

FILOZOFIA EUROPEJSKIEGO WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

O ewolucji fundamentów
unijnego porządku prawnego

ze słowem wstępnym Martina Shapiro

Tomasz Tadeusz Koncewicz



Wolters Kluwer

FILOZOFIA EUROPEJSKIEGO WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

O ewolucji fundamentów
unijnego porządku prawnego

ze słowem wstępnym Martina Shapiro

Tomasz Tadeusz Koncewicz

Zamów książkę w księgarni internetowej

proinfo.pl
księgarnia internetowa

SERIA **MONOGRAFIE**

Książka powstała na podstawie badań naukowych prowadzonych w ramach pan-europejskiego projektu naukowego realizowanego w ramach H2020 Reconciling Europe with its citizens through democracy and rule of law RECONNECT (umowa 770142) i została dofinansowana z budżetu RECONNECT. Uniwersytet Gdański jest jednym z 18 europejskich uniwersytetów wchodzących w skład konsorcjum RECONNECT.

This book has received funding from the European Union's Horizon 2020 Research & Innovation Programme under Grant Agreement no. 770142.

Partnerem publikacji jest Miasto Gdynia.

Recenzenci

Prof. dr hab. Jan Barcz

Prof. dr hab. Mirosław Wyrzykowski

Wydawca

Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący

Małgorzata Jarecka

Opracowanie redakcyjne

Grażyna Polkowska-Nowak

Projekt okładek serii

Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski



University of Gdańsk
50th Anniversary



Faculty of Law
and Administration
University of Gdańsk

This project has received funding
from the European Union's Horizon 2020
Research & Innovation programme
under Grant Agreement no. 770142



RECONNECT



© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2020

ISBN 978-83-8187-638-4

ISSN 1897-4392

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Barbarze i Martinowi Shapiro
z przyjaźnią i wdzięcznością za wszystko



Domenico Rosa, „Il Sole 24 Ore” z 28.10.1991 r.

Spis treści

Wykaz skrótów	15
Od autora	17
<i>Martin Shapiro</i>	
Foreword	25
<i>Martin Shapiro</i>	
Słowo wstępne	29
Prolog	
Dlaczego książka o unijnym sądownictwie 16 lat po Akcesji?	33
1. Prawnik i Prawo Granicy	33
2. Kontekst	39
3. Przejmowanie państwa i obywatelskie TAK lub NIE	42
4. Polityka resentymentu jako doktryna konstytucyjna	56
5. Instytucja i fundamenty	59
5.1. Wspólnota prawa: bez wojny	59
5.2. Nie ma Unii bez sądu	60
5.3. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej: Prawo – Etos – Trwanie – Przetwanie	63
5.4. Wierność unijnemu systemowi ochrony prawnej	67
5.5. Sędziowska obietnica w prawie unijnym	75
5.6. Czujne jednostki – prawdziwi strażnicy prawa europejskiego	82
5.7. NIE dla samopomocy	87
5.8. Prawo europejskie w sądach polskich	89

Część pierwsza

„Wspólnotowy umysł”	93
1. Aktywizm sądowy. Mit i rzeczywistość	95
1.1. Problem i terminologia	95
1.2. Jak pisać o Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej i jak rozumieć jego rolę?	101
2. Uzurpacja („aktywizm”) funkcji prawodawczej czy obrona systemu prawnego przed dezintegracją?	104
3. Jak rozumuje sędzia unijny?	106
3.1. Model	106
3.1.1. Sprawy łatwe – trudne i pytanie o dyskrecjonalność sędziowską	106
3.1.2. Sędzia unijny w świecie niedoskonałego tekstu	112
3.1.3. Trzy konteksty rozumowania sędziego Trybunału Sprawiedliwości	113
Podsumowanie. Od sądowego aktywizmu do unijnej racjonalności argumentacyjnej	119

Część druga

„Wspólnotowa metoda”. Teoria i aplikacja	122
1. Teoria	122
1.1. Filozofia art. 19 Traktatu o Unii Europejskiej i wspólnota prawa	122
1.2. Pluralizm argumentacyjny	125
1.3. Spójność powiązania argumentów	126
1.4. Substrat unijnej rozumności: zasady, polityki, wartości	128
2. Unijna metoda. Aplikacja	129
2.1. Od „ducha” i systemu Traktatu do bezpośredniego skutku prawa europejskiego	130
2.2. Łączenie i konstruowanie argumentów wzajemnie się wspierających. Sprawa ADBHU	133
2.3. Porządki pierwszeństwa argumentów w ramach spójnego systemu kontroli sądowej. Sprawa Les Verts	135
2.4. W obronie integralności systemu prawnego. Sprawa Foto-Frost	140
3. Europejska filozofia sądenia. W służbie wspólnoty prawa i obywateli	146

4. Precedens w prawie europejskim	155
4.1. Europejski precedens. Nie „czy?”, ale „jak?”	155
4.1.1. Fundamenty traktatowe	159
4.1.2. Fundamenty proceduralne	163
4.2. Unijna ścieżka precedensu	164
4.2.1. Rekonstrukcja	164
4.2.2. Aplikacja	167
4.2.3. Problem instrumentalizacji precedensu	173
4.2.4. Precedens i aktorzy integracji	174
4.2.5. Precedens i sąd wobec wyzwania „zmiany”	177
4.3. Jakość precedensu i tożsamość sądu	179
5. Dialog sądowy w prawie europejskim	184
5.1. Unijny dialog sądowy. Postępowanie prejudycjalne	186
5.1.1. Dialog jako istota postępowania prejudycjalnego ...	188
5.1.2. Dialog i podział jurysdykcji na podstawie art. 267 TFUE	193
5.1.3. Artykuł 267 TFUE i jurysdykcja Trybunału Sprawiedliwości	197
5.1.4. W kierunku dialogu kontrolowanego	200
5.1.4.1. Sprawy Foglia v. Novello jako cezura jurysdykcyjna	200
5.1.4.2. Warunki dostępu sądów krajowych do Trybunału Sprawiedliwości	213
5.1.5. Jaki dialog?	218
5.2. Dialog sądowy w europejskiej wspólnotie sądów. Trybunał Sprawiedliwości v. Europejski Trybunał Praw Człowieka	227
5.3. Sądowy dialog w działaniu. Sąd nad rzecznikiem (adwokatem) generalnym w Trybunale Sprawiedliwości ...	234
5.3.1. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka	235
5.3.2. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości	237
5.3.3. W kierunku konwergencji	246
5.4. Sądowy dialog konstytucyjny i wspólnota sędziów	248
5.5. Sądowy dialog i sędziowski temperament	252
6. Wspólnotowa <i>chain novel</i> . Sędzia jako krytyk, twórca i kontynuator tradycji orzeczniczej	253

6.1. Ronald Dworkin i koncepcja <i>chain novel</i>	253
6.2. <i>Chain novel</i> i Trybunał Sprawiedliwości	256
6.3. <i>Chain novel</i> i Parlament Europejski	256
7. Orzeczenia wstępne Trybunału Sprawiedliwości: struktura i lektura. Jak czytać, aby zrozumieć?	263
7.1. Część wstępna	263
7.2. Uzasadnienie	264
7.3. Pytania czy problem prawny?	265
7.4. Odpowiedzi	265
7.5. Cytowanie orzecznictwa	266
7.6. Sentencja	267
Podsumowanie. Najpierw zrozum instytucje i kontekst, a potem krytykuj	268

Część trzecia

Prawo i sala sądowa. O obietnicach i granicach	271
1. Odkrywanie Van Gend en Loos.	
Sąd – Procedura – Obywatel	271
1.1. Wyrok Van Gend en Loos i wielopoziomowa rekonstrukcja	272
1.1.1. Poziom konstytucyjnego odczytania wyroku	272
1.1.2. Poziom aplikacji wyroku	274
1.1.3. Poziom implikacji wyroku	275
1.2. Filozofia Van Gend en Loos. Więcej niż metafora?	277
1.3. Wyrok Van Gend en Loos i idea Europy	279
1.4. Van Gend en Loos jako uprawomocnienie sądu krajowego	282
1.5. „Jednostka – sąd – procedura” i legitymizacja prawa europejskiego	283
1.6. Van Gend en Loos. Od uprawnionej jednostki do partycypatywnego obywatela	286
1.7. Van Gend en Loos i zobowiązany obywatel	289
1.8. Van Gend en Loos jako sądowy pakt dla Europy wczorajszej, dzisiejszej i jutrzejszej	293
2. Godność	294
2.1. Spór o godność	294
2.2. Prawo europejskie wobec godności	299

2.3. Sąd unijny wobec godności	301
2.3.1. Przełamanie milczenia. Sprawa Omega	302
2.3.2. Sprawa Omega i podwaliny jurysprudencji konstytucyjnej	305
2.3.3. „Życie na granicy systemów”	308
3. Rzecznik (adwokat) generalny – najbardziej wpływowy głos prawa unijnego	309
4. Ochrona tymczasowa w Trybunale Sprawiedliwości. Od Rospudy do Białowieży	316
4.1. Postępowanie w przedmiocie ochrony tymczasowej	316
4.2. Warunki dopuszczalności ochrony tymczasowej	318
4.3. Ochrona tymczasowa. Przegląd orzecznictwa	320
4.4. Ochrona tymczasowa w Dolinie Rospudy	322
4.5. Sprawa Puszczy Białowieskiej	323
5. „Prawo” jako racja argumentacyjna. Przypadek Gazociągu Północnego	330
5.1. Argumentacyjny walor prawa europejskiego	330
5.2. Prawo w (nie)działaniu	331
5.3. Gazociąg Północny jako precedens na dzisiaj. <i>Iura vigilantibus scripta sunt?</i>	336
Podsumowanie. Ścieżki integracji i walor odkrywania „starych” precedensów	340

Część czwarta

Forum	342
1. Walor procedury	342
2. Filozofia i istota procedury unijnej. Rekonstrukcja modelu ...	349
2.1. Wartości proceduralne. Filozofia unijnej procedury	350
2.2. Cechy i zasady proceduralne. Istota procedury unijnej ...	354
2.3. Aplikacja modelu na przykładzie postępowania prejudycjalnego	359
2.3.1. Cechy postępowania prejudycjalnego	359
2.3.2. Zasady proceduralne w świetle cech postępowania prejudycjalnego	363
3. Autonomia proceduralna państw członkowskich. Pragmatyczne przewartościowanie czy pryncypialne utrzymywanie <i>status quo?</i>	368

3.1. Wyzwanie racjonalizacji orzecznictwa	368
3.2. Orzecznictwo jako kontinuum	370
3.3. „Sfera remedialna” i przewartościowanie autonomii proceduralnej	373
3.4. Orzecznicze generacje	376
3.5. Precedens Unibet. Co się stało z autonomią proceduralną?	377
3.6. W kierunku pragmatycznego przewartościowania	380
Podsumowanie. Orzecznicy „Catch 22”	390
Część piąta	
Sędziowska obietnica w prawie europejskim	392
1. Sędziowie czy quasi-prawodawcy? Jaka jest rola sędziów w prawie europejskim?	392
1.1. Bariery naszego myślenia o prawodawczej roli sądów	392
1.2. Szczególna rola prawodawcza sądów	395
2. Model kooperacyjny prawodawcy unijnego	398
2.1. Prawodawcza funkcja sądu unijnego	402
2.2. Kooperacja prawodawcy	408
2.3. Fluktuacja funkcji sądowego prawodawcy	424
2.4. Model kooperacyjny prawodawcy wobec równowagi władz i dynamiki prawa unijnego	426
2.5. Komplementarność funkcji prawodawcy sądowego	431
2.6. Sąd-prawodawca jako katalizator	436
2.7. Problem stronniczości prawodawcy sądowego	440
Podsumowanie. Obietnica sędziowska w obronie fundamentów Unii	444
Epilog czy... nowy Prolog? Quo vadis Polonia?	447
1. Jak myśleć i mówić o Europie w Polsce w czasie konstytucyjnego kryzysu?	447
2. Rzecz o polestycie	472
2.1. Obietnica roku 1989 i marzenie o Europie	472
2.2. Polestix, czyli co?	475
<i>Wojciech Szczurek</i>	
Posłowie	483
Wybrana literatura	485

Od autora

*Dla niektórych ludzi przychodzi taka godzina,
kiedy muszą powiedzieć wielkie Tak
albo wielkie Nie.
Od razu widać, kto z nich w sobie ma gotowe Tak.
Wypowiedziawszy je, coraz wyżej się wspina.
Wzrasta i w ludzkiej czci, i w zaufaniu do samego siebie.
Ten, kto powiedział Nie – nie żałuje.
Gdyby zapytali go, czy chce odwołać je, nie odwoła.
Ale właśnie to Nie – to słuszne Nie – na całe życie go grzebie.*

Konstandinos Kawafis, *Che fece ... il gran rifiuto*
(tłumaczenie Zbigniewa Kubiaka¹)

Ta książka jest dla mnie w pewnym sensie powrotem do źródeł i ponownym ich odkrywaniem, skoro sąd europejski, prawo i procedura od początku stanowiły centrum mojej podróży z prawem europejskim i w prawie europejskim. Wszystko zaczęło się od rzecznika generalnego, bohatera mojej pracy magisterskiej pisanej na Uniwersytecie Wrocławskim, i pierwszej wizyty w Trybunale Sprawiedliwości w grudniu 1998 r. w gabinecie sędziego Davida Edwarda. Ta wizyta zmieniła wszystko w moim życiu i pozwoliła mi zrozumieć, jakim prawnikiem chciałbym być, a także dostrzec szansę, którą daje prawo europejskie.

Następnie przyszły studia prawnicze na Uniwersytecie w Edynburgu i dysertacja magisterska pisana pod kierunkiem niezapomnianego Profesora Johna A. Ushera. Potem powroty do Luksemburga, rozprawa doktorska o granicach jurysdykcji sądu unijnego. Habilitacja. Kancelaria adwokacka i specjalizacja w kierunku litygacji strategicznej. To w największym skrócie.

¹ Zob. np. <http://wiersze.doktorzy.pl/chefece.htm> (dostęp: 1.05.2020 r.).

Dochodzimy do roku 2020 i wydaje się, że historia zatacza koło.

Poniżej opisuję wprawdzie szczegółowo, dlaczego uznałem za konieczne odkurzenie pamięci, ale osobne słowo wyjaśnienia już w tym miejscu jest także konieczne.

Książka o filozofii europejskiego wymiaru sprawiedliwości odpowiada potrzebie chwili. W 2020 r. upłynęło 31 lat od rozpoczęcia polskiej transformacji. W tym okresie mogliśmy zakładać, że sąd, prawo europejskie i poszanowanie dla procedur oraz orzeczeń stają się już bezpowrotnie elementem naszej kultury prawnej, penetrują głębiej i głębiej naszą codzienność obywatelską i rzeczywistość prawną. W 1989 r. powaga prawa i wiara w cywilizującą rolę niezależnych instytucji były kluczowymi postulatami i marzeniami jednocześnie. Polska transformacja ustrojowa była prowadzona pod hasłem, że prawo i instytucje mają zapewniać obywatelom poczucie bezpieczeństwa, a dla państwa mają stanowić nieprzekraczalną granicę ingerencji w autonomię jednostki. To były także drogowskazy dla naszego „powrotu” do Europy po 50 latach komunizmu, gdy Konstytucja była tylko kartką papieru zapisaną deklaracjami, a instytucje formalnie niezależne – przedłużeniem władzy i woli politycznej.

Tymczasem ostatnie lata dramatycznie zweryfikowały tę wiarę. Okres 2015–2020 znaczony jest odwrotem od zasad i reguł, które uznawaliśmy za nienaruszalne i które dobrowolnie przyjęliśmy do respektowania w dniu Akcesji do Unii Europejskiej. Polska staje się demokracją na peryferiach.

W prawdziwie demokratycznym państwie instytucje są wspólne, należą do nas, a nie do nich – kimkolwiek owi oni są. Dzisiaj taki przekaz jest niezwykle trudny wobec prymityzowania do granic przyzwoitości języka polityki, który gra na najniższych instynktach i karmi je. Należy jednak powtarzać – tam, gdzie się da – że instytucje mają pracować dla mnie, a nie dla władzy. Śmiertelne ciosy zadawaliśmy marzeniu o społeczeństwie obywatelskim, gdy nie rozumieliśmy, że wyjście na ulicę w obronie Trybunału Konstytucyjnego jest obywatelskim obowiązkiem, bo to sąd, który chroni mnie i ciebie przed dowolnością władzy, gdy nie rozumiemy, że dzisiaj zachowanie i uratowanie niezależności sądownictwa w ogóle urasta do kwestii podstawowej, nawet przy znanych bolączkach i niedoskonałościach, z którymi boryka się polski

wymiar sprawiedliwości. Wydaje się, że w swojej obojętności obywatelskiej daliśmy sobie narzucić antagonizującą narrację, która zawładnęła językiem dyskursu publicznego. Zwyciężyły pasywizm i krótkowzroczne wygodnictwo, bo skoro nie „ja” mam sprawy w Trybunale (w sądzie), to po co mam się o niego martwić dzisiaj. Miarą porażki było tych kilkanaście osób protestujących przed Trybunałem i krótko trwający zapal, gdy tymczasem chodziło o coś zupełnie fundamentalnego.

Gdy już na początku sporu o Trybunał Konstytucyjny pisałem o rozgrywającej się „tragedii konstytucyjnej”², widziałem z bezpiecznego dystansu Berkeley w Kalifornii na przełomie 2015/2016 wzruszenia ramion i słyszałem dramatycznie wybrzmiewające „nie będę nic robić, bo to nie mój sąd”. Te słowa i taka postawa świadczą o bierności i braku zainteresowania (czy dzisiaj ktoś jeszcze w ogóle pamięta, co się stało z Trybunałem Konstytucyjnym i o co w tym wszystkim chodziło?). Powtarzam zatem te niepokojące pytania i boję się usłyszeć odpowiedź³. Bezwzględna dominacja perspektywy „tu i teraz”, bez jakiegokolwiek refleksji „a co jutro”, wyrządziły i wyrządzają państwu prawa jeszcze większą szkodę niż powolne przejmowanie sądów i państwa przez większość parlamentarną.

Władza jednak chce takiej pasywnej reakcji, bo jest silna naszą pasywnością. Skoro my odwracamy wzrok, parlament wie, że nie musi liczyć się z ludźmi, ponieważ im i tak jest wszystko jedno. Gdy jednak wspólnota aspiruje do

² M. Wyrzykowski, *Antigone in Warsaw* [w:] *Human Rights in Contemporary World. Essays in Honour of Professor Leszek Garlicki*, red. M. Zubik, Warszawa 2017; W. Sadurski, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, „Sydney Law School Research Paper” 2018/18(1); W. Sadurski, *Polish Constitutional Tribunal under PiS: From an Activist Court, to a Paralyzed Tribunal, to a Governmental Enable*, „Hague Journal on the Rule Law” 2018/11(2); J. Zajadło, *Constitution-hostile interpretation*, „Przegląd Konstytucyjny” 2018/2. Zob. także moje analizy: T.T. Koncewicz, *Bruised, but not dead (yet): The Polish Constitutional Court has spoken*, *Verfassungsblog*, 10.12.2015 r., <https://verfassungsblog.de/bruised-but-not-dead-yet-the-polish-constitutional-court-has-spoken-2/> (dostęp: 25.01.2020 r.); T.T. Koncewicz, *“Court-packing” in Warsaw: The Plot Thickens*, *Verfassungsblog*, 18.12.2015 r., <https://verfassungsblog.de/court-packing-in-warsaw-the-plot-thickens/> (dostęp: 25.01.2020 r.); T.T. Koncewicz, *Polish Constitutional crisis goes to Europe – or does it?*, *Verfassungsblog*, 1.01.2016 r., <https://verfassungsblog.de/polish-constitutional-crisis-goes-to-europe-or-does-it-2/> (dostęp: 25.01.2020 r.).

³ Sam co roku publikuję tekst przypominający wszystkie powody, dla których opinii publicznej w Polsce nie wolno zapomnieć o konieczności odbudowy w Polsce niezawisłego sądownictwa konstytucyjnego. Zob. ostatnio T.T. Koncewicz, *Prawdziwy Trybunał Konstytucyjny trzeba odbudować od podstaw. Na 33. urodziny TK*, <https://oko.press/trybunal-konstytucyjny-musi-wrocic/> (dostęp: 25.01.2020 r.).

społeczeństwa obywatelskiego, jej siła płynie z zaangażowania jednostek złączonych wspólną sprawą i myślących tak samo, z dala od polityki, a w kategoriach dobra wspólnego. Tym dobrem są właśnie nasze instytucje. Gdy ich zabraknie, jesteśmy zdani na łaskę i niełaskę państwa, ponieważ państwo wyzwolone spod wszelkich ograniczeń uzyska niekontrolowaną władzę nad jednostkami.

Profesor Kim L. Scheppelle słusznie pisała, że prawo jest zbyt ważne, aby pozostawić je wyłącznie prawnikom. W dzisiejszych czasach zamachy na państwo prawa nie odbywają się już, na szczęście, przy akompaniamencie strzałów i nie towarzyszą im – tak jak kiedyś – masowe, łatwe do zlokalizowania, naruszenia praw człowieka. Raczej demokracja liberalna jest remontowywana krok po kroku za pomocą legalistycznie poprawnych metod, przy wykorzystaniu procedur i prawa. Za takimi legalistycznymi rewolucjami nie stoją generałowie, ale (niestety) sprytni i bezwzględni prawnicy. Wobec takiej zmiany technik i metod przed obywatelami rysuje się wielkie wyzwanie: zrozumieć, jak ten proces postępuje, wykazywać zaangażowanie i troskę o wspólne instytucje.

Zgadzać się więc z Kim L. Scheppelle, że prawo to coś więcej niż prawnicy, podkreślam, że szczególna rola i obowiązki w zakresie nadania prawu ludzkiej twarzy obciążają jednak prawników. To ich obowiązkiem jest tłumaczenie opinii publicznej nowych zagrożeń, ostrzeganie przed skrywanymi pod osłoną niewinnie brzmiącego przepisu niebezpieczeństw dla systemu prawnego i praw obywatelskich oraz bronienie liberalnych podstaw demokracji⁴. Ten obowiązek nabiera szczególnego znaczenia w kontekście sądowej kontroli konstytucyjności prawa, ponieważ – jak słusznie podkreśla Martin Shapiro w cytacie otwierającym książkę – taka kontrola jest zawsze kosztem dla demokracji. Powody, dla których warto jednak te koszty ponosić, muszą być nieustannie tłumaczone obywatelom. Gdy tak czynimy, wychodzimy poza „tu i teraz” i bronimy sądownictwa jako instytucji.

Czytam więc przejmujący wiersz Konstandinosa Kawafisa *Che fece ... il gran rifiuto* o potędze sprzeciwu i odwadze zabrania głosu w czasach próby.

⁴ O tym M. Wyrzykowski, *The Ghost of an Authoritarian State Stands at the Door of Your Home*, 26.02.2020 r., Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/the-ghost-of-an-authoritarian-state-stands-at-the-door-of-your-home/> (dostęp: 1.05.2020 r.).

To wezwanie do obywatelskiego „NIE” wobec oportunistów i zła oraz do „TAK” za przyzwoitością, uczciwością, standardami i w obronie instytucji, które na straży tych standardów powinny stać.

Czytam jego słowa i myślę o własnych, zdając sobie sprawę, jak daleka jest droga przed nami, abyśmy choć spróbowali dać znać o sobie i wykrzyczeli nasze obywatelskie „NIE” i „TAK”. Zrozumienie konsekwencji druzgocącego przejmowania państwa to jednak pierwszy i konieczny krok. Sam robię go, gdy wybieram praworządność, gdy bronię sądu unijnego, poszanowania dla prawa i miejsca Polski w europejskiej wspólnocie prawa, gdy pamiętam o polskim Trybunale Konstytucyjnym i przypominam, że jego przywrócenie musi być pierwszym zadaniem w lepszych, konstytucyjnych czasach. To jest właśnie moje TAK.

Elementami spajającymi tę książkę są części, które ją otwierają („Prolog. Dlaczego książka o unijnym sądownictwie 16 lat po Akcesji?”) i zamykają („Epilog czy... nowy Prolog? *Quo vadis Polonia?*”).

„Prolog” to omówienie systemowych fundamentów oraz instytucji prawa europejskiego i unijnego systemu ochrony prawnej, które obecnie są **podważane i zapominane**. Ta część jest w rzeczywistości syntetyczną mapą tematyczną książki i zaproszeniem do lektury.

Fundamenty są następnie szczegółowo porządkowane i rekonstruowane w kolejnych częściach. Wybór elementów konstrukcyjnych jest oczywiście subiektywny, ale wydaje się, że obejmuje te najważniejsze. Mamy więc dyskusję o aktywnym sędziowskim, o metodach rozumowania sędziego unijnego, o trudnych wyborach dokonywanych przezeń w szarym i niedoskonałym świecie przepisu, mamy też analizę precedensu, procedury prejudycjalnej i dialogu sądowego. Na koniec uwaga jest poświęcona kontrowersyjnemu pytaniu o obietnicę sędziowską w prawie europejskim.

„Epilog” to z kolei część najbardziej mroczna i pesymistyczna. Traktuje o konsekwencjach nieprzebrzegania naszych dobrowolnie zaciągniętych w dniu Akcesji zobowiązań. Argumentacja w tej części zmierza do wykazania, że skoro – co książka stara się udowodnić – nasze członkostwo to lojalność wobec porządku prawnego i konkretne, wynikające z tego obowiązki,

to plexit musi być rekonstruowany jako termin z bardzo precyzyjną treścią prawną i rozumiany jako cena jednostronnego wycofywania się z naszej części kontraktu unijnego. W tej końcowej części wskazuję także – w duchu bardziej optymistycznym – niezbędne elementy, które powinny w większym stopniu niż dotąd kierować europejskim dyskursem publicznym prowadzonym w Polsce przez tych, którzy nadal wierzą w Europę i nasze w niej trwanie.

W ten sposób idea książki i każdy rozdział z osobna są połączone jednym fundamentalnym, wspólnym mianownikiem: przypomnianiem o tym, że prawo, sąd i respektowanie wyroków to jest to, do czego zobowiązaliśmy się dobrowolnie w 2004 r.

To przypomnienie, wsparte odkurzeniem starych, kiedyś napisanych słów, powrotem do tekstów sprzed kilku lat, teraz spiętych tym wspólnym konstytucyjnym mianownikiem, jest szczególnie potrzebne właśnie dzisiaj.

W końcu zwracam uwagę Czytelnika na – i wyjaśniam – znaczenie i dobór cytatów, które otwierają książkę. Te cytaty to możliwie najbardziej syntetyczne wyrażenie ducha książki i argumentów w niej zawartych. To jednocześnie wskazanie i uznanie moich własnych inspiracji do myślenia o sądownictwie, roli sądu i prawa w europejskiej przestrzeni prawnej, której uczestnikiem (nadal) jest Rzeczpospolita Polska. Te starannie dobrane cytaty (zachowane w wersji oryginalnej)⁵ są powiązane niewidzialnymi na pierwszy rzut oka słowami-kluczami. Razem definiują one idee i wartości fundamentalne dla systemu prawa europejskiego: prawo – *rule of law* – autorytet sądu – sala sądowa – sędzia – kontrola sądowa – powaga wyroków – Konstytucja – wspólnota prawa – interpretacja – dialog sądowy – integracja – procedura – odmowa dania sprawiedliwości, a wszystko spięte „unią między narodami Europy”. To właśnie urzeczywistnianie tej unii jest w opinii byłego sędziego Trybunału Ulricha Everlinga najważniejszym *telos*, tłumaczącym i kierującym wyborami orzeczniczymi sądu unijnego, którego zadaniem i misją od zarania pierwszych Wspólnot było zapewnienie, że w procesie interpretacji i stosowania traktatów prawo jest przestrzegane⁶.

⁵ Jeżeli inaczej nie zastrzeżono, wszystkie tłumaczenia wykorzystane w książce pochodzą od jej autora.

⁶ Artykuł 164 TWEG: fr. „La Cour de Justice assure le respect **du droit** dane l'interprétation et l'application du présent Traité”; ang. „The Court of Justice shall ensure observance of **law** in the

Dodajmy też, za byłym sędzią Trybunału Constantinosem N. Kakourisem: „prawa przez duże P, prawa niepisanego, pewnego Ideału Prawa”⁷. Razem te słowa-klucze definiują europejską filozofię sądownictwa. Myślenie w kategorii tej filozofii i bronienie prawa europejskiego oraz cywilizacyjnego wyboru dokonanego w 2004 r. są polską racją stanu w tych niedobrych czasach w neoliberalnej Polsce A.D. 2020.

Już wskazane motywacje i ambicje oraz moment, w którym Polska demokracja liberalna znalazła się w 2020 r., powodują, że książka ta jest dla mnie wyjątkowo ważna. Fakt, że mogę ją poświęcić Barbarze i Martinowi Shapiro, to uczucie tylko potęguje. Nigdy nie zapomnę przyjaźni i życzliwości, którą mnie obdarzyli i nadal obdarzają.

Wyrażam wielką wdzięczność Profesorowi Martinowi Shapiro za napisanie „Słowa wstępnego”. Profesor Martin Shapiro jest tą osobą, która miała olbrzymi wpływ na to, jak rozumiem rolę sądu i prawa. Jego klasyczna monografia *Courts* jest do dzisiaj powszechnie uznawana za jedną z najbardziej wpływowych kiedykolwiek napisanych, poświęconych sądom i sądowej metodzie rozstrzygania sporów. Uczły się na niej kolejne generacje prawników i politologów. Jego natomiast analizę z 1999 r. poświęconą Trybunałowi Sprawiedliwości uznaję za najlepszą poświęconą sądowi europejskiemu. To jedna z tych niebywałych i niezwykle rzadkich prac, pozwalających za każdym razem odkrywać nowe elementy, których wcześniej nie dostrzegaliśmy. Profesor Shapiro wyprzedzał czas i uprzedzał to, jak dzisiaj myślimy o sądach i ich roli. Przewidywał szybciej niż większość z nas, co i jak miało się wydarzyć w orzecznictwie, zanim sam sąd faktycznie zaczynał iść w tym kierunku.

Gdy poznawałem dzieło Martina Shapiro, nie przypuszczałem, że kiedyś będę miał zaszczyt współprowadzić z nim wykład dotyczący *comparative*

interpretation and application of this Treaty”. Brzmienie tego fundamentalnego dla tej monografii artykułu pozostaje bez zmian od początku istnienia Wspólnot. Wraz ze zmianą nazwy Traktatu o Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej (TWEG) na Traktat o Wspólnocie Europejskiej (TWE) art. 164 TWEG stał się art. 220 TWE, a ten ostatni z kolei dzisiaj obowiązującym art. 19 TUE (wszystkie podkreślenia T.T.K.).

⁷ C.N. Kakouris, *La Cour de justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle: Trois observations* [w:] *Festschrift für Ulrich Everling*, red. O. Due, M. Lutter, J. Schwarze, Baden-Baden 1995, s. 632. Do myśli sędziego C.N. Kakourisa wracam w tej pracy wielokrotnie. Jego wypowiedź doskonale uchwyciła istotę europejskiej filozofii sądownictwa.

constitutional law. Tak się stało w czasie mojego rocznego pobytu jako Fulbright Visiting Professor na University of California w Berkeley w latach 2015–2016. Nasze niekończące się rozmowy przy lunchu, wspólne wykłady i każda wspólnie spędzona minuta zmieniły mnie na zawsze. Fakt więc, że Jego „Słowo wstępne” otwiera tę książkę, ma dla mnie szczególne, symboliczne i emocjonalne znaczenie.

Last but not least, wyrazy wdzięczności kieruję pod adresem Pana dr. Wojciecha Szczurka, Prezydenta Miasta Gdynia, za zaszczylenie książki „Posłowiem”.

Tomasz Tadeusz Koncewicz

Florencja–Wrocław–Gdynia, maj 2020

Martin Shapiro

Foreword

We are now experiencing a perfect political storm on both sides of the Atlantic. The elements of that storm are many and overlapping and sometimes blow in opposite directions. There is a general, popular, discontent with government as such. More particularly there are geographic areas and certain segments of the labor force that perceive themselves as economic victims of globalization or technology or something whose plight has been ignored by liberal democratic governments. These feelings blend with anti-immigrant sentiment and vague feelings of segments of national publics that their country should be made great again.

A combination of flaws in liberal democracies, excessive government regulation and, conversely, free markets may or may not be major causes of the growing income gap between the rich and everyone else. Technocratic governments, run by arrogant experts, and armed by “science” that is often false, ignore diverse popular needs and sentiments. Governments dominated by elite political parties are seen as not listening to “us”, instead granting endless opportunities to the influential “chattering class”. Legislatures and courts have been captured, disarmed and/or unable to do their job of protecting the general public and insuring fairness for all and the rule of law.

Lately many commentators have declared that national governments and transnational ones such as the European Union can at best “muddle right thru” and may well do worse than that. Somehow or other “things fall apart”. In the face of all this, there come calls for a fundamental rethinking of democratic values and processes, rights, the rule of law and equality. “Muddling thru” is not enough.

This book calls for such a fundamental rethinking. Whether or not the reader is persuaded by the specific value stances and governance processes and institutions favored by the author, he has set a wide-ranging agenda that urgently requires pursuit and provides responses to that agenda that, at the very least, are worthy of our very careful consideration.

Professor Tomasz Tadeusz Koncewicz has been a leading figure to the comparative study of law and courts, both national and transnational. His treatment of the storm clouds hovering over courts is, therefore, worthy of special attention.

From time to time we all gather for the ritual of declaring that courts are not “political”, that they “interpret” law not make it, that they simply enforce “rights” declared by constitution and statute makers in order to neutrally defend the “rule of law”.

For the last fifty years or so, it has become widely acknowledged that courts are, at least to some extent, “political” in the sense of being more or less involved in deciding issues of governance and public policy, exercise at least limited discretion in their choices of resolution of those issues and that those choices are to some degree influenced by the political ideologies of each of the judges.

This movement in turn leads both to the defense of courts and to those elements of the perfect storm that attack courts as the storm attacks all liberal, democratic government. The storm attacks them as elitist and either too democratic or not democratic enough. Attacks on courts have become an integral part of electoral politics as the courts themselves have become more active in demanding that government technocracies provide more transparency and give more understandable reasons for their regulations.

Here again this book provides an agenda for dealing with judicial “politics” and a set of challenging recommendations.

Speaking only of France, General De Gaulle once said it was difficult to provide unified government for a country that made hundreds of kinds of cheese. The European Union greatly multiplies that number. This book

provides both a description of the current varieties of national and transnational political quandaries and an array of responses designed to achieve better cures.

Professor Martin Shapiro

University of California, Berkeley, November 2019

Martin Shapiro

Słowo wstępne*

Obecnie jesteśmy świadkami politycznej zawieruchy szalejącej po obydwu stronach Atlantyku. Wiejące wiatry mają wiele przenikających się obliczy i często wieją w przeciwstawnych kierunkach. Odczuwalne jest ogólne zniechęcenie i niezadowolenie z rządzących. W szczególności niektóre regiony świata i segmenty siły roboczej postrzegają siebie w kategorii ekonomicznych ofiar procesów globalizacyjnych i technologicznych, których niedola jest ignorowana przez liberalne demokratyczne rządy. Poczucie zapomnienia i odrzucenia łączy się z nastrojami antyimigracyjnymi i bliżej niesprecyzowanymi przekonaniem części opinii publicznej, że ich państwa niestety już nie są, ale zasługują na to, aby być, znów wielkimi.

Jako możliwych winowajców stale postępującego rozziwemu dochodowego między bogatymi a całą resztą wskazuje się na niedoskonałości demokracji liberalnych, zbyt daleko idącą regulację i wolny rynek. Technokratyczne rządy z aroganckimi ekspertami na czele i wsparte – często okazującą się fałszywą – „nauką” ignorują różnorodne potrzeby i opinie rządzonych. Rządy zdominowane przez elitystyczne partie polityczne są postrzegane jako niesłuchające „nas”, a zamiast tego przyznające niekończące się przywileje i otwierające coraz to nowe możliwości dla „wpływowch inteligentów”. Legislatywy i sądy zostają przejęte oraz pozbawione znaczenia. Nie są już w stanie chronić społeczeństwa, zapewniać sprawiedliwości dla wszystkich i egzekwować *rule of law*.

Ostatnio wielu komentatorów wyraża przekonanie, że krajowe i ponadnarodowe rządy, jak np. Unia Europejska, mogą co najwyżej tylko trwać, aby

* Tłumaczenie T.T. Koncewicz.

jakoś przetrwać, a nawet swoimi działaniami doprowadzić do pogorszenia obecnego stanu rzeczy. W świetle tego wszystkiego coraz częściej słychać głosy o konieczności fundamentalnego przemyślenia wartości i procedur demokratycznych, praw podmiotowych, *rule of law* i zasady równości. Staje się jasne, że proste dalsze „trwanie tylko po to, aby przetrwać” już nie wystarcza.

Oddawana do rąk Czytelników książka wzywa właśnie do dokonania takiego fundamentalnego przemyślenia. Z proponowanymi w książce i faworyzowanymi przez Autora stanowiskami wobec wartości, procesami decyzyjnymi i instytucjami można się zgadzać lub nie. To, co jednak zasługuje przynajmniej na naszą dogłębną uwagę, to fakt, że Autor określa niezwykle szeroką agendę działań, która wymaga pilnej realizacji, oraz oferuje możliwe odpowiedzi, jak tę agendę należy przeprowadzić.

Profesor Tomasz Tadeusz Koncewicz jest wiodącą postacią na polu komparatystycznych badań poświęconych prawu i sądom, zarówno krajowym, jak i ponadnarodowym. Dlatego sposób, w jaki analizuje chmury burzowe gromadzące się nad sądami, zasługuje na szczególną uwagę.

Od czasu do czasu wszyscy zbieramy się, aby odbyć kolejny rytuał, w czasie którego deklarujemy, że sądy nie są instytucjami „politycznymi”, że „interpretują” prawo, ale go nie tworzą, że jedynie zapewniają ochronę i egzekwują „prawa” ustanowione w konstytucji i ustawach, a wszystko to czynią w celu neutralnej obrony *rule of law*.

Przez ostatnie 50 lat „polityczna” rola sądów została potwierdzona i zaakceptowana. Należy jednak w sposób precyzyjny wyjaśnić, co kryje się pod ową „polityczną” rolą i funkcją sądenia. „Polityczna” oznacza, że sądy, w mniejszym lub większym stopniu, są zaangażowane w rozstrzygnięcie problemów dotyczących rządu i polityki publicznej. „Polityczna” oznacza, że sądy korzystają z ograniczonej dyskrecjonalności, jeżeli chodzi o wybór sposobów rozstrzygnięcia tych kwestii, oraz że na dokonywane przez nie wybory wpływa, przynajmniej w pewnym stopniu, polityczna ideologia sędziów decydujących w tych sprawach.

Uznanie tak rozumianej politycznej roli sądów z kolei prowadzi do obrony sądów, jak również wywołuje zawieruchy uderzające w te sądy i w liberalny

demokratyczny porządek. Sądy są atakowane z powodu swojej elitarności. Zarzuca się im, że są zbyt demokratyczne albo demokratyczne w stopniu niewystarczającym. Ataki wymierzone w sądy stają się chlebem powszednim polityki wyborczej wraz z coraz śmielszym i coraz bardziej aktywnym egzekwowaniem oraz domaganiem się przez sądy od technokratycznych rządów większej transparentności i bardziej zrozumiałego uzasadniania przez te rządy działań regulacyjnych przezeń podejmowanych.

Także w tym zakresie książka wskazuje, jak rozumieć tę „politykę” sądów, i oferuje katalog ambitnych i stanowiących wyzwanie rekomendacji.

Mając na myśli jedynie Francję, generał de Gaulle zauważył, że trudno jest rządzić państwem, w którym produkuje się setki serów. Unia Europejska tylko zwiększa tę liczbę. Książka Profesora Koncewicza oferuje opis różnorodnych politycznych dylematów o proveniencji zarówno krajowej, jak i ponadnarodowej oraz wskazuje wiele możliwych odpowiedzi zmierzających do znalezienia lepszych rozwiązań dla naszych bolączek.

Profesor Martin Shapiro

University of California, Berkeley, listopad 2019

Prolog

Dlaczego książka o unijnym sądzie 16 lat po Akcesji?

The new autocrats come to power not with bullets but with laws. They attack the institutions of liberal constitutionalism with constitutional amendments. They carefully preserve the shell of the prior liberal state – the same institutions, the same ceremonies, an overall appearance of rights protection – but in the meantime they hollow out its moral core. Constitutional institutions survive in the same buildings, but their liberal souls have been killed

Kim L. Scheppelle⁸

Trybunał Sprawiedliwości jest po to, aby przypominać państwu o dobrowolnie zaciągniętych zobowiązaniach

David A.O. Edward⁹

1. Prawnik i Prawo Granicy

Rozwijając w tym miejscu wątki i osobiste motywy już poruszone, udzielenie bardziej szczegółowej odpowiedzi na postawione w tytule pytanie nie jest łatwe.

W czasach zdominowanych chwilą, w biegu codziennych spraw, trudno o chwilę refleksji nad wyzwaniem, które prawo stawia przed prawnikami. Refleksji, która w sposób krytyczny pozwoliłaby zastanowić się nad fundamentalnymi pytaniami: Po co ludziom sąd? Czym jest prawo w XXI w. i jak

⁸ K.L. Scheppelle, *Autocratic legalism*, „University of Chicago Law Review” 2018/85(2), s. 582.

⁹ Tak w rozmowie z T.T. Koncewiczem, *Sędzia polski będzie sędzią wspólnotowym*, „Gazeta Prawna” z 28.01.2000 r.

działa? Kiedy prawo jest nadużywane i instrumentalizowane? Taka refleksja w Polsce nabiera jednak szczególnego znaczenia dzisiaj, ponieważ zamiast mozolnie uczyć się i innych nowoczesnego myślenia o prawie XXI w., my prawnicy musimy nie tylko bronić tego wszystkiego, co stanowi osiągnięcie demokracji liberalnej i polskiego państwa prawa po 1989 r., lecz także tłumaczyć obywatelom zawiłości i mechanizmy integracji europejskiej.

Aktualność tych wyzwań i pytań jest konsekwencją zmian, jakie następują obecnie w sposobie postrzegania prawa i odpowiednio zmieniającej się roli prawników. Mamy bowiem do czynienia z fenomenem, który można nazwać „proliferacją prawa”. Jest coraz więcej przepisów, które regulują coraz większą liczbę dziedzin życia społecznego. „Proliferaacja prawa” prowadzi z kolei do „jurydyzacji społeczeństwa”: obywatele korzystają z regulacji prawnej coraz częściej, bywa, że nie mają wyboru i muszą swoje stosunki określać za pomocą prawa. Oba procesy łączą się i tworzą sytuację „judycjalizacji”: skoro zachowania obywateli, ich obowiązki i uprawnienia są coraz częściej regulowane przez prawo, należy równocześnie zapewnić, że prawa i obowiązki będą w sposób efektywny egzekwowane. W tym celu zwracamy się do sądów, których obowiązkiem jest właśnie zapewnienie takiej ochrony.

Dzisiaj, w świecie podlegającym stałym zmianom i fluktuacjom, to sądy zapewniają stabilność i pewność prawną¹⁰. Antoine Garapon porównuje nawet w tym kontekście sędziego do „strażnika obietnic”¹¹. Sędziowie i sądy stanowią forum odwoławcze przeciwko eksplozji społeczeństwa demokratycznego, które nie jest w stanie rozwiązać skomplikowanych i różnorodnych problemów, które samo codziennie generuje. Gdy społeczeństwo nie może znaleźć sposobów na rozwiązanie rodzących się w nim stale konfliktów, metoda sądowa pozostaje jedyną dostępną. W tym też sensie możemy powtórzyć za Ronaldem Dworkinem, że dzisiaj to „sądy są stolicami prawa, a sędziowie ich książętami”. Pamiętajmy jednak, że sąd to nie tylko sędzia, lecz także prawnicy przed nim występujący.

Zasygnalizowane procesy nabierają jednak szczególnego znaczenia w aspekcie prawa europejskiego i systemów prawnych państw członkowskich Unii

¹⁰ Tak C.N. Kakouris, *La mission de la Cour de justice des Communautés européennes et lethos du juge*, „Revue des Affaires Européennes” 1994/4, s. 36.

¹¹ A. Garapon, *Le Gardien de promesses – justice et démocratie*, Paris 1996.

Europejskiej. Z jednej strony prawo europejskie penetruje prawo państw członkowskich i rości sobie pierwszeństwo wobec tego prawa w razie konfliktu, ale z drugiej – zakłada, że system prawny Unii jest oparty na współistniejących krajowych systemach prawnych. Pierwszeństwo prawa europejskiego nigdy nie jest wartością absolutną. To raczej prawo musi dopiero zbudować – opierając się na dobrych argumentach – swoje roszczenie do pierwszeństwa. Centralna rola sądów (krajowych i ponadnarodowych) w procesie stosowania prawa unijnego, szczególne dyrektywy wykładni tego prawa i metody rozumowań prawniczych, myślenie prawnicze w kategoriach procedury i środków ochrony prawnej wyznaczają nową rzeczywistość prawną i, w konsekwencji, często wymuszają przewartościowanie zastanego (i wygodnego, bo dobrze znanego) krajowego *status quo*.

Pełne wykorzystanie prawa europejskiego nie jest jednak ani łatwe, ani oczywiste. Wymaga pewnych umiejętności interpretacyjnych, wyjątkowego zaangażowania w proces jego stosowania i interpretacji oraz rozumienia jego przemian, które z kolei są pochodną szczególnych właściwości tego prawa.

Po pierwsze, prawo UE nieustannie „się staje”, wymaga ciągłej uwagi i oceny sytuacyjnej, ważenia, niuansowania, łączenia, a nie prostego i wygodnego dzielenia oraz separowania.

Po drugie, prawo UE zawiera się nie tylko w tekście, ale w równym stopniu w działaniu aktorów interpretujących tekst i tworzących kontekst dla tekstu. Tymczasem prawnicy (nie tylko polscy) cały czas zbyt często swoją analizę prawa europejskiego zaczynają i kończą właśnie na tekście, lekceważąc wymiar faktycznego działania na nim i z nim. Widać to najlepiej, ilekroć Polsce stawiany jest zarzut naruszenia prawa europejskiego lub gdy Europejski Trybunał Praw Człowieka wydaje wyrok uznający Polskę za winną nieprzestrzegania Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Naszą obroną jest wówczas niezmiennie: „Ale przecież mamy przepis, więc w czym problem?”. Tymczasem najwyższy czas zrozumieć, że to nie przepis (tych mamy aż nadto!) jest źródłem naszych europejskich problemów, ale często brak standardu, zasad oraz dobrej praktyki stosowania i interpretacji prawa¹². Tu więc leży olbrzymi potencjał zmiany i poprawy, a mądry

¹² Szerzej T.T. Koncewicz, *Prawo z ludzką twarzą*, Warszawa 2015.

prawnik ma niebagatelną rolę do odegrania w procesie budowania, a potem stosowania dobrego standardu prawnego.

Po trzecie, prawo europejskie jest prawem wyboru i granicy. Poszerza możliwości działania jednostki dotychczas ograniczonej granicami krajowymi. Między jednostką a siłami prointegracyjnymi dochodzi do zawarcia szczególnego sojuszu. Dzięki prawu europejskiemu jednostka rzuca wyzwanie państwu. Jednostka przestaje żyć w cieniu potężnych niegdyś państw, staje wobec nich jako podmiot równorzędny, który walczy o swoje, ale nie dlatego, że państwo przyznało jej przywileje, tylko dlatego, że Traktat o Unii Europejskiej¹³ jest źródłem praw podmiotowych będących integralnym elementem statusu jednostki. Dzięki temu jednostka przestaje być prostym obserwatorem, a zmienia się w uczestnika, polegając na własnej aktywności i ocenie. Nie jest już uzależniona od dobrej woli podmiotów trzecich, które mogą, ale wcale nie muszą działać w jej imieniu.

Po czwarte, bezpośredni skutek prawa unijnego i jego internalizacja w krajowych porządkach prawnych prowadzą do nowego rozłożenia akcentów. Obowiązki państw przestają mieć jedynie wymiar publicznoprawny, lecz nabierają charakteru prywatnoprawnego, prowadząc do indywidualnych praw jednostek, które podlegają ochronie w sądach krajowych tu i teraz. Często iluzoryczne „prawo – tekst” staje się efektywnym „prawem w działaniu” w moim lokalnym sądzie.

Po piąte, prawo UE dezaktualizuje tradycyjne pojmowanie prawa jako miecza, tj. narzędzia władzy państwa nad jednostką. Staje się dla jednostki tarczą, dzięki której może ona skutecznie bronić się przed prawem rozumianym jako źródło opresji. Dzięki temu prawu jednostka wychodzi z cienia wszechpotężnego dotąd państwa i może z nim wygrać.

To wszystko wpływa w sposób fundamentalny na nasze rozumienie, kim jest dzisiaj prawnik. Nie wykorzystamy w pełni prawa unijnego, jeżeli ograniczymy się do wąsko pojmowanego rzemiosła i specjalizacji, do pasywnego

¹³ Gdy posługuję się rodzajowym terminem „traktaty” bez bliższego sprecyzowania, mam na myśli wszystkie traktaty europejskie – od pierwszych traktatów powołujących Wspólnoty Europejskie z 1951 i 1957 r. począwszy, a na Traktacie z Lizbony kończąc. Gdy natomiast odwołanie dotyczy konkretnego traktatu, jego nazwa jest podana za pośrednictwem odpowiedniego skrótu.

sylogizmu prawniczego, do mitycznego założenia, że sędzia jest tylko ustami prawodawcy, a przepis równa się prawu, że interpretacja językowa jest nadal królową. Szkoły prawa muszą uczyć, jak konstruktywnie i całościowo interpretować prawo, jak czytać orzeczenia sądów, które od zawsze odgrywały decydującą rolę w rozwoju tego prawa. Gdy państwa członkowskie swoją podróż kończą wraz z podpisaniem Traktatu, rola prawników dopiero się zaczyna i polega na nadaniu konkretnego kształtu niejasnym i ogólnym zapisom zawartym w Traktacie.

To dopiero dzięki aktom interpretacji i stosowania traktat ma stać się prawem w działaniu dla obywateli Unii Europejskiej. Dlatego prawo unijne oczekuje od prawników szczególnego zaangażowania. Na ich rolę musimy patrzeć w świetle konstytucyjnego wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 1962 r. w sprawie *Van Gend*¹⁴. W tej sprawie Trybunał odwrócił domniemanie powszechnie obowiązujące w prawie międzynarodowym, zgodnie z którym zmiany w sferze prawnej podmiotów prywatnych są uzależnione od krajowej regulacji prawnej. Specyfika prawa europejskiego nie polega tylko na istnieniu bezpośredniego skutku, ale na uznaniu, że stanowi on jego zasadę konstrukcyjną. Uznanie bezpośredniego skutku było z kolei pierwszym krokiem na drodze do konstytucjonalizacji traktatów i pozwoliło prawu unijnemu na penetrację prawa krajowego poprzez procedurę prejudycjalną. Z jednej strony sąd krajowy winien jest nadal posłuszeństwo swojemu prawu, ale z drugiej strony kluczowa dla tej książki filozofia *Van Gend en Loos* proponuje konkurencyjny punkt odniesienia i lojalności. Sąd krajowy (a w konsekwencji każdy prawnik przed nim występujący) zostaje bezpośrednio włączony do służby prawu unijnemu i czujnej, kontestującej rzeczywistość prawną jednostce. Bez dostępnego forum sądowego, sprawnych warsztatowo i uczciwych aksjologicznie aktorów (prawników) potencjalna energia zawarta w filozofii *Van Gend en Loos* nie zostanie nigdy uwolniona.

Dzisiaj żyjemy na granicy systemów, gdzie prawa podmiotowe płyną do nas z różnych źródeł. Próba zamykania polskiego systemu prawnego pod pozorem porządkowania i „ochrony” jednostek jest anachronizmem. Niech sam zainteresowany, czyli czujna i dbająca o swoje prawa jednostka (obywatel), zadecyduje, jaki system ochrony praw woli: zróżnicowany i dynamiczny

¹⁴ O tym szczegółowo w części trzeciej książki.

czy ujednoliczony i reglamentowany. Niech odpowie, czy woli skomplikowane, ale fascynujące życie na granicy czy egzystencję przewidywalną w zamkniętym świecie wyznaczonym przez ograniczone możliwości ochrony przed aparatem przymusu państwa. Serce prawa europejskiego bije zgodnie z założeniem, że uprawniony, przezorny i czujny podmiot walczy o swój status, a prawnik europejski musi być sojusznikiem w tej walce. Jednostka windykująca swoje prawa podmiotowe i dokonująca wyboru występuje wobec prawa europejskiego jako szczególna siła, która to prawo legitymizuje.

Dzisiaj promowanie wspólnoty prawa i dialogu sądowego wymaga wyjścia poza proste cytowanie orzeczeń sądu europejskiego czy bezmyślne odwoływanie się do prawa europejskiego, tak jak gdyby to częstotliwość cytowania orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka miała z prawnika zrobić prawnika europejskiego¹⁵. Prawidłowo rozumiane prawo europejskie niesie ze sobą wyzwanie pokory, szacunku i gotowości ustąpienia w przekonaniu, że sąd europejski (system prawny) może (ale nie musi) stanowić lepsze forum, może przekonać nas argumentami i dać cenny punkt odniesienia do udzielania ochrony prawnej w indywidualnej sprawie, w której mój los zawierzam sędziemu rozstrzygającemu sprawę.

Dzisiaj krajowe porządki prawne, sądy i prawnicy są ze sobą połączeni w sposób zarówno niezwykle skomplikowany, jak i subtelny. Przynależność do europejskiej wspólnoty prawników nie jest tylko zjawiskiem normatywnym, ale dotyka serc i umysłów. Prawdziwie dobry prawnik umie dokonać wyboru spośród konkurujących porządków prawnych, umiejętnie zastosować prawo inne niż krajowe i dokonać jego interpretacji. W XXI w. na tym polega jego prawdziwa obietnica, którą składa tym, którzy przychodzą do niego po pomoc prawną, a nie tylko po suchy odczyt z komputera. Wszystko to spięte założeniem „życia na granicy”, które charakteryzuje dzisiejsze prawo i systemy normatywne.

Po co obywatelom prawo europejskie, skoro nie będą go rozumieć i nie będą umieli go stosować? Po co obywatelom Trybunał Sprawiedliwości UE czy Sąd UE, jeżeli będą odległe i niedostępne? Jak argumentować, aby trafić do umysłu sędziego? Jak wykorzystać sąd krajowy, który jest „moim” sądem

¹⁵ O dialogu sądowym w części drugiej książki.

unijnym? Te pytania są elementem prawniczej codzienności, zarówno w wymiarze stosowania stale ewoluującego prawa, jak i uczenia o nim.

Przedstawione rozważania stanowią zaproszenie do rozmowy o tym, jak powinien ewoluować model prawnika europejskiego, jak musi się zmieniać system kształcenia studentów i szkolenia aplikantów, aby zrozumieli, że nie mają być prawnikami tekstu (przepisu), ale prawnikami sprawnie poruszającymi się w sferze pozatekstualnej, umiejącymi ważyć kolidujące prawa i interesy oraz dostrzegać, jak bardzo prawo wymaga każdorazowo mądrego dostrojenia angażowanych środków do założonych celów.

Prawnik polski jest „prawnikiem granicy”, a przynajmniej powinien do takiego tytułu aspirować. Aby tak się jednak stało, musi być świadom szczególnych obowiązków i oczekiwań. Prawnik granicy musi umieć odnaleźć drogę i swoje powołanie w kontekście prawa. Prawnik granicy dostrzega szarość i umie ważyć argumenty. Interpretuje prawo tak, aby jego litera nigdy nie przesłaniała celu ostatecznego i aspiracji każdego „dobrego prawa”, czyli sprawiedliwości. Tej ostatniej wcale nie musi towarzyszyć tak częsty na ustach prawników cyniczny uśmiech. W końcu tylko taki prawnik ma szansę stać się bezcennym przewodnikiem obywatela po prawie europejskim. Czas najwyższy, abyśmy tak zaczęli rozmawiać o naszym zawodzie i powołaniu, i w tym duchu uczyli o prawie. Przynajmniej w Polsce milczenie trwa zbyt długo...

Gdybym jednak skończył swoje rozważania w tym miejscu, odpowiedź na postawione wyżej pytanie o powody pisania książki o unijnym sądownictwie 16 lat po Akcesji nie byłaby pełna. W tym celu musimy wzrokiem sięgnąć dalej i głębiej: dostrzec i zrozumieć kontekst.

2. Kontekst

Niezajomość mechanizmów działania prawa europejskiego i instytucji europejskich oraz brak woli przestrzegania dobrowolnie przyjętych zobowiązań są dzisiaj na porządku dziennym w Polsce. Zasady (państwo prawa, prawa i wolności konstytucyjne, niezawisłość sądów) i reguły gry właściwe dla demokracji liberalnej (poszanowanie praw mniejszości i opozycji) ustąpiły pola niepohamowanej i bezlitosnej narracji demokracji większościowej.

Gdy prawo i instytucje zaczynają służyć bezwzględnej polityce, zamiast ją cywilizować i krępować, zostaje zniszczony jeden z fundamentów powojennego ładu europejskiego: wiara, że każda władza polityczna musi być władzą ograniczoną i kontrolowaną przez instytucje od niej niezależne, przede wszystkim sądy.

Prawo, *rule of law*, efektywna kontrola sądowa, powaga wyroków, Konstytucja, wspólnota – to słowa klucze definiujące europejską filozofię sądenia i istotę unijnego wymiaru sprawiedliwości. Myślenie w kategoriach tej filozofii jest polską racją stanu w tych niedobrych czasach w neoliberalnej Polsce A.D. 2020.

Autor argumentuje, że stawką jest nasze dalsze trwanie w europejskiej wspólnocie prawa, której reguły i zasady z własnej woli zaakceptowaliśmy w 2004 r. i które były marzeniem oraz aspiracją całych generacji Polaków po 1945 r. albo... definitywny POLEXIT.

Profesor Tomasz Tadeusz Koncewicz jest wiodącą postacią w dziedzinie komparatystycznych badań poświęconych prawu i sądom, zarówno krajowym, jak i ponadnarodowym. Dlatego sposób, w jaki analizuje chmury burzowe gromadzące się nad sądami, zasługuje na szczególną uwagę. Jego książka wskazuje, jak rozumieć „politykę” sądów i oferuje katalog ambitnych i stanowiących wyzwanie rekomendacji. To, co zasługuje na naszą dogłębną uwagę, to fakt, że Autor zakreśla niezwykle szeroką agendę działań, która wymaga pilnej realizacji, oraz oferuje możliwe odpowiedzi, jak tę agendę należy przeprowadzić.

ze słowa wstępnego profesora Martina Shapiro

Tomasz Tadeusz Koncewicz – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Gdańskiego, kierownik Katedry Prawa Europejskiego i Komparatystyki Prawniczej na Uniwersytecie Gdańskim; adwokat specjalizujący się w zastępstwie procesowym przed sądami europejskimi; były referendarz w Trybunale Sprawiedliwości UE; członek rady programowej Archiwum Osiatyńskiego i Zespołu Doradców do spraw konstytucyjności prawa przy Marszałku Senatu RP; zasiada w Editorial Board Oxford Encyclopedia of EU Law; pełni funkcję Principal Investigator w paneuropejskim projekcie H2020 Reconciling Europe with its Citizens through Democracy and Rule of Law (RECONNECT); autor ponad 300 publikacji naukowych w językach polskim i angielskim.



ZAMÓWIENIA:

INFOLINIA 801 04 45 45

ZAMOWIENIA@WOLTERSKLUWER.PL

WWW.PROFINFO.PL

ISSN 1697-4392
ISBN 978-83-8187-638-4

