznik generalny Lagrange mówił o „karcie konstytucyjnej z materialnego punktu widzenia (...) mimo formy Traktatu”⁴. Pierwszą sprawą, w której sam Trybunał posłużył się terminem „konstytucja Wspólnoty”, była wydana na podstawie art. 228(6) ówczesnego Traktatu o Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej⁵. Trybunał używa terminu konstytucja, gdy dokonuje oceny procesu decyzyjnego mającego powstać Funduszu. Zdaniem Trybunału „zawarcie umowy międzynarodowej przez Wspólnoty nie może prowadzić do pozbawienia Wspólnoty swobody działania w stosunkach zewnętrznych oraz do zmiany jej (tj. Wspólnoty – dopisek *T.T.K.*) wewnętrznej konstytucji (*internal constitution*) poprzez modyfikację kluczowych elementów struktury Wspólnoty w zakresie prerogatyw instytucji, procesu decyzyjnego (...) oraz usytuowania wobec siebie państw członkowskich”. W tym świetle Trybunał dokonuje oceny poszczególnych postanowień przedstawionego mu do zaopiniowania projektu i uznaje, że wykluczenie z udziału w instytucjach powoływanego Funduszu niektórych państw członkowskich oraz przyznanie pewnych prerogatyw w procesie decyzyjnym tylko wybranym państwom członkowskim „jest niezgodne z konstytucją Wspólnoty (*constitution of the Community*), a w szczególności z pojęciami («*concepts*») zawartymi w ust. 3 i 4 Preambuły Traktatu i w jego art. 3 i 4”. Trybunał posługuje się więc dwoma terminami: „konstytucja Wspólnoty” oraz „konstytucja wewnętrzna”. Mimo wspólnego łącznika w postaci słowa „konstytucja” oba terminy na-

⁴ Wyr. TS z 29.11.1956 r., 8/55, *Fédération Charboniere de Belgique v. High Authority*, Legalis.

⁵ Opinia TS do wyr. z 15.6.1976 r., 1/76, ECR 1977, s. 741.

leży ściśle odróżnić. Pierwszy odnosi się do Traktatu jako dokumentu stanowiącego podstawę Wspólnoty, wyposażonego w szczególne właściwości i moc prawną. Drugi zaś rozumieć należy jako odnoszący się do ustroju wewnętrznego Wspólnoty, sposobu zorganizowania instytucji oraz określenia wzajemnych zależności pomiędzy nimi. Tym samym nawiązuje do pierwotnego znaczenia terminu konstytucja oznaczającego „urządzenie, układ, organizację, naturę czegoś”⁶. Innymi słowy, „wewnętrzna konstytucja” to skrót myślowy obejmujący wszystkie cechy charakterystyczne Wspólnot, które decydują o ich specyfice. „Wewnętrzna konstytucja” jest pojęciem intuicyjnym i niesprecyzowanym. Sam zresztą Trybunał poprzestaje na odwołaniu się do niezdefiniowanej struktury Traktatu, którą określa jako *essential*, ale nie precyzuje żadnego artykułu, którego modyfikacja byłaby uznana za naruszającą tę strukturę. Trybunał natomiast podaje trzy cechy charakterystyczne dla, i wyróżniające, wspólnotowo-konstytucyjny porządek prawny: prerogatywy instytucji, proces decyzyjny oraz status państw jako członków Wspólnoty. Po raz kolejny Trybunał użył terminu „konstytucja” w sprawie *Les Verts* (Trybunał najpierw na wstępie podkreśla, że Wspólnota jest oparta na „rządach prawa”, a dalej wskazuje szczegółową treść rządów prawa, która polega na obligatoryjnej kontroli legalności działań zarówno państw członkowskich, jak i instytucji Wspólnot z Traktatem, który stanowi podstawową kartę konstytucyjną). W konsekwencji od sprawy *Les Verts* możemy uznać, że język konstytucyjny jest powszechnie przyjęty i zaakceptowany w analizie prawa europejskiego. Dlatego „konstytucja sportu” jest niezwykle trafnym ujęciem konstytucji w sensie funkcjonalnym jako dokumencie, który odrywa się od państwa i podkreśla szczególne walory i funkcje wspólnoty, która wobec tak nazwanego dokumentu czuje potrzebę lojalności i przestrzegania. „Konstytucja sportu” jest konstytucją post-państwową, która łączy konstytucje funkcjonujące na różnych poziomach: krajowym i ponadnarodowym, a która reguluje kwestię wykonywania i granic władzy publicznej. Cechą charakterystyczną takiej konstytucji jest niewyłączność (przestaje ona regulować wszystkie kwestie), a wprost przeciwnie opiera się na założeniu o podziale władzy, której konceptualizację stanowią dokumenty konstytucyjne wzajemnie ze sobą powiązane i regulujące swój poziom oraz oderwane od państwa i istniejącego uprzednio wobec konstytucji narodu. Tak rozumiana konstytucja stanowi wyraz zgody jednostek na zorganizowanie się we wspólnotę, nadanie wspólnocie instytucji, zadań i sfery właściwości. Jednostka jest nie tylko twórcą, ale jednocześnie adresem takiej konstytucji. Te nieokreśloność, niepewność i płynność są znakiem czasów i ewolucji dzisiejszego prawa. Mogą podlegać krytyce przez tych, któ-

⁶ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, s. 31 oraz Z. Rysiewicz, *Słownik wyrazów obcych*, s. 361 – „konstytucja” (od łac. *constitutio* – układ, ustanowienie).

rzy patrzą przez pryzmat hermetycznych konstytucji krajowych roszcujących sobie pierwszeństwo, a przez innych być cenione jako okazja do lepszego zrozumienia świata, który nie jest już czarno-biały i logiczny, a UE rekonstruuje jako pierwszą prawdziwie policentryczną wspólnotę, która rzuca wyzwanie zastanej tradycji państwowej, wychodzi z „cienia państwa”, jest „Unią szczególnego rodzaju”. Znakiem dzisiejszych czasów jest odejście od modelu hierarchicznego systemu prawnego w kierunku modelu argumentacyjnego. Ten pierwszy eksponuje Konstytucję jako najwyższy akt prawny danego systemu, który w sposób wyczerpujący i kompleksowy reguluje sposób wykonywania władzy publicznej. Każdy akt prawny obowiązujący na terenie państwa musi pozostawać w zgodzie z Konstytucją. Konstytucjonalizacja Traktatów przez Trybunał („konstytucja sportu” stanowi tylko jeden z dowodów tego ogólnego procesu) stanowi pewne kontinuum, jest procesem dodawania poszczególnych elementów, których dopiero suma powoduje, że Traktat rzymski upodabnia się do konstytucji. Z podobnym elementem inkrementalizmu mamy do czynienia w przypadku orzecznictwa, w którym Trybunał posługuje się terminem „karta konstytucyjna”.

Należy zgodzić się z Autorką, która podkreśla, że termin „konstytucja sportu” nie jest dokumentem. Jest raczej ideą, która ma porządkować procesy zachodzące w sferze wyznaczonej obowiązaniem prawa unijnego. W konsekwencji jest to zjawisko trudne do jednoznacznego zlokalizowania. Takie ujęcie przedmiotu rozważań i badań dowodzi odwagi i gotowości przełamywania stereotypów w myśleniu prawniczym i jako takie zasługuje na najwyższe uznanie, tym bardziej gdy weźmie się pod uwagę dalsze szczegółowe konsekwencje przyjęcia takiego założenia w punkcie wyjścia. Gdy mówimy o „konstytucji sportu” mamy na myśli sieć powiązań jurysdykcyjnych i proceduralnych, które mają miejsce na wielu poziomach: krajowym, międzynarodowym i ponadnarodowym, a nie o jednoznacznych i przewidywalnych procesach i relacjach. Tak rozumiana konstytucja funkcjonalna jest odzwierciedleniem cechy prawa jako sieci, w obrębie której działają, spierają się ze sobą, konkurują *etc.* różni aktorzy. Odzwierciedla ona preferencje i interesy uczestników procesu integracyjnego, dialog i wzajemne interakcje między nimi, a także konflikty w obrębie procesu decyzyjnego i kryteria ich rozstrzygania, tak aby zapewnić, że proces integracyjny jest kontynuowany mimo stałej obecności tych konfliktów. „Konstytucja sportu” spełnia więc funkcję racjonalizacyjną dla różnorodności procesów zachodzących w obrębie Unii, porządkując i wyznaczając rolę i miejsce poszczególnych aktorów. Z kolei TS jako sąd konstytucyjny UE wpływa na wszystkich aktorów. „Konstytucja sportu” dowodzi, że integracja ma charakter dualistyczny: *stricte* polityczny (państwa jako Panowie traktatu) i jurydyczny (system rozwijany przez precedensy i politykę orzeczniczą sądu oddziałującego na system jak prawodawca i korzystający z własnej dynamiki).

Takie ujęcie problemu przypomina „ideę Europy”, o której pisał były sędzia Trybunału (i jeden z twórców Traktatów założycielskich) – *P. Pescatore*. Ta idea od początku łączyła się z pewnym ideałem wspólnoty państw opartej na prawie i tylko prawem związanej. Poprzez umieszczenie art. 19 TUE (wcześniej był to art. 220 TWE) państwa członkowskie nie tylko dokonały symbolicznego zawierzenia sędziom, ale także stworzyły fundamenty kreatywnej postawy przyjętej przez Trybunał w procesie interpretacji prawa wspólnotowego. Wspólnoty oparte są na rządach prawa, a Trybunał musi zapewnić, że zasada ta jest przestrzegana⁷. Autorka doskonale uchwyciła w swojej pracy, że przestrzeganie prawa to coś więcej niż mechaniczne stosowanie przepisów prawa i zapewnienie, że są one przestrzegane. To także odkrywanie innych elementów, które składają się na pojęcie „prawo”, wartości i zasad ogólnych oraz łączenie ich jako substratu argumentacyjnego. To wielka zaleta pracy.

Jedną z podstawowych cech prawa wspólnotowego jest jego dynamiczny i otwarty charakter. Dynamika polega na tym, że *acquis communautaire* jest w stałym ruchu, cały czas wzrasta, ewoluuje. Prawo stanowione przez Wspólnoty stanowi konsekwencje coraz to nowych celów, jakie są stawiane przed Wspólnotami. Jest coraz bardziej skomplikowane i porozrzucane po wielu dokumentach. Jego zaś otwartość oznacza, że na żadnym etapie ewolucji Wspólnot nie mogło ono być ograniczone do samych Traktatów i prawa wtórnego, gdyż pod uwagę należy wziąć szereg innych źródeł prawa, które razem tworzą amalgamat, dopiero, na podstawie którego Trybunał, zgodnie z art. 19 TUE, identyfikuje prawo właściwe dla konkretnej sprawy zawiszej przed nim. Wyrażenie „Trybunał zapewnia przestrzeganie prawa” należy odczytywać zarówno jako nakazujące Trybunałowi określone postępowanie w tym kierunku oraz jako upoważniające Trybunał do zapewnienia, że prawo jest faktycznie przestrzegane. Na tym też polega „chłonność” formuły zawartej w art. 19 TUE. Jej zawartość Trybunał odkrywa przed nami przez cały czas, ilekroć wymaga tego koherencja wspólnotowego systemu ochrony prawnej, ochrona praw, jakie jednostki wywodzą dla siebie z prawa wspólnotowego oraz nadrzędna zasada rządów prawa. Uczynienie więc z praktyki prawa i polityki prawa centralnego przedmiotu badań jest kluczem do zrozumienia sukcesu *B. Rischka-Słowik*.

Nowatorskie ujęcie przez Autorkę uczestników rynku sportowego jako grupy skazanych na stałą interakcję i konkurencję argumentacyjną, a prawa jako zjawiska kolizyjnego należy ocenić niezwykle wysoko. W obecnych czasach globalizacji prawa hierarchia nie jest odpowiedzią dla rzeczywistości, w której prawo europejskie konkuruje z prawem krajowym i *vice versa*. Rozwiązaniem dla

⁷ C.N. Kakouris, *La Mission de la Cour de justice des Communautés européennes et l'ethos du juge*, s. 36–37.

racjonalizacji relacji pomiędzy częściami a całością powinna być zasada subsydiarności. Unia Europejska jest strukturą bez precedensu: ani państwem, ani stowarzyszeniem suwerennych państw. Wzajemne uznanie i respekt, stworzenie *checks and balances* pomiędzy porządkami krajowym i porządkiem ponadnarodowym w ramach wspólnoty, która jest ponad państwa rozumiane łącznie, a nie odrębnie, wspólnoty, która działa w celu lepszej realizacji oczekiwań i praw obywateli państw, która uzupełnia państwa, tworzy nowy poziom ochrony (stąd waga subsydiarności). Czasami warto zaakceptować, że pewnych kwestii w dzisiejszym świecie nie można rozstrzygnąć według logiki czarno-białej (suwerenny albo niesuwerenny, państwo albo nie, *tertium non datur*). Relacje będą uzależnione od sposobu interpretacji subsydiarności, eksponowania solidarności pomiędzy narodami Europy, a nie od zero-jedynkowego sporu o suwerenność. Niestabilność może zostać wywołana właśnie przez próbę odnalezienia za wszelką cenę centrum ogniskującego ostatecznie suwerenność. Słusznie pisze N. Krisch, wskazując na przykład europejskiego systemu ochrony praw człowieka, że pluralizm i zarzucenie hierarchii przyczynia się do stosunkowej równowagi pomiędzy systemami prawnymi, skoro „pozostawiając otwarte kwestie zasadnicze, struktura pluralistyczna ogranicza antagonizmy pomiędzy różnymi instytucjami i pozwoliła im na przejście na poziom, gdzie każda z nich może czerpać korzyści z relacji opartej na współpracy”⁸. Kluczowe w tym podejściu jest to, że mamy do czynienia z dopasowaniem się, które charakteryzuje inkrementalizm, a nie domaganie się z góry uznania przez pozostałych, że „to ja jestem suwerenny, a ty mniej lub w ogóle”. Takie dopasowywanie się nie wyklucza konfliktu, wprost przeciwnie jest on wkomponowany w proces, skoro systemy pozostają wobec siebie w relacji dyskursywnej, a nie konkurencji. Sprzeciwia się jednak logice, według której jeden system korzysta z *a priori* pomyślanego pierwszeństwa, suwerenności pierwotnej. Raczej eksponuje podejście pragmatyczne według lepszego argumentu: z pierwszeństwa korzysta ten system, który ma lepszy argument, lepsze rozwiązania, lepiej chroni prawa człowieka *etc.* Przyjęta przez Autorkę analiza horyzontalna eksponująca na pierwszym planie „lepszy argument” oznacza, że różnorodność i specyfika reprezentowana przez sport uzyskuje szansę przetrwania kolizji z prawem europejskim, ponieważ musi przekonać, że argumenty po stronie sportu są lepsze od uniformizacji, jaką niesie argument z rynku wewnętrznego. Z perspektywy horyzontalnej najlepszym argumentem niekoniecznie jest ten, który unifikuje (bo to, by oznaczało automatyczną preferencję dla prawa europejskiego), ale ten, który najlepiej wyważa tarcie pomiędzy dążeniem do jednolitości (*unity*) a pozostawieniem państwom członkowskim swobody robienia pewnych rzeczy po swojemu (*diversity*).

⁸ N. Krisch, *The Open Architecture of Human Rights Law*, s. 214–215.

Wyważanie jednak jest wynikiem dyskursu i kompromisu, a nie mechanicznym i z góry znanym wyborem według podejścia hierarchicznego (czy to na korzyść prawa europejskiego, czy krajowego). Dialog nigdy nie przesądza wyniku z góry, ponieważ o tym zawsze decyduje wspólnota, która dialog prowadzi i która dopuszcza do głosu wszystkich, którzy mają coś do powiedzenia. W tym sensie sąd konstytucyjny ma do odegrania szczególną rolę, którą jednak może odgrywać tylko wtedy, gdy będzie mówił konstruktywnie, a nie tylko jednostronnie ekspozował wyższość konstytucji i pierwotną kompetencję państwa. Z tej perspektywy prawo krajowe zawsze „wygra”, ale czy chodzi o zwycięstwo wymuszone rozbijającymi argumentami „z hierarchii” i *kompetenz-kompetenz*, które dyskurs kończą zanim jeszcze się zaczął i druga strona uzyskała możliwość przedstawienia swojego punktu widzenia? Ekspozując podejście dyskursywne do relacji międzysystemowych należy doceniać jednocześnie uzasadnione obawy, które takie podejście niesie dla prawników krajowych przyzwyczajonych do bezpiecznej argumentacji z hierarchii. Przede wszystkim niepewność, skoro granice ulegają zamazaniu, a relacje międzysystemowe stają się niejednoznaczne. Ucieczką przed niepewnością nie jest jednak defensywny powrót do hierarchii, ale akceptacja, że stan konfliktu jest normalnym stanem prawa post-suwerennościowego, które znajduje się w stanie permanentnego ruchu i zmiany. Konflikt jednak nie musi być rozumiany jako przyczyna destrukcji, jest raczej wyrazem pragmatyzmu i zmusza wszystkich aktorów do dialogu. W prawie, podobnie jak w polityce, spór może być źródłem innowacji i kreatywności, ekspozując błędy, luki, inspirując dalszą dyskusję. Dialog nie działa w celu eliminacji konfliktu, ale raczej pozwala na zarządzanie nim w czasie. Żyjemy w czasach „nieporządku porządków”, w którym binarny podział na „państwa – niepaństwa” przeżywa kryzys i oddala się coraz bardziej od rzeczywistego obrazu. Nie możemy udawać, że jest inaczej, bo prowadzi to prostą drogą do utraty kontaktu z rzeczywistością i pozostaniu w tyle za zmianami. Stabilne granice pomiędzy światem zewnętrznym a wewnętrznym, czy oddzielenie pomiędzy sferą publiczno-prawną i prywatno-prawną, jasne rozgraniczenie kompetencji, to wszystko już nie istnieje w postaci z góry danej, do której jesteśmy przyzwyczajeni, choć nowe alternatywy wobec świata przemijającego nie są jeszcze do końca rozpoznane i zdiagnozowane. Unia Europejska w wersji idealnej jest wspólnotą, która ma zachować to, co dobre w państwie, a osłabić elementy państwowe o charakterze antagonizującym. Ponadnarodowość jest wizją normatywną, która nie zastępuje państwa narodowego przez w pełni zunifikowany reżim ponadnarodowy, ale zmierza do utrzymania państwa w obrębie wspólnoty państw, która unika błędów pojedynczych i osiąga cele, znajdujące się poza sferą możliwości państwa.

Argument z hierarchii jest adekwatny do konfliktów wewnątrz systemu źródeł, ale nie oddaje unikalności pluralistycznych systemów prawnych, z których

każdy ma roszczenie do swojej Konstytucji. Przez brak podporządkowania jednego systemu wobec drugiego, Traktaty stworzyły skomplikowany system zdolny do balansowania interesów zarówno indywidualnych, jak i grupowych, tych skupionych na poziomie państw, regionów i w końcu ponadnarodowym. Równowaga jest wynikiem trwającej dynamiki, która zmusza wszystkie państwa członkowskie i instytucje Unii do permanentnego dopasowania się wzajemnego do siebie. Akceptacja wspólności wartości oznacza rezygnację z roszczenia, że ich rozumienie tylko w jednym z państw ma charakter bezdyskusyjny. Problem pierwszeństwa może być bowiem analizowany nie tylko jako problemem hierarchii (porządek prawny A jako delegujący/przekazujący kompetencje delegowanemu porządkowi prawnemu B korzysta zawsze w razie konfliktu z pierwszeństwa), ale także heterarchii (porządki prawne A i B współlistnieją i każdy z nich jest wobec siebie autonomiczny), pierwszeństwo nie jest zaś kwestią normatywną, ale faktu. Heterarchia staje się metodą konkurencyjną opisu rzeczywistości wobec perspektywy hierarchicznej. W odróżnieniu od hierarchii nie grupuje wszystkich wyborów w jednym, ostatecznym źródle ocen i jest nowym modelem przywództwa, które nie rości sobie prawa do omnipotencji właściwej systemom hierarchicznym⁹. Wizja interakcji normatywnej i relacje między formalnie autonomicznymi systemami godzą wprost w tradycyjne koncepcje regulujące sposób układania relacji między-systemowych, w których „asem” zawsze była Konstytucja i państwo. Konflikt pomiędzy prawem europejskim a krajowym jest nierozwiązywalny, jeżeli stawiany jest przez pryzmat hierarchii i wagi. Z perspektywy widzenia prawa konstytucyjnego bowiem pierwszeństwo prawa europejskiego jest zawsze kwestią interpretacji Konstytucji. Roszczenie prawa europejskiego do pierwszeństwa przed Konstytucją krajową jest nerelevantne i nie znajduje podstaw prawnych w Konstytucji. Prawo europejskie jest porządkiem wtórnym wobec prawa krajowego. Podobnie, gdy prawo europejskie rości sobie pierwszeństwo wobec prawa krajowego oznacza to, że to ostatnie ma charakter wtórny wobec prawa europejskiego, a Konstytucja traci status prawa najwyższego. Mamy więc opcje wzajemnie się wykluczające. Wybór jednej z opcji zawsze *implicite* zakłada odrzucenie lub zakwestionowanie roszczenia do pierwszeństwa sformułowanego w obrębie drugiego porządku prawnego. Analiza przez pryzmat hierarchii i logikę „albo... albo” jest analizą państwowo-centryczną: państwo albo zachowuje pełną suwerenność *vis-a-vis* UE jako organizacji międzynarodowej albo państwo traci swoją autonomię na rzecz UE. W takim świecie dwubiegunowym ideologia państwa, suwerenności i związane z nimi ograniczenia konceptualne mają charakter wszechobecny i wyznacza-

⁹ E. von Goldammer, J. Paul, J. Newbury, Heterarchy and Hierarchy, tekst dostępny na http://www.vordenker.de/heterarchy/a_heterarchy-e.pdf (dostęp 1.8.2003 r.).

ją od samego początku przebieg i wyniki analizy. Konsekwencją jest monopol państwa i Konstytucji. Konstytucyjny pluralizm proponuje odrzucenie zarówno dyskursu suwerennościowego (wizja TK), jak i absolutyzmu konstytucyjnego (wizja TS). Każdy z porządków prawnych jest w określonym zakresie autonomiczny. Uznanie pierwszeństwa jednego z nich wobec drugiego nie musi wcale prowadzić do dewaluacji tego, który ustępuje pola. Oba porządki mają charakter samo-referencyjny, ponieważ prawo europejskie determinuje zasady obowiązywania dla siebie, a prawo krajowe wobec siebie, w tym skutki swojego obowiązywania dla porządku drugiego. Konstytucyjny pluralizm należy do sfery faktu, jest opisem rzeczywistości, w której dwa porządki równolegle współ-obowiązują i funkcjonują zgodnie ze swoimi regułami. Skoro jest opisem rzeczywistości, nie może abstrahować od przyzwyczajzeń i języka krajowych prawników, którzy w praktyce nadal traktują Konstytucję jako prawo najwyższe. Pomiedzy obydwoima porządkami prawnymi nie ma relacji wyłączności. Odrzucamy logikę „albo... albo” i zajmujemy stanowisko pragmatyczne (opisujące rzeczywistość), według którego w krajowym porządku prawnym prawo europejskie jest stosowane w sferze wyznaczonej przekaznymi przez państwa kompetencjami i celami UE, a w przypadku konfliktu korzysta ono w tej sferze z pierwszeństwa przed prawem krajowym. Pytanie o pierwszeństwo przestaje być kwestią prawną, ale staje się pytaniem empirycznym. Punkt ciężkości przechodzi z hierarchii na adaptację. Każdy z systemów pod wpływem praktyki stosowania prawa i identyfikacji ewentualnych pól konfliktów zmienia się i dopasowuje, tak aby minimalizować niebezpieczeństwo pojawienia się konfliktu. Dotyczy to obydwu poziomów – europejskiego i krajowego, które pozostają wobec siebie w niekończącym się procesie wzajemnego uczenia się siebie w drodze czynności faktycznych. Utworzenie UE demaskuje krajowe porządki prawne i zmusza je do porównywania się z innymi, krytyki i interakcji wszystkich elementów częściowych tworzących wspólnotę. Jeżeli nie jesteś w stanie wyeliminować konfliktu w sposób abstrakcyjny (odrzucając regułę kolizyjną z hierarchii), znaczenie przywiązujesz przede wszystkim do antycypującego unikania kolizji. Na tym polega wyzwanie wzajemnego uczenia się. Adaptacja, zmiana i responsywność dyktują podstawowe reguły gry, a nie wygodne chowanie się za konstytucją. Prawo europejskie musi się dostosowywać do krajowego i radzić sobie z oporem konstytucyjnym, który z perspektywy systemu i sędziego krajowego jest czymś naturalnym. Prawo krajowe musi z kolei dopuszczać prawo europejskie i godzić się z jego pierwszeństwem. Nieusuwalny konflikt będzie wyjątkiem, a nie regułą. Takie ujęcie z samej istoty uprzywilejowuje instytucję, która w sposób wiążący dokonuje wyborów orzeczniczych dla pozostałych aktorów i siłą autorytetu swojego argumentu „zmusza” ich do posłuszeństwa.

Te uwagi mają duże znaczenie w kontekście pracy B. Rischka-Słowik z uwagi na mocne i jednoznaczne wyeksponowanie roli sądu *vis-à-vis* materiału normatywnego. Nie sposób nie przywołać w tym miejscu trafnej oceny wybitnego polskiego teoretyka prawa A. Kozaka, który wskazał, że o ile dla polityków traktat był zakończeniem procesu, o tyle dla sędziów i szczególnej europejskiej wspólnoty klerków był tylko początkiem trasy. Brak odwołania do sportu w Traktatach założycielskich nie przesądził w sposób definitywny, że sport nie wchodzi w zakres przedmiotowy prawa europejskiego. Raczej tę kwestię pozostawił nierozstrzygniętą. Integracja jako projekt otwarty musi mieć zdolność recepcji nowych zjawisk, otwierać się na nie i odpowiednio ewoluować. Sposób, w jaki sport wszedł w zakres *ratione materiae* prawa europejskiego jest pouczającym przykładem na tę otwartość i recepcję, która była urzeczywistniana dwutorowo: przez aktywność polityczną i orzecznictwą.

Rekonstruuąc unijną „konstytucję sportu” sędziowie odgrywają istotną rolę w procesie przekształcania „multicentrycznego” systemu prawnego (będącego w istocie echem dualizmu) i wykładni pro-wspólnotowej w „zintegrowany” system prawny (zwiastujący nową wersję monizmu) i dyskurs praktyczny. Relacje wewnątrz „zintegrowanego systemu” określają zasady lub polityki, z myślą o jego operatywności. Dzięki integralności system staje się przejrzysty, spójny i stabilny. Operatywność natomiast łączy zasadę prymatu z zasadą bezpośredniego obowiązywania/stosowania i/lub bezpośredniego skutku w holistyczną całość. Od samego początku istnienia UE (wcześniej WE) traktaty stworzyły skomplikowany system, który reguluje stosunkami pomiędzy Wspólnotą a państwami członkowskimi, pomiędzy samymi państwami i w końcu pomiędzy instytucjami wspólnotowymi. Traktat rzymski przyjmuje szczególną technikę legislacyjną. Wiele przepisów ma charakter otwarty, niejasny, pozostawia pole manewru i wyboru. Traktat zawierał jedynie plan, zarys projektu, którego wykonanie powierzone zostało instytucjom oraz państwom Wspólnoty. Źródła „kreatywnej jurysprudencji” znajdowały się więc od początku w samym Traktacie. W ten sposób instytucja, która decyduje o sposobie wypełnienia tych niezdefiniowanych pojęć, w sposób konieczny spełnia także funkcję *quasi*-legislacyjną. Ilekroć sędzia musi dokonać wyboru spośród kilku możliwych rozwiązań sytuacji faktycznej, która nigdy wcześniej nie była przedmiotem osądu (brak precedensu i wskazówek interpretacyjnych), tylekroć kreuje nową normę prawną. Ta lakoniczność zapisów znajdujących się w Traktacie rzymskim oznacza, że twórcy Traktatu zdawali sobie sprawę z konieczności spełniania przez Trybunał Sprawiedliwości funkcji *quasi*-legislatora. Kontrowersyjne wybory były i są bezpośrednią konsekwencją tego, co i w jaki sposób zapisano w Traktacie. Uprzywilejowana więc sytuacja Trybunału polega na jego kompetencji do przeprowadzenia w tych wszystkich wypadkach zabiegu interpretacji,