

fundamentalne orzecznictwo z lat 60. i 70. XX w. To przecież w latach 90. Trybunał położył podwaliny zasady odpowiedzialności odszkodowawczej (przywoływane już orzecznictwo *Francovich/Brasserie*, które przez przeciwników Trybunału jest cytowane jako dowód stałe obecnego w Trybunale „sędziowskiego aktywizmu”). W sprawie *Köbler*¹⁷¹ Trybunał nie miał żadnych wątpliwości, uznając, że postępowanie sądu krajowego może być źródłem szkody, której wyrównanie jest obowiązkiem państwa członkowskiego. Z drugiej jednak strony mamy liczne przykłady sytuacji, w których Trybunał dokonuje „częściowej rekalkibracji sposobu w jaki definiuje swoją rolę”¹⁷², zdecydował zatrzymać się w pół drogi i – cytując *H. Rasmussen* – „oddal państwu członkowskim część ich suwerenności”¹⁷³. Niektórzy mówią wręcz o wycofaniu się przezeń z pozycji wcześniej zajmowanych. Trybunał wyraża gotowość do uszanowania roli państw jako „panów Traktatu”, gdy widzi, że państwa członkowskie spełniają swoje obowiązki w zakresie dostosowywania Traktatu do zmieniającej się rzeczywistości, podczas gdy w przeszłości nie zawsze to miało miejsce i wówczas rolę motoru, katalizatora integracji przyjmował na siebie Trybunał. Ten sam wyrok może być zaliczony do grupy „aktywistycznej” i „wstrzemięźliwej”, ponieważ wszystko zależy od subiektywnego nastawienia osoby ferującej ocenę. Każdy sąd orzekający zawiera w swoim orzecznictwie elementy należące do obu grup i nigdy jego opis jako tylko aktywistycznego lub tylko wstrzemięźliwego nie będzie do końca adekwatny. Dla dokonania prawidłowej analizy Trybunału należy pod uwagę brać oba trendy i dopiero na ich podstawie formułować pewne uogólnienia.

II. Jak rozumieć i opisywać Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej?

1. Uwagi wstępne

- 62 Trybunał Sprawiedliwości korzysta z wyjątkowego statusu w zachodniej świadomości prawnej¹⁷⁴. W ciągu ponad 60 lat istnienia zdobył zarówno żarliwych zwolenni-

¹⁷¹ Wyr. TS z 30.9.2003 r., C-224/01, *Gerhard Köbler p. Austrii*, EU:C:2003:513.

¹⁷² *H. Rasmussen*, A New EC-Judicial Legitimacy, s. 228.

¹⁷³ *Ibidem*. W oryginale: „the Court actually gave the Member States some of their sovereignties back”.

¹⁷⁴ Literatura jest olbrzymia. Zob. w szczególności *A. Barav*, The European Court of Justice, s. 116 i n.; *D.A.O. Edward*, Judicial Activism – Myth or Reality?, s. 29 i n.; *tenże*, Le rôle de la jurisprudence; *U. Everling*, Member States, s. 215; *tenże*, The Court of Justice; *tenże*, On the judge-made law; *G. Garvett*, The Politics of Legal Integration, s. 171; *T.C. Hartley*, Decisions of the European Court of Justice, s. 299; *tenże*, The European Court, s. 95; *C.N. Kakouris*, La mission de la Cour de Justice, s. 35; *T. Koopmans*, The roots of judicial activism; *tenże*, The Role of Law, s. 925; *tenże*, The Birth of European Law, s. 493; *tenże*, The future of the Court of Justice, s. 15; *tenże*, Judicial activism, s. 67; *tenże*, Methods of Interpretation; *tenże*, Judicialization; *J.L. Mashaw*, Ensuring the observance of law, s. 423; *A. O'Neill*, The Government of Judges; *Sir P. Neill*, The European Court of Justice; *P. Pescatore*, La carence du législateur communautaire, s. 559 i n.; *tenże*, Commentaire français du Traité CEE, article 164; *tenże*, Une révolution juridique; *tenże*, Jusqu'ou le juge peut – il aller trop loin?; *A. Potocki*, Le rôle de la Cour de justice; *H. Rasmussen*, Judicial Activism, s. 94; *tenże*, Between Self-Restraint and Activism, s. 28; *tenże*, The Court of Justice w: Thirty years; *G.C. Rodriguez Iglesias*, Le pouvoir judiciaire; *H.G. Schermers*, The European Court of Justice, s. 459; *tenże*, The Role of the Member States, s. 311 i n.; *F. Schockweiler*, La Cour de justice, s. 73; *J. Schwarze*, The Role of the European Court of Justice; *M. Shapiro*, The European Court of Justice. Of Institutions; *tenże*, The European Court of Justice, w: The Evolution; *T. Tridimas*, The Court of Justice, s. 199; *J.A. Usher*, How limited is the jurisdiction, s. 72 i n.; *tenże*, General Course in European Community Law, w szczególności rozdz. V: The European Court of Justice and its Jurisdiction; *M. Waelbroeck*, Le rôle de la Cour de Justice, s. 345. W języku polskim

ków¹⁷⁵, jak i zagorzałych krytyków¹⁷⁶, którzy mówią o „rządzie sędziów”¹⁷⁷ i dla których Trybunał jest „sądem niebezpiecznym, który nie postępuje zgodnie z regułami”¹⁷⁸. W monografii mu poświęconej stwierdzono: „Trybunał Sprawiedliwości (...) jest instytucją kontrowersyjną. Dla jednych przyczynił się do stworzenia fundamentów prawnych organizacji, która oferuje państwom członkowskim pokój, stabilność i dostatek, jakie wcześniej były dla nich niemożliwymi do osiągnięcia. Dla innych jednak Trybunał w sposób wytrwały działał i działa w celu realizacji programu swego własnego autorstwa, dotyczącego politycznego kształtu Europy, lekceważąc przy tym zapisy traktatowe, jeżeli tylko pozostają one w sprzeczności z własnym pomysłem na temat tego, czego Europa potrzebuje”¹⁷⁹. Trybunałowi zarzuca się, że stale rozszerza swoją jurysdykcję, dąży do zdobycia „pozycji sądu onnipotentnego, który władny jest dokonywać interpretacji, unieważniać lub zapewniać przestrzeganie wszystkich norm prawa, które w opinii Trybunału stanowią część unijnego systemu prawnego”¹⁸⁰, który nie przestrzega literalnego brzmienia interpretowanych przepisów, zamiast tego narzucając państwu członkowskim swoje własne wyobrażenie o integracji i prawie europejskim¹⁸¹.

Obecnie zasady funkcjonowania Trybunału, jego orzeczenia są powszechnie komentowane, stanowią przedmiot niekończących się dyskusji, licznych konferencji i seminariów, a instytucja kiedyś opisywana jako „ulożona w bajkowym księstwie Luksemburg, pozostająca w niedbałym zapomnieniu moźnych tego świata i środków masowego przekazu oraz korzystająca z wątej podstawy jurysdykcyjnej”¹⁸² jest dzisiaj uznawana za najbardziej wpływowy z istniejących sądów międzynarodowych¹⁸³, a sami sędziowie Trybunału są przyrównywani do kapłanów prawa wspólnotowego posiadających złote klucze, które umożliwiają odkrycie tajemnicy „prawa”¹⁸⁴.

Analizując bliżej krytyczne wypowiedzi pod adresem Trybunału, można wskazać, że ich Autorzy bazują na wspólnym mianowniku, a różnią się jedynie co do szczegółowego uzasadnienia swojego stanowiska. **Podstawowy zarzut** jest zawsze następu-

zob. *T.T. Koncewicz*, Zasada jurysdykcji powierzonej, 2006 oraz *Z. Brodecki*, *T.T. Koncewicz*, „Wspólnota rozumna”, s. 121 i n. Ta ostatnia analiza inspirowa i wyznacza ramy rozważań przedstawionych poniżej.

¹⁷⁵ Zob. *T. Koopmans*, The future of the Court of Justice, s. 15, gdzie stwierdzono wręcz, że „European Court is the hobbyhorse of European lawyers”; oraz *K.J. Alter*, *S. Meunier-Aitsahalia*, Judicial politics in the European Community, s. 536.

¹⁷⁶ *H. Rasmussen*, On Law and Policy.

¹⁷⁷ *A. O'Neill*, The Government of Judges.

¹⁷⁸ Tak *Sir P. Neill*, The European Court of Justice. W podobnym tonie wypowiedział się kanclerz *H. Kohl*, który zagroził ograniczeniem kompetencji Trybunału w odpowiedzi na dwa jego orzeczenia: wyr. z 3.6.1992 r., C-45/90, *Alberto Paletta i inni p. Brennet AG*, EU:C:1992:236 i wyr. z 4.6.1992 r., C-360/90, *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. p. Monika Bötel*, EU:C:1992:246. *M. Thatcher* podkreślała, że „niektóre rzeczy w Trybunale Sprawiedliwości dzieją się ku naszej wielkiej niechęci”. Ta ostatnia wypowiedź pochodzi z debaty parlamentarnej bezpośrednio poprzedzającej uchwalenie przez Parlament w Westminsterze European Communities Amendment Act 1993 ratyfikującego zmiany wprowadzone Traktatem z Maastricht (HL Deb, 7.6.1993, kolumny 560–564). O ostatnich głosach krytyki zob. *G. Conway*, The Limits of Legal Reasoning, s. 83–85.

¹⁷⁹ *A. Arnull*, The European Union, 2006, s. 1.

¹⁸⁰ Tak *Sir P. Neill*, The European Court of Justice, s. 27 i n.

¹⁸¹ Ostatnio nieśmiertelne pytanie: „Jaka rola Trybunału w prawie europejskim?” powróciło dzięki opracowaniu *T. Horsley'a*, Reflections on the role of the Court of Justice, s. 931.

¹⁸² *E. Stein*, Lawyers, judges, s. 1.

¹⁸³ *K.J. Alter*, The European Court's political power, s. 458.

¹⁸⁴ *H. Rasmussen*, The Court of Justice, Copenhagen 1998, s. 359.

jący: Trybunał nie wypełnia jedynie luk, co jak potwierdzają nawet najwięksi krytycy Trybunału jest normalną rzeczą sądów¹⁸⁵, ale idzie znacznie dalej i **orzeka contra legem**. Kontynuują, nie stosuje jedynie prawa, ale raczej przechodzi ze świata prawa do świata polityki, daje pierwszeństwo wartościom innym niż prawne, takim jak np. dążenie do wzmocnienia procesu integracyjnego wbrew woli państw. Jest **sądem motywowanym politycznie**, który w istocie rządzi Europą. Mocne słowa, ale ile w nich rzeczowej krytyki, a ile emocji? Przytoczone fragmenty stanowią potwierdzenie, że ocena Trybunału nigdy nie była i nadal nie jest jednoznaczna. Zgodnie z poczynionymi jednak powyżej założeniami, przedstawiana analiza **odrzuca spektakularne** etykietowanie na rzecz spojrzenia na sąd unijny z perspektywy **metod rozumowania**, jakimi posługuje się on w swoich orzeczeniach. Tylko bowiem w ten sposób możemy go poznać, dokonać obiektywnej, wolnej od emocji i sloganów oceny oraz odpowiedzieć na pytanie, czy istotnie jest to sąd, którego powinniśmy się obawiać. Orzecznictwo Trybunału, podawane jako przykład sędziowskiego aktywizmu, może zostać wyjaśnione za pomocą kryteriów znajdujących się wewnątrz unijnego porządku prawnego. Pytanie o rolę Trybunału w prawie europejskim powinno być więc pytaniem o metody rozumowania i dyrektywy interpretacyjne, którymi posługują się sędziowie orzekający w Trybunale w przeszłości i obecnie. Zgodnie z podejściem generacyjnym do instytucji i stałą fluktuacją orzecznictwa na przestrzeni lat, analiza bierze pod uwagę zmiany, którym podlegała instytucja, i wpływ tej zmiany na proces rozumowania. Analiza składa się z trzech części.

- 64 W pierwszej wskazana zostaje szczególna rola Trybunału w obrębie systemu prawa unijnego¹⁸⁶. Podkreślona specyfika funkcji decyduje o sposobie rozumowania Trybunału. Analiza nie tylko stawia pytanie, czym powinna charakteryzować się unijna argumentacja, aby zasłużyć na miano rozumnej. Dlatego w drugiej części następuje rekonstrukcja modelu „unijnej rozumności”. Pod tym pojęciem rozumiem czynniki, które wpływają na proces rozumowania sędziów i na dokonywane przez nich wybory. Parafrazując amerykańskich realistów, jest to „rozumność w książkach” (*in books*). Teoretyczne założenia modelu poddane zostaną następnie testowi orzeczniczemu w celu sprawdzenia, jak model ten funkcjonuje w rzeczywistości i czy Trybunał zawsze postępuje rozumnie. Innymi słowy, chodzi więc o „rozumność w działaniu” (*in action*) i prześledzenie na konkretnych przykładach, jak przebiega rozumowanie Trybunału oraz jak uzasadniane są wybory argumentacyjne. Taki sposób procedowania stanowi odpowiedź na zbyt uproszczone analizy, które kryją się pod krytykowaną

¹⁸⁵ H. Rasmussen, On Law and Policy.

¹⁸⁶ Warto w tym miejscu wskazać na istniejące, aczkolwiek niezdefiniowane bliżej w orzecznictwie Trybunału, 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 wyr. 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 (zob. szerzej niżej), Trybunał mówił o nowym porządku prawnym, na rzecz którego państwa członkowskie ograniczyły, aczkolwiek w pewnym zakresie („*albeit within limited fields*”), swoje prawa suwerenne; jednak w opinii TS 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 wspólnotowego zob. wyczerpującą analizę teoretycznoprawną J.R. Bengoetxea, *The Legal Reasoning*, zwłaszcza s. 36–38. Zob. także K. Culver, M. Giudice, Not a System but an Order, s. 54 i n.

wyżej dychotomią aktywizm *versus* wstrzemięźliwość. W części trzeciej zawarte jest więc omówienie spraw rozstrzygniętych przez Trybunał, które mogą przybliżyć nas do odpowiedzi na pytanie postawione wyżej. Skoro, jak zastrzeżono wcześniej, prawo europejskie to nie tylko tekst, ale przede wszystkim działania aktorów, także w tej części analizy głos został oddany sędziom Trybunału, których piśmiennicze wypowiedzi pomagają zrozumieć, czym kieruje się „unijny umysł”¹⁸⁷.

2. Proces rozumowania w Trybunale Sprawiedliwości. Model

A. Sprawy „jasne – trudne” i pytanie o dyskrecjonalność sędziowską

R. Dworkin dokonał podziału spraw rozstrzyganych przez sądy na tzw. **jasne** (*clear*) i **trudne** (*hard*)¹⁸⁸. Jego zdaniem, gdy prawnicy różnią się w opiniach co do prawdziwości lub fałszu określonych sądów na temat prawa, to mamy do czynienia ze sprawą trudną¹⁸⁹. Większość spraw należy do grupy jasnych, a więc takich, których rozstrzygnięcie z punktu widzenia źródeł prawa nie nastęrcza większych trudności. Podział na sprawy *clear* i *hard* nie ma jednak charakteru absolutnego. Niektóre sprawy będą miały charakter mieszany i będą zawierały elementy zarówno spraw jasnych, jak i trudnych. W innych jeszcze przypadkach sprawa kiedyś uznana za *clear* stanie się z upływem czasu na skutek procesu tzw. problematyzacji (podniesienie wątpliwości co do sposobu zastosowania przepisu¹⁹⁰) *hard* i *vice versa*.

Podobnie J. Raz wyróżnił przypadki (spory) **przejrzyste i nieprzejrzyste**¹⁹¹. Przy- 66
padki przejrzyste „to te, które podpadają pod prawo zwyczajowe lub regulę ustawową w tym sensie, że sąd nie musi wydawać orzeczenia, które je definiuje (...) Spór jest przejrzysty, jeśli pytanie: Czy w tym przypadku sąd powinien zdecydować, aby zrobić p, ma poprawną odpowiedź prawną”¹⁹². Spór jest przejrzysty, ponieważ obowiązujące prawo dostarcza rozwiązania, wskazuje, jak konflikt należy rozwiązać. Spór jest natomiast nieprzejrzysty, „jeśli niektóre z takich pytań nie mają poprawnej odpowiedzi prawnej, tzn. jeśli w prawie, które stosuje się do danego przypadku, istnieje luka”¹⁹³. W przypadku sporów nieprzejrzystych prawo nie dyktuje żadnego rozwiązania, choć

¹⁸⁷ Język etykietowania („aktywizm”) został przełamany przez ważny zwrot w doktrynie prawa europejskiego w latach 90. XX w. w kierunku badań opartych na weryfikowalnych kryteriach oceny, jak sędzia unijny uzasadnia swoje wybory. Zob. w szczególności J.R. Bengoetxea, *The Legal Reasoning* oraz *tenże*, *The Justification of Decisions*, s. 5. Z innych opracowań zob. H. Bauer-Bernet, *Motivation et droit communautaire; O. Due*, *Pourquoi cette solution?*, s. 273; P. Pescatore, *Jusqu'ou le juge peut – il aller trop loin?*, s. 301. Z ostatnich publikacji także M. Bobek, *Legal Reasoning*, s. 418; G. Beck, *The Legal Reasoning; G. Conway*, *The Limits of Legal Reasoning*.

¹⁸⁸ R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard 1986, s. 353–354. W literaturze polskiej o dychotomicznym podziale spraw na *hard* i *clear* zob. szeroko J. Zajadło (red.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*. Autorzy definiują jednak *hard cases* inaczej niż R. Dworkin, wykraczając poza konflikt „prawo a prawo”.

¹⁸⁹ Z konieczności stanowi to najprostszą, w pewnym sensie intuicyjną, próbę wskazania, co Autor rozumie jako „jasną”, a co jako „trudną” sprawę – podział, który jest związany z Jego koncepcją *law as integrity*, czyli porządku prawnego opartego na koherencji; zob. R. Dworkin, *Law's Empire*, zwłaszcza s. 177, 226, 229, 243, 255–256, 265–266.

¹⁹⁰ Z terminu „problematyzacja” korzystam za J.R. Bengoetxea cytowanym niżej.

¹⁹¹ Tłumaczenie pochodzi z polskiego wydania głównego dzieła Autora: J. Raz, *Autorytet prawa*. Oryginał posługuje się terminami: *regulated* i *non-regulated cases*.

¹⁹² J. Raz, *Autorytet prawa*, s. 180.

¹⁹³ J. Raz, *Autorytet prawa*, s. 181.

może wykluczać pewne rozwiązania jako niewłaściwe i udzielać pewnych ogólnych wskazówek dotyczących wyboru pomiędzy niektórymi lub wszystkimi z pozostałych możliwych rozwiązań.

67 Także *J. Raz* przestrzega przed automatyzmem w kwalifikowaniu pewnych sporów jako przejrzyste i nieprzejrzyste. Spory przejrzyste mogą być bowiem trudniejsze do rozstrzygnięcia niż nieprzejrzyste. *Criterion divisionis* polega na tym, że jedynie w sporach nieprzejrzystych wymagamy od sądu dokonania osądu. Przy sporze przejrzystym rozwiązania dostarcza prawo, a sąd nie może stworzyć nowego prawa, chyba że zmienia prawo już istniejące. W przypadku zaś sporów nieprzejrzystych zawierających lukę, sąd tworzy nowe prawo, nie zmieniając prawa istniejącego. Prawo jest tworzone właśnie przez akt wypełnienia luki¹⁹⁴. Podsumowując ten z konieczności summaryczny przegląd, podkreślić należy przede wszystkim perspektywę, z jakiej dokonujemy kwalifikacji sporu. **Punktem odniesienia ma być prawo obowiązujące**, które też dostarcza odpowiedzi na powstające przed sądem wątpliwości i pytania. *J. Raz* mówi wprost: przejrzysty spór to taki, w przypadku którego to prawo dostarcza rozwiązania.

68 Jak wykazał *J.R. Bengoetxea*, podział spraw (sporów) na „jasne” i „trudne” może stanowić użyteczny model dla wyjaśnienia sposobu rozstrzygania przez Trybunał spraw, które doń trafiają¹⁹⁵. Mówiąc o sprawie (*case*), Autor ma na myśli sytuację lub pewien stan rzeczy. Sprawa to „zastosowanie określonych źródeł prawa do określonej sprawy w danych okolicznościach”¹⁹⁶. Nawiązując do definicji **interpretacji sensu stricto**, wprowadzonej przez *J. Wróblewskiego*, wskazuje, że **sprawa trudna wymaga takiej interpretacji** z powodu wątpliwości semantycznych lub pragmatycznych, które powodują, że znaczenie przepisu prawa nie jest jasne. Proces uzasadniania decyzji interpretacyjnej w sprawie jasnej nie musi bazować na elementach uzasadnienia moralnego, ponieważ dla rozstrzygnięcia sprawy wystarczy zastosowanie sylogizmu, gdzie wniosek w sposób logiczny wynika z pewnych z góry założonych przesłanek (tzw. formalne uzasadnienie). Z kolei w sprawach trudnych rozumowanie dedukcyjne jest niewystarczające – tutaj w pierwszym rzędzie istnieje spór co do tego, jakie przepisy (szereż: które prawo) należy zastosować w pierwszym rzędzie. W tym drugim przypadku dla dokonania oceny, czy decyzja interpretacyjna jest słuszna, zgodna z prawem, akceptowana przez adresata, a najlepiej przez społeczeństwo, konieczne jest odwołanie się do innych testów¹⁹⁷. Dla *J.R. Bengoetxea* termin *clear* odnosi się do sytuacji tzw. izomorfii, która polega na tym, że sposób zastosowania przepisów do okoliczności faktycznych danej sprawy nie nastrocza problemów (jest jasny w tym sensie). Mamy do czynienia z sytuacją *claritas*, nie ma potrzeby sięgania po interpretację *sensu stricto*. Termin *hard* oznacza natomiast sprawę, w której niejasne jest, na podstawie jakich przepisów sprawa zawisła przed sądem winna zostać rozstrzygnięta. Wówczas mamy do czynienia z wątpliwością i koniecznością dokonania interpretacji. Podkreśla

¹⁹⁴ *J. Raz*, Autorytet prawa, s. 181–182.

¹⁹⁵ *J.R. Bengoetxea*, *The Legal Reasoning*. Dyskusja na temat *clear/hard cases* w prawie unijnym opiera się w głównej mierze na poglądach tam przedstawionych. O rozstrzyganych przez Trybunał *hard cases* pisze także *L. Gormley*, *Assent and Respect for Judgments*, s. 28.

¹⁹⁶ *J.R. Bengoetxea*, *The Legal Reasoning*, s. 183.

¹⁹⁷ *J.R. Bengoetxea*, *The Legal Reasoning*, s. 168, 181–182.

jednak, że podział ma charakter umowny¹⁹⁸. Sprawa na pierwszy rzut oka trudna może się okazać jasna, a jasna, na skutek problematyzacji (podniesionej przez pełnomocników stron lub sam sąd rozstrzygający *ex officio*, stać się trudną¹⁹⁹.

69 Autor wyróżnia następnie kilka poziomów, na których ujawnia się pożyteczność dystynkcji pomiędzy sprawami jasnymi a trudnymi. Na poziomie socjologicznym linia podziału przebiega pomiędzy sprawami rutynowymi a problematycznymi²⁰⁰, na poziomie procesu wyjaśniania postępowania sędziów (*explanation*), gdy w grę wchodzi różne metody uzasadniania decyzji interpretacyjnej oraz korzystanie z różnych dyrektyw wykładni, na poziomie dogmatyki prawnej, gdzie podział jest wyznaczany przez stosunek do źródeł prawa, norm prawnych oraz porządku prawnego: z tej perspektywy sprawa łatwa to taka, która może znaleźć rozstrzygnięcie na podstawie obowiązującego prawa, dla rozstrzygnięcia zaś sprawy trudnej jest to już jednak niewystarczające, a konieczne staje się poszukiwanie reguł, zasad, doktryn, maksym, na poziomie uzasadniania (*justification*), gdy interpretator musi uzasadniać kroki pośrednie prowadzące do pewnych przesłanek, na podstawie których formułuje wniosek główny, na poziomie ideologicznym, który rozstrzyga, z jaką ideologią stosowania prawa mamy do czynienia w obrębie danego systemu prawa²⁰¹.

70 Pamiątając o zawsze istniejącym elemencie umowności przy dokonywaniu podziału na sprawy trudne i jasne, można wskazać, że podział ten nie jest obcy prawu unijnemu. Po pierwsze, podział spraw rozstrzyganych w różnym składzie (izby, małego lub wielkiego plenum) wskazuje, że zakres problematyzacji jest różny. Można przyjąć, że w niektórych sprawach istnieje większe prawdopodobieństwo, które możemy ustalić z góry, że będą one miały charakter rutynowy, niewymagający rozstrzygnięcia problemów, ale raczej standardowego aktu stosowania prawa obowiązującego do ustalonego stanu faktycznego²⁰². *J.R. Bengoetxea* argumentuje, że unijna teoria *acte clair* jest także oparta na założeniu, że pewne sprawy mają charakter rutynowy, nie budzą wątpliwości interpretacyjnych – gdy przepis jest jasny, wówczas samo jego powołanie stanowi wystarczającą podstawę dla mającego zapaść orzeczenia, bez potrzeby wyjaśniania, dlaczego dany przepis został odczytany w taki a nie inny sposób²⁰³. Samo orzecznictwo może się także przyczynić, że liczba spraw jasnych będzie się powiększać, z tym skutkiem, że Trybunał będzie korzystał z możliwości, jaką daje mu Regulamin TSUE, informowania sądu krajowego, że sprawa została już w sposób dostateczny wyjaśniona i nie ma potrzeby dokonywania interpretacji w formie orzeczenia wstępnego. Podobnie zmiana Statutu TSUE w kierunku fakultatywności opinii rzecznika generalnego potwierdza, że podział ma rację bytu także w prawie unijnym.

¹⁹⁸ Na co uwagę zwracał także *R. Dworkin*, *Law's Empire*, s. 354.

¹⁹⁹ W tym kontekście zauważa, że w wyr. TS z 23.4.1986 r., 294/83, *Parti écologiste „Les Verts” p. Parlamentowi*, EU:C:1986:166, mieliśmy właśnie do czynienia z taką problematyzacją z urzędu. *J.R. Bengoetxea*, *The Legal Reasoning*, s. 185.

²⁰⁰ Wydaje się, że Autor nawiązuje tym samym do poglądu wyrażonego już przez sędziego *B.N. Cardozo*, *The Nature of the Judicial Process*, s. 129, który mówił: „(...) w niezliczonej ilości spraw sądowych prawo jest tak jasne, że sędziowie nie korzystają z dyskrekcji (...)”.

²⁰¹ *J.R. Bengoetxea*, *The Legal Reasoning*, s. 184–194.

²⁰² Utworzenie Sądu Pierwszej Instancji, a ostatnio także Sądu do Spraw Służby Publicznej Unii Europejskiej potwierdzają to sprostowanie.

²⁰³ *J.R. Bengoetxea*, *The Legal Reasoning*, s. 199.

71 Przed przystąpieniem do analizy rozumowania w Trybunale należy zarysowany podział na sprawy jasne/przejrzyste i trudne/nieprzejrzyste uzupełnić o rozważania na temat zjawiska dyskrecjonalności sądowej. **Sądowa dyskrecjonalność** to „kompetencja sędziego do dokonania wyboru spośród wielu możliwych, z których każdy jest zgodny z prawem w kontekście porządku prawnego”²⁰⁴. Ta możliwość i prawo dokonania wyboru w sytuacji konkurencji kilku możliwych rozwiązań to przejaw dyskrecjonalności sądowej²⁰⁵. Istnienie dyskrecjonalności sędziowskiej jest bezpośrednią konsekwencją niedoskonałości języka naturalnego i opartego na nim języka prawnego, a więc tego, w którym sformułowane są teksty obowiązującego prawa²⁰⁶. *A. Barak* pisze, że w celu przewyższenia elementu „niepewności” (*uncertainty*)²⁰⁷ prawnicy odwołują się do dyrektyw interpretacji, które w większości przypadków spełniają swoją funkcję: usuwają element niepewności związany z językiem naturalnym²⁰⁸. 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 dyskrecjonalności²⁰⁹. Jeżeli korzystanie z tak zdefiniowanej dyskrecji nabiera charakteru regularnego, wychodzi poza jednostkowe przypadki, wówczas działalność sądów korzystających z tak pojętej dyskrecjonalności zbliża ją do stanowienia prawa. Dyskrecjonalność stanowi formułę, za której pomocą teza o „tworzeniu prawa przez sądy” uzyskuje dodatkową prawomocność.

72 **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 do dokonywania interpretacji prawa, a nie do jego tworzenia. 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”²¹⁰. *L. Morawski*, który przedstawił krytykę klasycznego ujęcia funkcji sądów jako wyłącznie interpretowania prawa, wskazuje, że w wielu przypadkach mamy do czynienia z aktem kreatywnej wykładni prawa, która dopuszcza twórczy element w procesie interpretacji²¹¹. Dodatkowo 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 rzeczy²¹², a sędzia staje przed koniecznością wyboru. Wtedy też pojawia się pytanie, czy dokonując go, postępuje rozumnie.

²⁰⁴ Definicja za: *A. Barak*, *Judicial Discretion*, s. 7.

²⁰⁵ *J.R. Bengoetxea*, *The scope for Discretion*, s. 55.

²⁰⁶ Wyróżnienie języka prawnego i prawniczego (języka, w którym formułowane są wypowiedzi o prawie obowiązującym) za: *B. Wróblewski*, *Język prawny*.

²⁰⁷ Autor pod tym terminem rozumie „dwuznaczności, niejasności i otwartości” języka naturalnego.

²⁰⁸ *A. Barak*, *The Nature of Judicial Discretion*, s. 16.

²⁰⁹ Zob. też wszechstronną analizę zjawiska prawniczej władzy dyskrecjonalnej w pracy: *A. Kozak*, *Granice dyskrecjonalnej władzy prawniczej*.

²¹⁰ *R. Posner*, *The Federal Courts*, s. 201.

²¹¹ *L. Morawski*, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, s. 16 i n. oraz obszerna literatura tam cytowana.

²¹² *A. Barak*, *The Nature of Judicial Discretion*, s. 17 i n.

B. Sędzia unijny w świecie niedoskonałego tekstu

73 **Te ogólne założenia** mają szczególne znaczenie w odniesieniu do Trybunału Sprawiedliwości. W literaturze, że same traktaty tworzą skomplikowany system, który reguluje stosunkami kompetencji i zależności pomiędzy Unią a państwami członkowskimi, pomiędzy samymi państwami i w końcu pomiędzy instytucjami unijnymi²¹³. **Traktat rzymski przyjmuje szczególną technikę legislacyjną**. Wiele przepisów ma charakter otwarty, niejasny, pozostawia pole manewru i wyboru. Traktat zawierał jedynie plan, zarys projektu, którego wykonanie powierzone zostało instytucjom oraz państwom Unii. Źródła „kreatywnej jurysprudencji” znajdowały się więc od początku w samym Traktacie. Brak jest definicji „ograniczeń ilościowych”, „środków równoważnych”, „pracowników”, „usług” itp. Trybunał musiał odpowiedzieć na pytanie, czy swoboda regulacyjna państw wyczerpuje się w możliwości powoływania się na art. 30 Traktatu, czy też może należy uznać, że istnieją inne interesy zasługujące na ochronę na podstawie ustawodawstwa krajowego. W ten sposób instytucja, która decyduje o sposobie wypełnienia tych niezdefiniowanych pojęć, w sposób konieczny spełnia także funkcję *quasi*-legislacyjną. Ilekroć sędzia musi dokonać wyboru spośród kilku możliwych rozwiązań sytuacji faktycznej, która nigdy wcześniej nie była przedmiotem osądu (brak precedensu i wskazówek interpretacyjnych), tylekroć kreuje nową normę prawną. Ta lakoniczność zapisów znajdujących się w Traktacie oznacza, że twórcy Traktatu zdawali sobie sprawę z konieczności spełniania przez Trybunał funkcji *quasi*-legislatora. Kontrowersyjne wybory były i są bezpośrednią konsekwencją tego, co i w jaki sposób zapisano w Traktacie. Uprzywilejowana więc sytuacja Trybunału polega na jego kompetencji do przeprowadzenia w tych wszystkich wypadkach zabiegu interpretacji, a następnie dokonania wyboru.

74 Pamiętać należy także, że dla dokonania zmiany w Traktatach potrzebna jest każdorazowo zgoda wszystkich państw członkowskich. Bardzo często konsens taki będzie niemożliwy do osiągnięcia. Oznacza to, że jedynym sposobem adaptacji zapisów traktatowych do stale zmieniającej się rzeczywistości **jest właśnie interpretacja dynamiczna** tych zapisów przez Trybunał, który w ten sposób zapewnia, że Traktat nadąża za zmianami wewnątrz Unii i w samych państwach, nawet gdy państwa nie są w stanie przeprowadzić formalnych zmian. Czasami lepiej jest zaakceptować zmiany płynące z orzecznictwa, aniżeli przedsięwziąć żmudny i długotrwały proces formalnej zmiany Traktatu.

C. Trzy konteksty rozumowania sędziego Trybunału Sprawiedliwości

a. Kontekst odkrywania

75 Rozgraniczenie na kontekst odkrywania (*discovery*) oraz uzasadnienia (*justification*) dotyczy dwóch różnych poziomów sądowego dochodzenia do orzeczenia i pozwala na racjonalną kontrolę orzeczeń²¹⁴.

Kontekst odkrywania dotyczy czynników, które wywierają wpływ na proces decyzyjny i mu towarzyszą. Chodzi o czynniki psychologiczne i socjologiczne.

²¹³ *Ibidem*, s. 49.

²¹⁴ *J.R. Bengoetxea*, *N. MacCormick*, *L.M. Soriano*, *Integration and Integrity in the Legal Reasoning*, s. 48.

J.R. Bengoetxea zalicza tutaj element czasu, dostępne środki finansowe, warunki i otoczenie pracy²¹⁵, które mają wpływ na orzeczenie. Kontekst odkrywania to otoczenie, w którym Trybunał funkcjonuje. Chodzi więc o podkreślenie, jak sędziowie dochodzą do kompromisu, co wpływa na taką, a nie inną treść orzeczenia, jakie interesy uzyskują pierwszeństwo²¹⁶. Otoczenie to ma wymiar proceduralny i instytucjonalny. Pierwszy dotyczy czynników właściwych postępowaniu przed Trybunałem i jego odrębności w porównaniu z innymi sądami międzynarodowymi i krajowymi. Tutaj istotnym elementem jest język pracy Trybunału²¹⁷ oraz język wewnętrzny, którym posługują się sędziowie. Zdolności lingwistyczne sędziego wpływają na jego wkład w proces decyzyjny i na jego umiejętność wymiany poglądów z pozostałymi członkami składu orzekającego. W doktrynie podkreślano, że znaczenie ma także moment, w którym sędziowie są w stanie zlokalizować problem prawny. Im szybciej to nastąpi, tym skład orzekający będzie miał więcej czasu na jego analizę.

76 Bardziej skomplikowany charakter ma **kontekst odkrywania w wymiarze instytucjonalnym**. Ta grupa jest znacznie mocniej zróżnicowana wewnętrznie. Chodzi o relacje pomiędzy prawodawcą a sędzią, czynnik ludzki, etos sędziego (nacisk na rolę prawa w procesie integracji oraz znaczenie procesu interpretacji), moment integracji czy realność zobowiązań przyjętych przez państwa. Były sędzia Trybunału *U. Everling* podkreśla, że Trybunał nie jest monolitem. Składa się z indywidualności, które różnią się między sobą doświadczeniem²¹⁸. Element zróżnicowania dotyczy wykształcenia, kariery zawodowej, sposobu postrzegania roli sędziego w społeczeństwie czy kultury prawnej. Istotne jest jednak to, że stanowi punkt wyjścia. Punktem docelowym jest orzeczenie rozstrzygające kontrowersję przekazaną pod osąd. Sytuacja pomiędzy stanem w punkcie wyjścia i docelowym jest jednak inna, ponieważ orzeczenie Trybunału tworzy nową jakość – unijny kompromis, akceptowalny dla sędziów. Orzeczenie Trybunału jest wydane na styku systemów prawnych i dlatego musi być oparte na kompromisie. Elementem wspólnym czynników w kontekście odkrywania jest to, że nie znajdują one bezpośredniego odzwierciedlenia w orzeczeniu i jego uzasadnieniu. Nie można jednak nie dostrzec, że kontekst odkrywania wpływa pośrednio na intensywność przekazu zawartego w uzasadnieniu, determinuje pewne wybory, nawet jeżeli ich formalne ujęcie i wyrażenie za pomocą uzasadnienia należy już do drugiego kontekstu – argumentacji (uzasadnienia – *justification*).

b. Kontekst argumentacji (uzasadnienia)

77 Kontekst argumentacji ma odpowiedzieć na pytanie, co decyduje o tym, że możemy powiedzieć o orzeczeniu, że jest „dobre”.

Zgodnie z art. 36 Statutu TSUE wyrok Trybunału zawiera uzasadnienie oraz nazwiska sędziów, którzy brali udział w jego wydaniu²¹⁹. Artykuł 63 Regulaminu TSUE

²¹⁵ *J.R. Bengoetxea*, *The Legal Reasoning*, s. 114. Poglądy tego Autora zasługują na szczególną uwagę, gdyż jego monografia pozostaje do dzisiaj najbardziej wyczerpującą teoretycznoprawną analizą Trybunału Sprawiedliwości.

²¹⁶ *J.R. Bengoetxea*, *The Justification of Decisions*, s. 5.

²¹⁷ Którym z przyczyn historycznych jest francuski. W najbliższej przyszłości nie powinno to się zmienić. Zob. także uwagi *F.G. Jacobsa*, *Recent and ongoing measures*, s. 825.

²¹⁸ *U. Everling*, *On the judge-made law*, s. 36.

²¹⁹ Tekst Statutu za: *T.T. Koncewicz*, *Wspólnotowy Kodeks Proceduralny*. Tekst angielski mówi: „*Judgments shall state the reasons on which they are based*”.

precyzuje wymogi formalne, wskazując m.in., że orzeczenie zawiera uzasadnienie rozstrzygnięcia (ang. *grounds for the decision*). W przeciwieństwie do kontekstu odkrywania, kontekst argumentacji nie dotyczy okoliczności, które mogły mieć wpływ na proces decyzyjny. Chodzi tutaj o **przedstawienie orzeczenia jako uporządkowanej struktury**, w której skład wchodzi argumenty przemawiające na korzyść przyjętego rozwiązania.

Jak podkreśla *J.R. Bengoetxea*, nie chodzi jednak o każdy argument, ale tylko o argument, który jest „dobry”²²⁰. Wśród elementów legitymizujących sądy, takich jak jawność, bezstronność, niezależność sędziów czy gwarancje sprawiedliwości proceduralnej, szczególnego znaczenia nabiera wiarygodność argumentacyjna i moc przekonywania do trafności zajętogo stanowiska. Proces argumentacji w Trybunale ma szczególne znaczenie. Trybunał jest instytucją młodą, więc swój autorytet buduje nie dzięki elementowi czasu, ale przede wszystkim dzięki jakości wydawanych orzeczeń oraz wspierającej je argumentacji²²¹. W Trybunale nie obowiązuje szczególna hierarchia technik argumentacyjnych. Podejście Trybunału charakteryzuje się raczej pragmatyzmem w celu zapewnienia, że orzeczenie będzie miało charakter operatywny, a więc będzie nadawało się do stosowania i było zrozumiałe w 28 państwach członkowskich. Wśród wykorzystywanych kategorii argumentów można wskazać następujące²²²: argument z kontekstu, argument z systemu, argument z precedensu, argument z analogii, argument z zasad ogólnych prawa. Do tej listy dodać można argument z *effet utile*. W toku uzasadnienia sędzia musi dokonać wyboru z tej kategorii argumentów oraz ustalić *in concreto* hierarchię i porządek argumentów. To w tym miejscu będziemy dokonywali oceny z perspektywy rozumności unijnej.

Kontekst argumentacji dotyczy problemu akceptowalności przez audytoria Trybunału wyborów dokonanych w orzeczeniu i zaproponowanej interpretacji prawa unijnego. Nie chodzi (jak przy *discovery*) o czynniki, które rzutują na proces poprzedzający orzeczenie, ale o czynniki, które **decydują o naszej ocenie wykorzystanych przez sędziów argumentów**. W tym momencie przechodzimy do trzeciego kontekstu – rekonstrukcji.

c. Kontekst rekonstrukcji

Kontekst rekonstrukcji jest wyznaczony przez specyfikę budowy wyroków Trybunału Sprawiedliwości²²³. Rekonstruując wyrok, a więc pośrednio także rozumowanie, musimy pamiętać, że wyrok, wykorzystane argumenty są wynikiem ścierania się poglądów oraz dążenia do kompromisów i poszukiwaniem wspólnego mianownika, który połączy sędziów i będzie do zaakceptowania przez ich jak największą liczbę. W Trybunale **nie ma zdań odrębnych**²²⁴. Zgodnie z brzmieniem Regulaminu „konkluzje przyjęte przez większość sędziów po ostatecznej dyskusji decydują o treści orzeczenia Trybunału” (art. 27 ust. 5)²²⁵. W celu wzmocnienia wyroku sędziowie dążą

²²⁰ *J.R. Bengoetxea*, *The Justification of the Decisions*, s. 5.

²²¹ Podkreśla to *U. Everling*, *Reflections on the Reasoning*, s. 58.

²²² Za: *J.R. Bengoetxea*, *N. MacCormick*, *L.M. Soriano*, *Integration and Integrity in the Legal Reasoning*, s. 46.

²²³ Zob. też interesującą analizę *M. Lasser*, *Anticipating three models of judicial control*.

²²⁴ Jedynym głosem poza składem orzekającym jest opinia rzecznika generalnego. Na ten temat zob. moją analizę: *Procedural Friend or Foe?* i cytowaną tam literaturę.

²²⁵ Tłumaczenie za: *T.T. Koncewicz*, *Wspólnotowy Kodeks Proceduralny*.

do uzyskania konsensu, a dopiero gdy nie jest to możliwe, zarządzane jest głosowanie większością głosów. Na wybór głosowania (większościowe czy jednomyślność) wpływ może mieć także okoliczność, czy członkowie składu orzekającego chcą wydać wyrok odważniejszy lub precedensowy, czy bardziej konserwatywny (zachowawczy). W pierwszym bowiem przypadku w interesie samego Trybunału leży, aby stała za nim jak najmocniejsza większość (najlepiej jednomyślność) i aby jak najmniej sędziów czuło się po zakończeniu narady wyalienowanych, gdyż ich pogląd nie spotkał się z aprobatą większości składu.

79 Praktyka Trybunału polega na **dążeniu do osiągnięcia jednomyślności** w obrębie pewnego koniecznego minimum, a nie na dążeniu za wszelką cenę do wydania wyroku wprawdzie „mocniejszego”, ale za którym stoi zwykła większość sędziów biorących udział w naradzie. Jeżeli nie jest to konieczne dla rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, sędziowie wolą pewne kwestie pozostawić sobie na przyszłość, aniżeli burzyć możliwy do osiągnięcia w tej jednej sprawie konsens. Obowiązek zachowania tajemnicy głosowania połączony z brakiem zdań odrębnych powoduje, że nigdy nie wiadomo, czy wydany wyrok zapadł większością głosów, czy też sędziowie byli jednomyślni²²⁶. Na zewnątrz wyrok stanowi jedność. Lakoniczność motywów rozstrzygnięcia to sygnał, że sędziowie byli podzieleni i nie chcieli zamykać sobie furtek w przyszłości. W konsekwencji takiego targowania się może ucierpieć spójność rozumowania oraz jasność przekazu²²⁷.

80 Kontekst rekonstrukcji jest także wyznaczany przez **opinię rzecznika generalnego**, która ma rekompensować brak zdań odrębnych oraz konieczność kompromisu wśród sędziów orzekających kolegiально. Sędziowie w uzasadnieniu wyroku odnoszą się zazwyczaj do najważniejszych dla rozstrzygnięcia elementów sprawy oraz zawierają minimum tego, co potrzebne do wydania wyroku i ani słowa więcej. Trybunał nigdy nie mówi tego, czego nie musi i – jeżeli tylko może – za wszelką cenę pragnie pozostawić sobie jak najwięcej „otwartych furtek” w przyszłości. Dlatego wyrok jest napisany stylem zwięzłym, według z góry ustalonej i bezwzględnie przestrzeganej struktury. To wszystko może pociągać za sobą nieprzejrzystość uzasadnienia oraz argumentacji orzeczenia. Wtedy opinia rzecznika może spełniać funkcje klaryfikacyjne wobec motywów rozstrzygnięcia oraz przytoczonych argumentów. **Trybunał jest sądem celowościowym**: poszukuje interpretacji, która będzie najlepiej realizować cel interpretowanego przepisu. Dlatego większość wyroków rozpoczyna się od charakterystycznych zwrotów: „Pytania sądu krajowego należy rozważyć w świetle celu regulacji”; „Pamiętać należy, że zgodnie z akapitem (...) preambuły, celem rozporządzenia jest (...)”; „Przyjęta interpretacja musi zapewniać, że cel rozporządzenia nie zostanie zniweczony”. Po takim otwierającym zwrocie Trybunał poszukuje celu, aby w pewnym momencie skonstatować: „To w świetle tych okoliczności należy dokonać interpretacji przepisu (...)”.

81 Powodzenie rekonstrukcji zależy od uwzględnienia **czynnika lingwistycznego**. Narada nad wyrokiem toczy się wyłącznie w języku francuskim i w tym języku oprą-

²²⁶ O znaczeniu zdań odrębnych w sądach konstytucyjnych zob. *K. Kelemen*, Dissenting opinions, s. 1359.

²²⁷ O praktyce Trybunału zob. *O. Due*, Pourquoi cette solution?, s. 273 i n. oraz *U. Everling*, Reflections on the Reasoning, zwłaszcza s. 56–58 oraz s. 66 i n.

cowana jest pierwsza wersja językowa wyroku. Inne wersje językowe są wyłącznie tłumaczeniami wersji francuskiej. Dlatego pełna rekonstrukcja orzeczenia w sytuacji, gdy język francuski nie był językiem postępowania, powinna w razie wątpliwości brać pod uwagę **francuską wersję językową**.

W tych przypadkach ta ostatnia może spełniać funkcję klaryfikacyjną, skoro jej podstawową zaletą była obecność i zgoda wszystkich sędziów na takie właśnie brzmienie orzeczenia. W końcu rekonstrukcja nie może być **ograniczona do** jednostkowego orzeczenia, ale musi przebiegać na podstawie założenia, że prawo unijne jest prawem precedensowym, a poszczególne orzeczenia łączą się w tzw. **ciągi (łańcuchy) orzeczeń**²²⁸. Orzecznictwo wzrasta i ewoluuje, a z czasem dopiero formuje się w grupy orzeczniczych łańcuchów²²⁹. 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 elementy²³⁰. Nabiera to szczególnego znaczenia zwłaszcza w sytuacji, gdy Trybunał postępuje 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. Dodatkowo Trybunał rzadko w sposób wyczerpujący przeprowadza zabieg rozróżnienia pomiędzy stanem faktycznym i kontekstem prawnym sprawy, w której powołuje orzeczenie(a), a okolicznościami, które występowały w tych sprawach. Oznacza to, że często analiza ma charakter powierzchowny i zmusza do krytycznego spojrzenia na przywoływane orzeczenia w kontekście konkretnej sprawy²³¹.

III. „Unijna rozumność”. Rekonstrukcja modelu

1. Filozofia art. 19 TUE i „wspólnota prawa”

Artykuł 19 TUE²³² pełni spajającą rolę w rozumowaniu Trybunału. Dlatego od niego należy zacząć rekonstruowanie modelu.

„Idea Europy”, o której pisał cytowany już sędzia *P. Pescatore*, od początku łączyła się z pewnym **ideałem wspólnoty państw opartej na prawie i tylko prawem związanej**²³³. Poprzez ustanowienie art. 220 TWE (dzisiaj art. 19 TUE) państwa członkow-

²²⁸ Termin za *R. Dworkinem*, Law's Empire, s. 229–232, który wyróżnił zjawisko *chain novel*, zapisywane przez kolejne pokolenia sędziów. O zastosowaniu koncepcji *chain novel* do Trybunału Sprawiedliwości *T.T. Koncewicz*, Wspólnotowa „chain novel”, s. 198 i n. oraz *tenże*, Jak rzeczywiście zrozumieć orzecznictwo przesłanie?, s. 191 i n. Podkreślmy jednak, że w prawie europejskim nie tylko Trybunał Sprawiedliwości zapisuje swoją *chain novel*. Zob. wnikliwą analizę *W. Sadurskiego* w odniesieniu do krajowych sądów konstytucyjnych: „Solange, chapter 3”. O precedensie zob. też moją analizę w niniejszym tomie (§ 13).

²²⁹ Podobnie *U. Everling*, On the judge-made law, s. 40.

²³⁰ *T.T. Koncewicz*, Jak rzeczywiście zrozumieć orzecznictwo przesłanie?, s. 191 i n.

²³¹ Zob. interesującą analizę praktyki Trybunału wobec orzecznictwa ETPC: *S. Douglas-Scott*, A Tale of Two Courts, s. 629. Karta Praw Podstawowych Unii dodała nowy element do „jurysprudencji praw człowieka” Trybunału i zmieniła punkt ciężkości w kierunku większego eksponowania Karty jako unijnego katalogu praw podstawowych w miejsce Konwencji. Z wielu analiz zob. *K. Lenaerts*, Exploring the limits of the EU Charter, s. 375.

²³² Poprzednikiem art. 19 TUE był art. 220 TWE.

²³³ *H. Schepel*, *E. Blankenburg*, Mobilizing the European Court of Justice, s. 10.

skie nie tylko dokonały symbolicznego zawierzenia sędziom²³⁴, ale także stworzyły fundamenty kreatywnej postawy przyjętej przez Trybunał w procesie interpretacji prawa unijnego. Wspólnota (Unia) oparte są na rządach prawa, a Trybunał musi zapewnić, że zasada ta jest przestrzegana²³⁵. Przestrzeganie prawa to coś więcej niż mechaniczne stosowanie przepisów prawa i zapewnienie, że są one przestrzegane. To także odkrywanie innych elementów, które składają się na pojęcie „prawo”, wartości i zasad ogólnych oraz łączenie ich jako substratu argumentacyjnego. Jedną z podstawowych cech prawa unijnego jest jego **dynamiczny i otwarty charakter**. Dynamika polega na tym, że *acquis communautaire* jest w stałym ruchu, cały czas wzrasta, ewoluuje. Prawo stanowione przez Unię stanowi konsekwencje coraz to nowych celów, jakie są stawiane przed Unią. Jest coraz bardziej skomplikowane i porozrzucane po wielu dokumentach. Jego zaś otwartość oznacza, że na żadnym etapie ewolucji Wspólnot nie mogło ono być ograniczone do samych Traktatów i prawa wtórnego, pod uwagę należy wziąć szereg innych źródeł prawa, które razem tworzą amalgamat, dopiero na podstawie którego Trybunał zgodnie z art. 19 TUE identyfikuje prawo właściwe dla konkretnej sprawy zawisłej przed nim²³⁶. Wyrażenie „Trybunał zapewnia przestrzeganie prawa” należy odczytywać zarówno jako nakazujące Trybunałowi określone postępowanie w tym kierunku oraz jako upoważniające Trybunał do zapewnienia, że prawo jest faktycznie przestrzegane. Na tym też polega „chloność”²³⁷ formuły zawartej w art. 19 TUE. Jej zawartość Trybunał odkrywa przed nami przez cały czas, ilekroć wymaga tego koherencja unijnego systemu ochrony prawnej, ochrona praw, jakie jednostki wywodzą dla siebie z prawa unijnego, oraz nadrzędna zasada rządów prawa.

83 **Artykuł 19 TUE** należy do ulubionych przepisów Traktatu powoływanych przez zwolenników języka aktywistycznego w opisie sądu unijnego. Zdaniem krytyków Trybunał korzysta z art. 19 TUE „jako *carte blanche*, która pozwala na nadanie sobie nowych kompetencji, inkorporowanie do prawa unijnego zasad ogólnych oraz, jak wynika z opinii 1/91, do uznania, że istnieją kluczowe elementy Traktatu niepodlegające zmianom. Art. 19 TUE nakłada na Trybunał absolutny obowiązek zapewnienia przestrzegania prawa, ale nie zawiera żadnej wzmianki o ograniczeniu jurysdykcji Trybunału. Tym samym każda innowacja jest uzasadniona poprzez odwołanie się do art. 164”²³⁸.

84 Daleki jestem od argumentacji, że orzecznictwo Trybunału powinno być wolne od krytyki. Wprost przeciwnie – **orzecznictwo należy rozumieć jako element i wynik specjalnego rodzaju dyskursu, czyli wymiany argumentów** pomiędzy wszystkimi jego uczestnikami. Te argumenty w ostatecznym rozrachunku są wazone przez sąd, który dokonuje ich oceny i orzeka na podstawie najbardziej przekonujących i pasujących do konkretnej sprawy. Założenie o orzecznictwie jako dyskursie nabiera szczególnego znaczenia w prawie unijnym, które stanowi mieszankę tradycji, instytucji

²³⁴ Por. też uwagi sędziego C.N. Kakourisa, La mission de la Cour de justice, s. 36–37.

²³⁵ G.F. Mancini, Practice, Procedure and Forms of Action, s. 200–201; podobnie F. Schockweiler, L'indépendance et la légitimité du juge, s. 673.

²³⁶ J.R. Bengoetxea, The Justification of Decisions, s. 38.

²³⁷ „Article 220 legislates a pregnant formula” (podkr. T.T.K.) – tak L.N. Brown, T. Kennedy, The Court of Justice, s. 8.

²³⁸ A. O'Neill, The Government of Judges, s. 48 oraz w podobnym tonie I. Ward, A Critical Introduction to European Law, s. 65. Gwoli ścisłości art. 164 TEWG był poprzednikiem art. 220 TWE i obecnego art. 19 TUE.

prawnych wypracowanych w systemach prawnych państw członkowskich²³⁹. Prawo unijne rozwija się właśnie na podstawie interakcji z krajowymi systemami prawnymi, czerpiąc z nich i na ich podstawie tworząc nową jakość. Trybunał jest uzależniony od gotowości do współpracy sądów krajowych, jego procedura została skonstruowana tak, aby stanowisko zostało przedstawione przez jak najszersze spektrum osób. Wymiana poglądów i krytyka zarówno ze strony przedstawicieli doktryny, samych sędziów Trybunału, rzeczników generalnych oraz sędziów krajowych jest więc naturalnym stanem rzeczy prawa unijnego.

Trybunał odwołuje się do art. 19 TUE, uzasadniając wyroki w sprawach, które zaliczamy zarówno do trudnych (*hard*), jak i do jasnych (*clear*). Z punktu widzenia teorii uzasadnienia orzeczeń sądowych, rozwiniętej w kontekście prawa unijnego przez J.R. Bengoetxea, należy wskazać, że zasada rządów prawa jako konsekwencja ideału „Unia opartej na prawie” (*Community based on the rule of law*) stanowi dynamiczne kryterium w procesie konstruowania przez Trybunał uzasadnienia orzeczenia²⁴⁰. W tym świetle sposób oraz okoliczności, w których Trybunał korzysta z art. 19 TUE (wcześniej art. 220 TWE), i zasady rządów prawa uzasadniają tezę o przemyślanym i selektywnym korzystaniu przez Trybunał z tego kryterium. Czasami w wyniku tak dokonanej oceny jedna wartość będzie zasługiwać na ochronę kosztem innej²⁴¹. Działając w ten sposób, Trybunał Sprawiedliwości postępuje jak unijny sąd konstytucyjny, który kształtuje aksjologię unijnego systemu prawnego²⁴². W tym procesie nie ma żadnego automatyzmu. Wprost przeciwnie, „prawo” w art. 19 TUE zakłada konieczność balansowania i wagi racji.

2. Pluralizm argumentacyjny

Już z powyższych rozważań wynika, że „unijna rozumność” w Trybunale oznacza jak najszersze zestawienie argumentów oraz jak najbogatszy opis normatywny rozpatrywanej sprawy. Odrzuca ona podejście monistyczne według reguły *all or nothing* i zmierza do wyważenia konkurencyjnych zasad, wartości i celów. W tym sensie argumentacja unijna jest argumentacją wielopoziomową oraz kompleksową. Jest to okoliczność kluczowa, ponieważ z perspektywy audytorów Trybunału (sędziów krajowych, pełnomocników, doktryny) tylko taka argumentacja może liczyć na akceptację w Unii, która jest wspólnotą argumentacyjną, charakteryzującą się pluralizmem argumentacyjnym. Argumentacja będzie rozumna, jeżeli sędziom uda się stworzyć argumenty wzajemnie się wspierające. Ma ona zmierzać do ujęcia jak największej liczby argumentów przemawiających za orzeczeniem, je uzasadniających i w tym celu umiejętnie powiązanych ze sobą. Założenie o **pluralizmie argumentacyjnym** oznacza, że rozumność odnosimy nie tylko do odpowiedniego doboru argumentów, ale w równej mierze do dokonania racjonalnego ich uporządkowania, a następnie wyboru. Pluralizm argumentacyjny dotyczy bowiem argumentów dostępnych potencjalnie. Czym

²³⁹ D.A.O. Edward, How the Court of Justice works, s. 548 oraz uwagi U. Everlinga, On the judge-made law, s. 37 i n.

²⁴⁰ J.R. Bengoetxea, The Justification of Decisions, s. 25.

²⁴¹ W komentarzu do wyr. TS z 4.10.1991 r., C-70/88, *Parlament p. Radzie (Chernobyl)*, EU:C:1991:373, G. Bebr, Case note on „Chernobyl”, s. 680, pisał, że w tej sprawie „fundamental requirement of the rule of law had to prevail in this instance over the inertia of the Member States” (podkr. – T.T.K.).

²⁴² Por. B. de Witte, Interpreting the EC Treaty.

zupełnie innym jest natomiast spośród tak uporządkowanych i wyselekcjonowanych argumentów dokonanie i uzasadnienie wyboru tych, które mają tworzyć strukturę argumentów wspierających się w konkretnej sprawie. W tym procesie szczególnego znaczenia nabiera ważenie zasad.

- 87 Założenie o pluralizmie argumentacyjnym oznacza, że w pewnym momencie sędzia staje przed dylematem **kolidujących argumentów**. Wówczas poszukuje rozstrzygnięcia na podstawie ważenia zasad i wartości oraz przypisywania poszczególnym zasadom i wartościom zmieniającego się stale waloru ważności. Pluralizm odrzuca systematyczny porządek argumentów, pogrupowanych według wagi i znaczenia. Ważenie nie następuje na podstawie z góry ustalonej miary i kryterium, które miałyby charakter uniwersalny²⁴³. Prawo unijne odrzuca monistyczne rozumienie spójności, zgodnie z którym istnieje jedna uniwersalna zasada, która dostarcza jasnej i ostatecznej odpowiedzi w każdej sprawie rozpoznawanej przez sąd. Wbrew powszechnemu twierdzeniu, zasadą tą nie jest efektywność. Krytycy Trybunału zarzucają, że konflikty argumentacyjne są zawsze rozstrzygane na korzyść efektywności prawa unijnego, a inne wartości, zasługujące na ochronę, są ignorowane. Tymczasem efektywność prawa unijnego (*effet utile*) nie jest, zgodnie z założeniem o pluralizmie argumentacyjnym, argumentem zawsze lepszym i dominującym. Raczej prawo wspólnotowe zakłada istnienie kryteriów balansowania, które nie gwarantują odpowiedzi, a są jedynie instrumentem pozostawionym do dyspozycji sędziego w celu znalezienia odpowiedzi²⁴⁴. Rozumność to nic innego jak dokonywanie oraz uzasadnianie wyborów w sytuacji konkurencji argumentów, reguł, zasad i wartości, wyborów, które wsparte są koherentnym uzasadnieniem.

3. Spójność powiązania argumentów

- 88 Spójność²⁴⁵ można definiować na zasadzie negatywnej (brak niekonsekwencji) lub pozytywnej (coś więcej niż tylko logiczność twierdzeń) jako „powiązanie”, „sensowność całości”, „zwartość”, „zgodność”, „przemawianie jednym głosem”²⁴⁶. Spójność oznacza blisko ze sobą powiązaną całość. System prawny jest koherentny, jeżeli jego poszczególne elementy pasują do siebie. Elementy całości pozostają ze sobą w pozycji współzależności. Wymóg zachowania spójności w rozumowaniu dotyczy **sposobu powiązania i wzajemnego dopasowania argumentów**²⁴⁷. Spójność w teorii argumentacji dotyczy argumentów wykorzystywanych w procesie uzasadniania orzeczenia sądowego. Poszczególne argumenty powinny pasować do siebie. Orzeczenie jest wówczas oceniane jako spójne z perspektywy argumentów oraz ich wzajemnego połączenia. Spójność orzeczenia może być także oceniana z perspektywy szerszej – systemu. W tym drugim przypadku orzeczenie jest spójne, jeżeli pozostaje w zgo-

²⁴³ L.M. Soriano, A Modest Notion of Coherence, s. 317, argumentuje, że brak z góry ustalonej miary dla dokonania wyboru spośród kolidujących argumentów nie oznacza, że dokonany wybór jest nieracjonalny.

²⁴⁴ J.R. Bengoetxea, L.M. Soriano, N. MacCormick, Integration and Integrity in the Legal Reasoning, s. 65.

²⁴⁵ Ogólnie na ten temat zob. N. MacCormick, Legal Reasoning; B. Levenbook, The Role of Coherence, s. 355; R. Alexy, A. Peczenik, The Concept of Coherence, s. 130.

²⁴⁶ S. Berteau, Looking for Coherence, s. 156–157 oraz literatura przywołana tamże w przyp. 10.

²⁴⁷ L.M. Soriano, A Modest Notion of Coherence, s. 297.

dzie z systemem²⁴⁸. Spójność w prawie unijnym zmierza w kierunku nadania sensu różnorodności prawa. Chodzi o zapewnienie, że prawo jest czytelne i zrozumiałe, bez odbierania mu przymiotu różnorodności, skoro akceptujemy, że Wspólnota jest zjawiskiem policentrycznym, funkcjonuje na styku systemów prawnych. Różnorodność jest wpisana w definicję prawa europejskiego. Poprzez spójną postawę sędzia dąży do ideału **rozumienia** różnorodności prawnej²⁴⁹. W szczególności odnosi się to do Trybunału, ponieważ funkcjonuje na styku tradycji prawnych i kultur, jak również orzeka w świecie naznaczonym przez pluralizm prawny²⁵⁰. To sędzia czyni system prawny spójnym²⁵¹. Jest to szczególnie sposób rozumienia spójności, właściwy dla prawa unijnego. L.M. Soriano wskazuje, że sędzia nie stara się określić, czym jest prawo na podstawie kryteriów spójności, ale stara się uczynić system prawny spójną całością²⁵². Orzeczenie jest spójne, nie tylko gdy argumenty, na których zostało oparte, są dobrze powiązane, ale także gdy samo orzeczenie pasuje do reszty systemu i jego podstawowych zasad. Innymi słowy, spójność to sztuka połączenia poszczególnych elementów w ramach systemu prawa oraz elementów systemu prawa z innymi systemami (moralności oraz teorii politycznych).

4. Substrat rozumności: zasady, polityki, wartości

89 Często słyszymy, że Trybunał wydał wyrok polityczny²⁵³. Czy jednak powinniśmy to sformułowanie potraktować jako oznaczające coś *par force* pejoratywnego? Wprost przeciwnie. **Wyrok polityczny** to wyrok, którego uzasadnienie jest zbudowane w sposób specyficzny. Szczególne znaczenie ma w tym przypadku triada: zasady – polityki – cele. Pozwala ona zbudować kompleksową teorię argumentacji, w której prawa i polityki występują jako argumenty wzajemnie się uzupełniające. „Polityki” (*policies*) to kierunki działań podejmowane w celu zabezpieczenia lub osiągnięcia stanów rzeczy, które uznajemy za pożądane. Argument oparty na polityce uzasadnia orzeczenie, które może przyczynić się do takiego stanu rzeczy²⁵⁴. Oparcie się na polityce ma wzbogacić argumenty Trybunału, które powinny brać pod uwagę nie tylko ochronę indywidualnego interesu prawa podmiotowego, ale także interes publiczny²⁵⁵. Polityki odgrywają szczególną rolę w kontekście rozumowania wspólnotowego. Ich rola w rozumowaniu ma zapewnić, że wspólnota może w sposób konsekwentny realizować i osiągać swoje cele. Dzięki temu normatywny opis sprawy ulega wzbogaceniu, staje się pogłębiony i wielowymiarowy. To z kolei oznacza, że konflikty w obrębie procesu decyzyjnego są wyjątkowo skomplikowane, ponieważ na szali, obok przepisów i zasad, zostaną postawione także wartości oraz cele. Gdy spojrzeć na orzecznictwo z tej perspektywy, widzimy, że tak rozumiane polityki odgrywają szczególne znaczenie w procesie rozumowania. Wyrok ma w sposób faktyczny przyczynić się do realizacji celów Unia oraz

²⁴⁸ Punktem odniesienia może być albo wybrana gałąź systemu prawa (spójność w znaczeniu „lokalnym”), albo całość danego systemu prawa (spójność w znaczeniu „globalnym”).

²⁴⁹ L.M. Soriano, A Modest Notion of Coherence, s. 302 (podkr. w oryginale).

²⁵⁰ O tej złożoności zob. S. Berteau, Looking for Coherence, s. 155.

²⁵¹ D.A.O. Edward, Judicial Activism – Myth or Reality?, s. 66.

²⁵² L.M. Soriano, A Modest Notion of Coherence, s. 298 i tam zawarta szczegółowa dyskusja.

²⁵³ Ogólnie J. Bell, Policy arguments.

²⁵⁴ N. MacCormick, Legal Reasoning, s. 261.

²⁵⁵ R. Dworkin, Taking Rights Seriously.

zagwarantować, że może ona realizować swoje cele. Wyrok oparty na politykach oraz chroniący pewne ważne dla Unii wartości jest dobrym wyrokiem, ponieważ konflikty argumentacyjne rozstrzyga w sposób kompleksowy, a na dostępny materiał argumentacyjny spogląda globalnie. Polityka jest wyrażona zasadą, a zasada polityką.

- 90 Jeżeli jeszcze omawiany wyrok stanowi **część łańcucha orzeczniczego**, w którym polityki oraz zasady są w sposób konsekwentny wykorzystywane jako element racjonalizujący wybory sędziów, to wspólnotowa rozumność nabiera elementu przewidywalności. Jesteśmy w stanie z góry przewidzieć, w jaki sposób sędziowie rozumują oraz na podstawie jakich argumentów dokonują wyborów w sytuacji pluralizmu argumentacyjnego. W tym też sensie „dobre rozumowanie” to takie, które umiejętnie łączy argumenty oparte na zasadach, regułach i politykach oraz jest powiązane z Traktatem. Gdy spojrzeć z tej perspektywy na orzecznictwo TSUE, szereg wątpliwości zostaje rozwiązanych. Krytycy Trybunału będą wprawdzie nadal zarzucać, że orzeczenie jest polityczne, ale ich argumentacja zostaje osłabiona, gdyż posługuje się **powierzchnowym rozumieniem polityki wyłącznie jako procesu decyzyjnego**. Tymczasem orzeczenie polityczne w wyżej zarysowanym znaczeniu jest orzeczeniem w pełni przewidywalnym i samoracjonalizującym się mocą wewnętrznego rozumowania opartego na pogłębionym opisie normatywnym sprawy, weryfikowalnych wyborach oraz stopniu przyczyniania się dokonanych wyborów do realizacji celów wspólnoty.

IV. „Unijna rozumność” *in action*. Aplikacja modelu

1. Uwagi wstępne

- 91 Poczynione założenia na poziomie modelu należy teraz poddać weryfikacji orzeczniczej w celu udzielenia odpowiedzi, czy Trybunał jest rzeczywiście sądem rozumnym²⁵⁶. Sprawy omówione poniżej należą do spraw trudnych (nieprzejrzystych), których rozstrzygnięcie było uzależnione od dokonania wyboru pomiędzy kilkoma możliwymi sposobami interpretacji, pomiędzy kilkoma akceptowalnymi prawnie rozwiązaniami problemu. Mieliliśmy do czynienia ze sporem interpretacyjnym i aktualnie stawało się pytanie o proces argumentacyjny²⁵⁷.

2. „Filozofia *Van Gend en Loos*”. Od „ducha Traktatu”, poprzez „system Traktatu”, do bezpośredniego skutku prawa europejskiego

- 92 Wyrok Trybunału w sprawie *Van Gend en Loos*²⁵⁸ do dzisiaj jest przywoływany jako kamień węgielny procesu konstytucjonalizacji. Poniżej nie zamierzam jednak analizować jego wpływu na ewolucję prawa unijnego (od klasycznego międzynarodowego do *sui generis* unijnego). Raczej chodzi o zwrócenie uwagi na dobór oraz upo-

²⁵⁶ Analizując orzecznictwo, należy mieć na uwadze, że wybrane sprawy ukazują pewne tendencje ogólne. Zawsze możliwe jest wskazanie spraw, które nie mieszczą się w modelu.

²⁵⁷ J. Stelmach, Kodeks argumentacyjny, s. 16.

²⁵⁸ Wyr. 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. O znaczeniu wyroku *M. Everson, J. Eisner*, *The Making of European Constitution*; *A. Vauchez*, *The Transnational Politics of Judicialization*, s. 1 i n. oraz *tenże*, *L'Union par le droit*, w szczególności rozdz. 3; *J.H.H. Weiler*, *Rewriting Van Gend & Loos*, s. 150 i n.; *E. Benvenisti, G.W. Downs*, *The Premises, Assumptions, and Implications*, s. 85. Ciekawą analizę przedstawia także *S.A. Koh*, *Marbury Moments*, s. 118.

rządkowanie argumentów, które doprowadziły Trybunał do wniosku o bezpośrednim skutku prawa unijnego w krajowych systemach prawnych.

Czytając uzasadnienie wyroku, wyczuwalna jest **wewnętrzna dynamika uzasadnienia**. Można bowiem zidentyfikować kilka kluczowych ustępów, z których każdy stanowi inspirację dla kolejnego, w ten sposób wzmacniając tempo rozumowania i doprowadzając je do konkluzji. Na samym początku Trybunał identyfikuje problem: „Czy art. 12 Traktatu może być bezpośrednio stosowany w prawie krajowym w tym sensie, że obywatele państw członkowskich mogą na jego podstawie dochodzić praw, których ochrona jest obowiązkiem sądów krajowych?”. Trybunał wydaje się więc nie różnicować konsekwentnie „bezpośredniego stosowania” od „bezpośredniego skutku”²⁵⁹. W cytowanym ustępie fragment następujący po słowach „w tym sensie, że” stanowi w rzeczywistości klasyczną definicję bezpośredniego skutku, a nie bezpośredniej stosowalności art. 12 Traktatu, co mogłoby sugerować początkowe brzmienie tego akapitu. Prawdziwe znaczenie cytowanego ustępu polega na podaniu klasycznej definicji bezpośredniego skutku, która stała się podstawą odniesienia dla kolejnego orzecznictwa: „obywatele państw członkowskich mogą na jego podstawie [art. 12 Traktatu – dopisek *T.T.K.*] dochodzić praw, których ochrona jest obowiązkiem sądów krajowych”.

Trybunał wskazał **kryteria** dla dokonania takiej **oceny**: w tym celu należy rozważyć **ducha, ogólny system oraz brzmienie tych przepisów**. Godna podkreślenia jest kolejność, w jakiej Trybunał wymienia kryteria, którymi będzie się kierował, udzielając odpowiedzi na pytanie o istnienie bezpośredniego skutku. Jest ona nieprzypadkowa i jasno wskazuje preferencje Trybunału w procesie interpretacji, skoro brzmienie (*wording*) znajduje się na końcu listy. Fakt ten nie powinien dziwić, skoro przepisy Traktatu nie wspominają słowem o bezpośrednim skutku prawa unijnego. Ten akapit może być w rzeczywistości potraktowany jako sztandarowe ujęcie dominującej metody interpretacji prawa unijnego przez Trybunał – teleologicznej. Trybunał wskazuje **cel**, który następnie prowadzi do i determinuje kierunek interpretacji szczegółowego przepisu²⁶⁰. Trybunał przygotowuje podstawy dla ogłoszenia nowej doktryny, gdy stwierdza, że Traktat to coś więcej niż tylko umowa międzynarodowa. Opiera się w tym zakresie na preambule Traktatu (odnosi się ona nie tylko do rządów, ale również do narodów), na fakcie powołania do życia instytucji wyposażonych w suwerenne prawa, których wykonywanie dotyczy zarówno państw członkowskich, jak i ich obywateli, oraz na okoliczności, że od obywateli państw tworzących Unię wymagana jest współpraca za pośrednictwem Parlamentu Europejskiego.

Istnienie Parlamentu Europejskiego stanowi dla Trybunału kolejny argument potwierdzający wyjątkowość prawa unijnego oraz dowodzi, że także podmioty prywatne mają w nim do odegrania określoną rolę. W końcu Trybunał przechodzi do argumentu *stricte* jurysdykcyjnego, skoro powierzenie Trybunałowi Sprawiedliwości na podstawie art. 234 TWE zadania zapewnienia jednolitej interpretacji Traktatu przez sądy i trybunały krajowe stanowi potwierdzenie, że państwa członkowskie uznały, iż podmioty prywatne mogą powoływać się na prawo unijne w swoich sądach krajowych. Wypływa z tego następujący wniosek: „Wspólnota stanowi nowy porządek

²⁵⁹ T. Winter, *Direct Applicability*, s. 425 oraz J.A. Usher, *EC institutions*.

²⁶⁰ Dla Trybunału celem Traktatu jest utworzenie wspólnego rynku, którego funkcjonowanie dotyczy bezpośrednio zainteresowanych stron.

prawny prawa międzynarodowego (ang. *new legal order*; fr. *un nouvel ordre juridique*), na rzecz którego państwa ograniczyły, aczkolwiek w niektórych tylko materiałach, swoją suwerenność, i którego podmiotami są nie tylko państwa członkowskie, ale również ich obywatele. W związku z tym prawo unijne, w sposób niezależny od prawa krajowego, nie tylko nakłada na jednostki obowiązki, ale również dąży do przydania jednostkom praw będących częścią ich [jednostek – dopisek *T.T.K.*] statusu prawnego (ang. *part of their legal heritage*; fr. *entrent dans leur patrimoine juridique*). Prawa te powstają nie tylko wówczas, gdy wynika to w sposób wyraźny z Traktatu, ale również z racji zobowiązań nałożonych w sposób jednoznaczny na podmioty prywatne, na państwa członkowskie, jak również na instytucje Wspólnot⁹⁵.

95 Przywołany *in extenso* fragment zawiera **kluczową formułę dla zrozumienia procesu konstytucjonalizacji prawa europejskiego i serce „filozofii *Van Gend en Loos*”**²⁶¹. Stanowi punkt wyjścia budowy łańcucha orzecznictwa. Konstatacja, że Wspólnota (dzisiaj: Unia) są czymś nowym i innym, oznacza, że także prawo przez nie stanowione musi być m.in. wyposażone w pierwszeństwo absolutne, a nie tylko takie, jakie co do zasady przysługuje „zwykłym” umowom międzynarodowym i jako takie jest uzależnione od prawa krajowego. Ograniczenie suwerennych praw zostało w sprawie *Van Gend en Loos* opisane jako dokonane *within limited fields* (fr. *dans des domaines restreints*). Waga przytoczonego akapitu polega na tym, że Trybunał uznaje, co do zasady, istnienie bezpośredniego skutku prawa unijnego. Dopiero rozstrzygnąwszy kwestię, czy bezpośredni skutek w ogóle przysługuje, Trybunał przechodzi do zbadania, czy jeden z artykułów Traktatu (art. 12) może być uznany za bezpośrednio skuteczny w świetle wskazanych wcześniej kryteriów (ustęp niżej).

96 Potwierdzenia Trybunał poszukuje także w **systemie** Traktatu. Tutaj argumentacja przebiega następująco. Trybunał podkreśla, że zgodnie z art. 23 TUE, znajdującym się w części Traktatu określającej „Podstawy Unii”, Unia oparta jest na unii celnej. Artykuł ten zawiera podstawowy zakaz wprowadzania opłat celnych lub opłat mających równoważny skutek. Jest on rozwinięty w art. 25 TUE, który zawiera jasny i bezwarunkowy zakaz mający charakter zobowiązania negatywnego. Zobowiązanie to nie jest ograniczone żadnym zastrzeżeniem, które uzależniałoby jego implementację przez państwa członkowskie od wydania pozytywnego aktu prawa krajowego. Charakter tego przepisu powoduje, że idealnie nadaje się on do wywoływania bezpośredniego skutku w stosunkach prawnych nawiązywanych między państwami członkowskimi a ich obywatelami. Sam fakt, że podmiotem negatywnego zobowiązania z art. 12 TUE są państwa członkowskie, nie może oznaczać, że obywatele tych państw nie mogą korzystać z tego zobowiązania. W ten sposób na podstawie połączenia **celu** oraz **ogólnego** systemu Trybunał konstatuje, że art. 25 TUE musi być interpretowany jako wywołujący bezpośredni skutek i tworzący indywidualne prawa, które muszą być chronione przez sądy krajowe.

²⁶¹ Szerzej *T.T. Koncewicz*, Aksjologia unijnego kodeksu proceduralnego oraz *tenże*, *Van Gend en Loos*, cz. 1, s. 226 i n.; cz. 2, s. 232 i n. i cz. 3, s. 206 i n.

3. Łączenie i konstruowanie argumentów wzajemnie wspierających. Sprawa *ADBHU*

Wyrok w sprawie *ADBHU*²⁶² może być przykładem orzeczenia, w którym Trybunał zmierzał w kierunku **zbudowania kompleksowego uzasadnienia** i połączenia różnych argumentów. W sprawie tej chodziło o konflikt pomiędzy zasadą swobodnego przepływu towarów a ochroną środowiska naturalnego²⁶³. Problem polegał na tym, że w momencie rozstrzygnięcia sprawy ochrona środowiska **nie była jeszcze ujęta w Traktacie**.

Czy więc Trybunał powinien rozwiązywać konflikty pomiędzy prawami i interesami uregulowanymi wyłącznie w Traktacie, czy też rozumowanie może objąć prawa i wartości nieznajdujące się w nim, a **balansowanie** może zostać przeprowadzone pomiędzy traktatowymi prawami gospodarczymi a pozatraktatowymi wartościami (interesami)? Trybunał opowiedział się za drugą możliwością, uznając, że ochrona środowiska jest jednym z kluczowych celów Unii. W tym celu wziął pod uwagę szereg argumentów kolidujących ze sobą i dokonywał ich wyważania. Rozumowanie przebiegało następująco. Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej nie ma charakteru absolutnego, ochrona środowiska stanowi jeden z kluczowych celów Unii (Wspólnota – *essential objective of the Community*), środki, za pomocą których ochrona jest realizowana (system zezwoleń), nie są nieproporcjonalne ani nie wprowadzają dyskryminacji. Wniosek: ograniczenie swobody prowadzenia działalności gospodarczej jest uzasadnione.

Znaczenie sprawy *ADBHU* polega na **uznaniu ochrony środowiska za jeden z celów Unii jeszcze przed formalnym umieszczeniem stosownego przepisu w Traktacie** (nastąpiło to dopiero w Jednolitym Akcie Europejskim). Element polityki (ochrona środowiska jako cel i pożądany stan rzeczy) racjonalizuje stosowanie praw podstawowych, skoro spełnia wobec nich funkcję ograniczającą. Z tej perspektywy mamy do czynienia ze wspólnotową rozumnością, ponieważ opis normatywny sprawy jest pełny: jako substrat rozumowania brane są nie tylko prawa i zasady, ale także polityki i cele Unii. Czy jednak Trybunałowi udało się skonstruować w sposób spójny i kompleksowy połączenie argumentów, które prowadzi do powstania struktury argumentów wspierających się wzajemnie? Czy Trybunał uzasadnia połączenie interesu Unii z ochroną środowiska?

L.M. Soriano zwraca uwagę, że wniosek (ochrona środowiska jest celem Unii) nie wynika w sposób logiczny z poprzedzającego go rozumowania²⁶⁴. Raczej w rozumowaniu odnajdujemy luki, które Autor nazywa „skokami w rozumowaniu” (*jumps in reasoning*). Jego zdaniem Trybunał wskazał dwa elementy, na których oparł swoje rozumowanie: po pierwsze, swoboda działalności gospodarczej nie ma charakteru absolutnego, ale może być ograniczona w pewnych sytuacjach; po drugie, dyrektywa 75/439/EWG o usuwaniu przetworzonego oleju musi być interpretowana z perspek-

²⁶² Wyr. TS z 7.2.1985 r., 240/83, *Procureur de la République p. Association de défense des brûleurs d’huiles usagées (ADBHU)*, EU:C:1985:59.

²⁶³ Dyrektywa Rady 75/439/EWG z 16.6.1975 r. o usuwaniu przetworzonego oleju (Dz.Urz. WE L Nr 194, s. 23). Pytanie przekazane przez sąd krajowy brzmiało: czy system zezwoleń na usuwanie przetworzonego oleju jest zgodny ze swobodą przepływu towarów i wolną konkurencją.

²⁶⁴ *L.M. Soriano*, *A Modest Notion of Coherence*, s. 312.

tywy ochrony środowiska, która stanowi jeden z kluczowych celów Unii. Problem w tym, że ochrona środowiska nie wynika w sposób logiczny z uznania, że prawa podstawowe nie mają charakteru absolutnego. „Skok w rozumowaniu” polega na tym, że ochrona środowiska jako „cel” powinna być obudowana innymi argumentami wspierającymi taką konkluzję.

- 100 Skoro unijna **rozumność** jest sztuką wyważania kolidujących argumentów oraz interesów, wyważanie musi zostać wsparte odpowiednią argumentacją, która będzie spełniać warunek kompleksowości (opis normatywny sprawy) oraz spójności (połączenie argumentów). W tym też sensie krytyka wyroku w sprawie *ADBHU* jest zasadna, jeżeli chodzi o jej opis normatywny. Trybunał powinien był wyjaśnić, dlaczego uznaje ochronę środowiska za kluczowy cel Unii. Brak jest więc łącznika pomiędzy teorią prawa, moralności i teorią polityczną, co nabiera szczególnego znaczenia w sprawie o znaczeniu konstytucyjnym, bo rozszerzającym zakres kompetencji Unii²⁶⁵. Tymczasem uzasadnienie wyroku w sprawie *ADBHU* milczy w tym zakresie. Konstytucjonalizacja prawa europejskiego oznacza transformację projektu europejskiego w coś znacznie więcej aniżeli tylko wspólnotę gospodarczą. Dlatego rozumowanie Trybunału w tej sprawie mogło zostać wzbogacone przez odwołanie się do praw i celów innych niż gospodarcze. Trybunał mógł nawet wpleść do swojego uzasadnienia argument, że ochrona środowiska jest warunkiem niezbędnym dla poprawy warunków życia obywateli europejskich²⁶⁶.

4. Porządki pierwszeństwa argumentów w ramach spójnego systemu kontroli sądowej. Sprawa *Les Verts*

- 101 Artykuł 173 TEWG w pierwotnym brzmieniu nie wspominał o Parlamencie Europejskim jako instytucji, która korzysta z legitymacji biernej i czynnej do występowania ze skargą o unieważnienie²⁶⁷. Tymczasem orzecznictwo Trybunału w sposób stopniowy (prawda, że wbrew tekstowi, ale to nie jest decydujące, o czym niżej) dopuszczało Parlament do udziału w postępowaniu sądowym²⁶⁸.

Mimo brzmienia art. 263 TFUE, w orzeczeniu w sprawie *Les Verts*²⁶⁹ Trybunał uznał, że **Parlament korzysta z legitymacji biernej**. Trybunał rozpoczął od podkreślenia, że

²⁶⁵ J.R. Bengoetxea, N. MacCormick, L.M. Soriano, *Integration and Integrity in the Legal Reasoning*, s. 69–70.

²⁶⁶ J.R. Bengoetxea, N. MacCormick, L.M. Soriano, *Integration and Integrity in the Legal Reasoning*, s. 80.

²⁶⁷ Dzisiaj skarga o unieważnienie jest uregulowana w art. 263 TFUE.

²⁶⁸ O tym orzecznictwie szczegółowo A. Arnulf, *Does the Court of Justice have an inherent jurisdiction?*, s. 683 i *tenże*, *The European Court*, 2006, s. 411; G. Bebr, *Case note on „Chernobyl”*, s. 663 i *tenże*, *The Court of Justice*; K.St.C. Bradley, *The Variable Evolution*, s. 27; *tenże*, *Sense and Sensibility*, s. 245; V. Constantinesco, D. Simon, *Note sur l'affaire Les Verts*, *Recueil Dalloz Sirey* 1987, s. 79; *ciż*, *Note sur l'affaire Les Verts*, *Journal du droit international* 1987, s. 409; V. Constantinesco, *Note sur l'affaire C-70/88*, s. 451; J.P. Jacqué, *Note sur l'affaire Les Verts*, s. 500 i *tenże*, *La légitimation du Parlement européen*, s. 620; P. Pescatore, *Reconnaissance et controle judiciaire*, s. 594; F. Schockweiler, *La Cour de justice*; M. Thill, *Le défaut de qualité du Parlement européen*, s. 367 i *tenże*, *Recent Case-Law of the Court*, s. 1 i n.; J.A. Usher, *How limited is the jurisdiction*; J.H.H. Weiler, *Pride and Prejudice*, s. 334.

²⁶⁹ Gwoli ścisłości jednak należy pamiętać, że Trybunał rozpoczął dwoma wyrokami dotyczącymi prawa Parlamentu do interwencji, w których uznał, że „nie jest możliwe ograniczenie wykonania tego prawa [do zgłoszenia interwencji – dopisek T.T.K.] przez jedną z instytucji bez ujemnego wpływu na jej instytucjonalne usytuowanie przewidziane w art. 4(1)” – wyr. z 29.10.1980 r., 138/79, *SA Roquette Frères p. Radzie*,

Wspólnota Europejska stanowi **porządek oparty na prawie**, co oznacza, że ani państwa członkowskie, ani instytucje nie mogą unikać kontroli, czy ich akty prawne są zgodne z podstawową kartą konstytucyjną – Traktatem. Przyznał, że Traktat rzeczywiście nie przewidział typu skargi wniesionej przez skarżącego, jednakże zadanie Trybunału zapewnienia poszanowania prawa wymaga wzięcia pod uwagę ogólnego systemu Traktatu, którego celem jest umożliwić wniesienie skargi bezpośredniej skierowanej przeciwko każdemu aktowi prawnemu instytucji, który tworzy skutki prawne. Odpowiednio więc „interpretacja art. 173 [obecnie art. 263 TFUE] Traktatu wykluczająca spod kontroli akty prawne przyjęte przez Parlament Europejski prowadziłaby do rezultatu sprzecznego zarówno z duchem Traktatu wyrażonym w art. 164 [obecnie art. 19 TUE], jak i z jego systemem”. Aby więc uczynić zadość systemowi Traktatu oraz obowiązkowi Trybunału na podstawie art. 19 TUE, konieczne było uzupełnienie ówczesnego art. 173 TEWG.

W rozumowaniu w sprawie *Les Verts* na szczególną uwagę zasługuje wykorzystanie **art. 19 TUE do funkcji racjonalizacyjnej i porządkującej**. Trybunał dokonuje konfrontacji dwóch artykułów Traktatu: 263 TFUE (wówczas 230 TWE) i 19 TUE (wówczas art. 220 TWE). Zasadniczym punktem wyjścia i przesłanką rozumowania było przyjęcie, że art. 19 TUE musi wyznaczać kierunek i sposób interpretacji art. 263 TFUE, tak aby interpretacja przepisu szczegółowego (art. 263) doprowadziła do rezultatu zgodnego z przepisem ogólnym (art. 19). To pozwala przyjąć z kolei, że interpretacja, która prowadziłaby do wykluczenia z zakresu skargi o unieważnienie aktów prawnych Parlamentu Europejskiego, oznaczałaby opowiedzenie się za rezultatem wykładni sprzecznym zarówno z „duchem” Traktatu wyrażonym w art. 19 TUE²⁷⁰, jak i z jego systemem (pkt 25 wyroku). Odwołanie się do art. 19 TUE oznacza, że wszystkie instytucje unijne, także Parlament, muszą zostać poddane kontroli legalności swego działania sprawowanej przez Trybunał. Pytanie pozostaje: czy ten wniosek jest racjonalny? Czy *Les Verts* jest wyrokiem politycznym (jak niestrudzenie zarzucają krytycy Trybunału), czy też rozstrzygnięciem przewidywalnym i logiczną konsekwencją orzecznictwa *Van Gend en Loos*? Gdy unikamy prostego etykietowania, sprawa *Les Verts* może zostać wyjaśniona za pomocą kryteriów znajdujących się wewnątrz porządku prawnego tworzonego przez Unię. Kryteria mają charakter prawny, a nie polityczny. Trybunał wyszedł poza tekst art. 263 TFUE, ale nie oznacza to jeszcze, że funkcjonował bez podstawy jurysdykcyjnej. Dokonując interpretacji, Trybunał analizował tekst Traktatu w sposób przypominający interpretację krajowej konstytucji, sam zaś Trybunał występował jako sąd konstytucyjny. W konsekwencji Trybunał zbudował argumentację **na podstawie zasad konstytucyjnych** i w ten sposób wzbogacił, i skomplikował jednocześnie, opis normatywny rozstrzyganej sprawy. Dokonał **hie-**

EU:C:1980:249 oraz wyr. z 29.10.1980 r., 139/79, *Maizena GmbH p. Radzie*, EU:C:1980:250. W dalszej kolejności TS uznał, że posiada jurysdykcję do wydania orzeczenia wstępnego w przedmiocie ważności oraz interpretacji aktów Parlamentu (wyr. z 15.9.1981 r., 208/80, *Rt. Hon. Lord Bruce of Donington p. Eric Gordon Aspden*, EU:C:1981:194). W końcu w wyr. z 22.5.1985 r., 13/83, *Parlament p. Radzie*, EU:C:1985:220, Trybunał potwierdził dopuszczalność występowania przez Parlament ze skargą o zaniechanie, uznając, że sam fakt, iż Parlament jest instytucją polityczną, nie oznacza, że nie może korzystać z traktatowych środków ochrony prawnej w celu rozstrzygania swoich sporów z pozostałymi instytucjami. Te trzy sprawy zasługują na uwagę, ponieważ potwierdzają słuszność uwag poczynionych na wstępie niniejszej analizy, że żadne orzeczenie nie może być analizowane w oderwaniu od kontekstu i zawsze stanowi element jakiejś tradycji orzeczniczej.

²⁷⁰ Odwołanie się do ducha Traktatu nie jest jednak nowe. Wystarczy przypomnieć, że miało to miejsce już w wyroku w sprawie *Van Gend en Loos*. Zob. analizę powyżej.

rarchizacji w obrębie Traktatu („podstawowa karta konstytucyjna Wspólnoty”). W jej skład wchodzi, obok przepisów oraz norm na jej podstawie skonstruowanych, także pewne nadrzędne zasady konstytucyjne²⁷¹. Pomiędzy grupą pierwszą a drugą istnieje hierarchia, skoro w razie sprzeczności, oraz *a fortiori* niejasności, konstytucyjne zasady nadrzędne mają pierwszeństwo oraz wyznaczają pożądany sposób i kierunek wykładni przepisów oraz norm. Hierarchia, jaką Trybunał ustala, jest pomiędzy zasadami i wartościami nadrzędnymi Traktatu konstytucyjnego a innymi przepisami Traktatu. Zasady nadrzędne w ostatecznym rozrachunku nie tylko pozwalają znaleźć rozstrzygnięcie dla konkretnej sprawy, ale także determinują w sposób szczegółowy kierunek uzasadnienia rozstrzygnięcia. Zasady nadrzędne w rozumowaniu Trybunału odgrywają szczególną aktywną rolę w sytuacji milczenia przepisu Traktatu. Czy milczenie musi oznaczać niemożność wydania orzeczenia przez sąd i zbudowania rozumnego uzasadnienia?

Rozumowanie w sprawie *Les Verts* ukazuje, że nie każde odejście od sensu językowego przepisu musi być od razu uważane za wykładnię niezgodną z prawem. Prawo może zezwalać na odstąpienie od wyraźnego sensu językowego nie tylko, gdy interpretacja językowa prowadzi *ad absurdum*, ale także w tych sytuacjach, gdy interpretacja językowa oznaczałaby przyjęcie rozstrzygnięć rażąco niesprawiedliwych. Wykładnia kreatywna może być np. uzasadniona dążeniem do zapewnienia zgodności wykładni z aktem prawnym wyższego rzędu (konstytucją, traktatem itp.). W sprawie *Les Verts* Trybunał opierał się na zasadzie sądowej ochrony obowiązującej w ramach Unii rządzonej przez prawo, w sytuacji gdy jedna z instytucji wydaje akt prawny wywołujący skutki prawne.

W sprawie *Chernobyl*, dotyczącej legitymacji czynnej Parlamentu, funkcję tę spełniała **zasada równowagi instytucjonalnej**. Trybunał starał się dostosować zasadę nadrzędną (sądowej ochrony i równowagi instytucjonalnej) do stale ewoluującego usytuowania instytucjonalnego Parlamentu Europejskiego oraz wzrostu jego kompetencji. Skoro Traktat zezwala Parlamentowi na stanowienie aktów prawnych wiążących dla osób trzecich, oznacza to, że muszą one być w stanie kwestionować legalność takich aktów prawnych. Uzasadnienie zostaje więc wzbogacone o argumenty systemowe i celowościowe i w ten sposób zaczepione w zasadach nadrzędnych, mających swoje źródło w Traktacie konstytucyjnym Unii²⁷².

103 W konsekwencji **akt balansowania** pomiędzy z jednej strony zasadami nadrzędnymi, a z drugiej brzmieniem poszczególnych przepisów, wymaga kompleksowej i wielopoziomowej **argumentacji oraz wyborów** pomiędzy kolidującymi argumentami. Tylko dzięki kompleksowej argumentacji sędziowie mogą w sposób zasadny przełamywać tekst Traktatu oraz przekonywać opinię publiczną, że zabieg ten był zasadny w imię zapewnienia koherencji pomiędzy przepisami, normami i zasadami konstytucyjnymi oraz dla podkreślenia nadrzędności pewnych zasad w ramach unijnego systemu prawnego. **Spójność** (koherencja) jest tutaj słowem-kluczem. Obliguje do za-

²⁷¹ *Superior principles* wyróżnione przez V. Constantinesco, The ECJ as a law-maker, s. 79. K. Lenaerts, Some thoughts about the Interaction, s. 17, w kontekście wyroku w sprawie *Les Verts* posługuje się terminem *fundamental principle*.

²⁷² Por. też z wyr. z 22.10.1987 r., 314/85, *Foto-Frost p. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, EU:C:1987:452 i analogicznie poniżej.

104 pewnienia, że elementy wchodzące w skład wewnętrznej hierarchii Traktatu pozostają wobec siebie w stosunku komplementarności, a nie sprzeczności. Koherencja oznacza, że orzecznictwo odwołujące się do zasad nadrzędnych i stopniowo tworzące taką hierarchię jest przewidywalne i przekonujące swoją argumentacją oraz uzasadnieniem. W tym procesie nie ma miejsca na oportunizm, ale na stałe podkreślanie lojalności wobec zasad konstytuujących Wspólnotę. W ten sposób Wspólnota jawi się jako organizacja wierna pewnym zasadom i przestrzegająca ich w sposób konsekwentny²⁷³.

W sprawie *Les Verts* element spójności jest wyczuwalny w uzasadnieniu, mimo iż Trybunał nie odwołuje się doń wprost. Spójność jest dla Trybunału cechą systemu, a nie samego orzeczenia. Poszczególne elementy traktatowego systemu ochrony prawnej (skargi) mają stanowić spójną całość. Uznając dopuszczalność skargi skierowanej przeciwko Parlamentowi Europejskiemu, Trybunał zmierza do zapewnienia, że unijny system kontroli sądowej ma charakter spójny jako całość. Triada systemowych argumentów w postaci „**kompletnego systemu środków ochrony prawnej**”, „**ogólnego systemu Traktatu**” oraz „**Unii opartej na rządach prawa**” zostaje powiązana ze sobą i prowadzi w rezultacie do przełamania tekstu art. 263 TFUE. Podejście Trybunału jest pragmatyczne: koncentruje się w zapewnieniu, że system będzie miał charakter efektywny, zdolny do funkcjonowania i osiągania swoich celów. W ten sposób orzeczenie, nieoparte wprost na tekście, zostaje obudowane argumentami pozatekstowymi, które razem tworzą strukturę wzajemnie się wspierającą. Istotne, że o ile w przypadku omawianej powyżej sprawy *ADBHU* mieliśmy do czynienia ze skokami w rozumowaniu, o tyle argumentacja w *Les Verts* ma charakter pełniejszy, a przesłanki są ze sobą ściślej powiązane, tworząc strukturę wprawdzie wewnętrznie zróżnicowaną, ale wzajemnie się wspierającą²⁷⁴.

5. Rozumowanie w obronie integralności systemu. Sprawa *Foto-Frost*²⁷⁵

105 Artykuł 267 TFUE, dotyczący orzeczeń wstępnych wydawanych przez Trybunał Sprawiedliwości na wniosek sądów krajowych, dokonuje rozróżnienia pomiędzy prawem sądów niższej instancji a obowiązkiem sądów, od orzeczeń których nie przysługuje odwołanie w prawie krajowym, do występowania z pytaniami w przedmiocie ważności i interpretacji prawa unijnego. Jeżeli chodzi o interpretację prawa unijnego, to rozróżnienie takie jest uzasadnione i wynika z założenia, że w kwestiach interpretacji tego prawa sądy krajowe są istotnie sądami unijnymi wyposażonymi w generalną kompetencję²⁷⁶. Inaczej jednak należy konstruować kompetencje sądów krajowych

²⁷³ J.R. Bengoetxea, N. MacCormick i L.M. Soriano do tego elementu stałości i wierności zasadom przywiązują szczególną wagę.

²⁷⁴ Legitymacja czynna Parlamentu została z kolei uznana w wyr. TS z 4.10.1991 r., C-70/88, *Chernobyl*, EU:C:1991:373.

²⁷⁵ Wyr. TS z 22.10.1987 r., 314/85, *Foto-Frost p. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, EU:C:1987:452.

²⁷⁶ Rzecznik generalny F. Jacobs w opinii z 21.3.2002 r., C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores p. Radzie*, EU:C:2002:197, zwracał uwagę na konieczność osobnego traktowania sytuacji interpretacji i badania ważności prawa unijnego. Jego zdaniem tylko w przypadku interpretacji sąd krajowy jest sądem unijnym wyposażonym w generalną kompetencję. W przypadku zaś ważności prawa unijnego sądy krajowe muszą respektować kompetencję Trybunału Sprawiedliwości do orzekania w przedmiocie ważności prawa unijnego. O (na)dal) restrykcyjnym (nieaktywistycznym?) orzecznictwie w zakresie dostępu do Trybunału Sprawiedliwości podmiotów prywatnych zob. wiodący wyr. TS z 3.10.2013 r., C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami i in. p. Parlamentowi i Radzie (Inuit Tapiriit Kanatami I)*, EU:C:2013:625 oraz wyr. TS z 3.9.2015 r., C-398/13 P,

w zakresie ważności prawa unijnego²⁷⁷. Analiza literalnego brzmienia art. 267 TFUE prowadzi do wniosku, że tylko sądy, od orzeczeń których nie przysługuje środek odwoławczy, są wyraźnie zobligowane do przekazywania pytań do Trybunału o wydanie orzeczenia prejudycjalnego w przedmiocie ważności aktu prawnego Wspólnot. Natomiast sądy, od orzeczeń których przysługuje środek odwoławczy, mogą same decydować zarówno co do ważności, jak i interpretacji prawa unijnego.

106 Nie ulega wątpliwości, że z punktu widzenia jednolitości stosowania prawa unijnego dopuszczenie możliwości orzeczenia przez każdy sąd krajowy i nie czekając na wyrok Trybunału, że akt prawny jest nieważny, byłoby bez wątpienia niepożądane. **Brak jednoznacznego nadania Trybunałowi wyłącznej jurysdykcji** w zakresie orzekania o nieważności był powszechnie krytykowany²⁷⁸, sam Trybunał jednak nie miał przez wiele lat bezpośredniej okazji, aby ustosunkować się do tej kwestii. Przez długi czas orzecznictwo zawierało jedynie sugestie, że mimo brzmienia art. 267 TFUE Trybunał korzysta z jurysdykcji wyłącznej także w zakresie dotyczącym ważności²⁷⁹. Niedoskonałość istniejącej regulacji była dostrzegana przez Trybunał, skoro w propozycjach pożądanych zmian Traktatu przedstawionych w 1975 r. Sam Trybunał postulował dodanie do Traktatu przepisu, który zakazywałby sądom krajowym traktowania prawa unijnego jako nieważnego, chyba że za nieważne uznał je już Trybunał²⁸⁰. Zmiana nie została jednak wprowadzona i kwestią czasu było rozstrzygnięcie o konsekwencjach takiego brzmienia art. 267 TFUE *in concreto* w toku postępowania o wydanie orzeczenia wstępnego. Nastąpiło to dopiero w sprawie *Foto-Frost*.

107 Trybunał odrzucił literalną interpretację art. 267 TFUE. Przyznał, że z samej treści tego artykułu nie wynika jasno, czy sądy takie zostały wyposażone w jurysdykcję do unieważnienia prawa unijnego. Według Trybunału rozstrzygnięcie tej kwestii musi brać pod uwagę inne, poza literalnym brzmieniem, okoliczności. Interpretacja, na podstawie której sądy krajowe uzyskałyby kompetencję do orzekania w przedmiocie ważności aktów prawa unijnego, prowadziłyby do rozbieżności pomiędzy poszczególnymi sądami, a to w efekcie oznaczałoby zagrożenie „jedności unijnego porządku prawnego i osłabiałoby zasadę pewności prawa”. Trybunał przypomniał, że korzysta z wyłącznej jurysdykcji do rozpoznania skarg o unieważnienie aktu prawnego wydanego przez in-

Inuit Tapiriit Kanatami i in. p. Komisji (Inuit Tapiriit Kanatami II), EU:C:2015:535 i dyskusję: H. Roer-Eide, M. Eliantonio, The Meaning of Regulatory Act Explained, s. 1851; K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, EU Procedural Law, s. 333–337; A. van Waeyenberge, J. van Meerbeeck, Case Comment: Inuit Tapiriit Kanatami; J. Krommendijk, The seal product cases.

²⁷⁷ Znamienne jest, że sam sąd krajowy występujący z pytaniami (Finanzgericht w Hamburgu) stał na stanowisku, że nie korzysta z kompetencji do orzekania o nieważności w przedmiocie aktów prawa unijnego. Pytania przekazane do Trybunału miały słuszność tego założenia potwierdzić. Także pozostali uczestnicy postępowania byli zgodni co do tego, że tylko Trybunał Sprawiedliwości korzysta z kompetencji do unieważniania aktów unijnych na podstawie art. 267 TFUE.

²⁷⁸ G. Bebr, Development of Judicial Control, s. 455, mówi w tym kontekście o „most glaring inconsistency of Article 177”.

²⁷⁹ G. Bebr, The Reinforcement of the Constitutional Review, s. 674–675. Za wyłączną jurysdykcją Trybunału opowiadali się już wcześniej rzecznicy generalni, argumentując, że orzeczenie o nieważności może zapaść wyłącznie na podstawie art. 230 lub 234 TFUE. Zob. wyr. TS z 27.2.1985 r., 112/83, *Société des produits de mais p. Administration des douanes et droits indirects*, EU:C:1985:86.

²⁸⁰ Report of the European Union. Supplement, Bulletin of the European Communities 1975, Nr 9, s. 21.

stytucję wspólnotową. **Jednolitość prawa unijnego** musi wyznaczać kierunek interpretacji art. 267 TFUE. Zostałaby ona poważnie zagrożona, gdyby uznać kompetencję sądów krajowych do orzekania w przedmiocie ważności prawa unijnego. Wskazał następnie, że względ na zapewnienie koherencji systemu sądowej ochrony ustanowionej w Traktacie wymaga, że gdy przed sądem krajowym kwestionowana jest ważność aktu prawnego, natomiast kompetencja do jego unieważnienia powinna być zarezerwowana dla Trybunału. Traktat ustanowił kompletny system ochrony prawnej w zakresie dotyczącym kwestionowania ważności prawa unijnego. Spójność tego systemu wymaga, że skoro Trybunał korzysta z wyłącznej jurysdykcji na podstawie art. 263 TFUE do unieważniania aktów prawnych, także art. 267 TFUE musi być interpretowany jako nadający Trybunałowi jurysdykcję wyłączną. Trybunał potwierdził kompetencję sądów krajowych jedynie w zakresie pozytywnego orzeczenia w przedmiocie ważności, uznając, że nie stanowi to zagrożenia dla losu aktów prawnych kwestionowanych w postępowaniu przed sądem krajowym. Odmówił jednak sądom krajowym kompetencji do wydania orzeczenia negatywnego.

Wyrok w sprawie *Foto-Frost* stanowi przykład orzekania przez Trybunał nie w sytuacji zupełnego braku przepisu, ale raczej jego niedoskonałości. Niewątpliwie sprawa należała do grupy trudnych²⁸¹, Trybunał musiał sięgnąć pod coś więcej aniżeli proste oparcie się na Traktacie. Dokonując wykładni przepisu, miał na uwadze cel postępowania o wydanie orzeczenia wstępnego oraz **rezultaty**, do których prowadziłyby przyjęcie interpretacji literalnej. Trybunał przyjmuje wykładnię, która ma zmierzać do zapewnienia minimum racjonalności. Interpretator jest uprawniony do przekroczenia (przełamania) granicy wykładni wyznaczonej przez językowe znaczenie tekstu²⁸², gdy uważa, że interpretacja językowa prowadzi do wyników niedorzecznych²⁸³, absurdalnych lub rażąco niesprawiedliwych. **W końcu przełamanie granicy wyznaczonej tekstualną interpretacją** można znaleźć uzasadnienie aksjologiczne odwołujące się do wartości konstytucyjnych²⁸⁴.

Czy jednak Trybunał był świadom ograniczenia swojej jurysdykcji na rzecz sądów krajowych, od orzeczeń których prawo krajowe przewiduje środek odwoławczy? Na uwagę zasługuje technika Trybunału. Swoją jurysdykcję rozszerza nie w braku przepisu traktatowego, ale raczej za pomocą przekształcenia jurysdykcji niewyłącznej (podzielonej), którą ówczesny art. 234 TWE (dziś art. 267 TSUE) przyznawał zarówno Trybunałowi, jak i sądom krajowym, w jurysdykcję wyłączną, z której korzysta tylko Trybunał. Trybunał *expressis verbis* stwierdza, że art. 267 akapit 2 TFUE nie rozstrzygnął w sposób jednoznaczny, czy tam wskazane sądy krajowe mogą badać ważność

²⁸¹ Sąd rozstrzygnięta została w składzie Grand Plenum. Stanowi to istotny element kontekstu odkrywania (zob. wyżej). Na skład zwraca uwagę także A. Arnall, The European Union, 1999, s. 62.

²⁸² Z terminu „reguły preferencyjne przełamania” korzystam za M. Zielińskim, Wyznaczniki reguł wykładni prawa, s. 14.

²⁸³ J. Wróblewski, Sądowe stosowanie prawa, 1972, s. 124.

²⁸⁴ Tak TK w wyr. z 28.6.2000 r. K 25/99, OTK 2000, Nr 5, poz. 141. Zob. też wyr. SN z 8.5.1998 r., I CKN 664/97, OSNC 1999, Nr 1, poz. 7, który następująco ujmuje zakres dopuszczalnych wyjątków od związania językowym znaczeniem tekstu interpretowanego: „Wolno odstąpić od znaczenia literalnego (...) danego przepisu, gdy znaczenie to prowadzi do absurdalnych z punktu widzenia społecznego lub ekonomicznego konsekwencji, gdy prowadzi do rażąco niesprawiedliwych rozstrzygnięć lub pozostaje w oczywistej sprzeczności z powszechnie akceptowanymi normami moralnymi”.

aktów wspólnotowych (pkt 5 wyroku). Wniosek zaskakujący, skoro, jak wskazano wyżej, art. 267 TFUE w sposób pozytywny rozstrzygnął tę kwestię, dając taką kompetencję sądom krajowym, a sam Trybunał już wcześniej wskazywał na zasadność odebrania tej kompetencji sądom krajowym. Pozwalając (a nie zobowiązując) sądom krajowym orzekać w przedmiocie ważności, artykuł ten upoważnia sądy krajowe do występowania z pytaniami w zakresie interpretacji i ważności²⁸⁵. Istnienie jedynie możliwości takiego wystąpienia jest oparte na założeniu, że same sądy krajowe mogą kontrolować ważność aktów prawa unijnego. Trybunał jednak nie potwierdził takiej jednoznaczności art. 267 akapitu 2 TFUE. Raczej zajął stanowisko, że **brzmienie tego przepisu jest w tym zakresie niejasne, i że mamy do czynienia z luką w prawie, którą należy wypełnić na drodze interpretacji**²⁸⁶.

110 Rozumowanie Trybunału w sprawie *Foto-Frost* eksponuje **wagę prawidłowego funkcjonowania systemu ochrony prawnej** i zapobiega negatywnym konsekwencjom w postaci niejednorodności obowiązywania prawa unijnego na skutek orzekania w przedmiocie jego ważności bez ograniczeń przez sądy krajowe różnych państw członkowskich. W ten sposób Trybunał stosuje znany **argument z konsekwencji**. Wskazuje bowiem potencjalne negatywne skutki uznania kompetencji sądów krajowych do orzekania o nieważności aktów prawa unijnego, polegające na „zagrożeniu jedności całego systemu unijnego i zakwestionowaniu podstawowego wymogu, jakim jest zasada pewności prawa” (pkt 15 wyroku). Po drugie, odwołując się do wyroku w sprawie *Les Verts*, Trybunał przypomniał argument, że art. 263 i 277 TFUE z jednej, a art. 267 TFUE z drugiej strony, tworzą kompletny system ochrony prawnej.

Z perspektywy jurysdykcyjnej wyrok *Foto-Frost* ma fundamentalne znaczenie. Każde inne rozstrzygnięcie oznaczałoby osłabienie konstytucyjnej funkcji Trybunału. Jednak waga rozstrzygnięcia w sprawie *Foto-Frost* to nie tylko dążenie do zagwarantowania integralności unijnego systemu prawnego. To także zapewnienie, że cele Traktatu (wspólny rynek, efektywność swobód traktatowych) nie zostaną zniweczone. Trybunał zapobiega dyskryminacji adresatów norm prawnych, którzy z racji unieważnienia przepisu w państwie A byłiby pozbawieni możliwości korzystania z niego, w przeciwieństwie do tych znajdujących się na terenie państwa B, którego sądy uważałyby, że kwestionowany przepis jest ważny. Dlatego kierunek rozstrzygnięcia odzwierciedla dążenie Trybunału do zapewnienia przetrwania Unii jako organizacji zdolnej osiągać swoje cele na podstawie jednolicie stosowanego prawa²⁸⁷.

O ile więc rezultat jest pożądanym, o tyle jego uzasadnienie wymaga czegoś więcej niż prostego odwołania się do litery art. 267 TFUE²⁸⁸. Sprawa *Foto-Frost* ukazuje, że obowiązkiem unijnego sędziego jest wymierzanie „**efektywnej sprawiedliwości** dla osób, które zwracają się doń o ochronę. To zadanie wymaga m.in. otwartego

²⁸⁵ Zob. też *A. Barav*, *The European Court of Justice*, s. 138–139, który krytykuje Trybunał za sposób rozumowania uznający, że Traktat w sposób niejednoznaczny rozstrzygnął kwestię podziału jurysdykcji w zakresie orzekania o ważności.

²⁸⁶ Zamiast stwierdzać istnienie luki w systemie ochrony prawnej stworzonym przez Traktaty, Trybunał mógł także wybrać drogę interpretacji przepisu art. 267 akapit 2 TFUE w świetle zasady efektywności unijnego porządku prawnego. Tak *G. Bebr*, *The Reinforcement of Constitutional Review*, s. 677. Jednak także w tym przypadku rozumowanie musiałyby mieć charakter kompleksowy i brać pod uwagę cel art. 234 TWE.

²⁸⁷ Podobnie *D.T. Keeling*, *In praise of judicial activism*, s. 525.

²⁸⁸ *A. Arnall*, *Does the Court of Justice have an inherent jurisdiction?*, s. 689.

i konstruktywnego podejścia do problemów dotyczących jurysdykcji²⁸⁹. Brzmienie tekstu art. 267 TFUE zostało przeciwstawione **zasadzie nadrzędnej** w postaci koherentnej unijnego systemu prawnego. Zostałaby ona zagrożona, gdyby – akceptując literalne brzmienie art. 267 TFUE – uznać, że sądy, od orzeczeń których przysługuje środek odwoławczy, mogłyby we własnym zakresie orzekać w przedmiocie nieważności prawa unijnego, ilekroć zarzut taki zostanie podniesiony w postępowaniu przed nimi. Prawidłowe odczytanie sprawy *Foto-Frost* polega więc, po pierwsze, na uzupełnieniu unijnej noweli oraz tam postawionej i rozwijanej w orzecznictwie tezy o kompletności systemu oraz, po drugie, na potwierdzeniu, że jest to koncepcja dynamiczna, wypełniana treścią przez sąd. Rozumowanie w sprawie *Foto-Frost* ma zapewnić, że prawo unijne ma być jednolite, a Trybunał jest sądem, który stoi na straży jednolitości. Cel w postaci jednolitości systemu komplikuje wprowadzenie procesu rozumowania (aby zapewnić realizację celu, tekst przepisu musi zostać przełamany) oraz wpływa na wybór argumentów, które muszą być na tyle mocne, aby uzasadnić zasadność przełamania tekstu w imię celu. Wyrok w sprawie *Foto-Frost* jest więc **pozytywnym orzeczeniem politycznym**, w pełni przewidywalnym i racjonalnie uzasadnionym.

6. „Unijna rozumność” – uzurpacja („aktywizm”) funkcji prawodawczej czy obrona systemu prawnego przed dezintegracją?

W jaki sposób określić **funkcję sędziego unijnego** wobec świata polityki? To pytanie jest w istocie pytaniem o sposób argumentacji i uzasadnienia przez sędziów swojej roli w prawie unijnym *vis-à-vis* prawodawcy²⁹⁰. To zagadnienie jest związane z trudnymi wyborami oraz wartościowaniami, które widać dobrze na przykładzie historycznych wyroków w sprawach *Reyners*²⁹¹ i *Defrenne*²⁹². Traktat przewidywał wydanie przez unijnego prawodawcę aktów prawnych w celu zagwarantowania równego traktowania w zakresie działalności gospodarczej (sprawa *Reyners*) oraz zapewnienia równego traktowania kobiet i mężczyzn (sprawa *Defrenne*). Powstawało pytanie: co, gdy stosowne przepisy nie zostały uchwalone? Trybunał uznał, że jego interwencja nie ma charakteru pozbawiania instytucji kompetencji prawodawczej, ale raczej musi zmierzać do zapewnienia *effet utile* stosownych przepisów Traktatu, mimo braku przewidzianej regulacji prawnej. Dlatego przyjęto, że nieuchwalone akty prawne nie miały wpływu na samą istotę bezpośrednio skutecznych uprawnień wystarczająco skonkretyzowanych w Traktacie. Komplementarność polega w tym przypadku na takim odczytaniu przepisu, który z jednej strony zrekompensuje zaniechanie po stronie prawodawcy, ale z drugiej nie pozbawi go jego własnej kompetencji do wydania stosownych przepisów w przyszłości. Czy postępując w ten sposób, Trybunał istotnie przekracza linię podziału kompetencji pomiędzy Radą a sobą? Problem ten jest zazwyczaj stawiany właśnie poprzez zadanie tak sformułowanego pytania, a udzielana odpowiedź brzmi jednoznacznie afirmatywnie²⁹³. Proponuję jednak spojrzenie z innej perspektywy.

²⁸⁹ *P. Pescatore*, *La légitimité du juge*, s. 342.

²⁹⁰ Piszę też o tym szeroko w pracy: *Aksjologia unijnego kodeksu proceduralnego*.

²⁹¹ Wyr. TS z 21.6.1974 r., 2/74, *Jean Reyners p. Belgii*, EU:C:1974:68.

²⁹² Wyr. TS z 8.4.1976 r., 43/75, *Gabrielle Defrenne p. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, EU:C:1976:56.

²⁹³ *H. Rasmussen*, *On Law and Policy*, s. 29, który nie ma żadnych wątpliwości, że cytowane wyżej sprawy stanowią przykład „*blatant and unacceptable activism*”.

112 Tą perspektywą jest przyjęcie, że to **nie Trybunał** dokonuje usurpacji kompetencji prawodawcy, **ale raczej prawodawca** dopuszcza się zaniechania działania, do którego obliguje go wprost Traktat. Jeżeli Trybunał dokonuje wyboru, który należy do unijnego prawodawcy, to czyni tak dlatego, że Rada Unii Europejskiej, jako organ prawodawczy, nie dokonała wyboru do niej należącego. W przypadku zaniechania i bezczynności po stronie Rady pojawia się zagrożenie powstania „próżni prawnej”, w której większość przepisów Traktatu pozostawałaby na papierze, a cele tam zapisane (wspólny rynek itp.) – jedynie pustymi deklaracjami. Jaka powinna być więc reakcja Trybunału? Trybunał z pewnością nie może ustanowić przepisów powszechnie obowiązujących, ponieważ stanowi to wyłączną domenę prawodawcy. Zachowuje jednak opcję, którą można nazwać kontrolno-sankcjonującą. Tak długo, jak stosowne przepisy implementujące nie zostaną ustanowione zgodnie z wymogami Traktatu, Trybunał operuje, opierając się na przepisie Traktatu, próbując go odczytać w sposób gwarantujący jego największą możliwą efektywność. Pamiętajmy, że zaniechanie po stronie prawodawcy unijnego do działania wbrew zobowiązaniu płynącemu z Traktatu jest zawsze naruszeniem Traktatu. Niepodjęcie z kolei ingerencji przez Trybunał w takim przypadku stanowiłoby odmowę realizacji funkcji, którą Traktat powierzył Trybunałowi w art. 12 TUE – zapewnienia przestrzegania prawa. W takich przypadkach istnieje alternatywa: **przejęcie** funkcji prawodawcy przez sędziego i sędziowska interwencja („usurpacja” – zdaniem przeciwników Trybunału) albo **dezintegracja** całego systemu prawa unijnego (wszystkie podkreślenia – T.T.K.). W takiej sytuacji nie dziwi, że przejęcie funkcji pozostaje opcją preferowaną wobec dezintegracji. Jest tak, gdyż obowiązkiem Trybunału w każdej zawisłej przed nim sprawie jest wydanie rozstrzygnięcia, które będzie zgodne z art. 19 TUE. Trybunał nie może zwolnić się od tego obowiązku, gdyż byłoby to równoznaczne ze stworzeniem sytuacji „odmowy dania sprawiedliwości” (*denial of justice*). Gdy prawodawca nie przewiduje wprost kryteriów, na których podstawie Trybunał ma zbudować swoje rozstrzygnięcie, sędziowie nie mają innego wyboru, jak tylko sięgnąć po elementy strukturalne unijnego systemu ochrony prawnej oraz skonstruować rozstrzygnięcie na podstawie tego, co tam znajdują²⁹⁴.

113 W tym miejscu wracamy do kwestii natury fundamentalnej dla zapewnienia, że Unia utrzymuje **zdolność do działania** w każdym momencie swojego funkcjonowania. Trybunał w ramach swojej funkcji oraz jurysdykcji zapewnia, że instytucje oraz państwa członkowskie postępują zgodnie z prawem. Rola „strażnika prawa” jest zapisana wprost w Traktacie i od samego początku. Prawo unijne opiera się na podkreśleniu znaczenia elementu przestrzegania prawa przez instytucje i państwa oraz zobowiązań przyjętych przez państwa w sposób dobrowolny. *Rule of law* stanowi podstawowy wyróżnik, który decyduje o specyfice i uprzywilejowaniu Trybunału Sprawiedliwości w unijnym systemie ochrony prawnej. Prawodawca unijny musi o tym pamiętać, zdając sobie sprawę, że w każdej chwili jego działanie (zaniechanie) może być przedmiotem kontroli zgodności z prawem sprawowanej przez Trybunał Sprawiedliwości.

²⁹⁴ P. Pescatore, La carence du législateur communautaire, s. 576–577.

V. „Unijna rozumność” i europejska filozofia sądenia. W służbie „wspólnoty prawa” i obywateli

114 Przedstawiona analiza dotyczyła próby racjonalizacji rozumowania sądu unijnego. Wskazanie i uporządkowanie argumentów, którymi posługuje się Trybunał, oraz okoliczności, które mają wpływ na to, jak Trybunał kształtuje swoje orzecznictwo. Zamierzeniem było stworzenie koncepcyjnych ram dla pisania i dyskusowania o wyborach orzeczniczych Trybunału Sprawiedliwości w sposób wolny od subiektywizmu i mgławicowości pojęciowej, które wiążą się z popularnym terminem „sądowy aktywizm”.

Prowadząc rozważania o metodach rozumowania, musimy zawsze dokonać konkretyzacji sądu, o którym mówimy, metod jego pracy oraz filozofii sędziów orzekających. Pozwala to uniknąć błędu generalizacji i absolutyzacji metod argumentacyjnych. Powyższa analiza zostanie podsumowana przez przytoczenie poglądów sędziów Trybunału na sposób, w jaki dochodzi do wydania orzeczenia, jakie elementy są brane pod uwagę i które mają charakter decydujący. Wypowiedzi samych sędziów traktowane są jako stanowiące część kontekstu odkrywania, o którym była mowa powyżej. Poznanie stanowisk poszczególnych sędziów jest tym bardziej cenne w Trybunale, w którym ich głosy są wyciszone, a jedynym solistą pozostaje głos rzecznika generalnego²⁹⁵.

W wypowiedziach sędziów przewija się jeden wspólny wątek: podkreślenie swojego obowiązku wobec integrującej się Europy. Swoją funkcję widzą jako efektywne przyczynianie się do realizacji idei Europy pokojowej, w której prawo korzysta z własnej dynamiki i autonomii wobec dominującego (z katastrofalnymi czasem skutkami) świata polityki²⁹⁶. Ujęcie w sposób tak szeroki i otwarty funkcji sędziego było od początku wyrazem wiary w niego i jego interpretację²⁹⁷. W tym procesie Traktat spełnia dla sędziego rolę kierunkową: każde orzeczenie musi bezpośrednio (co oczywiste) lub pośrednio (bardziej niejednoznaczne i mniej pewne) zostać zaczepione o Traktat. W Traktacie sędzia odnajduje wskazówki, które pozwalają mu zachować orientację. Częste odwołanie do „ducha” Traktatu ma to podkreślać²⁹⁸. „Najważniejszym celem jest jak najściślejsza unia pomiędzy narodami Europy”²⁹⁹.

Rozumny sędzia dokonujący interpretacji Traktatu nie jest automatem. Zaczyna od brzmienia przepisu, aby następnie rezultat wykładni literalnej poddać dalszej refleksji. Sędzia i były Prezes Trybunału H. Kutscher pisał: „Przepis musi być interpretowany w świetle kontekstu oraz mając na uwadze jego relacje z innymi przepisami,

²⁹⁵ L.N. Brown, T. Kennedy, The Court of Justice.

²⁹⁶ C.N. Kakouris (La mission de la Cour de Justice, s. 35) pisał m.in.: „Egalement evident est le devoir du juge communautaire, dans l'exercice de sa fonction, envers ses deux patries, son pays et l'Europe” (podkr. – T.T.K.).

²⁹⁷ C.N. Kakouris, La mission de la Cour de Justice, s. 35.

²⁹⁸ W omawianej wyżej sprawie *Les Verts* Trybunał podkreślił, że „wyłączenie aktów prawnych Parlamentu Europejskiego spod kontroli sądowej byłoby sprzeczne z duchem Traktatu oraz jego systemem” – „excluding measures of European Parliament from judicial review would be contrary to the spirit of the Treaty and to its system” (podkr. – T.T.K.).

²⁹⁹ U. Everling, On the judge-made law. Jego stanowisko warto zacytować *in extenso*: „The Court must derive its orientations from the Treaties. The most important aim is that of an ever closer union among the peoples of Europe. General principles of law must be taken into consideration to ensure that the law – and not only the rules of the Treaty – is observed. From these elements the Court gains its *telos* if it transcends the frontiers of interpretation in making law by *jurisprudence not judicial activism*” (wszystkie podkreślenia – T.T.K.).

tak aby nadać mu znaczenie rozsądne oraz efektywne³⁰⁰. W tym sensie rola sędziego nie sprowadza się do technokratycznej, literalnej interpretacji tekstu pochodzącego od innego podmiotu. Obowiązkiem sędziego jest raczej wydanie orzeczenia w sprawie, a nie zasłanianie się niedoskonałością i niejasnością przepisów³⁰¹. Wydanie orzeczenia nie może być jedynie hermetycznym przekazem. Ma mieć charakter funkcjonalny: nadawać się do stosowania i realizować pewne cele³⁰². Na uwagę zasługuje jednak podkreślenie, w jaki sposób sami sędziowie widzą swoją rolę oraz technikę rozstrzygania spraw: sędzia podąża od jednej sprawy do drugiej, tak aby pojawiające się problemy były rozstrzygane w sposób przyczyniający się do zapewnienia, że system jest niesprzeczny, spójny, funkcjonalny oraz efektywny. To sędzia ma zapewnić, że ustawodawstwo ma sens³⁰³.

115 Jeżeli prawnik chce oceniać sąd jako dobry, zły, przewidywalny, czy nie, musi to czynić na podstawie analizy procesu argumentacyjnego, doboru argumentów, ich wzajemnego powiązania i w końcu wyboru tych, które będą stanowić podstawę rozstrzygnięcia problemu przekazanego pod osąd. Podstawowym kryterium jest tutaj rozumność, którą w analizie uzupełniałem przez dodatek „unijna”. „Unijna rozumność” jest związana z samym sędzią i odzwierciedla specyfikę prawa europejskiego. Z dobrym rozumowaniem zaś jest ściśle związany ideał sędziego. Sędzia unijny musi być osobą rozsądną i przewidywalną. Prawda, że jego wybory powinny być oparte na sprawdzalnych, przekonujących, przejrzystych i logicznych przesłankach³⁰⁴. Jednak „rozumność” oznacza wiele więcej niż tylko uzasadnianie i przedstawianie racji przemawiających za takim a nie innym wyborem. Jak twierdzi *N. MacCormick*, „osoba rozumna (rozsądna) posiada cnotę *prudentia*, z której korzysta w działaniu (...) bierze pod uwagę przewidywalne ryzyko (...) nie wyciąga pochopnych wniosków, ale rozważa dowody i bierze pod uwagę różne punkty widzenia. Ma świadomość, że każdy dylemat praktyczny może wiązać się ze stykiem różnych wartości i interesów (...) w sposób poważny bierze pod uwagę konkurencyjne i zbieżne wartości, próbując je dopasować”³⁰⁵.

Sędziego unijnego uznamy za rozumnego (rozsądnego), gdy uda mu się na podstawie kolidujących argumentów zbudować „wzajemnie wspierające się struktury rozumowania”, które sięgają nie tylko po reguły, ale czerpią w równej mierze z zasad oraz polityk. Sędzia powinien dążyć do jak najpełniejszego oddania normatywnej zawartości sprawy, brać pod uwagę wartości oraz cele Unii i dokonywać stałej ich konfrontacji. Dzięki takiemu rozumowaniu sędzia jest sędzią zaangażowanym w orzekanie. Jednak element zaangażowania, choć kluczowy w procesie rozumowania, nie zapewnia,

³⁰⁰ *H. Kutscher*, *Methods of interpretation*.

³⁰¹ *D.A.O. Edward*, *Judicial Activism – Myth or Reality?*, s. 35, podkreśla: „*The test of judicial decision is whether it is legally and intellectually credible as an answer to the problem the judge has been called upon to resolve. For the judge not to take a decision is both legally and intellectually indefensible, since it is a denial of its judicial function*” (podkr. w oryginale).

³⁰² Sędzia *K. Lenaerts*, *Some Thoughts About the Interaction*, s. 12, pisze w kontekście orzeczeń wstępnych: „*In answering those requests [o wydanie orzeczeń wstępnych], the Court was bound to come up with a judicially workable interpretation of the directly effective Community law provision*” (podkr. i dopisek – T.T.K.).

³⁰³ *D.A.O. Edward*, *Judicial Activism – Myth or Reality?*, s. 29 i n.

³⁰⁴ *J.R. Bengoetxea*, *The Legal Reasoning*.

³⁰⁵ *N. MacCormick*, *Rhetoric and the Rule of Law*, s. 166.

że rozumowanie będzie rzeczywiście rozumne. Zaangażowanie dotyczy aspektu charakterologicznego sędziego orzekającego (orzekanie jako sztuka, a nie proces automatyczny, chodzi zatem o otwartość, receptywność, podejście konstruktywne do prawa, wysłuchanie wszystkich argumentów), a nie przesądza jeszcze, że *in concreto* sędziemu uda się być rozumnym. Zaangażowanie co najwyżej zwiększa szansę, że tak istotnie będzie. Efekt końcowy rozumowania zależy natomiast od sztuki powiązania argumentów i przekazania rezultatu audytoriom Trybunału.

Akceptując, że **uzasadnienie orzeczenia** jest argumentacją związaną z samym procesem decyzyjnym, która uzasadnia wynik tego procesu, należy przyjąć, że uzasadnienie dotyczy podejmowania decyzji w ogóle i nie jest rozumowaniem typowym jedynie dla procesu stosowania prawa. Uzasadnienie może być rozumiane jako **usprawiedliwienie** (akcent położony na argumenty aksjologiczne), **legitymizację** (argumenty formalne o charakterze kompetencyjnym i proceduralnym), **osiągnięcie stanu komunikacji** pomiędzy podmiotem uzasadniającym i adresatem uzasadnienia i **racjonalizacja decyzji** (argumenty przekonywania adresata do orzeczenia, z naciskiem na argumenty analityczne, empiryczne, aksjologiczne lub formalne)³⁰⁶. O ile przypadek sądu unijnego dowodzi, że takie globalne spojrzenie na rozumowanie jako pewien proces jest w pełni uzasadnione, o tyle nie rozstrzyga jednak pytania o możliwość racjonalizacji „unijnej rozumności” samego uzasadnienia i jego uporządkowania według z góry założonych cech wyróżniających. **Tę funkcję może spełniać** sześć refleksji sumujących.

Po pierwsze, „**unijna rozumność**” powinna być oceniana z perspektywy wewnętrznej i zewnętrznej. Oceniając rozumność z **perspektywy wewnętrznej**, podkreślamy obowiązek Trybunału uzasadnienia każdej z przesłanek rozumowania. Perspektywa wewnętrzna jest perspektywą sędziów. Uzasadnienie wewnętrzne nie rozstrzyga jeszcze, czy mamy do czynienia z poprawnym uzasadnieniem³⁰⁷. Dlatego istotną rolę spełnia **perspektywa zewnętrzna**, która podkreśla powiązanie rozumności z legalizmem. Specyfika Trybunału polega na tym, że granice „unijnego legalizmu” są wyznaczone w sposób szerszy niż legalizm rozumiany klasycznie jako zgodność z przepisami. W znaczeniu unijnym legalizm to także zgodność z zasadami oraz politykami, które na równych prawach pełnią aktywną rolę w procesie uzasadnienia orzeczenia. Sam Trybunał określa, co jest prawem unijnym, oraz zakreśla jego granicę³⁰⁸. Tym samym sędziowie korzystają z bardzo dużej swobody orzeczniczej w zakresie, co może być substratem dla rozumowania oraz kryterium dla rozstrzygnięcia sporów pomiędzy kolidującymi argumentami.

Po drugie, rozumowanie Trybunału należy oceniać w dwóch skalach: makro i mikro. **Skala makro** dotyczy uporządkowania potencjalnie dostępnych argumentów, **skala mikro** natomiast dopasowania i połączenia argumentów wyselekcjonowanych.

³⁰⁶ *L. Leszczyński*, *Zagadnienia teorii stosowania prawa*, 2001, s. 77–78.

³⁰⁷ *J.R. Bengoetxea*, *N. MacCormick*, *L.M. Soriano*, *Integration and integrity in the Legal Reasoning*, s. 61, piszą w następujący sposób: „*The claim of internal justification is that the judgment is justified 'in law'. An external justification makes a stronger claim: not only is the judgment justified in law, but it is also a correct decision in practical philosophy; it is ethically, politically, or ideologically acceptable; it is valid*”.

³⁰⁸ Pamiętając jednak o istniejącej w tym zakresie kontrowersji i różnicy zdań pomiędzy Trybunałem i jego „konstytucyjnymi sąsiadami w orzekaniu”, a więc krajowymi sądami konstytucyjnymi, które w pewnych wypadkach roszczą sobie kompetencje do występowania jako ultymatywny strażnik „unijnych granic”.

„Unijne rozumowanie” uznamy za dobre, gdy będzie wynikiem balansowania i ważenia konkurencyjnych argumentów (racji). Spojrzenie na dostępny materiał argumentacyjny (zasady, prawa, polityki, wartości) musi mieć charakter globalny, a sprawa powinna być w najpełniejszy możliwy sposób opisana. Dopiero wówczas zgromadzone argumenty zostaną poddane balansowaniu, tak aby określić ich wagę oraz miejsce w procesie rozumowania w danej sprawie. W koncepcję „dobrego rozumowania” jest więc wpisana konkurencja argumentów oraz stałe ich wyważanie, unikające z góry założenia, że pewne argumenty są automatycznie lepsze od innych. Chodzi o zjawisko, które można nazwać pluralizmem wartości (*value pluralism*). Jest to sytuacja, w której zasady oraz wartości nie mogą zostać sprowadzone do jednej uniwersalnej, która ma walor rozstrzygnięcia każdego konfliktu w obrębie tak rozumianego pluralistycznego systemu³⁰⁹. W tym też sensie unijna rozumność powinna odrzucać podejście według metody „integracja albo nic”, ale ważyć poszczególne argumenty, biorąc pod uwagę konkretny kontekst faktyczny i prawny sprawy.

119 Po trzecie, przytoczone powyżej orzecznictwo wskazuje, że **uzasadnienia Trybunału mają charakter wielopoziomowy i kompleksowy**. Trybunał sięga po różne argumenty oraz korzysta z różnych technik argumentacyjnych. Nie zawsze efekt końcowy będzie zadowalający. Omawiana wyżej sprawa *ADBHU* stanowi przykład sytuacji, gdy Trybunałowi nie udało się zbudować takiej struktury. Przeciwnie – mieliśmy do czynienia ze zjawiskiem „skoku w rozumowaniu”, które polegało na braku związku pomiędzy przedstawionymi argumentami lub niedostatecznym obudowaniem wniosku argumentacją³¹⁰. Inne sprawy, jak *Les Verts* czy *Foto-Frost*, zostały obudowane starannie połączonymi argumentami. Połączenie różnych argumentów (zasad, polityk, celów) oraz technik argumentacyjnych (argument z zasad, z konsekwencji, z systemu, z koherencji, z jednolitości prawa, z efektywności jurysdykcji) prowadziło do uzasadnienia zabiegu przełamania tekstu Traktatu. Trybunałowi nie udało się skonstruować przekonującego i dobrego uzasadnienia, gdyby nie gotowość globalnego spojrzenia na dostępny materiał argumentacyjny.

120 Po czwarte, **Trybunał jest sądem integracji**, nie da się więc uniknąć oceniania rozumowania z tej perspektywy³¹¹. W tym miejscu szczególnego znaczenia nabiera postulat, aby każde orzeczenie było powiązane z Traktatem. Argumentacja wspierająca uzasadnienie orzeczenia musi odwoływać się do i być zaczepiona w Traktacie jako karcie konstytucyjnej; to zaczepienie decyduje o tym, czy rozumowanie mieści się w granicach prawa. Rozumowanie dobre to takie, które przyczynia się do realizacji integracji jako celu. Nie oznacza to jednak, że orzekanie jest zawsze na korzyść integracji. W dzisiejszej Europie różnorodność jest wartością, którą sędziowie muszą dostrzec i eksponować w swoim orzecznictwie intensywniej niż kiedykolwiek. Parafrazując *E. Steina*, czasy słodkiego zapomnienia już się skończyły. Integrację wzmocni nie tylko orzecznictwo, które będzie forsować swobody gospodarcze, ale także to, które dostrzeże odrębne tradycje państw członkowskich i zezwoli państwom na pewien margines „robienia rzeczy po swojemu”.

³⁰⁹ *J.R. Bengoetxea, N. MacCormick, L.M. Soriano, Integration and Integrity in the Legal Reasoning*, s. 64.

³¹⁰ *L.M. Soriano, A Modest Notion of Coherence*, s. 296.

³¹¹ Eksponuje to też *Z. Brodecki, Prawo integracji w Europie*, 2010.

Po piąte, uwzględnienia wymaga znaczenie dla rozumowania zjawiska, które sędzia *P. Pescatore* określił jako *une certaine idée de l'Europe*³¹² i którego wagi nie można lekceważyć. Dla sędziów **ideał Europy** jest powiązany z koncepcją systemu prawnego obowiązującego w Unii. Unia (a wcześniej Wspólnota Europejskie) jest oparta na rządach prawa i spajane powagą prawa, którego przestrzeganie zapewnia Trybunał³¹³. Prawo w rozumieniu tego artykułu to coś więcej niż tylko prawo pisane, ale „ponad nim jest także Prawo przez duże P, prawo niepisane, idea prawa i zapewnienie przestrzegania tego prawa jest obowiązkiem Trybunału, jego ultymatywnym *telos*, który winien wskazywać drogę Trybunałowi”³¹⁴. *D.T. Keeling*, komentując orzecznictwo Trybunału w sprawie *locus standi* Parlamentu, słusznie zauważył: „(...) umieszczenie art. 220 przypuszczalnie nastąpiło w jakimś celu (...) zamiarem [twórców Traktatu – dopisek *T.T.K.*] mogło być nadanie pewnego znaczenia przepisom tej części Traktatu, w której znajduje się artykuł 220”³¹⁵. *D. Berlin* słusznie apeluje o wstrzemięźliwość w ferowaniu zbyt pochopnych ocen: „Krytycy Trybunału wyrażają obawę o istnienie «sędziowskiego rządu». Jednak w rzeczywistości Trybunał nigdy nie wyszedł poza powierzoną mu funkcję, a obawy wywołane jego orzecznictwem pochodzą tak naprawdę od tych, którzy zapominają lub odmawiają przyznania, że Wspólnota (...) opiera się także na założeniu o «wspólnocie prawa»”³¹⁶. W tym sensie wizja Europy i systemu prawnego w obrębie Unii ważyła na wyborach dokonywanych przez sędziów Trybunału, ilekroć chodziło o konieczność wydania rozstrzygnięcia pryncypialnego. Artykuł 19 TUE dostarczał i dostarcza nadal racjonalizacji aksjologicznej i systemowej dla wyborów argumentacyjnych³¹⁷. Tak było w sprawie *Van Gend en Loos* (argumentacja podkreślająca rzeczywisty charakter prawa unijnego zmieniającego na korzyść sytuację prawną jednostek „tu i teraz”), w sprawie *Les Verts* (efektywna kontrola sądowa), w sprawie *Chernobyl*³¹⁸ (przestrzeganie zasady równowagi instytucjonalnej), w sprawie *Zwartveld* (efektywność dostępu sądów krajowych do Trybunału)³¹⁹ czy w „orzecznictwie *Francovich-Brasserie*” (odpowiedzialność odszkodowawcza państwa za naruszenie prawa unijnego). Wbrew popularnej tezie o sądowym aktywizmie, Trybunał zawsze stawiał sobie ambicję ochrony (z lepszym lub gorszym skutkiem) zasady prawnej. Wydając wyrok nigdy nie kierował się tylko dążeniem do zwiększenia swoich kompetencji jak sugerują wypowiedzi zwolenników sądowego aktywizmu.

122 Po szóste, to właśnie **jakość wydawanych orzeczeń** jest elementem, który zasadniczo wpływa na legitymizację Trybunału. Trybunał zdaje sobie sprawę, że w państwach demokratycznych instytucje państwowe czerpią swoją legitymizację z mandatu pochodzącego z wyborów powszechnych. W przypadku Trybunału ten związek jest

³¹² *P. Pescatore, The Doctrine of Direct Effect*, s. 157.

³¹³ *H. Schepel, E. Blankenburg, Mobilizing the European Court of Justice*, s. 10.

³¹⁴ *C.N. Kakouris, La Cour de Justice*, s. 634.

³¹⁵ *D.T. Keeling, In praise of judicial activism*, s. 521.

³¹⁶ *D. Berlin, Interactions between the lawmaker and the judiciary*, s. 36.

³¹⁷ O walorze jurysdykcyjnym i argumentacyjnym art. 19 TUE w kontekście kryzysu *rule of law* w UE zob. *K.L. Scheppele, D. Kelemen, Defending Democracy in EU Member States*.

³¹⁸ Wyr. TS z 4.10.1991 r., C-70/88, *Chernobyl*, EU:C:1991:373.

³¹⁹ Wyr. TS z 9.7.1992 r., C-2/90, *Komisja p. Belgii*, EU:C:1992:310; post. TS z 13.7.1990 r., 2/88, *J.J. Zwartveld i in.*, EU:C:1990:440. O sprawie *Zwartveld* wyczerpująco *T.T. Koncewicz, Zasada jurysdykcji powierzonej 2009, oraz tenże, Dusting off the Old Precedent*.

słaby, skoro sędziowie wybrani są przez przedstawicieli państw członkowskich. Dlatego też próby tworzenia prawa przez Trybunał nie znajdują podstawy demokratycznej. Przekonanie więc do wyroków oraz stopniowe budowanie swojej legitymizacji przez Trybunał musi przyjść „z wewnątrz”, a więc od samego Trybunału, musi płynąć z jakości wydawanych orzeczeń, które podobne sprawy rozstrzygają w sposób podobny i spójny, które są uzasadniane w sposób racjonalny i przekonujący dla tych, do których są adresowane³²⁰. Najistotniejsze jednak jest to, że tylko taka kompleksowa i wielopoziomowa argumentacja powinna być przedmiotem ewentualnej krytyki i debaty wokół unijnego orzecznictwa. W przeciwnym razie będziemy nadal skazani na puste i nieposuwające naprzód dyskusji na temat metod rozumowania Trybunału zarzuty o sędziowski aktywizm. Na rozumowanie Trybunału należy patrzeć krytycznie, dostrzegać niekonsekwencję, arbitralność niektórych ustaleń, brak uzasadnienia czy też sporadyczne skoki w rozumowaniu.

123 Doceniając rolę art. 19 TUE dla rozumowania Trybunału, należy jednocześnie podkreślić, że legitymizacja jedynie przez odwołanie się do tego artykułu nigdy nie będzie wystarczająca. Trybunał musi dodatkowo przekonać swoje audytoria, że jego rozumowanie ma charakter spójny, kieruje się wartościami, a nie chwilą, jest konsekwentne, a nie oportunistyczne i zmienne. Szczególnego znaczenia nabiera perspektywa zewnętrzna, a więc **badanie reakcji na orzeczenie oraz jego uzasadnienie ze strony audytorów prawnych**, do których sąd przemawia. W przypadku Trybunału ma to szczególne znaczenie, gdyż jego pozycja i autorytet zależą w większej mierze, niż jest to przyjęte w krajowych sądach najwyższych, od akceptacji orzecznictwa przez krajowe audytoria prawne. Sąd krajowy, który nie zrozumie orzeczenia oraz nie zaakceptuje jego uzasadnienia, zastanowi się dwa razy w przyszłości, zanim po raz kolejny wystąpi do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego. Podobnie arbitralność oraz lakoniczność motywów rozstrzygnięcia będą rzutować na postrzeganie Trybunału przez pełnomocników stron.

124 W końcu szczególną rolę do odegrania w tym zakresie ma **doktryna prawa europejskiego**, która występuje jako obiektywny krytyk i *amicus curiae* Trybunału. Z perspektywy zewnętrznej audytoria badają orzeczenie w świetle poprawności rozumowania na podstawie przyjętych przesłanek rozumowań prawnych, racjonalności dokonanego wyboru spośród kolidujących argumentów, wiarygodności dokonanych powiązań pomiędzy wybranymi argumentami uznanymi za relewantne w danej sprawie oraz stopnia, w jakim wybory sędziów przyczyniają się do realizacji celów Unii³²¹.

Chodzi o stworzenie sytuacji, w której nasza ocena sądu *ex post* wychodzi poza ramy wyznaczone poprzez klasyczne dwubiegunowe przeciwstawienie „aktywistyczny *versus* wstrzemięźliwy” czy antagonizujące „wygrywający – przegrywający”³²². To

³²⁰ J. Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 198, który na te właśnie czynniki wskazuje jako na podstawę dla społecznego odbioru sądów oraz ich legitymizacji. Cyt. za: A. Arnall, *The European Union*, 1999, s. 563.

³²¹ Podkreślenie konkretnego wymiaru wewnętrznej rozumności ma wskazać, że okoliczności każdej sprawy (fakty, prawo, interesy wchodzące w grę, cele, wartości) decydują o dokonanych wyborach zarówno na etapie konfliktu argumentów, jak i racjonalnego i przekonującego połączenia wyselekcjonowanych argumentów.

³²² W literaturze mówi się o tzw. efekcie sprawiedliwości proceduralnej. Szerzej: T.T. Koncewicz, *Searching for procedural justice*.

dążenie do sprawiedliwości proceduralnej zmusza do dokonania pewnego przewartościowania w kierunku przyjęcia, że postępowanie sądowe będzie znać tylko zwycięzców. Źródłem sukcesu będzie nie tylko zapewnienie, że każda ze stron korzystała z równego dostępu do sądu oraz mogła przedstawić swoją argumentację, ale przede wszystkim stworzenie przekonania, że tak istotnie było. Strona przegrywająca zaakceptuje swoją porażkę, gdy ma świadomość, że korzystała ze wszystkich dostępnych środków dotarcia do umysłu sędziego oraz gdy sędzia orzekający nie po jej myśli był w stanie w sposób spójny i racjonalny przekonać i wyjaśnić, dlaczego orzekł tak, a nie inaczej.

W tym też sensie „unijna rozumność” oznacza obowiązek stałego tłumaczenia się przed swoimi audytoria, który jest istotnym elementem sprawiedliwości proceduralnej. Sąd przemawia bowiem nie tylko do jednostek partycypatywnych, ale także refleksyjnych, które oceniają poprawność przyjętego i przedstawionego rozumowania zarówno z perspektywy subiektywnej (jak orzeczenie zmienia moją sytuację prawną?) i systemowej (jak orzeczenie przyczynia się do realizacji celów Unii?). To właśnie ocena wynikająca z tej refleksji będzie ostatecznie decydować o uznaniu Trybunału za sąd rozumny. Dlatego tylko tyle i aż tyle powinna dla nas oznaczać „unijna rozumność” dobrego sędziego i według tych kryteriów powinna przebiegać nasza rozumna krytyka poczyniań sądu unijnego.

Odkrywanie prawa przez Trybunał nie jest dzisiaj czymś nadzwyczajnym, co mogłaby sugerować pryncypialna krytyka weń wymierzona. Raczej wpisuje się w ewolucję systemów sądowych od doktryny sądowego pasywizmu, w myśl której sądy są jedynie instytucjami stosującymi prawo, do doktryny sądowego aktywizmu, która każe widzieć w najwyższych instancjach sądowych również instytucje współtworzące ogólne zasady i reguły. Zapewnienie przestrzegania prawa unijnego (art. 19 TUE) to coś więcej niż mechaniczne stosowanie przepisów prawa. To także poszukiwanie innych elementów, które składają się na pojęcie „prawo”, wartości i zasad nadrzędnych, które razem tworzą unijne *acquis jurisprudentiel*. Poszukiwanie rozwiązań zakorzenionych w aksjologicznych podstawach systemu, branie pod uwagę celów prawa oraz słusznych oczekiwań stron formułujących roszczenia na podstawie obowiązujących przepisów i oczekujących od sądów sprawiedliwego rozstrzygnięcia sporów to coś zgoła innego aniżeli wkraczanie przez Trybunał w sferę kompetencji polityków. Manifest Trybunału w tym zakresie najlepiej oddają słowa byłego sędziego P. Pescatore. Podkreślał, że ilekroć tekst przepisu nie zawiera kryteriów niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy, Trybunał musi zwrócić się ku elementom systemowym i zasadom strukturalnym, które w sposób inherentny związane są z prawem unijnym. W przeciwnym razie sędziowie dopuściliby się naruszenia fundamentalnej zasady etycznej swojego zawodu: zakazu odmowy dania sprawiedliwości (*déni de justice*)³²³.

Oskarżając TSUE o „nieposkromiony aktywizm”, krytycy Trybunału nie dostrzegają, że w wyniku ważenia różnych interesów i wartości wydane orzeczenie nie zawsze ignoruje literalne brzmienie przepisów. Trybunał w konkretnym przypadku nie zadecyduje o potrzebie dostosowania brzmienia przepisu do treści zasady. Sposób, w jaki Trybunał odmawiał rozszerzającej interpretacji legitymacji czynnej podmiotów prywatnych do złożenia skargi o unieważnienie stanowi klasyczny przykład sytuacji,

³²³ P. Pescatore, *La carence du législateur communautaire*, s. 576–577.

gdy zasada nadrzędna (kompletność unijnego systemu ochrony prawnej) nie oznaczała zdaniem Trybunału konieczności przełamania brzmienia przepisu Traktatu³²⁴. To tylko jeden z przykładów, który zawiera generalne przesłanie pod adresem wszystkich, którzy nadal tkwią w gorsecie terminologicznym „aktywizmu sądowego”. W procesie rozstrzygania sporów przez sąd stojący na straży otwartego „prawa granicy”, jakim jest prawo europejskie, nie ma miejsca na jakikolwiek automatyzm. Dlatego należy dokonać ścisłego odróżnienia orzekania przez Trybunał w celu ochrony nadrzędnych zasad od orzekania i kierowania się względami politycznymi, co stanowi podstawowy element zarzutu o *judicial activism* Trybunału. Zadaniem sędziów Trybunału jest zapewnienie koherencji pomiędzy przepisami i zasadami konstytucyjnymi, oraz, gdy to konieczne, dokonanie wyboru i podkreślenie wyższości zasad w ramach unijnego systemu prawnego³²⁵. Orzecznictwo ma zapewnić, że elementy wchodzące w skład wewnętrznej hierarchii Traktatu pozostają wobec do siebie w stosunku komplementarności, a nie sprzeczności. Obowiązkiem więc Trybunału jest zapewnienie, żeby orzecznictwo było przewidywalne i przekonywało swoją argumentacją³²⁶.

- 127 Mimo wysiłków ze strony Trybunału jego wyroki będą nadal odbierane negatywnie w pewnych kręgach. Dlaczego? Powód jest prosty: dzisiaj integracja jest procesem, w którym krzyżuje się tak wiele konkurencyjnych wobec siebie interesów, z których każdy zasługuje na ochronę, że Trybunał nigdy nie zadowoli wszystkich i zawsze będzie ktoś, kto będzie go krytykował. Dla jednych wyroki Trybunału są zawsze zbyt mało „unijne” i pozbawione błysku oraz wizjonerstwa, które kiedyś cechowały orzecznictwo. Dla drugich (zwolenników języka aktywizmu) z kolei Trybunałowi brakuje odwagi i coraz częściej oddaje pola. Wydaje się jednak, że obie grupy mylą się w tym, że chciałyby postrzegać funkcję Trybunału w sposób statyczny i niejako mechaniczny: Trybunał ma albo wydawać wyroki prointegracyjne, albo żadne. Rola Trybunału w prawie europejskim nie ma jednak charakteru statycznego, ale ewoluuje wraz z samym prawem, które podlega interpretacji, i w odpowiedzi na sygnały, jakie docierają do niego z otoczenia politycznego, w którym funkcjonuje. Dlatego należy w tym miejscu powtórzyć, że wyroków wydawanych przez sąd unijny nie można sprowadzać do prostej arytmetyki: aktywistyczny albo wstrzemięźliwy. W chwili obecnej podstawy prawa unijnego w postaci bezpośredniego skutku i zasady pierwszeństwa są ugruntowane, sądy krajowe stosują prawo europejskie i gwarantują jego *effet utile*. Przed sądem unijnym stoi w XXI w. **więc nowe wyzwanie**: jak znaleźć równowagę pomiędzy integracją a pozostawieniem niezbędnego marginesu swobody państwom członkowskim. Sędzia musi codziennie dokonywać trudnych wyborów między z jednej strony liberalizacją rynku a dążeniami państw do ochrony uzasadnionych in-

³²⁴ O tym wstrzemięźliwym aspekcie orzecznictwa zob. *T.T. Koncewicz, Czy jesteśmy świadkami majowej rewolucji*, s. 168 i n.

³²⁵ Por. też *Z. Brodecki, Prawo integracji w Europie*, 2006, s. 87.

³²⁶ *D.A.E. Edward, Judicial Activism – Myth or Reality?*, s. 35, pisze: „*The test of judicial decision is whether it is legally and intellectually credible as an answer to the problem the judge has been called upon to resolve. For the judge not to take a decision is both legally and intellectually indefensible, since it is a denial of its judicial function*” (podkr. w oryginale). Na warstwę argumentacyjną orzeczeń Trybunału zwraca także uwagę *K. Lenaerts, Some Thoughts About the Interaction*, s. 12, w kontekście orzeczeń wstępnych. Jego zdaniem: „*In answering those requests [o wydanie orzeczeń wstępnych] the Court was bound to come up with a judicially workable interpretation of the directly effective Community law provision*” (dopisek i podkr. – *T.T.K.*).

teresów, które tej liberalizacji mogą stać na drodze. Dokonując balansowania pomiędzy sprzecznymi, czasami niedającymi się pogodzić interesami, Trybunał pozostanie w centrum uwagi, zawsze ze świadomością, że nigdy nie zadowoli wszystkich.

Spektakularna krytyka i etykietowanie **ignorują rzeczywistość prawną**, w której Trybunał funkcjonuje i orzeka. Rzeczywistość ta jest zawsze wyznaczana przez zobowiązanie Trybunału do zapewnienia przestrzegania prawa oraz skutecznej ochrony sądowej, które razem definiują jego „misję” w ramach szczególnego, nowego porządku prawnego, którego podmiotami są nie tylko państwa, ale obywatele, ze swoimi oczekiwaniami i nadziejami także pod adresem sądów. Kończąc, można powtórzyć za byłym sędzią Trybunału Sprawiedliwości *D.A.E. Edwardem*, który tak oto bronił historycznego (często przytaczanego jako przykład paradygmatycznego aktywizmu) orzecznictwa Trybunału (zachowując pisownię oryginalną): „*The Court did not launch these decisions on an unsuspecting world. They grew out of previously established case-law in response to questions put to the Court which it was the Court's function and duty to answer*”³²⁷.

Tylko tyle i aż tyle. Dobrze, aby przedstawiciele doktryny prawa europejskiego pamiętali o tym zanim zaakceptują „sądowy aktywizm” jako termin, za pomocą którego chcą wyjaśniać i próbować zrozumieć Trybunał Sprawiedliwości. Ten ostatni nie tylko funkcjonuje w świecie niedoskonałych przepisów, ale także niewładnego prawodawcy politycznego i państw, które coraz częściej myślą o strategiach „wyjścia” i unikania swoich dobrowolnie przyjętych zobowiązań³²⁸. Nie ma wątpliwości, że o Trybunale, jego metodach i funkcji w prawie europejskim dzisiaj i jutro trzeba rozmawiać i się spierać. „Sądowy aktywizm” nie jest jednak tym terminem, który przybliży nas do prawdy o tym, co i jak rzeczywiście robi – czasami lepiej, czasami gorzej – sąd unijny.

§ 22. Argumentacja interpretacyjna w uzasadnieniach orzeczeń TSUE

I. Uwagi wprowadzające. Istota oraz szczególny charakter uzasadnień orzeczeń TSUE

Dotychczas w literaturze wiele miejsca poświęcono problematyce rozumowania sędziowskiego w praktyce orzeczniczej TSUE, a zwłaszcza dokonywanej przez Trybunał wykładni prawa. Analizowano przede wszystkim każdą z dyrektyw wykładni, zwracając uwagę na szczególną rolę TSUE w interpretacji prawa UE. Niewiele miejsca poświęcono zaś kwestii funkcjonowania argumentów interpretacyjnych wykorzystywanych przez Trybunał na poziomie tego rodzaju wypowiedzi, jaką jest uzasadnienie orzeczenia (nie zaś tylko jako elementów przeprowadzonego rozumowania) w kontekście modelu uzasadnienia TSUE. Przedmiotem analizy niniejszego paragrafu jest zaś właśnie ta kwestia.

Poniższe uwagi dotyczyć będą uzasadnień orzeczeń TSUE – przede wszystkim uzasadnień wyroków (w mniejszym stopniu postanowień) Trybunału Sprawiedliwości

³²⁷ *D.A.E. Edward, Judicial Activism – Myth or Reality?*, s. 66.

³²⁸ O tym szerzej *T.T. Koncewicz, „The Existential Jurisprudence”*.