

KONCEPCJA TWORZENIA PRAWA PRZEZ TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

Paweł Marcisz

MONOGRAFIE LEX



LEX

a Wolters Kluwer business

KONCEPCJA TWORZENIA PRAWA PRZEZ TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

Paweł Marcisz



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2015

Stan prawny na 1 grudnia 2014 r.

Recenzent

Prof. dr hab. Andrzej Wróbel

Wydawca

Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący

Adam Choiński

Opracowanie redakcyjne

Julia Genusa

Łamanie

JustLuk Łukasz Drzewiecki, Justyna Szumiół, Krzysztof Drzewiecki

Układ typograficzny

Marta Baranowska

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ

Więcej na www.legalnakultura.pl

POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by

Wolters Kluwer SA, 2015

ISBN 978-83-264-3436-5

ISSN 1897-4392

Wydane przez:

Wolters Kluwer SA

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przykoppowa 33

tel. 22 535 82 00, fax 22 535 81 35

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów / 7

Podziękowania / 11

Wstęp / 13

Rozdział I

Pojęcie tworzenia prawa / 23

Rozdział II

Wykładnia prawa / 42

1. Pojęcie wykładni i stosunek wykładni do tworzenia prawa / 42
 - a. Różne rozumienia wykładni / 42
 - b. Granice wykładni i wspólnoty interpretacyjne / 56
 - c. Metody wykładni / 83
 - d. Rozumienie komunikatów a wykładnia prawa / 105
2. Specyfika wykładni dokonywanej przez Trybunał / 115
 - a. Metody i dyrektywy wykładni stosowane przez Trybunał / 115
 - b. Swoboda Trybunału i jej ograniczenia / 130
 - c. *Acte clair* / 153

Rozdział III

Stanowienie prawa orzeczniczego przez Trybunał / 157

1. Funkcjonowanie orzecznictwa Trybunału a precedensy / 157
 - a. Modele funkcjonowania orzecznictwa / 157
 - b. Stanowisko Trybunału odnośnie do mocy własnych orzeczeń / 180

- c. Orzecznictwo Trybunału w krajowym i unijnym obrocie prawnym / **207**
- 2. Ustanowienie zasad prawa Unii Europejskiej / **220**
- 3. Specyfika prawa orzeczniczego / **238**

Rozdział IV

Podstawy obowiązywania prawa orzeczniczego / 259

- 1. Traktaty / **259**
- 2. Uzupełnianie luk w prawie / **269**
- 3. Prawo zwyczajowe / **279**
- 4. Inne / **299**

Rozdział V

Legitymizacja działalności prawotwórczej Trybunału / 318

- 1. Pojęcia legitymizacji i delegitymizacji władzy / **318**
 - a. Ukonstytuowanie się władzy tworzącej prawo / **318**
 - b. Koncepcje pokrewne legitymizacji / **338**
- 2. Powstanie kompetencji prawotwórczych Trybunału / **351**
- 3. Granice kompetencji prawotwórczych Trybunału / **368**

Zakończenie / **385**

Bibliografia / **397**

Wykaz skrótów

Akty prawne

konwencja brukselska	Konwencja brukselska o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych z dnia 27 września 1968 r. (tekst jedn.: Dz. Urz. WE C 27 z 26.01.1998, s. 1)
konwencja wiedeńska	Konwencja wiedeńska o prawie traktatów, sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439, załącznik)
protokół Barbera	Protokół (nr 33) dotyczący artykułu 157 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 319) – pierwotnie dołączony do traktatu z Maastricht jako: Protokół (nr 2) dotyczący artykułu 119 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską
Regulamin TS	Regulamin postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości UE (Dz. Urz. UE L 265 z 29.09.2012, s. 1, z późn. zm.) – wersja ujednolicona dostępna na stronie internetowej TS: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_pl.pdf (dostęp: 16.08.2014)
Statut MTS	Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 z późn. zm.)
Statut TS	Protokół (nr 3) w sprawie Statutu Trybunału Sprawiedliwości UE (Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 210, z późn. zm.) – wersja ujednolicona dostępna na stronie internetowej TS: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/staut_cons_pl.pdf (dostęp: 16.08.2014 r.)

- TEWG** Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą, podpisany w Rzymie dnia 25 marca 1957 r. (Dz. U. z 2004 r. Nr 80, poz. 864, zał. 2, t. 1, s. 10), zwany też traktatem rzymskim; późniejsze nazwy: Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE) – od wejścia w życie traktatu z Maastricht dnia 1 listopada 1994 r.; Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) – od wejścia w życie Traktatu z Lizbony dnia 1 grudnia 1999 r.
- TEWWiS** Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Węgla i Stali, podpisany w Paryżu dnia 18 kwietnia 1951 r., wygasł 23 lipca 2002 r.; wersja polska uwzględniająca ostatnie zmiany w tekście traktatu dostępna na stronie internetowej: https://polskawue.gov.pl/files/polska_w_ue/prawo/traktaty/Traktat_EWWiS.pdf (dostęp: 18.08.2014 r.)
- TFUE** Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 25 marca 1957 r. (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47, z późn. zm.) – nazwa nadana Traktatem z Lizbony z dnia 13 grudnia 2007 r.; wcześniejsze nazwy to: Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (TEWG) oraz Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE)
- traktaty** traktat rzymski (w zależności od umiejscowienia w czasie zwany Traktatem ustanawiającym Europejską Wspólnotę Gospodarczą – TEWG, Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską – TWE, Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – TFUE) i Traktat o Unii Europejskiej (TUE)
- traktat z Nicei** Traktat z Nicei zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty (Dz. U. z 2004 r. Nr 80, poz. 864, zał. 2, t. 2, s. 660) – zwany też traktatem nicejskim

traktat z Lizbony	Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzony w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569) – zwany też traktatem lizbońskim
TUE	Traktat o Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 1992 r. (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 13, z późn. zm.), zwany też traktatem z Maastricht
TWE	Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z dnia 25 marca 1957 r. (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 321 E z 29.12.2006, s. 37) – nazwa nadana traktatem z Maastricht z dnia 7 lutego 1992 r.; w pierwotnej wersji jego tytuł brzmiał Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (TEWG); od wejścia w życie Traktatu z Lizbony dnia 1 grudnia 2009 r. nosi nazwę Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)

Inne skróty (publikatory, instytucje)

Dz. Urz. UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej (po 31 stycznia 2003 r.)
Dz. Urz. WE	Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich (do 31 stycznia 2003 r.)
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
OTK	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNP	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych
Rec.	Zbiór Orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Pierwszej Instancji opublikowanych przed 1 maja 2004 r.
SN	Sąd Najwyższy
TK	Trybunał Konstytucyjny

TS (lub Trybunał)	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (przed 1 grudnia 2009 r. – Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich lub w skrócie Europejski Trybunał Sprawiedliwości)
Zb. Orz.	Zbiór Orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości i Sądu (przed 1 grudnia 2009 r. – Sądu Pierwszej Instancji) opublikowanych po 1 maja 2004 r.

Podziękowania

Niniejsza książka stanowi zmienioną wersję rozprawy doktorskiej pod tytułem *Prawotwórczy charakter orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, obronionej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Chciałbym w tym miejscu podziękować mojej promotor, Profesor Marii Magdalenie Kenig-Witkowskiej, za pomoc w pracach nad dysertacją; Profesorom Andrzejowi Wróblowi i Mirosławowi Wyrzykowskiemu za cenne uwagi zawarte w recenzjach; Profesorowi Tomaszowi Staweckiemu za konsultacje; Profesorowi Janowi Potkańskiemu za dyskusje; Doktor Marii Nowak za pomoc w redakcji; Pani Magdalenie Dębskiej za korektę. Wszelkie błędy obciążają oczywiście mnie.

Wstęp

Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 z późn. zm.) w art. 59 wyraźnie stanowi, że orzeczenia tego sądu wiążą jedynie strony w danej sprawie. Nie istnieje podobne postanowienie odnośnie do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Prawo unijne – z nieistotnymi wyjątkami – milczy na temat mocy wiążącej orzeczeń. A.G. Toth zauważa¹, że milczenie traktatów² można rozumieć na dwa sposoby: albo postanowienia traktatów implikują moc wiążącą orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, albo orzeczenia te wiążą z natury, a podstawę prawną ich mocy wiążącej stanowi powierzenie Trybunałowi Sprawiedliwości jurysdykcji. Bez odpowiedzi pozostaje jednak pytanie o zakres podmiotowy związania. Bronię stanowiska, że orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości mają moc powszechnie wiążącą. W tym celu staram się przedstawić koncepcję uzasadniającą tę moc na gruncie teorii prawa.

Dwie zasadnicze tezy tej pracy głoszą, że Trybunał Sprawiedliwości tworzy prawo i że ma do tego kompetencję pochodzącą z jego legitymizacji. Tworzenie prawa oznacza najogólniej powoływanie nowych norm generalnych i abstrakcyjnych, uznawanych za prawo przez porządek prawny. Legitymizacja oznacza natomiast, że Trybunał Sprawiedliwości zyskał nawyk posłuchu dla swojej działalności prawotwórczej. W praktyce działalność prawotwórcza Trybunału polega przede

¹ A.G. Toth, *The Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects*, Yearbook of European Law 1984, Vol. 4, No. 1, s. 1 (s.n.) i n.

² Termin „traktaty” oznacza traktat rzymski (w zależności od umiejscowienia w czasie zwany Traktatem ustanawiającym Europejską Wspólnotą Gospodarczą – TEWG, Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską – TWE, Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – TFUE) i Traktat o Unii Europejskiej (TUE), w brzmieniu obowiązującym w chwili, do której odnosi się dane zdanie. Podobnie słowo „traktat”, użyte bez bliższego odniesienia, oznacza traktat rzymski, w brzmieniu jak wyżej. Podążam tu za konwencją przyjmowaną przez sam Trybunał Sprawiedliwości.

wszystkim na tym, że normy, które ogłasza jako interpretacje prawa unijnego, nie wynikają w sposób konieczny z tego prawa, a mimo to traktowane są, jakby były prawem unijnym.

Teza głosząca, że Trybunał Sprawiedliwości tworzy prawo, może wydać się trywialna. W istocie głosi ją – niekiedy bez koniecznego dowodu – duża część doktryny, zwłaszcza zagranicznej. Jej dowiedzenie wydaje się jednak istotne ze względu na ugruntowaną w Polsce tradycję odmawiania prawotwórczego charakteru orzecznictwu (wyjąwszy oczywiście eliminację norm w ramach kontroli konstytucyjnej i – w przypadku aktów prawa miejscowego – sądownoadministracyjnej).

Mimo że kwestia, czy Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej i sądy w ogóle tworzą prawo, ma bogatą literaturę, nadal panuje niezgoda co do jej właściwego rozstrzygnięcia. Dokonanie takiego rozstrzygnięcia byłoby jednak z wielu względów cenne – począwszy od tego, że pozwoliłoby lepiej zrozumieć, czym jest współczesne prawo, skończywszy zaś na tym, że zwiększyłoby pewność prawa przez jednoznaczne określenie jego źródeł.

Przedmiotem pracy jest koncepcja wyjaśniająca, w jaki sposób Trybunał Sprawiedliwości tworzy prawo przez swoje orzecznictwo. Niemal każde z użytych tu określeń wymaga wyjaśnienia. Praca poświęcona jest Trybunałowi Sprawiedliwości, czyli tylko jednej z części składowych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, obok Sądu i sądów wyspecjalizowanych (art. 19 ust. 1 akapit pierwszy TUE). W dalszej części pracy pozbawione bliższego określenia słowo „Trybunał” oznacza właśnie Trybunał Sprawiedliwości. Poza kręgiem badań znalazły się Sąd (i Sąd do spraw Służby Publicznej). Niewykluczone oczywiście, że poczynione w pracy konkluzje w części znajdują do niego zastosowanie, podobnie jak do najwyższych sądów krajowych, zgodnie z zasadą *pars pro toto*.

Trybunał pełni obecnie wiele funkcji: jest zarazem sądem administracyjnym i sądem konstytucyjnym Unii, a także sądem międzynarodowym. Stąd zawarte w pracy rozważania dotyczące ogólnie sądów konstytucyjnych odnoszą się również do Trybunału. Podobnie odnoszą się do niego uwagi dotyczące ogólnie sądów najwyższych, stoi on bowiem na szczycie unijnej hierarchii sądowej.

Pojęciu tworzenia prawa poświęcony jest rozdział pierwszy, jednakże już w tym miejscu wypada poczynić zastrzeżenie, że chodzi o tworzenie prawa Unii Europejskiej. Zasadniczo nie rozważam więc orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości jako źródła prawa w krajo-

wych porządkach prawnych. Skutki orzeczeń Trybunału w porządkach prawnych państw członkowskich mają natomiast pomocnicze znaczenie dla ustalenia jego skutków w porządku unijnym.

Istota zasad prawa unijnego, takich jak skutek bezpośredni, skutek pośredni czy odpowiedzialność odszkodowawcza, wynika z założenia, że prawo unijne *per se* staje się częścią porządku prawnego państw członkowskich – a co za tym idzie, musi być *proprio vigore* stosowane przez sądy i inne organy państwowe. Tak więc zgodnie z prawem unijnym orzeczenia Trybunału, według bronionej tu tezy, prawdopodobnie są również źródłem prawa krajowego.

Toczący się w doktrynie spór o to, czy Trybunał tworzy prawo, przeradza się niekiedy w spór o nomenklaturę – jak nazwać działalność Trybunału albo czym jest prawo. Dlatego broniona w pracy teza głosi, że normy tworzone przez Trybunał nie tylko spełniają warunki niezbędne, by nazwać je prawem, lecz także są prawem z punktu widzenia porządku prawnego Unii. Krótko mówiąc, za prawo każą je uważać inne normy prawne.

Na pytanie, czy sąd tworzy normy albo reguły zachowania, które powinniśmy nazywać prawem, nie da się odpowiedzieć, wyłącznie odwołując się do definicji prawa. Funkcjonuje bowiem bardzo wiele sprzecznych definicji i przyjęcie jednej z nich byłoby arbitralne. Dlatego zamiast wykazywać, że rezultat działalności Trybunału mieści się w definicji prawa, w pracy wykazuje się, że tworzenie prawa przez Trybunał zbliżone jest do stanowienia prawa przez prawodawcę.

W tytule pracy pojawia się termin „orzecznictwo”. W jego zakres wchodzi wyroki, uzasadnione postanowienia i opinie; pominięto natomiast większość orzeczeń proceduralnych, ze względu na ich znikomą potencjał prawotwórczy³. Najwięcej miejsca w pracy zajmują interpretacyjne wyroki prejudycjalne, z powodu ich szczególnego znaczenia dla rozwoju prawa Unii Europejskiej. Stosunkowo najmniej miejsca poświęcono natomiast najbardziej oczywistemu i najlepiej opisanemu przypadkowi prawotwórstwa sądowego – usuwaniu z porządku prawnego norm niekonstytucyjnych (w przypadku prawa Unii Europejskiej – niezgodnych z prawem pierwotnym lub z innych względów nieważnych).

³ Zob. K. Scheuring, *Precedens w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 89.

Przedmiotem badania nie były różnice w prawotwórczym charakterze poszczególnych rodzajów orzeczeń wydawanych przez Trybunał. Wydaje się zasadna hipoteza, że różnice takie dotyczą najwyższej częstotliwości występowania elementów prawotwórczych w orzeczeniach różnych rodzajów. Zdaniem A.G. Totha⁴ przesądzenie w sprawie *CILFIT* (wyrok TS z dnia 6 października 1982 r. w sprawie 283/81 *Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero della sanità*, Rec. 1982, s. 3415), że autorytet przynależy interpretacji dokonanej w jakimkolwiek orzeczeniu, pozbawia siły argument, iż wyroki prejudycjalne mają szczególną moc wiążącą, odmienną od innych orzeczeń. Argument ten można jednak odwrócić: wyrok w sprawie *CILFIT* znaczy, że autorytetem, a w konsekwencji doniosłością prawotwórczą, cieszą się wszelkie orzeczenia. Oznacza to również, że doniosłość prawotwórcza nie ogranicza się do sentencji, w przypadkach orzeczeń innych niż prejudycjalne sentencja nie zawiera bowiem interpretacji prawa.

Wyroki prejudycjalne stanowią modelowy przykład orzeczeń prawotwórczych, jako że ich sensem jest usunięcie z porządku prawnego lub sformułowanie norm. Kiedy w dalszej części pracy mowa o orzeczeniach interpretacyjnych Trybunału, chodzi o interpretacyjne orzeczenia prejudycjalne, chociaż wiążące interpretacje zawierają również orzeczenia wydane w innych trybach. Trybunał tworzy jednak prawo nie tylko wtedy, kiedy wypowiada się o aktach unijnych, dokonując ich wykładni, lecz także kiedy odpowiada na pytania dotyczące w istocie zgodności prawa krajowego z unijnym. Ujmując pytania tak, jakby nie dotyczyły konkretnych rozwiązań prawnych, decyduje wtedy, czy prawo unijne zakazuje regulacji prawnej określonego typu⁵, co samo w sobie stanowi normę zakazującą działania.

Przechodząc do literatury dotyczącej przedmiotu pracy, warto przypomnieć złośliwą uwagę F.C. von Savigny'ego, że „kiedy wielu autorów zajmuje się po kolei tym samym tematem, wkrótce wykształca się zbiór tradycyjnych uwag, na które zawsze natyka się czytelnik w danym miejscu, nawet w dziełach zupełnie różnych”⁶. Wypowiedzi nauki wokół tematu podjętego w pracy, stanowiące konieczne tło podjęcia dalszych rozważań, są bardzo liczne. Wiele napisano na temat tworzenia prawa przez

⁴ A.G. Toth, *The Authority of Judgments...*, s. 60.

⁵ Por. R. Dehousse, *The European Court of Justice: The Politics of Judicial Integration*, Basingstoke 1998, s. 77.

⁶ F.C. von Savigny, *Treatise on possession; or The Jus Possessionis of the Civil Law*, tłum. na ang. E. Perry, London 1848, s. 3 (s.n.).

sądy, swobody orzekania czy istoty tworzenia prawa. Nie da się wobec tego uniknąć pewnych powtórzeń, choćby z uwagi na systematykę wywodu.

Przedstawiając zakres przedmiotowy pracy, warto mieć świadomość, że istnieją również liczne wypowiedzi doktryny w przedmiocie samego orzecznictwa Trybunału i stosunku tego orzecznictwa do tworzenia prawa. Zwykle są to jedynie wzmianki. Właściwie każdy podręcznik i każde systemowe omówienie prawa unijnego musi w jakiś sposób odnieść się do tego problemu. Do tych ogólnych omówień nie odnoszą się w dalszej części rozważań, ponieważ z natury swojej stanowią one zwięzłe konkluzje poglądów autorów, nie zaś analizy budowane z myślą o dyskusji.

Obok tych wzmianek istnieją również pozycje w całości poświęcone podjętemu w pracy tematowi. Najważniejsze z nich to artykuły monograficzne. Dotyczy to zarówno doktryny zagranicznej⁷, jak i polskiej⁸.

⁷ J.J. Barceló, *Precedent in European Community Law* (w:) *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, eds. D.N. MacCormick, R.S. Summers, Aldershot–Brookfield–Singapore–Sydney, s.a.; G. Bebr, *Preliminary Rulings of the Court of Justice: Their Authority and Temporal Effect*, *Common Market Law Review* 1981, Vol. 18, No. 4; V. Constantinesco, *The ECJ as a Law-Maker: Praeter aut contra Legem?* (w:) *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley: Judicial Review in European Union Law*, eds. D. O’Keeffe, A. Bavasso, Vol. 1, Den Haag–London–Boston 2000; U. Everling, *On the Judge-Made Law of the European Community Courts* (w:) *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley: Judicial Review in European Union Law*, eds. D. O’Keeffe, A. Bavasso, Vol. 1, Den Haag–London–Boston 2000; T. Koopmans, *Stare Decisis in European Law* (w:) *Essays in European Law and Integration: To Mark the Silver Jubilee of the Europa Institute, Leiden, 1957–1982*, eds. D. O’Keeffe, H.G. Schermers, Deventer 1982; M. Lagrange, *L’action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire*, *Revue trimestrielle de droit européen* 1974; A.J. Mackenzie Stuart, J.-P. Warner, *Judicial Decision as a Source of Community Law* (w:) *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit. Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher*, red. W.G. Grewe, H. Rupp, H. Schneider, Baden-Baden 1981; A.G. Toth, *The Authority of Judgments...*; A. Trabucchi, *L’effet «erga omnes» des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes*, *Revue trimestrielle de droit européen* 1974.

⁸ M. Drobysz, *Stanowienie prawa przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości – studium zasady ogólnej* (w:) *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej. VI Ogólnopolska Konferencja Prawnicza, Toruń 16–17 listopada 2000 roku*, red. C. Mik, Toruń 2001; M. Jeżewski, *Między wykładnią a tworzeniem prawa przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich* (w:) *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2008; A. Orłowska, *Czy orzeczenia Trybunału Europejskiego są precedensami?* (w:) *Teoretycznoprawne problemy integracji europejskiej*, red. L. Leszczyński, Lublin 2004; J. Policiewicz, *Precedens w praktyce Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, *Acta Universitatis Wratislaviensis – Przegląd Prawa i Administracji* 2000, nr 44; A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Wybrane problemy* (w:) *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Teoria prawa europejskiego*, red. J. Kaczor, Wrocław 2005; M. Szuniewicz, *Interpretacja prawa wspólnotowego – metody i moc wiążąca wykładni ETS*, *Studia Prawnicze* 2006, nr 1.

Niedawno ukazała się monografia K. Scheuringa⁹ dotycząca zagadnienia precedensu w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przedstawione we wspomnianych pozycjach zdania doktryny, zarówno polskiej, jak i zagranicznej, w kwestii prawotwórczego charakteru orzecznictwa Trybunału są podzielone, przy czym przeważa opinia, że orzecznictwo to nie stanowi źródła prawa.

Praca ta nie odwołuje się do pojęć aktywizmu orzeczniczego (*judicial activism*) oraz rządów sędziów (*gouvernement des juges* czy też *government of judges*). Już samo znaczenie tych terminów budzi kontrowersje¹⁰. Co więcej, odnoszą się one przy tym do zjawisk stanowiących przedmiot raczej politologii i socjologii niż czystego prawoznawstwa.

Celem niniejszej pracy jest przedstawienie spójnej koncepcji, pozwalającej wyjaśnić działalność Trybunału i funkcjonowanie jego orzeczeń w unijnym porządku prawnym z perspektywy procesu tworzenia prawa. Praca polega więc raczej na snuciu teoretycznych rozważań niż na analizie dogmatycznej. Chodzi przy tym o koncepcję, która po pierwsze ograniczałaby się do prawnych aspektów tej działalności, a po drugie odwoływałaby się tylko do wyjaśnień z zakresu prawa. Z zasady pominięte zostały więc kwestie polityczne, ekonomiczne i społeczne.

Użyteczność takich konstrukcji teoretycznych bywa często kwestionowana ze względu na ich arbitralność oraz brak walorów aplikacyjnych. Z argumentami tymi można z powodzeniem polemizować. Walory aplikacyjne teorii przejawiają się w tym, że każde badanie szczegółowe i każda wypowiedź doktrynalna zakłada jakąś teorię prawne jako obowiązującą i na nich opierają swoją trafność. Niezależnie jak bardzo nie lubilibyśmy teorii, nie możemy się od niej uwolnić – możemy co najwyżej nie stosować jej świadomie, co niestety kończy się zwykle nieświadomym stosowaniem teorii w wersji zwulgaryzowanej.

W swoim zasadniczym zrębie praktyka wspólnoty prawników bardziej zapewne wyznacza ramy teorii, niż od nich zależy, jednak praktyka taka jest zbyt ogólna, by dać odpowiedź na większość zagadnień doktrynalnych. Kiedy mówimy na przykład, że art. 1 ust. 2

⁹ K. Scheuring, *Precedens w orzecznictwie...*

¹⁰ Zob. I. Canor, *The Limits of Judicial Discretion in the European Court of Justice*, Baden-Baden 1998, s. 208 i n.

lit. d rozporządzenia 44/2001¹¹ należy interpretować rozszerzająco, ponieważ wola państw było wyłączenie spod rządów regulacji całości arbitrażu, zakładamy teorię, zgodnie z którą pierwotna wola prawodawcy może kształtować treść prawa. Kiedy mówimy, że wola państw nie ma znaczenia przy dokonywaniu wykładni wyjątku administracji publicznej w art. 45 ust. 4 TFUE, przyjmujemy teorię przeciwną.

Praca nie ma ambicji dokonania oceny i analizy orzecznictwa Trybunału. Nie ma też rozstrzygnąć teoretycznych problemów związanych z tworzeniem prawa przez sądy. Jej ambicje są o wiele skromniejsze: pokazać, w jaki sposób orzecznictwo Trybunału kwalifikuje się jako tworzenie prawa w pewnym ujęciu teoretycznym. W pewnym stopniu przyjęty przeze mnie sposób badania poglądów doktryny na temat orzecznictwa Trybunału, zamiast samego tego orzecznictwa, przypomina metodologię H. Rasmussena¹² czy ostatnio G. Conwaya¹³.

Badacze prawa Unii zbyt często¹⁴ przekuwają swoje poparcie dla procesów integracji w wywód prawny na temat działań którejś z instytucji, najczęściej właśnie Trybunału. Nie wydaje się, by w prawoznawstwie było miejsce na podobny entuzjazm. Sfera nauki i sfera poglądów politycznych rzadko dają się pogodzić bez szkody dla nauki. Nie unikniemy całkowicie osobistego wpływu na treść prowadzonych badań, powinniśmy jednak robić wszystko, by to osiągnąć. Bezkrytyczne zapewnianie, że działania Trybunału mieszczą się w ramach zasady trójpodziału władzy, ma chyba na

¹¹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. Urz. UE L 12 z 16.01.2001, s. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdział 19, t. 4, s. 42, z późn. zm.).

¹² H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Dordrecht 1986.

¹³ G. Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge 2012. Autor wskazuje (s. 5–9), że nie musi wybierać orzeczeń Trybunału do badania ani tym bardziej badać ich wszystkich, ponieważ funkcjonuje kanon orzeczeń istotnych. Zdaje się jednak nie zauważać, że kanon ten jest niereprezentatywny z punktu widzenia wykładni, obejmuje bowiem niemal wyłącznie orzeczenia najbardziej radykalne, które znalazły się w kanonie, ponieważ najlepiej je dostrzeżono, a najlepiej je dostrzeżono, ponieważ stanowiły dużą nowość normatywną w istotnych kwestiach (zob. *ibidem* omówienie orzeczeń na s. 21 i n.).

¹⁴ Istnieją oczywiście opracowania bardziej krytyczne – np. T.C. Hartleya, *The Foundations of European Community Law: An Introduction to the Constitutional and Administrative Law of the European Community*, Oxford 1994, i H. Rasmussena, *On Law and Policy in the European Court of Justice...*

celu zabezpieczenie ich przed atakami przeciwników Unii. Celem nauki nie jest jednak obrona słusznych spraw, ale odkrycie prawdy o naturze rzeczy.

Badacze, którzy nawet godzą się, że orzecznictwo Trybunału odgrywa rolę prawotwórczą, zwykli *a limine* przyjmować, że jest to zgodne z prawem. Założenie takie jest jednak niedopuszczalne. Badając Unię, a w szczególności Trybunał, nie możemy kierować się sympatią, tak jak kartograf nie może z patriotycznych pobudek powiększać terytorium swojej ojczyzny. Podobnie nie wolno poprzestawać na samej analizie działalności Trybunału. Jest to metoda chwalebna i przynosząca znakomite rezultaty w badaniu chociażby swobód rynku wewnętrznego, jednakże nie w badaniu samego sądu. Działalność Trybunału wyznacza jego roszczenia jurysdykcyjne, jednak zadaniem prawnika jest ocena tych roszczeń. Z faktu wydawania orzeczeń aspirujących do ustanawiania ogólnych norm nie wynika ich legalność – tę należy zbadać.

Struktura pracy podporządkowana jest odpowiedzi na pytanie, jakie warunki musiałyby spełniać orzecznictwo, by zostało uznane za prawotwórcze. Rozdział I poświęcony jest samemu pojęciu tworzenia prawa i ma charakter wstępny. W rozdziale II jest mowa o tym, w jaki sposób orzecznictwo wprowadza do porządku prawnego nowe treści normatywne – dłaczego orzeczenia Trybunału stanowią zmianę w porównaniu z istniejącym stanem prawnym, a zwłaszcza jak możliwe jest dokonanie takiej zmiany w ramach wykładni. Rozdział III poświęcony jest wykazaniu, że Trybunał stanowi abstrakcyjne i generalne reguły zachowania, stosowane przez sądy, władze krajowe i instytucje unijne. Zostaje tam pokazane, że reguły te funkcjonują jak prawo. Traktowane są tak jak prawodawstwo, uznawane obecnie za paradygmatyczny przypadek prawa. W rozdziale IV jest mowa o wskazywanych w nauce podstawach prawnych tworzenia prawa przez Trybunał. W rozdziale V natomiast wysuwam własną propozycję uzasadnienia kompetencji prawotwórczej Trybunału.

Spektrum badań zakreślone zostało szeroko, ponieważ częściowe rozwiązanie każdego z poruszonych w pracy problemów (charakteru wykładni, prawa zwyczajowego, związania sądów orzecznictwem, różnic między prawem orzeczniczym a stanowionym itp.) byłoby arbitralne, słabo zrozumiałe i trudne do obrony. Mogłoby zawsze zostać zestawione z dowolnym innym rozwiązaniem pozostałych kwestii, które przyjął Czytelnik, i w rezultacie powstałej niespójności – zostać

odrzucone. Dlatego też uważałem, że powinienem pozostawić ocenie Czytelnika rozwiązanie spójne i całościowe.

Jeśli chodzi o kwestie techniczno-edytorskie, z wyjątkiem cytatów i kontekstów historycznych w pracy nie została zachowana dawna terminologia, na której gruncie formułowane były przywoływane poglądy i orzeczenia; nie piszę o Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej ani o Wspólnocie Europejskiej, ale zawsze o Unii Europejskiej (bądź po prostu Unii) i odpowiednio prawie unijnym.

Orzeczenia powoływano przez ich zwyczajową nazwę. Nie powinno to sprawić żadnych kłopotów Czytelnikowi, gdyż bibliografia orzeczeń uporządkowana została alfabetycznie według tychże nazw. Podobnie łatwo znaleźć dokładne źródła cytatów z literatury.

Jeśli w bibliografii nie wskazano polskiej wersji językowej ani tłumacza danego tekstu, przekład cytatów w pracy pochodzi od autora. W niektórych przypadkach zdecydowałem się pozostawić cytaty w oryginale, ze względu na trudny do przełożenia styl i terminologię (a także z powodu powszechnej znajomości języka angielskiego). W innych przypadkach zaniechałem przekładu, gdyż byłoby to kolejne tłumaczenie tekstu autora nieanglojęzycznego, jeszcze bardziej zniekształcające jego intencję, czasem zaś przeciwnie – nie tłumaczyłem autora anglojęzycznego, żeby przedstawić jego myśl *ipsissimis verbis*. Tam gdzie w przypadku orzeczeń polski przekład nie jest dość precyzyjny, przytaczam co najmniej wersję francuską, gdyż w tym języku orzeczenia były dyskutowane i przyjęte, oraz wersję oryginalną.

Rozdział I

Pojęcie tworzenia prawa

Żeby dowieść tezy, że Trybunał tworzy prawo, trzeba najpierw ustalić, co rozumie się przez tworzenie prawa. Celem tego rozdziału jest ustalenie możliwie niekontrowersyjnych kryteriów, których spełnienie pozwoliłoby uznać, że dana działalność stanowi tworzenie prawa czy też ma charakter prawotwórczy. Ustalenie takie jest odtwórcze – ustanowienie własnych kryteriów albo definicji z natury rzeczy wiązałoby się z arbitralnością. Ze sprawozdawczego i wprowadzającego charakteru niniejszego rozdziału wynika jego niewielka objętość.

Przed podjęciem rozważań na temat tworzenia prawa należy ustalić, co rozumie się przez prawo. Pytanie, czym jest prawo, może mieć oczywiście sens społeczno-językowy: jakie cechy swoiste mają (w danym społeczeństwie lub wszystkich społeczeństwach) system, normy czy zdania uważane za prawo; czym różnią się od innych tekstów lub systemów normatywnych. Takie rozumienie pytania o definicję nie jest niczym osobliwym. By odpowiedzieć na pytanie, czym jest krzesło, możemy sformułować definicję klasyczną *per genus proximum et differentiam specificam*. Możemy również odwołać się do jakiegoś innego rodzaju objaśnienia, na przykład definicji kontekstowej lub wskazania cech wspólnych i istotnych, albo w końcu podobieństw rodzinnych, które decydują, że ludzie nazywają coś krzesłem. Żeby jednak zdecydować, czy orzeczenia Trybunału są prawem, nie musimy wiedzieć, czym jest prawo.

Nie dosyć, że nie istnieje żadna przyjęta definicja prawa ani nawet kilka konkurujących definicji, to nawet nie wiadomo, czy taką definicję dałoby się sformułować. R.L. Kidder¹⁵, dokonując pobieżnego przeglą-

¹⁵ R.L. Kidder, *Connecting Law and Society: An Introduction to Research and Theory*, Englewood Cliffs, NJ 1983, rozdział 2.

du socjologicznych definicji prawa, omawia ich dziewięć. Być może mianem prawa określane są różne zjawiska jedynie do siebie podobne (jak prawo współczesne, naturalne i prawo w społecznościach pierwotnych), historycznie tylko powiązane lub powiązane łańcuchowo, tak że jedne zjawiska prawne łączą się z drugimi poprzez cechy zupełnie inne niż te drugie z trzecimi¹⁶.

Ustalenie, czy orzeczenia Trybunału (a raczej powołane przez nie normy) powinniśmy nazywać prawem ze względu na ich ogólną charakterystykę, zrelatywizowałoby doniosłość wywodu do określonej definicji prawa. Uzasadnienie tezy głoszącej, że orzecznictwo Trybunału ma charakter prawotwórczy, tym, że spełnia którąś z przyjętych definicji prawa, narażone jest zawsze na zarzut arbitralności. Opierałoby się bowiem na projektującej definicji słowa „prawo” lub też na definicji sprawozdawczej odwołującej się do jednego z licznych sposobów użycia tego słowa. Dlatego też za (obowiązujące) prawo należy uznać to, co uznaje za nie samo prawo¹⁷. Pytanie, na które należy odpowiedzieć, dotyczy więc tego, czy porządek prawny Unii Europejskiej nakazuje uznać orzeczenia Trybunału za źródło prawa.

Żeby odpowiedzieć na pytanie, czy coś jest prawem, prawnik sprawdza, co uważa za prawo dany system prawa. Można nazwać to definicją rekurencyjną, ponieważ odwołuje się do pewnych norm prawnych, by wyjaśnić, czym są inne normy prawne. Prawem jest według niej wszystko, co spełnia warunki bycia prawem określone w normach prawnych należących do tego samego porządku. (Oczywiście przy takim rozumieniu prawa, o ile możliwa byłaby *desuetudo*, musiałaby obowiązywać przewidująca ją norma prawna, niekoniecznie jednak należąca do prawodawstwa.) Kluczowe okazuje się więc zidentyfikowanie norm stanowiących, jakie normy należą do danego porządku prawnego.

Jak czytamy w podręczniku do prawoznawstwa, „prawotwórczością bywa określany taki czy inny proces, którego rezultatem jest ustanowienie lub ukształtowanie się nowych norm prawa obowiązującego”¹⁸. Stwierdzenie to, jak się wydaje, nie budzi kontrowersji¹⁹. Tworzeniem

¹⁶ Zob. wywód o tym, co i dlaczego nazywamy gramami, w L. Wittgenstein, *Dociekania filozoficzne*, tłum. i wstęp B. Wolniewicz, Warszawa 2000, cz. I, § 65–67.

¹⁷ Por. W. Lang, *Obowiązywanie prawa*, Warszawa 1962, s. 97.

¹⁸ J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Kraków 2000, s. 231.

¹⁹ Por. np. J. Raz, *Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności*, tłum. P. Maciejko, wstęp J. Kochanowski, N.E. Simmonds, Warszawa 2000, s. 20, gdzie autor, pisząc o spo-

prawa jest jakakolwiek zmiana obowiązujących norm generalnych i abstrakcyjnych; zmiana treści norm dotychczasowych, uchylanie ich (względnie inny rodzaj eliminacji) lub powołanie do życia nowych. W gruncie rzeczy każda zmiana treści norm wiąże się z uchylaniem norm dotychczas obowiązujących i wprowadzaniem do systemu w ich miejsce nowych. Dlatego też w gruncie rzeczy prawotwórstwo sprowadza się do eliminacji i tworzenia norm.

Tworzenie to nie polega na samym formułowaniu norm (które sprowadza się przecież do wypowiedzania lub zapisywania zdań), ale na powoływaniu ich do obowiązywania. Norma obowiązująca to norma, która należy do systemu prawa. Pojęcie obowiązywania nie ma dokładnie zakreślonych granic przedmiotowych: możemy mówić o obowiązywaniu ustaw, orzeczeń (precedensów, prawa orzeczniczego), norm, przepisów, reguł zachowania. W każdym przypadku chodzi o to, że treść normatywna wywiedziona z tychże ustaw, orzeczeń, reguł i przepisów jest prawem. Rodzaj obowiązywania, o którym tu piszę, nazywa się też tetycznym. Powód takiego nazewnictwa jest prosty. Jak twierdzi J. Wróblewski, „zwrot «norma N obowiązuje» w języku prawniczym praktyki znaczy «należy stosować normę N»²⁰. W. Lang zauważa jednak, że z przepisów prawa polskiego wynika, iż „w języku prawnym sensowna jest zarówno wypowiedź «należy stosować normę obowiązującą», jak i wypowiedź: «obowiązuje norma prawna, która nie jest faktycznie stosowana»²¹. Na przykład polskie prawo prywatne międzynarodowe może nakazywać zastosowanie w jakiejś sprawie prawa niemieckiego, a jednak nie obowiązuje ono w Polsce. Dlatego też nie każdy nakaz stosowania normy przesądza o jej obowiązywaniu.

Współcześnie wiąże się obowiązywanie norm przede wszystkim z ich pochodzeniem od władzy – norma obowiązuje, gdy:

„została ustanowiona (i nie uchylona) przez podmiot, który ma władzę (w szczególności nad adresatem tej normy) i który może realnie postawić adresata w sytuacji wyboru między złem polegającym na zrealizowaniu normy, a złem wiążącym się z przewagą władcy (przejawiającą się np. w możliwości zastosowania w stosunku do adresata przymusu, a w szczególności na użyciu przemocy)”²².

sobach modyfikacji racji chronionych, dochodzi właściwie do takiego samego wniosku.

²⁰ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, s. 247.

²¹ W. Lang, *Obowiązywanie prawa...*, s. 119.

²² M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 20.

Ponieważ we współczesnych społeczeństwach władza prawodawcza zadaje przemoc jedynie pośrednio, w praktyce chodzi o kryterium władzy efektywnie sprawowanej – do czego powrócę w rozdziale V. Ujęcie takie nie najlepiej pasuje oczywiście do prawa zwyczajowego i w ogóle do prawa niestanowionego. Niedaleko odходимy tu od J. Austina, który pisze, że prawa są rozkazami, a rozkaz to żądanie, za którego niewykonanie czeka sankcja: zło czy też cierpienie²³. J. Austin zaznacza przy tym, że zło nie musi być duże ani też pewne – wystarcza możliwość jego zaistnienia²⁴.

Pojęcie obowiązywania jako różne od faktycznej skuteczności zanegowali amerykańscy realiści, a przynajmniej taka jest popularna percepcja tej szkoły prawoznawstwa. Natomiast bardziej wyrafinowaną krytykę pojęcia obowiązywania przeprowadził A. Ross, któremu amerykański realizm nie wystarczał, nie wyjaśniał bowiem różnicy między prawem a innymi zjawiskami społecznymi²⁵. A. Ross twierdzi, że „obowiązywanie» nie jest niczym obiektywnym ani postrzegalnym, a tylko słowem używanym jako wspólne określenie wyrażen, dzięki którym racjonalizujemy pewne subiektywne pobudki [*certain subjective experiences of impulse*]²⁶”²⁷.

We współczesnym świecie tworzenie prawa odbywa się zwykle przez jego stanowienie. Znaczenie prawotwórcze niepolegające na stanowieniu ma zwyczaj międzynarodowy; mogą je mieć również przemiany społeczne, o ile prowadzą do zmiany wykładni przepisów. Problemатyczne jest jednak, czy taka zmiana wykładni jest wiążąca, a więc czy istotnie prowadzi do zmiany treści normatywnej prawa, czy tylko zmienia prawdopodobieństwo określonego zastosowania tej samej treści normatywnej.

Stanowienie prawa tym różni się od innych przypadków jego tworzenia, że polega na uczynieniu użytku z władzy normatywnej. Stanowi realizację kompetencji do tworzenia prawa. Osoba czy też instytucja używająca władzy (rozkazująca) usiłuje „stworzyć sytuację, w której adresat będzie działał w sposób zły, jeśli będzie działał na podstawie bilansu racji. Zastępuje dokonywany przez adresata osąd bilansu własnym autorytetem”²⁸. Przenosząc to rozumowanie na grunt

²³ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London 1861, s. 5–6.

²⁴ *Ibidem*, s. 8.

²⁵ A. Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence: A Criticism of Dualism in Law*, tłum. na ang. A.I. Fausbøll, København 1946, s. 13.

²⁶ Wszystkie dopiski w nawiasach kwadratowych w cytatach pochodzą z oryginału dokumentów, z których korzystał autor.

²⁷ A. Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence...*, s. 12.

²⁸ J. Raz, *Autorytet prawa...*, s. 26. Słowo „autorytet” jest w tym kontekście bardzo niefortunne; moim zdaniem myśl J. Raza lepiej oddawałoby słowo „władza”.

prawa unijnego, można powiedzieć, że Trybunał dokonuje własnego bilansu racji i na tej podstawie powołuje normy, które mają stanowić podstawę działania adresatów w miejsce ich własnego bilansu racji. Trybunał usiłuje stworzyć sytuację, w której adresat będzie działał w sposób zły, jeśli będzie działał na podstawie własnej oceny treści prawa unijnego. Zastępuje dokonywaną przez adresata wykładnię prawa unijnego swoją władzą.

Wedle koncepcji J. Raza²⁹ skuteczność autorytetu³⁰, w tym autorytetu prawa, zasadza się na uznaniu go za prawomocny – przynajmniej przez sprawujących rządy. Prawo jest dla sprawujących rządy wykluczającą i usprawiedliwioną racją podejmowania działań³¹. Za taką rację instytucje unijne, a także krajowe sądy i organy administracji, uważają ogłaszane przez Trybunał normy, o czym szerzej mowa w rozdziale III. „Prawo – pisze J. Raz – cieszy się autorytetem skutecznym, gdyż ci, którzy są mu podporządkowani (albo niektórzy z nich), uznają je za chronioną rację jego wypełnienia”³². To, że prawo wysuwa roszczenie do prawomocności, odróżnia je od żądań bandyty³³.

Terminy „tworzenie prawa” (czy też – nieco archaicznie – „prawotwórstwo” względnie „prawotwórczość”) i „stanowienie prawa” są znacznie szersze niż termin „prawodawstwo”, które ogranicza się do stanowienia przepisów przez powołaną do tego władzę. Prawotwórczy charakter mają również zwyczaje i umowy międzynarodowe oraz, czego dowodzę, orzecznictwo niektórych sądów. Sądy mogą również stanowić prawo, na przykład jeśli ich orzeczenia są wiążącymi precedensami – czynią bowiem użytek ze swojej władzy. Nawet wtedy jednak sądy nie są prawodawcami, ponieważ nie zostały powołane do stanowienia przepisów. W przypadku umów należy od razu dodać to zastrzeżenie, że mogą one mieć charakter prawodawczy – bądź to z punktu widzenia organizacji międzynarodowej, którą konstytuują, bądź to z punktu widzenia samych państw, a to dzięki ustawom ratyfikacyjnym. Zakres faktów prawotwórczych jest oczywiście zmienny; kiedyś taką doniosłość miały na przykład opinie uprawnionych jurystów.

²⁹ *Ibidem*, s. 30–31. Zob. też *ibidem*, s. 89.

³⁰ Słowo „autorytet” jest mało precyzyjnym tłumaczeniem angielskiego *authority*, gdyż *authority* oznacza również, a może przede wszystkim, władzę.

³¹ *Ibidem*, s. 31.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, s. 160, *passim*.

Prawodawstwo może oznaczać albo stanowienie prawa przez powołane do tego organy, albo prawo w ten sposób ustanowione. Prawodawcą jest ten, kto ustanawia akt prawny. Prawodawca unijny składa się zwykle z Rady, Parlamentu i Komisji³⁴. Można dyskutować, czy w przypadku aktów, w których rola Komisji sprowadza się do inicjatywy prawodawczej, jest ona częścią prawodawcy (za takim ujęciem przemawia wyłączny charakter tej inicjatywy) – to jednak kwestia drugorzędna. Trudno przy tym mówić o ustawodawcy unijnym, mimo że istnieją akty ustawodawcze, ponieważ również akty nieustawodawcze są wiążącymi aktami prawnymi. Można by ewentualnie mówić o ustawodawcy unijnym w odniesieniu do samych aktów ustawodawczych, brak jednak uzasadnienia dla przyjęcia takiej konwencji metodologicznej.

Na gruncie tych porządków prawnych, gdzie obowiązuje sztywna konstytucja, wyróżnia się zwykle prawodawcę konstytucyjnego i ustawodawcę czy też prawodawcę zwykłego. Analogicznie, odnosząc to rozróżnienie do podziału na prawo pochodne i pierwotne, T.T. Koncewicz wyróżnia na gruncie prawa unijnego prawodawcę zwykłego (złożonego z Komisji, Parlamentu i Rady) oraz prawodawcę konstytucyjnego, czyli państwa członkowskie. Jak twierdzi:

„Prawodawca konstytucyjny zaznacza [...] swoją obecność w podwójnym charakterze. Z jednej strony jest pośrednio obecny na etapie tworzenia wtórnego prawa unijnego (interesy państw reprezentuje Rada) i wówczas występuje jako jeden z elementów wchodzących w skład prawodawcy zwykłego, który jest skazany na kooperację i kompromisy. Z drugiej strony, gdy działa w charakterze prawodawcy konstytucyjnego *par excellence*, jego pole manewru jest znacznie większe. Ograniczeniem nie jest już lojalność wobec instytucji, ale lojalność wobec systemu i podtrzymanie jego ciągłości”³⁵.

Intuicyjna tożsamość prawodawcy działającego w Radzie i prawodawcy zawierającego traktaty nie wydaje się możliwa do utrzymania. Jeśli tylko przyjmimy, że w Radzie zasiadają przedstawiciele państw jako podmiotów prawa międzynarodowego, trudno uzasadnić, czemu jednomyślne akty Rady niezgodne z traktatami miałyby być nieważne, nie zaś *implicite* zmieniać traktaty. Wydaje się, że w Radzie reprezento-

³⁴ Tak również D. Berlin, *Interactions between the Lawmaker and the Judiciary within the EC*, Legal Issues of European Integration 1992, Vol. 19, No. 2, s. 18–19.

³⁵ T.T. Koncewicz, *Aksjologia unijnego kodeksu proceduralnego*, Warszawa 2010, s. 315.

wani są przedstawiciele państw członkowskich jako podmiotów prawa unijnego. Różnicę tę odzwierciedla wymóg ratyfikacji, występujący, gdy państwa działają jako twórcy prawa pierwotnego.

Jeśli chodzi o wspomniany przez T.T. Koncewicza wymóg lojalności wobec systemu, by wiązał on (w sensie prawnym) państwa członkowskie, trzeba by przyjąć, że trwale utraciły one część uprawnień na rzecz Unii. Jeśli bowiem nie przekazały części swoich kompetencji w sposób trwały, są dysponentami powołanej przez siebie organizacji, wobec której jako twórcy traktatów nie mają żadnych zobowiązań. Mogą mieć jedynie zobowiązania z nią związane wobec państw trzecich i jednostek – czy to w prawie międzynarodowym, czy wewnętrznym.

Była wcześniej mowa o regułach zachowania, które stanowi Trybunał. W polskiej teorii prawa funkcjonuje pogląd głoszący, że prawo składa się z norm, wyjaśnienia wymaga więc stosunek pojęcia reguły zachowania do pojęcia normy oraz powód, dla którego posługując się czasem terminem „reguła zachowania” lub „reguła”.

Część polskiej nauki posługuje się zamiennie pojęciami przepisu i normy. Druga część pojęcia te rozróżnia – dotyczy to zwłaszcza zwolenników derywacyjnej teorii wykładni³⁶. Choć poszczególni uczeni różnią się czasem w szczegółach, ogólnie można powiedzieć, że według koncepcji derywacyjnej „norma postępowania to wyrażenie (choćby tylko pomyślane), które w sposób jednoznaczny określone-mu podmiotowi, w określonych okolicznościach, nakazuje (zakazuje) określone zachowanie się”³⁷.

Pogląd, że prawo składa się z norm, jest popularny również w literaturze zagranicznej. Podziela go na przykład H. Kelsen, dla którego norma jest konwencjonalnym znaczeniem aktu woli (przeciwstawianym rzeczywistej woli czy rozkazowi)³⁸. Wyznacza warunki wystarczające do zastosowania sankcji oraz określa samą sankcję. Autoryzuje zastosowanie przymusu, natomiast obowiązek jednostek powstrzymania się przed określonymi działaniami stanowi tylko pochodną tego, że za podjęcie tych działań grozi

³⁶ O derywacyjnej i klasyfikacyjnej teorii wykładni będzie mowa w podrozdziale II.1.

³⁷ M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 16. Jak się wydaje, pojęcia zakazu i nakazu są wymienne. Nakaz można bowiem rozumieć jako zakaz podejmowania wszelkich innych działań niż nakazane (gdzie przez działania rozumiem również zaniechanie). Zakaz natomiast można rozumieć jako nakaz wykonania dowolnego zachowania (lub zaniechania) innego niż zakazane.

³⁸ H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, tłum. z drugiego wydania niemieckiego na ang. M. Knight, Berkeley–Los Angeles–London 1978 (reprint wydania z 1967 r.), s. 10.

sankcja³⁹. Chociaż więc zależność między przymusem a zakazem przebiega u H. Kelsena odwrotnie niż w nauce polskiej (przymus stanowi warunek obowiązywania zakazu), całość konstrukcji jest podobna.

Nauka anglosaska tradycyjnie określa „jednostkę prawa” jako *rule*. Słowo to tłumaczą jako „reguła”, nie zaś jako „norma”, gdyż równolegle do niego, szczególnie w nowszej literaturze, występuje też angielskie słowo *norm*. Nie zmienia to faktu, że niektóre anglosaskie koncepcje *rule* wykazują zbieżność z koncepcjami normy. Na przykład D.N. MacCormick, występując przeciw koncepcji prawa jako rozkazów, podobnie jak H. Kelsen, wskazuje na okoliczność, że powinność dopiero dedukujemy z reguł prawnych:

„To use enactments as law is to take them as providing rules about what we *ought* to do, but to make enactments is to lay down what shall be done and what shall be the consequences of failure to do it. [...] Legislating is like commanding in that it is authoritative: it *makes* rules, as commanding imposes tasks⁴⁰.”

Takie rozumienie reguły, jako przypisania konsekwencji stanowi faktycznemu, znajdujemy już u R. Pounda, który wyjaśnia, że „a rule is a precept attaching a definite detailed consequence to a defined detailed state of facts⁴¹”. Co więcej, w tym zdaniu R. Pound kładzie nacisk na określoność konsekwencji i hipotezy reguły, co bardzo zbliża jego stanowisko do współczesnego (polskiego) ujęcia normy. Z drugiej strony mamy stanowisko H.L.A. Harta, który oparł swoją teorię na twierdzeniu, że reguły w większości są niedookreślone⁴².

Widać, że niezależnie od przyjętej nomenklatury dają się wyróżnić dwa stanowiska:

- 1) utożsamiające normę (bądź regułę) z zakazem lub nakazem i
- 2) utożsamiające ją z przypisaniem konsekwencji stanowi faktycznemu (w praktyce – działaniu).

Zajęcie któregoś z tych stanowisk jest brzemienne w skutki. Jeśli normę rozumieć jako nakaz lub zakaz, wydaje się, że zasady mogłyby

³⁹ Tak kelsenowską koncepcję normy rekonstruuje L. Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, New York 2007, s. 42.

⁴⁰ D.N. MacCormick, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy* (w:) *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, ed. A.W.B. Simpson, Oxford 1973, s. 113.

⁴¹ R. Pound, *Social Control through Law*, New Haven 1942, s. 45.

⁴² Zob. w szczególności H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 174 i n.

być normami, o ile tylko ująć je jako nakazy maksymalizacji wartości i uznać te nakazy za wystarczająco określone. Jeśliby jednak rozumieć normę jako regułę określającą konsekwencje zachowania, rolą zasad byłoby przede wszystkim uczestnictwo w określaniu treści norm. Same zasady w większości nie byłyby jednak normami. Ich uczestnictwo w kształtowaniu norm przejawiałoby się w pierwszej kolejności we wpływie na wykładnię i w możliwości wywiedzenia z zasad bardziej szczegółowych reguł. Z drugiej strony można wyobrazić sobie nakaz maksymalizacji wartości, którego niezrealizowanie (lub niedochowanie staranności w realizowaniu) będzie sankcjonowane tak jak norma lub reguła. Nakaz taki mógłby być jednocześnie zasadą i normą. Niezależnie jednak od stanowiska, które zajmujemy, stanowienie i zmiana zasad stanowią działalność prawotwórczą, zasady przynajmniej pośrednio wpływają bowiem na treść i obowiązywanie norm.

Zwolennicy derywacyjnej teorii wykładni przeciwstawiają normę przepisowi, ponieważ normy nie są formułowane wprost jako przepisy⁴³. Wykładnia ma polegać na formułowaniu norm prawnych na podstawie przepisów. Takie rozumienie wykładni ma oczywiście charakter normatywny, ponieważ w rzeczywistości wykładnia dokonywana przez sądy i urzędy polega na wskazaniu, jak rozumieć prawo, czyli zazwyczaj określony przepis, ze względu na dane zagadnienie (w danym stanie faktycznym). Organy dokonujące wykładni nie wyprowadzają z przepisów żadnych norm, a tylko stosują same przepisy, ewentualnie przepisy poddane wykładni, która jednak nie prowadzi do sformułowania normy.

Krytykę pojęcia normy przeprowadził w polskiej literaturze J. Nowacki, który uważa rozróżnienie norm i przepisów za niezasadne. Wskazuje on⁴⁴, że termin „norma” rozumiany bywa na różne sposoby: jako synonim słowa „przepis”, jako znaczenie przepisu lub jako „reguła zachowania skonstruowana na podstawie przepisów prawa”⁴⁵. Również słowo „przepis” ma trzy znaczenia:

- 1) napis i jego znaczenie (norma),
- 2) sam napis oraz
- 3) wyodrębniona część aktu prawnego.

⁴³ Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warszawa–Poznań 1977, s. 102.

⁴⁴ J. Nowacki, *Przepis prawny a norma prawna*, Katowice 1988. Zob. także J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa...*, rozdz. II.

⁴⁵ Np. W. Lang pisze, że norma to wypowiedź formułująca regułę postępowania, *idem*, *Obowiązywanie prawa...*, s. 102–103.

J. Nowacki dokonuje swoistej rehabilitacji pojęcia przepisu – uważa, że jest ono wystarczające dla potrzeb praktyki i nauki, a wprowadzenie pojęcia normy jest zbędne. Wskazuje⁴⁶, że przepis jest nie tylko zdaniem (w sensie gramatycznym)⁴⁷, zawartym w jednostce tekstu prawnego (artykule, paragrafie lub ustępie). Zwraca uwagę⁴⁸, że same przepisy muszą być regułami zachowania, aby w ogóle można było skonstruować z nich normę prawną (która jest regułą zachowania).

Autor ten zauważa także⁴⁹, że rzeczywisty prawodawca nie wymyśla norm, które następnie koduje w różnych przepisach, by można je było zrekonstruować. Krytykuje również teorię, zgodnie z którą norma nie stanowi przedmiotu wykładni, a tylko jej wynik. Skoro bowiem norma ma być kolejnym tekstem, sama otwarta jest na takie same wątpliwości jak przepis⁵⁰.

Do tego warto dodać, że jeśli normy mają być jednostkami, z których składa się system prawa, bardzo trudno wyjaśnić zjawisko zbiegu norm. Jeśli uznamy, że norma i wyjątek od niej to jedna norma, staje się wątpliwe, czy norma rzeczywiście jest najmniejszą częścią składową prawa, ze względu na stopień skomplikowania. Zważywszy na wielokrotne zbiegi norm czy też przepisów prawnych, może się okazać, że rzeczywiste nakazy i zakazy prawa (normy) dotyczą bardzo wąskich grup przypadków, szczególnie określonych przez różnorakie zastrzeżenia. Prowadzi to do argumentu przedstawionego przez J. Nowackiego, że tak rozbudowanych norm nie da się wyśłowić. Również taki przypadek zbiegu norm, w którym prawo przypisuje jakiemuś stanowi faktycznemu różne dyspozycje, należałoby sprowadzić do pojedynczej dyspozycji,

⁴⁶ J. Nowacki, *Przepis prawny...*, rozdz. I, *passim*.

⁴⁷ Przepis uważa za zdanie w sensie gramatycznym np. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 16.

⁴⁸ J. Nowacki, *Przepis prawny...*, s. 16 i 70.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 76–77.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 58: „Gdyby miało tu chodzić o jakikolwiek «wynik» procesu wykładni, uzyskany choćby w postaci najprostszego odczytania czy – jak powiedzą inni – odkodowania tekstu prawnego (przepisu), nawet wtedy bowiem mamy już do czynienia z podporządkowaniem danemu zwrotowi określonego znaczenia, norma prawna mająca być wynikiem wykładni mogłaby – i w wielu przypadkach musiałaby – być przedmiotem dalszej jeszcze wykładni. Byłoby to sprzeczne ze sformułowaniem wyjściowym, iż norma nie jest przedmiotem wykładni, lecz jej wynikiem. Gdyby zaś miano normy miał zyskać tekst prawny zinterpretowany tak, aby nigdy nie budził on już żadnych wątpliwości i nigdy nie wymagał dokonania jakichkolwiek zabiegów interpretacyjnych, to można z góry wątpić, czy osiągnięcie tego rodzaju stanu rzecz w odniesieniu do jakiegokolwiek tekstu prawnego jest w ogóle możliwe”.

stanowiącej zwykle koniunkcję lub alternatywę dyspozycji częściowych. Jeśli natomiast uznamy, że norma i wyjątek są to dwie normy, i dopuścimy zbieg norm, niweczymy jedną z podstawowych różnic między normą i przepisem, a zarazem powód, dla którego norma miałaby być rezultatem wykładni: jednoznaczne określenie w normie powinności danego podmiotu w danej sytuacji. Trudno poza tym wyjaśnić, jak mogłoby dojść do sytuacji, w której norma obowiązuje, ale nie jest stosowana na skutek sprzeczności (zbiegu) z inną normą. Tak może stać się z przepisem, jednak w wypadku normy powinniśmy raczej mówić, że jest ona uchylona w zakresie, w jakim inna norma wyklucza jej zastosowanie.

Zagadnienie, z jakich jednostek składa się prawo, daleko wykracza poza ramy niniejszej pracy. Jednakże, jak pokazuje powyższy przegląd stanowisk, mówienie o stanowieniu przez Trybunał norm jest kłopotliwe. Panuje zgoda, zwłaszcza w polskiej nauce, że norma jest określona – dokładnie wskazuje sytuację, której dotyczy. Część nauki w tym właśnie upatruje zasadniczej różnicy między normą a przepisem. Tymczasem Trybunał nie ogłasza takich norm. Ogłasza pewne reguły zachowania, które przypominają raczej przepisy niż postulowane przez naukę normy. Jeśli piszę więc o stanowieniu lub tworzeniu norm przez Trybunał, mam zwykle na myśli nie to, że tworzy całościowe normy *de novo*, ale to, że jego orzeczenia zmieniają obowiązujące normy lub też tworzą normy, kiedy odniesie się je do już obowiązujących przepisów lub reguł prawa orzeczniczego. Reguły zachowania formułowane przez Trybunał podlegają również dalszej wykładni. Dlatego też w odniesieniu do zdań powinnościowych wygłaszanych przez Trybunał używa się najczęściej terminu „reguła zachowania”, który niesie ze sobą mniej kontrowersji teoretycznych niż „norma”.

Zgłaszano co prawda postulat, by w takim kontekście posługiwać się słowem „przepis”. J. Nowacki uważa⁵¹, że sformułowanie „przepis prawa”, w rozumieniu jednostki tekstu zawierającej regułę, można stosować nie tylko w odniesieniu do aktów prawnych, lecz także w odniesieniu do reguł zachowania sformułowanych w innych tekstach prawnych, na przykład w orzeczeniach i umowach. Uważam jednak, że naruszałoby to uzus językowy. W odniesieniu do umów mówimy o „postanowieniach”. Nie mamy dobrego terminu na określenie reguły zachowania zawartej w orzeczeniu. Najbliższym określeniem jest „teza”, określenie to implikuje jednak, że chodzi o twierdzenie dotyczą-

⁵¹ J. Nowacki, *Przepis prawny...*, s. 28–29.

ce prawa obowiązującego, nie zaś powołanie nowej reguły zachowania. Słowa „przepis” czy „postanowienie” odnoszą się do jednostek redakcyjnych zawierających reguły zachowania. Orzeczenia nie składają się z takich jednostek, dlatego też wystarczająco precyzyjne jest mówienie o regułach zawartych w orzeczeniach czy wynikających z orzeczeń. W dalszym ciągu pracy będę pisał również o tworzeniu lub stanowieniu norm, gdyż stanowienie reguł zachowania zmienia, stanowi lub uchyla obowiązujące normy (niezależnie od tego, jak je rozumiemy).

Wpływ zmian reguł na normy byłby oczywisty, jeśli Trybunał po prostu pisałby nowe reguły w próżni, a następnie stawałyby się one prawem. W rzeczywistości jednak Trybunał stanowi zwykle reguły zachowania w odniesieniu do obowiązujących przepisów. Według niektórych koncepcji wykładni sądy odczytują po prostu semantyczne znaczenie przepisów. Gdyby tak było, formułowanie przez sądy reguł nie zmieniałoby obowiązujących norm, od zawsze wynikających z tego znaczenia. Następny rozdział poświęcony jest dowodzeniu, że tak nie jest. Zdarza się co prawda, że normy wynikają ze znaczenia semantycznego przepisów. Znaczenie to nie determinuje jednak treści wszystkich obowiązujących norm.

Ustanawiając reguły zachowania, Trybunał może nadać przepisom treść normatywną odbiegającą od ich znaczenia semantycznego lub też stanowiącą wybór jednego z wielu dopuszczalnych znaczeń. Innymi słowy, za pośrednictwem prawa orzeczniczego Trybunał tworzy normy niecałkowicie zdeterminowane znaczeniem semantycznym przepisów. Na tym właśnie polega wpływ stanowienia reguł na normy.

Jeśli przepisy są niejednoznaczne⁵², może istnieć stan, w którym obowiązujące normy pozostają nieokreślone i wiele pozostawiają decyzji stosującego prawo. Jednakże takie normy mogą zostać uściślone, czy może raczej stworzone, w granicach wyznaczonych przez niejednoznaczność, przez sądy (o ile w danym systemie prawnym mają taką władzę). Treść normatywna prawa ulega wtedy zmianie – nowe, uściślone normy nie są już tożsame ze znaczeniem semantycznym przepisów – stanowią ich znaczenie normatywne. Również przyjęta w danym systemie normatywna teoria wykładni może – nawet bez działalności sądów – sprawić, że treść normatywna prawa będzie w niektórych

⁵² Używam zwrotu „niejednoznaczne” na określenie każdej sytuacji, w której przepisy nie dają jednoznacznego rozstrzygnięcia, niezależnie, czy dzieje się tak wskutek wieloznaczności, nieostrości, używania ogólnych pojęć, kolizji czy luki w prawie.

przypadkach odbiegać od treści semantycznej przepisów. W obu przypadkach: władczej wykładni sądowej i istnienia jednej normatywnej teorii wykładni, możemy mówić, że normy to normatywne znaczenie przepisów różne od znaczenia semantycznego. Znaczenie normatywne nie musi polegać na uściśleniu znaczenia semantycznego – może również od niego odbiegać, czego przykład stanowią niektóre przypadki przełamania wykładni językowej przez względy pozajęzykowe.

Istnieją także przypadki prawotwórstwa, kiedy tworzone są normy w oderwaniu od przepisów. Na przykład zwyczaj może zarówno zmienić znaczenie normatywne przepisów, jak i ustanowić zupełnie nowe normy. Podobnie zdarza się sądom ustanawiać normy w oderwaniu od przepisów, choć można dyskutować, czy są do tego uprawnione. Oczywiście prawo orzecznicze samo może ewoluować w ten sposób, że treść normatywna orzeczeń przestaje być zgodna z ich treścią semantyczną.

Zbiór reguł zachowania zawartych w orzeczeniach nazywać będę „prawem orzeczniczym”⁵³. Termin ten stanowi tłumaczenie angielskiego *case law* i samo jego użycie nie ma przesądzać o mocy wiążącej orzeczeń. Tak więc użycie terminu „prawo orzecznicze” nie wyklucza możliwości, że prawo to byłoby niewiążące, podobnie jak *soft law*. Prawo orzecznicze stanowi odpowiednik prawodawstwa w znaczeniu skutku działania, tak jak tworzenie prawa przez sądy stanowi odpowiednik prawodawstwa w znaczeniu samego działania.

Problematyczne jest natomiast mówienie o prawie precedensowym. Co prawda również precedensy mogą być niewiążące prawnie – wyodrębnia się wiążące precedensy *de iure*, charakterystyczne dla *common law*, i niewiążące precedensy *de facto*, które występują również w systemach kontynentalnych (nawet zaś w *common law* niektóre precedensy cieszą się wyłącznie niewiążącym autorytetem). Precedensy niewiążące wywierają tylko faktyczny wpływ na późniejsze decyzje. Różnica między terminami „precedens” a „prawo orzecznicze” tkwi jednak w tym, że przez precedens rozumie się zwykle orzeczenie zapadłe w konkretnej sprawie, a prawo precedensowe opiera się na relacji między konkretnymi orzeczeniami. Jak pisze M. Zirk-Sadowski, decyzja precedensowa jest normą indywidualną i konkretną, podczas

⁵³ Termin ten pochodzi z E. Piontek, *Obowiązki prawa wspólnotowego*, Palestra 1995, nr 1–2. Terminologię tę akceptują również M.M. Kenig-Witkowska, A. Łazowski, R. Ostrihansky, *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 208.

gdy decyzja prawotwórcza – generalną i abstrakcyjną⁵⁴. Oczywiście granica jest płynna, gdyż *ratio decidendi* precedensu może przecież funkcjonować jak norma generalna i abstrakcyjna.

Na gruncie anglosaskim, skąd się wywodzi, precedens ma charakter jednostkowy. N. Duxbury wyjaśnia, że „precedens jest zdarzeniem z przeszłości – w prawie niemal zawsze orzeczeniem – które służy jako wskazówka dla obecnych działań”⁵⁵. Precedens w *common law* jest orzeczeniem rozstrzygającym konkretny stan faktyczny, a nie zagadnienie prawne. Co więcej, jak zobaczymy w rozdziale III, elementem wiążącym w precedensie są nie generalne reguły zachowania sformułowane przez sąd, ale podstawa rozstrzygnięcia w danej sprawie.

Z tych względów nie przekonuje poszerzenie pojęcia precedensu zaproponowane przez L. Morawskiego, który uważa, że precedensem jest „każda decyzja sądu wpływająca *de facto* lub *de iure* na podejmowanie innych decyzji”⁵⁶. W konsekwencji autor ten uznaje, że istnieją również precedensy generalne i abstrakcyjne (jak choćby uchwały Sądu Najwyższego). By przyjąć tę koncepcję, trzeba by porzucić obecne rozumienie zarówno słowa „precedens”, jak i podążania za precedensami. Podążanie za precedensami w uproszczeniu polega na stwierdzeniu podobieństwa dwóch przypadków, wyabstrahowaniu reguły ogólnej stojącej za rozstrzygnięciem pierwszego z nich i zastosowaniem jej do rozstrzygnięcia drugiego. Tymczasem podążanie za uchwałami Sądu Najwyższego sprowadza się do ich zastosowania w sprawach objętych ich zakresem. Oczywiście jednak L. Morawski ma rację, pisząc, że oddziaływanie decyzji indywidualnych i konkretnych (jednostkowych) może być zbliżone do oddziaływania decyzji abstrakcyjnych i generalnych (ogólnych):

„Jeżeli nawet sędzia wypowiada tylko sąd jednostkowy, powiedzmy, że jakimś X należy się odszkodowanie, to tym samym *implicite* wyraża zgodę na to, iż takie samo odszkodowanie zostanie przyznane każdemu innemu podmiotowi, który znalazł się w podobnej sytuacji. [...] Jeśli każdy sąd jednostkowy implikuje odpowiedni sąd ogólny, to realizacja postulatu, aby sędziom nie wolno było formułować sądów ogólnych, oznaczałoby w praktyce, iż sądom w ogóle nie wolno sporządzać uzasadnień”⁵⁷.

⁵⁴ M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, Państwo i Prawo 1980, z. 6, s. 73.

⁵⁵ N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge 2008, s. 1.

⁵⁶ L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, Państwo i Prawo 1971, z. 10, s. 3.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 4.

Konkluzję o ogólnej doniosłości reguł jednostkowych trudno pogodzić z kontynentalną kulturą prawną, w której stanowienie reguł ogólnych zarezerwowano dla ustawodawcy. Ponieważ jednak oddziaływanie orzeczeń poza kontekstem poszczególnych spraw jest faktem, pojawia się potrzeba wyjaśnienia, na czym miałyby takie oddziaływanie polegać, jeśli nie na stanowieniu reguł ogólnych, nawet formalnie niewiążących. Interesujące rozwiązanie przedstawia M. Zirk-Sadowski, który twierdzi, że decyzja precedensowa nie zawiera nowej normy prawnej, lecz wskazuje właściwą do interpretacji danego przepisu teorię wykładni⁵⁸. Takie rozumienie decyzji precedensowej ma jednak niewiele wspólnego z tym, jak precedensy rozumie się w krajach *common law*, gdzie są one wiążące prawnie. Ponadto nie wydaje się, by każdy zabieg interpretacyjny, w tym w szczególności ustalenie znaczenia terminów prawnych i zwrotów nieokreślonych, dał się sprowadzić do wyboru teorii wykładni. Teorie wykładni nie są na tyle precyzyjne, by zawsze jednoznacznie determinować znaczenie przepisów. Co więcej, rozwiązanie M. Zirka-Sadowskiego stanowi jedynie inny sposób opisanego, że precedensy stanowią reguły ogólne. Reguła zawarta w przepisie w wyniku wydania decyzji precedensowej zostaje bowiem przekształcona zgodnie z określoną teorią wykładni w inną regułę ogólną.

Z pewnością niektóre twierdzenia sformułowane przez naukę w odniesieniu do prawa precedensowego odnoszą się również do orzecznictwa Trybunału. Paradygmatem prawa precedensowego są precedensy w krajach *common law*. Możemy rozróżnić tam ich trzy rodzaje: precedensy dotyczące *common law*, które siłą rzeczy nie mogą znaleźć odpowiednika poza tą kulturą prawną, precedensy dotyczące ustaw i precedensy dotyczące konstytucji (tam gdzie mamy konstytucję w znaczeniu formalnym). Do modelu formułowania generalnych reguł zachowania zbliżają się precedensy konstytucyjne Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, szczególnie że konstytucyjność ustawy jest abstrakcyjnym zagadnieniem prawnym. Przykładem mogą być formułowane przez ten sąd testy konstytucyjności regulacji prawnych takich jak ograniczenie wolności słowa. W ogóle wykładnia konstytucji, jako kwestia prejudycjalna przy rozstrąsaniu konstytucyjności przepisów, ma znaczenie wykraczające zwykle poza daną sprawę. Najogólniej rzecz biorąc, precedensy konstytucyjne i ustawowe dotyczą właściwej wykładni przepisów i one ewentualnie mogłyby stanowić odpowiednik orzecznictwa Trybunału.

⁵⁸ M. Zirk-Sadowski, *Precedens...*, s. 78.

Orzeczenia Trybunału, zwłaszcza wydawane w trybie prejudycjalnym, rozstrzygają konkretną sprawę (względnie pomagają w jej rozstrzygnięciu sądowi krajowemu), jak i wysławiają reguły o ogólnej doniosłości. Proporcja każdego z tych elementów zmienia się zależnie od orzeczenia i jego recepcji, jednak silnie zaznaczający się cel wyjaśnienia prawa odróżnia te orzeczenia od precedensów *common law*. Jak bowiem zauważa N. Duxbury w odniesieniu do prawa angielskiego, „podstawowym celem sądu, który stworzył precedens było rozstrzygnięcie sporu, nie zaś wydanie edyktu, który łatwo mogłyby odnaleźć i przyjąć późniejsze sądy”⁵⁹. W uproszczeniu, system precedensu polega na naśladowaniu w podobnych sprawach precedensowego rozstrzygnięcia. Tymczasem w przypadku prawa orzeczniczego tworzonego przez Trybunał nie chodzi o naśladowanie rozstrzygnięć, lecz o stosowanie wprost wysłowionych przez Trybunał reguł.

Pierwsza z tez pracy głosi, że Trybunał tworzy prawo. Innymi słowy, orzecznictwo Trybunału jest źródłem prawa unijnego. Jak wspomniano, tworzenie prawa polega na zmianie (w tym na tworzeniu i uchylaniu) obowiązujących norm abstrakcyjnych i generalnych. By dowieść, że Trybunał tworzy prawo, ustanawiając reguły zachowania, należy wykazać, że reguły te:

- 1) odbiegają od prawa obowiązującego przed ich ustanowieniem,
- 2) mają charakter abstrakcyjny i generalny,
- 3) są skuteczne,
- 4) obowiązują (wiążą).

Pierwszy warunek określa się zwykle mianem nowości normatywnej. W przypadku działalności Trybunału chodzi tutaj przede wszystkim o nowość wprowadzaną do porządku prawnego w drodze wykładni, dzięki temu, że wykładni tej nie determinuje prawo. Zagadnieniu temu poświęcono rozdział drugi pracy.

Z wymogiem nowości normatywnej wiąże się konstrukcja inferencyjna, wedle której sąd działa prawotwórczo, kiedy jego orzeczenie nie jest zdeterminowane prawem⁶⁰. Konstrukcja ta, choć często wykorzystywana w wypowiedziach prawników (takich jak: „Sąd apelacyjny nie dokonał wykładni przepisu, tylko stworzył nowe prawo”), jest niewystarczająca. Sąd nie tworzy prawa, orzekając *contra legem*. Wtedy można najwyżej powiedzieć, że nie orzeka na podstawie prawa.

⁵⁹ N. Duxbury, *Nature and Authority...*, s. 150.

⁶⁰ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa...*, s. 314.

Prawo musi obowiązywać prospektywnie, przypadki jego stosowania muszą być powtarzalne. Niezdeteterminowane orzekanie nie stanowi tworzenia prawa, jeśli niezdeteterminowane decyzje nie obowiązują (ani nawet nie są stosowane) jako determinanty kolejnych decyzji.

Nawet prawotwórcze orzeczenia nie zawsze ustanawiają jednak zupełnie nowe reguły. Często dokonywana przez Trybunał zmiana norm obowiązujących polega na zmianie treści normatywnej przepisu (a więc innej reguły), na przykład przez zdefiniowanie jakiegoś występującego w nim terminu lub przesądzenie o jego stosowaniu w stanie faktycznym danego rodzaju. Można zresztą uznać, że taka zmiana norm również polega na ustanowieniu nowej całościowej reguły, nakazującej odczytanie przepisów w określony sposób.

Nowość normatywna orzeczeń bywa rozumiana w różny sposób. M. Balcerzak na przykład rozumie ją jako zmianę zakresu czynów zakazanych, nakazanych lub dozwolonych⁶¹. Trafniejsza wydaje się wszakże przytoczona przezeń definicja Z. Ziemińskiego, w której głosi, że precedensowa może być również precyzacja normy:

„precedens prawotwórczy polega w istocie na tym, iż z faktem wydania przez określony organ decyzji w jakiejś sprawie bez wyraźnych podstaw w dotychczas przyjętym systemie norm prawnych – doktryna prawnicza wiąże uzasadnienie, że decyzja taka jest przejawem uznania za obowiązującą pewnej normy generalnej i abstrakcyjnej, niesformułowanej dotąd w sposób wyraźny”⁶².

Tak rozumiane precedensy niekoniecznie są prawotwórcze w sensie ścisłym – niekoniecznie są źródłami prawa. Brakuje bowiem podstawy prawnej, dzięki której nie tylko wywierałyby faktyczny wpływ na działanie sądów i organów, lecz także miałyby wobec nich moc wiążącą. Precedensy perswazyjne nie stanowią norm prawnych, ponieważ nie obowiązują.

Drugi warunek bycia prawem (charakter abstrakcyjny i generalny danej reguły zachowania) wiąże się z ogólnym formułowaniem reguł, ale też z ich funkcjonowaniem poza kontekstem sprawy. Poświęcony tej kwestii jest rozdział III. Rozdział ten pokazuje również, że normy stanowione

⁶¹ M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008, s. 39.

⁶² Za: *ibidem*, przypis 35.

przez Trybunał rzeczywiście funkcjonują w praktyce sądów i organów, to znaczy są skuteczne. Nie wszyscy co prawda uznają skuteczność za warunek bycia prawem, jednak zgodnie z przeważającą opinią normy zupełnie nieskuteczne prawem nie są. Prawotwórstwo Trybunału polega na formułowaniu w orzeczeniach ogólnych i abstrakcyjnych reguł zachowania, przy czym pozostaje bez znaczenia, czy reguła formułowana jest w sentencji, czy w uzasadnieniu. Reguły formułowane przez Trybunał, zwykle jako interpretacje prawa unijnego, nie wynikają w sposób konieczny z tego prawa, a mimo to traktowane są przez sądy, inne organy państw, doktrynę oraz instytucje unijne, w tym sam Trybunał, jakby były prawem unijnym.

Pod względem treści „tworzenie prawa polega na kształtowaniu norm w dostatecznym stopniu ogólnych i abstrakcyjnych”⁶³. Trudno zgodzić się jednak konkluzją J. Wróblewskiego, jakoby w związku z tym działalność prawotwórcza sądów ograniczała się do sytuacji, w których wygłaszają one reguły generalne i abstrakcyjne w sentencji orzeczenia. Również orzeczenia, których sentencje, czy raczej tenory, wyrażają normy indywidualne i konkretne, mogą mieć znaczenie prawotwórcze. Dzieje się tak co najmniej w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdy stają się podstawą argumentów *a simili* – ich rozwiązania stosowane są w podobnych stanach faktycznych. Po wtóre, gdy znaczenie prawotwórcze zyskują poglądy ogólne zawarte w ich uzasadnieniach. Temu ostatniemu sprzyja zresztą tezowanie orzeczeń⁶⁴ (czy też analogiczna praktyka zamieszczania na stronie internetowej Trybunału ich streszczeń). W tym kontekście dokładniejsza wydaje się charakterystyka podana przez A. Łazowskiego:

„modelem prawotwórczego orzeczenia będzie rozstrzygnięcie, w którym sędzia ustanowił normę generalną i abstrakcyjną, a która funkcjonuje w systemie prawa na podobieństwo normy prawa stanowionego, nie wynika z prawa stanowionego i stanowi dążenie do realizacji ogólnego celu społecznego (poprawy prawa). Modelem zaś orzeczenia nietwórczego będzie celowe rozstrzygnięcie sprawy za pomocą funkcjonujących w systemie norm, niewpływające na inne rozstrzygnięcia”⁶⁵.

⁶³ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa...*, s. 313.

⁶⁴ Por. na gruncie prawa polskiego A. Stelmachowski, *Prawotwórcza rola sądów (w świetle orzecznictwa cywilnego)*, Państwo i Prawo 1967, z. 4–5, s. 615.

⁶⁵ A. Łazowski, *Źródła prawa Unii Europejskiej i ich zastosowanie w państwach członkowskich (w:) Wymiar sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, red. M. Perkowski, Warszawa 2003, s. 226.

Uważam wymóg, by rozstrzygnięcie dążyło do realizacji ogólnego celu społecznego, za zbędny. A. Łazowski zresztą w innym miejscu pisze⁶⁶ jako o prawotwórczych o rozstrzygnięciach stanowiących po prostu samodzielne podstawy dalszych rozstrzygnięć.

Zgodnie z tym, co powiedziano wcześniej o pojęciu obowiązywania, czwarty z wymienionych warunków oznacza, że w prawie europejskim musi istnieć norma prawna nadająca regułom stanowionym przez Trybunał przymiot obowiązującego prawa. Norma taka musiałaby sprawiać, że reguły te są powszechnie wiążące. Kiedy mówimy o mocy powszechnie wiążącej czy też mocy wiążącej *erga omnes* reguł, a pośrednio norm, ustanowionych w orzeczeniach, mamy na myśli właśnie ich obowiązywanie⁶⁷. Oczywiście chodzi tu o obowiązywanie prawa orzeczniczego jako norm generalnych i abstrakcyjnych, nie zaś o obowiązywanie orzeczeń jako norm indywidualnych⁶⁸, dlatego też lepiej jest mówić o mocy powszechnie wiążącej norm, wykładni, orzecznictwa czy prawa orzeczniczego niż o obowiązywaniu orzeczeń. Podobnie jak precedensy w *common law* czy ustawy, orzeczenia Trybunału nie są prawem w ścisłym znaczeniu tego słowa. Orzeczenia Trybunału, i to nie wszystkie⁶⁹, są źródłem prawa, natomiast prawem są normy. Orzeczenia Trybunału współdecydują o treści norm.

W przypadku prawa stanowionego obowiązywanie polega na pochodzeniu od kompetentnej władzy. Tak więc norma taka prawdopodobnie musiałaby głosić, że Trybunał ma kompetencje prawotwórcze, uboczne oczywiście wobec kompetencji orzeczniczych.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Zob. W. Lang, *Obowiązywanie prawa...*, s. 101, gdzie autor jako synonimy obowiązywania prawa wymienia określenia: moc prawna, moc obowiązująca prawa, moc wiążąca prawa.

⁶⁸ Na temat obowiązywania orzeczeń i aktów administracyjnych jako norm indywidualnych zob. *ibidem*, s. 109–110.

⁶⁹ Będzie o tym mowa w podrozdziale III.1.

Rozdział II

Wykładnia prawa

1. Pojęcie wykładni i stosunek wykładni do tworzenia prawa

a. Różne rozumienia wykładni

Mówi się czasem, że Trybunał nie tworzy prawa, gdyż dokonuje tylko wykładni obowiązujących przepisów. W rozdziale tym pokazuję, że dokonywanie wykładni nie wyklucza tworzenia prawa; przeciwnie, dokonywanie wykładni może wiązać się z wprowadzeniem do porządku prawnego nowości normatywnej.

Jak wskazał M. Cappelletti⁷⁰, interpretacja i tworzenie prawa nie wykluczają się nawzajem, gdyż interpretacja, choć niecałkowicie swobodna, jest kreatywna i zwykle dopuszczalnych jest wiele różnych rozumień tekstu. Oprócz takiego działania Trybunał tworzy prawo także poza wszelką wykładnią, choć budzi kontrowersje ocena, kiedy to robi (to znaczy kiedy wykładnia ma charakter *contra legem*). Obiektywne uchwycenie przypadków, kiedy Trybunał tworzy prawo poza wykładnią, nie jest możliwe, klasyfikacja prawa orzeczniczego jako wykraczającego poza wykładnię zależy bowiem od poglądów na temat właściwych dyrektyw wykładni na bardzo szczegółowym poziomie.

Interpretacja, w przypadku prawa nazywana również wykładnią, to ustalenie znaczenia tekstu (w szerokim rozumieniu tego słowa, obejmującym w zasadzie każdą sekwencję znaków). Wynika z tego,

⁷⁰ M. Cappelletti, *The Law-Making Power of the Judge and Its Limits: A Comparative Analysis*, Monash University Law Review 1981, Vol. 8, No. 1, s. 16 i n.