

porary nature), sprecyzowany w wyroku w sprawie *Gebhard*⁴⁹³. Świadczy to o tym, iż przy powoływaniu się na wzory zachowania wyznaczane z udziałów zwrotów szacunkowych należy, mimo ich „przepisowego” pochodzenia, sięgnąć także do orzecznictwa Trybunału.

- 237 Zwrotów szacunkowych jest ilościowo znacznie więcej, niż klauzul odsyłających do wartości, co może wynikać z pragmatycznego charakteru prawa unijnego oraz z zawartego w nim silnego rysu ekonomicznego, który często rodzi konieczność raczej „szacowania” stanu faktycznego zgodnie z zasadami racjonalnej gospodarki, niż jego „wartościowania”⁴⁹⁴.

§ 13. Precedens w prawie europejskim

I. Bariery naszego myślenia o prawodawczej roli sądów⁴⁹⁵

- 238 Dzisiaj tylko zwolennicy demokracji w wersji prostej uznają, że jedynym prawodawcą jest instytucja, która pochodzi z wyborów powszechnych. To stanowisko jest coraz częściej odrzucane jako nieodzwoiercedlające skomplikowanego i wielopoziomowego procesu stanowienia prawa⁴⁹⁶. Legislacja rozumiana jako polityczny proces stanowienia prawa przez organ przedstawicielski staje się jednym z możliwych sposobów generowania przepisów powszechnie wiążących. Obecnie jesteśmy świadkami ewolucji sposobu rozumienia podziału władzy. Nowoczesny podział władzy jest oparty nie na trójpodziale, ale na **dwupodziale**. Jedyną przeciwwagą dla bloku władzy wykonawczej-ustawodawczej (władzy politycznej) jest władza sędziowska, której funkcja i rola są określone przez państwo prawa. To niezależny sąd wyznacza nieprzekraczalne granice dla chwilowej większości demokratycznej. Demokracja zostaje poddana prawu, to prawo kontroluje demokrację, a legitymizacja sędziego nie ma charakteru elekcyjnego, ale funkcjonalny. Wynika z niezależności sędziów i ich poddania prawu, uzupełnia legitymizację demokratyczną ustawodawcy⁴⁹⁷. Demokracja jest zjawiskiem dwuwymiarowym obejmującym rządy większościowe i ochronę pewnych podstawowych wartości. W sytuacji, gdy Konstytucja jest dokumentem otwartym i mało precyzyjnym, równowaga pomiędzy elementem większościowym a wartościami jest zapewniana przez sąd, który swoim wyborem wiąże organ przedstawicielski⁴⁹⁸.

⁴⁹³ Wyr. TS z 30.11.1995 r., C-55/94, *Reinhard Gebhard p. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, EU:C:1995:411, pkt 27 i n. Chodziło tu o dyrektywę 249/77/EWG dotyczącą swobodnego świadczenia usług przez adwokatów i implementowaną przez włoską ustawę z 9.2.1982 r., Nr 31/82, która użyła określenia „charakter czasowy”, do którego z kolei odniósł się Trybunał, oceniając działalność zawodową R. Gebharda.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, s. 149.

⁴⁹⁵ Tytuł nawiązuje do artykułu E. Łętowskiej, Bariery naszego myślenia o prawie, s. 44 i n. Podobnie jak dla Autorki integracja europejska oznacza konieczność przewartościowania pewnych kanonów myślenia o prawie, analiza przedstawiona poniżej wymaga nowego spojrzenia na rolę sądów i przełamania barier, które wyznaczają myślenie stereotypowe przez pryzmat wyłącznie stosowania prawa.

⁴⁹⁶ G. Sartori, *The Theory of Democracy Revisited*.

⁴⁹⁷ P. Pescatore, *La légitimité du juge*, s. 339.

⁴⁹⁸ Zob. A. Barak, *The Judge in a Democracy*, s. 23 i n. oraz R. Dworkin (*The Secular Papacy*, s. 82), który podkreśla, że „democracy means fair majority rule, and majority rule becomes fair only when certain

Rządy większości są demokratyczne, tylko gdy przestrzegają rządów prawa i praw człowieka⁴⁹⁹. W tym sensie demokracja opiera się na delikatnym wyważeniu zasady większości i ochrony praw człowieka. Sędzia musi zapewnić, że ta równowaga jest utrzymywana. Ten system jest oparty na wzajemnym kontrolowaniu się: z jednej strony sąd zapewnia, że prawodawca przestrzega fundamentalnych wartości, ale z drugiej prawodawca korzysta z ostatecznej kompetencji wobec zastanego stanu równowagi (może np. inaczej określić funkcje sądu konstytucyjnego). Dlatego modelem pożądanym nie jest ścisły rozdział prawodawcy i sądu, ale ścisłe powiązanie i uzależnienie. Prawodawca i sąd są wobec siebie zarówno zależni i niezależni. Prawodawca zależy od sędziego poprzez kontrolę sądową (*judicial review*) i w tym sensie sąd jest od prawodawcy niezależny. Sąd wyposażony w dyskrecjonalność, jurysdykcję, posługujący się szczególnym językiem i metodami rozumowania, kontroluje prawodawcę. Często jednak zapominamy, że także sędziowie, mimo całej swojej omnipotencji⁵⁰⁰, podlegają kontroli politycznej (*political review*)⁵⁰¹. Instytucja polityczna może w ostateczności ingerować w przebieg granicy zarysowanej przez sąd i na nowo go zdefiniować⁵⁰².

Prawidłowo rozumiany podział władzy musi być oparty na założeniu o wzajemnym przenikaniu się poszczególnych władz. Sędzia prowadzi dialog z prawodawcą, ale w dzisiejszych czasach jest to dialog szczególny. Nie wystarczy sama konstatacja o braku przepisu. Sędzia nie może automatycznie zwracać się do prawodawcy, ilekroć uzna, że prawo zawiera lukę. Sędzia musi sam odnaleźć normę w systemie prawa i na jej podstawie rozstrzygnąć sprawę. Ta wizja jest jednak problematyczna z jednego powodu: możliwości wkroczenia sądu na terytorium zagwarantowane dla prawodawcy politycznego. Do dzisiaj nie wskazano jednoznacznie i wyczerpująco ani okoliczności, w których to następuje, ani też ewentualnych ograniczeń, które wyznaczałyby kierunek postępowania sędziego. Na pewno sędzia musi brać pod uwagę otoczenie, w którym funkcjonuje, i na tej podstawie lokalizować granice akceptowalnego konsensusu dla swojej działalności prawodawczej. Znaczenie tutaj z pewnością ma efektywność prawodawcy w realizacji swojego programu prawodawczego, łatwość, z jaką prawodawca może podjąć działania odwetowe wobec sądu konsekwentnie przekraczającego granice ustalonego konsensusu, podejście samych sędziów do swojej funkcji, sposób postrzegania przez nich roli sędziego w społeczeństwie, sygnały, które płyną do sądu z jego bezpośrednich audytoriów prawnych, wypowiedzi adwokatów występujących w sądzie, komentujących jego orzecznictwo, stanowisko doktryny oraz w końcu społeczny odbiór orzecznictwa. Wzajemne **relacje pomiędzy prawodawcą politycznym a sądowym** możemy oceniać z trzech perspektyw: funkcjonalnej, operacyjnej i proceduralnej. **Perspektywa funkcjonalna** łączy obydwu prawodawców, ponieważ podkreśla, że ich powołaniem jest tworzenie prawa, podczas gdy **perspektywa operacyjna** (dotycząca metod działania) i **proceduralna** (dotycząca sposobu działania i ograniczeń) różnią te dwie grupy. Sądy są innym rodzajem prawo-

conditions are met”. Jeżeli inaczej nie zastrzeżono, wszystkie tłumaczenia pochodzą od autora niniejszego paragrafu.

⁴⁹⁹ G.C. Rodriguez Iglesias, *The Judge Confronts Himself as Judge*, s. 281–282.

⁵⁰⁰ A. Barav, *Omnipotent Courts*.

⁵⁰¹ J.W.R. Reed, *Political Review of the European Court of Justice*, s. 2.

⁵⁰² A. Barak, *Judicial Discretion*.

dawcy⁵⁰³. Świadomość istnienia trzech perspektyw pozwala rozróżnić dobry sąd-prawodawcę od złego. Tylko bowiem dobry sąd wykazuje świadomość różnic pomiędzy swoim umocowaniem a mandatem prawodawcy politycznego i może w konsekwencji dobrze spełniać funkcję prawodawcy (*law-maker*), podczas gdy zły sąd tych różnic nie dostrzega i w konsekwencji zmierza do występowania jako prawodawca polityczny (*legislator*)⁵⁰⁴. Dobry sąd-prawodawca poważnie traktuje zarzuty najczęściej wysuwane przeciwko prawodawczej funkcji sądów, a więc ograniczoną dostępność orzecznictwa, jego retrospektywność, niekompetencję instytucjonalną sądów, czy ich brak „legitymacji demokratycznej”. Dlatego kwestią podstawową jest analiza, jakimi prawodawcami są sądy, według jakich metod działają i w jaki sposób tworzą prawo.

240 **Prawodawcza działalność sądu** wyznaczona jest przez kilka cech charakterystycznych, które pozwalają odróżnić ją od prawodawcy politycznego: ścisły związek z konkretnym sporem i indywidualnymi stronami, bezstronność, neutralność, obowiązek zachowania i przestrzegania gwarancji proceduralnych oraz oczekiwania na wytoczenie sprawy (sądowa pasywność). Sąd, w przeciwieństwie do legislatora, nie może z własnej inicjatywy przejmować spraw do wydania orzeczenia: musi oczekiwać na inicjatywę stron (*nemo iudex sine actore*). Są to warunki fundamentalne (podlegające proceduralnej specyfikacji na poziomie bardziej szczegółowym), które decydują o odrębności orzeczniczego procesu prawodawczego. Prawodawcza funkcja przejawia się także w rozważaniach sądu zawartych w *obiter dicta*. Wówczas nie ma związku z konkretnymi okolicznościami sprawy i stronami, a sąd posługuje się językiem bardziej ogólnym, który zawiera elementy wychodzące poza stan faktyczny danej sprawy.

241 Adekwatna analiza roli sądów w społeczeństwie powinna więc charakteryzować się elastycznością i gotowością dokonania przewartościowania pewnych powszechnie przyjętych aksjomatów. Zgodnie z poglądem tradycyjnym zadaniem sądów jest **rozstrzyganie sporów** (udzielanie ochrony prawnej) i występowanie jako bezstronny arbiter wobec skonfliktowanych stron („sąd jako koncyliator i rozjemca”)⁵⁰⁵. Takie rozumienie roli sądów należy jednak do przeszłości, a jego dalsze propagowanie oznacza niedostrzeganie zmian, jakie zachodzą w strukturze społecznej i w prawie⁵⁰⁶. Nie chodzi o bezsporny fakt, czy sądy faktycznie wpływają na porządek społeczno-polityczny, ale czy mogą partycypować w kształtowaniu określonej wizji porządku polityczno-prawnego, a w razie potrzeby zmieniać istniejące prawo⁵⁰⁷. Sądy przestają występować jako oceniający zachowanie innych aktorów, ale **stają się partnera-**

⁵⁰³ M. Cappelletti cytuje Lorda Diplocka, który stwierdził, że sądy z samej natury są zmuszane do występowania w charakterze legislatury (*legislators*), a następnie dowodzi, że charakterystyka sądu jako legislatury jest nieprawidłowa. Jego zdaniem bardziej trafne byłoby posługiwanie się terminem „prawodawca” (*lawmaker*). W swojej analizie akceptuje termin „prawodawca” (*lawmaker*), który lepiej oddaje złożony i wielowymiarowy charakter funkcji prawodawczej sądu. O potrzebie dokonania rozróżnienia pomiędzy kreatywnym orzekaniem jako domeną sądu prawodawcy a prawodawstwem w rozumieniu klasycznym zob. także O. Wiklund, *Taking the World View of the European Judge Seriously*, s. 37.

⁵⁰⁴ Zob. także wyróżnienie i uwagi M. Cappelletti, *The Judicial Process*, s. 31 i n.

⁵⁰⁵ M. Shapiro, *Judicial Power and Democracy* (niepublikowany manuskrypt w posiadaniu autora) oraz klasyczna analiza *tenże*, *Courts. A Comparative and Political Analysis*.

⁵⁰⁶ O tych zmianach szeroko J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne?*, s. 659. W literaturze polskiej zob. w szczególności refleksje A. Kozaka, *Postponowoczesna koncepcja prawa*, s. 67.

⁵⁰⁷ L. Morawski, *Czy sądy mogą się angażować politycznie?*, s. 8.

mi w stanowieniu prawa⁵⁰⁸. Określają standardy, które powinny być przestrzegane w przyszłości jako kryteria dla oceny działań tych aktorów⁵⁰⁹. Zadaniem sądu może być także współkonstruowanie systemu prawnego, który pozwala osiągać założone cele w poczuciu pewności prawa („sąd jako motor zmian”). Po trzeciej w końcu, **sąd reprezentuje i promuje trwałe wartości**, według których funkcjonuje wspólnota. Wyjaśnia ich wagę oraz chroni ich status. Postępując w ten sposób, przyczynia się do powstania kultury politycznej wspólnoty („sąd jako repozytor i promotor wartości”)⁵¹⁰. Spełnia funkcję edukacyjną: to jego głos, a nie parlamentu, jest głosem prawa⁵¹¹. Władza sędziowska została przez *Monteskiusza* trafnie nazwana potęgą sądownictwa (*puissance de juger*). Jest jednak paradoksalne, że ten termin był rozumiany przez Autora „O duchu praw” w sposób nieoddający w pełni znaczenia władzy sądowniczej w systemie podziału władzy (sędzia to jedynie *bouche qui prononce paroles de la loi*)⁵¹², podczas gdy odwołanie do „potęgi sądownictwa” już intuicyjnie konotuje znacznie szersze i ambitniejsze rozumienie roli sędziego. Wpływ precedensu i przestrzeganie *stare decisis* powoduje, że sędzia wzbogaca system, zmienia go w porównaniu z tym, co miał do dyspozycji w momencie rozstrzygnięcia sprawy. Powołaniem prawa jest kontrola władzy przez słowa; ktoś, kto dodaje do słów, tym samym dodaje do prawa⁵¹³. Tymczasem *Monteskiusz* nie do końca zrozumiał specyfikę systemu angielskiego, na którym wzorował się, opracowując swoją teorię rozdziału władzy. Pomiął zwłaszcza milczenie wagi i znaczenie precedensu dla ewolucji prawa. Precedensowe rozstrzygnięcie jednej sprawy ma wpływ na inne podobne, a sędzia przestaje być jedynie ustami ustawy. Dzięki precedensowi następuje transformacja systemu rozstrzygnięcia indywidualnych spraw w sądowe stanowienie prawa. W przypadku racjonalności proceduralnej sędzia korzysta z dyskrecjonalności, ale jest to inny rodzaj dyskrecjonalności w porównaniu z sędzią ważącym zasady. **Sądowa dyskrecjonalność** to „kompetencja sędziego do dokonania wyboru spośród wielu możliwych, z których każdy jest zgodny z prawem w kontekście porządku prawnego”⁵¹⁴. Ta możliwość i prawo dokonania wyboru w sytuacji konkurencji kilku możliwych rozwiązań to przejaw dyskrecjonalności sądowej⁵¹⁵. Przy racjonalności proceduralnej granice dyskrecjonalności definiujemy wobec systemu. Sam sąd jest ograniczeniem tego, co może zrobić. To instynkt sędziego decyduje o tym, czy dokonany wybór mieści się w granicach systemu prawa. Czasami tzw. „test wspólnoty prawników” jest wskazywany jako probiez prawidłowości dokonanego wyboru⁵¹⁶. „Wspólnota prawników” obejmuje osoby znające się na prawie, którym sąd prawodawca musi wykazać, że jego orzeczenie pasuje do systemu prawa lub stanowi przejaw jego akceptowalnego rozwoju⁵¹⁷. Chodzi o sędziów unijnych, praktyków oraz przedstawicieli doktryny. Odbiór przez tę

⁵⁰⁸ Termin za: A. Barak, *The Judge in a Democracy*, s. XVII.

⁵⁰⁹ J. Scott, S. Sturm, *Courts as Catalysts*, s. 569–570.

⁵¹⁰ A. Barak, *The Nature of Judicial Discretion*, s. 21.

⁵¹¹ L. Morawski, *Czy sądy mogą się angażować politycznie?*, s. 19.

⁵¹² K.M. Schönfeld, *Rex, Lex et Iudex*, s. 274 i n.

⁵¹³ Też L. Claus, *Montesquieu's Mistakes*, s. 22, s. 419 i n. (tekst dostępny także na stronie: www.ssrn.com/abstract=558816).

⁵¹⁴ Definicja za: A. Barak, *Judicial Discretion*, s. 7.

⁵¹⁵ J.R. Bengoetxea, *The Scope for Discretion*, s. 55.

⁵¹⁶ A. Barak, *Judicial Discretion*.

⁵¹⁷ H. Schepel, R. Wesseling, *The Legal Community*, s. 165 i n.

wspólnotę jest istotnym ograniczeniem sędziowskiej dyskrecjonalności i elementem ją racjonalizującym. Ograniczenia mogą mieć charakter proceduralny (partycypacja, głos, sposób rozumowania, weryfikowalność dokonywanych wyborów), ustrojowy (obraz sędziego jako niezależnego i bezstronnego negocjatora), materialny (konkurencja zasad i wartości, wybory dokonywane pomiędzy konkurencyjnymi zasadami). Istnienie dyskrecjonalności jest bezpośrednią konsekwencją niedoskonałości języka naturalnego i opartego na nim języka prawnego, a więc tego, w którym sformułowane są teksty obowiązującego prawa⁵¹⁸. *A. Barak* pisze, że w celu przezwyciężenia elementu „niepewności”⁵¹⁹ prawnicy odwołują się do dyrektyw interpretacji, które w większości przypadków spełniają swoją funkcję: usuwają element niepewności związany z językiem naturalnym⁵²⁰. Z dyskrecjonalnością mamy do czynienia w momencie, gdy sędzia znajduje się na skrzyżowaniu i musi podjąć decyzję: jeżeli prawo dyktuje tylko jedno rozwiązanie, to sędzia nie korzysta z dyskrecjonalności⁵²¹. Jeżeli korzystanie z tak zdefiniowanej dyskrecjonalności nabiera charakteru regularnego, wychodzi poza jednostkowe przypadki, to wówczas działalność sądów z niej korzystających zbliża się do stanowienia prawa. Dyskrecjonalność stanowi formułę, za pomocą której teza o „tworzeniu prawa przez sądy” uzyskuje dodatkową prawomocność. W przeszłości pogląd o prawotwórczej roli orzecznictwa był kwestionowany, a jego przeciwnicy wskazywali, że w zgodzie z klasyczną zasadą trójpodziału władzy sędziowie są władni tylko i wyłącznie dokonywać interpretacji prawa, a nie je tworzyć. Takie podejście jest dzisiaj fikcją. Przyjęcie, że „sędzia nie ma woli, nie dokonuje żadnych wartościujących ocen i wyborów, raczej jest jedynie maszyną do liczenia, a nawet prawniczym automatem (...) jedynie powtarzającym dokładnie to, co zapisano w prawie”⁵²² jest kontrafaktycznym opisem rzeczywistości. W wielu przypadkach mamy do czynienia z aktem kreatywnej wykładni prawa, która dopuszcza twórczy element w procesie interpretacji⁵²³. Element niedoskonałości języka przepisów prawnych powoduje, że często nie ma jednego łatwego rozwiązania sprawy, pod uwagę trzeba wziąć szereg elementów, rozważyć „za” i „przeciw” określonej interpretacji. Interpretacja nie prowadzi do jednego, satysfakcjonującego wszystkich rezultatu i tylko jednej słusznej odpowiedzi. Wówczas sądowa dyskrecjonalność jest logiczną konsekwencją tego niedoskonałego stanu rzeczy. Sędzia staje przed koniecznością wyboru, a my przed wyznaniem nowego zdefiniowania jego roli.

⁵¹⁸ Wyróżnienie języka prawnego i prawniczego (języka, w którym sformułowane są wypowiedzi o prawie obowiązującym) za: *B. Wróblewski*, Język prawny i prawniczy.

⁵¹⁹ W oryginale: *uncertainty*. Autor pod tym terminem rozumie „dwuznaczności, niejasności i otwartości” języka naturalnego.

⁵²⁰ *A. Barak*, The Nature of Judicial Discretion, s. 16.

⁵²¹ O prawniczej władzy dyskrecjonalnej zob. *A. Kozak*, Granice dyskrecjonalnej władzy prawniczej.

⁵²² *R.A. Posner*, The Federal Courts, s. 201.

⁵²³ *L. Morawski*, Wykładnia w orzecznictwie sądów, s. 16 i n. oraz obszerna literatura tam cytowana.

II. Precedens w prawie Unii Europejskiej

1. Nie „czy precedens?”, ale „jaki precedens?”

Prawo europejskie jest systemem precedensowym⁵²⁴ i o to w 2018 r. po ponad 60 latach „integracji przez prawo” nie warto już kruszyć kopii. Uwagę należy raczej skupić na **obowiązku sądu stojącego na straży systemu precedensowego**: jak zapewnić koherencję systemu, jak osiągnąć stan rozsądnej równowagi pomiędzy z jednej strony stabilnością prawa a, z drugiej, koniecznością odzwierciedlenia zmiany, której prawo podlega, a w końcu, gdzie i jak przeprowadzać linię demarkacyjną pomiędzy prawodawcą politycznym a prawotwórczym precedensowym oddziaływaniem na system przez sąd⁵²⁵.

Precedens w szerokim znaczeniu oznacza niewiązący walor wcześniejszych orzeczeń, które są traktowane jedynie jako racja za takim, a nie innym rozumieniem. **Precedens w wąskim znaczeniu** to z kolei wiążący charakter wcześniejszych orzeczeń. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie jest związany w sensie formalnym swoim orzecznictwem. Traktuje je raczej jako autorytatywne wskazanie, w jaki sposób podobne sprawy mają być rozstrzygane⁵²⁶. W wymiarze horyzontalnym Trybunał jest więc faktycznie związany swoim orzecznictwem, tak długo, jak sam go nie uchyli. W tym wymiarze precedens jest regułą. Prawdziwy system precedensowy to jednak znacznie więcej, aniżeli niechęć sądu najwyższego do przełamania swojego wcześniejszego orzecznictwa.

Analiza precedensu w prawie unijnym z perspektywy pytania „jaki precedens?” dotyka problemu racjonalności argumentującej „wspólnoty prawników”. Tylko bowiem odpowiedź twierdząca i uznanie, że mamy do czynienia z taką wspólnotą, pozwala przyjąć celowość rozważań, czy wspólnota jest gotowa przyjąć system precedensowy. Każdy system precedensowy musi być oparty na pewnej refleksyjności rozumianej jako krytyczne spojrzenie na orzeczenie aspirujące do miana precedensu i dopiero w tym świetle udzieleniu odpowiedzi, czy mamy do czynienia z faktycznym precedensem. Dyskusja w prawie unijnym o systemie precedensowym ma sens tylko wówczas, gdy Trybunał umie dokonać i przestrzegać wewnętrznej dyferencjacji i selekcji precedensu. Ta uwaga jest istotna, ponieważ coraz częściej pojawia się praktyka odwoływania do orzeczeń poprzez analogię według schematu: „zobacz wyrok w sprawie x, y, z”, bez bliższego badania, czy to x, y, z jest istotnie precedensem dla sprawy rozstrzyganej. Ta praktyka jest niebezpieczna z perspektywy systemu prece-

⁵²⁴ Z ogólnych opracowań na temat precedensu w prawie unijnym zob. zwłaszcza *T. Koopmans*, State decisio in European law; *H.G. Schermers*, *D.F. Waelbroeck*, Judicial Protection in the European Union; *J. Barceló*, Precedent in European Community Law; *L.N. Brown*, *T. Kennedy*, The Court of Justice; *A. Arnall*, The European Union and its Court of Justice; *Lord Mackenzie Stuart*, *J.-P. Warner*, Judicial decision as a source of Community Law; *A. Arnall*, Owing to a fallibility, s. 247 i n. W literaturze polskiej *A. Orłowska*, Czy orzeczenia Trybunału Europejskiego są precedensami?, s. 237 i n.; *Z. Brodecki*, *T.T. Koncewicz*, Precedensy jako podstawa piramidy oraz *T.T. Koncewicz*, „Unijna ścieżka precedensu”, s. 187 i n. Niniejszy paragraf rozwija argumentację, przedstawioną w tym ostatnim opracowaniu, i na niej bazuje.

⁵²⁵ Trybunał Sprawiedliwości, jako zawiadujący systemem prawa precedensowego, musi generować rzeczywiste precedensy i unikać tworzenia wrażenia, że każde orzeczenie, na które się powołuje, jest takim precedensem. Ogólnie o niebezpieczeństwie fałszywych precedensów zob. *J. Zajadło*, Precedens rzeczywistości i pozorny, s. 23 i n.

⁵²⁶ Zob. przykłady wskazane w pracy: *L.N. Brown*, *T. Kennedy*, The Court of Justice, s. 370–371.

densowego, ponieważ tworzy wrażenie, że wszystko może być precedensem. Tymczasem na sądzie, który spełnia funkcję strażnika prawa precedensowego, ciężar szczególne obowiązki w zakresie rekonstrukcji systemu w kierunku systemu precedensowego. Rekonstrukcja ma zapewnić integralność, spójność i niesprzeczność systemu. Swoboda sądu w odstąpieniu od orzecznictwa stanowi naturalną konsekwencję trudności formalnej zmiany Traktatów, która wymusza podejście elastyczne do orzecznictwa⁵²⁷. Poprzestanie na tej ogólnej regule nie jest jednak satysfakcjonujące. Wymaga kwalifikacji i ujęcia z perspektywy pozytywnej. Trybunał jest związany swoim orzecznictwem tak długo, jak nie zachodzą istotne powody dla przełamania linii orzeczniczej. Domniemanie powinno więc podkreślać element związania i obowiązki sądu, które dotyczą postępowania w przypadku zamiaru odstąpienia od linii orzeczniczej⁵²⁸. Opcje sądu wobec precedensu w postaci kontynuacji, kwalifikacji, przełamania muszą zostać wykorzystywane w sposób jasny i precyzyjny, tak aby audytoria prawnicze, do których Trybunał przemawia w charakterze sądu zawiadującego systemem precedensowym, wiedziały z całą pewnością, w jakim zakresie krajobraz normatywny został zagospodarowany przez precedensy, jakie są to precedensy, w których miejscach sąd nadal pozostawia sobie otwarte opcje i wybór⁵²⁹. Perspektywa „jak?” podkreśla, że każde działanie na precedensie (przełamanie, kwalifikacja itp.) musi zostać poprzedzone staranną delimitacją zasięgu (np. jak daleko sięga przełamanie) i treści przełamania (np. wskazania, które orzeczenia dotąd uznane za orzecznictwo ustabilizowane, podlegają przełamaniu).

245 Te wprowadzające uwagi nabierają szczególnego znaczenia w prawie unijnym z racji specyfiki tego prawa, m.in. jego fragmentaryczności, wielojęzyczności, czy trudnego procesu formalnej zmiany Traktatów. Często właśnie orzecznictwo wypełnia luki i zapewnia, że prawo nadaża za zmianami społecznymi, ekonomicznymi i politycznymi. Dlatego pierwszorzędne znaczenia nabiera umiejętność nie tylko czytania pojedynczego wyroku⁵³⁰, ale także globalnego spojrzenia na orzecznictwo⁵³¹. W przypadku orzecznictwa Trybunału proste odwołanie się do proponowanego przez realistów dualizmu pomiędzy tzw. „prawem zawartym w książkach” (*law in books*) a „prawem w działaniu” (*law in action*) nie wystarcza. Jeżeli chodzi bowiem o prawo unijne, Trybunał, znacznie częściej i na większą skalę aniżeli sądy krajowe, zostaje skonfrontowany z sytuacją braku regulacji⁵³². Innymi słowy interpretator w punkcie wyjścia nie dysponuje „prawem w księgach”. Wówczas Trybunał, aby rozstrzygnąć zawistą „trudną” sprawę, unikając sytuacji *non liquet* oraz *deni de justice*, zmuszony jest do-

⁵²⁷ L.N. Brown, T. Kennedy, *The Court of Justice*, s. 372.

⁵²⁸ Por. też uwagi z perspektywy amerykańskiej L.A. Alexander, E.L. Sherwin, *Judges as Rulemakers*, s. 26.

⁵²⁹ Z tej perspektywy zob. krytyczne uwagi na temat sposobu, w jaki Trybunał proceduje w przypadku przełamania precedensu, A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, s. 628–629. Z kolei perspektywę krytyczną na etapie roszczenia Trybunału do uznania określonego orzeczenia za precedens w przyszłości zob. M. Herdegen, *General Principles of EU Law*, s. 343 (krytyka w kontekście uznania przez Trybunał zasady ogólnej niedyskryminacji ze względu na wiek).

⁵³⁰ Zob. także T.T. Konciewicz, *Konstrukcja orzeczeń wstępnych*, s. 231 i n.

⁵³¹ Zob. też § 21 mojego autorstwa w niniejszym tomie.

⁵³² Szczegółowe przykłady konfrontacji Trybunału z milczeniem prawa zob. H.G. Schermers, *The European Court of Justice*, s. 459 i n. oraz H.G. Schermers, D.F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*.

pierzo poszukiwać prawa, które będzie mógł zastosować, w braku szczególnej regulacji identyfikować ogólny cel, *ratio legis* regulacji istniejącej, rekonstruować zasady prawa i włączać je jako integralny element tego „prawa”, do przestrzegania którego jest obowiązany na podstawie Traktatu i nad ewolucją którego sprawuje kontrolę. Wtedy też można rzeczywiście mówić o „jurysprudencji kreatywnej”⁵³³ i rozwijaniu prawa przez orzecznictwo. Sytuacja niedoskonałości (braku) regulacji prawnej wpływa na sposób postępowania Trybunału i pozwala wskazać zjawisko tzw. ciągów (łańcuchów) orzeczeń⁵³⁴. Punktem wyjścia jest założenie, że orzecznictwo wzrasta i ewoluuje, a z czasem dopiero formuje się w grupy orzeczniczych łańcuchów⁵³⁵. Łańcuchy orzeczeń połączone są zawsze jednym wspólnym mianownikiem, który decyduje o kwalifikacji danego orzeczenia do wybranego łańcucha. Pojawienie się nowego orzeczenia może albo dodać nowy element do łańcucha, albo potwierdzić jego już istniejące elementy. Nabiera to szczególnego znaczenia zwłaszcza w sytuacji, gdy Trybunał proceduje zupełnie od podstaw i określa fundamenty, na których będzie budować dalej. Śledzenie tego procesu nie jest łatwe, ponieważ sędziowie często pozostawiają sobie pole manewru na przyszłość i stopniowo odpowiadają na pytania, które w przeszłości świadomie pozostawili bez odpowiedzi. Nie należy więc wykluczyć, że przez długi czas nie będziemy mogli mówić o gotowym łańcuchu. W tym świetle uznanie orzeczenia za precedens jest kluczowe, ponieważ łańcuch orzeczniczy zawdzięcza precedensowi nie tylko swój początek, ale także trwanie.

2. Fundamenty traktatowe

Artykuł 267 TFUE⁵³⁶ należy do najważniejszych w Traktacie⁵³⁷, o czym świadczy ogrom literatury poświęconej temu przepisowi⁵³⁸. Uczynienie przez Trybunał z sądów krajowych sądów unijnych pierwszego kontaktu⁵³⁹ i sojusznika w procesie konstytucjonalizacji Traktatów leżą u źródeł sukcesu Trybunału⁵⁴⁰. Artykuł 267 TFUE przyznaje Trybunałowi kompetencję do wydania orzeczenia wstępnego w przedmiocie interpretacji prawa unijnego lub jego ważności, gdy stosowne pytanie(a) zostaną mu przekazane przez sąd krajowy w związku z toczącym się przed nim postępowaniem. Jeżeli chodzi o **orzeczenie wstępne dotyczące interpretacji prawa unijnego**, wywołuje ono **skutki ex tunc**. Orzeczenie takie ma charakter deklaratoryjny, a interpretacja staje się integralną częścią interpretowanego przepisu. Jej wiążący charakter jest bezpośrednią konsekwencją wiążącego charakteru podlegającego interpretacji przepisu. Zgodnie ze standardową formułą orzeczniczą, interpretacja prawa unijnego ogranicza się do wyjaśnienia i zdefiniowania zasięgu i znaczenia przepisu prawa, tak jak

246

⁵³³ G. Bebr, *Case note on Francovich v Italy*, s. 573.

⁵³⁴ Termin za R. Dworkinem (*Law's Empire*, s. 229–232), który wyróżnił zjawisko *chain novel* zapisywanej przez kolejne pokolenia sędziów. O zastosowaniu koncepcji *chain novel* do Trybunału Sprawiedliwości zob. szerzej T.T. Konciewicz, *Wspólnotowa „chain novel”*, s. 198 i n. i *tenże*, *Sędziowski aktywizm*.

⁵³⁵ Podobnie U. Everling, *On the judge-made law*, s. 40.

⁵³⁶ Artykuł 267 TFUE jest następcą art. 234 TWE, a z ten ostatni z kolei zastąpił art. 177 TEWG.

⁵³⁷ R. Dehousse, *The European Court of Justice*, s. 28.

⁵³⁸ Tylko tytułem przykładu zob. monografie: M. Andenas (red.), *Article 177 References*; D. Anderson, *Preliminary rulings*; J. Pertek, *La pratique du renvoi préjudiciel. O znaczeniu procedury prejudycjalnej z odwołaniami do literatury*; K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman (red.), *EU Procedural Law*, s. 48–106.

⁵³⁹ R. Lecourt,

⁵⁴⁰ Zob. też § 20 w niniejszym tomie.

powinien on być rozumiany i stosowany od momentu wejścia w życie. Każdy więc może powoływać się na interpretację Trybunału i kwestionować rozstrzygnięcia wydane w przeszłości na podstawie przyjętej interpretacji, która okazuje się pozostawać w niezgodności z tą przyjętą później przez Trybunał. Oznacza to, że sądy i organy administracji są zobowiązane do stosowania tak interpretowanego przepisu także do sytuacji prawnych powstałych przed wydaniem orzeczenia wstępnego w przedmiocie interpretacji. Wówczas krajowa regulacja proceduralna (zgodnie z założeniem o autonomii proceduralnej państw członkowskich) określa, na jakich zasadach i w jakiej formie może to nastąpić, z zastrzeżeniem jednak że krajowe rozwiązania proceduralne są zgodne z unijnymi zasadami niedyskryminacji (roszczenie oparte na prawie unijnym jest traktowane tak samo jak podobne roszczenie oparte na prawie krajowym, np. w zakresie terminów) i efektywności (realizacja roszczenia unijnego nie może być niweczona w rzeczywistości, np. w zakresie rozkładu ciężaru dowodu)⁵⁴¹. Istotne jednak, że orzecznictwo, kierując się zasadą ogólną pewności prawa, dopuszcza możliwość czasowego ograniczenia skutków interpretacyjnego orzeczenia wstępnego⁵⁴². W takim przypadku skutki interpretacji zawartej w orzeczeniu wstępnym będą ograniczone jedynie do przyszłości, a datą kluczową będzie data wydania wyroku (choć w zakresie daty zgłaszane są, zwłaszcza przez rzeczników generalnych, inne propozycje). Z kompetencji do ograniczenia temporalnych skutków orzeczenia korzysta wyłącznie Trybunał i tylko w orzeczeniu wstępnym interpretującym prawo unijne. W ten sposób stosunki prawne ukształtowane w przeszłości zostają zamknięte i nie mogą być już dalej kwestionowane. Ograniczenie skutku temporalnego orzeczenia wstępnego w przedmiocie interpretacji następuje jednak w wyjątkowych sytuacjach. Przede wszystkim Trybunał nie akceptuje, że sam „argument z możliwych konsekwencji finansowych”, związanych z przyjętą przez Trybunał interpretacją, może uzasadnić ograniczenie skutku temporalnego orzeczenia wstępnego. Dlatego w większości przypadków orzecznictwo akceptuje wprawdzie samą możliwość ograniczenia skutku temporalnego jako zasadę, ale stosując tak uznaną zasadę do konkretnych okoliczności indywidualnych spraw, odmawia dokonania takiego ograniczenia, wskazując, że państwo(a) zainteresowane czasowym ograniczeniem nie wykazały, że skutkiem interpretacji będą „poważne reperkusje finansowe”. Wszystko więc sprowadza się do sfery dowodzenia: to państwo(a) musi pozytywnie udokumentować niezwykle ciężary finansowe, które będą konsekwencją pełnego (a więc wstecznego) stosowania orzeczenia wstępnego⁵⁴³. W końcu dla pełnego obrazu należy w tym miejscu dodać, że gdy wyjątkowo dochodzi jednak do ograniczenia temporalnego skutku orzeczenia w przedmiocie interpretacji, nie dotyczy ono osób, które przed jego wydaniem już powoływały się na unijne przepisy stanowiące przedmiot interpretacji w drodze orzeczenia wstępnego (np. wystąpiły z roszczeniem na drogę postępowania sądowego lub wdały się w spór z organem

⁵⁴¹ Literatura w tym zakresie jest niezwykle bogata, ale na potrzeby niniejszej analizy możemy poprzestać na zasygnalizowaniu warunków bazowych, które krajowa regulacja proceduralna musi respektować. Szczegółowo na temat reguły (autonomia proceduralna państw członkowskich) i coraz częstszych od niej wyjątkach (ingerencja prawa unijnego w krajowe otoczenie proceduralne) pisze A. Arnall, *The European Union and its Court of Justice*, oraz ostatnio jego glosa do sprawy C-432/05, *Unibet*, CMLR 2007, vol. 44, s. 1763 i n.

⁵⁴² Szczegółowo, wraz z odesłaniem do najnowszej praktyki i orzecznictwa, zob. K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman (red.), *EU Procedural Law*, s. 247–249.

⁵⁴³ Przykładowo wyr. TS z 15.3.2005 r., C-209/03, *The Queen, na wniosek Dany Bidar p. London Borough of Ealing oraz Secretary of State for Education and Skills*, EU:C:2005:169, pkt 68–69.

administracji). W konsekwencji osoby, których sprawy były już zawisłe w momencie wydania orzeczenia wstępnego, mogą powoływać się na orzeczenie interpretacyjne z mocą *ex tunc*, podczas gdy dla wszystkich innych orzeczenie działa tylko na przyszłość.

Drugie pytanie dotyczy **zakresu związania orzeczeniem wstępnym w przedmiocie interpretacji**. Wyróżnić należy dwie sytuacje. W pierwszej adresatem orzeczenia jest sąd krajowy, który do Trybunału wystąpił z pytaniami w przedmiocie interpretacji; w drugiej pytamy o skutek i wpływ tego orzeczenia na inne sądy rozpoznające podobne sprawy w przyszłości. Niewątpliwie orzeczenie wstępne Trybunału wiąże sąd krajowy przekazujący pytanie(a). Trybunał nie przekazuje jedynie opinii hipotetycznej, nie udziela rady, ale wydaje bezwzględnie wiążący wyrok, który jest jego wkładem w proces sądenia sprawy przez sąd krajowy. Obowiązkiem sądu na podstawie art. 4 ust. 3 TUE (zasada lojalności) jest jego uwzględnienie przy merytorycznym rozstrzygnięciu sprawy. Dotyczy to także innych sądów, które orzekają w sprawie w jej późniejszym stadium, a więc np. sądu odwoławczego, czy sądu pierwszej instancji po przekazaniu do ponownego rozpoznania. Sąd krajowy, który pomija orzeczenie wstępne wydane na skutek przekazania, jest winny naruszenia prawa unijnego. Otwiera to możliwość wszczęcia postępowania przeciwko państwu na podstawie art. 258 TFUE. Opcje sądu krajowego są więc znacznie ograniczone. Może jedynie wystąpić o kolejne orzeczenie wstępne, gdy albo ma problemy ze zrozumieniem orzeczenia pierwszego, albo też (co zdarzy się rzadziej) nie zgadza się z orzeczeniem wstępnym Trybunału. Nie może jednak samodzielnie rozstrzygnąć wbrew stanowisku Trybunału.

Pozostaje więc zagadnienie, czy skutek orzeczenia wstępnego w zakresie interpretacji TSUE może wychodzić poza kontekst faktyczny konkretnej sprawy? Za **tezą o szerszym zasięgu obowiązywania wyroku Trybunału** przemawia orzecznictwo, które podkreśla walor spraw już rozstrzygniętych dla dokonania oceny, czy należy wystąpić do Trybunału w trybie art. 267 TFUE. W sprawie *Da Costa*⁵⁴⁴ Trybunał potwierdził, że powaga interpretacji już dokonanej przez Trybunał może uczynić bezprzedmiotowym obowiązek wystąpienia na podstawie art. 267 TFUE ciążyący na sądach, od orzeczenia których nie przysługuje środek odwoławczy. Jest tak, gdy zadane pytanie jest identyczne z tym, które wcześniej stanowiło przedmiot orzeczenia wstępnego. Widać więc, jak wcześniejsze orzeczenie udzielające odpowiedzi pozbawia racji bytu ponowne zadawanie pytania, skoro odpowiedź już płynie z orzecznictwa. Sąd ma prawo przekazania pytania, ale nie obowiązek. Nadal jednak chodzi tutaj o sytuację identyczności, co zawęży pole zastosowania wcześniejszego orzeczenia. W sprawie *CILFIT*⁵⁴⁵ mowa jest z kolei o wcześniejszych orzeczeniach (*previous decisions*) Trybunału, które kwestię, już niekoniecznie identyczną, rozstrzygnęły. Tutaj mówimy o autorytatywnym oddziaływaniu orzecznictwa zawierającego ogólne wskazówki interpretacyjne, którymi sąd orzekający w ostatniej instancji powinien się kierować⁵⁴⁶. Powstaje pytanie, jak oddziałuje „ustabilizowana interpretacja orzecznicza” Trybunału na sądy, które

⁵⁴⁴ Wyr. TS z 27.3.1963 r., 28 do 30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV p. Administration fiscale néerlandaise*, EU:C:1963:6.

⁵⁴⁵ Wyr. TS z 6.10.1982 r., 283/81, *Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA p. Ministero della sanità*, EU:C:1982:335.

⁵⁴⁶ Zob. także K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman (red.), *EU Procedural Law*, s. 73–74.

re nie orzekają w ostatniej instancji. Przyjęcie, że zastane orzecznictwo wiąże sądy ostatniej instancji, tym bardziej oznacza, że tak musi być także wobec pozostałych sądów. Inne rozwiązanie oznaczałoby wewnętrzną sprzeczność unijnego systemu ochrony prawnej, skoro sądy nieorzekające w ostatniej instancji mogłyby orzekać wbrew orzecznictwu Trybunału, podczas gdy sądy ostatniej instancji byłyby tym orzecznictwem związane, ewentualnie w razie jego kwestionowania byłyby zobowiązane do przedstawienia stosownych wątpliwości Trybunałowi z zachętą rozważenia zasadności zmiany linii orzeczniczej.

3. Fundamenty proceduralne

249 Teza o autorytatywności orzecznictwa znajduje potwierdzenie w art. 104 ust. 3 Regulaminu TSUE⁵⁴⁷. Zgodnie z tym przepisem Trybunał korzysta z prawa do udzielenia sądowi krajowemu **odpowiedzi w drodze postanowienia z uzasadnieniem, w którym odeśle do poprzedniego orzecznictwa** rozstrzygającego podniesione wątpliwości. Na samym początku brzmienie art. 104 ust. 3 było zawężone do sytuacji identyczności pytań zadanych z tymi już rozstrzygniętymi (tak jak w sprawie *Da Costa*). Obecnie, po zmianach, Regulamin dopuszcza możliwość wydania postanowienia z uzasadnieniem w trzech przypadkach. Po pierwsze, gdy pytanie(a) są identyczne z tymi, na które Trybunał udzielił już w przeszłości odpowiedzi. Po drugie, gdy odpowiedź może być z łatwością wywiedziona z już istniejącego orzecznictwa (w tym przypadku nie chodzi tylko o orzeczenia wstępne, ale dodatkowo także o każdy inny wyrok wydany przez Trybunał, niezależnie od rodzaju postępowania). Po trzecie w końcu, gdy odpowiedź na pytanie nie nasuwa żadnej wątpliwości. Poszerzenie możliwości rozstrzygnięcia sprawy przekazanej przez sąd krajowy w drodze postanowienia z uzasadnieniem stanowi potwierdzenie prawotwórczego znaczenia orzecznictwa Trybunału⁵⁴⁸. Dlatego, mimo iż formalnie w prawie wspólnotowym nie obowiązuje zasada precedensu, to Trybunał traktuje swoje orzeczenia jako *de facto* precedens dla spraw rozstrzyganych nie tylko przez siebie, ale także przez sądy krajowe – art. 104 ust. 3 Regulaminu TSUE w obecnym brzmieniu ujmuje to na poziomie proceduralnym. Gdyby przyjąć, że sąd krajowy jest zobowiązany co do zasady przestrzegać orzecznictwa Trybunału, ale może w wyjątkowych sytuacjach od niego odstąpić, wówczas rola orzecznictwa byłaby jedynie do perswazji, za którą stoi autorytet Trybunału. Sytuacja jest inna, gdy orzecznictwo zaczyna wywierać skutek wiążący w tym sensie, że sąd jest zobligowany do przestrzegania orzecznictwa, nawet gdy w jego opinii istnieją powody przemawiające za odstępniem od niego, a odstępniem od orzecznictwa może dokonać tylko jeden sąd – Trybunał. Diametralną zmianę perspektywy wprowadza wyrok Trybunału w sprawie *Köbler*⁵⁴⁹, w którym po raz pierwszy uznano istnienie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa za naruszenie prawa unijnego przez sądy krajowe. Jednym z warunków powstania tej odpowiedzialności jest, aby naruszenie prawa miało charakter wystarczająco poważny. W przypadku sądów krajowych

⁵⁴⁷ Tekst w: *T.T. Koncewicz*, Wspólnotowy Kodeks Proceduralny.

⁵⁴⁸ Trybunał miał już zresztą okazję do skorzystania z tej możliwości także w „sprawach polskich”. Zob. post. TS z 7.3.2007 r., C-168/06, *Ceramika Paradyż sp. z o.o. p. Dyrektorowi Izby Skarbowej w Łodzi*, EU:C:2007:139, i uwagi *I. Kolowcy*, w: *Europa sędziów*, s. 416–417, a także post. TS z 10.12.2007 r., C-134/07, *Piotr Kawala p. Gminie Miasta Jaworzna*, EU:C:2007:770.

⁵⁴⁹ Wyr. TS z 30.9.2003 r., C-224/01, *Gerhard Köbler p. Austrii*, EU:C:2003:513.

Trybunał uznał, że tak będzie, gdy orzeczenie sądu krajowego zostało wydane z oczywistym naruszeniem orzecznictwa Trybunału w określonej dziedzinie. Ten nakaz przestrzegania orzecznictwa i orzekania zgodnie z nim zostaje opatrzony sankcją, a tym samym przechodzimy z analizy orzeczenia jako autorytetu o sile perswazyjnej na analizę orzeczenia jako wiążącego prejudykatu, który wymusza jego respektowanie⁵⁵⁰. Niezastosowanie istniejącego orzecznictwa w późniejszej sprawie, bez wystąpienia do Trybunału z pytaniami co do słuszności określonej linii orzeczniczej, stanowi oczywiste naruszenie prawa unijnego. Trybunał nie tylko dokonuje faktycznego związania sądu krajowego swoimi orzeczeniami, podkreślając, że ich nierespektowanie może być podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej. Interpretacja przepisu prawa dokonana przez Trybunał ma charakter autentyczny. Z chwilą wydania orzeczenia staje się integralną częścią samego przepisu powszechnie wiążącego, wskazując, jak powinien on być interpretowany od momentu wejścia w życie.

III. „Unijna ścieżka precedensu”

1. Rekonstrukcja

Trybunał Sprawiedliwości przypomina starożytnego boga Janusa: ma dwie twarze⁵⁵¹. Z jednej strony jest sądem, którego zadanie polega na zapewnieniu przestrzegania prawa, ale z drugiej jest jedną z instytucji, której powierzona jest współrealizacja celów Unii określonych w Traktatach⁵⁵². Każda z instytucji we własnym zakresie te cele realizuje. W przypadku Trybunału oznacza to zmianę jakościową: przejście z pozycji sądu rozstrzygającego spory i wążącego zasady na pozycję prawodawcy, który poprzez orzecznictwo znajduje się w centrum unifikacji prawa unijnego, wpływając na jego system i je kształtując⁵⁵³. Sąd-prawodawca nie wydaje jedynie orzeczenia, które jest ważne i oczekiwane. To nie jest kryterium wyróżnienia funkcji prawodawczej sądu unijnego, ponieważ nie każda kreatywność orzecznicza jest przejawem tej funkcji prawodawczej. Chodzi o wywołanie fundamentalnej zmiany w systemie⁵⁵⁴. Znajdując się w pozycji *critical juncture*⁵⁵⁵, sędzia zmienia system w drodze „jurydycznego przewrotu” w sposób nieprzewidziany przez prawodawcę politycznego. Taka zmiana w drodze orzecznictwa oznacza nowy układ sił w porównaniu z okresem poprzedzającym i zmusza do zweryfikowania założenia o trójpodziale władzy⁵⁵⁶.

⁵⁵⁰ Zob. też uwagi *J. Komarek*, *Federal elements in the Community Judicial System*, s. 16.

⁵⁵¹ *A. Potocki*, *Le rôle de la Cour de Justice i tenże*, *Rola Trybunału Sprawiedliwości*, s. 166 i n. Podobnie *Z. Brodecki* (red.), *Europa urzędników*. Ta analogia pojawia się już wcześniej w tekście byłego Prezesa Trybunału Sprawiedliwości *A.M. Donnera*, *Nature et évolution des institutions*, s. 7.

⁵⁵² *J.R. Bengoetxea* (*The Scope for Discretion*, s. 50) pisze wprost, że paraliż procesu politycznego przenosi odpowiedzialność za cele na sąd, który „in spite of such paralysis, the Court exercised its discretion in order to deliver the results foreseen by the Treaty. The system generated some form of equilibrium from the chaos generated by the unexpected veto system”. O tym też § 21 w niniejszym tomie.

⁵⁵³ Koncepcję sądu-prawodawcy rozwijam szerzej w pracy: *Aksjologia unijnego kodeksu proceduralnego*.

⁵⁵⁴ Na jej oznaczenie *A. Stone Sweet* (*The Juridical Coup d'État*, s. 915 i n.) posługuje się terminem „jurydyczny zamach stanu”. *W. Sadurski* (*Juridical Coups d'état*, s. 935 i n.) słusznie odnotowuje pejoratywne zabarwienie tego terminu, jednocześnie jednak potwierdza, że jego użycie dodaje dramatyzmu analizie, a tym samym stymuluje refleksję nad opisywanym zjawiskiem sądowej transformacji systemu.

⁵⁵⁵ Termin za: *A. Stone Sweet, M. McCown*, *Discretion and precedent in European Law*, s. 98.

⁵⁵⁶ Także z perspektywy Trybunału Sprawiedliwości szczególnie aktualna jest ewolucja funkcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W obu przypadkach mamy bowiem do czynienia z analogią na poziomie

Sytuacja po przewrocie jest diametralnie inna: system funkcjonuje zgodnie z nowym odczytaniem przedstawionym przez sąd, a audytorium sądu muszą swoje działanie dopasować do nowego stanu rzeczy, jeżeli chcą działać efektywnie. Alternatywą wobec nowego stanu rzeczy jest ingerencja prawodawcy konstytucyjnego w kierunku odwrócenia zmian i przywrócenia stanu sprzed sądowego przewrotu⁵⁵⁷. Wprowadzenie terminu „unijna ścieżka precedensu” ma podkreślić, że chodzi o coś więcej aniżeli jednostkowe orzeczenie, wyrwane z kontekstu, cytowane przez sąd w sposób automatyczny, niejako „na pamięć”. Chodzi o zastaną tradycję precedensu, do której kolejne orzeczenia są dodawane. W prawie wspólnotowym dyskusja o precedensie może mieć sens tylko wówczas, gdy zrozumiemy, że precedens nie jest pojęciem jednolitym. Jego oddziaływanie możemy stopniować⁵⁵⁸. Stanowi to konsekwencję tezy o kontekstualności systemowej precedensu, która oznacza, że argument z precedensu zależy od elementów właściwych systemowi, w którym przeprowadzamy analizę precedensu⁵⁵⁹. W prawie unijnym istotne jest dokonanie systematyzacji rozumienia terminu „wpływ precedensowy”, ponieważ w dyskursie posługującym się „argumentem z precedensu” brakuje uporządkowania terminologicznego i w ten sposób dochodzi do tego, że precedensem może być każde orzeczenie w jakiś sposób nowatorskie⁵⁶⁰. W pierwszym znaczeniu mówimy o wpływie precedensowym, który ma naturę fundamentalną, na system prawa, jego aksjologię i wybory dokonywane przez orzecznictwo w okresie późniejszym. Tak rozumiany precedens ma wymiar definiujący i rozstrzygający o tożsamości (duchu) systemu. Do systemu prawa orzecznictwo precedensowe dodaje nowość normatywną. W tym sensie **precedensami systemowymi** były wyroki w sprawach *Van Gend en Loos*⁵⁶¹, *Costa*⁵⁶², *Stauder*⁵⁶³, *Dassonville*⁵⁶⁴, *Cassis de Dijon*⁵⁶⁵, *Keck*⁵⁶⁶, czy ostatnio *Kadi*⁵⁶⁷. W wyniku każdej z tych spraw system nie był taki sam jak ten w porównaniu z okresem poprzedzającym wydanie orzeczenia precedensowe-

funkcji. ETPC przechodzi drogę od sądu powołanego do badania zasadności zarzutów naruszenia konkretnych przepisów Konwencji do sądu, który w sposób abstrakcyjny wyznacza standard postępowania na przyszłość, oceniając przy tym wprost przepisy prawa krajowego. Podobnie Trybunał Sprawiedliwości ewoluje od sądu administracyjnego powołanego do zapewnienia, że unijna administracja działa w granicach prawa do sądu konstytucyjnego, który ponosi odpowiedzialność za ewolucję prawa unijnego. Z tej perspektywy cenne są uwagi *W. Sadurskiego* (Partnering with Strasbourg) w kontekście tzw. wyroków pilotażowych.

⁵⁵⁷ *M. Shapiro, A. Stone, The New Constitutional Politics of Europe*, s. 397.

⁵⁵⁸ Zob. *A. Peczenik, The Binding Force of Precedent*, s. 463.

⁵⁵⁹ Tak słusznie *N. MacCormick, Rhetoric and the Rule of Law*, s. 129.

⁵⁶⁰ Pamiętajmy jednocześnie, że żaden z sędziów i teoretyków nie kwestionuje istnienia precedensu w prawie unijnym. Zob. *F. Jacobs, The evolution of the European Legal Order*, s. 303–316; *N. MacCormick, Rhetoric and the Rule of Law*, s. 143–188, a także *J. Barceló, Precedent in European Community Law*, s. 407–436.

⁵⁶¹ Wyr. TS z 5.2.1963 r., 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos p. Nederlandse administratie der belastingen*, EU:C:1963:1.

⁵⁶² Wyr. TS z 15.7.1964 r., 6/64, *Flaminio Costa p. E.N.E.L.*, EU:C:1964:66.

⁵⁶³ Wyr. TS z 12.11.1969 r., 29/69, *Erich Stauder p. Stadt Ulm – Sozialamt*, EU:C:1969:57.

⁵⁶⁴ Wyr. TS z 11.7.1974 r., 8/74, *Procureur du Roi p. Benoît i Gustave Dassonville*, EU:C:1974:82.

⁵⁶⁵ Wyr. TS z 20.2.1979 r., 120/78, *Rewe Central AG p. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, EU:C:1979:42.

⁵⁶⁶ Wyr. TS z 24.11.1993 r., sprawy połączone C-267/91 i C-268/91, *Postępowanie karne przeciwko Bernard Keck i Daniel Mithouard*, EU:C:1993:905.

⁵⁶⁷ Wyr. TS z 3.9.2008 r., sprawy połączone C-402/05 P i C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi i Al Barakat International Foundation p. Radzie i Komisji*, EU:C:2008:461.

go w wymiarze systemowym. W drugim znaczeniu mówimy o **precedensie zwykłym**, który kreuje zasadę wyznaczającą kierunek rozstrzygnięcia w przyszłych sprawach, ale nie rozstrzyga o tożsamości systemu. Raczej porządkuje i racjonalizuje relacje wewnątrzsystemowe. Jego oddziaływanie jest więc istotne z perspektywy prawidłowego funkcjonowania systemu od środka. Precedens zwykły wprowadza także nowość normatywną, ale czyni to w inny sposób w porównaniu z precedensem systemowym. Rozstrzyga bowiem co do zasady określoną kwestię, która wcześniej nie była jednoznaczna, ewentualnie przedstawia określony problem w sposób odmienny od tego, co było wcześniej akceptowane jako *jurisprudence constante*⁵⁶⁸. Do tej grupy możemy zaliczyć orzecznictwo *Nold/Hauer*⁵⁶⁹ (prawa fundamentalne jako element zasad ogólnych), *Van Schijndel*⁵⁷⁰ (prawo unijne dopuszcza proceduralny test proporcjonalności), *Schmidberger*⁵⁷¹ (ochrona praw fundamentalnych może usprawiedliwiać ograniczenie wolności gospodarczych). Zasada wyrażona w tych orzeczeniach zostaje następnie przechwycona przez kolejne sprawy, dla których wcześniejsze rozstrzygnięcie natury fundamentalnej dla relacji wewnątrzsystemowych jest dyktowane w sprawie zawierającej precedens. W przeciwieństwie do precedensu systemowego, precedens zwykły związany jest więc z ewolucją, a nie rewolucją w prawie. To rozróżnienie jest bezpośrednio związane z dualistycznym rozumieniem funkcji sędziego unijnego. Sąd-prawodawca oddziałuje za pośrednictwem precedensu prawotwórczego i jest oceniany przez pryzmat racjonalności, podczas gdy sąd stosujący prawo komunikuje swój przekaz poprzez „zwykły” precedens, dla którego kryterium oceny jest sprawiedliwość⁵⁷². W konsekwencji dualizm precedensu i roli sądu pozwala uniknąć wrażenia, jakoby sąd unijny nie robił nic innego, tylko progresywnie zmieniał system prawa poprzez kolejne sprawy *Van Gend bis*, *Costa bis* itp. Tymczasem w rzeczywistości orzecznictwo dominują precedensy zwykłe kreujące zasadę, natomiast precedensy systemowe należą do wyjątków.

2. Aplikacja precedensu

Sposób procedowania sądu jest szczególny. W przeciwieństwie bowiem do systemów *common law*, sąd unijny zaczyna od zasady, którą wypowiada w sposób generalny i którą łączy z określonym orzeczeniem lub grupą orzeczeń⁵⁷³. W tym sensie sąd traktuje swoje orzecznictwo jako generujące zasady niezbędne do rozstrzygnięcia kolejnych spraw i jako konieczne uzupełnienie katalogu źródeł prawa wobec niekom-

251

⁵⁶⁸ Trybunał posługuje się charakterystycznymi zwrotami: *selon jurisprudence constante* lub *according to consistent line of decisions*, ewentualnie *according to established case-law*. Dodajmy, że w ramach ustabilizowanego orzecznictwa możemy mieć do czynienia z orzeczeniami wiodącymi, które są cytowane częściej od pozostałych.

⁵⁶⁹ Wyroki TS: z 14.5.1974 r., 4/73, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung p. Komisji*, EU:C:1974:51 i z 13.12.1979 r., 44/79, *Liselotte Hauer p. Land Rheinland-Pfalz*, EU:C:1979:290.

⁵⁷⁰ Wyr. TS z 14.12.1995 r., sprawy połączone C-430/93 i C-431/93, *Jeroen van Schijndel i Johannes Nicolaas Cornelis van Veen p. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, EU:C:1995:441.

⁵⁷¹ Wyr. TS z 12.6.2003 r., C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge p. Austrii*, EU:C:2003:333.

⁵⁷² Dualizm funkcji sądu orzekającego sprawiedliwie i racjonalnie współkonstruującego system jest szerzej omówiony w pracach: *T.T. Koncewicz, Aksjologia unijnego kodeksu proceduralnego, oraz Z. Brodecki (red.), Europa urzędników*.

⁵⁷³ *J. Barceló, Precedent in European Community Law*, s. 425.

pletności materiału normatywnego. Uwaga sądu w tym systemie nie koncentruje się jednak na orzeczeniach, ale na zasadach, które są w nich ukryte⁵⁷⁴. Orzeczenie jest jedynie medium, za pośrednictwem którego sąd rekonstruuje zasadę. Ta uwaga jest związana z uznaniem, że precedens prawotwórczy ma dwa oblicza: ogólne i konkretne. Jest to istotne, ponieważ nie zawsze w jednej sprawie możemy dostrzec oba elementy w tym samym czasie. **Wymiar ogólny** to sedno precedensu prawotwórczego. Polega on na proklamacji nowości normatywnej. Precedens w tym wymiarze zaczyna jednak funkcjonować po upływie pewnego okresu, gdy audytorium Trybunału dostrzegają i doceniają w swojej praktyce, w jaki sposób orzeczenie zaczyna funkcjonować jako precedens. Z kolei **wymiar konkretny precedensu** to aplikacja nowości normatywnej do okoliczności faktycznych rozstrzyganej sprawy, w której precedens jest proklamowany. Możemy mieć tutaj do czynienia z dwoma sytuacjami: proklamowana zasada ogólna nie ma jeszcze wpływu na rozstrzygnięcie tej konkretnej sprawy albo wpływ taki ma. Polityka orzecznicza Trybunału polega często na umiejętnym ukrywaniu nowości normatywnej, tak aby uniknąć zarzutów o nadmierną aktywność prawotwórczą. Strategia „kamufażu” polega w tym przypadku na uznaniu, że „nowa doktryna” nie znajduje zastosowania do stanu faktycznego sprawy. Nie zmienia to jednak faktu, że zasada została ustanowiona *in abstracto*. Kamuflaż *in concreto* uspokaja audytorium, dla których podstawowa perspektywa ma charakter krótkoterminowy (logika rozumowania brzmi następująco: skoro nowość normatywna nie ma dla mnie negatywnego wpływu, to nie ma podstaw do jej kwestionowania)⁵⁷⁵. Na tym polega fundamentalny błąd oceny, który ma dalekosiężne skutki dla nowego układu sił w obrębie „unijnego kodeksu proceduralnego”. Sąd-prawodawca zawsze bowiem dąży do przedstawienia swojego orzeczenia jako niekontrowersyjnego, w całości opartego na istniejącym prawie i orzecznictwie, tworząc w ten sposób wrażenie, że konkretne rozstrzygnięcie jest jedynie prostym zastosowaniem tego, co już istnieje. Tymczasem subtelne wprowadzanie nowości normatywnej i rozkładanie efektu precedensowego oddziaływania w czasie oznacza, że orzecznictwo zyskuje własną dynamikę. Sąd w pewnym momencie postanowi o aktywacji „uśpionego precedensu” i zacznie odkrywać w pełni zasięg nowej doktryny⁵⁷⁶. Gdy audytorium zmieniają w końcu perspektywę z krótkoterminowej na długofalową, wychodzącą poza specyfikę konkretnej sprawy i subiektywnych interesów, nowość normatywna jest już ukształtowana i w pełni determinuje zachowania aktorów. Audytorium wówczas stoją przed faktem dokonanym. System został zmieniony i wymaga stosownego dopasowania, które wymusza zmianę globalną, a nie jedynie partykularną, ograniczoną do wyniku konkretnej sprawy. W ten sposób precedens z jednej strony jest kamuflażem dla działalności prawodawczej, a z drugiej działalność tę umożliwia⁵⁷⁷. Sąd współkonstruuje system poprzez precedens jest w szczególnej sytuacji, ponieważ zachowuje dyskrecjonalność wobec stworzonego przez siebie precedensu. Jest to konsekwencją przyjęcia, że tylko jeden sąd może ponosić odpowiedzialność za ewolucję systemu precedensowego, który nie tylko tworzy, ale i kształtuje. Pole manewru sądu w obrębie systemu precedensowego jest sze-

⁵⁷⁴ J. Barcelò, Precedent in European Community Law, s. 427 i uwagi D.A.O. Edwarda, Le rôle de la jurisprudence, s. 125 i n.

⁵⁷⁵ Zob. też K.J. Alter, Establishing the Supremacy of European Law, s. 186.

⁵⁷⁶ T.C. Hartley, The Foundations of European Community Law, s. 79.

⁵⁷⁷ A. Stone Sweet, M. McCown, Discretion and precedent in European Law, s. 97.

rokie i można je sprowadzić do pięciu zabiegów. Pozwalają one dokonać kwalifikacji linii demarkacyjnej pomiędzy kognicją sądu sprawiedliwego (stosującego prawo) i sądu-prawodawcy (kreującego prawo). Podkreślmy, że zabiegi dotyczą zasady precedensowej, a nie samego orzeczenia, które je zawiera. Po pierwsze, zabieg **aplikacji precedensu do sprawy zawisłej**. Jest to zabieg najmniej skomplikowany, co nie oznacza, że pozbawiony elementu kreatywności. Założenie jest następujące: zasada istnieje gdzieś w orzecznictwie. Sąd musi więc objąć całe orzecznictwo, odnaleźć tam zasadę i uargumentować jej zastosowanie w konkretnej sprawie. Drugi zabieg to **wyróżnienie precedensu**, które jest zabiegiem negatywnym. Sąd musi najpierw zrekonstruować zasadę i następnie uznać, że nie znajduje ona zastosowania do zawisłej sprawy, która charakteryzuje się szczególnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi⁵⁷⁸. Zabieg wyróżnienia oznacza, że poddajemy w wątpliwość precedens wobec konkretnego stanu faktycznego, nie kwestionujemy natomiast samego precedensu⁵⁷⁹. Trzeci zabieg to **klaryfikacja precedensu**. Szczególne znaczenie w tym względzie odgrywa art. 267 TFUE, dzięki któremu Trybunał wyjaśnia nie tylko przepisy prawa unijnego, ale także swoje wcześniejsze orzeczenia, zarówno orzeczenia wstępne⁵⁸⁰, jak i wyroki wydane w innym trybie⁵⁸¹. Aplikacja – wyróżnienie – klaryfikacja precedensu stanowią domenę sądu sprawiedliwego i są większością spraw rozstrzyganych przez sąd unijny. Czwarty zabieg to **modyfikacja precedensu**. Tutaj nie chodzi o wyjaśnienie zasady relewantnej dla nowej sprawy, ale także o modyfikację zasady (jej rozszerzenie, zawężenie itp.). Dobrego przykładu dostarcza wyrok w sprawie *Keck*, który w sposób istotny kwalifikuje (a nie odrzuca) utrwaloną od sprawy *Dassonville* interpretację terminu „środki o skutku równoważnym do ograniczeń ilościowych” poprzez wykluczenie spod jej desygnatów „krajowych przepisów ograniczających lub zabraniających pewne *selling arrangements*”. Ta modyfikacja nie dotyczy jednak sprawy *Dassonville*, ale zasady, która każe dokonywać tak szerokiej interpretacji tego terminu⁵⁸². Piąty zabieg jest najbardziej radykalny, ponieważ dopuszcza **obalenie precedensu**⁵⁸³. Z tą sytuacją mamy do czynienia bardzo rzadko, co jest oczywiste, zważywszy na *ratio legis* precedensu w postaci jednolitości i przewidywalności prawa⁵⁸⁴. W kontekście Trybunału należy odróżnić prawną możliwość obalenia precedensu od rzeczywistego korzystania z tej możliwości. Trybunał zachowuje możliwość odstąpienia od swojego orzeczenia, co jest uzasadnione względami pragmatycznymi, ponieważ Trybunał orzeka jako

⁵⁷⁸ Zob. przykłady podawane przez A. Arnall, The European Union and its Court of Justice, s. 630–631.

⁵⁷⁹ Zob. także D.A.O. Edward, Le rôle de la jurisprudence, s. 131.

⁵⁸⁰ Zob. wyr. TS z 30.9.2003 r., C-224/01, *Köbler*, EU:C:2003:513.

⁵⁸¹ Wyr. TS z 14.12.1982 r., sprawy połączone 314–316/81 i 83/82, *Procureur de la République i Comité national de défense contre l'alcoolisme p. Alex Waterkeyn i innym; Procureur de la République p. Jean Cayard i innym*, EU:C:1982:430 (wyrok wydany na podstawie art. 226 TWE podlegał interpretacji w drodze orzeczenia wstępnego).

⁵⁸² Jak słusznie zauważa J. Barcelò (Precedent in European Community Law, s. 431), stosowny ustęp wyroku w sprawie *Keck* nie zawiera nawet odesłania do wyroku w sprawie *Dassonville*. Podkreśla to dodatkowo, że modyfikacja dotyczy zasady, a nie orzeczenia. Inny przykład modyfikacji precedensu w kontekście odpowiedzialności deliktowej Wspólnoty podaje A. Arnall, The European Union and its Court of Justice, s. 628–629.

⁵⁸³ Czasami granica pomiędzy modyfikacją a obaleniem precedensu jest trudna do ustalenia w praktyce. Zob. A. Arnall, The European Union and its Court of Justice, s. 629, dla którego wyrok w sprawie *Keck* jest przykładem obalenia precedensu, a nie jego modyfikacji.

⁵⁸⁴ Lord Mackenzie Stuart, J.-P. Warner, Judicial decision as a source of Community Law, s. 275.

sąd pierwszej i ostatniej instancji. W tej sytuacji odstąpienie od orzeczenia jest jedynym sposobem na jego eliminację z obrotu prawnego, gdyby okazało się, że z różnych względów wydane rozstrzygnięcie jest nietrafne⁵⁸⁵. W praktyce orzeczniczej Trybunału możemy wskazać zaledwie kilka przykładów na sytuację obalenia precedensu⁵⁸⁶. Zazwyczaj Trybunał zadowala się dostępnymi opcjami pośrednimi, poszukując jako sąd sprawiedliwy rozwiązania oferowanego przez wyróżnienie, klaryfikację i modyfikację. Wyjątkowo, gdy ingerencja w system precedensowy wymaga czegoś więcej (zwłaszcza gdy prosta klaryfikacja nie wystarcza), w grę może wchodzić modyfikacja i obalenie. Te dwa zabiegi należą jednak do sądu-prawodawcy, który w zależności od zabiegu dodaje nowy element do systemu (modyfikacja) albo z tego systemu wyklucza (obalenie).

252 Sąd, który dokonuje transformacji systemu, musi zachować perspektywę globalną. Dlatego jego precedens ma charakter inkrementalny i podąża wyznaczoną ścieżką orzeczniczą, co oznacza, że sposób rozstrzygnięcia spraw przyszłych zależy od sposobu, w jaki ewoluowało orzecznictwo w sprawach wcześniejszych. Ta ścieżka rozstrzyga, w jaki sposób, w którym kierunku i dlaczego sprawy trafiające do sądów są rozstrzygane. W prawie unijnym możemy mówić o zjawisku „orzeczniczej Kanossy”, a więc zdarzenia (analizowanego według sekwencji: sprawa – wyrok), które wybija się spośród pozostałych dostępnych. Wybór dokonany wówczas ma charakter konstytutywny w tym sensie, że wyznacza ścieżkę orzeczniczą na przyszłość oraz decyduje o możliwości manewru w przyszłości. W momencie jednak „orzeczniczej Kanossy” mamy nadal do czynienia z wyborem jednostkowym. Jego elewacja nastąpi (lub nie) w toku orzeczniczego docierania się, recepcji przez kolejne składy sędziów, a nawet adaptacji w toku zmieniających się okoliczności towarzyszących ewolucji orzecznictwa. Wówczas w przypadku recepcji pozytywnej wybór pierwotnie pomyślany jako jednostkowy przekształca się w wybór uniwersalny. W konsekwencji, mocą orzecznictwa generującego posłuszeństwo, przekonującego powtarzalnością i przewidywalnością oraz wspartego autorytetem sądu, ten wybór staje się precedensem, który, uwolniony od instytucji politycznych, oddziałuje dzięki dynamice prawnej sfery integracji⁵⁸⁷. Dzięki precedensowi Trybunał zapewnia wewnętrzną vitalność systemu. Polega to na tym, że pierwsze orzeczenie generuje kolejne sprawy. W tym też sensie proces tworzenia prawa precedensowego uzyskuje wewnętrzny impuls do dalszego rozwoju. Następuje nie tylko uniformizacja strategii litygacyjnych (strony i ich pełnomocnicy planują swoje postępowanie na podstawie orzeczenia, które traktują jako dominujące i konstytuujące, ewentualnie kontynuujące ścieżkę orzeczniczą), ale tak-

⁵⁸⁵ L.N. Brown, T. Kennedy, *The Court of Justice*, s. 372.

⁵⁸⁶ Jednym z najlepiej znanych przykładów jest „orzecznictwo parlamentarne”. Zob. J.A. Usher, *General Course in European Community Law*, s. 130.

⁵⁸⁷ W prawie unijnym takie „stawanie się” precedensowi można najlepiej zaobserwować na przykładzie bezpośredniego skutku i pierwszeństwa prawa unijnego. Na początku lat 60. nikt nie przypuszczał, że pierwotnie jednostkowe orzeczenia w sprawach *Van Gend en Loos* i *Costa p. E.N.E.L.* przyczynią się do transformacji prawa unijnego z założonego modelu prawa międzynarodowego do modelu ponadnarodowego. Z drugiej strony ten kierunek rozumowania można z powodzeniem kwestionować, skoro Traktat już w 1957 r. zawierał szereg cech, które wskazywały na jego odrębności w porównaniu z klasycznymi umowami międzynarodowymi. Zob. szeroko J. Baquero Cruz, *The Changing Constitutional Role*, s. 223 i n., dla którego sprawy *Van Gend en Loos* i *Costa p. E.N.E.L.* to jedynie klaryfikacja elementów już istniejących, choć jeszcze nieuporządkowanych, w obrębie systemu.

że metod rozumowania sądu, który zaczyna korzystać z techniki, którą można nazwać „argumentem z precedensu”. Patrząc na orzecznictwo Trybunału, można dostrzec, że jest ono w coraz większym stopniu zorganizowane i porządkowane przez orzecznice odwołania. Dopóki nie zostanie przywołane, orzeczenie obowiązuje jedynie w sferze wyznaczonej stanem faktycznym i prawnym konkretnej sprawy. Dopiero przywołanie w kolejnej sprawie(ach) otwiera możliwość ekspansji argumentacyjnej i promieniowania jako precedens. Czy tak nastąpi, zależy jednak nie tylko od sądu, ale także od stron i pełnomocników, umiejętnie wykorzystujących argumentację z precedensu i odnajdujących w orzeczeniu elementy wspólne dla nowych spraw. W konsekwencji orzeczenie może stać się precedensem i uzyskać atrybut *gravitational force* tylko dzięki powtarzalności orzecznictwa w postaci łańcucha orzeczniczego. Orzeczenie wydane przez sąd nie jest precedensem *eo ipso*. Dopiero reakcja zewnętrzna wobec orzeczenia (dopasowanie działania aktorów do orzeczenia, które traktowane jest tak, jak gdyby stanowiło źródło prawa) i wewnętrzna (odnawianie mocy pojedynczego orzeczenia poprzez kolejne akty orzeczniczego powoływania się na nie, tak jak gdyby było ono precedensem) oznacza, że orzeczenie staje się autorytatywnym precedensem. Aktorzy zewnętrzni i sam Trybunał przechodzą z poziomu analizy wyznaczonej podejściem „tak jak gdyby orzeczenie było precedensem” na poziom faktycznego stosowania się do orzeczenia, które traktowane jest jako precedens. W tym sensie tylko łańcuch orzecznictwa pozwala zrekonstruować i zracjonalizować orzecznictwo w języku precedensu. Znaczenie precedensu w prawie unijnym nie może zostać wyjaśnione przez proste przeciwstawienie systemów *common* i *statute law*, skoro Trybunał jest sądem zaczepionym pomiędzy obydwoma tradycjami, jego jurysdykcja ma charakter hybrydalny, sam Trybunał zaś jest odpowiedzialny za ewolucję prawa unijnego. Chodzi o proces, który cały czas wymaga arbitra, zapewniającego, że proces będzie kontynuowany. Efekt radiacyjny orzecznictwa jest konieczny dla zapewnienia, że orzecznictwo Trybunału faktycznie oddziałuje na sytuację podmiotów prawa. Owo oddziaływanie polega na wpływie, jaki orzecznictwo wywiera na działania aktorów tworzących porządek prawny. Im większy wpływ radiacyjny, tym większa spójność systemu, dla którego punktem odniesienia staje się centrum wyznaczone przez Trybunał i jego orzecznice wypowiedzi⁵⁸⁸.

IV. Problem instrumentalizacji precedensu

1. Uwagi wstępne

Z koherencją w sposób ścisły związane jest dążenie do zapewnienia jednolitości prawa unijnego. Orzeczenia wstępne, bezpośredni skutek i pierwszeństwo spełniają dla prawodawcy podwójną rolę. Z jednej strony są to fundamenty wyznaczające sędziowską racjonalność, a z drugiej – instrumenty transformacji krajowych tradycji prawnych, które razem prowadzą do konstytucjonalizacji prawa unijnego. Dzięki orzeczeniom wstępnym i dobrej woli sądów krajowych Trybunał jest instytucją w centrum procesu integracyjnego, która wymusza, że to prawo odgrywa kluczową rolę. W ten sposób dzięki sądom państw członkowskich Trybunał znajduje się w uprzywilejowa-

253

⁵⁸⁸ Podobne refleksje snują w kontekście Trybunału Konstytucyjnego T. Stawecki, W. Staśkiewicz, J. Wincozek, *Między policentrycznością a fragmentarycznością*, s. 8.

nej sytuacji, ponieważ jego jurysdykcja przestaje być zależna od państw i instytucji, ale zaczyna korzystać z własnej dynamiki wewnętrznej wyznaczonej przez gotowość sądów do korzystania z art. 267 TFUE. W konsekwencji prawodawca sądowy zapewnia sobie względną niezależność od prawodawcy politycznego, zwłaszcza gdy w grę wchodzi cel w postaci zapewnienia jednolitości prawa unijnego. W tym zakresie sąd-prawodawca ma do odegrania szczególną rolę, skoro nadrzędny cel Traktatu zostałby zniweczony, gdyby prawo unijne nie miało tej samej treści i nie korzystało z identycznego charakteru we wszystkich państwach Unii⁵⁸⁹. Nie chodzi tylko o realizację pewności prawa, ale także równości wobec prawa i rządów prawa. Racjonalność proceduralna wymaga w tym celu ingerencji sądowej, która zapewni, że prawo jest takie same dla wszystkich. W tym celu orzeczenia wstępne i dialog sądowy spełniają funkcję instrumentalną, ponieważ dzięki nim jednolitość jest zapewniana⁵⁹⁰. W tym celu system ochrony prawnej musiał być więc odpowiednio kształtowany przez prawodawcę orzeczniczego, który zupełnie przejął inicjatywę od prawodawcy politycznego⁵⁹¹.

2. Precedens i aktorzy integracji

254 Dzięki precedensowi sąd wymusza adaptację strategii po stronie audytorów. **Oddziaływanie precedensu ma charakter jednokierunkowy: od Trybunału**, jako kreatora precedensu znajdującego się w centrum systemu, **do podmiotów, które są odbiorcami precedensu** i według niego planują swoje przyszłe działania⁵⁹². Dzięki inkrementalizmowi precedensu ewolucja prawa i strategie litygacyjne są kształtowane przez ścieżkę już wyznaczoną przez wcześniejsze orzeczenia⁵⁹³. Na tym też polega racjonalizujący wymiar precedensu: sprawy podobne powinny być rozstrzygane w identyczny sposób⁵⁹⁴. Tylko wtedy polityka prowadzona przez odbiorcę sygnału będzie skuteczna, bo zgodna z nowym stanem rzeczy. W przypadku gdyby odbiorca nie dokonał stosownej modyfikacji, jego polityka może być zakwestionowana w sądzie, który wówczas w sposób bezpośredni wyczekuje swój przekaz precedensowy. W tym sensie nadążanie za refleksem jest kluczowe, gdyż zapewnia, że planowane działanie w obrębie prawa unijnego odzwierciedla stan prawa obowiązującego w świetle interpretacji Trybunału. Jest też ekonomicznie uzasadnione, skoro minimalizuje porażkę w sądzie (moja polityka podąża za refleksem, więc nie grozi jej zakwestionowanie przed sądem) i pozwala na uniknięcie kosztów związanych z ponownym opracowywaniem polityki. Refleks racjonalności jest odczuwalny w sferze litygacji,

⁵⁸⁹ W wyr. TS z 6.12.2005 r., C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur BV p. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, EU:C:2005:742, zapewnienie jednolitości prawa unijnego zostało opisane jako „szczególnie istotne (*particularly vital*), gdy kwestionowana jest ważność aktu prawa unijnego” (pkt 21 wyroku). Szerzej *L. Coutron, L'arrêt Schul*, s. 491 i n.

⁵⁹⁰ Zob. szerzej *K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, Procedural Law of the European Union*, s. 35 i n.

⁵⁹¹ Odnotujmy, że do dzisiaj brzmienie art. 267 TFUE nie zostało stosownie zmodyfikowane w drodze formalnej zmiany Traktatu. Tylko uwzględnienie precedensu *Foto-Frost* pozwala na pełną rekonstrukcję zasięgu art. 267.

⁵⁹² W jednym z orzeczeń Trybunał wprost podkreślił tę jednokierunkowość, uznając, że praktyka instytucji nie może prowadzić do wyjątków od reguł określonych w Traktacie i z tego powodu „nie tworzy precedensu wiążącego dla innych instytucji (...) praktyka instytucjonalna (...) nie może prowadzić do innego wniosku” – tak w opinii z 15.11.1994 r., 1/94, EU:C:1994:384, pkt 52 i 61.

⁵⁹³ *A. Stone Sweet, The judicial construction of Europe*, s. 4.

⁵⁹⁴ Zob. także ogólnie *B. Bix, Jurisprudence and context*, s. 146–147.

ponieważ decyduje o argumentacji sądowej i porządkuje argumenty na relewantne oraz nierelawantne. Strategie litygacyjne są tworzone na podstawie materiału normatywnego, który znajduje się w precedensie. W tym sensie wzmacnia „wspólnotę argumentującą”, skoro wszyscy jej uczestnicy poddani są oddziaływaniu jednej instytucji, która autorytatywnie przekazuje standardy postępowania wiążące dla wszystkich. W tym sensie możemy mówić o centralizacyjnym oddziaływaniu refleksu. Historia instytucjonalnych interakcji zna wiele przypadków, jak orzeczenie precedensowe determinowało postępowanie świata zewnętrznego. Przede wszystkim widać to w procesie adaptacji polityki Komisji w odpowiedzi na precedensowe orzeczenia Trybunału. Przykładów dostarcza reakcja wobec wyroku w sprawie *Cassis de Dijon* z nową filozofią harmonizacji (przejście od dyskryminacji do koncepcji „przeszkody” w swobodnym obrocie)⁵⁹⁵, *Kalanke*⁵⁹⁶ (działania afirmatywne w celu zapewnienia równości kobiet i mężczyzn)⁵⁹⁷. Ostatnio dwukrotnie cień racjonalności proceduralnej dał o sobie znać: w sprawie *Komisja p. Radzie*⁵⁹⁸, dotyczącej decyzji ramowej o ochronie środowiska poprzez prawo karne⁵⁹⁹ w sprawie *Komisja p. Francji*⁶⁰⁰, dotyczącej interpretacji art. 228 TWE⁶⁰¹. W jednym przypadku Trybunał traci swoją moc oddziaływania za pośrednictwem refleksu racjonalności proceduralnej. Ma to miejsce w sytuacji, gdy zmiana normatywna, jaka jest wynikiem precedensu, jest nie do przyjęcia przez państwa członkowskie⁶⁰². Tylko w tym momencie państwa przełamują regułę jednokierunkowego działania precedensu prawotwórczego i odbijają go w stronę Trybunału w postaci zmiany w Traktacie, która niweczy precedensowy walor orzeczenia. Jest to jedyna sytuacja (poza formalną zmianą Traktatu), gdy państwa odzyskują kontrolę nad systemem⁶⁰³. Nie zajmują już pozycji podmiotu pozostającego na drugim planie i zo-

⁵⁹⁵ Zob. dokument Communication from the Commission concerning the consequences of the judgment given by the Court of Justice on 20 Feb. 1979 in Case 120/78 („Cassis de Dijon”), Dz.Urz. WE C z 1980 r. Nr 256, s. 2.

⁵⁹⁶ Wyr. TS z 17.10.1995 r., C-450/93, *Eckhard Kalanke p. Freie Hansestadt Bremen*, EU:C:1995:322.

⁵⁹⁷ Zob. dokument Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgment of the Court of Justice of 17 October 1995 in Case C-450/93, *Eckhard Kalanke v. Freie und Hansestadt Bremen*, [1995] ECR I-3051, COM (1996) 88 final.

⁵⁹⁸ Wyr. TS z 13.9.2005 r., C-176/03, *Komisja p. Radzie*, EU:C:2005:542. O wyroku *C. Tobler*, Case C-176/03, s. 835 i n.; *E.H. Karnell*, Recent Developments in the area of European Criminal Law, zwłaszcza s. 29 i n.

⁵⁹⁹ Zob. dokument Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the implications of the Court's judgment of 13 September 2005 (Case C-176/03. *Commission v. Council*), COM (2005) 583 final.

⁶⁰⁰ Wyr. TS z 12.7.2005 r., C-304/02, *Komisja p. Francji*, EU:C:2005:444, pkt 80. Na temat tego orzecznictwa zob. szeroko *L. Clement-Wilz, Une nouvelle interprétation de l'article 228-2 CE*, s. 725; *P. Wennerås, A New Dawn for Commission Enforcement*, s. 31 i n.

⁶⁰¹ Istotnie, na skutek wyroku Komisja wskazała, że w każdej sprawie na podstawie art. 228 TWE będzie wnioskowała o orzeczenie ryczałtu, uznając, że każde długotrwałe niezastosowanie się do wyroku jest naruszeniem zasady legalności. Zob. dokument SEC (2005) 1658.

⁶⁰² Jeżeli sferę dyskrecjonalności zdefiniujemy jako sumę kompetencji Trybunału pomniejszoną przez dostępne państwom instrumenty kontrolne, to można uznać, że Trybunał korzysta ze nieograniczonej sfery dyskrecjonalności. Zob. *A. Stone Sweet, The judicial construction of Europe*, s. 26–27. Nieliczne przykłady sytuacji, w których państwom udaje się przełamać cień Trybunału, omawia *R. Dehousse, The European Court of Justice*, s. 148 i n. oraz jego wcześniejsze *La Cour de justice des Communautés européennes*, s. 129 i n.

⁶⁰³ Można w tym miejscu pokusić się o analogię z krajowymi systemami konstytucyjnymi. Uprzywilejowana rola sądów konstytucyjnych w zakresie kontroli konstytucyjności prawa stanowi instytucjonalne ograniczenie ustawodawcy, skoro nie może on przekroczyć pewnych konstytucyjnych granic określonych

bowiązanego automatycznie do respektowania precedensu. Same przechodzą na pozycję podmiotu działającego ofensywnie wobec precedensu.

- 255 Orzeczenie precedensowe wskazuje, jakie zachowanie jest pożądane z perspektywy prawa obowiązującego, pośrednio wskazuje zachowanie co najmniej pożądane w przyszłości, bo to wynika z precedensu, do którego sędziowie się odwołują. W duchu neofunkcjonalizmu państwa nadal zachowują centralną pozycję w procesie integracji, ale muszą jednocześnie albo akceptować, albo odrzucić decyzyjność instytucji ponadnarodowych. Biorąc pod uwagę bliskość interesów i kalkulację według wzoru „krótkotrwałe skutki niekorzystne orzeczenia – długofalowe korzyści dla państwa wynikające z liberalizacji handlu”⁶⁰⁴, opcja sprzeciwu jest mało prawdopodobna, gdyż stanowiłaby niebezpieczny precedens dla pozostałych⁶⁰⁵. Podejście instytucji wobec swojej sfery właściwości ma charakter czysto utylitarny: zwiększenie własnego wpływu w Unii. Instytucja ponadnarodowa była zainteresowana ominięciem państw i promowaniem integracji w kooperacji z jednostkami i grupami interesów, które apolityczny i techniczny sąd postrzegali jako swojego sojusznika.

3. Precedens i sąd wobec wyzwania „zmiany”

- 256 Rola Trybunału w prawie unijnym nie ma charakteru statycznego, ale ewoluuje wraz z samym prawem unijnym i w odpowiedzi na sygnały, jakie docierają do niego z otoczenia politycznego, w którym funkcjonuje. Wydawanych wyroków nie można sprowadzać do prostej arytmetyki: aktywistyczny albo wstrzemięźliwy. Dzisiaj podstawy prawa unijnego w postaci bezpośredniego skutku i zasady pierwszeństwa są zapewnione, sądy krajowe stosują prawo wspólnotowe i gwarantują jego *effet utile*. Sędzia musi codziennie dokonywać trudnych wyborów między z jednej strony liberalizacją rynku a dążeniami państw do ochrony uzasadnionych interesów, które tej liberalizacji mogą stać na drodze⁶⁰⁶. Balansując pomiędzy sprzecznymi interesami i starając się wziąć pod uwagę interesy jak największej liczby stron zainteresowanych wynikiem sprawy, Trybunał znów musi wybrać pomiędzy wstrzemięźliwością a odwagą. Zawsze jednak ze świadomością, że nigdy nie zadowolą wszystkich⁶⁰⁷. Wybór pomiędzy konkurencyjnymi wobec siebie rozwiązaniami jest więc cechą immanentną unijnego procesu konstytucjonalizacji, a znalezienie kompromisu jurysdykcyjnego i utrzymanie równowagi – najważniejszym zadaniem Trybunału Sprawiedliwości⁶⁰⁸. Wobec zachodzących interakcji rzadko będziemy mieli do czynienia z sytuacją, w której realizacja

przez sąd konstytucyjny, a w razie uznania aktu prawnego za niezgodny z Konstytucją jest zobligowany do odpowiedniej zmiany w prawie, tak aby stan zgodności konstytucyjnej został osiągnięty. Ustawodawca tylko w jednym momencie odzyskuje władzę nad systemem konstytucyjnym i może modyfikować niekorzystne dla siebie orzeczenia sądu konstytucyjnego. Tym momentem jest zmiana Konstytucji. Zob. szerzej P. Pescatore, La légitimité du juge, s. 341. Zmiana Konstytucji jest więc jedyną dostępną metodą przełamania precedensu konstytucyjnego. Por. S. Lindquist, F.B. Cross, Empirically Testing Dworkin's Chain Novel, s. 1156 i n.

⁶⁰⁴ G. Garrett, The Politics of legal integration, s. 180.

⁶⁰⁵ A.-M. Burley, W. Mattli, Europe before the Court, s. 54.

⁶⁰⁶ Tak N. Butler, Ph. Dodd, S. Flanders, T.G. Ash, K. Hughes, Reshaping Europe, s. 377 i n.

⁶⁰⁷ Podkreślają to A. Arnall, The European Union and its Court of Justice, oraz D.T. Keeling, In praise of judicial activism.

⁶⁰⁸ Perspektywa sędziego Trybunału to perspektywa stałego balansowania i wyboru: „in the European field as in national field, the judge has to strike a balance between the need to have a clear and workable rules that apply to everybody and the claims of justice (...) in the particular case. The task of finding the correct

jednej zasady i wartości w obrębie tak zróżnicowanego wewnętrznie unijnego systemu prawnego będzie mogła nastąpić bez wyeliminowania, ewentualnie uszczuplenia, innej, konkurencyjnej zasady.

Takie proste postawienie sprawy nie oddaje jednak skomplikowanego otoczenia, w którym dzisiaj funkcjonuje Trybunał, stale zachodzących w nim zmian i przesunięć⁶⁰⁹. Widać to zwłaszcza w kontekście dzisiejszego kryzysu federalizacyjnej roli Trybunału o podłożu identyfikacji. Unijny sąd nie był przygotowany na skalę rozszerzenia w 2004 r., poszukuje swojego miejsca i przechodzi kryzys „wewnętrznej kultury”⁶¹⁰. To z kolei wpływa na jakość orzecznictwa, które odchodzi coraz bardziej od obrazu Trybunału jako instytucji aktywnie promującej integrację⁶¹¹. W konsekwencji uzyskujemy nie tylko ostrożniejsze, ale także czasami niespójne orzecznictwo⁶¹². Należy podkreślić, że dla ewolucji prawa unijnego nie mniej istotne niż wydawanie kierunkowych orzeczeń, jest rozwijanie orzecznictwa na bazie spektakularnych i systemowych wyroków. Sprawy stają się coraz trudniejsze i bardziej skomplikowane. Wówczas rolą Trybunału jest zrozumienie problemu i umiejętne zastosowanie precedensów już istniejących w danej dziedzinie. Nie oznacza to, że funkcja Trybunału sprowadza się dzisiaj do technicznych i zautomatyzowanych zabiegów. Trybunał nadal wydaje fundamentalne orzeczenia, które wpływają na ewolucję i charakter prawa unijnego⁶¹³. Musi natomiast zmienić optykę patrzenia na swoją rolę w prawie unijnym. Ta zmiana nie przeczy założeniu o prawodawczej funkcji sądu unijnego. Wprost przeciwnie – świadczy o tym, że orzecznicy prawodawca dobrze rozumie swoją funkcję i związane z nią ograniczenia. Zadanie jednak, przed którym stoi Trybunał, jest niezwykle trudne, ponieważ jego wyroki są zbyt konserwatywne dla tych, którzy chcieliby, aby Trybunał był bardziej radykalny i odważny. Z drugiej strony jest liczna grupa komentatorów, którzy uważają, że w swoim orzecznictwie TSUE powinien być jeszcze bardziej konserwatywny i w większym stopniu brać pod uwagę oczekiwania państw członkowskich⁶¹⁴. Integracja obejmuje dzisiaj tyle konkurencyjnych i ważnych interesów, że od czasu do czasu Trybunał-prawodawca będzie przedmiotem kontrowersji i sporów w zakresie dokonywanych przez siebie wyborów. To jednak naturalny stan rzeczy systemu, w którym tak wiele zależy od początku od wyborów sędziów. Sąd-prawodawca musi rozumieć, że dla ewolucji prawa unijnego nie mniej istotne jest

balance is an enterprise in which we must all share” – tak D.A.O. Edward, Opening speech, s. 17. Zob. § 21 w niniejszym tomie.

⁶⁰⁹ D. Curtin i K. Mortelmans (Application and Enforcement of Community Law, s. 453–454) podkreślają, że „The degree and intensity with which the Court will choose to pursue the logic of its third generation course will depend to a considerable extent on the mood of the moment. It will not be entirely surprising if given the prevailing political sensibilities and the recent spate of direct criticism by some Member States of the Court's unwarranted activism that the Court chooses a more modest profile, seeking refuge in the easy second generation phrases rather than embarking on the inevitably more confrontational third generation solutions”.

⁶¹⁰ O zjawisku inner culture of the Court pisał sędzia Trybunału Ch. Timmermans, The European Union's Judicial System, s. 405.

⁶¹¹ Zob. szerzej H. Rasmussen, Present and Future Judicial Problems, s. 1661 i n., który rysuje pesymistyczny i druzgocący obraz Trybunału jako instytucji rozbitej, niepewnej swojej tożsamości i uciekającej przed odpowiedzialnością.

⁶¹² Zob. przykłady podane przez J. Baquero Cruz, The Changing Constitutional Role, przyp. 40 na s. 240.

⁶¹³ V. Skouris, Self-conception, challenges and perspectives of the EU Courts, s. 24–25.

⁶¹⁴ A. Arnall, The European Union and its Court of Justice, oraz podobnie R. Dehousse, The European Court of Justice, s. 170.

rozwijanie orzecznictwa za pośrednictwem mniej spektakularnych, ale dobrze uzasadnionych i wyselekcjonowanych precedensów⁶¹⁵.

V. Jakość precedensu a tożsamość sądu

258 Istotnie „Prawa nie da się sprowadzić do samych tylko tekstów. Prawo to również określone katalogi wartości, reguły rozumowań i interpretacji tekstu, akceptowane strategie legitymizacji orzeczeń (...). W tym szerszym znaczeniu prawo nie działa samo przez się, lecz istnieje poprzez działania aktorów”, A. Kozak, Nieoceniona wspólnota. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości bardzo szeroko, intensywnie i wielokierunkowo zakreśla swoją sferę oddziaływania. Spory teoretycznoprawne i niekończące się dyskusje, czy to już jest precedens, czy jeszcze nie, mogą mieć walor porządkujący, ale nie powinny przesłaniać codzienności orzeczniczej, w której sądy i aktorzy integracji są w rzeczywistości związani interpretacją Trybunału i odpowiednio planują swoje działania. Orzecznictwo to kompas ogniskujący dyskusję prawniczą na poziomie unijnym, której oddziaływanie wychodzi poza indywidualną sprawę. Za tą elegancką przenośnią kryje się jednak fundamentalne przesłanie: wyroki Trybunału przesądzają znacznie więcej aniżeli tylko, jak interpretować prawo unijne w konkretnej sprawie. Każdy, kto twierdzi inaczej, jest więźniem mitu⁶¹⁶ i nie dostrzega, jak prawo przesłanie dla sądów i organów administracji to powszechny zasięg obowiązywania orzeczeń wstępnych w przedmiocie interpretacji w ramach systemu opartego na autorytecie spraw (precedensów) już rozstrzygniętych⁶¹⁷.

259 Wyróżnienie sądowej polityki ma podkreślać, że sąd-prawodawca zmienia otoczenie normatywne⁶¹⁸ i traktuje porządek prawa unijnego jako żywy organizm znajdujący się w danym momencie na określonym etapie rozwoju. Sędzia w funkcji prawodawcy uprawia swoją politykę w sposób stopniowy⁶¹⁹. Orzeczenia odgrywają szczególną rolę tam, gdzie nie ma regulacji prawnej. Wówczas sąd zagospodaruje teren swoimi orzeczeniami, które z tej choćby racji wywierają wpływ precedensowy⁶²⁰.

⁶¹⁵ Por. V. Skouris, Self-conception, challenges and perspectives of the EU Courts, s. 24–25.

⁶¹⁶ W charakterystyczny dla siebie bezpośredni sposób M. Shapiro (Judges as Liars, s. 156) pisze: „Prawdziwym paradoksem władzy sądowniczej jest to, że choć sędziowie tworzą prawo, muszą cały czas zaprzeczać, że tak czynią. Należy to do samej istoty sądów, które nie mogą przestać twierdzić, że nie tworzą prawa, mimo pełnej świadomości, że jest inaczej. Ktoś może powiedzieć, że podtrzymywanie takiego stanowiska stanowi próbę tłumaczenia się. Ja nazywam to kłamstwem”.

⁶¹⁷ Nie ma żadnych wątpliwości, że właśnie poprzez precedens Trybunał rekonstruuje system prawa unijnego. Na ten temat T.T. Koncewicz, Zasada jurysdykcji powierzonej.

⁶¹⁸ M. Shapiro, A. Stone, The New Constitutional Politics of Europe, s. 397.

⁶¹⁹ Warto w tym miejscu odnotować istniejące, choć bliżej niezdefiniowane w orzecznictwie, rozróżnienie pomiędzy „porządkiem prawnym” a „systemem prawnym”. Termin „system prawny” konotuje występowanie pewnych metodologicznych i systemowych właściwości całości opisywanej jako system: jego zamknięcie, spójność, zupełność, kompletność. Właściwości te natomiast nie muszą być obecne przy próbie definiowania Wspólnoty jako „porządku prawnego”. W wyroku w sprawie *Van Gend en Loos* Trybunał mówił o nowym porządku prawnym, na rzecz którego państwa członkowskie ograniczyły, aczkolwiek w pewnym zakresie, swoje prawa suwerenne, jednak w opinii z 14.12.1991 r., 1/91, EU:C:1991:490, mowa była nie tylko o ograniczeniu tych praw „in ever wider fields”, ale także o systemie prawnym. Co do kwestii poprawnego zakwalifikowania prawa unijnego zob. wyczerpująco J.R. Bengoetxea, The Legal Reasoning, zwłaszcza s. 36–38. Autor opowiada się za uznaniem trafności terminu „porządek prawny”.

⁶²⁰ T. Koopmans, Stare decisis in European law, s. 11 i n. oraz H.G. Schermers, D.F. Waelbroeck, Judicial Protection in the European Union, s. 133.

Ujęcie unijnego precedensu z perspektywy koncepcji „unijnej ścieżki precedensu” 260 podkreśla znaczenie kształtowania się precedensu. Jest to proces, a nie jedynie punkt, który możemy łatwo zlokalizować (jednostkowe orzeczenie jako precedens). Specyfika usytuowania instytucjonalnego sądu unijnego, *sui generis* charakter prawa, które podlega jego interpretacji, i szczególnie zrelacjonowanie sądu do otoczenia politycznego, wyznaczają tempo, ale nie zawsze są w stanie przesądzić konkretny rezultat. Jest prawdą, że dla powstania precedensu orzecznictwo musi mieć charakter powtarzalny: poprzez konsekwentne odwołania do orzecznich podstaw przyczynia się do ich ugruntowania i akceptacji. Czasami jednak proste ugruntowywanie jurysprudenckiego *acquis* nie wystarcza, ale wymaga jego rozwoju.

Potężny sąd, który radiacyjnie oddziałuje na swoje audytoria, musi stale przekonywać, że zachowuje „zdolności operacyjne” i ogarnia swoje orzecznictwo w stopniu pozwalającym spełniać funkcje „generatora” i „strażnika” precedensu. Ten problem, kiedyś marginalny (zawsze dominowało pytanie „czy?”), obecnie urasta do rangi prawdziwego wyzwania, przed którym stoi dzisiejszy Trybunał składający się z 27 sędziów. O prawdziwym precedensie, a nie tylko o „wrażeniu precedensu”, możemy mówić dopiero wówczas, gdy praktyka odwołania się do orzeczeń ma charakter powtarzalny, adekwatny, refleksyjny i selektywny⁶²¹. Tylko wtedy orzeczenie z wymiaru jednostkowego rozstrzygnięcia może przejść na poziom ogólnego standardu dla spraw rozstrzyganych w przyszłości. W przypadku sądu, który za pośrednictwem swojego orzecznictwa ma aspirację i ambicję oddziaływania na unijny system prawny, to właśnie język, dobór argumentów, precyzja i wstrzemięźliwość cytowania orzeczeń wcześniejszych jako precedensów nabierają szczególnego znaczenia. Te elementy legitymizują sąd i uzasadniają posłuszeństwo wobec orzecznictwa⁶²². Dobry precedens nie tylko ma rozwijać prawo, ale w równej mierze je tłumaczyć. Sąd precedensowo oddziałujący na system musi dbać o to, aby debata poprzedzająca precedens miała charakter jak najbardziej kompletny i wyczerpujący. W kontekście prawa unijnego oznacza to w szczególności efektywny dialog pomiędzy Trybunałem a państwami członkowskimi, które występują w podwójnym charakterze: w pierwszym rzędzie są potencjalnymi odbiorcami precedensu, a następnie – podmiotami, które korzystają z wyjątkowej, rudymenarnej kompetencji do przełamania precedensu. Trybunał nie może zapominać o tym dualizmie, ponieważ precedens arbitralny i fałszywy godzi nie tylko w legitymizację sądu jako instytucji racjonalnej, ale także zagraża przetrwaniu sądu, skoro fałszywy precedens może przyczynić się do powstania koalicji skierowanej przeciwko precedensowi, a więc i Trybunałowi Sprawiedliwości⁶²³. Precedens dobry ma charakter samoodnawialny, tzn. każde jego powołanie nie tylko przez sąd, ale także przez

⁶²¹ Podejście konstruktywne do precedensu jest tym bardziej kluczowe, jeżeli przypomnimy jedną z podstawowych reguł rządzących systemem prawnym opartym na autorytecie spraw już rozstrzygniętych, zgodnie z którą nigdy nie ma dwóch identycznych spraw, ponieważ w przeciwnym razie nigdy nie znaleźlibyśmy precedensu dla czegośkolwiek. Zob. F. Schauer, Precedent, s. 577.

⁶²² D. Ordóñez-Solis, European Judges in a Global Society (tekst dostępny na stronie: www.ejls.com) i O. Pollicino, Legal Reasoning of the Court of Justice, s. 283 i n.

⁶²³ Ostatnia praktyka zawiera mieszane sygnały. Z jednej strony Trybunał, antycypując precedensowe oddziaływanie swojego orzeczenia, jest gotów do jak najszerzego zakreślenia podmiotów biorących udział w debacie poprzedzającej wydanie precedensu, ale z drugiej nie przekłada się to na uzasadnienie precedensu, który pomija argumenty przedstawione przez uczestników tej debaty. Zob. przykłady tej nieodrobionej praktyki i krytykę Trybunału: J. Komarek, In the Court(s) we Trust?, s. 482–483.

ne zagadnienia wykładni prawa, PiP 2009, Nr 6; *tenże*, Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki, Warszawa 2008, 2012, 2017; *tenże*, Wyznaczniki reguł wykładni prawa, RPEiS 1998, Nr 3–4; M. Zieliński, O. Bogucki, A. Choduń, S. Czepita, B. Kanarek, A. Munczewski, Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa, RPEiS 2009, Nr 4; Z. Ziemiński, Problemy podstawowe prawoznawstwa, Warszawa 1980; *tenże*, Stosowanie prawa, w: A. Redelbach, S. Wrótkowska, Z. Ziemiński, Zarys teorii państwa i prawa, Warszawa 1993; *tenże*, Wykładnia prawa i wnioski prawnicze, w: A. Redelbach, S. Wrótkowska, Z. Ziemiński, Zarys teorii państwa i prawa, Warszawa 1993; M. Zirk-Sadowski, Wykładnia i rozumienie prawa w Polsce po akcesji do Unii Europejskiej, w: Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej (red. S. Wrótkowska), Kraków 2005; C. Żuławska, Parę uwag o wykładni sędziowskiej po akcesji, w: *Arx et Usus*. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego, Warszawa 2005.

§ 20. Dialog sądowy w prawie europejskim. Pomiędzy obietnicą a rzeczywistością

I. Wprowadzenie

1 Obecnie jesteśmy świadkami procesu, który można nazwać „proliferacją sądów”. Polega on na powstawaniu coraz to nowych sądów, wyposażonych w urozmaiconą jurysdykcję¹. Z jednej strony proliferacja oznacza wzmocnione interakcje pomiędzy sądami i prowadzi do wzmoczonych kontaktów pomiędzy samymi sędziami, a z drugiej może pociągać niebezpieczeństwo rozbieżnej interpretacji podobnego zagadnienia prawnego. O ile niebezpieczeństwa tego nie można wykluczyć zupełnie, można jednak próbować je zminimalizować poprzez przestrzeganie pewnych reguł bazowych. Każdy sąd powinien bowiem w dobrej wierze wsłuchiwać się w to, co do powiedzenia mają jego „sąsiedzi w orzekaniu” i wykazywać stałą świadomość rodzącego się forum sądowego o charakterze ponadgranicznym, rozstrzygającego spory o żywotnym znaczeniu dla państw i obywateli. Obowiązkiem sędziów jest postawa receptywna, promująca współpracę, respektująca kompetencje oraz linię orzecniczą innych sądów wchodzących w skład tej „sądowej wspólnoty”. Wszystko w imię harmonii, pewności i przewidywalności prawa². Realizuje to postulat, którym A. Barak pisał w ten sposób: „U podstaw sądenia leży sędziowski temperament. Temperament to te cechy sędziego, które pozwalają mu zachować otwartość i słuchać argumentów stron, nie przerywać im oraz nie dążyć do ich stałego pouczenia. Taki sędzia powściąga swoją władzę oraz poznaje jej granice, wykazuje skromność oraz brak arogancji, które prowadzą go do zrozumienia, że nie korzysta z monopolu na mądrość”³.

W prawie unijnym dialog, który toczy się pomiędzy sądami ulokowanymi na różnych poziomach, stanowi charakterystyczną cechę tego prawa⁴. Istotne jest, że nie ma jednak jednego modelu dialogu. Raczej należy mówić w liczbie mnogiej o „dialoga-

¹ Literatura jest niezwykle bogata. Zob. w szczególności: A.M. Slaughter, A Global Community of Courts, s. 191 i n.; R. Higgins, A Babel of Judicial Voices?, s. 791 i n.; N. Lavranos, Concurrence of Jurisdiction, Part I, s. 213; Part II, s. 240; *tenże*, The MOX Plant Judgment, s. 291 i n.; *tenże*, Protecting Its Exclusive Jurisdiction, s. 479.

² P.S. Rao, Multiple International Judicial Forums, s. 929 i n.

³ A. Barak, The Judge in a Democracy, s. 311–312.

⁴ A. Arnall, Judicial Dialogue, s. 109–136.

ch”⁵, które toczą się w skali mikro pomiędzy różnymi sądami. Ramy i konstrukcja dialogu w skali mikro będą zawsze wypadkową szczególnych cech sądów je prowadzących i prawa, które w ramach dialogu podlega interpretacji, rekonstrukcji, czy nawet jest w trakcie dialogu tworzone przez jego uczestników. W tym ostatnim przypadku coraz częściej mówi się nawet o „sądowym targowaniu”, a nie o prostym dialogu⁶. Poniżej paragraf dostrzega po pierwsze, stałą dynamikę interakcji, jakie zachodzą pomiędzy różnymi poziomami sądownictwa, po drugie analizuje różne postacie dialogu i funkcje jakie spełnia, a po trzecie, stara się systematyzować perspektywę mikro poprzez dodanie podejścia syntetycznego z perspektywy makro. W tym ostatnim przypadku funkcję porządkującą może spełniać rozwijana poniżej koncepcja „wspólnoty sądów”.

Zgodnie z tymi założeniami, przedstawiona analiza koncentruje się wprawdzie 2 na paradygmatycznym przykładzie dialogu w postaci postępowania prejudycjalnego (pkt II), dostrzega jednak także inne wzory (*patterns*)⁷ sądowego dialogu w prawie europejskim, a więc dialog pomiędzy Trybunałem Sprawiedliwości i Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w obrębie „wspólnoty sądów” (pkt III) i stale wzrastające znaczenie krajowych sądów konstytucyjnych (pkt IV). W końcu pkt V zwraca uwagę na wagę temperamentu sędziowskiego. To prawda, że dialog sądowy toczy się między instytucjami, ale instytucje znaczą tyle co sędziowie je tworzący. Jakość i dynamika dialogu zawsze będą zależeć od sędziego, jego filozofii sądenia i właśnie temperamentu w znaczeniu, w jakim tym terminem posługuje się w otwierającym niniejszą analizę cytacie były Prezes Izraelskiego Sądu Najwyższego A. Barak.

II. Unijny dialog sądowy. Postępowanie prejudycjalne

1. Uwagi ogólne

3 O ile kształt *finalité politique* Wspólnot, a dzisiaj Unii Europejskiej, był zawsze kwestią sporną, to wątpliwości nie budzi, na jakich podstawach prawnych oparty jest ten *generis* porządek prawny. Opiera się on na dwóch konstytucyjnych zasadach pierwszeństwa i bezpośredniego skutku. W ich wyniku następuje proces internalizacji norm prawa unijnego i „wyjęcie jego przepisów z rąk polityków i danie go zwykłym obywatelom”⁸. Sam jednak bezpośredni skutek i pierwszeństwo nie rozstrzygają kwestii organizacyjnej. Innymi słowy, w jaki sposób najlepiej oddać *quasi-federacyjny*⁹ charakter prawa unijnego na poziomie organizacji sądów to prawo stosujących i interpretujących oraz jak należy określić wzajemne prawa i obowiązki sądów wchodzących w skład unijnego

⁵ A. Rosas, The European Court of Justice.

⁶ A. Pérez, Conflicts of Rights.

⁷ Termin za: A. Rosas, The European Court of Justice.

⁸ D.T. Keeling, F. Mancini, Democracy and the European Court of Justice, s. 175.

⁹ Termin „quasi-federacyjny” należy jednak opatrzyć zastrzeżeniem. W przeszłości kilka razy już próbowano wprowadzić do preambuły Traktatu słowo „federalny” w miejsce „jak najściślej unii”. Postawa jednak Wielkiej Brytanii, sprzeciwiającej się takiej zmianie, uniemożliwiała ją. Spory terminologiczne nie mogą jednak oznaczać, że ze względu na brak formalnego uznania w Traktacie słowa „federalny”, Unia nie wykazuje szeregu charakterystyk właściwych systemom federalnym. Odsyłam w tym miejscu do klasycznej analizy w pracy: J.H.H. Weiler, Transformation of Europe, s. 2403. Zob. też dyskusję w opracowaniu: K. Lenaerts, Constitutionalism and many faces of federalism, s. 205, który pisze, że „z federalizmem mamy do czynienia, ilekroć jest on gwarantowany przez konstytucję (krajową lub ponadnarodową) z arbitrem wspólnego porządku prawnego w postaci sądu najwyższego”.

systemu sądowego tak, aby uniknąć wrażenia, że sądom krajowym narzuca się nowy¹⁰, hierarchicznie wyższy sąd wyposażony w kompetencje do wydawania wiążących wyroków. Jedno nie ulegało wątpliwości: potrzebny był element spajający orzecznictwo sądów krajowych orzekających na podstawie prawa unijnego, który mógłby zapobiec fragmentacji prawa unijnego w szereg wersji krajowych stosowanych i interpretowanych według krajowych standardów i upodobań sądów krajowych.

- 4 W grę wchodziło kilka rozwiązań. Z jednej strony możliwość ukształtowania unijnego systemu sądowego na wzór krajowego postępowania odwoławczego, w którym jeden z sądów („federalny”) występowałby jako odwoławczy od orzeczeń sądów krajowych. To rozwiązanie niesłoby za sobą niebezpieczeństwo hierarchizacji pomiędzy sądami, a sędziowie krajowi musieliby pogodzić się z tym, że ich orzeczenia mogą być kontrolowane w postępowaniu instancyjnym i uchylane przez „mało znany sąd z Luksemburga”¹¹. Po drugie system odwoławczy oznaczałby konieczność przejścia przez wszystkie krajowe instancje, aż do krajowego sądu najwyższego i dopiero wtedy jego orzeczenie podlegałoby odwołaniu do Luksemburga. Oznaczałoby to znaczne zmniejszenie dostępności samego prawa unijnego oraz gotowości zarówno sądów, jak i stron postępowania krajowego, do korzystania z prawa unijnego¹². Konieczne było więc stworzenie procedury *sui generis*, która mogłaby znajdować zaczepienie w tradycji proceduralnej państw członkowskich, ale która charakteryzowałaby się cechami szczególnymi odzwierciedlającymi specyfikę prawa unijnego. Rozwiązanie przyjęte przez twórców Traktatu miało charakter nowatorski w tym sensie, że opierało się na systemem *sui generis* współpracy sądowej pomiędzy dwoma poziomami: krajowym i unijnym, bez jednak formalnego tworzenia zależności hierarchicznej pomiędzy nimi.
- 5 Aby zrozumieć specyfikę unijnego systemu ochrony prawnej, punktem wyjścia musi być art. 267 TFUE, opisywany nawet jako jeden z najważniejszych przepisów Traktatu¹³. Uregulowane w tym artykule **postępowanie prejudycjalne** jest powszechnie uznawane za fundament i zwornik unijnego systemu prawnego oraz źródło sukcesu jurysdykcyjnego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na uwadze wagę tego przepisu oraz bogactwo literatury, która została mu poświęcona¹⁴, można zaryzykować twierdzenie, że wszystko już zostało wyjaśnione oraz przeanalizowane¹⁵. Nawet jeżeli powstaje problem interpretacyjny, jest on rozwiązywany na podstawie orzecznictwa już istniejącego¹⁶. Mogłoby się wydawać, że nie ma więc pola dla wątpliwości. Twierdzenie to może być uznane za prawdziwe, jeżeli chodzi o ogólne zasady funkcjonowania dialogu sądowego na podstawie art. 267 TFUE. Zasady te jednak podlegają ciągłej

¹⁰ Problem szczególnie delikatny, mając na uwadze, że za systemami sądowymi państw członkowskich stała często wielowiekowa tradycja i duma z własnego, sprawdzonego systemu sądowego. Ten element psychologiczny sędziów krajowych nie może być niedoceniany. Por. *D.A.O. Edward*, Opening speech.

¹¹ *K.J. Alter*, The European Court's Political Power, s. 459.

¹² Zob. też uwagi w pracy: *J.T. Lang*, Constitutional duties, s. 3 i n.

¹³ *R. Dehousse*, The European Court of Justice, s. 28.

¹⁴ Tylko tytułem przykładu zob. monografie: *M. Andenas* (red.), Article 177 References to the European Court; *D. Anderson*, Preliminary rulings; *J. Pertek*, La pratique du renvoi préjudiciel.

¹⁵ Por. *A. Arnull*, The Evolution of the Court's jurisdiction, s. 129 i n.

¹⁶ Przykładowo stosunkowo niedawno problematyczną kwestią było zakwalifikowanie z punktu widzenia art. 267 ust. 3 TFUE szwedzkiego systemu instancyjnego, zgodnie z którym przyjęcie kasacji jest uzależnione od wstępnej kontroli sprawowanej przez Sąd Najwyższy – zob. wyr. TS z 4.6.2002 r., C-99/00, *Postępowanie karne przeciwko Kenny Roland Lyckeskog*, EU:C:2002:329.

ewolucji i dopasowywaniu się do stale zmieniającego się otoczenia, w jakim funkcjonują Trybunał i sądy krajowe, tematycznego zróżnicowania spraw, które wymagają wskazówek interpretacyjnych oraz stale postępującej „problematyzacji” spraw przekazywanych na podstawie tego artykułu.

2. Dialog jako istota postępowania prejudycjalnego

Istotę postępowania prejudycjalnego można scharakteryzować za pomocą następujących słów-kluczy: **sądowy dialog – incydentalność – dualizm proceduralny – pożyteczność**. Te cechy szczególnie bazują na modelu, ale wprowadzają jednocześnie modyfikacje uzasadnione specyfiką postępowania prejudycjalnego. Regulacja proceduralna dotycząca postępowania prejudycjalnego jest rozbita na Statut i Regulamin TSUE z jednej strony, oraz na proceduralne uregulowania krajowe obowiązujące w sądzie, który do Trybunału występuje z pytaniami, z drugiej. Przepisy zawarte w Regulaminie mają charakter subsydiarny wobec krajowej procedury. Znajdują zastosowanie wyłącznie w zakresie, w jakim jest zawarty przepis szczegółowy dotyczący postępowania prejudycjalnego. Poza tą sferą, właściwość regulacyjna pozostaje po stronie krajowej procedury. W Regulaminie znajduje się art. 93 i n., który dotyczy postępowania prejudycjalnego. Jego rola jest podwójna. Z jednej strony zawiera szkielec postępowania prejudycjalnego i wprowadza szczegółowe uregulowania w porównaniu z pozostałymi postępowaniami (art. 104 Regulaminu TSUE jest więc *lex specialis*). Z drugiej strony wyznacza granice dla regulacji postępowania prejudycjalnego na poziomie unijnym i poza tą sferą pozostawia pole krajowej procedurze.

Kwalifikacja procedury prejudycjalnej jako „dialogu” pomiędzy sądami jest cechą wyróżniającą postępowanie prejudycjalne spośród innych postępowań przed Trybunałem. Dialog oznacza, że mamy do czynienia ze szczególnym rodzajem postępowania, w którym „sędziowie pomagają sędziom”. Na podkreślenie zasługuje użycie przez Trybunał kwalifikacji „uzupełniającej”, co podkreśla, że **pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi nie ma zależności hierarchicznej i relacji sąd wyższej – niższej instancji**¹⁷. Założenie o dialogu przeszło znamiennej ewolucję. Na początku dialog oznaczał równość sądów krajowych i Trybunału, z czasem równość zaczęła być kwalifikowana w świetle nowych okoliczności, w jakich art. 267 TFUE był stosowany. Dzisiaj dialog jest nadal cechą postępowania prejudycjalnego, ale musi być rozumiany w inny sposób aniżeli na początku¹⁸. Trybunał korzysta z uprzywilejowanego statusu, ponieważ sam określa prawa i obowiązki jego uczestników. Dzisiaj dialog to umiejętność wyważenia dwóch interesów. Z jednej strony chodzi o dążenie do wydania orzeczenia prejudycjalnego, które będzie miało rzeczywisty wpływ na wynik toczącego się przed sądem krajowym postępowania. Z drugiej zaś o uniknięcie orzeczenia hipotetycznego, które nie miałoby faktycznego wpływu na sprawę zawisłą w sądzie krajowym. Stawką jest podtrzymanie przekonania sądów krajowych, że warto przekazywać pytania do Trybunału, połączone ze świadomością, że tylko zadane prawidłowo pytania będą uznane

¹⁷ Por. wyr. TS z 16.12.1981 r., 244/80, *Pasquale Foglia p. Mariella Novello (Foglia Novello II)*, EU:C:1981:302, pkt 14.

¹⁸ Chodzi o przejście od dialogu opartego na nieograniczonym dostępie sądu krajowego do Trybunału Sprawiedliwości w kierunku „dialogu kontrolowanego”. O tym szerzej *T.T. Koncewicz*, Trybunał Sprawiedliwości v. sądy krajowe, cz. 1, s. 206 i n.; cz. 2, s. 196 i n.

ne za dopuszczalne. Trybunał musiał postępować ostrożnie: chronić swoją procedurę i jurysdykcję, jednocześnie nie zrażając sędziów krajowych zbytnim formalizmem. Orzecznictwo stopniowo zmierzało więc do podkreślenia, że linia jurysdykcyjna ma charakter płynny. Jej przebieg wyznacza element współpracy sądowej. Trybunał wychodzi ze słusznego założenia, że nie może oceniać relewantności pytań, chyba jednak że poweźmie wątpliwości co do oczywistego braku związku podniesionych pytań z toczącym się postępowaniem krajowym. Wtedy jest **uprawniony do odejścia od umownego podziału jurysdykcyjnego** (reguła) i do **kwalifikowania go szczególnymi „testami dopuszczalności”** (wyjątek). W ten sposób mamy do czynienia z kompromisem, który z jednej strony zapewnia centralne miejsce sądów krajowych jako inicjatorów postępowania prejudycjalnego, a z drugiej chroni tę procedurę przed jej wykorzystaniem w celu innym niż ten przewidziany przez art. 267 TFUE (efektywna współpraca sądowa) i przekształceniu jej w formę niewiążącej konsultacji. Duch dialogu ma wprawdzie nadal znaczenie podstawowe, ale musi być rekonstruowany w świetle kwalifikacji orzeczniczych¹⁹. Oznaczają one, że finalnym celem dialogu jest takie rozumienie właściwych sfer kompetencji sądu krajowego i Trybunału, które nie ma charakteru absolutnego i które odrzuca podejście według założenia, że określone kompetencje należą tylko i zawsze do jednego lub drugiego sądu. Dla dialogu bez zmian pozostaje założenie bazowe: zapewnienia jednolitego stosowania prawa unijnego przez oba pionier sądownictwa poprzez „wzajemnie uzupełniający się wkład w proces wydawania rozstrzygnięcia”²⁰ i w **duchu wzajemnego poszanowania oraz dobrej woli**²¹.

- 8 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału procedura o wydanie orzeczenia prejudycjalnego stanowi tylko **jeden** z etapów postępowania toczącego się przed sądem krajowym²². Trybunał Sprawiedliwości nie występuje jako kolejny sąd w toku postępowania instancyjnego. Raczej został wyposażony w jurysdykcję, która ma uzupełniać i wspomagać sędziów krajowych rozstrzygających sprawy z elementem unijnym. Warunkiem *sine qua non* uruchomienia procedury jest wniosek sądu krajowego o wydanie orzeczenia prejudycjalnego. Orzecznictwo zawsze podkreślało, że art. 267 TFUE jest instrumentem prawnym służącym sądom krajowym, a nie stronom postępowania. Wynika z tego, że strony i ich pełnomocnicy mogą występować do sądu, przed którym toczy się sprawa, z wnioskami o skierowanie sprawy do Trybunału, ale decyzja w tym względzie zależy tylko i wyłącznie od uznania sądu krajowego²³. Sprawa rozpoczyna się dopiero, gdy pytanie(a) trafiają do Trybunału. W tym też sensie mówimy, że **postępowanie prejudycjalne ma charakter incydentalny wobec postępowania krajowego**, które występuje jako źródło mandatu Trybunału do rozpoznania sprawy. Ta cecha ma charakter prakseologiczny i utylitarny. Chodzi o zapewnienie, że interpretacja Trybunału ma być **pożyteczna dla sądu krajowego rozpoznającego merytorycznie**

¹⁹ Wyczerpująco pisze o tym D. O’Keeffe, *Is the Spirit of Article 177 under Attack?*, s. 509.

²⁰ Wyr. TS z 1.12.1965 r., 16/65, *Schwarze p. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, EU:C:1965:117.

²¹ Rzecznik generalny M. Lagrange w opinii z 27.2.1962 r., 13/61, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd p. Robert Bosch GmbH i Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*, EU:C:1962:3.

²² Zob. także M. Taborowski, *Wybrane aspekty procedury orzeczeń wstępnych*, s. 146 i n.

²³ O autonomii sądu krajowego w kontekście procedury prejudycjalnej zob. szeroko C. Mik, *Trybunał Sprawiedliwości wobec autonomii sądu krajowego*, s. 61 i n.

sprawę²⁴, a więc zostać wykorzystana i przyczynić się do rozstrzygnięcia sprawy, a nie być jedynie opinią doradczą lub niewiążącym przedstawieniem przez Trybunał stanowiska, które następnie zostanie zignorowane przez sąd krajowy. To założenie może oznaczać przewartościowanie dychotomicznego podziału na interpretację i stosowanie. **Aby bowiem interpretacja była pożyteczna, sąd krajowy musi spełnić szereg warunków formalnych**, takich jak np. dokładne opisanie stanu faktycznego i prawnego, wyjaśnienie istoty problemu i swoich wątpliwości w zakresie prawidłowej interpretacji prawa unijnego, czy wykazanie związku zadanych pytań z przedmiotem toczącego się postępowania. Jeżeli przestanie pytań nastąpi w formie, która nie pozwala Trybunałowi na udzielenie pożytecznej odpowiedzi, to przyjęcie sprawy przez Trybunał do rozpoznania byłoby równoznaczne z przekroczeniem przezeń granic swojej jurysdykcji. W ten sposób widać, jak koncepcja „**pożytecznej interpretacji**” spełnia podwójną rolę: z jednej strony określa obowiązki sądu krajowego, a z drugiej delimituje granice jurysdykcji Trybunału.

9 Dualizm – dialog – incydentalność – pożyteczność układają się w całość, która decyduje o specyfice postępowania prejudycjalnego. Artykuł 267 TFUE stanowi w rzeczywistości jurysdykcyjny wyraz **zasady decentralizacji unijnego systemu ochrony prawnej**: jako reguła prawa wspólnotowego jest stosowany i interpretowany w sądach krajowych, wyjątkiem jest natomiast możliwość udziału Trybunału w procesie orzekania przez sąd krajowy. Udział ten znajduje właśnie odzwierciedlenie w dialogu sądowym, który przewiduje szczegółowe prawa i obowiązki poszczególnych jego uczestników. Wspomniana już wyżej kwalifikacja postępowania o wydanie orzeczenia prejudycjalnego jako „dialogu” z czasem stała się kluczową determinantą dla interpretacji przez Trybunał swojej jurysdykcji. Poniżej bowiem wskażę, że założenie o dialogu zapewniało z jednej strony element dyskrekcji w kształtowaniu przez Trybunał pożądanego kształtu postępowania o wydanie orzeczenia prejudycjalnego, z drugiej zaś spełniało wielokrotnie funkcję dyscyplinującą sądy krajowe, wobec których Trybunał podkreślał obowiązek nienadużywania art. 267 TFUE. Dialog jest wprawdzie oparty na założeniu o równości sądów krajowych i Trybunału, ale jednak Trybunał korzysta z uprzywilejowanego statusu, ponieważ sam określa prawa i obowiązki jego uczestników. W ten sposób wpływa na ukształtowanie jurysdykcji, zarówno swojej, jak i sądów krajowych. Podział ról stawia bowiem na porządku dziennym pytanie, kto zapewnia, że jest on przestrzegany, oraz co w razie jego naruszenia.

10 Powyżej uczynione założenia są dobrym punktem wyjścia dla dalszej analizy. To, co zasługuje na szczególne podkreślenie w tym miejscu, to fakt, że art. 267 TFUE nie jest monolitem. Od samego początku istnienia Unii (Wspólnot) podlegał on wewnętrznej ewolucji i zmianie, które odzwierciedla orzecznictwo. Należy więc dokonać różnicowania pomiędzy suchym tekstem art. 267 TFUE a jego interpretacją przez Trybunał. Od 1951 r. obserwujemy **proces, w którym pewne podstawowe założenia, które**

²⁴ Przyjęcie założenia o interpretacji „pożytecznej” stanowi regułę interpretacyjną w procesie wykładni art. 267 TFUE. Trybunał przywiązuje szczególną wagę, aby sądowi krajowemu udzielić interpretacji użytecznej; por. wyr. TS z 30.6.1966 r., 56/65, *Société Technique Minière p. Maschinenbau Ulm GmbH*, EU:C:1966:38, gdzie mowa jest o „*serviceable interpretation*”. W innej sprawie Trybunał mówi o „*helpful interpretation of the provisions in question*” – wyr. z 14.7.1971 r., 12/71, *Günther Henck p. Hauptzollamt Emmerich*, EU:C:1971:86.

miały stanowić istotę postępowania prejudycjalnego, zostały poddane weryfikacji w rzeczywistości i ukształtowane niejako na nowo przez orzecznictwo, które cały czas dokonuje modyfikacji zakresu jurysdykcji na podstawie art. 267 TFUE²⁵.

3. Dialog i podział jurysdykcji na podstawie art. 267 TFUE

- 11 Przyjęcie dialogu jako istoty postępowania prejudycjalnego determinuje kształt jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości i sądów krajowych. Generalnie, jeżeli chodzi o zasadę ogólną dotyczącą podziału jurysdykcji pomiędzy Trybunał a sądy krajowe, to aktualna pozostaje zasada, zgodnie z którą **sądami wyposażonymi w kompetencję ogólną (generalną) do stosowania prawa unijnego pozostają sądy krajowe** państw członkowskich, zaś jurysdykcja Trybunału Sprawiedliwości jest konstruowana jako wyjątek od tej zasadniczej jurysdykcji sądów krajowych. W kontekście procedury o wydanie orzeczenia prejudycjalnego sądowi krajowemu służy w zasadzie nieograniczona kompetencja do rozstrzygania w przedmiocie wszelkich kwestii związanych z prawem unijnym, czynienie w tym zakresie ustaleń faktycznych. Od decyzji każdego sądu zależy też, czy uznaje, że w procesie stosowania i interpretowania przepisów prawa unijnego potrzebna jest mu pomoc Trybunału Sprawiedliwości. Dyskrecji tej nie traci, nawet gdy sprawa zostaje już przekazana do Trybunału, skoro zawsze zachowuje kompetencję do wycofania pytania(ń)²⁶. Jednak już **wydanie wyroku przez Trybunał Sprawiedliwości znacząco tę dyskrecję ogranicza**, skoro wyrok ma charakter wiążący dla sądu, który sprawę przekazał²⁷, i stanowi też punkt odniesienia dla innych sądów²⁸.

Na samym początku Trybunał dążył do takiego ukształtowania jurysdykcji na podstawie art. 267 TFUE, aby nie zniechęcać sądów krajowych do przekazywania pytań. Dlatego warunki formalne, od których zależała skuteczność przekazania, zostały ograniczone do minimum. Gdy pytanie(a) dotyczyły interpretacji lub ważności prawa unijnego, Trybunał był co do zasady zobowiązany do wydania orzeczenia. Na uwagę z punktu widzenia zasady jurysdykcji powierzonej Trybunału zasługuje *dictum* Trybunału o ścisłym rozgraniczeniu kompetencji, które przysługują sądom krajowym i Trybunałowi Sprawiedliwości. Oznacza to, że pewne kompetencje należą do sądów krajowych, pewne zaś do Trybunału Sprawiedliwości. Podział zaś musi być przestrzegany przez oba piony sądownictwa unijnego. Dla skorzystania z art. 267 TFUE przed sądem krajowym musimy mieć do czynienia z **rzeczywistym sporem** (ang. *genuine dispute*), **rozstrzygnięcie kwestii dotyczącej prawa unijnego musi być konieczne dla wydania wyroku²⁹ w sprawie, która jest zawisła przed sądem lub trybunałem krajowym**. Dalej dychotomiczny podział funkcji pomiędzy interpretacją i stosowaniem prawa unijnego nie ma jednak charakteru statycznego. Trybunał bowiem zachowuje

²⁵ Zob. też G. Davies, *The Division of Powers*.

²⁶ Tytułem przykładu zob. post. TS z 16.6.1970 r., 31/68, *SA Chanel p. Cepeha Handelsmaatschappij NV*, EU:C:1970:52. Zob. więcej D. Walsh, *The Appeal of an Article 177 EEC Referral*, s. 881 oraz orzecznictwo tam cytowane.

²⁷ Tak konsekwentnie od wyr. TS z 3.2.1977 r., 52/76, *Benedetti p. Munari*, EU:C:1977:16, co dodatkowo potwierdzone zostało orzecznictwem *Foglia p. Novello*, zgodnie z którym Trybunał w wykonaniu swojej jurysdykcji wydaje orzeczenie o charakterze wiążącym, a nie jedynie doradczą opinię.

²⁸ Zob. też argumentację przekonującą, że moc wiążąca nie ogranicza się jedynie do sądu, który przekazał sprawę do Trybunału – K. Lenaerts, *D. Arts*, *Procedural Law*, s. 132–133.

²⁹ Por. D. Anderson, *References to the European Court of Justice*, s. 81, który wskazuje na dwa różne sposoby rozumienia tego warunku.

w każdej sprawie prawo do „wyciągnięcia” (*to extract*) z brzmienia i treści pytań przekazanych przez sąd krajowy tych elementów, które dotyczą interpretacji prawa unijnego. Zabieg ten jest konieczny w celu zapewnienia, że Trybunał każdorazowo udziela odpowiedzi na pytania, co do których posiada jurysdykcję. Co do zasady jednak nie może zmieniać tenoru ani brzmienia pytań przekazanych przez sąd krajowy.

Dialog oznacza, że mamy do czynienia ze szczególnym rodzajem postępowania, w którym „sędziowie pomagają sędziom” (*judges helping judges*)³⁰. Trybunał Sprawiedliwości nie występuje jako kolejny sąd w toku postępowania instancyjnego, nie jest sądem odwoławczym od orzeczeń sądów krajowych. Raczej został wyposażony w jurysdykcję, która ma uzupełniać i wspomagać sędziów krajowych rozstrzygających sprawy z elementem unijnym. **Duch współpracy ma znaczenie podstawowe:** wymaga zarówno od Trybunału, jak i od sądów krajowych, że „funkcjonując w ramach właściwej im jurysdykcji oraz w celu zapewnienia jednolitego stosowania prawa unijnego, czynią bezpośredni i wzajemnie się uzupełniający wkład w proces wydawania rozstrzygnięcia”³¹, w duchu wzajemnego poszanowania oraz dobrej woli³². Na podkreślenie zasługuje użycie przez Trybunał kwalifikacji „uzupełniającej” (*complementary*), co ma podkreślać, że pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi nie ma zależności hierarchicznej i relacji sąd wyższej–niższej instancji³³. Każdy z sądów ma wyznaczone szczególne funkcje oraz kompetencje³⁴.

Delimitując kompetencje Trybunału i sądów krajowych, wskazać należy, że najważniejsza linia podziału przebiega pomiędzy wspomnianym już stosowaniem a interpretacją prawa unijnego. **Zadaniem Trybunału Sprawiedliwości jest interpretować prawo unijne, jego stosowanie należy zaś do kompetencji sądu krajowego**. Zgodnie z art. 267 TFUE jurysdykcja Trybunału dotyczy interpretacji Traktatu, ważności i interpretacji aktów prawnych stanowionych przez instytucje Unii oraz interpretacje statutów organów powołanych przez Radę. Podział jurysdykcji ma więc charakter funkcjonalny. Trybunał interpretuje, sąd krajowy stosuje, przy zachowaniu wzajemnej niezależności. Oba sądy występują wobec siebie jako równe. Podział jurysdykcji nie opiera się na założeniu o hierarchicznej wyższości Trybunału nad sądami krajowymi, raczej na wzajemnej wyłączności jurysdykcji odpowiednio sądów krajowych i Trybunału. W sprawie *Costa p. E.N.E.L. Trybunał jednoznacznie w sposób negatywny* podał granice swojej jurysdykcji na podstawie art. 267 TFUE: „Traktat nie daje Trybunałowi ani jurysdykcji do stosowania Traktatu w poszczególnych sprawach, ani do rozstrzygania w przedmiocie ważności przepisu prawa krajowego (...)”³⁵. To *dictum* wyznacza podstawową regułę w zakresie rozdziału kompetencji pomiędzy sądami krajowymi a Trybunałem Sprawiedliwości.

³⁰ Tak D.A.O. Edward, *Advocacy before the Court of Justice*, s. 30.

³¹ Wyr. TS z 1.12.1965 r., 16/65, *Schwarze p. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, EU:C:1965:117.

³² Tak już rzecznik generalny M. Lagrange w pierwszej sprawie rozstrzyganej przez Trybunał na podstawie art. 267 TFUE – opinia z 27.2.1962 r., 13/61, *De Geus en Uitdenboger p. Bosch i in.*, EU:C:1962:3.

³³ Por. wyr. TS z 16.12.1981 r., 244/80, *Foglia Novello II*, EU:C:1981:302, pkt 14.

³⁴ Wyr. TS z 10.3.1981 r., sprawy połączone 36/80 i 71/80, *Irish Creamery Milk Suppliers Association i inni p. rządowi Irlandii oraz innym oraz Martin Doyle i inni p. An Taoiseach oraz innym*, EU:C:1981:62.

³⁵ Wyr. TS z 15.7.1964 r., 6/64, *Flaminio Costa p. E.N.E.L.*, EU:C:1964:66.

Z czasem jednak Trybunał **mitygował rygoryzm obowiązywania tej reguły ogólnej** w odpowiedzi na zarzut podniesiony przez stronę postępowania, a mianowicie, że pytanie(a) przekazane Trybunałowi są sformułowane w ten sposób, że odpowiedź Trybunału będzie w rzeczywistości stosowaniem prawa unijnego w konkretnej sprawie. Trybunał stoi na stanowisku następującym. Z jednej strony potwierdza pogląd wyrażony w *Costa p. E.N.E.L.*, z drugiej zaś wskazuje, że, opierając się na materiałach przedstawionych przez sąd krajowy, może dokonać identyfikacji elementów dotyczących interpretacji lub ważności prawa unijnego, które wchodzą w zakres jego jurysdykcji. Trybunał w tym celu oparł się na stworzonej przez siebie teorii „interpretacji użytecznej”, która w rzeczywistości będzie pomocna sądowi krajowemu w rozstrzygnięciu sprawy. Dążenie do udzielenia takiej **pożytecznej interpretacji**³⁶ oznacza, że Trybunał może dokonywać **selekcji** we wniosku sądu krajowego o wydanie orzeczenia prejudycjalnego, w wyniku której rozstrzygać będzie tylko te elementy przekazanej sprawy, które należą do jego kompetencji. Z podobną kwalifikacją i ewolucją mamy do czynienia w przypadku niedopuszczalności wypowiedzania się przez Trybunał w przedmiocie ważności przepisów prawa krajowego; zdarzają się bowiem sprawy, w których wyrok Trybunału zbliża się ku dokonywaniu takiej oceny. W sprawie *Schneider*³⁷ Trybunał najpierw powtórzył w sposób kategoriyczny, że nie może wypowiadać się w przedmiocie ważności prawa krajowego³⁸, a kilka ustępów dalej zbliżył się właśnie do dokonania takiej oceny, skoro stwierdził w sposób oględny, że z punktu widzenia prawa unijnego żaden z argumentów przedstawionych przez stronę powodową nie uzasadnia „postawienia w wątpliwość” (pkt 11 wyroku) zgodności z prawem unijnym przepisów prawa niemieckiego.

O ile jednak sama rola sądów krajowych jako kanału, za pomocą którego prawo unijne uzyskiwało swoją skuteczność³⁹, nigdy nie była poddawana w wątpliwość, o tyle z czasem zmiana ulegała relacja pomiędzy funkcją Trybunału a tą sądów krajowych. Analiza orzecznictwa Trybunału pozwala na przyjęcie założenia metodologicznego, zgodnie z którym w procesie interpretacji art. 267 TFUE przez Trybunał **wyróżnić można pięć faz**. W każdej z nich inaczej przedstawiały się obowiązki sądów krajowych z jednej strony i Trybunału z drugiej. Odpowiedź więc na pytanie, czy istnieje ścisły podział jurysdykcji, nie może być zawsze jednoznaczna i zależy od konkretnej fazy ewolucji orzecznictwa.

4. Artykuł 267 TFUE i jurysdykcja Trybunału Sprawiedliwości

- 14 Sposób, w jaki Trybunał interpretował swoją jurysdykcję na podstawie art. 267 TFUE, przeszedł znamiennej ewolucję, którą można porównać z tą, jaka miała miejsce w zakresie koncepcji tzw. autonomii proceduralnej państw członkowskich. Generalnie Trybunał zmodyfikował swoje stanowisko w przedmiocie dopuszczalności wniosków

³⁶ Por. wyr. TS z 30.6.1966 r., 56/65, *Société Technique Minière p. Maschinenbau Ulm GmbH*, EU:C:1966:38, gdzie Trybunał wspomina o: „the need to reach a **serviceable** interpretation (...)” (podkr. – T.T.K.).

³⁷ Wyr. TS z 30.10.1980 r., 26/80, *Schneider-Import GmbH & Co. KG p. Hauptzollamt Mainz*, EU:C:1980:257.

³⁸ „It is not for the Court (...) under article 177 of the Treaty to give a judgment (...) on the German legislation since the appraisal is reserved to the national court” – pkt 11 wyroku.

³⁹ I. Maher, National courts, s. 226.

o wydanie orzeczenia prejudycjalnego i warunków, jakie musi ono spełnić, aby zostać uznane za dopuszczalne.

Faza pierwsza to **okres budowania przez Trybunał autorytetu procedury o wydawanie orzeczeń wstępnych** oraz zachęcania sądów krajowych do przekazywania pytań na podstawie art. 267 TFUE. Podejście Trybunału można nazwać otwartym i receptywnym. Nawet gdy strony podnosiły argument, że pytania przekazane przez sąd krajowy są identyczne do tych, które stanowiły już przedmiot orzeczenia prejudycjalnego Trybunału, Trybunał podkreślał swobodę sądów krajowych w przekazywaniu pytań. W sprawie *Da Costa en Schaake*⁴⁰ Komisja Europejska argumentowała, że odpowiedzi na pytania sądu krajowego zostały już udzielone w sprawie *Van Gend en Loos*⁴¹. Trybunał potwierdził, że interpretacja, której już dokonał w jednym z wcześniejszych wyroków, może powodować bezcelowość ponownego występowania z pytaniami, w przypadku gdy są one identyczne z wcześniej zadanyymi, ale mimo to „**art. 267 zawsze pozwala sądowi krajowemu**, który uważa to za wskazane, ponownie przekazać pytania dotyczące interpretacji (...) Trybunał musi więc wydać wyrok w niniejszej sprawie” (pkt 38 wyroku sprawie *Da Costa en Schaake*). Mając jednak na uwadze, że brak było nowej okoliczności, która pozwalałaby wyróżnić sprawę *Da Costa en Schaake* od *Van Gend en Loos*, powtórzył Trybunał ograniczył się do powtórzenia sentencji tego drugiego wyroku.

Wyrok w sprawie *Da Costa en Schaake* oznacza nie tylko uznanie *inter partes*⁴² zasięgu obowiązywania wyroku i odmowę uznania, że wcześniejszy wyrok wydany w innej sprawie nie ma charakteru wiążącego⁴³. Podkreśla także gotowość Trybunału do uznania, że korzysta z jurysdykcji do wydania orzeczenia, mimo pełnej świadomości, że wyrok nie dodaje nic do istniejącego orzecznictwa, a jedynie odsyła do wyroku zapadłego już wcześniej. **W tej pierwszej fazie Trybunał konsekwentnie prezentował stanowisko, że art. 267 TFUE oparty jest na ścisłym rozdziale funkcji** pomiędzy sądami krajowymi a Trybunałem. Trybunał nie może krytykować powodów ani celu, dla których sąd krajowy uznaje za wskazane przekazanie sprawy, ani też nie może badać stanu faktycznego, na podstawie którego dochodzi do przekazania⁴⁴. Trybunał powtórzył w sprawie *Simmenthal*⁴⁵, że „artykuł 177 [obecnie art. 267 TFUE] oparty jest na wyraźnej separacji funkcji pomiędzy sądami i trybunałami krajowymi z jednej strony, a Trybunałem Sprawiedliwości z drugiej, i nie nadaje Trybunałowi jurysdykcji do badania faktów sprawy lub krytykowania powodów przekazania” (pkt 4

⁴⁰ Wyr. TS z 27.3.1963 r., sprawy połączone 28 do 30/62, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV p. Administration fiscale néerlandaise*, EU:C:1963:6.

⁴¹ Wyr. TS z 5.2.1963 r., 26/62, *Van Gend en Loos p. Nederlandse Administratie der Belastingen*, EU:C:1963:1.

⁴² Tak też *A.G. Toth*, The Authority of Judgments, s. 12.

⁴³ Wyrok Trybunału należy odczytywać w świetle opinii rzecznika generalnego *M. Lagrange* z 13.3.1963 r., EU:C:1963:2: „The Court of Justice should, in this as in all other matters, remain free when giving its future judgments (...) Clearly no one will expect that, having given a leading judgment, such as the judgment in *Van Gend en Loos*, the Court will depart from it in another action without strong reasons, but it should retain the legal right to do so. The rule that *res iudicata* binds only the particular case is a wise rule” (s. 41–43 opinii).

⁴⁴ Wyr. TS z 15.7.1964 r., 6/64, *Costa p. E.N.E.L.*, EU:C:1964:66 oraz wyr. TS z 16.3.1978 r., 117/77, *Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds, Drenthe-Platteland p. G. Pierik*, EU:C:1978:72.

⁴⁵ Wyr. TS z 15.12.1976 r., 35/76, *Simmenthal SpA p. Ministero delle Finanze*, EU:C:1976:180.

wyroku). Podejście Trybunału w tej pierwszej fazie polegało na „otwartości i było elastyczne”⁴⁶. W pierwszym rzędzie Trybunał chciał zachęcić sądy krajowe do przekazywania spraw, a na główny plan wysuwało się *dictum* o podziale funkcji, które Trybunał interpretował w sposób ścisły i zawężający. Źródłem jurysdykcji dla Trybunału było przekazanie sprawy przez sąd krajowy. Gdy to nastąpiło, Trybunał był zobowiązany do udzielenia odpowiedzi. Z punktu widzenia zasady jurysdykcji powierzonej najważniejszą linią podziału pomiędzy jurysdykcją Trybunału a sądów krajowych jest dokonanie rozdziału pomiędzy stosowaniem a interpretacją prawa unijnego. Trybunał Sprawiedliwości jest władny jedynie do dokonania interpretacji przepisu prawa unijnego, jego zaś zastosowanie w konkretnej sprawie należy do wyłącznej kompetencji sądu krajowego.

16 W fazie drugiej można wyróżnić dwa trendy⁴⁷. Pierwszy polega na **zmianach, jakich Trybunał dokonuje w pytaniach przekazywanych mu przez sądy krajowe**. Nie odpowiada na pytania dokładnie przekazane, ale przeprowadza pewną ich modyfikację, uznając to za konieczne w celu udzielenia odpowiedzi. Drugi zaś wyznaczony jest przez pierwszą sprawę, w której Trybunał uznał, że **nie korzysta z jurysdykcji do udzielenia odpowiedzi**. Oba te trendy są ze sobą ściśle związane. Stanowią dwie strony tej samej monety. Przede wszystkim wiąże je wspólny cel: dążenie do zapewnienia, że, udzielając odpowiedzi, Trybunał nie przekroczy granic jurysdykcji przyznanej mu na podstawie art. 267 TFUE jurysdykcji. W obu przypadkach Trybunał rozpoczyna akcentować zmianę w nastawieniu do przekazywanych pytań: podkreśla swoją aktywną rolę, a nie jedynie pasywnego odbiorcy pytań nadsyłanych przez sądy krajowe. Potrzeba ewolucji w tym zakresie była podyktowana faktem, że szereg pytań przekazywanych przez sądy krajowe było sformułowanych nieprawidłowo, w sposób, który nie pozwalał Trybunałowi na udzielenie odpowiedzi. Różnica zaś pomiędzy tymi dwoma trendami orzeczniczymi sprowadza się do natężenia, z jakim Trybunał interpretuje funkcję sądów krajowych z jednej strony, a z drugiej swoją własną. Można uznać, że pierwsze modyfikacje przez Trybunał pytań są zapowiedzią strategii polegającej na bardziej rygorystycznym kontrolowaniu swojej jurysdykcji przez Trybunał, której efektem końcowym jest uznanie, że Trybunał nie korzysta z jurysdykcji do udzielenia odpowiedzi na przekazane pytania.

17 W fazie trzeciej Trybunał wprowadził do prawa unijnego **doktrynę *acte claire***, która kwalifikowała obowiązek ciążyący na sądach krajowych ostatniej instancji, uznając, że istnieją okoliczności, kiedy sąd taki nie musi przekazywać pytań, choć jest sądem, od orzeczenia którego nie przysługuje odwołanie.

18 Faza czwarta to podkreślenie przez Trybunał, że dla korzystania z art. 267 TFUE **sądy krajowe muszą spełnić szereg obowiązków**, a Trybunał nie będzie jedynie pasywnym odbiorcą „wszystkiego co do niego trafia”. Faza czwarta cechuje się wzmożonym **rygoryzmem** ze strony Trybunału, jeżeli chodzi o warunki, od spełnienia których uzależnione jest dokonanie interpretacji prawa unijnego w drodze orzeczenia prejudycjalnego. Co ważne jednak, faza czwarta znajduje swoje źródło we wcześniejszym orzecznictwie, przede wszystkim w poglądzie wyrażonym w wyroku w sprawie *Fo-*

⁴⁶ P. Craig, G. de Búrca, EU Law, s. 460.

⁴⁷ Wyróżniam za: C. Bernard, E. Sharpston, The Changing Face of Article 177 References, s. 1119. Artykuł ten zasługuje na szczególną uwagę, ponieważ wprowadza porządek i systematyzuje orzecznictwo Trybunału w zakresie jurysdykcji na podstawie art. 267 TFUE. Zob. też niżej.

glia p. Novello II, zgodnie z którym Trybunał musi mieć możliwość kontrolowania swojej własnej jurysdykcji. Tym samym Trybunał podkreślił, że istnieją **pewne założenia konstrukcyjne**, na których opiera się jurysdykcja Trybunału oraz które determinują funkcje sądów krajowych i Trybunału.

Faza piąta, najbardziej interesująca z perspektywy podziału jurysdykcji, trwa do dzisiaj. **Polega na swoistym wymieszaniu elementów z faz poprzednich**. Z jednej strony Trybunał stoi na stanowisku, że źródłem jego jurysdykcji pozostaje wprowadzone pytanie przekazane przez sąd krajowy, które inicjuje dialog, ale z drugiej kwalifikuje i dodaje, że sąd krajowy musi w sposób prawidłowy korzystać z procedury przewidzianej w art. 267 TFUE.

5. W kierunku dialogu kontrolowanego

A. Sprawy *Foglia p. Novello* jako cezura jurysdykcyjna

Przez długi okres czasu Trybunał uznawał, że konstatacja o braku jurysdykcji jest ostatecznością. W tym celu modyfikował pytania, dokonywał uzupełnień, tak, aby móc udzielić odpowiedzi sądowi krajowemu. Strategia modyfikowania pytań miała swoje granice, ponieważ Trybunał nie mógł tworzyć nowych pytań, nie znając stanu faktycznego ani nie mogąc go odtworzyć na podstawie orzeczenia sądu krajowego przekazującego sprawę. Trybunał dążył do takiego formułowania odpowiedzi, które miałyby charakter abstrakcyjny, podkreślając, że interpretuje prawo unijne, a nie rozstrzyga sprawę zawisłą przed sądem krajowym. Interpretacja Trybunału miała zawierać wszelkie elementy i kryteria konieczne do rozstrzygnięcia sprawy przez sędziego krajowego, przy jednoczesnym zachowaniu podziału funkcji pomiędzy dwoma poziomami sądownictwa unijnego. Zadaniem sądu krajowego było dokonać uzupełnienia materiału dowodowego w sprawie, a następnie merytorycznie sprawę rozstrzygnąć, mając na uwadze orzeczenie wstępne Trybunału.

To pasywne podejście Trybunału do swojej jurysdykcji oraz pozostawienie dużej marginesu swobody sądom krajowym zostało **poddane w wątpliwość w sprawach *Foglia p. Novello I*⁴⁸ i *II*⁴⁹**. Obie sprawy mają charakter wyjątkowy, ponieważ Trybunał **po raz pierwszy** wystąpił nie jako prosty odbiorca pytań prejudycjalnych, ale postanowił zbadać kontekst faktyczny sprawy oraz motywy sądu krajowego występującego o wydanie orzeczenia prejudycjalnego. Tym samym Trybunał odniósł się do sposobu rozumienia swojego poglądu, że z chwilą przekazania pytań przez sąd krajowy jest co do zasady zobowiązany do udzielenia odpowiedzi. Wydaje się, że Trybunał w sposób zamierzony użył dwuznacznego i otwartego na różne interpretacje sformułowania „co do zasady” (*in principle*).

W sprawach *Foglia p. Novello* Trybunał po raz pierwszy dokonał kwalifikacji swojego liberalnego podejścia w przedmiocie dopuszczalności pytań przekazywanych na podstawie art. 267 TFUE. Z jednej strony Trybunał powtórzył dotychczasowy, dobrze znany pogląd, zgodnie z którym zadaniem Trybunału na gruncie art. 267 TFUE jest dostarczyć wszystkim sądom w Unii informacji w przedmiocie interpretacji prawa

⁴⁸ Wyr. TS z 11.3.1980 r., 104/79, *Pasquale Foglia p. Mariella Novello (Foglia p. Novello I)*, EU:C:1980:73.

⁴⁹ Por. wyr. TS z 16.12.1981 r., 244/80, *Foglia Novello II*, EU:C:1981:302, pkt 14.

unijnego, które jest konieczne dla rozstrzygnięcia przez te sądy rzeczywistych sporów (*genuine disputes* – pkt 11 wyroku w sprawie *Foglia p. Novello I*) przed nimi zawisłych. W tym miejscu w zgodzie z wcześniej ukształtowanym, tradycyjnym orzecznictwem powinno nastąpić wskazanie, że **źródłem jurysdykcji Trybunału jest samo przekazanie sprawy przez sąd krajowy**. Trybunał jednak podkreślił, że udzielenie odpowiedzi w okolicznościach faktycznych tej sprawy i na skutek układu stron postępowania krajowego „stanowiłoby zagrożenie całego systemu środków ochrony prawnej dostępnych jednostkom w celu ochrony przed przepisami podatkowymi sprzecznymi z Traktatem”. Udzielenie odpowiedzi na takie pytania nie wchodziło więc w zakres obowiązków powierzonych Trybunałowi na podstawie art. 267 TFUE i stanowiłoby naruszenie dialogu sądowego⁵⁰. Takie stanowisko Trybunału wywołało oburzenie sądu krajowego, który był zdania, że Trybunał przekroczył granicę podziału jurysdykcji na podstawie art. 267 TFUE i zaprzeczył całemu swojemu dotychczasowemu orzecznictwu. Sąd krajowy nie dał więc za wygraną i przekazał kolejne pytania, w których podniósł, czy pierwszy wyrok Trybunału jest zgodny z zasadą, że to do sądów krajowych należy określenie stanu faktycznego oraz dokonanie oceny potrzeby wystąpienia o orzeczenie prejudycjalne.

- 21 Drugi z wyroków zasługuje na szczególną uwagę, albowiem tym razem Trybunał został w sposób bezpośredni skonfrontowany z kwestią zakresu swojej jurysdykcji do wydawania orzeczeń wstępnych⁵¹. Analiza wyroku i sposób, w jaki Trybunał udziela odpowiedzi, prowadzą do wniosku, że w istocie rozumowanie Trybunału składa się z dwóch warstw, które poniżej nazywam „tradycyjną” oraz „nowatorską”. Jeżeli chodzi o **część tradycyjną**, to Trybunał swoje rozumowanie buduje w sposób pozytywny, wskazując na szczególne cechy art. 267 TFUE. Artykuł ten oparty jest na współpracy (*cooperation*), z której wynika podział obowiązków pomiędzy sądy krajowe a Trybunał w interesie prawidłowego stosowania i jednolitej interpretacji prawa unijnego. Element współpracy jest tą cechą, która decyduje o dalszych konsekwencjach art. 267 TFUE dla sądu krajowego i Trybunału. W świetle też tej współpracy należy zdaniem Trybunału odczytywać obowiązki sądów krajowych. **Dalsza część jest nowatorska**, ponieważ po raz pierwszy Trybunał, zamiast podkreślać nieograniczoną w zasadzie dyskrekcję sądów krajowych w przekazywaniu pytań, koncentruje się raczej na zlokalizowaniu obowiązków tych sądów zanim takie przekazanie nastąpi. W części nowatorskiej Trybunał stawia się w roli kontrolującego, gwaranta, że procedura na podstawie art. 267 TFUE nie jest nadużywana. Rzeczą sądu krajowego, przed którym sprawa jest zawisła i który ponosi odpowiedzialność za jej rozstrzygnięcie, jest dokonanie oceny potrzeby wystąpienia o wydanie orzeczenia prejudycjalnego w celu wydania przezeń wyroku – tym samym Trybunał potwierdza, że sąd krajowy korzysta z pewnego marginesu swobody⁵². W świetle wcześniejszego podejścia Trybunału istnienie tej swobody sądu krajowego nie jest niczym nadzwyczajnym. Wzmianka ta jednak może zostać odczytana jako zawierająca sugestię, że Trybunał tym razem chce w sposób bardziej szczegółowy odnieść się do kwestii jurysdykcji Trybunału i sądów krajowych na podstawie art. 267 TFUE.

⁵⁰ Warto zwrócić uwagę na mocny język, którym Trybunał się posługuje, skoro mowa jest o tym, że „*The Court has no jurisdiction to give a ruling on the questions asked by the national court*” (pkt 13 wyroku w sprawie *Foglia p. Novello I*) (podkr. – T.T.K.).

⁵¹ Wyr. TS z 16.12.1981 r., 244/80, *Foglia Novello II*, EU:C:1981:302.

⁵² W angielskiej wersji językowej mowa jest o *power of appraisal* – pkt 16 zd. 1 wyroku.

Zawarcie takiego sformułowania jest nieprzypadkowe w świetle dalszego brzmienia wyroku, w którym Trybunał modyfikuje swoje własne relacje z sądami krajowymi.

Swoboda sądu krajowego stanowi bowiem jedynie **część funkcji**, którą art. 267 TFUE powierza temu sądowi do spełnienia „**we współpracy** (*collaboration*) z Trybunałem Sprawiedliwości. Funkcja to zapewnienie, że w procesie interpretacji i stosowania Traktatu prawo jest przestrzegane”. Takie sformułowanie jest znamienne, skoro odwołuje się do art. 19 TUE, który w sposób ogólny w ten właśnie sposób definiuje zadanie Trybunału Sprawiedliwości⁵³. W istocie rzeczy, postępując w ten sposób, Trybunał dokonuje rozszerzenia podmiotowego art. 19 TUE, skoro w artykule tym mowa jest jedynie o Trybunale jako podmiocie obowiązku tam określonego. Aby jednak Trybunał mógł wypełnić powierzoną mu funkcję i prawidłowo korzystać ze swojej jurysdykcji, sąd krajowy musi być przekonany, że wyjaśnił powody, dla których uznaje, że odpowiedź na pytanie(a) przekazane jest konieczna dla wydania przezeń wyroku. Warto więc w tym miejscu zwrócić uwagę na zmianę w podejściu Trybunału, która polega na innym nakreśleniu wzajemnych relacji pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi. Wcześniej Trybunał był uzależniony od sądów krajowych w ten sposób, że jego jurysdykcja była warunkowana tym, że przekazanie takie musi nastąpić. W wyniku wyroku w sprawie *Foglia p. Novello II* uzależnienie to nadal pozostaje, ale przybiera inny charakter. Teraz ma raczej charakter funkcjonalny, bo tylko gdy sąd krajowy spełni swoje obowiązki, Trybunał będzie w stanie wykonać swoje własne zadania i w sposób prawidłowy skorzystać z jurysdykcji, w jaką został wyposażony przez Traktat: chodzi więc już nie tylko o jakiegokolwiek przekazanie, ale także, przy którym także sąd krajowy wypełni swoje obowiązki na podstawie art. 267 TFUE. Jurysdykcja sądu krajowego i Trybunału są ze sobą związane w ścisły sposób i od siebie uzależnione.

Kluczowe przesłanie wyroku w sprawie *Foglia p. Novello II* znajduje się w pkt 18 i 19, w których Trybunał przedstawia sądom krajowym nowy sposób interpretacji art. 267 TFUE. Punkt 18 jest tym razem skonstruowany w sposób negatywny: nacisk zostaje położony na sytuacje, w których Trybunał nie będzie korzystał z jurysdykcji do wydania orzeczenia prejudycjalnego. **Zadaniem Trybunału nie jest wydawanie opinii doradczych w przedmiocie pytań hipotetycznych**, ale wspomaganie w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w państwach członkowskich. Trybunał nie korzysta z jurysdykcji do udzielania odpowiedzi na pytanie przekazane mu w kontekście proceduralnego układu stron mającego na celu poznanie stanowiska Trybunału co do określonych problemów prawa unijnego, które nie odpowiadają potrzebie rozstrzygnięcia sporu pomiędzy stronami. Zdaniem Trybunału taka deklaracja o braku jurysdykcji nie narusza prerogatyw sądu krajowego. Zapobiega jedynie wykorzystaniu art. 267 TFUE do celów innych niż te, dla osiągnięcia których artykuł ten został przewidziany. Trybunał musi zachować możliwość dokonania oceny w sposób nierozłączny związanej z wykonywaniem przez niego swoich obowiązków, w celu stwierdzenia, czy posiada jurysdykcję. Taka kompetencja do badania, czy w danej sprawie sąd korzysta z jurysdykcji do rozstrzygnięcia sprawy, jest atrybutem każdego sądu. Z jednej więc strony Trybunał potwierdza kompetencję sądu krajowego do oceny, czy potrzebuje wystąpić o wydanie orzeczenia prejudycjalnego w przedmiocie interpretacji, ale z drugiej stro-

⁵³ Na ten temat zob. § 21 w niniejszym tomie.

ny, dla potwierdzenia swojej własnej jurysdykcji, musi badać warunki, w jakich sprawa została mu przez sąd krajowy przekazana.

24 **Oba wyroki w sprawie Foglia p. Novello** spotkały się z komentarzami zarówno krytycznymi jak i aprobującymi. Głosy krytyczne oparte są na skontrastowaniu podejścia Trybunału, w którym podkreślano było, że art. 267 TFUE oparty jest na podziale funkcji pomiędzy sądy krajowe z Trybunał Sprawiedliwości, z podejściem, w którym Trybunał za warunek wstępny korzystania z art. 267 TFUE uznaje wykazanie istnienia sporu. Zdaniem *G. Bebra* Trybunał nie wyważył w sposób prawidłowy dwóch interesów⁵⁴. Z jednej dążenia do zapewnienia, że postępowanie prejudycjalne nie zostanie sprowadzone do czysto „akademickiej konsultacji”. Jest to interes, który *G. Bebr* uważa za w pełni uzasadniony. Z drugiej jednak strony Trybunał w sposób niewystarczający bierze pod uwagę negatywne konsekwencje odmowy wydania orzeczenia, które w rzeczywistości miałyby charakter niewiążącej opinii⁵⁵.

G. Bebr krytykuje więc wyrok Trybunału z trzech perspektyw. Po pierwsze, wymogu sporu jako warunku dla jurysdykcji Trybunału. W tym kontekście Autor podkreśla, że stanowi to odejście od ugruntowanego orzecznictwa Trybunału w zakresie jurysdykcji sądów krajowych oceniających we własnym zakresie konieczność przekazania sprawy Trybunałowi. Pojęcie „sporu” nie ma charakteru ściśle określonego, uczynienie więc zeń kryterium dopuszczalności przekazania sprawy na podstawie art. 267 TFUE wprowadza zbyt duży element niepewności. Po drugie, Autor wskazuje na trudności sądu krajowego, który musi przecież wydać orzeczenie w sprawie, bez względu na to, czy spór ma charakter rzeczywisty, czy nie. W ten sposób sąd krajowy jest niejako zmuszony do dokonania we własnym zakresie interpretacji prawa unijnego, skoro Trybunał uznał, że sam nie korzysta z jurysdykcji. Przyczyny, dla których Trybunał odmawia wydania orzeczenia, nie mają znaczenia dla sądu krajowego, którego obowiązkiem jest rozstrzygnąć sprawę przed nim zawisłą⁵⁶. Postępując w ten sposób, Trybunał zniechęca sądy krajowe do korzystania z art. 267 TFUE⁵⁷. Po trzecie, rezultat w sprawach *Foglia p. Novello* zagraża interesowi w postaci zapewnienia jednolitości prawa unijnego.

Podobnie krytyczne uwagi pod adresem Trybunał zgłosił *A. Barav*⁵⁸. Jego zdaniem konstrukcja art. 267 TFUE oparta jest na istnieniu pytania co do interpretacji (ewentualnie ważności) prawa unijnego. Warunek zaś istnienia sporu oznacza, że Trybunał będzie dokonywał oceny skuteczności przekazania z pozycji cenzora, który krytykuje powody, na podstawie których sąd krajowy dokonał przekazania, oraz bada okoliczności faktyczne, w jakich nastąpiło przekazanie, w celu poznania prawdziwych intencji stron postępowania krajowego. Takie podejście narusza zasady podziału jurysdykcji na podstawie art. 267, u źródeł którego powinno leżeć dążenie do współpracy w dobrej wierze i respektującej kompetencję każdego z sądów, tj. krajowego i Trybunału⁵⁹.

⁵⁴ Zwłaszcza w artykułach: The existence of a genuine dispute, s. 525 oraz The possible implications, s. 421.

⁵⁵ Tak w artykule: The existence of a genuine dispute, s. 529.

⁵⁶ W przeciwnym razie powstawałoby niebezpieczeństwo sytuacji *denial of justice* – tak *H.G. Schermers, D.F. Waelbroeck*, Judicial Protection, s. 248.

⁵⁷ *G. Bebr*, The existence of a genuine dispute, s. 534.

⁵⁸ *A. Barav*, Preliminary Censorship?, s. 443.

⁵⁹ *A. Barav*, Preliminary Censorship?, zwłaszcza s. 452–456.

25 **Obok jednak głosów krytycznych** zgłoszone zostały także te popierające stanowisko Trybunału. *D. Wyatt*, pisząc na temat wyroku *Foglia p. Novello I*, powołuje się na dwa wyroki wydane przez Trybunał po rozstrzygnięciu sprawy *Foglia p. Novello I*, ale przed *Foglia p. Novello II*⁶⁰. Uważa, że sądy krajowe nie korzystają z absolutnej kompetencji występowania do Trybunału w trybie art. 267 TFUE. Do Trybunału należy określenie celu postępowania prejudycjalnego oraz w jego świetle dokonywanie analizy dopuszczalności przekazania sprawy⁶¹. Jego analiza zasługuje na uwagę, ponieważ wyróżnia specjalną kategorię przypadków, które nazywa „granicznymi” (*borderline cases*), w przypadku których Trybunał może brać pod uwagę nie tylko charakter postępowania o wydanie orzeczenia prejudycjalnego, ale także postępowania krajowego, które jest źródłem postępowania prejudycjalnego w Trybunale. *D. Wyatt* podsumowuje, że Trybunał w sprawie *Foglia p. Novello I* określił metody, za pomocą których w wyjątkowych przypadkach będzie bronić integralności i prawidłowości przebiegu postępowania z art. 267 TFUE oraz zapobiegać jego nadużyciom⁶².

Stanowisko pośrednie wydają się zajmować *H.G. Schermers* i *D.F. Waelbroeck*. Podkreślają wprawdzie, że wyroki w sprawach *Foglia p. Novello* stanowią odejście od dotychczasowego kierunku interpretacji przez Trybunał art. 267 TFUE, wskazują jednak, że stanowią one wyjątek, a Trybunał wielokrotnie w sprawach późniejszych odrzucał argumenty oparte na precedensie *Foglia p. Novello*, nawet w sprawach, gdy postępowanie przed sądem krajowym miało charakter „sztuczny”, tzn. brak było elementu sporu⁶³. Ich ostrożność w ferowaniu ocen pod adresem Trybunału wynika nie tylko z możliwości dokonania oceny z pewnej perspektywy czasowej, czego pozbawieni byli *G. Bebr* i *A. Barav*, krytykujący Trybunał, ale także z przyjętego przez obydwu Autorów sposobu przeprowadzenia swojej analizy. *H.G. Schermers* i *D.F. Waelbroeck* omawiają bowiem wyroki w sprawie *Foglia p. Novello* z szerszej perspektywy, usiłując znaleźć dla nich wytłumaczenie w orzecznictwie Trybunału, które nazywają zbiorczo *absence of a true litigation*, zaś sprawa *Foglia p. Novello* omawiana jest jako przykład „braku rzeczywistego sporu” (*absence of a genuine dispute*), zakładając w ten sposób, że szersze ujęcie tej podstawy niedopuszczalności pozwoli na pewien margines swobody Trybunału, ograniczając *dicta* z *Foglia p. Novello* tylko do spraw wyjątkowych i rzeczywistego braku sporu.

26 **Wydaje się, że krytyka Trybunału jest uzasadniona, jeżeli chodzi o wymóg prawdziwego sporu** jako warunku istnienia jurysdykcji Trybunału na podstawie art. 267 TFUE. Mając na uwadze brak zadowalającej definicji „sporu”, wskazać należy, że okoliczność występowania lub nie sporu nie powinna być warunkiem dla jurysdykcji Trybunału. Można wskazać ponadto, że już przed wyrokami w sprawie *Foglia p. Novello* zgłaszany był argument braku jurysdykcji po stronie Trybunału z racji niewystępowania sporu.

⁶⁰ Chodzi o wyr. TS z 14.1.1981 r., 140/79, *Chemical Farmaceutici SpA p. DAF SpA*, EU:C:1981:1 oraz wyr. TS z 14.1.1981 r., 46/80, *SpA Vinal p. SpA Orbat*, EU:C:1981:4.

⁶¹ *D. Wyatt*, Following up Foglia, s. 447–448.

⁶² *D. Wyatt*, Following up Foglia, s. 449. Wyjątkowy charakter rozstrzygnięcia znajduje jego zdaniem potwierdzenie w wyrokach w sprawach *Chemical Farmaceutici* i *Vinal*, w których Trybunał uznał, że korzysta z jurysdykcji.

⁶³ *H.G. Schermers, D.F. Waelbroeck*, Judicial Protection, s. 248–249.

Przykładowo w sprawie *Albatros*⁶⁴ Trybunał, mimo argumentu rządu włoskiego, przyjął, że korzysta z jurysdykcji⁶⁵. Problemy delimitacyjne w kontekście sytuacji, które zasługują na określenie „spór”, a które nie, były widoczne także w sprawie *French Dairy Farmers*⁶⁶. W obu jednak wyrokach Trybunał podkreślił, że jego zadanie na podstawie art. 267 TFUE **polega na dostarczeniu sądom krajowym interpretacji, która pozwoli na rozstrzygnięcie sprawy**. Do czasu wydania wyroków w sprawie *Foglia p. Novello* postępowanie o wydanie orzeczenia prejudycjalnego koncentrowało się na kwestii istnienia pytania w przedmiocie interpretacji. W wyrokach *Foglia p. Novello* Trybunał konstruuje zaś nowy warunek, od którego uzależnione jest skuteczne przekazanie, mianowicie istnienie rzeczywistego sporu. Artykuł 267 TFUE wymaga jedynie istnienia pytania co do interpretacji lub ważności prawa unijnego. Rzecznik generalny *J.P. Warner* w opinii w sprawie *Foglia p. Novello II*⁶⁷ był zdania, że warunkiem uruchomienia postępowania przed Trybunałem jest pytanie, jakie pojawia się co do interpretacji prawa unijnego. Dodał jednak, że musi to być pytanie co do odpowiedzi, na które strony mają inny pogląd. W przeciwnym razie w kontekście postępowania o wydanie orzeczenia prejudycjalnego nie mamy do czynienia z pytaniem. Wydaje się jednak, że ten pogląd rzecznika generalnego jest niezgodny z nacelną zasadą art. 267 TFUE. Rzecznik generalny zbyt mocno bowiem podkreśla rolę stron oraz z ich perspektywy ocenia, czy mamy do czynienia z pytaniem, czy też nie. Ocena w tym zakresie należy przede wszystkim do sądu orzekającego, a nie do stron. Jest prawdą, że w większości przypadków istnienie pytania będzie się łączyć ze sporem pomiędzy stronami, ale można sobie wyobrazić sytuację, w której pytanie w przedmiocie interpretacji nie może być utożsamiane z występowaniem sporu, gdy np. sam sąd, niezależnie od stron, uważa, że potrzebuje pomocy Trybunału Sprawiedliwości i z własnej inicjatywy zgłasza określone pytania. Dyskrecja oraz właściwość sądu krajowego nie powinna w tym zakresie budzić wątpliwości⁶⁸. Tylko takie odczytywanie art. 267 TFUE pozostaje w zgodzie z poglądem, że jest on oparty na wzajemnym rozdziale kompetencji pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi oraz ustanawia formę współpracy, a nie hierarchicznej zależności. **Ocena, czy przekazanie pytań jest konieczne, musi pozostać wyłączną domeną sądu krajowego**. Trybunał zawsze stał konsekwentnie na stanowisku, że nie korzysta z kompetencji do dokonywania oceny, czy pytania podniesione przez sąd krajowy są związane z postępowaniem przed sądem

⁶⁴ Wyr. TS z 4.2.1965 r., 20/64, *SARL Albatros p. Société des pétroles et des combustibles liquides (Sopéco)*, EU:C:1965:8.

⁶⁵ Zob. *G. Bebr*, *The existence of a genuine dispute*, s. 532, który uważa, że w sprawie *Albatros* istniały podstawy do uznania braku jurysdykcji z powodu niewystępowania sporu. Jego zdaniem pozytywne orzeczenie Trybunału w zakresie jurysdykcji jest kolejnym dowodem na „*fragility and relativity of the concept of a fabricated dispute (...)*” – tamże, s. 533.

⁶⁶ Wyr. TS z 12.7.1979 r., 244/78, *Union Laitière Normande, Union de coopératives agricoles p. French Dairy Farmers*, EU:C:1979:198.

⁶⁷ Opinia z 23.1.1980 r., EU:C:1980:22.

⁶⁸ Trybunał zawsze zresztą podkreślał kognicję sądów krajowych w tym zakresie, skoro „gdy sąd lub trybunał krajowy przekazują pytania w przedmiocie interpretacji prawa wspólnotowego, domniemywa się, że ten sąd lub trybunał uznają, że taka interpretacja jest konieczna w celu umożliwienia im wydania wyroku (...)” – tak w wyr. z 19.12.1968 r., 13/68, *SpA Salgoil p. Ministero del commercio con l'estero della Repubblica italiana*, EU:C:1968:54 (podkr. – T.T.K.).

krajowym. Dodatkowo Trybunał nie może oceniać powodów, dla których sąd krajowy decyduje o przekazaniu pytań oraz ich wyboru⁶⁹.

Patrząc z tej perspektywy, wyroki w sprawie *Foglia p. Novello* sugerują **nowe podejście** Trybunału oraz nowe rozłożenie obowiązków sądów krajowych i Trybunału⁷⁰. Odpowiedź bowiem, czy pomiędzy stronami postępowania krajowego istnieje rzeczywisty spór, oznacza *par force* **konieczność badania zasadności przekazania sprawy** przez sąd krajowy, powodów takiego przekazania oraz znaczenia pytań przekazanych dla końcowego rozstrzygnięcia sprawy. Sąd powinien zachować swoje prawo do wystąpienia z pytaniami do Trybunału Sprawiedliwości niezależnie od poglądów i stanowiska w tym zakresie stron postępowania głównego. Jego kompetencja w tym zakresie wynika z rozdziału jurysdykcji pomiędzy Trybunałem a sądem krajowym. Z punktu widzenia utrzymania rozdziału jurysdykcji i funkcji sprawa *Foglia p. Novello* stanowi podstawę do ingerencji Trybunału w celu stwierdzenia, czy rzeczywiście mamy do czynienia ze sporem, od wykazania którego zależy jurysdykcja Trybunału. W ten sposób Trybunał zmuszony byłby do analizy stanu faktycznego sprawy oraz intencji stron postępowania krajowego, co poddaje w wątpliwość fundamentalną zasadę jurysdykcyjną wpisaną w art. 267 TFUE, która brzmi: „art. 267 oparty jest na wyraźnym rozdziale funkcji pomiędzy z jednej strony sądami krajowymi (...) a z drugiej Trybunałem Sprawiedliwości i nie daje Trybunałowi jurysdykcji do badania faktów sprawy lub krytykowania przyczyn, dla których nastąpiło przekazanie”⁷¹.

Wyroków Trybunału nie można oceniać jednoznacznie: albo negatywnie, albo pozytywnie. Oceny należy dokonać, mając na uwadze konieczność kompromisu, przed którym Trybunał został postawiony. Z jednej strony dąży do zapewnienia, że orzeczenia prejudycjalne nie staną się jedynie opiniami akademickimi pozbawionymi jakiegokolwiek praktycznego znaczenia, sama zaś procedura o wydanie orzeczeń prejudycjalnych – przekształcona w formę niewiążącej konsultacji⁷². Odmowa wydania orzeczenia prejudycjalnego w takich okolicznościach zmierza do zapobieżenia tej transformacji i może być uzasadniona. Z drugiej jednak strony istnieje interes w postaci zapewnienia, zgodnie z wcześniejszym kierunkiem orzecznictwa, że procedura o wydanie orzeczenia prejudycjalnego stanowi wyraz współpracy pomiędzy sądami, w której wymogi natury formalnej ograniczone są do minimum⁷³. Odmowa wydania orzeczenia wstępnego może stanowić zagrożenie dla jednolitości prawa unijnego, której zapewnienie stanowi podstawowy cel art. 267 TFUE.

⁶⁹ Wyr. TS z 5.2.1963 r., 26/62, *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1.

⁷⁰ *A. Barav*, *Preliminary Censorship?*, s. 448, idzie nawet dalej, gdy mówi o „*extraordinary new approach*”.

⁷¹ Wyr. TS z 19.12.1968 r., 13/68, *Salgoil*, EU:C:1968:54: „(...) article 267 does not give the Court of Justice jurisdiction to take cognizance of the facts of the case or to criticize the reasons for the reference”.

Trybunał powtórzył ten fragment w wyr. z 9.7.1969 r., 10/69, *SA Portelange p. SA Smith Corona Marchant International I* innym, EU:C:1969:36, modyfikując jednak jego drugą część, skoro Trybunał nie posiada jurysdykcji w zakresie „(...) pass judgement on the reasons for requests for interpretation”.

⁷² Tak *G. Bebr*, *Development of Judicial Control*, s. 395.

⁷³ Trybunał podkreśla, że proceduralny formalizm, który należy egzekwować w przypadku kontradyktoryjnego postępowania pomiędzy dwoma stronami, nie znajduje zastosowania i byłby niewłaściwy w sytuacji orzeczeń wstępnych – tak wyr. TS z 1.12.1965 r., 16/65, *Schwarze p. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, EU:C:1965:117.

Powstaje więc pytanie – i *Foglia p. Novello* jest wyrazem poszukiwania na nie odpowiedzi – jak określić to minimum, które będzie miało charakter wiążący zarówno dla sądów krajowych jak i Trybunału Sprawiedliwości?

29 **Błędem byłoby postrzegać wyroki w sprawie *Foglia p. Novello* jako zupełne zerwanie** z dotychczasowym sposobem interpretacji przez Trybunał art. 267 TFUE. Trybunał nadal podkreśla, że artykuł ten oparty jest na zasadzie współpracy, modyfikacji ulegają jedynie wzajemne kompetencje obu sądów biorących udział w tej współpracy, czyli sądu krajowego oraz Trybunału. Obowiązkiem sądu krajowego jest nadal dokonanie oceny w świetle zebranego materiału faktycznego sprawy, czy orzeczenie wstępne Trybunału jest konieczne w celu rozstrzygnięcia sprawy. Tym razem jednak Trybunał nie podkreśla, tak jak czynił to wcześniej, swobody sądu krajowego w tym zakresie. Raczej dokonuje kwalifikacji tej kompetencji poprzez uznanie, że jest ona wykonywana przez sąd krajowy we współpracy z Trybunałem Sprawiedliwości w celu zapewnienia, że prawo wspólnotowe jest stosowane i interpretowane w sposób właściwy. Funkcja ma więc wymiar unijny i należy zarówno do sądów krajowych i Trybunału Sprawiedliwości.

30 Prawdziwe znaczenie jurysdykcyjne wyroków w sprawie *Foglia p. Novello* polega na **nowym określeniu zasad współpracy w ramach postępowania o wydanie orzeczenia prejudycjalnego**. Trybunał nie jest już w sposób bezwzględny związany oceną dokonaną przez sąd krajowy. Interpretacja sfery jurysdykcyjnej przynależnej sądom krajowym musi nastąpić z uwzględnieniem celu art. 267 TFUE. Cel ten ma charakter podwójny: z jednej strony polega na przyczynieniu się do sprawowania wymiaru sprawiedliwości (element pozytywny), z drugiej strony – na zapobieżeniu wydawania przez Trybunał opinii doradczych w przedmiocie ogólnych lub hipotetycznych pytań (element negatywny). Dlatego też Trybunał nie korzysta z jurysdykcji do udzielenia odpowiedzi na pytania przekazane mu w kontekście proceduralnych ustaleń stron, które w ten sposób chcą, aby Trybunał zajął stanowisko w przedmiocie teoretycznych, a nie rzeczywistych problemów. Dokonywanie ustaleń faktycznych stanowi nadal prerogatywę sądów krajowych, aczkolwiek korzystanie z niej następuje pod kontrolą Trybunału tak, aby nie został nadużyty cel postępowania o wydanie orzeczenia wstępnego. Nowa delimitacja jurysdykcji sądu krajowego i Trybunału prowadzi w rzeczywistości do ograniczenia kompetencji sądów krajowych, która dotąd miała charakter uznaniowy, z równoczesnym rozszerzeniem jurysdykcji Trybunału, polegającym na stworzeniu mu podstaw do ingerowania w ustalenia dokonywane przez sąd krajowy, co w efekcie może prowadzić do odmowy przez Trybunał wydania orzeczenia w sprawie, a więc wydania negatywnego orzeczenia, które nie wynika z brzmienia art. 267 TFUE⁷⁴.

Oba wyroki *Foglia p. Novello* oparte są na zasadzie *compétence de la compétence* (która oznacza kompetencje do badania, czy istnieje kompetencja). W każdej rozstrzyganej sprawie Trybunał Sprawiedliwości musi być przekonany, że korzysta z jurysdykcji. Oznacza to w konsekwencji **niezbędny margines elastyczności** do każdo-

⁷⁴ Por. opinię rzecznika generalnego C.O. Lenza z 20.9.1995 r., C-415/93, *URBSFA i inni p. Bosman*, EU:C:1995:293, który stwierdza niedwuznacznie: „it follows from the wording of that provision that it is national courts which decide on whether it is necessary to obtain a preliminary ruling from the Court of Justice. Power for the Court to refuse to answer such references for preliminary rulings is not provided for in article 177 of the Treaty” (podkr. – T.T.K.).

razowego badania okoliczności dotyczących jurysdykcji⁷⁵. Znaczenie obu wyroków w sprawie *Foglia p. Novello* polega na podkreśleniu, że na podstawie art. 267 TFUE Trybunał **może badać dopuszczalność istnienia** po swojej stronie jurysdykcji i czyni to w podobnym zakresie jak na podstawie innych artykułów Traktatu definiujących jurysdykcję Trybunału⁷⁶. Uważnie jednak należy definiować kryteria, według których korzystanie lub nie z jurysdykcji będzie oceniane. **Występowanie sporu** jako przesłanki dopuszczalności sprawy na podstawie art. 267 TFUE stanowi zagrożenie dla prawidłowego funkcjonowania procedury orzeczeń wstępnych, która powinna *ex definitione* opierać się na współpracy w dobrej wierze, poszanowaniu wzajemnych kompetencji oraz przestrzeganiu ścisłego rozgraniczenia jurysdykcji. D. Wyatt słusznie argumentuje, że zasady jurysdykcyjne potwierdzone przez Trybunał w sprawach *Foglia p. Novello* zasługują na aprobatę, ponieważ stanowią narzędzie ochrony przed „nadużyciem procesu”: każdy sąd musi posiadać takowe, które wypływają z inherentnej jurysdykcji sądu, w celu zapewnienia, że procedura nie jest wykorzystywana w celach innych niż te, dla realizacji których została przewidziana. **Cel zasługuje więc na aprobatę, ale ostrożność jest wymagana, gdy chodzi o wskazanie sytuacji uzasadniających odwołanie do skorzystania z tej kontrolnej funkcji.**

Mimo całej swojej kontrowersyjności słuszne wydaje się stanowisko, że oba wyroki Trybunału mogą być analizowane jako przykład sytuacji, w której Trybunał korzysta z kompetencji o charakterze inherentnym właściwej każdemu sądowi do badania, czy w danej sprawie istnieje jurysdykcja do rozpoznania sprawy. **Punktem wyjścia dla Trybunału pozostaje nadal orzeczenie sądu krajowego.** Trybunał jednak musi w każdym czasie korzystać z inherentnej kompetencji do dokonania oceny, czy w danej sprawie korzysta z jurysdykcji. W przeciwnym razie to sądy krajowe, a nie Trybunał, dysponowałyby procedurą o wydanie orzeczenia prejudycjalnego i delimitowałyby zakres jurysdykcji Trybunału. Dokonując tej oceny, Trybunał musi brać pod uwagę nie tylko interesy stron postępowania krajowego, ale także interes Unii oraz państw członkowskich biorących udział w postępowaniu prejudycjalnym. Obowiązkiem sądu krajowego korzystającego z mechanizmu przewidzianego w art. 267 TFUE jest więc uszanowanie funkcji sądowej Trybunału Sprawiedliwości. **Orzeczenie prejudycjalne Trybunału nie jest opinią doradczą, ale wyrokiem, który bezpośrednio wpływa na sytuację stron.** Zdolność orzekania w formie wyroku jest cechą konstytutywną dla uznania danego organu za sąd⁷⁷, a orzeczenie prejudycjalne w założeniu jest wiążące⁷⁸ dla sądu krajowego przekazującego sprawę Trybunałowi⁷⁹.

⁷⁵ Podkreśla to też A. Barav, *Preliminary Censorship?*, s. 456, który krytycznie wypowiadał się co do słuszności wyroków w sprawach *Foglia p. Novello*.

⁷⁶ D. Wyatt, *Following up Foglia*, s. 447–448, który wskazuje na uznawany w szeregu krajowych porządków krajowych tzw. interes w zaskarżeniu (*interest to sue*), który, ograniczając możliwość występowania do sądu, zapewnia jednocześnie, że proces sądowy nie będzie nadużywany.

⁷⁷ Tak D. Wyatt, *Foglia* (No. 2), s. 190.

⁷⁸ Tak Trybunał konsekwentnie od wyr. TS z 3.2.1977 r., 52/76, *Benedetti p. Mumari*, EU:C:1977:16: „It follows that the purpose of a preliminary ruling is to decide a question of law and that that ruling is binding on the national court as to the interpretation of the Community provisions and acts in question” (podkr. – T.T.K.). Na temat wiążącego charakteru wyroków Trybunału zob. wyczerpująco A.G. Toth, *The Authority of Judgments*, s. 1 i n. W odniesieniu do orzeczeń wstępnych zob. szczegółowo G. Bebr, *Preliminary Rulings*, zwłaszcza s. 476–487.

⁷⁹ W pierwszym wydaniu swojej monografii K. Lenaerts i D. Arts (*Procedural Law*, s. 132–133) idą nawet dalej. Ich zdaniem istnieją podstawy, aby przyjąć, że orzeczenie prejudycjalne wydane przez Trybunał obo-

- 32 Można zgodzić się z taką próbą odczytywania tego orzecznictwa, aczkolwiek uczynić trzeba jedno zastrzeżenie. Warunki dopuszczalności, które Trybunał formułuje na podstawie art. 267 TFUE, muszą być odczytywane w świetle specyfiki procedury na podstawie art. 267 TFUE. Nie ma podstaw do żadnych analogii pomiędzy tymi artykułami Traktatu, które dotyczą skarg bezpośrednich, a orzeczeniami wstępnymi. Dodatkowo konkretny warunek dopuszczalności w sprawach *Foglia p. Novello*, a więc rzeczywisty spór, nigdy nie był powoływany przez Trybunał jako determinujący istnienie jurysdykcji w kontekście innych artykułów jurysdykcyjnych⁸⁰.

B. Warunki dostępu sądów krajowych do Trybunału Sprawiedliwości

a. Uwagi wstępne

- 33 **Nowatorski charakter** wyroków w sprawie *Foglia p. Novello* polegał na tym, że Trybunał po raz pierwszy w sposób tak pryncypialny i wprost badał istnienie jurysdykcji do wydania orzeczenia prejudycjalnego. W okresie poprzedzającym wyroki *Foglia p. Novello* Trybunał tylko kilka razy odmówił wydania wyroku, wskazując na brak jurysdykcji. W sprawie *Mattheus* chodziło o interpretację aktów prawnych jeszcze nieuchwalonych⁸¹, w sprawie *Pardini* zaś – o postępowanie przed sądem krajowym, które zostało już zakończone, co powodowało bezprzedmiotowość przekazywania sprawy w celu wydania orzeczenia prejudycjalnego⁸². *D. Anderson* słusznie zauważa, że twórcy Traktatu stanęli na stanowisku „otwartego dostępu” sądów krajowych do Trybunału⁸³. Podobnie *D. O’Keeffe* wskazuje, że dążenie przez Trybunał do zachęcenia sądów krajowych do dialogu pociągało za sobą konieczność unikania formalizmu, rola zaś Trybunału miała być aktywna⁸⁴. Dlatego na podstawie literalnej analizy art. 267 TFUE można wywnioskować kilka warunków, które muszą być spełnione dla uznania dopuszczalności przekazania sprawy przez sąd krajowy.

Po pierwsze, pytania muszą dotyczyć ważności lub interpretacji prawa unijnego. Po drugie, przed sądem krajowym toczy się postępowanie, w trakcie którego podnoszona jest kwestia interpretacji lub ważności prawa unijnego. Po trzecie, w ocenie sądu krajowego od odpowiedzi na przekazane pytania zależy rozstrzygnięcie sprawy. Gdy warunki te są spełnione, Trybunał korzysta z jurysdykcji do wydania orzeczenia wstępnego. W sprawie *Gmurzynska-Bscher* zasadę tę Trybunał ujął w sposób następujący: gdy pytania podniesione przez sąd krajowy dotyczą interpretacji prawa unijnego, „Trybunał jest, **co do zasady** [„in principle” – dopisek *T.T.K.*], zobowiązany do wydania orzeczenia”⁸⁵. Wyroki Trybunału w sprawie *Foglia p. Novello* stanowiły natomiast

wiązuje wszystkie sądy krajowe na terenie Wspólnoty, z zastrzeżeniem skorzystania przez nie z możliwości przekazania sprawy w trybie art. 267 TFUE.

⁸⁰ Por. *Ch. Gray*, *Advisory Opinions*, s. 24, która wskazuje na przykłady orzeczeń wydanych na podstawie art. 226 TFUE, w których Trybunał uznawał swoją jurysdykcję i rozpoznawał sprawę, mimo iż brak było sporu – tak na s. 30 oraz orzecznictwo przywołane w przyp. 24.

⁸¹ Wyr. TS z 22.11.1978 r., 93/78, *Lothar Mattheus p. Doego Fruchtimport und Tiefkühlkost eG*, EU:C:1978:206, pkt 8.

⁸² Wyr. TS z 21.4.1988 r., 338/85, *Pardini p. Ministero del commercio con l'estero*, EU:C:1988:194, pkt 11. Zob. też wyr. TS z 16.6.1981 r., 126/80, *Salonia p. Poidomani and Giglio*, EU:C:1981:136.

⁸³ *D. Anderson*, *References to the European Court of Justice*, s. 95.

⁸⁴ *D. O’Keeffe*, *Is the spirit of Article 177 under Attack?*, s. 517.

⁸⁵ Wyr. TS z 8.11.1990 r., C-231/89, *Krystyna Gmurzynska-Bscher p. Oberfinanzdirektion Köln*, EU:C:1990:386, pkt 20.

odejście od tak jasno zarysowanych warunków bazowych⁸⁶ i dotychczas liberalnego orzecznictwa, w którym Trybunał tylko kilka razy odmówił wydania wyroku. Oba wyroki wskazywały przykłady sytuacji, w których Trybunał nie poprzestanie na prostym przerezagowaniu pytań w celu umożliwienia sobie udzielenia odpowiedzi⁸⁷ i gotów będzie uznać, że nie korzysta z jurysdykcji do wydania orzeczenia, nawet gdy pytanie dotyczy interpretacji (ważności) prawa unijnego. O ile prawdą jest, że sprawy rozpoznawane przez Trybunał w okresie następującym po „sprawach *Foglia*” wskazują, że sam Trybunał uznawał je za wyjątkowe i ograniczone do szczególnych sytuacji, to z czasem jednak coraz częściej wskazywał na granice swojej jurysdykcji na podstawie art. 267 TFUE oraz na konsekwencje ich przekroczenia. Orzecznictwo lat 90. wskazuje, że Trybunał zmierza do ustalenia katalogu zasad, według których dokonywać będzie oceny dopuszczalności przekazania spraw w celu wydania orzeczenia prejudycjalnego.

Dzisiaj więc można przyjąć, że Trybunał opracował pewne zasady przewodnie i kryteria, według których bada, czy w danych okolicznościach przekazanie sprawy przez sąd krajowy jest dopuszczalne. Zasady te nie tworzą homogenicznej grupy o jasno określonych konturach⁸⁸, granice pomiędzy nimi mają charakter płynny, zaliczenie zaś do poszczególnych grup może być kontrowersyjne⁸⁹, czasami nie wiemy, czy poszczególne podstawy odmowy wydania orzeczenia są niezależne od pozostałych oraz które kryterium jest decydujące przy ich wyodrębnieniu⁹⁰. Można jednak wskazać, że z punktu widzenia zasady jurysdykcji powierzonej Trybunału jako *criterium divisionis* występuje okoliczność, czy zasada jest wynikiem literalnej interpretacji art. 267 TFUE, czy też jest raczej podyktowana dążeniem Trybunału do zapewnienia pożądanego kształtu postępowania o wydanie orzeczeń wstępnych. Ta druga grupa zawiera orzeczenia, w których Trybunał wykazał gotowość badania, czy spełnione są wszystkie warunki dopuszczalności przekazania pytań przez sąd krajowy. Trybunał nigdy wprawdzie nie orzekł o braku jurysdykcji z powodu nieistnienia sporu, sformułował jednak nowe, dodatkowe warunki, od których uzależnił skuteczność przekazania sprawy na podstawie art. 267 TFUE.

b. Doktryna *Meilicke*

Z punktu widzenia dialogu jako istoty postępowania prejudycjalnego najwięcej kontrowersji wywołuje przedstawiony powyżej pogląd, że warunkiem koniecznym jurysdykcji Trybunału na podstawie art. 267 TFUE jest występowanie rzeczywistego sporu. Orzecznictwo z lat 90. wskazuje, że uznanie braku jurysdykcji przestaje być jedynie sytuacją wyjątkową.

⁸⁶ Por. *C. Barnard, E. Sharpston*, *The Changing Face of Article 177 References*, s. 1116, które piszą: „(...) the only cloud on this otherwise fairly clear horizon was the Court’s decision in *Foglia* (...)”.

⁸⁷ *G. Bebr*, *Development of Judicial Control*, s. 388, uważa, że dodatkowym warunkiem dla skorzystania przez Trybunał ze swojej jurysdykcji na podstawie art. 267 TFUE jest takie sformułowanie pytań przez sąd krajowy, że Trybunał jest w stanie udzielić na nie odpowiedzi.

⁸⁸ Zob. krytyczne uwagi pod adresem orzecznictwa Trybunału w pracy: *M. O’Neill*, *Article 177 and Limits to the Right to Refer*, s. 375 i n.

⁸⁹ Zob. też opinię rzecznika generalnego *C.O. Lenza* z 20.9.1995 r., C-415/93, *URBSFA i inni p. Bosman*, EU:C:1995:293.

⁹⁰ Zdaniem *D. O’Keeffe’a*, *Is the Spirit of Article 177 under Attack?*, s. 520, próby dokonania typologii orzecznictwa w tym zakresie mają charakter arbitralny.

Sprawą, która wysuwa się na pierwszy plan, jest *Meilicke*⁹¹. Stanowi ona nie tylko **kodyfikację warunków dopuszczalności wydania orzeczenia prejudycjalnego, ale także dodaje swoje własne warunki**. W wyroku Trybunał powtarza i potwierdza, że procedura o wydanie orzeczenia prejudycjalnego stanowi instrument współpracy pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi, w ramach której sąd krajowy jest w najlepszej pozycji do dokonania oceny, czy konieczne jest orzeczenie prejudycjalne w celu umożliwienia wydania mu wyroku (pkt 23–24 wyroku). Duch współpracy, który musi mieć pierwszeństwo w procesie dokonywania interpretacji art. 267 TFUE, obliuguje sąd krajowy do brania pod uwagę funkcji powierzonej Trybunałowi, a więc wspomaganie w wykonywaniu sprawiedliwości w państwach członkowskich (pkt 25 wyroku). Następnie Trybunał dokonał połączenia pomiędzy swoją kompetencją do badania korzystania przez siebie z jurysdykcji a koniecznością badania warunków, w jakich sprawa jest przekazywana Trybunałowi. Tym samym to badanie, zgodnie z rozumowaniem Trybunału, stanowi etap wstępny oceny, czy w danej sprawie istnieje po stronie Trybunału jurysdykcja. Ograniczenie dopuszczalności występowania o wydanie orzeczeń wstępnych tylko do warunków ustalonych przez Trybunał w „sprawach *Foglia*” nie wyczerpuje jednak problemu.

W sprawie *Meilicke* Trybunał **identyfikuje bowiem kolejne warunki, od których zależy skuteczność przekazania sprawy**. Warunki te płyną z dążenia do zapewnienia, że interpretacja dokonywana przez Trybunał ma charakter użyteczny. Aby tak się stało, sąd krajowy musi „zdefiniować kontekst prawny” oraz, w pewnych okolicznościach, ustalić stan faktyczny, jak również rozstrzygnąć kwestie dotyczące prawa krajowego. Bez posiadania tych informacji Trybunał może nie być w stanie udzielić użytecznej odpowiedzi. W sprawie Trybunał uznał, że nie posiada informacji faktycznych i dotyczących stanu prawnego, a pytania przekazane przez sąd krajowy mają charakter czysto hipotetyczny. W sprawie *Meilicke* mieliśmy więc do czynienia z pryncypialnym orzeczeniem, przypominającym wyroki w sprawach *Foglia p. Novello*, w którym podkreślone zostało oparcie procedury na wydawaniu orzeczeń wstępnych na zasadzie współpracy, którą Trybunał rozumie jako proces, w którym każdy z uczestników posiada pewne prawa i obowiązki. W sprawie *Meilicke* Trybunał podnosi do rangi zasady ogólnej twierdzenie, że art. 267 TFUE jest narzędziem współpracy. Zbadanie, czy Trybunał korzysta z jurysdykcji, musi być poprzedzone oceną okoliczności, w których sprawa została mu przekazana przez sąd krajowy. Dominujący w postępowaniu duch współpracy dyktuje sądowi krajowemu poszanowanie jurysdykcji oraz funkcji Trybunału, która polega na udziale w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości za pośrednictwem interpretacji pożytecznej. Trybunał cytuje obszernie ustępy wyroku w sprawie *Foglia p. Novello*, ale uznanie w *Meilicke* niedopuszczalności nie następuje na podstawie braku rzeczywistego sporu. **Tym razem na plan pierwszy wysunięty zostaje zarzut hipotetyczności przekazywanych pytań**. Zaprzeczeniem zasad, na których opiera się art. 267 TFUE, byłoby udzielenie odpowiedzi na pytania hipotetyczne, a więc takie, które nie mają związku ze sprawą i na które odpowiedź nie jest konieczna dla rozstrzygnięcia sprawy przez sąd krajowy. W przeciwieństwie jednak do wyroków *Foglia p. Novello*⁹², *dicta* z wyroku *Meilicke* nie czekały długo na kolejne zastosowanie.

⁹¹ Wyr. TS z 16.7.1992 r., C-83/91, *Wienand Meilicke p. ADV/ORG A. Meyer AG*, EU:C:1992:332.

⁹² Por. wyr. TS z 14.1.1981 r., 46/80, *Vinal p. Orbat*, EU:C:1981:4, w którym Trybunał wydał wyrok mimo iż zgłaszano argumenty, że stan faktyczny jest identyczny jak w sprawie *Foglia p. Novello*. Zob. też uwagi *D. Wyatta*, *Following up Foglia*, s. 449–450.

W sprawie *Telemarsicabruzzo*⁹³ sąd włoski przekazał Trybunałowi dwa pytania dotyczące interpretacji przepisów Traktatu o konkurencji, ograniczył się jednak do (lakonicznego zdaniem Komisji) przywołania art. 86 Traktatu. Rzecznik generalny przekonywał do przyjęcia bardziej restrykcyjnego stanowiska w przedmiocie dopuszczalności przekazania sprawy⁹⁴. Trybunał w pełnym składzie⁹⁵ powtórzył wyrok w sprawie *Meilicke* w zakresie, w jakim podkreślał, że interpretacja musi być pożyteczna, że to sąd krajowy musi wyjaśnić kontekst faktyczny i prawny, „(...) a przynajmniej okoliczności faktyczne, na których oparte zostały przekazane pytania” (pkt 6 wyroku)⁹⁶. Sąd krajowy nie może ograniczyć się jedynie do fragmentarycznego przedstawienia sprawy⁹⁷.

Orzecznictwo zapoczątkowane przez wyrok w sprawie *Meilicke* i kontynuowane w sprawie *Telemarsicabruzzo* oznacza, że Trybunał **gotowy jest „spoglądać przez ramie”⁹⁸ sądu krajowego i odmawia udzielenia odpowiedzi na pytania**, wskazując albo na **brak sporu** („orzecznictwo *Foglia*”), albo na **hipotetyczność pytań** lub w sytuacji gdy pytania **nie dotyczą** sporu zawisłego przed sądem krajowym („orzecznictwo *Meilicke*”). Wyroki w sprawach *Meilicke* i *Telemarsicabruzzo* rozszerzają więc grupę przyczyn, na podstawie których Trybunał odmówi wydania wyroku. Z tej perspektywy to nowe orzecznictwo nawiązuje do sprawy *Foglia p. Novello*, która była pierwszym rzeczywiście negatywnym wyrokiem w kontekście art. 267 TFUE. Z drugiej jednak strony Trybunał nie powraca już do koncepcji „rzeczywistego sporu”, będąc świadom, że oznaczałoby to konieczność badania okoliczności faktycznych, w jakich sąd krajowy przekazał pytania⁹⁹, co pozostaje poza zakresem jurysdykcji Trybunału. W to miejsce natomiast dodaje nowe podstawy wydania negatywnego orzeczenia w przedmiocie jurysdykcji w postaci zakazu „hipotetyczności”¹⁰⁰ pytań. W obu sprawach *Foglia p. Novello* nie było zdaniem Trybunału sporu, natomiast w sprawie *Meilicke* rzeczywisty spór był, ale pytania przekazane miały charakter hipotetyczny. Bardziej jednak słusznym sposobem analizy obu tych orzeczeń jest uznanie, że **warunki „rzeczywistego sporu” oraz „hipotetyczności pytań” są dwiema stronami tej samej monety**¹⁰¹,

⁹³ Wyr. TS z 26.1.1993 r., sprawy połączone C-320/90, C-321/90, C-322/90, *Telemarsicabruzzo i inni p. Cirstel i inni*, EU:C:1993:26.

⁹⁴ Opinia rzecznika generalnego *C. Gulmanna* z 6.10.1992 r., sprawy połączone C-320/90, C-321/90, C-322/90, *Telemarsicabruzzo i inni p. Cirstel i inni*, EU:C:1992:373, pkt 20.

⁹⁵ *A. Arnulf* (The European Union, 1999, s. 58), podkreśla tę okoliczność, ponieważ w ten sposób Trybunał wysyłał „jasne przesłanie sądom krajowym, rozważającym przekazanie na podstawie art. 267 Traktatu”.

⁹⁶ Trybunał podkreślił też, że obowiązki sądu krajowego są tym bardziej aktualne w przypadku spraw dotyczących prawa konkurencji, które charakteryzują się skomplikowanym stanem faktycznym i prawnym (pkt 7 wyroku).

⁹⁷ Zob. też wydane na podstawie art. 92 Regulaminu TSUE post. TS z 19.3.1993 r., C-157/92, *Pretore di Genova p. Bancho* (I), EU:C:1993:107 oraz post. TS z 26.4.1993 r., C-386/92, *Monin Automobiles (I)*, EU:C:1993:153.

⁹⁸ Określenie za: *C. Bernard, E. Sharpston*, *The Changing Face of Article 177 References*, s. 1135.

⁹⁹ Por. krytyczne uwagi zgłaszane już przez *A. Barava*, *Preliminary Censorship?*, s. 447.

¹⁰⁰ Por. opinię rzecznika generalnego *C.O. Lenza* z 20.9.1995 r., C-415/93, *URBSFA i inni p. Bosman*, EU:C:1995:293, pkt 70.

¹⁰¹ Por. *C. Bernard, E. Sharpston*, *The Changing Face of Article 177 References*, s. 1141. Podobnie też opinia rzecznika generalnego *C.O. Lenza* z 20.9.1995 r., C-415/93, *URBSFA i inni p. Bosman*, EU:C:1995:293, pkt 70, gdy sprawy, w których pytania miały charakter hipotetyczny, rozpatruje łącznie ze sprawą *Foglia p. Novello*, która jego zdaniem stanowi początek nowego orzecznictwa, ale go nie wyczerpuje. Dywersyfikacja orzecznictwa, która nastąpiła w latach 90., potwierdza ten sposób odczytania.

a Trybunał zostawia sobie prawo do dokonania wyboru, z której perspektywy oceni, czy w danej sprawie korzysta z jurysdykcji. *D. O'Keeffe*, który krytycznie pisał o orzecznictwie Trybunału w zakresie tzw. testów dopuszczalności jako niejasnych i często nieprzewidywalnych, zauważa jednak, że przekazanie przez sąd krajowy pytań hipotetycznych może zostać uznane za sytuację nadużycia procedury¹⁰². Orzeczenia *Meilicke* i *Telemarsicabruzzo* zasługują na uwagę, gdyż stanowią uzupełnienie założenia o debacie sądowej, w ten sposób, że zakłócona zostaje linia demarkacyjna pomiędzy oceną przez sąd krajowy, że przekazanie jest konieczne a gotowością Trybunału do jej zaakceptowania. Tym samym oznacza to ingerencję przez Trybunał w wybór dokonany przez sąd krajowy w zakresie konieczności przekazania sprawy.

c. Jaki dialog?

- 36 **Umiejscowienie** wyroku w sprawie *Meilicke* oraz następującego po nim wyroku *Telemarsicabruzzo* w dotychczasowym orzecznictwie **nie jest proste**. Powyżej przytoczyłem go wprawdzie z perspektywy pytania hipotetycznego jako kolejnego z testów dopuszczalności, ale wynika to raczej z dążenia do pewnej systematyzacji analizy, a nie z samego uzasadnienia wyroku. W wyroku bowiem Trybunał hipotetyczność rozpatruje obok braku wystarczających informacji faktycznych i prawnych, które stanowią przecież odrębny test dopuszczalności w ramach orzecznictwa *Telemarsicabruzzo*. Potwierdza to tylko słuszność spostrzeżenia uczynionego powyżej, że analiza orzecznictwa jest bardzo utrudniona z powodu **braku konsekwencji i rygoryzmu ze strony Trybunału**. Niektórzy w ogóle nie dokonują wyróżnienia hipotetyczności jako odrębnej podstawy do uznania niedopuszczalności¹⁰³. Inni omawiają sprawę *Meilicke* wprawdzie w ramach orzecznictwa *Foglia p. Novello*, utrzymując, że Trybunał mógł sprawę rozstrzygnąć na jego podstawie, jednak podkreślają, że uczynił inaczej, wprowadzając nowy test dopuszczalności¹⁰⁴. **Analizę rozstrzygnięcia w sprawie *Meilicke* należy połączyć z wyrokiem w sprawie *Telemarsicabruzzo* i oba wyroki odczytywać łącznie**. W sprawie *Telemarsicabruzzo* Trybunał potwierdza kierunek rozstrzygnięcia w sprawie *Meilicke*, skoro Trybunał także kwestionuje pytania przekazane przez sąd krajowy, aczkolwiek z racji ich lakoniczności. Trybunał w obu sprawach odchodzi od badania, czy mamy do czynienia ze sporem, a koncentruje się na analizie pytań oraz okoliczności, w jakich zostały zadane. W obu sprawach mieliśmy do czynienia z rzeczywistym sporem, ale uwaga Trybunału skupiała się na pytaniach, które nie były podyktowane przez konieczność rozstrzygnięcia sprawy.

- 37 Nie sposób nie zgodzić się z *C. Barnard* i *E. Sharpston*, które, opierając się na bogato cytowanym orzecznictwie, przekonująco wykazują, że **Trybunał nie stosuje przejrzystych kryteriów badania dopuszczalności przekazanych spraw**¹⁰⁵. Czasami Trybunał przywołuje hipotetyczność oraz brak wyczerpujących informacji jako jedną podstawę do stwierdzenia niedopuszczalności¹⁰⁶, innym razem cytuje warunek

¹⁰² *D. O'Keeffe*, Is the Spirit of Article 177 under Attack?, s. 527.

¹⁰³ *H.G. Schermers i D.F. Waelbroeck* (Judicial Protection, s. 246) omawiają ją w ramach podstawy „braku rzeczywistego sporu” wywiedzionej z „orzecznictwa *Foglia*”.

¹⁰⁴ *D. Anderson*, References to the European Court of Justice, s. 108.

¹⁰⁵ *C. Barnard, E. Sharpston*, The Changing Face of Article 177 References, s. 1142–1143.

¹⁰⁶ W sprawie *Saddik* Trybunał skrytykował zarówno brak kontekstu faktycznego i prawnego, jak i okoliczność, że oskarżenie z tytułu nielegalnej odsprzedaży papierosów miało charakter „czysto hipotetyczny”.

hipotetyczności, ale sprawę rozstrzyga na innej podstawie. Jeszcze w innej sprawie Trybunał kwestionuje hipotetyczny charakter pytań, ale mimo to stwierdza dopuszczalność przekazania, ponieważ w sprawie występuje rzeczywisty spór¹⁰⁷. Mimo tych fluktuacji i braku konsekwencji można na podstawie tego nowego orzecznictwa Trybunału sformułować wniosek, że Trybunał zmierza w kierunku interpretacji zawężającej warunków dopuszczalności przekazania sprawy na podstawie art. 267 TFUE oraz stawia coraz wyższe wymagania przed sądem krajowym, który dokonuje oceny konieczności wystąpienia w trybie art. 267 TFUE. Wśród warunków dopuszczalności wskazać należy: występowanie rzeczywistej, a nie jedynie hipotetycznej kwestii dotyczącej interpretacji lub ważności prawa unijnego; Trybunał musi być w posiadaniu wystarczających informacji i materiałów, które umożliwią mu wydanie orzeczenia, które następnie sąd krajowy będzie mógł zastosować w celu rozstrzygnięcia sprawy przed nim zawieszony oraz uniknięcia błędów, na które Trybunał byłby narażony, gdyby sąd krajowy przekazywał fragmentaryczne i niepełne informacje¹⁰⁸. W końcu pytania przekazane muszą mieć charakter relewantny dla rozstrzygnięcia sprawy w sądzie krajowym.

Tym samym Trybunał, **akcentując cel postępowania prejudycjalnego**, którym jest zapewnienie pełnego i jednolitego stosowania prawa unijnego¹⁰⁹, odchodzi w sposób znaczący nie tylko od brzmienia art. 267, który formułuje jedynie kilka warunków wstępnych dla uznania dopuszczalności, ale także od swojego wcześniejszego orzecznictwa, w którym w sposób liberalny interpretował art. 267 TFUE. Po pierwsze, przekazanie będzie dopuszczalne, gdy pochodzi od sądu lub trybunału państwa członkowskiego. Po drugie, dotyczyć musi albo interpretacji, albo ważności prawa unijnego. Po trzecie, przekazanie następuje w związku z toczącym się przed sądem krajowym postępowaniem i, co godne podkreślenia, bez dalszego kwalifikowania tego postępowania jako kontradiktoryjnego, które jest sporem itp. Artykuł 267 TFUE wymagał jedynie w sposób ogólny, że pytanie(a) miały powstać w kontekście postępowania przed sądem krajowym.

Ta próba uogólnienia i uporządkowania zasad, według których Trybunał dokonuje oceny dopuszczalności przekazania przez sąd krajowy, nie zawsze jednak tłumaczy sposób postępowania przez Trybunał w innych sprawach, w których, stosując wskazane kryteria i badając dokładnie okoliczności, w jakich przekazanie nastąpiło, Trybunał także powinien był odmówić wydania orzeczenia¹¹⁰. Profesor *R. Dehousse* pisze w tym kontekście o „nieprzewidywalności orzeczeń sądowych”, która jego zdaniem stanowi cechę charakterystyczną procesu decyzyjnego sądu¹¹¹. Orzecznictwo Trybunału w zakresie warunków dopuszczalności orzeczenia prejudycjalnego stanowi dobry

post. z 23.3.1995 r., C-458/93, *Postępowanie karne przeciwko Mostafa Saddik*, EU:C:1995:79.

¹⁰⁷ *C. Barnard, E. Sharpston*, The Changing Face of Article 177 References, s. 1142 i tam podane dalsze przykłady braku konsekwencji po stronie Trybunału.

¹⁰⁸ Zob. też Opinia rzecznika generalnego *C. Gulmanna* z 6.10.1992 r., sprawy połączone C-320/90, C-321/90, C-322/90, *Telemarsicabruzzo*, EU:C:1992:373, pkt 20, który wprost wskazuje na niebezpieczeństwo błędów (*errors*), które mogą się pojawić, gdyby to Trybunał na podstawie przebiegu postępowania miał zdobywać te informacje, do przekazania których zobowiązany był w pierwszym rzędzie sąd krajowy.

¹⁰⁹ *R. Barents*, The Preliminary Ruling Procedure, s. 70–71.

¹¹⁰ Zob. przykłady takich wątpliwych spraw, w których Trybunał mimo to wyrokował – *C. Barnard, E. Sharpston*, The Changing Face of Article 177 References, s. 1144.

¹¹¹ *R. Dehousse*, The European Court of Justice, s. 106.

przykład dyskrecji Trybunału, który, jeżeli chce udzielić odpowiedzi na przekazane mu pytanie, to uczyni to nawet gdyby w świetle formułowanych warunków dopuszczalności brak było ku temu podstaw. Z tej perspektywy orzecznictwo Trybunału oznaczałoby jedynie wskazówkę ku ogólnemu trendowi zawężenia dopuszczalności dostępu sądów krajowych do Trybunału *via* art. 267 TFUE, ale nie przesądzałoby jeszcze, że wąskie odczytywanie art. 267 TFUE miałyby charakter absolutny. Profesor *K. Lenaerts* zauważa, że **nie jest prawdą, iż Trybunał w sposób systematyczny interpretuje swoją jurysdykcję na podstawie art. 267 w sposób zawężający**. Jego zdaniem, gdy za celem zapewnienia jednolitego stosowania prawa unijnego przemawia rozszerzająca interpretacja zasięgu art. 267, Trybunał gotów jest uznać, że korzysta z jurysdykcji¹¹². Podobnie uważa *A. Arnull*, który wskazuje, że rygorystyczne orzecznictwo zapoczątkowane w wyrokach *Meilicke* i *Telemarsicabruzzo* nie stoi na przeszkodzie, aby Trybunał rozstrzygnął sprawy precedensowe, które wyznaczą kierunek rozwoju orzecznictwa w danej dziedzinie, mimo iż przeciwko jurysdykcji Trybunału podnoszone są zarzuty niedopuszczalności. Dlatego próba udzielenia odpowiedzi na postawione wyżej pytanie jest trudna, ponieważ jeżeli Trybunał uważa, że sprawa ma charakter precedensowy, odpowiedź zostanie udzielona bez względu na zarzuty formalne zgłoszone w przedmiocie niedopuszczalności¹¹³. Dlatego w wielu sprawach mimo podnoszonych zarzutów, Trybunał uznawał, że korzysta z jurysdykcji.

W efekcie orzecznictwa *Foglia p. Novello – Meilicke – Telemarsicabruzzo* dialog staje się **dialogiem kontrolowanym**, a jego rozpoczęcie jest uzależnione od spełnienia określonych warunków dostępu, które z kolei są zrelacjonowane do celu procedury w postaci pożyteczności interpretacji. Dzisiaj dążenie do tego, aby interpretacja Trybunału była **pożyteczną dla sądu krajowego, stanowi najważniejszą kwalifikację** fundamentalnego założenia o dialogu jako istocie postępowania (zob. analiza *supra*). Poszukując *ratio legis* orzecznictwa Trybunału wymagającego od sądów krajowych zawarcia w przekazaniu sprawy niezbędnych danych dotyczących stanu faktycznego i prawnego, należy wskazać na dążenie Trybunału do zapewnienia, że jego interpretacja prawa unijnego będzie więc pożyteczna. Chodzi o – cytując rzecznika generalnego – wydanie orzeczenia, które będzie **sensowne**. Aby tak się jednak stało, Trybunał musi posiadać określone informacje na temat sprawy. Artykuł 267 TFUE nie może spełnić funkcji narzędzia współpracy pomiędzy Trybunałem a sądami krajowymi, ilekroć mamy do czynienia z brakiem przekazania wystarczających informacji przez sąd krajowy. Prawdziwy jednak problem Trybunału polega, także przy tym kryterium oceny dopuszczalności, na braku jednolitości w stosowaniu wymogu przedstawienia przez sąd krajowy właściwego wyjaśnienia stanu faktycznego i prawnego sprawy. Nie wiemy, kiedy Trybunał uzna, że informacje przekazane przez sąd krajowy są wystarczające, a kiedy nie¹¹⁴.

Zbyt daleko posunięty element dyskrecjonalności może być jednak problematyczny, jeżeli wziąć pod uwagę, że postępowanie o wydanie orzeczenia wstępnego ma być

¹¹² *K. Lenaerts*, Preliminary rulings procedure.

¹¹³ Por. też *D. Wyatt*, Following up *Foglia*, s. 450.

¹¹⁴ *C. Barnard* i *E. Sharpston* (The Changing Face of Article 177 References, s. 1149) cytują wyr. TS z 1.2.1996 r., C-177/94, *Postępowanie karne przeciwko Gianfranco Perfili*, EU:C:1996:24, jako przykład dyskrecjonalności Trybunału w zakresie istnienia lub nie jurysdykcji po jego stronie, skoro przekazanie „nie zawierało żadnego wytłumaczenia stanu faktycznego (...)”. Trybunał mimo to uznał, że korzysta z jurysdykcji.

komпасem wskazującym kierunek ewolucji prawa unijnego¹¹⁵. Tę funkcję może jednak spełnić tylko wówczas, gdy ramy **dialogu** są od samego początku w sposób pewny zakreślone. Pytanie więc o znaczeniu podstawowym brzmi: czy w dialogu na podstawie art. 267 TFUE istota sprawy powinna być zrozumiała w momencie przekazania przez sąd krajowy na podstawie samego postanowienia o przekazaniu i ewentualnie załączonych doń dokumentów, czy też dopiero w toku postępowania połączenie informacji przekazanych przez sąd krajowy wraz ze zgłoszonymi stanowiskami stron ma prowadzić do identyfikacji problemu¹¹⁶.

C. Barnard i *E. Sharpston* uważają, że kontekst faktyczny oraz prawny musi być w sposób jasny zawarty już w samym przekazaniu przez sąd krajowy. Tylko wtedy uczestnicy postępowania o wydanie orzeczenia prejudycjalnego są w stanie w sposób świadomy wziąć w nim udział i przedstawić swój punkt widzenia¹¹⁷. *D. O’Keeffe* uważa, że uznanie niedopuszczalności w konsekwencji niepełnego przekazania przez sąd krajowy stanowi metodę, która nie odpowiada podstawowemu założeniu, na jakim powinien opierać się art. 267 TFUE, mianowicie współpracy pomiędzy sądami¹¹⁸. Jego zdaniem, uznając niedopuszczalność w takich okolicznościach, Trybunał postępuje w sposób zbyt formalistyczny i zagraża tej współpracy. Bardziej wskazane byłoby stosowanie przez Trybunał „wstępnej kontroli dopuszczalności”, w celu oceny m.in., czy przekazanie w sposób jasny zawiera określenie stanu faktycznego i prawnego sprawy zawisłej przed sądem krajowym. W razie dostrzeżonych w tym zakresie braków Trybunał, zamiast orzekać, tak jak sugeruje „orzecznictwo *Telemarsicabruzzo*”, o niedopuszczalności przekazania, powinien zwracać się do sądu krajowego z konkretnymi pytaniami w celu usunięcia braków, z zastrzeżeniem że w razie braku odpowiedzi przekazanie może zostać uznane za niedopuszczalne. W ten sposób sprawy uznawane w przeszłości za niedopuszczalne mogły zostać uzupełnione i rozstrzygnięte przez Trybunał w sposób merytoryczny¹¹⁹.

Należy zgodzić się, że **brak informacji na temat stanu faktycznego i prawnego** 40 sprawy zawisłej przed sądem krajowym nie musi prowadzić automatycznie do uznania sprawy za niedopuszczalną. W tym przypadku istnieje możliwość skorzystania ze środka bardziej proporcjonalnego, który lepiej odda charakter postępowania o wydanie orzeczenia prejudycjalnego jako opartego na współpracy sądowej. Jednak argument powołujący się na współpracę sądową jako wyznacznik sposobu interpretacji art. 267 TFUE jest bronią obosieczną. Z jednej strony Trybunał, uznając niedopuszczalność przekazania z powodu niekompletności, ingeruje w proces, który powinien stanowić domenę sądu przekazującego. Z drugiej jednak strony sąd przekazujący niekompletne i lakoniczne informacje także nie postępuje w zgodzie z nakazem współpracy. Aby rozwiązać ten impas, potrzebny jest **kompromis**. Należy bowiem wskazać, że zgodnie z art. 101 ust. 1 Regulaminu TSUE Trybunał może, po wysłuchaniu rzecznika

¹¹⁵ Zob. też argumentację w kierunku wykazania, że orzeczenie prejudycjalne wiąże wszystkie sądy krajowe, przedstawioną przez *K. Lenaerts* i *D. Artsa*, Procedural Law, s. 132–133.

¹¹⁶ *C. Barnard*, *E. Sharpston*, The Changing Face of Article 177 References, s. 1151.

¹¹⁷ *C. Barnard*, *E. Sharpston*, The Changing Face of Article 177 References, s. 1151.

¹¹⁸ *D. O’Keeffe*, Is the Spirit of Article 177 under Attack?, s. 528.

¹¹⁹ *D. O’Keeffe*, Is the Spirit of Article 177 under Attack?, s. 533. Wskazując m.in. na wyroki TS: z 14.12.1995 r., C-387/93, *Postępowanie karne przeciwko Giorgio Domingo Banchemo (II)*, EU:C:1995:439 i z 16.5.1994 r., C-428/93, *Liquidation Monin Automobiles-Maison du deux roues (Monin II)*, EU:C:1994:192.

generalnego, zwrócić się do sądu krajowego o dodatkowe wyjaśnienia. Trybunał zamiast więc uznawać niedopuszczalność przekazania, powinien za wszelką cenę dążyć z pomocą sądu krajowego do wyjaśnienia wątpliwości oraz do uzupełnienia braków w przekazaniu. Powyższe uwagi nie mogą być jednak odczytane jako zakwestionowanie samej zasadności istnienia obowiązku skierowanego pod adresem sądów krajowych wyczerpującego wytlumaczenia stanu faktycznego i prawnego sprawy oraz przewidzianej sankcji w postaci uznania niedopuszczalności przekazania. Z pewnością nieuczynienie zadość temu obowiązkowi przez sąd krajowy stanowi naruszenie podziału ról w ramach debaty sądowej. **Sąd krajowy musi być świadom**, że Trybunał dla wydania swojego orzeczenia oraz uniknięcia błędów powinien otrzymać pewne minimum informacji na temat sprawy. Jurysdykcyjny apel pod adresem Trybunału polega na dokonaniu modyfikacji podejścia w razie stwierdzenia, że obowiązek ten nie został przez sąd krajowy spełniony. Modyfikacja ta powinna polegać na daniu sądowi krajowemu szansy usunięcia braku, a nie automatycznego stwierdzenia niedopuszczalności. Takie rozwiązanie lepiej oddawałoby ducha dialogu sądowego, który powinien znajdować się zawsze w centrum analizy art. 267 TFUE¹²⁰.

- 41 Mając na uwadze powyższe, można sformułować tezę, że aby znaczenie podziału jurysdykcji na podstawie art. 267 TFUE pozostało nadal dostrzegalne, **Trybunał tylko w wyjątkowych wypadkach powinien odmówić** wydania orzeczenia, jako podstawę wskazując brak związku pytań z przedmiotem postępowania krajowego. Ten brak musi mieć charakter „oczywisty”¹²¹, a Trybunał powinien domniemywać, że taki związek istnieje¹²². Co do zasady bowiem nie tylko ocena konieczności wystąpienia o wydanie orzeczenia prejudycjalnego należy do sądu krajowego, ale także **ocena relewantności** przekazywanych pytań dla rozpoznawanej sprawy. Jeżeli chodzi o podział jurysdykcji pomiędzy sądy krajowe i Trybunał, **tylko sąd krajowy znajduje się w „najlepszej pozycji”** do dokonania oceny relewantności pytań podniesionych w trakcie toczącego się postępowania oraz konieczności wystąpienia o wydanie orzeczenia prejudycjalnego w celu umożliwienia mu rozstrzygnięcia sprawy¹²³. Wszystkie okoliczności, które Trybunał przywoływał na poparcie takiego podziału kompetencji pomiędzy sądy kra-

¹²⁰ Orzecznictwo konsekwentnie dodaje nowe warunki dopuszczalności pytań i w ten sposób potwierdza, że nie chodzi o jakikolwiek dialog, ale o dialog, który ma prowadzić do celu, jakim jest udzielenie sądowi krajowemu odpowiedzi, która będzie miała charakter użyteczny. I tak mamy sytuację, w której pytania nie dotyczą interpretacji lub ważności prawa unijnego (zob. wyr. TS z 19.3.1964 r., 75/63, *Hoekstra p. Bedrijfsvereniging Detailhandel*, EU:C:1964:19; wyr. TS z 17.12.1975 r., 93/75, *Alderblum p. Caisse Nationale d'Assurance vieillesse des Travailleurs Salaries*, EU:C:1975:178; post. TS z 27.6.1979 r., 105/79, *Preliminary ruling by the Acting Judge at the Tribunal d'Instance Hayange (I)*, EU:C:1979:168; post. TS z 12.3.1980 r., 68/80, *Preliminary ruling by the Acting Judge at the Tribunal d'Instance Hayange (II)*, EU:C:1980:76); pytania mają charakter nierelwantny, a więc gdy „trudno jest zrozumieć, jak odpowiedzi, których Trybunał ma udzielić, mogą wpłynąć na orzeczenie w postępowaniu głównym” (wyr. TS z 12.6.1986 r., sprawy połączone 98, 162 i 258/85, *Bertini p. Regione Lazio*, EU:C:1986:246, pkt 8).

¹²¹ Zob. zwłaszcza opinię rzecznika generalnego *C.O. Lenza* z 20.9.1995 r., C-415/93, *URBSFA i inni p. Bosman*, EU:C:1995:293, pkt 80, który krytykuje zbyt restrykcyjne jego zdaniem orzecznictwo Trybunału i wskazuje: „(...) it is necessary for this power of the Court [odmowy wydania rozstrzygnięcia – dopisek T.T.K.] is limited to cases where there is manifestly no connection between the main action and the questions submitted” (podkr. w oryginale).

¹²² *D. Anderson*, References to the European Court of Justice, zwłaszcza s. 101 i n.

¹²³ Tak konsekwentnie od wyr. TS z 29.11.1978 r., 83/78, *Pigs Marketing Board p. Raymond Redmond*, EU:C:1978:214, pkt 25.

jowe a Trybunał, pozostają nadal aktualne. Są to: bezpośrednia znajomość stanu faktycznego, argumentów zgłoszonych przez strony oraz obowiązek sądu krajowego wydania merytorycznego wyroku w sprawie. Sytuacje, w których Trybunał ocenia, czy relewantność pytań została dokonana w sposób prawidłowy, w rzeczywistości oznaczają, że Trybunał odchodzi od podziału jurysdykcji, która zaczyna mieć charakter elastyczny, a jej granice wyznaczane są przez cel procedury o wydanie orzeczenia prejudycjalnego. Sądy krajowe muszą szanować funkcję Trybunału Sprawiedliwości, która nie polega na wydawaniu opinii doradczych, ale na wspomaganie w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Ze swojej strony Trybunał zawsze zachowuje kompetencje do badania, czy podniesione pytania pozostają w związku z tak rozumianą funkcją i w celu zapewnienia, że nie przekracza granic przyznanej mu jurysdykcji. Zdaniem Trybunału granica ta zostałaby przekroczona, gdyby orzeczenie Trybunału nie mogło zostać wykorzystane następnie przez sąd krajowy, skoro sąd ten dokonał błędnej oceny relewantności pytań przekazanych. Orzecznictwo Trybunału znajduje się w stanie stałej ewolucji, a katalog warunków nie ma charakteru zamkniętego i co chwila wywołuje kontrowersje z perspektywy istoty postępowania prejudycjalnego jako dialogu sądowego. Wydaje się, że prawidłowe dzisiaj jest uznawanie, że punkt wyjścia (dialog) jest nadal aktualny, a to, co uległo drastycznej zmianie, to sposób rozumienia dialogu przez Trybunał od początkowego liberalnego otwarcia na wszystkie pytania do restrykcyjnego kontrolowania dopuszczalności pytań w obrębie dialogu, który musi spełniać warunki bazowe¹²⁴.

Artykuł 267 TFUE nadal więc oparty jest na ścisłym rozdziale funkcji pomiędzy sądami krajowymi a Trybunałem, z zastrzeżeniem jednak że jest ona realizowana w sposób prawidłowy i nie prowadzi do nadużycia procedury. Ocena, czy tak jest, należy do Trybunału Sprawiedliwości. Mimo iż orzecznictwo przywołane wyżej zawiera szereg niejasności i nie zawsze jest konsekwentne, to istnieje jeden wspólny mianownik, który łączy wszystkie orzeczenia w zakresie dopuszczalności na podstawie art. 267 TFUE. Każdy sąd korzysta z kompetencji do kontrolowania swojej jurysdykcji i rozstrzygania w razie sporu, czy z jurysdykcji korzysta, czy też nie. Wczesne orzecznictwo Trybunału stało na stanowisku nieograniczonego dostępu sądów krajowych do procedury z art. 267 TFUE. Dopiero z czasem Trybunał postanowił sprecyzować granice swojej jurysdykcji oraz okoliczności, w jakich odmówi wydania orzeczenia. Dzisiaj art. 267 TFUE jest interpretowany w świetle pewnych warunków (czasami opartych wprost na tekście Traktatu, czasami wynikających z interpretacji Trybunału), od spełnienia których uzależniona jest jurysdykcja do wydawania orzeczeń prejudycjalnych. Orzecznictwo w przedmiocie dopuszczalności musi być postrzegane jako próba delimitacji jurysdykcji sądów krajowych wobec jurysdykcji Trybunału. Konieczność dokonania takiej delimitacji płynie wprost z zasady jurysdykcji powierzonej Trybunału. Artykuł 267 TFUE nie przewiduje wprawdzie kompetencji Trybunału do uznania niedopuszczalności przekazania¹²⁵, ale kompetencja ta wynika dla Trybuna-

¹²⁴ Szeroko o tym też zob. *T.T. Koncewicz*, Zasada jurysdykcji powierzonej, 2009, oraz najnowsze orzecznictwo przywołane w pracy: *K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman*, EU Procedural Law, w szczególności s. 69–79, 82–94.

¹²⁵ Podkreślał to rzecznik generalny *C.O. Lenz* w opinii z 20.9.1995 r., C-415/93, *URBSFA i inni p. Bosman*, EU:C:1995:293, pkt 80.

łu wprost z zasady *compétence de la compétence*. To ona daje Trybunałowi kompetencję i uzasadnia niezbędny element dyskrecji do sprawdzenia, czy w danej sprawie korzysta z jurysdykcji. Obok jednak *compétence de la compétence* przedstawione wyżej orzecznictwo Trybunału w zakresie dopuszczalności orzeczeń prejudycjalnych należy także odczytywać w świetle dążenia Trybunału do zapobieżenia nadużyciu procesu.

III. Dialog sądowy w „europejskiej wspólnocie sądów”. Trybunał Sprawiedliwości UE a Europejski Trybunał Praw Człowieka

- 43 W świetle negatywnych opinii Trybunału Sprawiedliwości 2/94¹²⁶ i ostatnio 2/13¹²⁷ wyzwaniem, przed którym stoi prawo unijne, jest zapewnienie prawidłowego stosowania w jego obrębie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i z zasady *compétence de la compétence*. W tym kontekście wskazuje się na niebezpieczeństwo powstania rozbieżności pomiędzy orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE a Europejskim Trybunałem Praw Człowieka¹²⁸ oraz w konsekwencji dwoma różnymi poziomami w ochronie praw człowieka. Dzięki jednak dialogowi pomiędzy tymi dwoma sądami niebezpieczeństwo to jest minimalne. Trybunał Sprawiedliwości odwołuje się wprost do orzecznictwa ETPC¹²⁹ i podkreśla, że unijny system ochrony praw człowieka zapewnia tym prawom efektywną ochronę. Podtrzymanie przekonania o istnieniu takiego poziomu ochrony w obrębie prawa unijnego stanowi warunek dla istnienia warunkowego *status quo* pomiędzy Trybunałem w Strasburgu i w Luksemburgu. O ile szczegółowa analiza interakcji pomiędzy ETPC a TSUE zasługuje na odrębne omówienie, warto w tym miejscu podkreślić elementy, które wzmacniają tezę, że szczególny dialog systemowy toczy się także pomiędzy tymi dwoma sądami.
- 44 W wyroku w sprawie *Bosphorus*¹³⁰ ETPC uznał, że Irlandia, będąc zobligowana prawem unijnym do konfiskaty samolotu tureckich linii lotniczych wziętego w leasing od linii jugosłowiańskich, nie naruszyła Konwencji o Ochronie Praw Człowieka, a Trybunał Sprawiedliwości, orzekając wcześniej w tej samej sprawie w drodze orzeczenia wstępnego i uznając obowiązek Irlandii dokonania takiej konfiskaty, nie naruszył praw przysługujących firmie *Bosphorus* na podstawie EKPC¹³¹. To rozstrzygnięcie stanowi kolejny etap w procesie kształtowania się podejścia ETPC wobec prawa unijnego i dialogu z TSUE. Dzisiaj oba systemy, unijny i konwencyjny, współpracują ze sobą, a nie współzawodniczą. O ile sprawa *Matthews*¹³² ukazała zależność jurysdykcji TSUE od jurysdykcji ETPC i *vice versa*, to sprawa *Bosphorus* tę zależność potwierdziła. Oba systemy mają wobec siebie charakter uzupełniający, połączony współ-

¹²⁶ Opinia TS z 28.3.1996 r., 2/94, EU:C:1996:140.

¹²⁷ Opinia TS z 18.12.2014 r., 2/13, EU:C:2014:2454.

¹²⁸ D. Spielmann, Human Rights, s. 757 i n. oraz bogate orzecznictwo tam przywołane.

¹²⁹ Zob. szerzej tekst krytykujący orzecznictwo Trybunału: J. Coppel, A. O'Neill, The European Court of Justice, s. 662 oraz por. z repliką broniącą orzecznictwa Trybunału: J.H.H. Weiler, N.J.S. Lockhart, "Taking rights seriously", s. 51 (cz. I) i s. 579 (cz. II).

¹³⁰ Wyr. ETPC z 30.6.2005 r., 45036/98, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi p. Irlandii*, CE:ECHR:2005:0630JUD004503698.

¹³¹ Wyr. TS z 30.7.1996 r., C-84/95, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret AS p. Minister for Transport, Energy and Communications i innym*, EU:C:1996:312.

¹³² Wyr. ETPC z 18.2.1999 r., 24833/94 *Matthews p. Zjednoczonemu Królestwu*, CE:ECHR:1999:0218JU-DOO2483394.

nym celem: zagwarantowaniem skutecznej ochrony praw człowieka i zapobieżeniem sytuacji, w której jednostka pozbawiona jest możliwości ochrony swoich praw. To prawda, że przyjęcie tezy o komplementarności nie jest łatwe: pociąga za sobą komplikacje „forum prawa unijnego”. Dzisiaj w jego zasięgu musimy bowiem uwzględnić także nowego gracza – ETPC. Przyjęcie komplementarności jako zasady przewodniej i porządkującej zależności pomiędzy forum ponadnarodowym, krajowym i międzynarodowym pozwala z jednej strony na uniknięcie sytuacji dominacji jednego z poziomów nad pozostałymi i bezpośredniej konfrontacji, a z drugiej oznacza stałe ścieranie się poglądów na pożądany poziom ochrony praw człowieka, które pochodzą z różnych ośrodków. Komplementarność podkreśla, że mimo iż sądy funkcjonują na różnych poziomach w zakresie im właściwej jurysdykcji, to jednak ich działalność orzecznicza i kompetencje wchodzą w interakcje z jurysdykcją sądów orzekających na innych poziomach.

Zależności pomiędzy sądami można dzisiaj określić mianem „sądowej wspólnoty interesów”¹³³, które rozumiane jako ściśle powiązanie różnych i odrębnych poziomów sądownictwa w celu lepszego sprawowania wymiaru sprawiedliwości¹³⁴. W ramach „sądowej wspólnoty interesów” poszczególne sądy muszą, w granicach swojej jurysdykcji i funkcji, respektować dorobek orzeczniczy pozostałych sądów. Dlatego też powaga, z jaką traktowany jest nakaz realizacji tej wspólnoty, najlepiej widoczna jest w orzecznictwie poszczególnych sądów. To właśnie orzecznictwo i sygnały zeń płynące spełniają funkcję swoistego „jurysdykcyjnego barometru”. W kontekście Trybunału Sprawiedliwości i Trybunału Praw Człowieka polega to przede wszystkim na gotowości **bezpośredniego przywoływania orzeczeń drugiego sądu** w swoich wyrokach, ale nie tylko. Urzeczywistnianie „sądowej wspólnoty interesów” może obecnie wymagać czegoś więcej. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości dostrzec można zresztą znamioną ewolucję. Konwencja i orzecznictwo Trybunału Praw Człowieka zaczynają spełniać rolę, która wychodzi poza proste występowanie w charakterze „źródła inspiracji”. Nakaz postępowania w duchu „sądowej wspólnoty” dyktuje dzisiaj podejście bardziej odważne – bezpośrednie stosowanie Konwencji¹³⁵. Ostatnio proces ten wszedł w nowy etap, gdy Trybunał Sprawiedliwości przyznał pierwszeństwo praw fundamentalnych (*in casu* wolności zgromadzenia się) przed fundamentalną swobodą traktatową – przepływem towarów¹³⁶. Trybunał Sprawiedliwości nie traktuje już au-

¹³³ A.M. Slaughter, Agora: Breard, s. 708 i n., posługuje się terminem „judicial comity”.

¹³⁴ Można wskazać, że współpraca sądowa stanowi fundament prawa wspólnotowego, skoro *ratio legis* instytucji orzeczeń wstępnych oparte jest na idei, że sędziowie pomagają sędziom – zob. więcej D.A.O. Edward, Advocacy before the Court of Justice, s. 3, który mówi o fenomenie nazwanym przez siebie *judges helping judges*; a także T.T. Koncewicz, Sędziowie pomagają sędziom, s. C3. Z tej więc perspektywy uznanie komplementarnej roli Trybunału Praw Człowieka oznaczałoby dodanie nowego elementu („trybu”) do systemu, którego cechą charakterystyczną od samego początku jest dialog, który do chwili obecnej w dużej mierze był ograniczony do poziomu krajowego (sądy krajowe państw członkowskich) i ponadnarodowego (Trybunał Sprawiedliwości).

¹³⁵ Obok wyr. TS z 11.7.2002 r., C-60/00, *Mary Carpenter p. Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2002:434, zob. wyr. TS z 17.9.2002 r., C-413/99, *Baumbast i R p. Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2002:493; wyr. TS z 23.9.2003 r., C-109/01, *Secretary of State for the Home Department p. Hacene Akrich*, EU:C:2003:491 oraz wyr. TS z 7.1.2004 r., C-117/01, *K.B. p. National Health Service Pensions Agency i Secretary of State for Health*, EU:C:2004:7.

¹³⁶ Wyr. TS z 12.6.2003 r., C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge p. Austrii*, EU:C:2003:333 oraz komentarz C. Brown, CMLR 2003, s. 1505. Zob. też D. Simon (w: Revue

tonomii prawa unijnego jako bezwzględnej¹³⁷. Gotów jest w coraz większym stopniu i z większą intensywnością dokonywać jej kwalifikacji poprzez odwołanie się do praw człowieka zawartych w Konwencji. Szacunek dla orzecznictwa TSUE i specyfiki prawa unijnego jest podobnie dostrzegalny w orzecznictwie ETPC¹³⁸. Sądowa wspólnota oparta jest na założeniu, że tylko współpracując, a nie tocząc jurysdykcyjne boje, można rozwiązać coraz bardziej skomplikowane problemy rozstrzygane dzisiaj przez sądy. Orzecznictwo ETPC należy odczytywać w tym świetle, skoro ewentualne negatywne konsekwencje braku jurysdykcji po stronie Trybunału Sprawiedliwości (*deni de justice*) są mitygowane poprzez korygującą interwencję ETPC. Ten ostatni, uznając istnienie jurysdykcji po swojej stronie, powoływał się w sprawie *Matthews* wprost na niemożliwość kwestionowania aktu prawnego przed Trybunałem Sprawiedliwości (pkt 33 wyroku). W opinii ETPC jego intencje w tej sprawie miała zapobiec sytuacji, w której podmiot prawa zostanie pozbawiony jakiegokolwiek ochrony prawnej.

46 W ten więc sposób połączenie jurysdykcji dwóch niezależnych i odrębnych od siebie sądów realizuje komplementarność jurysdykcji sądów wchodzących w skład wspólnoty i poważne traktowanie „sąsiadów” w orzekaniu¹³⁹. Wyrok w sprawie *Bosphorus* postulat ten realizuje. Respektując odrębność prawa unijnego i wymagając odeń zapewnienia **ochrony ekwiwalentnej i porównywalnej**, ale nie **identycznej** z Konwencją, ETPC wskazuje, że rozumie, w jak skomplikowanym otoczeniu funkcjonuje dzisiaj¹⁴⁰. Zakreślając granice prawa unijnego, w podobnym duchu musi orzekać także Trybunał Sprawiedliwości i cały czas potwierdzać, że swoją funkcję odczytuje przez pryzmat „europejskiej wspólnoty sędziów”. To prawda, że przyjęcie komplementarności pociąga za sobą komplikacje „forum prawa unijnego”, skoro wraca nań nowy sąd – ETPC. Jednocześnie jednak może porządkować zależność pomiędzy forum ponadnarodowym, krajowym i międzynarodowym, pozwolić na uniknięcie sytuacji dominacji jednego z poziomów nad pozostałymi i bezpośredniej konfrontacji. Komplementarność podkreśla, że mimo iż sądy funkcjonują na różnych poziomach w zakresie im właściwej jurysdykcji, to jednak ich działalność orzecznicza i kompetencje muszą być odczytywane w świetle jurysdykcji sądów orzekających na innych poziomach. Jurysdykcja jednego sądu nie jest już samotną i odizolowaną wyspą, ale wprost przeciw-

mensuelle du Juris Classeur Europe 2004, Nr 6, s. 9), który wskazuje, że w wyr. TS z 29.4.2004 r., sprawy połączone C-482/01 i C-493/01, *Georgios Orfanopoulos i inni i Raffaele Oliveri p. Land Baden-Württemberg*, EU:C:2004:262. Konwencja jest po raz pierwszy wymieniona w części wyroku zatytułowanej „Cadre juridique”, obok właściwego prawa wspólnotowego i krajowego.

¹³⁷ R.A. Lawson, Current trends, s. 10.

¹³⁸ Wyr. ETPC z 26.2.1998 r., 163/1996/782/983, *Pafitis i inni p. Grecji*, CE:ECHR:1998:0226JUD002032392; a ostatnio także wyr. ETPC z 7.6.2001 r., 39594/98, *Marlene Kress p. Francji*, CE:ECHR:2001:0607JUD003959498, w której Trybunał, badając zgodność z Konwencją urzędu *commissaire du gouvernement* we francuskiej Radzie Stanu, nawiązał do urzędu rzecznika (adwokata) generalnego w Trybunale Sprawiedliwości, cytował obszernie post. TS z 4.2.2000 r., C-17-98, *Emesa Sugar (Free Zone) NV p. Arubu*, EU:C:2000:69 (pkt 53–54 wyroku). Zob. też przyp. 141 niżej.

¹³⁹ Zob. też uwagi M. Varju do wyr. TS z 6.3.2003 r., C-466/00, *Arben Kaba p. Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2003:127, CMLR 2004, vol. 41, s. 856.

¹⁴⁰ Interesujący jest też dialog pomiędzy Trybunałem Sprawiedliwości a Trybunałem Praw Człowieka w zakresie zgodności z art. 6 Konwencji urzędu rzecznika (adwokata) generalnego w Trybunale Sprawiedliwości – post. TS z 4.2.2000 r., C-17-98, *Emesa Sugar*, EU:C:2000:69 oraz por. ze stanowiskiem ETPC z 13.1.2005 r., 62023/00, *Emesa Sugar p. Holandii*, http://www.menschenrechte.ac.at/orig/05_1/Emesa_Sugar.pdf. O tym orzecznictwie z odesłaniami T.T. Koncewicz, Procedural Friend or Foe?

nie – jest definiowana przez pryzmat jurysdykcji sądów orzekających w bezpośrednim otoczeniu. Podtrzymywanie dialogu odgrywa w tym procesie kluczową rolę.

Ścisłe powiązanie różnych i odrębnych poziomów sądownictwa w Europie 47 (krajowy, unijny, konwencyjny) tworzy unikatowe forum wymiany racji, uczenia się siebie nawzajem, a w konsekwencji nowego modelu sprawowania wymiaru sprawiedliwości, który odchodzi od tradycyjnego wymiaru krajowego. „**Wspólnota sądów**” oparta jest na założeniu, że tylko współpracując, a nie tocząc jurysdykcyjne spory, można oferować obywatelowi nowe fora ochrony prawnej przed arbitralnością władzy. Prawdziwe i rozsądne rozwiązania jurysdykcyjnych napięć powinny być poszukiwane i odnajdywane nie w narzuconej z góry hierarchii sądowej, czy też w dążeniu do powołania supersądu rozstrzygającego o konfliktach jurysdykcyjnych, ale raczej w zdrowym rozsądku i dialogu prowadzonym z zachowaniem dobrej wiary, gotowości do wysłuchania, rozważenia i zrozumienia stanowiska innych sędziów. We „wspólnocie” każdy spór o interpretację prawa stawia przed sądem konieczność wyboru pomiędzy dwoma strategiami argumentacyjnymi: z autorytetu („interpretacja jest lepsza, bo pochodzi od **określonego sądu**”) albo z jakości argumentu („liczy się **dobór argumentów**, a nie tylko instytucjonalne usytuowanie sądu w systemie prawa”). Imperatywem dla „dobrego sędziego” jest pamiętanie, że nie orzeka w próżni i gotowy jest się wycofać, akceptując lepsze argumenty innego sądu. Tyle założeń **teoretycznych**. Istnienie sądów wyposażonych w urozmaiconą jurysdykcję, których kompetencje często się przenikają, powoduje bowiem że na poziomie **pragmatycznym** kwestie delimitacyjne należą do najtrudniejszych. Relacje pomiędzy Trybunałem Sprawiedliwości UE a Europejskim Trybunałem Praw Człowieka dostarczają klasycznego przykładu stopniowego przechodzenia od początkowej rezerwy do konstruktywnego dialogu, który buduje zaufanie.

Fenomen „europejskiej wspólnoty sądowej” polega właśnie na tym, że w jej obrębie funkcjonują w dobrej wierze, wprawdzie niezależne od siebie, ale wzajemnie się uzupełniające systemy ochrony sądowej. Każdy z nich dąży w ramach swojej funkcji do zapewnienia skutecznej ochrony praw człowieka i zapobieżenia sytuacji, w której jednostka pozbawiona jest możliwości ochrony swoich praw podmiotowych. Zakreślając granice „swojego” prawa i swojej kognicji, oba sądy muszą stale potwierdzać zrozumienie i szacunek dla „europejskiej wspólnoty sądów”. To prawda, że przyjęcie tezy o **komplementarności pociąga za sobą komplikacje europejskiego forum sądowego** i zwiększa niebezpieczeństwo tarć, a nawet otwartych konfliktów orzeczniczych. Nie powinniśmy jednak eksponować tego aspektu negatywnego, ale doceniać, jak systemy i sądy umieją się komunikować ze sobą i trwać w rozsądnie konstruktywnej relacji mimo stałej obecności w tle groźby konfliktu i rozbieżności. Te ostatnie (gdy już do nich wyjątkowo dojdzie) nie muszą być jednak dowodem, że system nie działa, a wprost przeciwnie – że działa. Sąd wchodzący w skład „Wspólnoty Sądów” musi w dobrej wierze wsłuchiwać się w to, co do powiedzenia mogą mieć jego „sąsiedzi w orzekaniu”. Postawa sędziów musi być receptywna, promująca współpracę, wymianę argumentów, respektowanie kompetencji oraz linii orzeczniczej innych sądów wchodzących w skład „wspólnoty”. Wymiana poglądów i racji ma wywierać efekt stygulujący, a nie destrukcyjny. Zbliżenie pomiędzy sądami oznacza wzmożone kontakty pomiędzy ich sędziami. Zaczynają zwracać uwagę na orzeczenia innych sądów, czytają

wyroki swoich kolegów, śledzić tok rozumowania i poznawać nowe perspektywy partrzenia na podobny problem. To są z pewnością wielkie zalety sędziowskiej wspólnoty. Równocześnie prawdą jest, że we „wspólnocie sądowej” istnieje znacznie większe ryzyko rozbieżności orzeczniczych, skoro na to samo pytanie udzielone mogą zostać różne odpowiedzi, z których każda będzie słuszna z perspektywy specyficznego kontekstu, uwarunkowań oraz cech systemu, w ramach którego interpretacja była dokonywana. To ryzyko jest wkomponowane w funkcjonowanie pluralistycznego i wielopoziomowego systemu orzekania.

Prawdziwe wyzwanie polega na tym, aby dostrzegając je, zapewnić, że nieuniknione jurysdykcyjne tarcia nie podważą samej idei funkcjonowania „wspólnoty”¹⁴¹. To powinien być imperatyw dla „dobrego sędziego”, który, funkcjonując w ramach większej wspólnoty, bierze pod uwagę orzecznictwo pozostałych sądów wchodzących w jej skład.

IV. Sądowy dialog konstytucyjny i „wspólnota sądów” – wzmianka

49 Zmarginalizowanie przez większość parlamentarną niezależnego polskiego Trybunału Konstytucyjnego w 2015–2018¹⁴² nie może oznaczać, że mamy tracić z pola widzenia wyzwanie, jakie prawo europejskie i „wspólnota sądów” stawiają przed sądami konstytucyjnymi¹⁴³. Niezależne sądy konstytucyjne pełnią fundamentalną rolę w obrębie unijnego porządku prawnego¹⁴⁴. Dlatego wzmianka o dialogu w kontekście sądu konstytucyjnego jest jak najbardziej uzasadniona w tym miejscu, nawet jeżeli mało prawdopodobne jest inicjowanie dialogu przez polski sąd konstytucyjny w obecnym składzie.

50 Już zarysowany dialog na linii ETPC – TSUE ukazał, że „wspólnota sądów” ma charakter dynamiczny. Uległa ona dalszemu poszerzeniu wraz z przystąpieniem do Unii Europejskiej nowych państw. Od 1.5.2004 r. jej elementem jest także **polski Trybunał Konstytucyjny**. Z jednej strony jego jurysdykcyjny monopol musi być przestrzegany przez pozostałych graczy, ale z drugiej strony sam TK musi brać pod uwagę nowe otoczenie orzecznicze. Trybunał Konstytucyjny, jak każdy sąd konstytucyjny, korzysta ze szczególnego umocowania do przemawiania w imieniu swojego systemu prawnego. To jednak nie tylko przywilej, ale także odpowiedzialność, zwłaszcza w UE. **Z jednej strony** każdy sąd konstytucyjny, skonfrontowany z prawem unijnym, walczy z niebezpieczeństwem marginalizacji, a czasami nawet o przetrwanie, domaga się uwagi i przypomina o swoim istnieniu. Postępujący proces integracji europejskiej podważa bowiem dominujący dotąd paradygmat, że to Konstytucja zajmuje najwyższe miejsce w hierarchii źródeł prawa i jest źródłem wszelkiej władzy publicznej, a w to

¹⁴¹ Zjawisko wymiany poglądów pomiędzy sędziami różnych sądów i reprezentujących różne systemy prawne zostało poddane doskonałej analizie w pracy: R. Badinter, S. Breyer (red.), *Judges in Contemporary Democracy*.

¹⁴² O tym pisałem w pracach: *Of institutions, democracy, constitutional self-defence*, s. 1753; *Capture of the Polish Constitutional Tribunal*, s. 116; *The Democratic Backsliding: Understanding the Politics of Resentment*. Zob. także W. Sadurski, *What is going on in Poland*; *tenże*, *How Democracy Dies (in Poland)*; A. Słodzińska-Simon, *The Polish Revolution 2015–2017*.

¹⁴³ O tym, z odesłaniem do dalszej literatury, zob. T.T. Koncewicz, *Trybunał Konstytucyjny*, cz. 1, s. 105 i n.; cz. 2, s. 125 i n.

¹⁴⁴ T.T. Koncewicz, PiS wyprowadza Trybunał z Europy, s. 16.

miejsce proponuje nowy punkt odniesienia dla lojalności – Traktat, z własną hierarchią, wartościami, celami i instytucjami, które roszczą sobie prawo do pierwszeństwa. Bezwarunkowe uznanie przez sądy konstytucyjne tego stanowiska oznaczałoby w rzeczywistości podważenie sensu swojego dalszego istnienia. W konsekwencji sądy te nie mają innego wyjścia, jak eksponować swoją rolę i Konstytucję jako przeciwwagę dla prawa europejskiego i Trybunału Sprawiedliwości. **Z drugiej jednak strony** ten sam sąd konstytucyjny stoi przed wyzwaniem nowego myślenia o prawie, które na pierwszym miejscu stawia „dobry argument” i komunikację, a nie, jak dotąd, dominujące i wygodne odwołanie do „argumentu z hierarchii”. Sąd konstytucyjny, który wypowiada się w defensywie, chroniąc Konstytucję, podkreślając jej nadrzędność i swoją szczególną rolę wobec tego dokumentu, jest dobrym sądem konstytucyjnym w sensie tradycyjnym, ale dzisiaj od sądu wymagamy znacznie więcej. Pamiętając o swoim dokumencie konstytucyjnym, sąd musi równocześnie mądrze włączać się w dialog pomiędzy sądami i systemami prawnymi. Aby jego sygnał był słyszalny i brany poważnie pod uwagę jako element dialogu, a nie tylko wyraz lokalnego „patriotyzmu konstytucyjnego”, TK musi zapewniać, że nie tylko formułuje swój przekaz, ale także odbiera przekaz innych sądów; nie tylko mówi w jedną stronę (od siebie), ale także słucha co się doń mówi. W tym sensie integracja europejska stawia przed TK zadanie redefinicji swojej roli *vis à vis* europejskiego porządku prawnego i akceptacji nowej roli, która nie polega już wyłącznie na bronienu polskiej Konstytucji, ale na konstruktywnie ofensywnym i dyskursywnym łączeniu polskiego systemu konstytucyjnego z europejskim.

Dyskursywność w duchu lojalności jednak musi uwzględniać sytuacje wyjątkowe, w których ochrona praw podmiotowych czy gwarantowanie podziału kompetencji pomiędzy poziomem krajowym i unijnym będą wymagały interwencji korygującej z zewnątrz. Możemy w tym wypadku mówić o „uśpionej jurysdykcji awaryjnej” sądów konstytucyjnych, które zabierają głos (podejmując dialog, zgłaszając problem) w razie dostrzeżenia braków w systemie ochrony praw fundamentalnych czy podziału kompetencji konstytucyjnych. Jej istnienie potwierdza cechę dzisiejszych relacji wzajemnych pomiędzy systemami prawnymi odchodzącymi od prawd absolutnych według rozumowania „system prawny X ma zawsze pierwszeństwo przed systemem prawnym Y”, czy „sąd X nigdy nie ma jurysdykcji, ponieważ z jurysdykcji korzysta sąd Y”. „Jurysdykcja awaryjna” uzupełniałaby jurysdykcję sądów unijnych, a nie dominowała nad nią. Punktem wyjścia musi być bowiem założenie, że system unijny gwarantuje satysfakcjonujący poziom ochrony i tak długo, jak to ma miejsce, sądy konstytucyjne uznają specyfikę prawa europejskiego i akceptują, że nie korzystają z jurysdykcji kontrolnej w tym zakresie. Dopiero szczególne okoliczności (oczywiste przekroczenie granic kompetencji, czy zasadnicze obniżenie konstytucyjnego poziomu ochrony) mogą tę jurysdykcję aktywować. Uznanie przez TK, że akt unijny jest niezgodny z polską Konstytucją, jest „opcją nuklearną”. Zanim to nastąpi, TK powinien dać okazję wypowiedzenia się Trybunałowi Sprawiedliwości i uruchomić dialog, zadając stosowne pytania w trybie prejudycjalnym.

Wbrew jednak powszechnie panującej opinii, najważniejsze nie musi być wcale, który z sądów korzysta z „ostatniego słowa”, ale raczej kto umiejętnie wykorzysta szansę jaką daje „pierwsze słowo” i zainicjuje dialog sądowy. W ten sposób uzyskujemy szansę przeniesienia punktu ciężkości z antagonizującej perspektywy wyznaczo-

nej „ostatnim słowem” (hierarchii i wagi, skoro sąd „ostatniego słowa” nieuchronnie występuje jako sąd ważniejszy od swojego partnera) w kierunku tego, kto wykorzysta prawo do pierwszego słowa i otworzy dialog. Takie działanie wyprzedzające pozwala TSUE poznać wątpliwości konstytucyjne TK i dać mu szansę wyeliminowania kwestionowanego aktu prawnego z obrotu europejskiego z mocą dla wszystkich. Głosy, że byłoby to równoznaczne z poddaniem się prawu europejskiemu, należą wyłącznie dla tych, którzy o Europie chcą mówić tylko z perspektywy obaw i zagrożeń. Włączenie się do dialogu przez sąd konstytucyjny byłoby – wprost przeciwnie – dowodem zrozumienia przez sąd nowej jakości prawa i swojej roli w XXI w., wyeksponowaniem dialogu, a nie swojego sądowego *ego*. W dialogu konstytucyjnym wszyscy jego uczestnicy mają swoje racje i prawo do ich przedstawienia. Aby tak jednak się rzeczywiście stało, sądy konstytucyjne muszą prezentować swój punkt widzenia w sposób pozytywny (mówić, a nie milczeć) i ofensywny (poprzez argumenty przekonywać do swojego zdania, a nie tylko bronić Konstytucji przed światem zewnętrznym). W rzeczywistości znaczonej współzależnością szansę na wysłuchanie i zdobycie wpływu na bieg wydarzeń ma tylko ten sąd, który zajmuje stanowisko konstruktywne, przedstawia swoje wątpliwości i odnosi się do argumentów innych sądów. Trybunał Sprawiedliwości może być otwarty na wszystkie tradycje konstytucyjne państw członkowskich, pod warunkiem jednak że te tradycje zostaną mu przedstawione¹⁴⁵. W przeciwnym razie może w ogóle nie być świadom istnienia określonej zasady czy tradycji konstytucyjnej. W tym sensie możliwość zadania pytań przez sąd konstytucyjny jest doskonałą okazją do wzięcia udziału w procesie współkonstruowania Europejskiej Konstytucji. Zadając je, TK dowodzi, że jest zainteresowany nie tylko groźbą unieważnienia aktów unijnych, ale także myślą o konstruktywnym rozwiązaniu pojawiających się problemów.

53 W konsekwencji dialog pomiędzy europejskimi sądami konstytucyjnymi (ponadnarodowymi i krajowymi) tworzy „kręgi koherencji” pomiędzy autonomicznymi systemami prawnymi, które pozostają ze sobą w relacji deliberacji i wzajemnego wpływu¹⁴⁶. Aby jednak rzeczywiście tak się stało, sądy konstytucyjne muszą prezentować swój punkt widzenia w sposób pozytywny (mówić, a nie milczeć) i ofensywny (poprzez argumenty przekonywać do swojego zdania, a nie tylko bronić Konstytucji przed światem zewnętrznym)¹⁴⁷. W dzisiejszym świecie znaczonej interakcją i współzależnością, szansę na wysłuchanie ma tylko ten sąd, który zajmuje stanowisko konstruktywne, przedstawia swoje argumenty i odnosi się do argumentów innych sądów. Odmowa bezpośredniego dialogu sądu konstytucyjnego z TSUE oznacza niebezpieczeństwo marginalizacji w dialogu ponadnarodowym i utraty szansy wpływania na europejski proces decyzyjny. Przekazanie pytań zmusza sąd konstytucyjny do mówienia także na zewnątrz, a nie tylko do wewnątrz, do swojego systemu.

54 „Europejska przestrzeń prawna”¹⁴⁸ charakteryzuje się pluralizmem głosów i argumentów¹⁴⁹. Cechą prawa europejskiego jest bezustanna konkurencja roszczeń po-

¹⁴⁵ M. Cartabia, Taking dialogue seriously, s. 36.

¹⁴⁶ A.W.H. Meij, Circles of Coherence, s. 85–86.

¹⁴⁷ G. Davies, Constitutional disagreement, s. 13.

¹⁴⁸ Termin za Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym w wyroku w sprawie konstytucyjności Traktatu z Lizbony.

¹⁴⁹ „Dialogue not only entails a pleasant conversation, but also a passionate discussion, which is actually driven by conflict” – tak A.T. Pérez, Conflicts of rights, s. 129.

chodzących z różnych źródeł i próba ich godzenia. Prawidłowo rozumiany dialog konstytucyjny ma być przede wszystkim trudnym sporem o sposób rozumienia prawa podmiotowego, czy właściwy poziom kompetencji, sporem, w którym każdy z systemów i sądów ma równe prawo do zwycięstwa, jeżeli tylko w sposób wiarygodny przedstawi zarówno argumenty, dlaczego rozwiązanie i poziom ochrony konstytucyjnej powinny zostać uznane za zasługujące na ochronę, jak i wątpliwości, dlaczego europejski poziom ochrony wymaga korekty. Taki spór jest wpisany w dialog.

V. Sądowy dialog i sędziowski temperament

Promowanie „sądowej wspólnoty interesów” wymaga jednak czegoś **znacznie więcej aniżeli, jak kiedyś, cytowania orzeczeń innego sądu**. Wspólnota zobowiązuje do szacunku i gotowości ustąpienia w przekonaniu, że ten inny sąd stanowi lepsze forum dla udzielenia ochrony prawnej. Granice jurysdykcyjne przetrwają tylko wówczas, gdy będą przestrzegane przez każdy z sądów funkcjonujących w ramach przyznanej im jurysdykcji. Dzisiaj sądy są ze sobą połączone w sposób niezwykle skomplikowany. Tylko od nich zależy, czy będziemy mówili o subtelnej koezystencji, czy niebezpiecznej jurysdykcyjnej rywalizacji połączonej z dążeniem do rozszerzania sfery swojej właściwości. Prawdziwie bowiem dobry sędzia „europejskiej wspólnoty sędziów” to dzisiaj ten, który akceptuje, że istnieje sąd lepiej predestynowany do rozstrzygnięcia sprawy niż on sam. W tym sensie „wspólnota sądów” stanowi przede wszystkim wielkie wyzwanie dla sędziowskiego *ego*, skromności, wyobraźni i samoograniczenia w duchu lojalności wobec innych sądów. W ten sposób każdy sąd powinien w dobrej wierze wsłuchiwać się w to, co do powiedzenia mogą mieć jego „sąsiedzi w orzekaniu”. Postawa sędziów musi być receptywna, promująca współpracę, wymianę argumentów, respektowanie kompetencji oraz linii orzeczniczej sądów wchodzących w skład „sądowej wspólnoty”. Wszystko w imię harmonii, pewności i przewidywalności prawa. Wymiana poglądów i racji ma wywierać efekt stymulujący, a nie destrukcyjny. Zbliżenie pomiędzy sądami oznacza wzmożone kontakty pomiędzy ich sędziami. Zaczynają zwracać uwagę na orzeczenia innych sądów, czytać wyroki swoich kolegów, śledzić tok rozumowania i poznawać nowe perspektywy patrzania na ten sam problem. To są z pewnością wielkie zalety procesu rozprzestrzeniania się sądów. Równocześnie prawdą jest, że we „wspólnocie sądowej” istnieje znacznie większe ryzyko rozbieżności orzeczniczych, skoro na to samo pytanie udzielone mogą zostać różne odpowiedzi, z których każda będzie słuszna z perspektywy specyficznego kontekstu, uwarunkowań oraz cech systemu, w ramach którego interpretacja była dokonywana. To ryzyko jest wkomponowane w funkcjonowanie pluralistycznego i wielopoziomowego systemu orzekania. Prawdziwe wyzwanie polega na tym, aby dostrzegając je, zapewnić, że nieuniknione jurysdykcyjne tarcia nie podważą samej idei funkcjonowania „wspólnoty”.

Prawdziwe i rozsądne rozwiązania jurysdykcyjnych konfliktów powinny być poszukiwane i odnajdywane nie w narzuconej hierarchii sądowej, czy też w dążeniu do powołania supersądu rozstrzygającego o konfliktach jurysdykcyjnych, ale raczej w zdrowym rozsądku i dialogu prowadzonym z zachowaniem dobrej wiary, gotowości do wysłuchania, rozważenia i zrozumienia stanowiska innych sędziów. W tym też świetle należy rozumieć przywołane na wstępie słowa byłego Prezesa Sądu Najwyż-

szego Izraela A. Baraka i jego apel o sędziowską skromność, powściągliwość i otwartość. Dzisiaj bowiem „sądowa wspólnota” stanowi wielkie wyzwanie sędziowskiego samoograniczenia i zakreślenia granic swojej jurysdykcji, w przekonaniu, że dla rozstrzygnięcia określonej kwestii bardziej stosownym i lepszym forum może być inny sąd. Wówczas „wspólnota” ma szansę nie tylko przetrwać, ale stworzyć nową, trwałą jakość w sposobie sprawiedliwego wyważania konkurencyjnych zasad i wartości oraz rozstrzygnięcia coraz trudniejszych problemów.

„Europejska wspólnota sądów” to wielkie wyzwanie przede wszystkim dla sędziowskiego samoograniczenia i akceptacji, że dla rozstrzygnięcia określonej kwestii bardziej stosownym i lepszym forum jest inny sąd.

§ 21. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Od „sądowego aktywizmu” do „europejskiej filozofii sądenia”?

I. Problem i terminologia

57 Przed przejściem na poziom analizy konkretnej i szczegółowej (Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, poniżej określany jako „Trybunał” lub „Trybunał Sprawiedliwości”) wskazane jest poczynienie kilku uwag porządkujących, które wyznaczą kontekst i zarysują tło. Gdy posługujemy się terminem „sądowy aktywizm” (ang. *judicial activism*), konieczne jest rozróżnienie z jednej strony **problemu** od, z drugiej, **terminu**, za pomocą którego próbujemy uchwycić **istotę problemu**¹⁵⁰. Problem jest jasny i zasługuje na najwyższą uwagę: granice dopuszczalnego odnajdywania sensu i znaczenia tekstu prawnego przez sędziów i powiązane z tym pytanie o prawidłowe rozumienie roli sądu. **Natomiast to, co wątpliwe, to adekwatność terminu**, za pomocą którego chcemy opisać granice interpretacji i rolę sędziów. Z przyczyn opisanych dalej poniższa analiza nie traktuje „aktywizmu sądowego” jako terminu, który może wyjaśniać, co i jak rzeczywiście robi sąd unijny.

58 Przede wszystkim „aktywizm sądowy” jest terminem niezwykle niejasnym¹⁵¹ i nacechowanym dużym elementem emocjonalnym. Nazwanie jakiegokolwiek sądu aktywistycznym równa się obeldze. Nie chodzi tylko o krytykę orzeczenia, ale zdeza-uwowanie samej instytucji sądu. Sąd aktywistyczny to taki, który działa bezprawnie, ponieważ przekracza swoje kompetencje¹⁵². Taki sąd jest sądem niebezpiecznym i nieprzewidywalnym. W Stanach Zjednoczonych od lat toczą się niekończące spory o rozumienie tego terminu, a orzecznictwo Sądu Najwyższego nie jest tylko dzielone we-

¹⁵⁰ K. Kmiec, *The Origin and Current Meanings*, s. 1444, z kolei pisze: „*The idea of judicial activism has been around far longer than the term*”. Zasadne jest pytanie, dlaczego Autor nie ogranicza się do analizy samego terminu *judicial activism*, ale używa go do opisu czegoś więcej: *idea*, która się za terminem kryje? Dla amerykańskiego prawnika *idea of judicial activism* pozostaje nadal centralnym punktem odniesienia, skoro wyraża w sposób zbiorczy pytania o powołanie i funkcje sędziego (*idea*) zanim jeszcze pojawił się sam termin. W konsekwencji wprowadza to niepotrzebne zamieszanie, skoro dwie różne kategorie są opisywane za pośrednictwem tego samego terminu.

¹⁵¹ R.G. McCloskey, *The Modern Supreme Court*, s. 338.

¹⁵² A. Arnall, *Judicial activism*, s. 217.

dług tego, kto w danym okresie czasu był Prezesem Sądu (odpowiednio mówimy więc o „*Warren, Burger, Rehnquist*”, a obecnie „*Roberts Court*”), ale także, czy sąd był w tym czasie sądem aktywistycznym, czy wstrzemięźliwym¹⁵³. W Europie przez lata terminem, który oddawał negatywne emocje skrywane w USA pod szyldem „sądowy aktywizm”, był „rząd sędziów” (fr. *gouvernement des juges*)¹⁵⁴.

Dopiero przełomowa (i, odnotujmy, niezwykle krytykowana) monografia H. Rasmussena w latach 80. XX w. **wprowadziła *judicial activism* do języka europejskich prawników**¹⁵⁵. **Autor ten wyróżnił trzy grupy sytuacji, z którymi ma do czynienia Trybunał.** Po pierwsze, interpretacja sądowa, która mieści się w granicach wyznaczonych przez tekst, ewentualnie sytuacja gdy tekst niejasny i dwuznaczny i w konsekwencji tworzy pole dyskrecjonalności, w ramach którego porusza się Trybunał. Po drugie, sytuacja luk w prawie, gdy orzecznictwo sądowe przejmuje rolę wypełnienia i niejako „zgardywania” woli prawodawcy. H. Rasmussen argumentował, że druga kategoria jest wątpliwa, ponieważ otwiera pole do niedozwolonego aktywizmu. W końcu, grupa trzecia, w której Trybunał tworzy orzecznicze konstrukcje wbrew tekstowi.

Niezależnie od subiektywnej oceny metodologii przyjętej przez H. Rasmussena i doboru spraw, które Autor wybrał dla zilustrowania swojej zasadniczej tezy o wkroczeniu przez Trybunał w domenę zastrzeżoną dla politycznego prawodawcy, jedno nie ulega wątpliwości. **Była to pierwsza monografia**, która na porządku dziennym stawiała fundamentalne pytania o rolę sądu w procesach integracyjnych, granice dopuszczalnej interpretacji i wzajemne relacje pomiędzy sądem a prawodawcą politycznym. Wywołała też ożywioną dyskusję. Po raz pierwszy od czasu powstania Unii orzecznictwo nie zostało potraktowane jako prawda objawiona¹⁵⁶, a pozytywny wkład Trybunału jako pewnik. Miało to swoje plusy, ponieważ wywołało potrzebę skonfrontowania, cytując P. Pescatore, sędziowskiej „wizji Europy” z pryncypialną krytyką dotąd niepodważalnych orzecznich wyborów sądu¹⁵⁷. Język „aktywizmu” zagościł na dobre w słowniku europejskim¹⁵⁸, a temperatura sporu wokół wzrosła drastycznie w porównaniu z błogim okresem zapomnienia z początku funkcjonowania Wspólnot¹⁵⁹.

Wracam więc do pytania o przydatność i adekwatność „sądowego aktywizmu” w kontekście analizy roli Trybunału Sprawiedliwości w prawie europejskim. 59

Judicial activism jest niczym więcej jak **ładnie brzmiącą etykietą**. Etykietowanie jest spektakularne, ale czy wyjaśnia rzeczywiste problemy, które kryją się za etykie-

¹⁵³ Por. przykładowo K.L. Hall (red.), *The Oxford Companion*; J. Rosen, *The Most Democratic Branch*.

¹⁵⁴ J.-P. Colin, *Le Gouvernement des Juges*. O prawotwórczej roli sędziów zob. też klasyczną pozycję J. Bell, *Policy arguments*.

¹⁵⁵ H. Rasmussen, *On Law and Policy*.

¹⁵⁶ A. Vauchez, *The Transnational Politics of Judicialization*, s. 1 i n., wskazuje, jak przez lata orzecznictwo *Van Gend en Loos* i *Costa* były traktowane jak niepodważalne aksjomaty integracji z centralną rolą przewidzianą dla Trybunału Sprawiedliwości, a każdy głos kwestionujący orzecznicze podwaliny Wspólnot – uznawany za herezję. Ostatnio także tego Autora, *L'Union par le droit*, w szczególności rozdz. 3 i 4.

¹⁵⁷ Przykładowo w odpowiedzi na monografię H. Rasmussena zob. charakterystycznie zatytułowane artykuły recenzyjne: M. Cappelletti, *Is the European Court of Justice „Running Wild”?*, s. 3 i J.H.H. Weiler, *The Court of Justice on Trial*, s. 555.

¹⁵⁸ Dobrego syntetycznego przeglądu literatury i stanowisk dostarcza G. Conway, *The Limits of Legal Reasoning*, s. 52–85.

¹⁵⁹ Zgodnie z słynnym określeniem E. Steina (*Lawyers, judges*, s. 1 i n.): Trybunał przez długi okres korzystał z dobrodziejstwa „*benign neglect of powers that be*”.

ta? Czy nie mamy do czynienia z modnym chwytem retorycznym, który ma niewiele wspólnego z rygorami dyskursu naukowego?¹⁶⁰ Etykietowanie jest pozorowaniem poszukiwania rozstrzygnięcia problemu, skoro dyskutanci nigdy poza etykietę nie wychodzą. Oskarżenia o aktywizm, czy choćby znany z Polski imposybilizm prawny, niczego nie eksplikują. Komunikują jedynie subiektywnie negatywny stosunek osoby je wypowiadającej wobec krytykowanego sądu¹⁶¹. Mają antagonizować i demonizować, ale nie proponują nic w zamian, nie wskazują, na jakich podstawach i argumentach krytyka jest zbudowana, dlaczego sąd dokonał niesłusznego wyboru, gdzie się pomylił, co powinien poprawić w przyszłości itp. Aktywizm jest w praktyce niczym więcej jak wyrazem dezaprobaty mówiącego, że sąd nie podzielił jego stanowiska¹⁶². Nie wyjaśnia jednak dlaczego.

Prawnik jednak nie może na tym poprzestać i zadowolić się prostym przerezuaniem etykiet i epitetów. Prawo i dyskurs prawny powinny wystrzegać się zgubnej prostoty spektakularności. Od prawnika oczekujemy, że będzie chciał zrozumieć sąd i sędziów, którzy go tworzą. Naukowiec musi posługiwać się terminami i kategoriami, które pozwalają zrozumieć opisywaną instytucję. Zrozumienie ma znaczenie fundamentalne nie tylko dla naukowca, ale także dla osoby występującej przed sądem – czy to strony, czy jej pełnomocnika. Dla tych ostatnich zrozumienie jest warunkiem *sine qua non* wygrania sprawy przed sądem, przed którym występują. Trybunał Sprawiedliwości nie jest tutaj żadnym wyjątkiem¹⁶³. Naukowiec, adwokat, a pośrednio strony postępowania, nigdy nie rozumieją sądu, gdy poprzestaną na określeniu go jako „aktywistyczny”. „Zrozumieć” oznacza zbadać i poznać w drodze racjonalnego procesu poznawczego, jak rozumuje sędzia, jakimi dyrektywami interpretacyjnymi się posługuje i dlaczego takimi, a nie innymi; w jaki sposób waży kolidujące argumenty i dokonuje wyborów orzeczniczych. Ten proces poznawczy jest o wiele trudniejszy niż proste szufladkowanie według schematu „aktywistyczny *versus* wstrzemięźliwy”.

- 60 Sądowy aktywizm nie jest więc terminem przydatnym do dokonania rzetelnej oceny orzecznictwa sądowego i instytucjonalnej roli sądu z uwagi właśnie na subiektywizm oceny, która kryje się pod terminem „aktywizm”¹⁶⁴. Aktywizm oznacza nie tylko subiektywną dezaprobatę, ale także oparty jest na kontrfaktycznym przekonaniu, że tekst podlegający interpretacji jest jasny, nie nastrocza wątpliwości i prowadzi do jednego słusznego rozstrzygnięcia (wówczas sędzia, który przekracza granice jasnego

¹⁶⁰ Zob. też podobne wątpliwości S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (red.), *Gouvernement des juges*, s. 9.

¹⁶¹ K. Kmiec, *The Origin and Current Meanings*, s. 1451, wskazuje jednak na możliwe pozytywne konotacje terminu *judicial activism* w kontekście orzecznictwa sądów amerykańskich broniących praw człowieka w dobie *civil rights movement*.

¹⁶² K. Roosevelt III, *The Myth of Judicial Activism*, s. 39.

¹⁶³ Zob. cenne uwagi byłego sędziego brytyjskiego w Trybunale Sprawiedliwości D.A.O. Edwarda, *Advocacy before the Court of Justice*, s. 27–45.

¹⁶⁴ Rację ma M. Shapiro (*The European Court of Justice: of Institutions*, s. 3, przyp. 1), gdy pisze: „*To those who believe that a single legal rule always exists out there somewhere which will yield a single correct, independent, neutral, just solution to whatever conflict is presented to the judge, the argument here is a contingent one. It applies only when judges do not seek the single rule and the correct answer but choose to make judgments on the basis of preferences. Those who believe that there are single correct rules and single correct legal answers and that judges always pursue them are excused reading what follows. For them it is simply nonsense with or without footnotes.*”

tekstu, jest uznawany za aktywistycznego¹⁶⁵. Dla aktywizmu nie ma miejsca w poważnej dyskusji, ponieważ tylko niewielka liczba spraw konstytucyjnych (a takie rozstrzygnięcia Trybunał Sprawiedliwości) prowadzi do jednego i niekontrowersyjnego rozstrzygnięcia. Zazwyczaj jest na odwrót – sprawy rozstrzygane przez sądy konstytucyjne są sprawami trudnymi¹⁶⁶. Zawsze orzeczenie dla jednego aktywistyczne, będzie dla innego zbyt wstrzemięźliwe i *vice versa*. O ile różnice w odbiorze orzecznictwa są rzeczą pozytywną i naturalną, o tyle substrat sporu („dlaczego się różnimy?”) pozostawia wiele do życzenia, gdyż sam aktywizm *versus* wstrzemięźliwość niewiele tłumaczy. Należy się więc zgodzić z byłym sędzią Trybunału i jednym z ojców założycieli pierwszych Wspólnot P. Pescatore, że sądowy aktywizm jest stwierdzeniem natury subiektywnej i sloganem, który niewiele tłumaczy¹⁶⁷. Czy krytycy Trybunału z równą gotowością i ochotą przekonywaliby poszkodowanych pracowników w sprawie *Francovich*¹⁶⁸, że państwo nie powinno odpowiadać za wyrządzoną im szkodę, bo stosowny przepis nie został uregulowany w Traktacie, czy też tych wszystkich pokrzywdzonych przez akty prawne Parlamentu Europejskiego, których nikt nie mógłby kwestionować, bo Traktat w tym zakresie milczał? To właśnie na tym poziomie widać, jak wątle są zarzuty o „sędziowski rząd”, „aktywizm”, czy Europę „rządzoną przez sędziów”. Co tak naprawdę powinno mieć znaczenie, to sposób, w jaki sędziowie są w stanie przekonać świat zewnętrzny do swoich rozstrzygnięć i wizji prawa europejskiego. **To właśnie krytyka podyktowana niezrozumieniem motywów rozstrzygnięcia**, ich arbitralnością i nieprzewidywalnością, jest tą, której sędziowie powinni obawiać się najbardziej. Żaden bowiem sąd nie może uznawać się za bezbłędny i wolny od krytycznej oceny swoich audytoriów prawniczych. Jest tak, gdyż każdy akt sądenia przez sędziów, jest jednocześnie poddaniem tych samych sędziów pod osąd świata zewnętrznego¹⁶⁹.

W końcu rzetelna krytyka wymaga dostrzeżenia, że tak **jak sam Trybunał** – instytucja podlega zmianom w odpowiedzi na stale zmieniającą się rzeczywistość społeczną – polityczną, **podobnie ewoluuje orzecznictwo**. Prawo europejskie jest bowiem prawem zmiany¹⁷⁰. Krytycy sądu koncentrują się zazwyczaj na selektywnie dobranych kilku orzeczeniach, które mają wykazać prawdziwość głoszonych przez nich generalizacji na temat Trybunału. Tymczasem orzecznictwo choćby z kilku ostatnich lat zawiera sygnały, które zmuszają do powściągliwości w ferowaniu ocen. Z jednej strony wprowadzie nadal wydawane są wyroki, które idą szlakiem wyznaczonym przez

¹⁶⁵ Krytycznie o takim uproszczonym postrzeganiu roli sędziego także D.A.O. Edward, *Judicial Activism – Myth or Reality?*, s. 29 i n.: „*The judge's role cannot be confined to that of providing a technocratic literal interpretation of texts produced by others (...) In any system based on case-law the judge must proceed from one case to another seeking, as points come up for decision, to make the legal system consistent, coherent, workable and effective. He will not always be successful.*”

¹⁶⁶ K. Roosevelt III, *The Myth of Judicial Activism*, s. 15.

¹⁶⁷ P. Pescatore, *Jusqu'ou le juge peut – il aller trop loin?*

¹⁶⁸ Wyr. TS z 19.11.1991 r., sprawy połączone C-6/90 i C-9/90, *Andrea Francovich i Danila Bonifazi i inni p. Włochom*, EU:C:1991:428. Zob. też wyr. TS z 5.3.1996 r., sprawy połączone C-46/93 i C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA p. Niemcom i The Queen p. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd i in.*, EU:C:1996:79.

¹⁶⁹ Nawiązuję w ten sposób do słów prezesa izraelskiego Sądu Najwyższego, który o sobie mówił: „*As I sit at trial I stand on trial*” – A. Barak, *The nature of Judicial Discretion*, s. 14.

¹⁷⁰ O tym T.T. Koncewicz, *Prawo europejskie jako prawo tekstów i działań aktorów*, s. 3 i n.