

สาระสำคัญของหลัก Subsidiarity ในการใช้อำนาจของ ประชาคมยุโรป*

พุฒนา ติงศรีพัทิย์
**

เค้าโครง

บทนำ

- ความเป็นมาของหลัก Subsidiarity ในสนธิสัญญาสหภาพยุโรปและสนธิสัญญาโรมก่อตั้งประชาคมยุโรป 1957
- ความหมายของหลัก Subsidiarity

บทที่ 1 ขอบอำนาจ (Competences) ของประชาคมยุโรป

- หลักวิธีการได้มาซึ่งขอบอำนาจของประชาคมยุโรป
- ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจของอำนาจของประชาคมยุโรปกับขอบอำนาจของรัฐสมาชิก

บทที่ 2 การใช้บังคับหลัก Subsidiarity

บทที่ 3 การควบคุมการใช้อำนาจของประชาคมให้สอดคล้องกับหลัก Subsidiarity

หมายเหตุ

เอกสารนี้เป็นเพียงการนำเสนอประเด็นหลักฯ ในสาระสำคัญเพื่อการทำความเข้าใจในหลัก Subsidiarity อย่างเป็นระบบว่าเพระเหตุใดจึงมีการบัญญัตินี้ไว้และข้อพิจารณาในการใช้บังคับหลักดังกล่าว จึงจะไม่มีการขยายความในรายละเอียดมากนัก ซึ่งนักศึกษาควรจะต้องค้นคว้าเพิ่มเติมจากตำราและบทความเอกสารต่างๆ ในบรรณานุกรม สำหรับการอ้างอิงตัวบทจะอ้างเดชะมาตราของสนธิสัญญาสหภาพยุโรป 1992 และสนธิสัญญาโรมก่อตั้งประชาคมยุโรป 1957 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมโดยสนธิสัญญานี้ 2001 และเป็นฉบับ Consolidated Version ส่วนการอ้างอิงร่างสนธิสัญญาฯ ด้วยธรรมนูญยุโรป (Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe) ซึ่งจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม TEU และ TREC ครั้งสำคัญเนื่องจากจะเป็นการยกเลิกสนธิสัญญาทั้งสองฉบับนี้และให้ใช้ European Constitution นี้แทน อีกทั้งยังเป็นการปรับเปลี่ยนหลายประการจากที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน และการอ้างอิง Draft Protocol on the Role of National Parliaments และ Draft Protocol on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality นั้นจะอ้างร่างฉบับ Draft Consolidated Version ที่ตีพิมพ์ในเอกสาร CIG 87/04 ADD1 ซึ่งยังอาจมีการเปลี่ยนแปลงอีกเล็กน้อยก่อนการลงนามโดยรัฐสมาชิก

บทนำ

- ความเป็นมาของหลัก Subsidiarity ในสนธิสัญญาสหภาพยุโรปและสนธิสัญญาโรมก่อตั้งประชาคมยุโรป
ผู้ที่ติดตามเรื่องราวของสหภาพยุโรป (European Union, EU) และประชาคมยุโรป (European Community, EC) มาพอสมควร จะรับรู้ดีว่าระบบกฎหมายประชาคมยุโรป (European Community Legal System) นั้นมีความสับซ้อนในหลายประดิณ หนึ่งในนั้นคือเรื่องระบบการแบ่งส่วนของอำนาจ (Attribution/Conferal of Competences to EC) ให้ประชาคมยุโรป และความสัมพันธ์กันระหว่างขอบอำนาจของ EC กับของรัฐสมาชิกภายใต้

* จากเอกสารคำสอนชั้นปริญญาโทวิชา น.748 ปัญหากฎหมายสหภาพยุโรป ภาค 1/2547 คณบดีค่าสตอร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

** ผู้เขียนศึกษาหารายปรบจำภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณบดีค่าสตอร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ Licence en Droit (Mention Public), Maitrise en Droit (Mention Public), D.E.A. de droit international de développement, Université de Nice.

ระบบการแบ่งสรรขอบอำนาจดังกล่าว นอกจากนี้ สนธิสัญญาหลักทั้งสองฉบับ คือ TEU 1992 และ TREC 1957 ที่มีได้บัญญัติจำแนกไว้ชัดเจนว่าเรื่องใดเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบอำนาจของ EC แต่การพิจารณาว่าเรื่องใดอยู่ใน Competence ของประชาคมยุโรปนั้นจะต้องพิจารณาจาก TREC ทั้งฉบับ โดยพิจารณาจากถ้อยคำใน TREC Article 2,3,4 ซึ่งกำหนด "ภารกิจของประชาคมยุโรป..." (The Community shall have as its task...) และ กิจกรรมที่ต้องดำเนินการโดย EC (activities of the Community...) ว่าระบุไว้ในเรื่องใดบ้างและพิจารณาจากมาตรฐานๆ ใน TREC ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ ว่าให้อำนาจ (Powers) แก่ประชาคมยุโรปไว้อย่างไรหรือไม่ในการดำเนินการในเรื่องนั้นๆ

การแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาโรมก่อตั้งประชาคมยุโรปทุกรั้งที่ผ่านมาโดย Single European Act 1986, Treaty on European Union 1992, Treaty of Amsterdam 1997 และ Treaty of Nice 2001 (ซึ่ง TOA และ TON ได้แก้ไขเพิ่มเติม TEU ด้วย) ได้มีการขยายขอบเขตของความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิกให้ลึกซึ้งขึ้น (Deepening of Integration) พร้อมกับขยายขอบอำนาจของประชาคมยุโรปไปรับเปลี่ยนระบบบริการทำงานของประชาคมโดยตลอด อาทิ การดำเนินการก่อตั้ง Economic and Monetary Union เพื่อการดำเนินการสุ่มใช้เงินสกุลเดียว การขยายขอบเขตการใช้ qualified majority voting (QMV) ในการดำเนินการของประชาคมที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของตลาดเดียว การขยายความร่วมมือใน Second and Third Pillars ฯลฯ การขยายขอบอำนาจอย่างไม่หยุดยั้งรวมถึงที่เกิดขึ้นจากการใช้ระบบการแบ่งสรรขอบอำนาจที่ให้อยู่ทำให้รัฐสมาชิกหลายรัฐหันಗงว่าการให้มี Competences ของรัฐจะถูกจำกัดมากขึ้นๆ จากการบูรณาการที่ลึกซึ้งขึ้นของประชาคมยุโรป จึงได้มีการผลักดันให้มีการบัญญัติหลัก Subsidiarity¹ ขึ้นใน TEU และ TREC ดังนี้

TEU Preamble, recital 12

Resolved to continue the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe, in which decisions are taken as closely as possible to the citizen in accordance with the principle of Subsidiarity.

TEU Article 2 (ex Article B) para.2

The objectives of the Union shall be achieved as provided in this Treaty and in accordance with the conditions and the timetable set out therein while respecting the principle of subsidiarity as defined in Article 5 of the Treaty establishing the European Community.

TREC Article 5 (ex Article 3b)

The Community shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein.

¹ มีความเคลื่อนไหวก่อนหน้าการทำ TEU ที่จะ "จำกัด" การขยายขอบเขตของขอบอำนาจ EC ที่สำคัญ คือ Solemn Declaration on European Union, Stuttgart 1983, Bull. EC 6-1983 ; European Parliament Draft Treaty establishing European Union, 1984, Preamble para. 9 "Intending to entrust common institutions, in accordance with the principle of subsidiarity, only with those powers required to complete successfully the tasks they may carry out more satisfactorily than the States acting independently". ; TREC (as amended by SEA) new Article 130g, 130r โปรดดู D.Z. Cass, The World that Saved Maastricht ? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers Within the European Community, CMLR 29, 1992, p. 1107-1128 ; A.G. Toth, The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty, CMLR 29, 1992, p. 1086-1091.

In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community.

Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty.

หมายเหตุ ใน Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe ได้บัญญัติหลัก Subsidiarity ไว้ใน ส่วนของ Part 1, Title III Union Competences, Article 1-11 Fundamental Principles

2. ความหมายของหลัก Subsidiarity

ดังได้กล่าวแล้วข้างต้นว่า TEU และ TREC ได้บัญญัติหลัก Subsidiarity ไว้โดยชัดแจ้ง แต่ปัญหาคือหลักนี้ มีความหมายเช่นไร เพราะไม่ได้มีคำจำกัดความไว้ในสนธิสัญญาทั้งสองฉบับนี้ เพียงแต่ระบุให้ประเทศมุ่งปฏิอง เศรษฐกิจนี้ในการใช้อำนาจในเรื่องใดๆ ที่ไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจฝ่ายเดียวของประเทศยุโรป อย่างไรก็ได้ ได้มี การให้คำอธิบายในงานวิชาการต่างๆ โดยอธิบายถึงความเป็นมาและความหมายและบทบาทหน้าที่ (function) ที่ เกี่ยวข้องกับหลักการแบ่งส่วนอำนาจระหว่างรัฐ-สังคม-กลุ่ม-ปัจเจก เพื่อให้การตัดสินใจได้ รวมถึงการดำเนินงาน ได้ฯ ในสังคมนั้นเกิดขึ้นในระดับที่เล็กที่สุดของสังคมให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อประสิทธิภาพ อาทิ คำสอนของ Pope Pius XI (Pacal Encyclical Letter, 1931) ที่กล่าวว่า "...It is an injustice, a grave evil and disturbance of right order for a larger and higher association to arrogate its self functions which can be performed efficiently by smaller and lower societies. This is a fundamental principle of social philosophy, unshaken and unchangeable..." ตลอดจนในมิตรหรือบริบทของการเมืองการปกครองและการกระจายอำนาจระหว่าง ส่วนกลางและส่วนท้องถิ่นในรัฐเดียวหรือระหว่างรัฐบาลกลางกับมติชนรัฐในระบบสหพันธ์รัฐ ยิ่งเมื่อคำสอนใน บริบทของ EU และ EC แล้วจะเห็นได้ว่าการบัญญัติหลักนี้ไว้ทั้งใน TEU และ TREC ย่อมสะท้อนโครงสร้าง ความสัมพันธ์กับรัฐスマชิกแบบสหพันธ์รัฐเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ให้บรรลุเป้าหมายและวัตถุประสงค์ (functional federalistic structure) ที่เป็นอยู่ของ EC อย่างชัดเจน และสะท้อนถึงความวิถีกังวลของบางรัฐスマชิกต่อการขยาย ขอบอำนาจอย่างไม่นหยุดยั่งของ EC นั่นเอง² หลัก Subsidiarity ในบริบทของ EC (หลังการแก้ไขเพิ่มเติม TREC 1957 โดย TEU 1992) จึงมีเป้าหมายและบทบาทหน้าที่สำคัญในการ "วางกรอบในทางจำกัด" การใช้อำนาจของ ประเทศยุโรป Karl Lenaerts และ Patrick Van Ypersele วิเคราะห์ว่าหลักนี้มี 2 บทบาทหน้าที่หลัก คือ เป็น Constitutional principle ในการกำหนดว่าควรจะแบ่งส่วนของอำนาจระหว่าง EC กับรัฐスマชิกกันอย่างไร ฝ่ายใน ควรมีขอบอำนาจในเรื่องใด (présider à la répartition constitutionnelle des compétences) และบทบาทหน้าที่ใน การกำกับการใช้อำนาจของประเทศ (réguler l'exercice de ses pouvoirs par la Communauté) ในเรื่องที่ทั้งรัฐ

² D.Z. Cass, Ibid, p.1111 – 1128 ; Koen Lenaerts et Patrick Van Ypersele, Le principe de subsidiarité et son contexte, Cahier de Droit européen, 1994, No. 1, p. 3-13 นอกจากนี้ใน Draft Treaty establishing a European Constitution ระบุไว้ใน Article 1-11 (3) ว่า "Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence the Union shall act only if and insofar as the objectives of the intended action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional level and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level".

และประชามติที่มีขอบเขตจำกัดว่าฝ่ายไหนจะเป็นฝ่ายที่ใช้อำนาจในการดำเนินการ³

ตามที่บัญญัติไว้ใน TREC Article 5 para. 2 ก่อให้เกิดปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณาในการใช้บังคับหลัก Subsidiarity คือจะต้องกำหนดในเบื้องแรกก่อนว่าเรื่องที่ EC จะดำเนินการนั้นอยู่ภายใต้อำนาจฝ่ายเดียวของตนหรือไม่ หากไม่ใช่ก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่า EC ควรดำเนินการหรือไม่ หากใช่ EC ต้องระบุเหตุผลอย่างเพียงพอว่าเหตุใดประชามติจึงควรเป็นฝ่ายดำเนินการแทนที่จะให้เป็นการดำเนินการโดยรัฐสมาชิก และการดำเนินการของประชามติจะต้องไม่ดำเนินการมากไปกว่าเท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุเป้าหมาย (Principle of proportionality ที่กำกับ / กำหนดขอบเขตหรือขนาดของการดำเนินการ)

บทที่ 1 ขอบเขตของประชามติ (Competences of the EC)

เนื่องจากประชามติเป็นองค์กรระหว่างประเทศที่ก่อตั้งขึ้นโดย TREC 1957 เพื่อให้ดำเนินการให้เป็นไปตามเป้าหมายและวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา ก่อตั้ง มาตรา 2,3,4 ประชามติจะมีอำนาจ (powers) ในการดำเนินการอย่างไร เพียงใด ในเรื่องใด จะขึ้นอยู่กับว่าประชามติจะมีขอบเขตในเรื่องนั้นๆ หรือไม่ อย่างไรก็ได้ หลังจากมีการบัญญัติหลัก Subsidiarity ไว้ในสนธิสัญญา รวม มาตรา 5 วรรค 2 แล้วหลักการใช้อำนาจของประชามติจะมีดังนี้ กล่าวคือ แม้เรื่องนั้นประชามติมีอำนาจเพระเรื่องนั้นอยู่ในขอบเขตของประชามติ (แม้ว่าจะไม่ใช่เรื่องที่ประชามติมีอำนาจฝ่ายเดียว) แต่ประชามติไม่สามารถใช้อำนาจของตนก็ได้ ต้องปล่อยให้เป็นการดำเนินการโดยใช้อำนาจของรัฐสมาชิก

ปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ ขอบเขต (Competences) ของประชามติบัน្តได้มากอย่างไร และสัมพันธ์กันอย่างไรกับขอบเขตของรัฐสมาชิก ทั้งนี้ก็เพื่อให้สามารถกำหนดได้ว่า ประชามติจะมีขอบเขตฝ่ายเดียว (exclusive competence) หรือไม่ ในเรื่องใดบ้าง และเพื่อกำหนดในท้ายที่สุดว่าประชามติจะสามารถใช้อำนาจของตนได้หรือไม่โดยสอดคล้องกับหลัก Subsidiarity

1.1 หลักการได้มาซึ่งขอบเขตของประชามติ

ขอบเขตของประชามติอย่างไร ให้อำนาจดำเนินการในหลายลักษณะที่คล้ายคลึงกับการใช้อำนาจของรัฐ อาทิ อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองในรูปแบบของ Regulation, Directive, Decision (TREC Article 249) เพื่อดำเนินการตามภารกิจในการจัดตั้งอุปสรรคต่อการก่อตั้งและการดำเนินการของตลาดเดียว (TREC Article 2, Article 3 para. 1 (a), (c), (h) Article 94-95 ; Approximation of Laws) เป็นต้น และมาตรา 226 ให้อำนาจคณะกรรมการ (European Commission) ในการควบคุมให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามกฎหมายและวัตถุประสงค์ของประชามติ หรือในกรณีของนโยบายการแข่งขัน EC มีขอบเขตตามมาตรา 2, 3 วรรค 1 (g) , 81-82, Regulation 17/62 และ Merger & Acquisition Regulation 4064/89 เป็นต้น นอกจากนี้ EC ยังมีอำนาจในการเจรจาและทำความตกลงกับรัฐอื่นหรือองค์กรระหว่างประเทศอื่นในบางเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของประชามติ ยุโรปด้วย

อย่างไรก็ได้ ปัญหาคือ TREC ไม่ได้กำหนดจำแนกชัดเจนแสดงไว้ในมาตราใดมาตราหนึ่งโดยเฉพาะว่าเรื่องใดต้องเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของประชามติและอำนาจของประชามติ (ดูเบรีบเทียบกับรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Basic Law for the Federal Republic of Germany) มาตรา 70-75 และมาตรา 83-91 แต่จะต้องยกตอกมาจาก TREC ทั้งฉบับว่าประชามติจะมีภารกิจ (task) ใด มีนโยบายร่วม (Common Policies) ที่

³ K.Lenaerts et P.V. Ypersele, เฟง อ้าง, p. 8-13

ต้องดำเนินการในเรื่องใดบ้าง มีกิจกรรม (activities) ที่ต้องดำเนินการในเรื่องใดบ้าง และให้อำนาจอะไรเพื่อดำเนินการ (ออกกฎหมาย หรือทำคำแนะนำ) ซึ่งการใช้อำนาจของ EC อาจถูกโต้แย้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกระบวนการ Judicial Review, TREC Article 230 ได้ และอาจถูกเพิกถอนเนื่องจากการกระทำโดยประมาท (lack of competence) หรือกระทำการโดยฝ่าฝืนขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญในกระบวนการสั่งการ (infringement of essential procedure requirement) ที่กำหนดความสมบูรณ์ของการกระทำนั้น อาทิ องค์กรผู้ออกกฎหมายทำไม่ได้ระบุเหตุผล (motivate) อย่างเพียงพอ (TREC Article 253) หรือฝ่าฝืนกฎหมายประชามยุโรปที่มีอยู่หลายที่มาที่สามารถนำมาใช้ในการทบทวนความชอบด้วยกฎหมายของ acts of EC institutions หรือที่เรียกว่า “Block of Community legality” รวมถึงการเพิกถอนเนื่องจากประชามยุโรปใช้อำนาจไม่ถูกต้อง (misuse of powers)

ในประเด็นนี้ศาลประชามยุโรป (European Court of Justice) มีบทบาทมากในการวางแผนหลักการแบ่งสรรอำนาจของอำนาจจากคดีต่างๆ ที่นำขึ้นสู่การพิจารณาของศาล โดยหลักที่ศาลวางไว้คือ ประชามยุโรปได้ขอบเขตอำนาจมาจากการถ่ายโอนหรือแบ่งสรร (Conferral / Attribution / Transfer of competence) ซึ่งการถ่ายโอนขอบเขตอำนาจ ดังกล่าวนี้อาจเกิดขึ้นในหลายวิธีการ (Modalities of conferral / attribution of competence) พอกลุ่มได้ดังนี้

Modalities of conferral / attribution of competence ⁴

1. Specific Competences กล่าวคือ ประชามยุโรปได้รับการโอนหรือถ่ายโอนขอบเขตอำนาจมาเป็นเรื่องๆ ซึ่งดังได้กล่าวแล้วว่าจะต้องพิจารณาจากสนธิสัญญา Rome ทั้งฉบับในส่วนที่เป็นสารบัญตัวกำหนดภารกิจกิจกรรม นโยบายอะไรบ้างให้ประชามคดีดำเนินการ และกำหนดอำนาจให้ดำเนินการในรูปแบบใด การกระทำในรูปแบบนั้นมีผลทางกฎหมายหรือไม่อย่างไร (ดูจาก TREC มาตรา 249) เพื่อให้ประชามสามารถบรรลุเป้าหมายได้ จะเห็นได้ว่าเป็นการแบ่งสรรหรือถ่ายโอนขอบเขตอำนาจและอำนาจหน้าที่ในลักษณะที่เป็น Functional Approach ผลของการดำเนินการของประชามในเรื่องต่างๆ จึงอาจไม่เป็นเดิมเดิร์จสมบูรณ์แต่ก็ต่างกันไปเนื่องจากในเรื่องต่างๆ เหล่านั้น ประชามมีอำนาจแต่ก็ต่างกัน (เช่น ในเรื่องที่ประชามมีอำนาจในการออก Regulation กับเรื่องที่มีอำนาจออกเพียง Recommendation) หรือแม้ในบางเรื่องที่มีอำนาจของการกระทำที่มีผลทางกฎหมายตามมาตรา 249 ผลการดำเนินการก็อาจยังไม่ครบถ้วน ยังไม่แล้วเสร็จสมบูรณ์ก็ได้ ดังเช่นในเรื่องของการจัดคุณภาพต่อการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า บริการ คนทำงาน นิติบุคคล เงินและทุน ด้วยเหตุนี้มีในเรื่องต่างๆ เหล่านั้นประชามจะมีขอบเขตอำนาจและมีอำนาจดำเนินการก็ตาม แต่โดยส่วนใหญ่แล้วประชามยังดำเนินการไม่เสร็จซึ่งก็จะทำให้เกิดกรณีที่เรียกว่า ประชามยุโรปและรัฐสมาชิกมีขอบเขตอำนาจที่ซ้อนกันอยู่ในเรื่องเดียวกัน (Shared / concurrent competences)

2. ขอบเขตอำนาจเสริม (Subsidiary Competence) TREC Article 308 (ex Article 235) ได้ให้ขอบเขตอำนาจแก่ประชามยุโรปในการเสริมอำนาจของตนภายใต้เงื่อนไขบางประการ กล่าวคือ ต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของตลาดเดียวแต่บหมายมาตราที่เกี่ยวข้องมิได้ให้อำนาจที่จำเป็นไว้ แบบกำหนดกระบวนการไว้ด้วยว่าคณะกรรมการมีอำนาจจะต้องทำข้อเสนอให้คณะกรรมการตีตัดสินใจโดยเสียงเอกฉันท์หลังจากที่ได้ปรึกษารัฐสภาอยุโรปแล้ว มาตรานี้จึงสามารถขยายอำนาจและอำนาจของ EC ได้โดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติม TREC เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจที่ผ่านมาประชามยุโรปได้ให้มาตราเรื่องน้ำอย่างครั้งมาก ทั้งเพื่อเสริมอำนาจที่มีอยู่แล้วหรือเพื่อกองนโยบายใหม่ อาทิ ทำความตกลง EC-ASEAN 1980 โดยอาศัย legal basis คือ TREC Article 113 และ 235 (new 133, 308) ออกนโยบายสิ่งแวดล้อมในปี 1975 ออก Directive on Quality of Water หรือออก Directive 1979 เรื่องการคุ้มครองนก

⁴ Guy Issac et Marc Blaquet, Droit Communautaire général, Armand Colin, 8^{ème} édition, 2001. p. 36-40 : Denys Simon, Le système juridique communautaire, PUF, 2^{ème} édition 1998, p.113

ป่า ฯลฯ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติม TREC ต่อมาได้เพิ่มขอบอำนาจให้ EC ในหลายเรื่องที่ EC ได้ดำเนินการโดยใช้มาตรา 235/308 อย่างไรก็ได้ มีหลายกรณีที่มีการต้องแบ่งการกระทำที่ออกโดยใช้อำนาจตามนี้ โดยข้างต่อไปนี้คือการกระทำใช้ choice of legal basis ไม่ถูกต้อง

3. ขอบอำนาจโดยนัย (Implied competence) ศาลประชามยุโรป avgang หลักว่าเป็นขอบอำนาจที่ประชามไม่มีอยู่โดยขัดแย้งจากบทมาตราใดมาตราหนึ่งหรือจากหลักมาตราของ TREC แต่การดำเนินการนั้นจำเป็นเพื่อบรรลุเป้าหมาย อาทิ มีอำนาจภายใต้กฎหมายในเรื่องการขนส่งทางบก (transport policy) ในเรื่องนโยบายสังคม (Social policy) ประมง แต่ไม่ได้ให้อำนาจทำความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องนั้นๆ แต่การทำความตกลงดังกล่าวจำเป็นเพื่อบรรลุเป้าหมาย Case-law อาทิ ECJ 22/70 ERTA Case ; 3,4,6/76 Kramer

ประเด็นต่อไปที่ต้องพิจารณาคือขอบอำนาจของประชามยุโรปกับของรัฐสมาชิกนั้นสัมพันธ์กันในลักษณะใดบ้าง

1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างประเด็นขอบอำนาจของประชามยุโรปกับของรัฐสมาชิก

ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นนี้ได้ 3 ลักษณะ คือ เรื่องที่อยู่ในขอบอำนาจเฉพาะที่ส่วนไว้ของรัฐขอบอำนาจซึ่งกันระหว่างประชามยุโรปกับรัฐ และขอบอำนาจเฉพาะของประชามยุโรป ซึ่งจะบันทึกในสนธิสัญญาในรูปไม่ได้ระบุไว้ชัดแจ้งว่าเรื่องใดอยู่ภายใต้ขอบอำนาจของใครและในลักษณะใด (แต่หาก Draft Treaty establishing a European Constitution มีผลใช้บังคับ ปัญหานี้คงคลี่คลายไปได้ในระดับหนึ่งเนื่องจากมีการกำหนดไว้ว่างสนธิสัญญาว่าเรื่องใดบ้างเป็น areas of exclusive competence, shared competence)

1. Reserved domains ของรัฐ ภายใต้หลักการ Conferral of specific competences เรื่องใดที่รัฐไม่ได้ถ่ายโอนแบ่งสรรไปให้ประชามยุโรป เรื่องนั้นก็ยังคงเป็นขอบอำนาจของรัฐอยู่ต่อไป หรือ TREC กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่าเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจของรัฐ เรื่องนั้นก็จะอยู่นอกขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมายประชาม อย่างไรก็ได้ แม้เป็น reserved domain แต่ในบางกรณี EC ก็อาจเข้ามาแทรกแซงได้เนื่องจากกฎหมายหรือการดำเนินการของรัฐกระทบต่อการดำเนินการของประชามยุโรป (Case Law ดู ECJ 30/59 ; ECJ 9/74 Casagrande) นอกจากนี้รัฐยังมีหน้าที่ให้ความร่วมมือเป็นการทั่วไปกับประชามยุโรปในการดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายและวัตถุประสงค์อีกด้วย TREC Article 10 (ex Article 5)

2. Concurrent / Shared competences ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้คือว่าเป็นกรณีปกติทั่วไป ทั้งนี้เนื่องจาก EC มีภารกิจและกิจกรรมที่ต้องดำเนินการมากมายและส่วนใหญ่ประชามก็ยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จ เพราะเรื่องนั้นมีหลักหมายประเด็นที่ต้องดำเนินการอย่างค่อยเป็นค่อยไปหรือแม้กระทั่งอาจยังไม่ได้ดำเนินการใดๆ เลย หรือเป็นเพราะในเรื่องนั้นประชามมีอำนาจเพียงทำแนวทางหรือประสานงานกับรัฐสมาชิก ดังนั้นขอบอำนาจซึ่งเกิดขึ้นได้ด้วยหลักสามเหลี่ยมโดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่เป็น non-exercise of EC competence (ประชามมีขอบอำนาจแต่ยังไม่ได้ดำเนินการ) หรือกรณีดำเนินการไปแล้วเพียงบางส่วน (partial exercise of EC Competence) ซึ่งในกรณีใดๆ ที่เรื่องนั้นไม่ได้อยู่ใน EC exclusive competence ประชามจะใช้อำนาจได้ก็จะต้องเคารพหลัก Subsidiarity ซึ่งก็อาจกล่าวได้ว่าหมายถึงกรณีที่อยู่ในขอบอำนาจซึ่งอนุนัณณ์เองที่ประชามยุโรปจะต้องปฏิบัติตามหลักที่บัญญัติไว้ใน TREC Article 5 para 2.

อย่างไรก็ได้ รัฐยังคงมีพันธกรณีตามมาตรา 10 (หลัก Community loyalty) อีกทั้งยังมีหลัก Pre-emption ที่กำกับการใช้อำนาจของรัฐ กล่าวคือ รัฐจะใช้อำนาจของตนดำเนินการไปฝ่ายเดียวได้ก็ต่อเมื่อประชามยุโรปยังไม่ได้

ดำเนินการหรือยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจที่หลงเหลืออยู่ของรัฐเป็นการชั่วคราว (provisional and residual competence of Member States) ทั้งนี้ก็เพื่อหลีกเลี่ยง legal vacuum ในเรื่องนั้น หรือในประเด็นนั้น ของเรื่อง โดยที่การดำเนินการของรัฐในลักษณะนี้ไม่ใช่เป็นการที่รัฐ “ถอน” ขอบอำนาจในเรื่องนั้นคืนมาจาก ประเทศคุณูป คือทั้งการดำเนินการของรัฐจะต้องไม่กระทำกฎหมาย สิ่งที่ EC ได้ดำเนินการไปแล้วตลอดจน เป้าหมายและวัตถุประสงค์ของประเทศคุณูป และเมื่อประเทศเมื่อใช้ขอบอำนาจของตนก็มีผลทำให้การใช้อำนาจ ของรัฐในเรื่องนั้นสิ้นสุดลงด้วย

Case-law ในเรื่องนี้มีมากมายที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของตลาดเดียว ซึ่งศาลวางหลักสำคัญไว้หลาย ประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คดี ECJ 120/78 Rewe-Zentrale “Cassis de Dijon Case”

3. ขอบอำนาจฝ่ายเดียวของประเทศคุณูป (EC exclusive competence) กรณีที่ EC มีขอบอำนาจ ฝ่ายเดียวที่คือได้ว่าเป็นกรณียกเว้นมาก และมีเพียง 2 เรื่องเท่านั้น คือ ขอบอำนาจใน Common commercial policy ด้านสินค้า (เพราะเกี่ยวข้องกับการเป็นสหภาพศุลกากร Customs union) และเรื่อง conservation of fishery resources

ขอบอำนาจฝ่ายเดียวอาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ exclusive competence by nature กล่าวคือ TREC กำหนดวัตถุประสงค์และเป้าหมายหรือการดำเนินงานไว้ชัดเจนถึงขนาดที่การดำเนินการใดๆ ของรัฐสมาชิก จะเป็นการขัดต่อสนธิสัญญาใน กับ exclusive competence by exercise⁵ ขอบอำนาจฝ่ายเดียวที่ประเทศนี้มีนัยสำคัญคือ หากเป็น exclusive competence by nature ประเทศไม่สามารถ “คืน” ขอบอำนาจเรื่องนั้นกลับไปให้รัฐสมาชิกได้ ยกเว้นแต่จะมีการแก้ไขสนธิสัญญาในสิ่งที่ “ดึง” ขอบอำนาจเรื่องนั้นกลับไปเป็นของรัฐสมาชิก หรือประเทศให้ วิธี “มอบอำนาจ” (delegate power) ให้รัฐดำเนินการ ส่วน exclusive competence by exercise นั้นตราบใดที่ ประเทศยังไม่ได้ดำเนินการหรือยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จสมบูรณ์ เรื่องนั้นก็เป็นเรื่องที่คู่ใน concurrent / shared competence

Case-law ดู ECJ 22/70 ; ECJ 3,4,6/76 ; ECJ 141/78 France V UK ; ECJ 32/79 Commission V UK ; ECJ 804/79 Commission V UK ; Opinion 1/75 ; Opinion 1/94 เป็นต้น

บทที่ 2 การใช้บังคับหลัก Subsidiarity⁶

หากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 ว่าเมื่อพิจารณาแล้วว่าเรื่องนั้นฯ ไม่ได้อยู่ใน exclusive competence of EC หากประเทศคุณูปจะดำเนินการในเรื่องนั้น ประเทศคุณูปก็ต้องเคารพหลัก Subsidiarity ซึ่งมีบทบาทในการกำหนด การใช้อำนาจของประเทศคุณูป ว่าระหว่างรัฐหรือประเทศคุณูป ฝ่ายใดควรจะใช้อำนาจ และเพรเวเต็ตุได้ ประเทศคุณูปปัจจุบันทำได้ดีกว่า มีประสิทธิภาพเหนือกว่ารัฐ และถ้าประเทศจะดำเนินการยังต้องกระทำการ เท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุเป้าหมาย (TREC Article 5 para. 2 In areas which do not fall within its exclusive

⁵ compétance exclusive par nature และ compétance exclusive par exercice, see, Guy Issac et Marc Blaquet, Droit Communautaire général , ibid., p. 43-44 ; Philippe Manin, Les Communautés européennes , L'Union européenne , Pedone, 5^{eme} édition, 1999 p.79-99 ; K. Lenaerts et Patrick Van Ypersale, ibid., p. 13-28

⁶ K. Lenaerts et Patrick Van Ypersale, ibid., p. 40-82 ; Guy Issac et Marc Blaquet, p. 46-48 ; Philippe Manin, ibid., p.99-104 ; D.Simon, ibid., p.98-100 ; Joel Rideau, Droit institutionnel de l'Union et des communautés européennes, LGDJ., 3^{eme} édition, 2000, p.514-518

competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be *sufficiently* achieved by the Member States and can therefore, by reason of the *scale or effects* of the proposed action, be better achieved by the Community)

ในอีกมุมมองหนึ่ง มาตรา 5 วรรค 2 ของสนธิสัญญาโรม นี้มีข้อเพื่อปกป้องการใช้อำนาจของรัฐสมาชิกในกรณีที่รัฐสมาชิกมีข้อบกพร่องทางความสามารถและสามารถดำเนินการได้ดีกว่า มีประสิทธิภาพกว่าประเทศอยู่ในปัจจุบัน

ปัญหาคือ ประเทศอยู่ในปีหลักเกณฑ์อย่างไรในการพิจารณาว่าประเทศอยู่ในปีดำเนินงานได้ดีกว่ารัฐ ประเทศอยู่ในปีดูดพินิจเพียงใด พิจารณาประเมินขีดความสามารถของรัฐแต่ละรัฐหรือประเมินขีดความสามารถของทุกรัฐสมาชิก และเป็นการประเมินขีดความสามารถของรัฐที่มีอยู่จริงหรือประเมินศักยภาพของรัฐ ในอนาคต (actual and/or potential aptitude) ด้วย⁷ อีกทั้งประเด็นเกี่ยวกับการประเมิน “ขนาด” ของปัญหา “ระดับ” ของผลที่จะได้รับ ประเทศควรทำได้ดีกว่าปล่อยให้รัฐสมาชิกดำเนินการ ข้อกำหนดดังกล่าวล้วนนิ่มมีความไม่ชัดเจนในตัวเอง และเปิดช่องให้ประเทศอยู่ในปีใช้ดูดพินิจได้มากซึ่งอาจเป็นการใช้ดูดพินิจตามอำเภอใจได้

ประเด็นปัญหาดังกล่าวได้รับการขยายความให้ชัดเจนขึ้นหลังจากได้มีการทำ Interinstitutional agreement of 25 October 1993 between the European Parliament, the Council and the Commission on procedures for implementing the principle of subsidiarity (Bulle. EC 10/93, point 2.2.2) และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการทำ Protocol on the application of the principle of subsidiarity and proportionality annexed to Treaty of Amsterdam 1997 ซึ่งสรุปสร้ารสำคัญได้ดังนี้ (ดูเอกสารแนนก)

- ทุกองค์กรของประเทศอยู่จะต้องเคารพหลักนี้
- การใช้หลักนี้ไม่กระทบ *acquis communautaire*
- จะไม่กระทบหรือรื้อฟื้นอำนาจที่ประเทศอยู่ได้มาแล้วภายใต้ TREC และที่ได้มีการตีความไว้แล้วโดย ECJ
- หลักนี้ใช้เฉพาะกับเรื่องที่ประเทศอยู่ไม่มีอำนาจฝ่ายเดียว
- หลักนี้เป็นหลักที่มีพลวัตรและจะต้องพิจารณาใช้บังคับให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของประเทศอยู่ ให้ประเทศอยู่ทำงานได้ภายใต้กฎหมายของตนอย่างเดียวที่อาจขยายเพิ่มเติมได้ หากจำเป็นในทางกลับกันอำนาจของประเทศอยู่อาจถูกจำกัดหรือสิ้นสุดลงหากไม่มีเหตุผลความจำเป็นอีกต่อไป
- ร่างกฎหมายใดๆ ของประเทศอยู่จะต้องระบุเหตุผลว่าเพาะเหตุใด ประเทศจึงสมควรเป็นฝ่ายดำเนินการและได้ดำเนินการอะไรบ้างเท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุเป้าหมาย
- Point 5 ระบุแนวทาง (guidelines) ที่ประเทศอยู่ควรใช้ในการพิจารณาว่าประเทศสามารถดำเนินการได้ดีกว่ารัฐโดยเปรียบเทียบ ดังนี้

“For the Community action to be justified, both aspects of the subsidiarity principle shall be met; the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by Member States action in framework of their national constitutional system and can therefore be better achieved by action on the part of the Community.

⁷ K.Lenaerts et P.V. Yperscale, p. 44-52

The following guidelines should be used in examining whether the abovementioned condition is fulfilled :

- the issue under consideration has transnational aspects which cannot be satisfactorily regulated by Member States ;
- actions by Member States alone or lack of Community action would conflict with the requirements of the Treaty (such as the need to correct distortion of competition or avoid disguised restrictions on trade or strengthen economic and social cohesion) or would otherwise significantly damage Member States interests ;
- action at Community level would produce clear benefits by reason of its scale or effects compared with action at the level of the Member States.”
- หากจะออกกฎหมาย ประชามติจะออกกฎหมายให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น และควรออกเป็น Directives มากกว่าเป็น Regulations และเป็น Framework Directives มากกว่าเป็น detailed measures (ข้อนี้เห็นชัดเจนในกรณีของ New Approach for harmonisation of national legislation) และประชามติจะเปิดช่องให้ได้ดำเนินการมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้
- หากพิจารณาแล้วว่าประชามติควรดำเนินการ รัฐสมาชิกยังคงมีพันธกรณีภายใต้ TREC Article 10
- Point 9 ระบุถึงหน้าที่ของคณะกรรมการบริหาร (ในฐานะที่เป็นผู้ริเริ่มร่างกฎหมาย) ที่จะต้องปรึกษาหารือให้รอบด้านที่สุด ชี้แจงเหตุผลถึงความจำเป็นที่ประชามติจะเป็นฝ่ายดำเนินการออกกฎหมายนั้น และจะต้องดำเนินถึงภาระที่เพิ่มขึ้นของรัฐ ประชามติ ฯลฯ ทั้งในด้านการคลังและทางบริหาร โดยจะต้องก่อภาระดังกล่าวให้น้อยที่สุด
- Point 11 ระบุถึง ex ante political control โดย EP และ Council ในกระบวนการนิติบัญญัติของประชามติ (Consultation – cooperation – codecision procedure)
- Point 13 กล่าวถึง ex post judicial control ตามกระบวนการปกติ

มีควรข้อสังเกตว่าใน Protocol ฉบับนี้ มีได้กล่าวถึงบทบาทของรัฐสมาชิกแต่อย่างใดใน ex ante political control ดังนั้นในการทำ Draft Treaty establishing a European Constitution (ซึ่งบรรดาผู้แทนของรัฐบาลของทั้ง 25 รัฐสมาชิกที่การประชุมแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญา, Conference of the Representatives of the governments of the Member States, IGC ได้เห็นชอบในร่างสนธิสัญญาแล้วเมื่อเดือนมิถุนายน 2004 ที่ผ่านมา ขั้นตอนต่อไปคือการลงนามรับเอกสารร่างสนธิสัญญาโดยรัฐสมาชิกทุกรัฐ และการให้สัตยาบันจากทุกรัฐสมาชิก จึงเริ่มมีผลใช้บังคับ) นอกจากนี้ ยังได้มีการยกเว้น Protocol on the role of National Parliaments in the European Union และยกเว้น Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality ฉบับใหม่ขึ้นซึ่งจะผนวกแนบท้าย Treaty establishing a European Constitution ร่างพิธีสารฉบับหลังนี้ให้เพิ่มบทบาทของ National Parliaments ในกระบวนการ ex ante political control ว่าประชามติใช้อำนาจโดยชอบด้วยหลัก subsidiarity หากรัฐสมาชิกของรัฐสมาชิกบางส่วนเห็นว่าร่างกฎหมายที่ร่างโดยสหภาพยุโรปนั้น

ฝ่ายนี้หลัก subsidiary สมภาคผูกพันประชามยุโรปและรัฐสมาชิก เพื่อการนัดหมายนั้น (Draft Protocol, Article 3,4,5,6)

อนึ่ง แม้ว่า Protocol 1997 จะมีผลบังคับผูกพันประชามยุโรปและรัฐสมาชิก เพื่อการนัดหมายนั้น (Draft Protocol, Article 3,4,5,6) แต่หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าประชามยุโรปควรเป็นฝ่ายดำเนินการหรือไม่เพื่อการ เหตุใด (Point 5) นั้นก็เป็นเพียงแนวทางการพิจารณาซึ่งควรต้องนำใช้เท่านั้น (The following guidelines should be used...) ซึ่งในท้ายที่สุดหากมีการตัดสินใจว่าศึกษาวิเคราะห์ว่าศาลประชามยุโรปจะมีอำนาจจำกัดอย่างไร หรือไม่ หรือมีแนวโน้มจะจำกัดอย่างไรในการทบทวนคดีพินิจขององค์กรประชามยุโรปผู้ออกกฎหมายลำดับรองฉบับที่ถูก ตัดสินใจ

บทที่ 3 การควบคุมว่าประชามยุโรปเคารพหลัก Subsidiarity ในการใช้อำนาจ

การตรวจสอบควบคุมนั้นมี 2 ลักษณะ คือ โดยกระบวนการทางการเมือง โดยองค์กรการเมือง กับการ ตรวจสอบโดยกระบวนการทางศาลโดยองค์กรที่มีอำนาจตัดสินใจ ซึ่งการตรวจสอบทั้งสองวิธีนี้ให้ผลที่ต่างกัน

1. Ex ante political monitoring

ในระบบกฎหมายประชามยุโรปนั้น TREC ให้อำนาจคณะกรรมการอธิการ (European Commission) ค่อนข้างมากในการ “ผูกขาด” อำนาจในการทำข้อเสนอกฎหมาย (Protocol) ซึ่งร่างกฎหมายนั้นจะเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติของประชามยุโรปตามมาตรา 251 (co-decision procedure) หรือ 252 (cooperation procedure) รัฐสภาจะมีหน้าหนักและบทบาทมากกว่าตามมาตรา 251 และเมื่อพิจารณา Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality 1997 Point 12 แล้วจะเห็นว่ารัฐสภาจะมีบทบาทในการรับรู้ เหตุผลของคณะกรรมการต่อว่า Council เห็นว่าร่างกฎหมาย (ที่ยกร่างโดยคณะกรรมการอธิการ) เคารพหลัก Subsidiarity หรือไม่ อย่างไร แต่ก็มิได้ระบุว่าให้รัฐสภาไปดำเนินการอย่างไรต่อไปหากไม่สอดคล้องกับหลักดังกล่าว กรณีจึง ต้องใช้อำนาจที่มีอยู่ในกระบวนการตามมาตรา 251 หรือ 252

ส่วนในร่าง Protocol ฉบับใหม่นั้น มีการวางแผนและกระบวนการ early warning system ให้โดยรัฐสภา ของรัฐสมาชิกจะมีบทบาทใกล้ชิดมากขึ้นกับองค์กรสมภาคผูกพันในกระบวนการร่างกฎหมายยุโรปและมีอำนาจทำ ความเห็นโดยระบุเหตุผล (Reasoned Opinion) ว่าร่างกฎหมายนั้นไม่สอดคล้องกับหลัก Subsidiarity ซึ่งองค์กร ของสมภาคจะต้องคำนึงถึงความเห็นดังกล่าว และหากรัฐสภาของรัฐสมาชิกจำนวนหนึ่งเห็นว่าร่างกฎหมายนั้นไม่ เคารพหลัก Subsidiarity ร่างกฎหมายนั้นจะต้องมีการทบทวน และหากองค์กรสมภาคผู้เสนอร่างกฎหมายเห็นควร ให้คงร่างเดิมไว้ หรือแปรปูน หรือถอนร่างไป องค์กรนั้นจะต้องระบุเหตุผล (Draft Protocol 2004 on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, Article 5-6; Article 3 Draft Protocol on the role of National Parliaments in the European Union “National Parliaments may send to the presidents of the European Parliament, the Council and the Commission a reasoned opinion on whether a draft European legislative act complies with the principle of subsidiarity, according to the procedure laid down in the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality.”)

2. Ex post judicial monitoring : Judicial Review

(เอกสารอ่านประกอบ, K.Lenaerts et P.V. Ypersele, Le principe de subsidiarité et son contexte, Cahier de droit européen, 1994, no.1, p. 83-99 ; Philippe Manin, Les Communautés européennes. L'Union

européennes, LGDJ, 3^{ème} ed. 2000 ; Paul Craig & Grainne De Burca, EU Law : Text, Cases and Materials, Clarendon Press, 3rd ed., 2003, p. 136 – 138)

คดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลประชามยูโรปเพื่อการทบทวนความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของประชามยูโรปว่าสอดคล้องกับหลัก Subsidiarity หรือไม่ตามกระบวนการของ TREC Article 230 (ex Article 173) นั้นมีมีมากนัก และศาลจะนำหลักนี้มาใช้บังคับในการทบทวนความชอบด้วยกฎหมายเฉพาะกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหลังจากวันที่ 1 พฤษภาคม 1993 ซึ่งเป็นวันที่ Treaty on European Union มีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น (Case T-29/92 Vereniging van SPO in de Bouwnijverheid and others V Commission of the European Communities ซึ่งเป็นประเด็นการใช้อำนาจของ Commission ในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน)

ปัญหาของศาลประชามยูโรปในการใช้อำนาจตาม TREC Article 230 (ex Article 173) ก็คือชอบเขตหรือความเข้มข้นในการทบทวนการใช้ดุลยพินิจ (intensity of judicial control of discretionary power) ขององค์กรผู้ออกกฎหมายประชามนับที่ถูกต้องและโดยที่ควรจะประ拯救ของประชามยูโรปเป็นเรื่องทางเศรษฐกิจเป็นส่วนใหญ่ จึงนำไปสู่การใช้อำนาจที่มีอยู่ในการออกกฎหมายทางเศรษฐกิจ หากศาลก้าวล่วงไปตรวจสอบการใช้อำนาจดุลยพินิจของ Commission / Council / EP and Council หากเกินไปในการวินิจฉัยว่าเรื่องใดที่ประชามควรดำเนินการได้ดีกว่ารัฐ และเพรเวเตตูติ (principle of subsidiarity) และประชามควรออกมาตรการใดจึงจะเหมาะสม สมเหตุสมผลและได้สัดส่วนกับเป้าหมายโดยไม่เกินให้เกิดภาระมากเกินความจำเป็น (principle of proportionality) ก็เท่ากับศาลไม่ควรพหักการแบ่งแยกอำนาจที่ระหว่างองค์กรประชามยูโรปด้วยกันเอง แต่หากศาลจำกัดขอบเขตการตรวจสอบโดยค้นหาว่ามีการผิดพลาดในข้อเท็จจริงหรือในข้อกฎหมายอย่างเห็นได้ชัด (manifest error) เท่านั้นหรือไม่ (ซึ่งเป็นแนวทางที่ศาลใช้มามาโดยตลอด อาทิ ECJ 114/76 Skimmed milk power case ; ECJ 55/75 Balkan) ศาลก็อาจถูกวิพากษาวิจารณ์ได้ว่าเป็นผู้ทำให้หลัก Subsidiarity ใน TREC Article 5 ใช้ความหมายได้ และในหลายคดีศาลให้ความสำคัญมากกับการตรวจสอบทบทวนว่าประชามจะระบุเหตุผลซึ่งการใช้อำนาจกระทำการไว้อย่างเพียงพอหรือไม่ (motivate reasons justifying Community action) (Case C-233/94 Germany V EP and Council เยอรมันตี้แบ่งว่าประชามยูโรปไม่ได้ให้เหตุผลอย่างเพียงพอในการออก Directive 94/19 EC on deposit guarantee schemes ซึ่งมีผลทำให้สถาบันการเงินสัญชาติเยอรมันที่เปิดสาขาอยู่ในประเทศสมาชิกอื่นๆ ไม่สามารถประกันเงินฝากตามระบบที่เป็นอยู่เดิมของเยอรมันได้ ซึ่งระบบเยอรมันอาจให้หลักประกันแก่ผู้ฝากเงินได้ดีกว่า แต่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า Directive ฉบับนี้ motivate อย่างเพียงพอแล้ว, para. 22-29)

ในคดี C-84/94 United Kingdom V Council นั้นศาลได้เพิกถอนมาตรา 5 second sentence ของ Directive 93/104 EC concerning certain aspects of the organisation of working time ที่บังคับให้รัฐทุกรัฐต้องกำหนดให้วันอาทิตย์เป็นหนึ่งวันหยุดทำงานในสปดาห์ด้วย เหตุผลว่าไม่ควรพหัก proportionality แม้ว่าองค์กรจะต่อสู้ว่าประชามยูโรปฝ่าฝืนหลัก subsidiarity ก็ตาม แต่ศาลเห็นว่า Council ไม่ได้อ้างหลักดังกล่าวไว้ในกฎหมายนี้ นอกจานี้ศาลยังได้ระบุถึงแนวทางและขอบเขตในการตรวจสอบดุลพินิจว่าองค์กรประชามยูโรปควรพหัก subsidiarity และ proportionality ว่า “(para.58...As to judicial review of those conditions, however, the Council must be allowed a wide discretion in an area, as here, involves the legislature in making social policy choices and requires it to carry out a complex assessment. Judicial review of the exercise of that discretion must therefore be limited to examining whether it has been vitiated by manifest error or misuse of powers, or whether the institution concerned has manifestly exceeded the limits of its discretion”

ส่วนคดีอื่นๆ นั้น โปรดดู C-377/98 Netherlands V Parliament and Council, para. 30-34 เนื่อเรื่องแลนด์ ได้แจ้งว่า Directive 98/44 EC on the legal protection of biotechnological inventions ฝ่ายนี้หลัก subsidiarity และประเทศไม่ได้ระบุเหตุผลว่าจะอย่างเพียงพอในการใช้อำนาจออกกฎหมายดังกล่าวแทนที่จะให้เป็นเรื่องของแต่ละรัฐที่จะดำเนินการ ทั้งนี้ ประเทศญี่ปุ่นว่าเรื่อง legal protection of biotechnological inventions นี้ เกี่ยวข้องโดยตรงกับ functioning of the single market จึงควรเป็นอำนาจของประเทศในการออกกฎหมายระดับประเทศ เพื่อป้องกันไม่ให้รัฐต่างๆ ออกกฎหมายของตนซึ่งแต่ละรัฐอาจกำหนดระบบคุ้มครองและนวัตกรรมที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายของรัฐนั้นๆ แตกต่างกันไป และคดี C-491/01 British American Tobacco (Investments) Ltd. And Imperial Tobacco Ltd. V Secretary of State for Health

บทสรุป

การใช้บังคับหลัก Subsidiarity เป็นเรื่องที่มีขั้นตอนมากมายและการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อพิจารณาว่า อย่างไรประเทศญี่ปุ่นได้ดำเนินการโดยการให้ผลลัพธ์ดังกล่าวแล้วก็เป็นเรื่องที่ไม่ชัดเจน มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจดูพินิจในการดำเนินการด้านเศรษฐกิจสังคมที่สลับซับซ้อน การใช้กระบวนการทางศาลเพื่อทบทวนความชอบด้วยหลัก subsidiarity จึงมีความยุ่งยากและข้อจำกัดมากที่เดียว ดังนั้น ระบบ early warning system ที่วางไว้ใน Draft Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality จึงน่าจะมีบทบาทสำคัญและเหมาะสมในการป้องกันหลีกเลี่ยงการให้แยกความชอบด้วยกฎหมายที่ศาลประเทศญี่ปุ่น

บรรณานุกรม

- Josephine Steiner, Lorna Woods, Textbook on EC Law , BlackStone Press, 7th ed., 2000.
- Paul Craig, P., De Burca, Grainne., EU Law : Text, Cases and Materials , Oxford, 3rd ed., 2003.
- Stephen Weatherill, Cases and Materials on EC Law , Blackstone Press, 2nd ed., 1995.
- Stephen Weatherill, Law and Integration in the European Union , Oxford, Clarendon Law Series , 1995.
- Joel Rideau, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, Paris:LGDJ, 3^{ème} éd.1999.
- Denys Simon, Le système juridique communautaire , PUF, 2^{ème} édition 1998,
- Guy Issac et Marc Blaquet, Droit Communautaire général , Armand Colin, 8^{ème} édition, 2001.
- Philippe Manin, Les Communautés européennes , L'Union europeenne , Pedone, 5^{ème} édition, 1999.
- Koen Lenaerts et Patrick Van Ypersele, Le principe de subsidiarité et son contexte , Cahier de Droit européen, 1994, No.1 , p. 3-85
- A.G. Toth, The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty , CMLR 29, 1992, p. 1079-1105.
- Deborah Z. Cass, The World That Saves Maastricht ? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers Within the European Community , 29 CMLR 1992, p. 1107 – 1136.

--- ເອກສາຣົພນວກ 1 ---

CONFERENCE
THE REPRESENTATIVES
OF THE GOVERNMENTS
OF THE MEMBER STATES

Brussels, 6 August 2004 OF
(OR. Fr)

CIG 87/04
ADD 1

ADDENDUM 1 TO CIG 87/04

*Subject : Protocols and Annexes I and II annexed to the Treaty establishing a
Constitution for Europe*

--- Selected Article ---

**I. PROTOCOL ON THE ROLE OF NATIONAL PARLIAMENTS
IN THE EUROPEAN UNION**

ARTICLE 2

Draft European legislative acts sent to the European Parliament and to the Council shall be forwarded to national Parliaments.

For the purposes of this Protocol, “draft European legislative acts” shall mean proposals from the Commission, initiatives from a group of Member States, initiatives from the European Parliament, requests from the Court of Justice, recommendations from the European Central Bank and requests from the European Investment Bank for the adoption of a European legislative act.

Draft European legislative acts originating from the Commission shall be forwarded to national Parliaments directly by the Commission, at the same time as to the European Parliament and the Council.

Draft European legislative acts originating from the European Parliament shall be forwarded to national Parliaments directly by the European Parliament.

Draft European legislative acts originating from a group of Member States, the Court of Justice, the European Central Bank or the European Investment Bank be forwarded to national Parliaments by the Council.

ARTICLE 3

National Parliaments may send to the Presidents of the European Parliament, the Council and the Commission a reasoned opinion on whether a draft European legislative act complies with the principle of subsidiarity, in accordance with procedure laid down in the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality.

ARTICLE 6

When the European Council intends to make use of Article IV-444 (1) or (2) of the Constitution, national Parliaments shall be informed of the initiative of the European Council at least six months before any European decision is adopted.

ARTICLE 7

The Court of Auditors shall forward its annual report to national Parliaments, for information, at the same time as to European Parliament and to the Council.

ARTICLE 8

Where the national Parliamentary system is not unicameral, Article 1 to 7 shall apply to the component chambers.

--- Selected Article ---

II. PROTOCOL ON THE APPLICATION OF THE PRINCIPLES OF SUBSIDIARITY AND PROPORTIONALITY

ARTICLE 3

For the purposes of this Protocol, the term “draft European legislative act” shall mean Commission proposals, initiatives of groups of Member States, initiatives of the European Parliament, requests from the Court of Justice, recommendations from the European Central Bank and requests from the European Investment Bank for the adoption of a European legislative act.

ARTICLE 4

The Commission shall forward its draft European legislative acts and its amended drafts to national Parliaments at the same time as to the Union legislator.

The European Parliament shall forward its draft European legislative acts and its amended drafts to national Parliaments.

The Council shall forward draft European legislative acts originating from a group of Member States, the Court of Justice, the European Central Bank or the European Investment Bank and amended drafts to national Parliaments.

Upon adoption, legislative resolutions of the European Parliament and positions of the Council shall be forwarded by them to national Parliaments.

If the draft European legislative act originates from the Court of Justice, the European Central Bank or the European Investment Bank, the President of the Council shall forward the opinion to the institution or body concerned.

ARTICLE 7

The European Parliament, the Council and the Commission, and, where appropriate, the group of Member States, the Court of Justice, the European Central Bank or the European Investment Bank, if the draft legislative act originates from them, shall take account of the reasoned opinions issued by national Parliaments or by a chamber of a national Parliament.

Each national Parliaments shall have two votes, shared out on the basis of the national Parliamentary system. In the case of a bicameral Parliamentary system, each of the two chambers shall have one vote.

Where reasoned opinions on a draft European legislative act's non-compliance with the principle of subsidiarity represent at least one third of all the votes allocated to the national Parliaments in accordance with the second paragraph, the draft must be reviewed. This threshold shall be a quarter in the case of a draft European legislative act submitted on the basis of Article III-264 of the Constitution on the area of freedom, security and justice.

After such review, the Commission or, where appropriate, the group of Member States, the European Parliament, the Court of Justice, the European Central Bank or the European Investment Bank, if the draft European legislative act originated from them, may decide to maintain, amend or withdraw the draft. Reasons must be given for this decision.

**Protocol
on the application of the principles of subsidiarity and proportionality**

Origin: Treaty of Amsterdam 1997.

THE HIGH CONTRACTING PARTIES,

DETERMINED to establish the conditions for the application of the principles of subsidiarity and proportionality enshrined in Article 5 of the Treaty establishing the European Community with a view to defining more precisely the criteria for applying them and to ensure their strict observance and consistent implementation by all institutions;

WISHING to ensure that decisions are taken as closely as possible to the citizens of the Union;

TAKING ACCOUNT of the Interinstitutional Agreement of 25 October 1993 between the European Parliament, the Council and the Commission on procedures for implementing the principle of subsidiarity;

HAVE CONFIRMED that the conclusions of the Birmingham European Council on 16 October 1992 and the overall approach to the application of the subsidiarity principle agreed by the European Council meeting in Edinburgh on 11-12 December 1992 will continue to guide the action of the Union's institutions as well as the development of the application of the principle of subsidiarity, and, for this purpose,

HAVE AGREED UPON the following provisions which shall be annexed to the Treaty establishing the European Community:

1. In exercising the powers conferred on it, each institution shall ensure that the principle of subsidiarity is complied with. It shall also ensure compliance with the principle of proportionality, according to which any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of the Treaty.

2. The application of the principles of subsidiarity and proportionality shall respect the general provisions and the objectives of the Treaty, particularly as regards the maintaining in full of the *acquis communautaire* and the institutional balance; it shall not affect the principles developed by the Court of Justice regarding the relationship between national and Community law, and it should take into account Article 6(4) of the Treaty on European Union, according to which 'the Union shall provide itself with the means necessary to attain its objectives and carry through its policies'.

3. The principle of subsidiarity does not call into question the powers conferred on the European Community by the Treaty, as interpreted by the Court of Justice. The criteria referred to in the second paragraph of Article 5 of the Treaty shall relate to areas for which the Community does not have exclusive competence. The principle of subsidiarity provides a guide as to how those powers are to be exercised at the Community level. Subsidiarity is a dynamic concept and should be applied in the light of the objectives set out in the Treaty. It allows Community action within the limits of its powers to be expanded where circumstances so require, and conversely, to be restricted or discontinued where it is no longer justified.

4. For any proposed Community legislation, the reasons on which it is based shall be stated with a view to justifying its compliance with the principles of subsidiarity and proportionality; the reasons for concluding that a Community objective can be better

achieved by the Community must be substantiated by qualitative or, wherever possible, quantitative indicators.

5. For Community action to be justified, both aspects of the subsidiarity principle shall be met: the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by Member States' action in the framework of their national constitutional system and can therefore be better achieved by action on the part of the Community.

The following guidelines should be used in examining whether the abovementioned condition is fulfilled:

— the issue under consideration has transnational aspects which cannot be satisfactorily regulated by action by Member States;

— actions by Member States alone or lack of Community action would conflict with the requirements of the Treaty (such as the need to correct distortion of competition or avoid disguised restrictions on trade or strengthen economic and social cohesion) or would otherwise significantly damage Member States' interests;

— action at Community level would produce clear benefits by reason of its scale or effects compared with action at the level of the Member States.

6. The form of Community action shall be as simple as possible, consistent with satisfactory achievement of the objective of the measure and the need for effective enforcement. The Community shall legislate only to the extent necessary. Other things being equal, directives should be preferred to regulations and framework directives to detailed measures. Directives as provided for in Article 249 of the Treaty, while binding upon each Member State to which they are addressed as to the result to be achieved, shall leave to the national authorities the choice of form and methods.

7. Regarding the nature and the extent of Community action, Community measures should leave as much scope for national decision as possible, consistent with securing the aim of the measure and observing the requirements of the Treaty. While respecting Community law, care should be taken to respect well established national arrangements and the organisation and working of Member States' legal systems. Where appropriate and subject to the need for proper enforcement, Community measures should provide Member States with alternative ways to achieve the objectives of the measures.

8. Where the application of the principle of subsidiarity leads to no action being taken by the Community, Member States are required in their action to comply with the general rules laid down in Article 10 of the Treaty, by taking all appropriate measures to ensure fulfilment of their obligations under the Treaty and by abstaining from any measure which could jeopardise the attainment of the objectives of the Treaty.

9. Without prejudice to its right of initiative, the Commission should:

— except in cases of particular urgency or confidentiality, consult widely before proposing legislation and, wherever appropriate, publish consultation documents;

— justify the relevance of its proposals with regard to the principle of subsidiarity; whenever necessary, the explanatory memorandum accompanying a proposal will give details in this respect. The financing of Community action in whole or in part from the Community budget shall require an explanation;

— take duly into account the need for any burden, whether financial or administrative, falling upon the Community, national governments, local authorities, economic operators and citizens, to be minimised and proportionate to the objective to be achieved;

— submit an annual report to the European Council, the European Parliament and the Council on the application of Article 5 of the Treaty. This annual report shall also be sent to the Committee of the Regions and to the Economic and Social Committee.

10. The European Council shall take account of the Commission report referred to in the fourth indent of point 9 within the report on the progress achieved by the Union which it is required to submit to the European Parliament in accordance with Article 4 of the Treaty on European Union.

11. While fully observing the procedures applicable, the European Parliament and the Council shall, as an integral part of the overall examination of Commission proposals, consider their consistency with Article 5 of the Treaty. This concerns the original Commission proposal as well as amendments which the European Parliament and the Council envisage making to the proposal.

12. In the course of the procedures referred to in Articles 251 and 252 of the Treaty, the European Parliament shall be informed of the Council's position on the application of Article 5 of the Treaty, by way of a statement of the reasons which led the Council to adopt its common position. The Council shall inform the European Parliament of the reasons on the basis of which all or part of a Commission proposal is deemed to be inconsistent with Article 5 of the Treaty.

13. Compliance with the principle of subsidiarity shall be reviewed in accordance with the rules laid down by the Treaty.
