

AGNIESZKA GRZELAK

Unia Europejska na drodze do Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości



The European Union on the way
towards the Area of Freedom,
Security and Justice



Unia Europejska na drodze
do Przestrzeni Wolności,
Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości

The European Union
on the way towards the Area
of Freedom, Security and Justice

© CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN

redakcja w języku polskim

ELŻBIETA NOWICKA-ROŻEK

redakcja w języku angielskim

JAROSŁAW BRZEZIŃSKI

tłumaczenie na język angielski

AGENCJA TŁUMACZY ZAWODOWYCH LETTERMAN SP. Z O.O.

skład i druk

HOBODRUK, UL. LUTOSŁAWSKIEGO 18, 05-080 IZABELIN

projekt graficzny

WOJCIECH SOBOLEWSKI

wydawca / published by

CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN,

UL. NOWOURSYNOWSKA 84 · 02-797 WARSZAWA

TEL. 022 545 98 00 · FAX 022 649 12 99

FUNDACJA@NATOLIN.EDU.PL · WWW.NATOLIN.EDU.PL

ISSN 1732-0445

WARSZAWA 2009

AGNIESZKA GRZELAK

Unia Europejska na drodze do Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości



The European Union on the way
towards the Area of Freedom,
Security and Justice



Spis treści

1. Wstęp	7
2. Wyzwania strukturalne i horyzontalne	11
2.1. Wzmacnianie wzajemnego zaufania.....	16
2.2. Efektywność współpracy państw członkowskich w UE	22
2.3. Wyznaczanie politycznych celów współpracy.....	31
2.4. Transpozycja aktów prawnych i ewaluacja współpracy	36
2.5. Uproszczenie i usprawnienie procesu prawodawczego	38
2.6. Finansowanie współpracy	41
3. Wyzwania w konkretnych dziedzinach współpracy w ramach PWBiS.....	43
3.1. Ochrona jednostki.....	43
3.2. Wzrost pewności prawnej w zakresie prawa rodzinnego, cywilnego i handlowego	51
3.3. Dostęp do wymiaru sprawiedliwości i instytucjonalna współpraca sądowa	55
3.4. Zwalczanie przestępczości w ramach zasad państwa prawa	63
4. Traktat z Lizbony	69
5. Podsumowanie	78
6. O Autorze.....	81

Table of contents

1. Introduction.....	85
2. Structural and horizontal challenges.....	89
2.1. Strengthening mutual trust	94
2.2. The effectiveness of cooperation between EU Member States	100
2.3. Setting political goals for cooperation	108
2.4. Transposition of legislation and evaluation of cooperation.....	112
2.5. Simplifying and improving the legislative process.....	115
2.6. Financing of cooperation.....	117
3. Challenges in specific areas of cooperation within the AFSJ	119
3.1. Protection of the individual.....	119
3.2. Increasing legal certainty in family law, civil law and commercial law.....	127
3.3. Access to justice and institutional judicial cooperation	130
3.4. Combating crime under the rule of law	137
4. The Lisbon Treaty.....	144
5. Conclusions	152
6. About the Author	155

I.

Wstęp

Tworzenie Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości UE (PWBiS) zajmuje szczególną pozycję w ogólnym procesie pogłębiania integracji europejskiej, polegającym na przechodzeniu do coraz to wyższych form współpracy między państwami członkowskimi, zarówno w sferze gospodarczej (w kierunku unii gospodarczo-walutowej), jak i w sferach współpracy międzyrządowej tzw. II i III filarów UE, czyli wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa (II filara UE) oraz współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych (III filara UE). W tym ujęciu pogłębianie współpracy oznacza obejmowanie mechanizmami i procedurami WE/UE coraz to nowych dziedzin życia gospodarczego i społecznego.

Tworzenie PWBiS jest zadaniem postawionym zarówno przed Unią Europejską, jak i jej państwami członkowskimi – zadaniem, którego realizacja trwa od wejścia w życie Traktatu amsterdamskiego, czyli od prawie 10 lat. Okres, który upłynął, jest podstawą do refleksji na temat tego, czy zadanie to zostanie kiedykolwiek zrealizowane.

Wyjaśnienia we wprowadzeniu wymaga pojęcie „Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości”, aby jasne było, do czego właściwie Unia Europejska zmierza. Pojęcie PWBiS, używane od Traktatu amsterdamskiego po to, by pod jednym mianownikiem opisać współpracę we wcześniejszym tzw. III filarze.¹ Pojęcie „przestrzeń” wydaje

¹ Traktat o Unii Europejskiej w wersji przyjętej w Maastricht w III filarze UE stworzył ramy prawne do współpracy w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych. Traktat amsterdamski „uwspólnotowił” część obszaru, przenosząc niektóre zagadnienia do I filara UE, ale nadal utrzymał dla obu części nazwę PWBiS.

się mieć wymiar jednak nie tylko przedmiotowy, ale również terytorialny, wiążący się z państwami członkowskimi jako jednostkami terytorialnymi UE. Znaczenie wprowadzenia pojęcia „przestrzeni” można próbować porównać do pojęcia „obywatelstwa UE”, gdzie tak jak obywatelstwo UE nie zastąpiło obywatelstwa krajowego, tak również pojęcie „przestrzeni WBIS” nie zastąpiło znaczenia geograficznego państw członkowskich, chociaż tworzy nowy zakres współpracy, mający na celu podkreślenie jedności państw.² Wyjaśnienia terminu PWBIS próbowała dokonać również Rada Europejska, zwłaszcza podczas spotkania w Tampere w 1999 r., podczas którego określono priorytety działań we wszystkich dziedzinach objętych PWBIS.³ Generalnie należy stwierdzić, że nie da się wyznaczyć jednego momentu, kiedy można będzie powiedzieć, że oto została stworzona PWBIS, bowiem każde państwo czy też każda jednostka może indywidualnie oceniać realizację części składowych przestrzeni. Wydaje się jednak zasadne, by podjąć próbę oceny, czy Unia Europejska w ogóle zmierza w dobrym kierunku, jak długo potrwa osiągnięcie pierwszych zamierzonych rezultatów i czy w ogóle są to działania możliwe do wykonania.

Celem niniejszego opracowania⁴ jest zatem próba dokonania diagnozy współpracy i faktycznych możliwości stworzenia PWBIS

² Por. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruksela 2003, s. 43 i n.

³ W konkluzjach z Tampere z 1999 r., stwierdzono, że przez pojęcie „wolność” należy rozumieć prawo do swobodnego poruszania się po terytorium całej Unii, powiązane z pojęciami „bezpieczeństwa” i „sprawiedliwości”. „Prawdziwy obszar sprawiedliwości” to taki stan, gdy obywatele jakiegokolwiek państwa członkowskiego będą mieli tak samo łatwy dostęp do sądów w pozostałych państwach członkowskich jak w swoim rodzimym państwie. Z kolei „bezpieczeństwo” łączy się ze wspólnym wysiłkiem na rzecz zapobiegania i zwalczania przestępczości oraz organizacji przestępczych na terytorium Unii. Zob. *Wnioski Prezydencji. Posiedzenie Rady Europejskiej w Tampere*, 15-16 października 1999 r., Monitor Integracji Europejskiej 2002, nr 53, s. 288 i n.

⁴ Informacje wskazane w niniejszym opracowaniu dotyczą stanu prawnego na 30 października 2008 r., z uaktualnieniem dokonany w niezbędnym zakresie 20 marca 2009 r.

w nieodległej perspektywie, w kontekście dotychczasowych dokonań i stawianych wyzwań, w szczególności w odniesieniu do prawodawstwa oraz systemu podejmowania decyzji, a także próba umiejscowienia współpracy w szerszym kontekście integracji europejskiej. Niewątpliwie już na wstępie można stwierdzić, że droga do PWBis nie jest prosta i konieczne jest podejmowanie daleko idących działań. Dlatego też po krótkim wstępie w pierwszej części przedstawione zostaną wybrane problemy - wyzwania stojące przed UE, mające charakter horyzontalny, ogólny, dotyczące wszystkich dziedzin współpracy w PWBis, by następnie przejść do przykładów konkretnych związanych z każdą dziedziną osobno. Z racji wielkości opracowania przedstawione wyliczenia problemów i osiągnięć nie mogą mieć charakteru wyczerpującego, jednak ambicją jest, by wybrać te najbardziej reprezentatywne.

Naturalnie, analiza wszelkich niezbędnych reform współpracy państw członkowskich w PWBis zawsze wiąże się z przedstawieniem jej ewolucji traktatowej. Chociaż chronologicznie należałoby rozpocząć od współpracy w ramach Traktatu z Maastricht, kiedy to stworzono podstawy traktatowe do rozpoczęcia współpracy w dziedzinach określonych wówczas mianem „wymiar sprawiedliwości i sprawy wewnętrzne” (WSiSW), to jednak najważniejszym punktem odniesienia powinien być Traktat z Amsterdamu i stworzenie idei PWBis, a także następujące po nim, uzgodnione przez Radę Europejską, Program z Tampere i Program haski. Podstawą nadziei na realizację ambitnych założeń politycznych był właśnie Traktat amsterdamski, który – jak się wówczas wydawało – na nowo, chociaż niedoskonale, formułował podstawy prawne współpracy i stojącego przed UE wyzwania. Traktat ustanawiający Konstytucję dla Europy (TK), a następnie Traktat z Lizbony (TL) próbowały stworzyć kolejny impuls i możliwości prawne, na nowo określając legitymację demokratyczną i sprzyjając – przynajmniej w założeniu – budo-

waniu wzajemnego zaufania państw członkowskich oraz wzrostowi pewności prawa wśród obywateli.⁵ Los Traktatu z Lizbony jest jednak nadal niepewny.⁶

⁵ Podobnie twierdzi J. ZEMANEK, który uważa, że w dziedzinie współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych nie ma obecnie alternatywy wobec jak najszybszego wejścia w życie Traktatu z Lizbony. Por. J. ZEMANEK, *The criminal cooperation within the Area of Freedom, Security and Justice under the Treaty of Lisbon*. Tekst oparty na referacie wygłoszonym podczas konferencji ECLN w Sofii *Constitutionalisation without a constitution* w kwietniu 2008 r. (maszynopis w zbiorach autorki).

⁶ Dopiero w grudniu 2008 r. Irlandia wypowiedziała się, że zamierza przeprowadzić drugie referendum w sprawie Traktatu z Lizbony. Zob. konkluzje Rady Europejskiej z 15-16 października 2008 r., punkt 15, dokument 14368/08 CONCL 4 oraz konkluzje z 11-12 grudnia 2008 r., dokument 17271/08 CONCL 5.

2.

Wyzwania strukturalne i horyzontalne

Od szesnastu lat (rok 1992), kiedy tworzone były podstawy traktatowe tzw. III filara UE, czyli wspomnianego już obszaru współpracy pod nazwą „wymiar sprawiedliwości i sprawy wewnętrzne”, współpraca przeszła znaczącą ewolucję w zakresie podstaw traktatowych, aspektów proceduralnych i jej charakteru.⁷ Przed instytucjonalizacją współpracy WSiSW dokonaną w Traktacie z Maastricht nie wierzono w możliwość stworzenia całościowej polityki, która byłaby pochodną swobodnego przepływu osób i miałyby jemu służyć. Od tego momentu tempo realizacji przyjętych zadań wzrosło, ponieważ politycy zostali skonfrontowani ze zmieniającym się otoczeniem, a zwłaszcza ze zwiększonym zagrożeniem bezpieczeństwa, wymagającym szybkiego podejmowania decyzji. Na ogólne ramy wymagające podjęcia działań politycznych składały się zatem m.in. globalizacja przestępczości oraz globalizacja problemów migracyjnych, co wiązało się z koniecznością poszukiwania

⁷ W tym miejscu należy jedynie przypomnieć, że w 1992 r. Traktat o UE w Tytule VI regulował współpracę w zakresie „wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych”. W 1997 r. Traktat amsterdamski odszedł od tego tytułu, dzieląc jednocześnie obszar współpracy i pozostawiając w TUE „współpracę policyjną i sądową w sprawach karnych”, przenosząc zaś do Tytułu IV TWE współpracę w dziedzinie wiz, azylu, migracji, sądową w sprawach cywilnych czy kwestie związane z przekraczaniem granic. Te dwa obszary współpracy, które swoim zakresem pokrywają się ze sprawami nazwanymi wcześniej WSiSW, mają stworzyć wspólnie Przestrzeń Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości. Faktem jednak jest, że wchodzą one w skład polityk krajowych dotyczących właśnie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych, stąd też nazwa WSiSW jest używana nadal. Wystarczy spojrzeć na numerację aktów prawnych w III filarze UE, w której stosuje się ten skrót. Zob. także tytuł książki s. PEERSA opublikowanej w 2007 r. - s. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, 2nd ed., Oxford 2007.

równowagi między mobilnością, bezpieczeństwem i prywatnością, wykorzystywaniem informacji z zastosowaniem nowych technologii i, co za tym idzie, wzmocnieniem bezpieczeństwa.

Kilka lat później, w roku 1997, przed Unią Europejską postawiono nowe zadanie utworzenia PWBis⁸ – można nawet stwierdzić, że jest to zadanie równie ambitne, jak tworzenie wspólnego rynku, o ile nawet nie trudniejsze, gdyż wymagające przełamania „tradycyjnego” pojmowania współpracy w tych dziedzinach. W celu zagwarantowania wolności i sprawiedliwości, przy jednoczesnym wzmocnieniu bezpieczeństwa, UE powinna m.in. zbliżyć przepisy karne państw członkowskich, wspierać współpracę służb policyjnych i prokuratorskich państw członkowskich, rozwinąć wspólny system azylowo-migracyjny, zapewnić efektywność sądów wspólnotowych, zagwarantować przestrzeganie praw jednostek i podjąć wiele innych bardzo skomplikowanych działań. Aby zrealizować ten cel, państwa członkowskie muszą przekazać na rzecz UE część kompetencji w niektórych kwestiach. Chociaż można powiedzieć, że od Traktatu amsterdamskiego jest to najbardziej dynamicznie rozwijający się obszar współpracy w UE, to jednocześnie jednak charakteryzuje się on tym, że jest najtrudniejszy i najbardziej „wrażliwy” ze względu na istniejące rozbieżności między państwami członkowskimi, a zwłaszcza ich systemami prawnymi oraz ścisłym związkiem z tradycyjnie pojmowaną suwerennością państwową.⁹ Dlatego też tak trudnym zadaniem, możliwym do osiągnięcia jedynie stopniowo, okazuje się odejście od międzyrządowego charakteru współpracy na rzecz współpracy o charakterze ponadnarodowym. Traktat ustanawiający Konstytucję dla Europy, a następnie Traktat z Lizbony zaproponowały w tym zakresie wiele pozytywnych zmian, które miałyby w swoim założeniu ułatwić realizację celu postawionego przed UE. Praca nad obydwoma traktatami otwo-

⁸ Por. art. 2 i art. 29 TUE oraz art. 61 TWE.

⁹ Na temat ewolucji pojęcia suwerenności zob. J. KRANZ (red.), *Suwerenność i ponadnarodowość a integracja europejska*, Warszawa 2006.

rzyła państwowym członkowskim możliwość wyposażenia UE w środki niezbędne do utworzenia PWBIS.

Unia Europejska to – jak się wydaje – idealne forum współpracy w dziedzinach wchodzących w skład PWBIS, bowiem na tle międzynarodowym to obszar jednolity kulturowo i historycznie, ze stale zacieśniającymi się więzami ekonomicznymi i politycznymi, które doprowadziły do niezwyklej aktywności w ostatnich latach. Współpraca w PWBIS to sieć różnych – pod względem pochodzenia i zakresu unormowania – instrumentów prawnych, które regulują jednak tylko jej wybrane aspekty. Wśród czynników o charakterze strukturalnym i horyzontalnym, które, co prawda, różnią się pod względem ciężaru gatunkowego, ale które mają wpływ na tworzenie PWBIS, należy wyróżnić:

- konieczność budowania wzajemnego zaufania nie tylko między organami władz państwowych, ale przede wszystkim między organami wymiaru sprawiedliwości państw członkowskich, gdyż bez wzajemnego zaufania dalszy rozwój instrumentarium współpracy w sprawach cywilnych czy przede wszystkim w sprawach karnych nie ma najmniejszego sensu,
- poprawę efektywności współpracy państw członkowskich,
- jasne określenie politycznych celów współpracy, tak by przedstawiciele państw biorący udział w pracach w szczególności Rady wiedeńskiej, w jakim kierunku zmierza UE i nie tracili z pola widzenia tych rozwiązań, które zbliżają UE do zamierzonego celu, czyli utworzenia PWBIS,
- uproszczenie i usprawnienie procesu decyzyjnego, co ma niewątpliwie też związek z poprawą efektywności działań UE, ale także ze stworzeniem jasnego mechanizmu i metodologii oceny dokonań,
- wzmocnienie implementacji na poziomie krajowym instrumentów, które przyjmowane są w ramach PWBIS,
- zwiększenie środków finansowych na tworzenie PWBIS, bez których nie zostaną zrealizowane najważniejsze zadania.

Wyzwania te nie zostały wyliczone w sposób enumeratywny i nie mają oczywiście charakteru zamkniętego – jest to jedynie próba zidentyfikowania tych działań o charakterze ogólnym, na tle których możliwa będzie analiza rozwiązań szczegółowych. Jak widać, wymienione czynniki mają różny charakter – od prawnego (implementacja przepisów), przez ekonomiczny (kwestie finansowania) do społecznego (wzmacnianie wzajemnego zaufania).

Z próby określenia podstawowych problemów horyzontalnych wynika jednak, że obecnie podstawowym jest spójność w ramach całego obszaru PWBis. Można się w ogóle zastanawiać, czy dziedziny współpracy, poza tym, że zostały nazwane wspólnie PWBis, mają ze sobą coś wspólnego. Wydaje się, że łączy je spójność tematyczna, jednak, zdaniem Walkera, dziedziny te nie stanowią naturalnej jedności w znaczeniu jasno zdefiniowanego ogólnego projektu.¹⁰ Chociaż często tworzy się porównania między projektem „jednolitego rynku” a tworzeniem PWBis, to jednak te dwa projekty są nieporównywalne pod względem precyzji i wewnętrznej jednolitości, a tworzenie PWBis nie ma właściwie końca, bowiem zawsze będzie się zmierzać do osiągnięcia jakiegoś abstrakcyjnego poziomu wartości. Rozdzielenie materii między I a III filarem UE spowodowało, że nie można też mówić o spójności instytucjonalnej, ani też o spójności między systemami prawnymi dwudziestu siedmiu państw członkowskich, a każde kolejne rozszerzenie przyczynia się do pogłębienia rozwarstwienia.

Już realizacja Programu z Tampere w latach 1999-2004 udowodniła, że obszar ten jest problematyczny, dlatego też efekt realizacji nie był

¹⁰ Zob. N. WALKER, *In Search of the Area of Freedom, Security and Justice: A Constitutional Odyssey* [w:] N. WALKER (red.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford 2004, s. 5. Podobnie M. DEN BOER, *A Diagnosis of the Area of Freedom, Security and Justice: Remedies and Reforms in the Domains of Immigration, Terrorism and Security* [w:] S. BLOCKMANS, S. PRECHAL (red.), *Reconciling the Deepening and Widening of the European Union*, Haga 2007, s. 18.

zadowalający.¹¹ Program z Tampere był programem ideowym, wskazującym działania, które powinny być podjęte do 2004 r. Można stwierdzić, że w rezultacie funkcjonowania tego programu Unia Europejska stworzyła wyłącznie zarys polityki imigracyjnej, dokonała minimalnego postępu przy tworzeniu polityki azylowej, nie stworzono jednak podstaw efektywnej współpracy policyjnej.¹² Samo przyjęcie tego programu i jego kontynuacja w latach następnych to niewątpliwe osiągnięcie, bowiem wskazano wyraźnie na zmianę podejścia państw członkowskich do omawianych zagadnień, jednak bilans nie był zadowalający. O ile bowiem grupy przestępcze szybko przystosowały się do zniesienia kontroli granicznej, o tyle państwa członkowskie nadal organizują swoje siły policyjne czy współpracę między sądami na poziomie krajowym, czego dowodzą obostrzenia w przekraczaniu granic przez funkcjonariuszy policji czy możliwości wykorzystania dowodów uzyskanych w innych państwach.¹³ Nie stworzono również podstaw do utworzenia jednolitego systemu prawa karnego, podczas gdy wspólna przestrzeń sprawiedliwości może wymagać, by wynik postępowania prowadzonego w różnych państwach był taki sam. Również przyjęty 5 lat później Program haski

¹¹ Por. J. APAP, S. CARRERA, *Progress and obstacles in the Area of Justice & Home Affairs in an Enlarging Europe*, CEPS Working Document 2003, No. 194. Zob. także M. LEWANDOWSKI, *Ocena wykonania „Agendy z Tampere” jako punkt wyjścia dla opracowania Programu haskiego* [w:] F. JASIŃSKI, K. SMOTER (red.), *Obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości Unii Europejskiej. Geneza, stan i perspektywy rozwoju*, Warszawa 2005, s. 418-441.

¹² A. TOWNSEND twierdzi, że zniesienie kontroli granicznej w państwach strefy Schengen pozwoliło organizacjom terrorystycznym, takim jak Al-Kaida czy inne, na swobodne podróżowanie po państwach UE oraz na zakładanie swoich komórek we Włoszech, Belgii, Hiszpanii, Wielkiej Brytanii czy Francji. Por. A. TOWNSEND, *Can the EU deliver the Area of Freedom, Security and Justice?*, EPIN Working Paper 2003, No. 9, s. 3.

¹³ Zob. przebieg prac nad europejskim nakazem dowodowym, COM (2003) 688 *final* i ich efekt końcowy – decyzję ramową Rady 2008/978/WSiSW z 18 grudnia 2008 r. w sprawie europejskiego nakazu dowodowego dotyczącego przedmiotów, dokumentów i danych, które mają zostać wykorzystane w postępowaniach w sprawach karnych, Dz. Urz. UE 2008, L 350, s. 72.

nie zaoferował sposobów i metod zmian instytucjonalnych koniecznych do stworzenia PWBiS. Podstawowym problemem jest przedstawienie „wolności”, „bezpieczeństwa” i „sprawiedliwości” jako wartości pierwotnych i poszukiwanie równowagi między nimi.¹⁴ Nie wskazano jednak wyraźnie celu, do jakiego się dąży i tym samym wyraźnych mechanizmów jego realizacji.

2.1. WZMACNIANIE WZAJEMNEGO ZAUFANIA

Wzajemne zaufanie jest warunkiem pogłębienia współpracy państw w dziedzinach należących do PWBiS, przyczyniającym się do coraz większego zintegrowania państw w dziedzinie, która w pierwszych etapach rozwoju Wspólnot Europejskich zaliczana była do bastionów suwerenności narodowej.¹⁵

Samo pojęcie „wzajemnego zaufania” może się odnosić do wielu kwestii, od współpracy samych organów wymiaru sprawiedliwości w poszczególnych państwach członkowskich, opierającej się często na różnych systemach prawnych oraz tradycjach i kulturze prawnej, przez relacje między władzami różnych państw członkowskich. Pogłębiona integracja w tym obszarze nie byłaby możliwa, gdyby władze nie miały wobec siebie zaufania, że mogą przejść do kolejnego etapu, a organy wymiaru sprawiedliwości nie miały zaufania, że ich systemy prawne mają *de facto* ten sam cel, którym jest zapewnienie obywatelom wysokiego poziomu bezpieczeństwa osobistego w PWBiS. Wreszcie w trzecim

¹⁴ Szerzej na temat poszczególnych aspektów Programu haskiego i więcej uwag na ten temat zob. w dalszej części opracowania.

¹⁵ Szerzej na temat wzajemnego zaufania zob. A. GRZELAK, *Wzmacnianie wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi w obszarze współpracy w sprawach karnych jako czynnik integrujący Unię Europejską*, Warszawa 2007, s. 391-412. Zob także HANS G. NILSSON, *Mutual trust or mutual mistrust?* [w:] G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (red.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruksela 2005, s. 29-40.

ujęciu „wzajemne zaufanie” dotyczy wiary obywateli państw członkowskich, że działania podejmowane na poziomie unijnym przyczyniają się do faktycznej poprawy bezpieczeństwa i nie powodują dodatkowych zagrożeń, np. zniesienie kontroli na granicach wewnętrznych jest rekompensowane zwiększoną kontrolą na granicach zewnętrznych UE.¹⁶

Z analizy ewolucji współpracy państw członkowskich WE/UE w dziedzinach należących do wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych wyraźnie wynika, że postęp ma związek ze wzajemnym zaufaniem – począwszy od Grupy TREVI,¹⁷ w ramach której dopiero uczono się umiejętności wzajemnych nieformalnych kontaktów i zdobywano wiedzę na temat możliwości współpracy z innymi państwami, po Traktat amsterdamski, który przeniósł na tzw. ponadnarodowy poziom współpracy część obszaru, czyli kwestie związane z migracją, azylem czy współpracą sądową w sprawach cywilnych, a wreszcie Traktat z Lizbony, który proponuje objęcie, co do zasady, jednakowymi procedurami współpracy całego obszaru PWBis (choć i on zawiera klauzule świadczące o pewnych elementach niepełnego wzajemnego zaufania).¹⁸

Samo przyjmowanie kolejnych aktów prawnych, nawet mających charakter prawa pierwotnego oznacza jednak tyle, że to organy władzy w państwach członkowskich są gotowe do podjęcia kolejnego kroku we współpracy, ale często okazuje się, że ta „gotowość” jest związana tylko z momentem podpisania traktatu. Później, na etapie jego stosowania, wykazuje już spore braki. Poza tym często wyraźnie widać, że i same

¹⁶ Por. A. DUDZIC, *Polska w obszarze wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości UE* [w:] F. JASIŃSKI, K. SMOTER (red.), *Obszar...*, *op. cit.*, s. 456.

¹⁷ Na temat ewolucji współpracy zob. A. GRUSZCZAK, *Historia współpracy w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych: od TREVI do Tampere* (w:) F. JASIŃSKI, K. SMOTER (red.), *Obszar...*, *op. cit.*, s. 17-47 albo J. MENKES, *Od współpracy politycznej do „przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości”*, *Sprawy Międzynarodowe* 1997, nr 3, s. 59.

¹⁸ Więcej na ten temat w dalszej części poświęconej Traktatowi z Lizbony.

władze w państwach członkowskich nie postępują konsekwentnie, bo już na etapie przyjmowania aktów prawa wtórnego można zauważyć brak woli do podjęcia zdecydowanych kroków na rzecz pogłębienia integracji. Przykładowo, podczas prac nad decyzją ramową w sprawie europejskiego nakazu wykonania oraz przekazywania osób skazanych między państwami członkowskimi UE¹⁹ okazało się, że nie wszystkie państwa są w stanie zaakceptować zaproponowane zasady automatyzmu uznawania decyzji sądowych, stosownie do których państwo członkowskie uznaje i wykonuje na swoim terytorium karę pozbawienia wolności lub środek zabezpieczający polegający na pozbawieniu wolności, orzeczonej przez sąd innego państwa członkowskiego. Projekt decyzji ramowej podlegał w toku negocjacji wielu zmianom, które częściowo zniweczyły automatyzm uznania proponowany pierwotnie.²⁰

Kolejne problemy pojawiają się na etapie transpozycji: decyzje ramowe albo w ogóle nie są transponowane do prawa krajowego, albo z bardzo dużym opóźnieniem,²¹ a ponadto często w sposób sprzeczny z przyjętymi

¹⁹ Por. przebieg prac nad dokumentem JAI (2005) 2: Inicjatywa Republiki Austrii, Republiki Finlandii i Królestwa Szwecji w celu przyjęcia decyzji ramowej Rady w sprawie europejskiego nakazu wykonania i przekazywania osób skazanych pomiędzy Państwami Członkowskimi Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE 2005, C 150, s. 1.

²⁰ Polski rząd uzależniał udzielenie poparcia projektowi od utrzymania regulacji ograniczających automatyzm mechanizmu przekazywania skazanych, w tym możliwości odmowy przyjęcia skazanego, jeśli jego przekazanie rażąco udaremniałoby cel resocjalizacyjny. Por. M. PŁACHTA, *Przekazywanie skazanych między państwami: za ich zgodą czy bez zgody*, „Rzeczpospolita”, 27.12.06, nr 300 oraz M. PŁACHTA, *Przymusowe przekazywanie skazanych między państwami budzi wątpliwości*, „Rzeczpospolita”, 23.02.2007, nr 46. Zob. także efekt końcowy prac, czyli decyzję ramową Rady 2008/909/WSiSW z 27 listopada 2008 r. o stosowaniu zasady wzajemnego uznawania do wyroków skazujących na karę pozbawienia wolności lub inny środek polegający na pozbawieniu wolności – w celu wykonania tych wyroków w Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE 2008, L 327, s. 27, a w szczególności rozbudowany art. 9 decyzji ramowej, regulujący podstawy odmowy wykonania kary.

²¹ Por. sprawozdanie Komisji oparte na art. 34 TUE w sprawie decyzji ramowej Rady z 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania oraz procedur wydawania między państwami członkowskimi UE COM(2006) 8 *final*, z którego wynika, że jako ostatnie wdrożenia decyzji ramowej dokonały Czechy i Włochy.

mi zobowiązaniami. Koronnym przykładem jest chociażby efekt polskich prac nad nowelizacją art. 55 Konstytucji RP, kiedy to usuwając jedną niezgodność z decyzją ramową 2002/584/WSiSW w sprawie europejskiego nakazu aresztowania²² w zakresie zakazu powołania się na obywatelstwo przy wykonywaniu ENA, wprowadzono kolejne, w szczególności wymóg ponownego badania podwójnej przestępczości w każdym przypadku dotyczącym obywatela polskiego.²³ Jako inny przykład można podać fakt, że lista czynów, w przypadku których nie dochodzi do badania tzw. podwójnej przestępczości, w przypadku europejskiego nakazu aresztowania podlega interpretacji w poszczególnych państwach.²⁴ Jest to bardzo zaskakujące w sytuacji, gdy mamy do czynienia z aktem szczególnie dotyczącym praw i wolności jednostki, w tym ich wolności osobistej. Każda osoba musi być świadoma (a przynajmniej mieć możliwość jasnej informacji na ten temat), w związku z jakimi czynami nie będzie badana podwójna przestępczość. Tymczasem brak precyzji i jasności może prowadzić do braku zaufania między organami sądowymi także dlatego, że będą one miały świadomość odmienności swoich rozwiązań.²⁵

²² Decyzja ramowa 2002/584/WSiSW z 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi, Dz. Urz. WE 2002, L 190, s. 1.

²³ Więcej na ten temat zob. A. GÓRSKI, A. SAKOWICZ, *Na przekór prawu UE, Analizy natolińskie* 2006 nr 7 (11). Zob. także zbiór opinii: *Nowelizacja art. 55 Konstytucji RP przez Sejm V kadencji*, „Przed pierwszym czytaniem”, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2006, nr 1.

²⁴ Por. R. BLEKXTOON, W. VAN BALLEGOOIJ (red.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, Haga 2005, s. 137 i n.

²⁵ Tymczasem Trybunał Sprawiedliwości już w pierwszym orzeczeniu dotyczącym art. 54 Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen stwierdził, że „zasada *ne bis in idem* oznacza, że pomiędzy umawiającymi się państwami istnieje wzajemne zaufanie co do systemów sądownictwa karnego i że każde ze wspomnianych państw akceptuje stosowanie prawa karnego obowiązującego w innych umawiających się państwach, nawet gdy zastosowanie własnego prawa krajowego prowadziłoby do innego rozwiązania”. [podkr. aut.] Por. wyrok z 11 lutego 2003 r. w połączonych sprawach C-187/01 (*H. Gözütok*) oraz C-385/01 (*K. Brügge*), Zb. Orz. 2003, s. 1345

To, że państwa członkowskie są gotowe do budowania wzajemnego zaufania, nie oznacza jeszcze, że są na to gotowe organy wymiaru sprawiedliwości, które mają później stosować przepisy prawa UE albo wykonywać prawo UE. Szczególnie zasada wzajemnego uznawania orzeczeń i decyzji sądowych, której podstawą działania jest właśnie wzajemne zaufanie sądów do tego, że wynik postępowania prowadzonego na podstawie przepisów innego państwa będzie mógł zostać uznany i wykonany w drugim państwie, nie jest dostatecznie konsekwentnie urealniana właśnie dlatego, że napotyka na rzeczywistość, czyli brak wiedzy sędziów, brak znajomości realiów innego państwa, nieumiejętność (a często i niewiedzę) odwoływania się do możliwych źródeł, w których można zasięgnąć informacji itp. Przykładem takie wątpliwego działania sądów może być komentowane szeroko w literaturze postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie,²⁶ który uznał, że elementarnym założeniem wykonywania ENA jest istnienie między państwami członkowskimi Unii Europejskiej pełnej wzajemności co do wykonywania decyzji ramowych i w związku ze stwierdzeniem nieważności niemieckiej ustawy transponującej decyzję ramową w sprawie ENA odmówił wykonania nakazu wydanego w Niemczech.²⁷ Takie postanowienie, w świetle zasady lojalności wyraźnie potwierdzonej w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, nie jest właściwe i wyraźnie dowodzi, że skład orzekający w Szczecinie nie miał zaufania do zgodności z prawem postępowania organów niemieckich.

Innym przykładem braku zaufania organów sądowych są ostatnie wydarzenia związane z wykonaniem ENA i powrotnym przekazaniem do Polski obywateli polskich skazanych w Wielkiej Bry-

²⁶ Postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie, III Wydział Karny z 22 lipca 2005 r. w sprawie III Kop 24/05 (w zbiorach autorki).

²⁷ Por. również M. HUDZIK, LECH K. PAPRZYCKI, *Europejski nakaz aresztowania*, Europejski Przegląd Sądowy 2005, nr 1, s. 46-48.

tanii.²⁸ Dopiero nawiązanie kontaktu przez polskie Ministerstwo Sprawiedliwości z brytyjskim Home Office spowodowało przyspieszenie działań w tym zakresie. Wcześniej brytyjski wymiar sprawiedliwości odmówił udzielenia informacji poznańskiemu sądowi okręgowemu na temat sprawy, ponieważ – jak poinformowano w mediach – polski sąd nie ma pełnomocnictwa do występowania w sprawie Jakuba T. Jest to o tyle kuriozalne, że sąd poznański nie występował jako pełnomocnik konkretnej osoby, lecz był zainteresowany wykonaniem swojego postanowienia o przekazaniu Jakuba T. stronie brytyjskiej. Być może istniały przyczyny przedłużenia wykonania postanowienia sądu polskiego, niemniej powinny one zostać wyjaśnione w bezpośrednim kontakcie przedstawicieli obu sądów, bez angażowania czynników politycznych w całe postępowanie. Takie działania organów sądowych w państwach członkowskich mogą prowadzić do niechęci i wydłużania (lub wręcz niezrealizowania) przepisów dotyczących realizacji zasady wzajemnego uznawania orzeczeń i decyzji sądowych.²⁹

Osiągnięcie wysokiego poziomu zaufania wymaga zatem, z jednej strony, podejmowania działań legislacyjnych, o których będzie mowa w części poświęconej konkretnym wyzwaniom w poszczególnych dziedzinach w PWBIS, z drugiej zaś wielu działań praktycznych skierowa-

²⁸ Chodzi o szeroko opisane w prasie sprawy Jakuba T. oraz Kamila K., obu skazanych za gwałty w Wielkiej Brytanii i wydanych wcześniej przez Polskę do Wielkiej Brytanii na mocy europejskiego nakazu aresztowania. Sądy polskie, wykonując ENA wydane przez sądy brytyjskie, jednocześnie zastrzegły – zgodnie z przepisami decyzji ramowej – że osoby te muszą wrócić do Polski na czas odbywania kary. Por. również informację dostępną na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości <http://www.ms.gov.pl/aktualnosci.php#akt080709> (pobrane 28 lipca 2008 r.).

²⁹ Ostatecznie sprawa Jakuba T. zakończyła się przekazaniem go do Polski dla wykonania orzeczonej kary. Pojawił się jednak problem prawny, dotyczący tego, jaka kara powinna być wykonana: zasądzona przez sąd brytyjski czy też dostosowana do realiów polskich, w której musiał wypowiedzieć się Sąd Najwyższy. Por. uchwałę SN z 3 marca 2009 r., sygn. akt I KZP 30/08.

nych do przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości w celu zwiększenia ich poczucia istnienia wspólnej kultury sędowniczej,³⁰ polegających na szkoleniu, zapoznawaniu ich z systemami prawnymi innych państw, ale przede wszystkim także na nawiązywaniu kontaktów bezpośrednich.³¹

Podsumowując, wyraźnie widać, że nie można mówić jeszcze o wzajemnym zaufaniu ani na poziomie czynników tworzących prawo, ani na poziomie czynników je stosujących. H. Nilsson słusznie zauważa, że być może obecnie powinno się raczej mówić o wzajemnym braku zaufania (ang. *mutual mistrust*), który ma swoje źródło w umyśle ludzkim.³² Wzmacnianie wzajemnego zaufania jest zatem jednym z najpoważniejszych wyzwań o charakterze polityczno-prawno-społecznym, stojącym na drodze ku utworzeniu PWBis UE.

2.2. EFEKTYWNOŚĆ WSPÓŁPRACY PAŃSTW CZŁONKOWSKICH W UE

Kolejnym wyzwaniem dla państw członkowskich mających zamiar utworzyć PWBis jest zapewnienie efektywności ich działań, w tym przede wszystkim efektywności prac instytucji (zwłaszcza Rady), ale także koordynacja działań prowadzonych na różnych forach międzynarodowych, tak by podejmowane wysiłki nie były dublowane albo nawet sprzeczne ze sobą.³³ To wyzwanie o charakterze horyzontal-

³⁰ Por. COM (2006) 195 *final*, s. 6.

³¹ Zob. również Komunikat Komisji w sprawie szkolenia pracowników wymiaru sprawiedliwości w Unii Europejskiej COM (2006) 356 *final*.

³² Zob. H. NILSSON, *Mutual...*, *op. cit.*, s. 38. Autor pisze, podpierając się opinią Ministra Sprawiedliwości Luksemburga: „*it is perhaps more of importance to create trust among legislators rather than for judges? However this mutual mistrust probably stems from the human mind*”.

³³ Również C. LADENBURGER uważa ten problem za jeden z podstawowych przy tworzeniu PWBis. Zob. C. LADENBURGER, *Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A New Dimension for the Community Method*, *European Constitutional Law Review* 2008, no. 4, s. 21.

nym, dotyczące wszystkich dziedzin PWBis, wiąże się także z wieloma innymi aspektami, w tym ze skutecznością informowania obywateli o tym, co się dzieje w UE. Poniżej przedstawione zostaną wybrane aspekty tego problemu, od spraw systemowych (założenia współpracy, wyznaczanie celów, podział zadań) poczynając, przez funkcjonowanie Rady, aż po konkretny przykład braku efektywności i próby zaradzenia temu problemowi.

Rozpoczynając od elementu spójności rozwiązań, należy zaznaczyć, że przy ustalaniu długo- i średnioterminowych założeń współpracy powinno się uwzględniać, czy takie działania na poziomie europejskim mają swoją „wartość dodaną”. Zanim przyjęty zostanie jakikolwiek akt prawny, konieczna jest najpierw pełna analiza tego, czy dotychczasowe akty nie zawierają już rozwiązań umożliwiających osiągnięcie konkretnego celu. Okazuje się bowiem, że w chwili obecnej takie analizy nie zawsze są prowadzone i nie są jeszcze powszechne, chociaż trzeba dostrzec, że coś się powoli w tym zakresie zmienia. Przykładowo, jak wynika ze sprawozdania z realizacji Programu haskiego w roku 2007, niektórych działań zaplanowanych do realizacji w 2007 r. nie wykonano, bowiem uznano, że „nie warto tworzyć przepisów na szczeblu UE, gdyż nie ma wystarczających dowodów istnienia wartości dodanej takiego rozwiązania (na przykład w związku z wynikami oceny skutków wniosku dotyczącego ochrony świadków i osób współpracujących z wymiarem sprawiedliwości)”.³⁴

Efektywność współpracy w ramach Unii Europejskiej zależy w dużej mierze od dobrze funkcjonującego podziału zadań między UE a państwa członkowskie. Podejmowanie środków na poziomie europejskim jest niezbędne, by skutecznie się zmierzyć z wyzwaniami, jakie stawia współpraca w zakresie spraw wewnętrznych i wymiaru sprawiedliwości. Z drugiej strony, nadal podstawowe dziedziny współpracy w tym

³⁴ Por. pkt 57 Komunikatu Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego. Sprawozdanie z realizacji Programu haskiego za rok 2007, COM (2008) 373 *final*.

obszarze postrzegane są powszechnie jako istotne elementy suwerenności krajowej. Konieczne jest zatem właściwe wyważenie podziału zadań i dodatkowo zapewnienie, by obywatele UE akceptowali decyzje, które zapadają w Brukseli. Działania polityczne powinny zatem zmierzać do znalezienia równowagi między nowymi zadaniami na poziomie europejskim a pragmatyzmem współpracy. Często podkreśla się również w ogóle brak legitymacji Unii Europejskiej do działania w tym obszarze, zwłaszcza w kontekście III filara UE i skromnych kompetencji Parlamentu Europejskiego³⁵ oraz braku zaangażowania parlamentów narodowych. Niektórzy autorzy piszą wręcz o „gubernatywnym modelu stanowienia prawa”, odnosząc się w ten sposób do decyzji ramowych, w przypadku których można wymienić ich dwie podstawowe wady wpływające na niekiedy „niechętne” stosowanie ich (w tym wdrażanie) przez państwa członkowskie: znikomą rolę ustawodawcy krajowego (ograniczającą się często do ich „przepisania” do prawa krajowego) i negocjowanie ich treści przez urzędników, którzy strzegą swojego władztwa i nie pozwalają tym samym na pogłębianie integracji, zachowując jak najwięcej zagadnień dla regulacji prawa krajowego.³⁶ Takie podejście nie ułatwia tworzenia PWBis i niewątpliwie wymaga reformy.

Współpraca w ramach Unii Europejskiej musi zatem, z jednej strony, zakładać bardzo ambitne cele, z drugiej zaś powinna się koncentrować na tym, by była skuteczna i miała swój wymiar praktyczny, tak by możliwe stało się szybkie osiągnięcie pozytywnych wyników na rzecz i w interesie jej obywateli. Obserwacja bieżących prac instytucji wskazuje jednak, że rozwój współpracy w dziedzinie wymiaru sprawiedliwo-

³⁵ W obecnej materii III-filarowej pełni on funkcje wyłącznie konsultacyjną. Por. art. 39 TUE.

³⁶ Por. projekt alternatywny, przedstawiony przez B. SCHÜNEMANNA, opublikowany w Polsce pod tytułem: *Europejskie ściganie karne. Projekt alternatywny*, Poznań 2005 albo omówienie B. SCHÜNEMANN, *Europeizacja prawa karnego niebezpieczeństwem dla demokratycznego państwa prawnego*. Tł. Ewa Guzik-Makaruk, Jurysta 2004, nr 7/8, s. 5-11.

ści i spraw wewnętrznych jest przeważnie odpowiedzią na aktualne wydarzenia i szczególne tendencje, albo przynajmniej jest przedstawiany w taki sposób. Jeżeli spojrzymy na rozwój współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych, widać to wyraźnie: już powstanie Grupy TREVI było odpowiedzią na rozwój terroryzmu międzynarodowego, a od 1989 r. działania mają na celu przyjmowanie środków kompensacyjnych w związku z planowanym zniesieniem kontroli na granicach wewnętrznych. Z kolei przyspieszenie działań i przyjęcie wielu decyzji ramowych w 2002 r., w tym decyzji ramowej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania jest przedstawiane jako odpowiedź na wydarzenia z 11 września 2001 r.³⁷

Efektywność współpracy powinna być wzmacniana przez efektywną strukturę instytucjonalną. Obecnie całościowa odpowiedzialność za rozwój i zarządzanie współpracą w obszarze wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych spoczywa na Radzie, obradującej w składzie ministrów spraw wewnętrznych i ministrów sprawiedliwości państw członkowskich (tzw. Rada JHA), wspieranej przez COREPER oraz komitety SCIFA (*Strategic Committee on Immigration, Frontiers and Asylum*), CATS (*Article 36 Committee*) i Komitet ds. Prawa Cywilnego (*Committee on Civil Law Matters*). Do tego dochodzą liczne grupy robocze. Trzeba jednak podkreślić, że coraz częściej sprawy obejmujące współpracę w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych są przedmiotem obrad innych formacji Rady, co powoduje tylko niepotrzebne napięcia i prowadzi do braku spójności w działaniach tej instytucji, chociaż z punktu widzenia prawnego nie ma znaczenia, w jakim

³⁷ Chociaż prace nad decyzją ramową trwały już od dłuższego czasu, wydarzenia z 11 września 2001 r. jedynie o kilka tygodni przyspieszyły przedstawienie propozycji na forum UE. Więcej na ten temat zob. N. WALKER, *In Search...*, *op. cit.*, s. 12. Zob. także F. GREGORY, *The EU's Response to 9/11: A Case Study of Institutional Roles and Policy Process with Special Reference to Issues of Accountability and Human Rights* [w:] M. RANSTORP, P. WILKINSON (red.), *Terrorism and Human Rights*, Routledge 2008, s. 94-112.

składzie przyjmie dany akt prawny.³⁸ Pojawiają się także inne praktyczne problemy, które wymagają usprawnienia. Jasne jest zatem, że możliwe jest ulepszenie zarówno obecnej struktury, jak i metod działania, tak by osiągać lepsze rezultaty. Posiedzenia Rady, przewidziane na dwa dni, często są skracane do jednego dnia, gdyż nie ma tematów do dyskusji. Agenda Rady często obejmuje zagadnienia, które nie dojrzały jeszcze do dyskusji na tak wysokim politycznym szczeblu, a dokumenty będące przedmiotem obrad są przesyłane bardzo późno, co stwarza niewątpliwie problemy dla delegacji przygotowującej posiedzenia Rady i może powodować, że spotkania Rady przestają być efektywne, gdyż delegacje są po prostu nieprzygotowane do dyskusji. Trzeba także podkreślić, że nawet Komisja Europejska dostrzegła, że jedną z możliwych przyczyn spadku tempa realizacji Programu haskiego w 2007 r. jest proces decyzyjny.³⁹ Należy zatem rozważyć możliwość uzależnienia spotkań Rady od faktycznej liczby tematów do dyskusji, a nie organizowania ich w regularnych odstępach czasu. Konieczne jest również usprawnienie planowania i przygotowywania posiedzeń Rady, zmniejszenie liczby grup roboczych i tym samym „wyczyszczenie” struktur oraz ustanowienie modelu współpracy w przypadku, gdy temat leży w zakresie zainteresowania różnych formacji Rady (np. poprzez szersze wykorzystywanie istniejących już dzisiaj horyzontalnych grup roboczych).

Przykładem podejmowania działań poza ramami instytucjonalnymi UE, co – jak pokazują analizy – mogło być związane z nieefektywnością współpracy w ramach traktatowych, jest praca nad Konwencją z Prüm

³⁸ Wśród przykładów można wskazać, że decyzja włączająca do prawa UE konwencję z Prüm przyjęta została 23 czerwca 2008 r. przez Radę obradującą w składzie ministrów rolnictwa i rybołówstwa. Decyzja Rady 2008/615/WSiSW z 23 czerwca 2008 r. w sprawie intensyfikacji współpracy transgranicznej, szczególnie w zwalczaniu terroryzmu i przestępczości transgranicznej; Dz. Urz. UE 2008, L 210, s. 1. Zob. także raport High-Level Advisory Group on the Future of European Justice Policy, *Proposed Solutions for the Future EU Justice Programme*, June 2008, s. 7.

³⁹ Por. punkt 95 sprawozdania, COM (2008) 373 *final*.

i sposób jej włączenia do prawa UE. 27 maja 2005 r. w Prüm w Niemczech podpisana została Konwencja między Królestwem Belgii, Republiką Federalną Niemiec, Królestwem Hiszpanii, Republiką Francuską, Wielkim Księstwem Luksemburga, Królestwem Niderlandów i Republiką Austrii w sprawie intensywniejszej współpracy transgranicznej, szczególnie w walce z terroryzmem, przestępczością transgraniczną i nielegalną migracją.⁴⁰ Konwencja została wynegocjowana i podpisana poza ramami prawnymi Unii Europejskiej, a na forum UE przedstawiono jej tekst dopiero miesiąc później – 7 lipca 2005 r.⁴¹ Celem Konwencji, zgodnie z akapitem 3 preambuły, jest odegranie „pionierskiej roli w tworzeniu możliwie wysokiego standardu współpracy, zwłaszcza dzięki lepszej wymianie informacji, szczególnie w dziedzinie walki z terroryzmem, przestępczością transgraniczną i nielegalną migracją”. W realizacji tego celu Konwencja przewiduje współpracę państw – stron Konwencji, w szczególności ich służb policyjnych. Współpraca ta miałyby się odbywać kilkoma metodami, w tym poprzez wymianę określonego rodzaju danych, np. danych DNA, danych daktyloskopijnych czy też danych pochodzących z krajowych rejestrów pojazdów.⁴²

Konwencja formalnie została przyjęta z wykorzystaniem klasycznej metody międzyrządowej, poza ramami prawnymi Unii Europejskiej. Podpisanie jej przez państwa należące jednocześnie do Unii Europejskiej wywołało kontrowersje związane, po pierwsze, z prawem do zawarcia umowy międzynarodowej poza ramami prawnymi UE w sprawach należących do przedmiotu regulacji TWE i TUE w kontekście zasady solidarności, a w szczególności z metodą zawarcia tej umowy –

⁴⁰ W literaturze pojawia się również nazwa „Układ z Prüm”, „Porozumienie z Prüm”, ale w oficjalnych dokumentach unijnych używane jest słowo „Konwencja”. Por. dokument Rady 16382/06 z 6 grudnia 2006 r., w którym przedstawiono polski tekst Konwencji.

⁴¹ Por. dokument Rady 10900/05 z 7 lipca 2005 r.

⁴² Więcej na ten temat zob. J. BARCZ (red.), *Konwencja z Prüm. Eksperyment prawotwórczy w Unii Europejskiej*, Koźmiński Law School Papers 2007, no. 3.

ominięciem w pracach grupy państw członkowskich, a następnie przedstawieniem im – i to po dłuższym czasie – gotowego tekstu Konwencji. Projektu Konwencji nie przedstawiono na forum UE, nie przeprowadzono dyskusji na temat możliwości jej zawarcia i nie podjęto nawet próby skorzystania chociażby z procedury wzmocnionej współpracy w PWBis. Po drugie, przyczyną wątpliwości stał się powrót do międzyrządowych form regulacji spraw, kosztem „europeizacji” standardów.⁴³ Sięgnięcie do instrumentu umowy międzynarodowej poza ramami prawnymi UE oznaczało pominięcie procedur unijnych oraz udziału instytucji wspólnotowych w podejmowaniu decyzji.⁴⁴ Doszło także do pominięcia udziału pozostałych państw członkowskich UE w pracach nad Konwencją: samodzielnie uregulowano istotne dziedziny objęte kompetencjami UE, pozostawiając pozostałym państwom wyłącznie alternatywę – przyłączenia się do tych działań albo pozostawiania poza nimi. W ten sposób niejako „przymuszono” państwa członkowskie do zajęcia określonego stanowiska.

Trzeba pamiętać, że wszystkie państwa – strony Konwencji są jednocześnie państwami członkowskimi UE, a zatem nie ma żadnych wątpliwości, że są związane zasadą lojalnej współpracy (solidarności) w całej materii PWBis. Tymczasem sposób ich dzia-

⁴³ Zob. J. BARCZ, *Konwencja z Prüm a Unia Europejska – problem metody i relacji*, Koźmiński Law School Papers 2007, nr 3, s. 15-27. Zob. także T. BALZACQ, D. BIGO, S. CARRERA, E. GUILD, *Security and Two-Level Game: The Treaty of Prüm, the EU and the Management of the Threats*, CEPS Brussels, Working Document No. 234/January 2006, s. 18. Autorzy uważają, że Konwencja narusza zasadę wzajemnego zaufania państw, która miała być podstawą współpracy państw w Unii Europejskiej w przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości.

⁴⁴ A. GRAŚ przytacza poglądy, że chodziło konkretnie „o odsunięcie Komisji Europejskiej od sprawowania władzy i doprowadzenie do tego, by była ona instytucją bezużyteczną w kwestiach związanych z bezpieczeństwem wewnętrznym.” Zob. A. GRAŚ, *Konwencja z Prüm – pozytywne i negatywne konsekwencje*, Biuletyn Analiz UKIE 2006, nr 16, s. 6. Należy jednak pamiętać również o odsunięciu Parlamentu Europejskiego, który w procedurze prac nad konwencją na forum UE pełniłby funkcję opiniodawczą.

łania wywołał wiele niejasności co do zgodności postępowania właśnie z punktu widzenia tej zasady,⁴⁵ bowiem państwa – strony Konwencji podjęły działania, które mogły w efekcie doprowadzić do zmniejszenia roli Unii Europejskiej, otwierając furtkę do erozji działań podejmowanych w ramach PWBis UE. Niektórzy autorzy uważają, że Konwencja bardziej osłabia UE, niż ją wzmacnia, właśnie dlatego że naruszona została zasada solidarności.⁴⁶ Niemniej 23 czerwca 2008 r. Rada ostatecznie zaakceptowała decyzję włączającą Konwencję do prawa UE.⁴⁷ Państwa – strony Konwencji, zdając sobie sprawę z balansowania na granicy zgodności swych działań ze zobowiązaniami wynikającymi z członkostwa w Unii Europejskiej, zamieściły w jej treści wiele postanowień umożliwiających pozostałym państwom członkowskim przystąpienie do Konwencji oraz zapewniły możliwość włączenia postanowień Konwencji do prawa UE.

Wśród pozytywnych elementów podjętych działań należy wskazać fakt, że wreszcie w przyjęciu decyzji uczestniczyły wszystkie państwa członkowskie UE, co znacznie wzmacnia współpracę w PWBis.

⁴⁵ Por. J. BARCZ, *Konwencja z Prüm...*, *op. cit.*, s. 16-18. Zob. także T. BALZACQ, *The Treaty of Prüm and the Principle of Loyalty*, Centre for European Policy Studies, dokument z 13 stycznia 2006 r. IP/C/LIBE/FWC/2005-08, dostępny na stronie <http://www.libertysecurity.org> (pobrane 1 sierpnia 2008 r.). Z kolei E. GUILD i F. GEYER przytaczają poglądy wyrażane w brytyjskiej Izbie Lordów, dotyczące „odwracania się plecami do pozostałych 18 państw przez grupę 7 państw – sygnatariuszy Konwencji”. E. GUILD, F. GEYER, *Getting local: Schengen, Prüm and the dancing procession of Echternach. Three paces forward and two back for EU police and judicial cooperation and criminal matters*. Opracowanie dostępne na stronie http://www.libertysecurity.org/imprimer.php?id_article=1205 (pobrane 1 sierpnia 2008 r.)

⁴⁶ Por. T. BALZACQ, *The Treaty of Prüm...*, *op. cit.*, punkt 1. Zob. także T. BALZACQ, D. BIGO, S. CARRERA, E. GUILD, *The Treaty of Prüm and EC Treaty: Two Competing Models for EU Internal Security* [w:] T. BALZACQ, S. CARRERA (red.), *Security Versus Freedom. A Challenge for Europe's Future*, Ashgate 2006, s. 115-136.

⁴⁷ Decyzja Rady 2008/615/WSiSW z 23 czerwca 2008 r. w sprawie intensyfikacji współpracy transgranicznej, szczególnie w zwalczaniu terroryzmu i przestępczości transgranicznej; Dz.Urz. 2008, L 210 s. 1

Nastąpiło również włączenie w prace Parlamentu Europejskiego, chociaż w istocie jego opinia nie została uwzględniona w dalszych dyskusjach, niemniej istniała możliwość przeprowadzenia debaty i przygotowania opinii. Ponadto debaty mogły się odbyć w ramach innych instytucji UE, np. Komisji Europejskiej. Oczywiście nadal pozostają pewne kwestie do rozwiązania, jak np. stwierdzenie, jaki będzie skutek tych przepisów Konwencji, które nie zostały przyjęte w decyzji. Obserwując prace nad projektem decyzji, można jednak sądzić, że ograniczenie zakresu włączenia postanowień Konwencji oraz dobór instrumentu prawnego potwierdza tezę o dążeniu państw–stron Konwencji do zachowania maksymalnej kontroli nad omawianymi regulacjami oraz do maksymalnego ograniczenia wpływu instytucji wspólnotowych na przyjęte rozwiązania.⁴⁸

Z problemem efektywności tworzenia PWBiS wiąże się także kwestia skuteczności w informowaniu obywateli o podejmowanych działaniach, skoro – jak już wyżej powiedziano – tworzenie PWBiS zależy od budowania wzajemnego zaufania, którego jednym z aspektów jest zaufanie obywateli do działań podejmowanych przez UE. Osiągnięcia w obszarze WSiSW mają zasadnicze znaczenie dla obywateli, jednak trudno byłoby powiedzieć, że obecnie przekazywane im są w odpowiedni sposób. Obywatele nie mają świadomości tego, co zostało już osiągnięte w ramach współpracy w tym obszarze. Można to wyjaśnić m.in. tym, że podejmowane działania mają bardzo często charakter ściśle techniczny, prawniczy i nie informuje się obywateli o konkretnych problemach, które np. dany akt prawny ma rozwiązać. Trzeba wyraźnie podkreślić, że nawet specjaliści zajmujący się daną dziedziną prawa UE mają problemy z dotarciem do aktualnych informacji i pełnych, ustrukturyzowanych informacji.

⁴⁸ Zob. J. BARCZ, *Włączenie postanowień Konwencji z Prüm do prawa UE*, Europejski Przegląd Sądowy 2007, nr 5, s. 11.

Możliwym rozwiązaniem tego typu problemów może być oczywiście stworzenie swoistego portalu informacyjnego dla obywateli,⁴⁹ ale nie można się ograniczyć wyłącznie do takich działań. Informowanie powinno leżeć w interesie polityków, którzy w ten sposób przekazują przecież również wiedzę na temat swej działalności i skuteczności. Zadaaniem, w interesie nie tylko instytucji UE, ale organów w każdym państwie, powinno być zatem prowadzenie skutecznej polityki informacyjnej i transparentcja podejmowanych działań.

2.3. WYZNACZANIE POLITYCZNYCH CELÓW WSPÓŁPRACY

W obecnej sytuacji stosuje się model, w którym PWBIS tworzona jest systemem odgórnym, tzn. przez polityków, którzy wyznaczają jej cele i termin realizacji. Aby cele wyznaczone przez polityków równały się oczekiwaniom tych, dla których przestrzeń jest tworzona, niezbędne jest, by w nadchodzących latach możliwe stało się, z jednej strony, zagwarantowanie obywatelom wolności i bezpieczeństwa, ale jednocześnie i prywatności, z drugiej zaś ukształtowanie pozycji UE w zmieniającym się świecie, co wiąże się także z reagowaniem na wyzwania bezpieczeństwa, migracji czy zmiany technologiczne.

Konieczna jest zatem klarowna odpowiedź na poziomie politycznym na podstawowe pytanie: o jakie bezpieczeństwo obywateli, o którym mowa w art. 2 i art. 29 TUE tak naprawdę chodzi w tej współpracy – czy o ochronę przed atakami terrorystycznymi i innymi przestępstwami, czy też o ochronę przed niezgodnymi z prawem działaniami służb policyjnych w państwach członkowskich, w kontekście gwarancji praw jednostki, w szczególności prawa do prywat-

⁴⁹ Grupa doradcza proponuje w tym zakresie utworzenie Europejskiego Portalu Wymiaru Sprawiedliwości (*European Justice Portal*). Por. *High-Level Advisory Group on the Future of European Justice Policy, Proposed solutions for the Future EU Justice Programme*, June 2008. Dokument Rady 11549/08 z 7 lipca 2008 r., s. 7.

ności.⁵⁰ Wydaje się, że oba aspekty powinny być elementem PWBis. Tymczasem tworzone dokumenty, jak na przykład raport grupy doradczej, który ma być podstawą programu posthaskiego, wskazują wyraźnie, że przyszłość PWBis oparta jest raczej na modelu policyjnym, z silnymi akcentami dotyczącymi migracji, obrony cywilnej i walki z terroryzmem. Niewiele natomiast się mówi o gwarancjach dla jednostki. Język zagrożenia i odpowiedzi na to zagrożenie w działaniach politycznych jest charakterystyczny dla wszystkich dziedzin PWBis chyba dlatego, że idea gwarantowania bezpieczeństwa wewnętrznego jako dobra publicznego zakłada istnienie zagrożeń i odpowiedzi na te zagrożenia. Reaktywne, oparte na bezpieczeństwie podejście ma wbudowaną tendencję do marginalizacji konstytucyjnych ograniczeń, takich jak zbalansowanie praw podstawowych, primatu decyzji demokratycznej, sprawiedliwego procesu w poszczególnych sprawach czy instytucyjnego systemu kontroli władzy.

Tymczasem wśród celów politycznych powinno się znaleźć zbalansowanie problemu mobilności, bezpieczeństwa i prywatności, czyli tych elementów, które często są postrzegane w opozycji do siebie. To te trzy elementy łącznie wpływają na wszystkie dziedziny współpracy w omawianym obszarze, przykładowo możliwości przemieszczania znacznie się zwiększyły dzięki rozwojowi technologii, w tym stworzonym systemom zabezpieczeń, mających zagwarantować bezpieczeństwo i jednostki, i państwa (takich jak System Informacyjny Schengen

⁵⁰ Wystarczy przeczytać punkt 6 preambuły do decyzji ramowej 2006/960/WSiSW, w którym stwierdza się wyraźnie, że „formalne procedury, struktury administracyjne oraz przeszkody prawne wynikające z przepisów ustawowych państw członkowskich w poważny sposób utrudniają obecnie skuteczną i sprawną wymianę informacji i danych wywiadowczych między organami ścigania; taki stan rzeczy jest nie do przyjęcia dla obywateli Unii Europejskiej i wymaga poprawy bezpieczeństwa i zwiększenia skuteczności organów ścigania, przy jednoczesnym zapewnieniu ochrony praw człowieka”. Na pierwszym planie stawia się zatem efektywność współpracy służb policyjnych, a dopiero na dalszym bezpieczeństwo obywateli i ich ochronę przed zbyt szeroką ingerencją służb policyjnych w ich życie prywatne.

– SIS), ale także dzięki działaniom politycznym, takim jak rozszerzenie strefy Schengen, które stało się możliwe dzięki stworzeniu ww. zabezpieczeń. Zatem można stwierdzić, że bazy danych oraz nowe technologie stanowią niewątpliwie centralną rolę w rozwijaniu polityk z dziedziny WSiSW. Z jednej strony konieczne jest zatem podejmowanie działań zmierzających do najlepszego przepływu danych w ramach europejskich sieci informacyjnych, ale jednocześnie nie można zapominać o konieczności gwarantowania prawa do prywatności i przestrzegania zasady proporcjonalności. Dlatego też martwi fakt, że tak długo trwają prace nad właściwymi aktami prawnymi, przykładowo nad decyzją ramową w sprawie ochrony danych w III filarze UE.⁵¹ Nie zawsze politycy przyjmujący akty w ramach Rady mają na uwadze aspekt gwarancji praw dla jednostki – w przypadku tej decyzji ramowej na uwagę zasługuje druga opinia Europejskiego Inspektora Ochrony Danych (EIOD), w której wskazano: „Teksty obecnie omawiane na forum Rady nie obejmują poprawek proponowanych przez Parlament Europejski ani opinii EIOD i konferencji europejskich organów ds. ochrony danych. Wręcz przeciwnie, w niejednym przypadku przepisy zawarte we wniosku Komisji, oferujące obywatelom pewne zabezpieczenia, zostały skreślone lub znacznie osłabione. W rezultacie istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że poziom ochrony będzie niższy niż zapewniony na mocy dyrektywy 95/46/WE, a nawet bardziej ogólnej konwencji nr 108 Rady Europy, którą są związane państwa członkowskie.”⁵² Potwierdza to jedynie wszystkie wcześniejsze obawy i rozważania na temat skuteczności i efektywności podejmowanych w UE

⁵¹ Projekt decyzji ramowej Rady w sprawie ochrony danych osobowych przetwarzanych w ramach współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych został przedstawiony już w 2005 r., COM (2005) 475 *final*. Decyzja ramowa Rady 2008/977/WSiSW w sprawie ochrony danych osobowych przetwarzanych w ramach współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych została natomiast przyjęta dopiero 27 listopada 2008 r., Dz. Urz. UE 2008, L 350, s. 60.

⁵² Dz. Urz. UE, C 91, 26.4.2007, s. 9, pkt 7.

działań i udowadnia, że nie zawsze celem polityków jest przyjęcie rozwiązań najbardziej chroniących obywateli UE.

Również analiza raportów z realizacji Programu haskiego w punkcie dotyczącym bezpieczeństwa przedstawia nader niepokojący obraz: przyjmowanie aktów na poziomie UE w tym zakresie idzie nawet dosyć sprawnie, jednak zagrożony jest element gwarancji. Jeżeli bowiem w decyzjach ramowych nawet wspomina się o prawach podstawowych, to później w tekście już nie ma do nich odniesienia. Prace nad projektami dotyczącymi praw w postępowaniu karnym czy domniemania niewinności są długotrwałe i mało efektywne, a i rezultaty nie są zadowalające.⁵³ Podobnie sytuacja się przedstawia w innych obszarach współpracy w ramach PWBiS. Można zaobserwować też coraz wyraźniejsze autonomizowanie się pewnych obszarów polityki, swoiste rozwarstwianie się obszaru: odrębne traktowanie wymiaru sprawiedliwości oraz usamodzielnianie polityki migracyjnej. Stawia to, z jednej strony, przed państwami członkowskimi pytania polityczne, czy wyrażają na to zgodę, z drugiej zaś pojawiają się problemy natury koordynacyjnej - jaki wpływ będą miały te zmiany na rozwiązania krajowe.

Przy ustalaniu politycznych celów współpracy konieczne jest uwzględnienie rosnącej zależności między bezpieczeństwem zewnętrznym i wewnętrznym. Słusznie zakłada się, że Unia Europejska powinna położyć większy nacisk na współpracę z państwami trzecimi, tyle tylko że równoległe musi się uporać z istniejącym zróżnicowaniem we własnym gronie, które rozrasta się wraz z każdym kolejnym rozszerzeniem

⁵³ Być może wynika to z tego, o czym pisze przykładowo Sarah Ludford, że charakterystyczne jest, że gdy spotykają się ministrowie, by rozmawiać o kwestiach azytowych, 2/3 z nich to ministrowie do spraw wewnętrznych, dlatego też ich dyskusja dotyczy głównie porządku publicznego i kontroli, a nie dotyczy praw człowieka, równości czy problematyki integracji. Zob. s. LUDFORD, *An EU JHA Policy: What should it Comprise?* [w:] J. APAP (red.), *Justice and Home Affairs in the EU. Liberty and Security Issues after Enlargement*, Cheltenham 2004, s. 30. Por. także Editorial comments: *Two-speed European Citizenship? Can the Lisbon Treaty help close the gap?*, CMLRev 2008, vol. 45, s. 1-11.

UE. Dlatego też coraz większe zróżnicowanie stanowi wyzwanie, którego efektem może być przyjęcie – lub jego brak – *acquis* w całości przez państwa członkowskie, a co za tym idzie – zbliżanie – lub też nie – porządków prawnych i politycznych państw.

Podstawowym jednak wyzwaniem politycznym powinno być zapewnienie ciągłości i jednolitości prowadzonej polityk w sytuacji wyzwań stojących przed kolejnymi państwami sprawującymi prezydencję w UE. Z jednej strony zapewnianiu kontynuacji służy przyjmowanie programów takich jak np. Program z Tampere czy Program haski albo nowego programu, nad którym już obecnie powinny się rozpocząć dyskusje. Tyle tylko że powraca się w ten sposób do modelu programów pięcioletnich, a przecież celem Programu haskiego było proponowanie rozwiązań długoterminowych (z możliwością powiązania ich z perspektywą finansową), co Komisja Europejska potwierdziła w przyjętym Komunikacie, w którym przedstawiono plan realizacji Programu.⁵⁴ W rezultacie, istnieje wyraźna tendencja do wprowadzania do agendy coraz to nowych wątków, w znacznej mierze pomijających stan realizacji rozwiązań dotychczasowych, czego dobitnym dowodem jest chociażby zaprzestanie, rozpoczętej jeszcze w końcu 2006 r., dyskusji nad modelem oceny i monitorowania działań w ramach WSiSW.

Politycy zostali postawieni przed dylematami trudnymi do rozwiązania: jeżeli opowiedzą się za liberalizacją imigracji, napotka to na sprzeciw obywateli w ich państwach członkowskich; jeżeli zaś wprowadzą zbyt wyrafinowaną politykę antyterrorystyczną – spotkają się ze sprzeciwem USA, które żądają podjęcia zdecydowanych działań. Z kolei konsekwencją tworzenia europejskiego systemu wymiaru sprawiedliwości może być utrata kontroli nad krajowym systemem prawnym, niemniej poszukiwanie równowagi między tymi wszystkimi aspektami jest

⁵⁴ Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego - Program haski: dziesięć priorytetów na najbliższe pięć lat Partnerstwo na rzecz odnowy europejskiej w dziedzinie wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, COM (2005) 184 *final*.

działaniem niezbędnym, by mówić o PWBiS, a nie o tylko o współpracy policyjnej.

2.4. TRANSPZYCJA AKTÓW PRAWNYCH I EWALUACJA WSPÓŁPRACY

Problem ewaluacji współpracy można wyróżnić z grupy wyzwań o charakterze politycznym dlatego, że charakteryzuje się on występowaniem elementów prawnych związanych z transpozycją i stosowaniem przepisów przez państwa członkowskie. Ewaluacja działań podejmowanych przez państwa i ocena dotychczasowych osiągnięć jest niezbędna również do zapewnienia efektywności współpracy i powinna być rozważana także w tym kontekście.

Komisja Europejska w 2006 r. przedstawiła Komunikat, w którym zaproponowała wprowadzenie koherentnego i spójnego mechanizmu ewaluacyjnego, który wykorzystywałby istniejące procedury monitorowania wdrażania, ale również określał wskazówki jakościowe i ilościowe, które umożliwiałyby dokonanie poziomu zaawansowania we współpracy.⁵⁵ Okazuje się, że obecnie nie ma woli politycznej, by dokonać takiej oceny na forum instytucji UE. Temat ten jednak powraca, bowiem we wspomnianym już raporcie grupy doradczej proponuje się, by – zanim przejdzie się do dalszych działań – zastosować swoistego rodzaju okres *time out*, który polegałby na tym, że nie przyjmowano by przez pewien czas żadnych aktów prawnych, natomiast dokonano by dokładnej analizy tego, co zostało dotychczas osiągnięte. Faktycznie jest bowiem niekiedy tak, że po kilku latach dany akt prawny jest już nieprzydatny, bo zmieniły się okoliczności albo po prostu wypełnił swoje zadania, a zatem mógłby zostać uchylony.

⁵⁵ Zob. Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego: *Ocena prowadzonej przez UE polityki w dziedzinie wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości* COM (2006) 332 *final*.

Zasadniczym problemem pozostaje kwestia transpozycji do prawa krajowego aktów prawa UE, w szczególności dotyczących wzajemnego uznawania decyzji i orzeczeń sądowych. W zasadzie jedynie europejski nakaz aresztowania działa we wszystkich państwach członkowskich, chociaż wiele z nich musi jeszcze podjąć starania, aby w pełni dostosować się do przepisów decyzji ramowej w tej sprawie. Poziom transpozycji decyzji ramowej w sprawie wykonania postanowień o zabezpieczeniu mienia i środków dowodowych również jest niezadowolający. Państwa członkowskie nie przekazały żadnej informacji na temat wdrożenia decyzji ramowej w sprawie kar o charakterze pieniężnym. Sprawozdania przygotowywane przez Komisję, w tym na temat instrumentów dotyczących ochrony euro przed fałszowaniem, korupcji w sektorze prywatnym oraz narzędzi i dochodów pochodzących z przestępstwa, wykazują ogólnie niezadowolający poziom transpozycji w ocenianych państwach członkowskich. Ponadto liczba państw, które nie wypełniły obowiązku zgłoszenia środków, jest różna zależnie od przypadku, ale zawsze wysoka. W rezultacie między rozwiązaniami prawnymi państw członkowskimi występują rozbieżności, a ich obywatele są konfrontowani z różnymi regulacjami i chociaż często może to być sytuacja jedynie przejściowa, to jednak z punktu widzenia zasady równości jest ona niedopuszczalna.

Rozwój PWBIS jest imponujący, o ile weźmie się pod uwagę liczbę przygotowywanych projektów, ale ma oczywiście również swoje słabe strony, zwłaszcza jeśli spojrzeć na kwestię implementacji aktów prawa UE przez państwa członkowskie.⁵⁶ Rzeczywiście, więcej uwagi powinno się poświęcić temu, by państwa wykonywały swoje zobowiązania, bo bez tego nie może być mowy o tworzeniu przestrzeni. Nie może

⁵⁶ M. DEN BOER, oceniając PWBIS, ten problem wymienia jako pierwszy. Zob. M. DEN BOER, *A Diagnosis...*, *op. cit.*, s. 16. Podobnie J. MONAR, *The EU's approach post-September 11: global terrorism as a multidimensional law enforcement challenge*, 20 Cambridge Review of International Affairs 2007, s. 267-283.

się to odbywać poprzez wyłącznie przyjmowanie aktów prawa UE na papierze i nierealizowanie ich w praktyce. Wydaje się również, że jednym z powodów słabszego poziomu realizacji zobowiązań zwłaszcza w III filarze UE jest to, że obecnie nie istnieje procedura, która umożliwiłaby Komisji Europejskiej złożenie skargi do Trybunału Sprawiedliwości na państwo, które nie transponowało decyzji ramowej.⁵⁷ Nawet Komisja Europejska w raporcie z realizacji Programu haskiego dostrzegła, że sama „ocena stopnia wdrożenia instrumentów na szczeblu krajowym w tym obszarze jest trudnym zadaniem ze względu na charakter przyjętych instrumentów i bardziej ograniczone uprawnienia Komisji i Trybunału Sprawiedliwości”.⁵⁸ Również w dziedzinach objętych Tytułem IV TWE „sytuacja pozostaje niezadowolająca w przypadku wielu państw członkowskich, które nie dotrzymały terminu transpozycji i których opóźnienia w transpozycji często przekraczają rok, a czasami wynoszą kilka lat.”⁵⁹

2.5. UPROSZCZENIE I USPRAWNNIENIE PROCESU PRAWODAWCZEGO

O efektywności współpracy instytucjonalnej była już mowa, ale na wyróżnienie zasługuje kolejny problem, ściśle z tym związany, jakim jest konieczność uproszczenia podstaw prawnych współpracy i ustrukturyzowania istniejącego dorobku prawnego w tym obszarze. Zasygnalizowano już, że nie tylko trudno jest znaleźć odpowiednie informacje, ale dodatkowo *acquis* w obszarze wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych powstawało bez jakiegokolwiek planu, a zatem trudno objaśnić

⁵⁷ Jedyną możliwością jest zastosowanie procedury z art. 35 ust. 7 TUE, czyli wszczęcie sporu między państwami członkowskimi, co wydaje się raczej mało prawdopodobne. Do chwili obecnej z procedury tej nie skorzystano ani razu.

⁵⁸ Por. COM (2008) 373 *final*, punkt 80.

⁵⁹ Tamże, punkt 93.

go nie tylko obywatelom, gdyż i specjaliści mają problem z jego zrozumieniem. Na dorobek prawny składa się ogromna liczba aktów należących do różnych filarów UE, ale także porozumienia międzynarodowe. W niektórych przypadkach podstawa prawna do podjęcia konkretnych działań znajduje się w kilku aktach prawnych.⁶⁰

Faktem jest, że podział na dziedziny należące do obszaru współpracy o charakterze ponadnarodowym oraz międzyrządowym (co do zasady Tytuł IV TWE i Tytuł VI TUE) jest uwarunkowany politycznie. Ponadto ma on podłoże historyczne i te dwie przesłanki powodują, że nie jest tak łatwo od niego odstąpić. Doświadczenia związane z negocjacjami nad Traktatem ustanawiającym Konstytucję dla Europy czy Traktatem z Lizbony pokazują, że trudno jest państwom członkowskim zrezygnować z możliwości wywierania wpływu na rozwój polityki w tym obszarze, w kontekście tradycyjnie pojmowanego charakteru współpracy i możliwości blokowania decyzji. Te dwa traktaty zaproponowały jednak możliwy rozsądny kompromis, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania. Nie wydaje się, by poziom komplikacji osiągnął taki stopień, że obecnie nie ma już odwrotu od możliwości zrezygnowania ze struktur międzyrządowych.⁶¹

Nieefektywność współpracy w dziedzinie PWBiS w dużej mierze wynika właśnie z podziału na filary w Unii Europejskiej. Udowadniają to słynne problemy dotyczące podstaw prawnych wymiany danych pasażerów z odpowiednimi organami w USA⁶² czy też tezy

⁶⁰ Por. przepisy decyzji w sprawie podpisania, w imieniu UE, umów z państwami trzecimi, np. Decyzja Rady 2008/651/WPZiB/WSiSW z 30 czerwca 2008 r. w sprawie podpisania w imieniu Unii Europejskiej Umowy między Unią Europejską a Australią o przetwarzaniu i przekazywaniu przez przewoźników lotniczych australijskiej służbie celnej danych dotyczących przelotu pasażera (danych PNR) pochodzących z Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE 2008, L 213 s. 47.

⁶¹ Tak jak się wydaje twierdzi N. WALKER, *In Search...*, *op. cit.*, s. 16-20.

⁶² Sprawy połączone Parlament Europejski przeciwko Radzie Unii Europejskiej (C-317/04) i Komisji Wspólnot Europejskich (C-318/04), Zb. Orz. 2006, s. I-04721.

orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w kwestii możliwości regulowania przez Wspólnotę w ramach I filara UE spraw należących do materii prawnokarnej,⁶³ które wyraźnie pokazują, że kwestie te nie są w ogóle jasne nawet dla prawników od lat zajmujących się tą tematyką. Na czoło problemów systemowych wysuwa się również kwestia jednomyślności w Radzie (w III filarze UE) powodująca opóźnienia w pracach. Umniejsza ona również zawartość prawną tekstu ostatecznie przyjętego. W efekcie bowiem projekty są tak przygotowywane, by państwa członkowskie nie musiały wiele zmieniać w swoim prawie krajowym.⁶⁴

Akty legislacyjne powinny być spójne, bez względu na wyzwania, jakie stawiają negocjacje międzynarodowe. Prowadzone działania powinny zmierzać do stworzenia takiego tekstu prawnego, który byłby jasny i precyzyjny. Zatem w fazie projektowania aktu więcej uwagi powinno się poświęcać analizie istniejących przepisów, tak by uniknąć nadmiaru legislacji i dublowania rozwiązań. Ogólnie można więc stwierdzić, że tworzone prawo powinno być spójne, jasne, zrozumiałe i dostępne, także dla obywateli państw członkowskich. Być może istnieje możliwość ujednoczenia i uproszczenia wszystkich aktów obowiązujących w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych i udostępnienia ich w sposób bardziej czytelny, niż tylko za pośrednictwem bazy

⁶³ Por. sprawy C-176/03 i C-440/05. Zob na ten temat więcej w polskiej literaturze A. GRZELAK, *Kompetencje WE do określania sankcji karnych w przepisach prawa wspólnotowego – glosa do wyroku ETS z 13.09.2005 r. w sprawie C-176/03 Komisja przeciwko Radzie*, Europejski Przegląd Sądowy 2006, nr 2, T. OSTROPOLSKI, *Prawo karne domeną Wspólnoty? – glosa do wyroku ETS z 23.10.2007 r. w sprawie C-440/05 Komisja przeciwko Radzie*, Europejski Przegląd Sądowy 2008, nr 3; a w literaturze europejskiej np. S. PEERS, *The European Community's criminal law competence: The plot thickens*, *European Law Review* 2008, vol. 33, s. 399-410.

⁶⁴ Przykładem niemożliwości osiągnięcia kompromisu jest projekt decyzji ramowej w sprawie praw proceduralnych w postępowaniu karnym (COM (2004) 328 *final*).

eur-lex.⁶⁵ Na większą uwagę zasługują również rozwiązania międzyinstytucjonalnego Porozumienia w sprawie uproszczenia aktów,⁶⁶ które powinny być szerzej stosowane.

2.6. FINANSOWANIE WSPÓŁPRACY

Współpraca w ramach wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych, która zmierza do ustanowienia PWBiS jest dziedziną relatywnie nową i wciąż próbuje się określić jej pozycję na arenie europejskiej. W ostatnich latach nie sposób jednak nie zauważyć gwałtownego rozszerzenia współpracy, co pociąga za sobą dodatkowe koszty finansowe, związane chociażby z tworzeniem infrastruktury i wdrażaniem nowych technologii.

Sprawa finansowania współpracy ma ogromne znaczenie dla efektywnego wsparcia rozwoju w tym obszarze. W latach 2007-2013 przyznano państwom członkowskim więcej środków, w ramach programów „Prawa podstawowe i sprawiedliwość”, „Bezpieczeństwo i ochrona wolności” oraz „Solidarność i zarządzanie przepływami migracyjnymi”.⁶⁷ Konieczne jest jednak podjęcie działań, które lepiej dzieliłyby dostępne fundusze, jak również zaproponowały uproszczenie procedur starania się o te środki. W szczególności powinna być podejmowana współpraca między Komisją Europejską a państwami członkowskimi w kwestii lepszego rocznego planowania rozdziału tych środków.

⁶⁵ W raporcie Grupy doradczej w sprawie przyszłości europejskiej polityki spraw wewnętrznych z czerwca 2008 r. „*Freedom, Security, Privacy – European Home Affairs In an Open Word*” wspomina się nawet o możliwości stworzenia kodeksów, które regulowałyby całościowo określone dziedziny współpracy (dokument w zbiorach autorki).

⁶⁶ Porozumienie międzyinstytucjonalne z 22 grudnia 1998 r. w sprawie wspólnych wytycznych dotyczących jakości legislacji wspólnotowej, Dz. Urz. WE 1999, C 73, s. 1.

⁶⁷ ang. *Fundamental Rights and Justice, Security and safeguarding Liberties, Solidarity and Management of Migration Flows*.

Aby zobrazować problem, warto przytoczyć pogląd Komisji, która w Komunikacie z 2006 r. dotyczącym szkoleń pracowników wymiaru sprawiedliwości w Unii Europejskiej zauważa, że „w 2005 r. wsparcie finansowe Unii na szkolenia pracowników wymiaru sprawiedliwości pozwoliło na organizację licznych spotkań między pracownikami wymiaru sprawiedliwości. Mimo to stosowane procedury corocznego składania wniosków mogą sprzyjać finansowaniu projektów jednorazowych, które niekoniecznie wpisują się w spójną koncepcję, co utrudnia utrwalenie wyników szkoleń”.⁶⁸

Finansowanie współpracy dzięki programom unijnym ma ogromne znaczenie dla zmniejszania zróżnicowania między państwami. Ponadto ma też wymiar polityczny – zadaniem polityków jest przekonanie społeczeństwa, że każde euro wydane na współpracę w tym obszarze oznacza, że jest to euro wydane na ich własne bezpieczeństwo.⁶⁹

⁶⁸ COM (2006) 356 *final*.

⁶⁹ Zob. J. MONAR, *Maintaining the Justice and Home Affairs Acquis in an Enlarged Europe* [w:] J. APAP (red.), *Justice...*, *op. cit.*, s. 46.

3.

*Wyzwania w konkretnych dziedzinach
współpracy PWBIS*

Oprócz wymienionych wyżej problemów strukturalnych, dotyczących ogólnych aspektów funkcjonowania PWBIS, wskazać można również wyzwania pojawiające się w poszczególnych dziedzinach współpracy PWBIS. Ponownie należy zastrzec, że dokonane wyliczenie ma wyłącznie charakter przykładowy, stanowiąc przyczynek do dyskusji i wypuklając kolejne problemy w PWBIS. Przybliża to również do odpowiedzi na pytanie postawione w tytule opracowania.

Podane niżej przykłady zostały podzielone na cztery obszary: ochrona jednostki, wzrost pewności prawnej w zakresie prawa rodzinnego, cywilnego i handlowego, dostęp do wymiaru sprawiedliwości i instytucjonalna współpraca sądowa oraz zwalczanie przestępczości w ramach zasad państwa prawa. W tym wyliczeniu nie znalazły osobnego miejsca kwestie prawa azylowego czy migracyjnego, a do dlatego, że mają one charakter interdyscyplinarny i zostaną uwzględnione w ramach powyżej wymienionych zagadnień.

3.1. OCHRONA JEDNOSTKI

Kiedy w 1999 r. przyjmowano Program z Tampere, podstawowym trzonem współpracy w ramach PWBIS miała być współpraca w sprawach cywilnych i handlowych, aczkolwiek prawie na równi stawiano zbliżanie przepisów prawa karnego materialnego oraz wzmocnienie współpracy w sprawach karnych. Dopiero Program haski dodał do

listy priorytetów konieczność zagwarantowania poszanowania praw jednostki.

Poszanowanie praw jednostki dotyczy wszystkich obszarów współpracy w PWBIS: zarówno w postępowaniu o przyznanie praw uchodźcy, zagwarantowanie prawa pobytu, poprzez udział w postępowaniu karnym w charakterze oskarżonego, świadka czy ofiary, do ochrony szczególnych grup, takich jak ofiary przestępstw czy dzieci.

Próbując dokonać całościowej oceny realizacji tego zadania w PWBIS, nie sposób przedstawić jednolite stanowisko. Przykładowo, w kwestiach należących do współpracy sądowej w sprawach cywilnych i handlowych sprawa ochrony jednostki przedstawia się stosunkowo najlepiej, zwłaszcza w kontekście realizacji zasady wzajemnego uznawania orzeczeń. Przyjęte zostały akty prawne, dzięki którym wyroki i decyzje sądowe w wielu sprawach cywilnych mogą być uznawane i wykonywane bez zbędnych formalności. Przyjęto także wiele aktów regulujących ważne procedury, jak np. europejski nakaz zapłaty czy procedurę w sprawie drobnych roszczeń. Te osiągnięcia należy zaliczyć do istotnych.⁷⁰ Podstawą dalszego rozwijania zasady wzajemnego uznawania powinno być koncentrowanie się na kwestii ustanawiania praw minimalnych. Zadawalający poziom osiągnięty w dziedzinie współpracy sądowej w sprawach cywilnych nie powinien powodować zaprzestania dalszych działań na rzecz zwiększania możliwości dochodzenia swoich praw przez jednostki, np. w zakresie spraw spadkowych czy możliwości przesyłania skarg drogą elektroniczną.

⁷⁰ Zob. skargę konstytucyjną SK 26/08 Jakuba T, który zarzuca niezgodność art. 607k, 607l, 607m, 607p ustawy z 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego z art. 45 ust. 1 i art. 55 ust. 1 Konstytucji RP. Z kolei w sprawie Pileckiego, która toczyła się przed Izbą Lordów, pojawiły się wątpliwości, czy europejski nakaz aresztowania może być wydawany w związku z czynami, w związku z którymi sąd orzekł wyrok łączny, ale za poszczególne czyny kara była niższa niż przewidziana dla ENA. Problemem w tym przypadku było to, że Pilecki został wydany do Polski bez czekania na orzeczenie *House of Lords* – orzekający sędziowie sami byli zaskoczeni tym faktem. Zob. wyrok *Pilecki v Circuit Court of Legnica, Poland* (Respondents) (Criminal Appeal from Her Majesty's High Court of Justice), [2008] UKHL 7.

W sprawach karnych sytuacja nie jest już tak jednoznaczna, nawet gdy spojrzymy na problem jednostki przez pryzmat aktów regulujących zasadę wzajemnego uznawania. Program haski wskazywał na wiele punktów i stawiał konkretne wyzwania w tym zakresie, ale, niestety, poziom jego realizacji w tym zakresie jest minimalny. Jedyne decyzja ramowa w sprawie europejskiego nakazu aresztowania jest stosowana we wszystkich państwach członkowskich, choć i ona budzi liczne wątpliwości co do gwarancji praw jednostki, czego przykładem są np. skarga konstytucyjna Jakuba T. do polskiego Trybunału Konstytucyjnego czy też sprawa Pileckiego w Wielkiej Brytanii.⁷¹

Na marginesie zresztą trzeba dodać, że sama zasada wzajemnego uznawania, nawet w kontekście ochrony jednostki, nie jest wystarczająca do stworzenia PWBis. Można się bowiem zastanawiać, jaki jest sens szybkiej i efektywnej wymiany informacji między organami śledczymi państw członkowskich, jeżeli dowód zostanie uznany w sądzie za niedopuszczalny z powodu naruszenia odpowiedniego krajowego kodeksu procedury karnej. A – w kontekście prawa cywilnego – jaki jest sens możliwości nabywania towarów w innym państwie, jeżeli procedury dochodzenia praw wynikających z gwarancji są bardzo skomplikowane.

Do chwili obecnej nie przyjęto żadnego aktu, który regulowałby całościowo problem gwarancji praw jednostki w postępowaniu karnym, poza decyzją ramową w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym. Jednak i ta decyzja ramowa jest niejasna, napisana językiem bardzo nie-

⁷¹ Zob. rozporządzenie (WE) nr 805/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie utworzenia Europejskiego Tytułu Egzekucyjnego dla roszczeń bezspornych, Dz. Urz. UE 2004, L 143, s. 15, rozporządzenie (WE) nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. ustanawiające postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty, Dz. Urz. UE 2006, L 399, s. 1 albo rozporządzenie (WE) nr 861/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. ustanawiające europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń, Dz. Urz. UE 2007, L 199, s. 1. W Polsce też już trwają prace nad elektronicznym postępowaniem nakazowym. Por. <http://www.rp.pl/arttykul/163061.html> (pobrane 15 sierpnia 2008 r.)

precyzyjnym, w związku z czym budzi liczne wątpliwości i jest przedmiotem orzecznictwa ETS.⁷² Również dyrektywa 2004/80/WE⁷³ dotycząca kompensaty dla ofiar przestępstw nie jest dobrym wyznacznikiem poziomu ochrony ofiar, ponieważ zawiera wiele ograniczeń, np. zezwala na ograniczenie wysokości przysługującej kompensaty.⁷⁴

Można powiedzieć, że swego rodzaju sukcesem jest sytuacja, gdy wreszcie akt zostaje uzgodniony na poziomie politycznym w Radzie, jak np. niedawno decyzja ramowa w sprawie zwalczania rasizmu i ksenofobii. Trzeba jednak wziąć pod uwagę, ile czasu jeszcze upłynie, zanim zostanie uzgodniona ostatecznie, opublikowana, a następnie wdrożona do prawa krajowego państw członkowskich.⁷⁵

Również przebieg prac nad projektem decyzji ramowej w sprawie praw oskarżonych w postępowaniu karnym wskazuje dobitnie, że do zapewnienia minimum efektywnej ochrony jednostki jest jeszcze bardzo daleko.⁷⁶ Prace nad projektem toczą się od 2004 r., a w czerwcu 2007 r. Rada nie była jeszcze w stanie uzgodnić swojego stanowiska. Kwestią dzielącą delegacje było to, czy Unia ma kompetencje do ustanawiania praw dotyczących postępowań o charakterze czysto wewnątrz-

⁷² Por. wyrok Trybunału w sprawie C-105/03 z dnia 16 czerwca 2005 r., *Postępowanie karne przeciwko Maria Pupino*, Zb. Orz. [2005], s. I-05285; Wyrok Trybunału w sprawie C-467/05 z dnia 28 czerwca 2007 r., *Postępowanie karne przeciwko Giovanni Dell'Orto*, Zb. Orz. [2007], s. I-5557 oraz wyrok Trybunału Wyrok Trybunału z dnia 9 października 2008 r. *György Katz przeciwko István Roland Sós*, jeszcze niepubl.

⁷³ Dz. Urz. UE 2004, L 261, s. 15.

⁷⁴ W Polsce dyrektywa została implementowana ustawą z dnia 7 lipca 2005 r. o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw umyślnych (Dz. U. z 2005 r., Nr 96, poz. 608), a następnie zmieniona 11 kwietnia 2008 r. (Dz. U. z 2008 r., Nr 96, poz. 608).

⁷⁵ Projekt tej decyzji ramowej pochodzi z 2001 r. COM (2001) 664 *final*. Ta decyzja ramowa została opublikowana dopiero 6 grudnia 2008 r. Zob. decyzja ramowa Rady 2008/913/WSiSW z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych, Dz. Urz. UE 2008, L 328, s. 55.

⁷⁶ COM (2004) 328 *final*.

krajowym, czy też prace legislacyjne powinny się skupić wyłącznie na sprawach transgranicznych.⁷⁷

Zastanawiające jest również to, że w powszechnej opinii wszystkie państwa członkowskie gwarantują poszanowanie praw podstawowych, w tym prawa do uczciwego procesu, co wynika chociażby z tego, że są stroną Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC). Jednocześnie jednak nie potrafią uzgodnić projektu decyzji ramowej w sprawie praw minimalnych w postępowaniu karnym, włącznie z prawem do tłumacza czy obrońcy. Nie potrafią również określić kanonu praw proceduralnych, który powinien zostać zagwarantowany każdemu obywatelowi w Unii Europejskiej. Trzeba również zauważyć, że będące przedmiotem prac projekty aktów prawa UE dotyczące gwarancji praw jednostki są oparte na standardzie EKPC i odwołują się do niego, a zatem może dochodzić do dublowania ochrony, albo – co gorsza – doprowadzenia do sprzeczności obowiązujących standardów.

Podjęmowane są również działania świadczące o bardziej policyjnym charakterze współpracy w PWBIS, czyli takie, które prowadzą do ingerencji w prywatność jednostki, w tym wiele aktów dotyczących przekazywania informacji w ramach różnych systemów baz elektronicznych.⁷⁸ Można stwierdzić, że w tym zakresie UE odnosi sukcesy, jak chociażby błyskawiczne (jak na warunki UE) uzgodnienie i zakończenie prac nad projektem decyzji w sprawie intensywniejszej współpracy transgranicznej, szczególnie w walce z terroryzmem i przestępczością transgraniczną, włączającej do prawa UE Konwencję z Prüm.⁷⁹ Decyzja

⁷⁷ Por. PRES/07/125 z 12 czerwca 2005 r.

⁷⁸ W Programie haskim Komisję Europejską wezwano do przedstawienia najpóźniej do końca 2005 r. wniosków w sprawie wprowadzania w życie zasady udostępniania informacji w celu usprawnienia transgranicznej wymiany między państwami członkowskimi informacji istotnych dla ochrony porządku publicznego.

⁷⁹ Projekt JAI (2007) 3 został uzgodniony politycznie w czerwcu 2007 r., a formalnie ostatecznie przyjęty rok później, czyli 23 czerwca 2008 r. (PRES/2008/169).

ta przewiduje przekazywanie danych DNA i danych daktyloskopijnych, a także danych z rejestrów pojazdów do celów zwalczania przestępczości, na warunkach określonych w tej decyzji (a wcześniej w Konwencji).⁸⁰

Trzeba również pamiętać, że w Programie haskim nakazano Komisji Europejskiej przestrzeganie kluczowych zasad w zakresie ochrony danych. Jak dotychczas, trzeba stwierdzić, że Unia Europejska nie gwarantuje wysokiego standardu, o czym świadczy chociażby fakt, że bardzo długo trwały prace nad projektem decyzji ramowej w sprawie ochrony danych osobowych przetwarzanych w ramach współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych.⁸¹ Działania podejmowane przez UE wymagałyby, by dla każdego rodzaju przekazywanych informacji tworzone były szczególne zasady ochrony danych – możliwie precyzyjnie sformułowane, gwarantujące osobie uzyskanie wiedzy na ten temat – poprawy, usunięcia czy odszkodowania i które kontrolowane byłyby przez niezależny organ zajmujący się ochroną danych osobowych. Proponowana decyzja ramowa obejmuje ogólne zasady dotyczące zgodnego z prawem przetwarzania danych osobowych, przepisy dotyczące szczególnych form przetwarzania (przekazywanie i udostępnianie danych osobowych właściwym organom innych państw członkowskich, dalsze przetwarzanie, a w szczególności dalsze przekazywanie danych otrzymanych od właściwych organów innych państw członkowskich lub udostępnionych przez te ostatnie), praw podmiotu danych, poufności i bezpieczeństwa w odniesieniu do przetwarzania, środków sądowych, odpowiedzialności, sankcji i in. Decyzja ramowa wprowadzała zatem określony mechanizm, którego celem jest zapewnienie przestrzegania tej zasady w całej UE. Konieczne jest jednak jeszcze wdrożenie do prawa krajowego.

⁸⁰ Decyzja Rady 2008/615/WSiSW z dnia 23 czerwca 2008 r. w sprawie intensyfikacji współpracy transgranicznej, szczególnie w zwalczaniu terroryzmu i przestępczości transgranicznej, Dz. Urz. UE 2008, L 210, s. 1.

⁸¹ Decyzja ramowa Rady 2008/977/WSiSW z dnia 27 listopada 2008 r. w sprawie ochrony danych osobowych przetwarzanych w ramach współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych, Dz. Urz. UE 2008, L 350, s. 60.

W zakresie ochrony praw dziecka należy stwierdzić, że samo przyjmowanie kolejnych aktów prawnych nie stanowi wystarczającej odpowiedzi na istniejące wyzwania.⁸² Zapewnienie efektywnego i funkcjonalnego systemu ochrony dzieci wymaga uwzględnienia różnych aspektów zarówno prawa karnego, jak i prawa cywilnego, a zatem podjęcia działań horyzontalnych. Ponadto, zamiast przyjmować kolejne akty prawne, konieczne jest wykonywanie tych już przyjętych, zwłaszcza konwencji międzynarodowych. Niezbędna jest także wymiana doświadczeń między państwami członkowskimi, co usprawniłoby np. przygotowanie przez Komisję Europejską zbioru zasad i przepisów, jakimi kierują się państwa członkowskie przy rozwiązywaniu spraw należących do tej materii. Komisja słusznie podkreśla w Komunikacie z 2005 r., że Unia Europejska może wnieść zasadniczą i istotną wartość dodaną w dziedzinie praw dziecka. Po pierwsze, może się oprzeć na swojej długiej tradycji oraz zobowiązaniach prawnych i politycznych w odniesieniu do praw człowieka, po drugie, ma niezbędny autorytet i potencjał, by wysunąć prawa dziecka na pierwszy plan programów działań międzynarodowych, a ponadto może także może promować i wspierać państwa członkowskie w ich wysiłkach, zarówno pomagając im uwzględnić prawa dziecka w ich działaniach podejmowanych w różnych dziedzinach, jak i umożliwiając wymianę wiedzy, co pozwoli państwom członkowskim zidentyfikować i przyjąć wiele wzorcowych praktyk stosowanych w całej Unii Europejskiej. Takie kroki wymagają jednak kompleksowej strategii i porozumienia wszystkich państw. Do chwili obecnej tego typu strategii nie wypracowano.

Ważnym elementem tworzenia PWBiS w aspekcie ochrony jednostki są również zagadnienia związane z migracją czy ochroną azylową. Tutaj również nie może obecnie stwierdzić, by wszystkie działania były ukierunkowane na tworzenie PWBiS. Przykładowo, w zakresie

⁸² W czerwcu 2006 r. Komisja przygotowała Komunikat „W kierunku strategii UE na rzecz praw dziecka”, COM (2006) 367 *final*.

polityki migracyjnej nie wypracowano porozumienia między państwami członkowskimi.⁸³ Powinno się jednak dążyć do osiągnięcia jednolitego podejścia oraz do współpracy i partnerstwa w tych dziedzinach. Konieczne jest przygotowanie strategii długoterminowej migracji, opartej na zasadach odpowiedzialności i solidarności, przy jednoczesnym unikaniu masowej regularyzacji jako zjawiska niepożądanego, w sytuacji braku kontroli na granicach wewnętrznych.

Oprócz strategii legalnej migracji konieczne jest wypracowanie skutecznej polityki zwalczania nielegalnej imigracji. Wiarygodność europejskiej polityki migracyjnej zostanie nieodwołalnie podważona, jeśli nie podejmie się skutecznych kroków w walce z nielegalną imigracją. W związku z tym najważniejszą inicjatywą w ostatnim okresie był wniosek dotyczący dyrektywy przewidującej kary dla pracodawców zatrudniających obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających na terytorium UE.⁸⁴ Chociaż działań przeciwko nielegalnemu zatrudnieniu nie uwzględniono w planie działania na 2007 r., Komisja postanowiła przedstawić wspomniany wniosek, gdyż uważa nielegalne zatrudnienie za główną siłę napędową nielegalnej imigracji. Celem wniosku było zapewnienie, by wszystkie państwa członkowskie wprowadziły podobne środki zapobiegawcze i kary oraz skutecznie je egzekwowały. Niezbędne jest bowiem, by wszystkie państwa członkowskie UE podjęły wszelkie konieczne środki na rzecz zapewnienia poszanowania praworządności i legalności w całej UE. Podjęcie działań przez Komisję, wykraczające poza ogólne i szczegółowe plany działania, należy ocenić bardzo pozytywnie, bowiem ukazuje, że jednak możliwe jest podejmowanie środków

⁸³ Przedstawiony 16 października 2008 r. w Brukseli Pakt europejski o imigracji i udzielaniu azylu również wzbudza kontrowersje między samymi państwami członkowskimi, w szczególności w odniesieniu do proponowanej zasady abolicji (legalizacji pobytu nielegalnego).

⁸⁴ Projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady przewidującej kary dla pracodawców zatrudniających obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających na terytorium UE, COM (2007) 249 *final*.

„na bieżąco”, wynikających z aktualnej sytuacji i potrzeby, a nie bezdyskusyjne realizowanie przyjętego kilka lat wcześniej planu. Takich działań państw członkowskich i Komisji nie ma jednak wiele.

Trzeba również zaznaczyć, że między państwami członkowskimi istnieją nadal ogromne różnice w kwestii przyznawania statusu uchodźcy czy też ochrony dodatkowej, mimo przyjęcia aktów ustalających standardy minimalne. Program haski proponował stworzenie wspólnego europejskiego systemu azylowego, jednak działania te nie zostały dotychczas zrealizowane. Z drugiej strony, w 2007 r. dokonano oceny transpozycji i wprowadzenia w życie instrumentów prawnych – w szczególności należy wymienić opublikowane w 2007 r. dwa dokumenty: sprawozdanie z oceny systemu dublińskiego,⁸⁵ jak również zieloną księgę w sprawie drugiego etapu tworzenia Wspólnego Europejskiego Systemu Azylowego.⁸⁶ Na podstawie wyników szeroko zakrojonych konsultacji opracowuje się obecnie plan polityki azylowej, który zostanie przedstawiony w 2009 r. Daje to nadzieję na rozwiązanie istniejących obecnie problemów.

3.2. WZROST PEWNOŚCI PRAWNEJ W ZAKRESIE PRAWA RODZINNEGO, CYWILNEGO I HANDLOWEGO

Współpraca sądowa w sprawach cywilnych i handlowych jest jednym z najważniejszych aspektów tworzenia PWBiS dlatego, że była jednym z pierwszych obszarów, w których formalnie podjęto współpracę w ramach Wspólnot Europejskich. Już bowiem w 1968 r. zawarto Konwencję brukselską o uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach cywilnych i handlowych. „Uwspólnotowanie” tego obszaru PWBiS, dokonane na

⁸⁵ Sprawozdanie Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady z oceny systemu dublińskiego, COM (2007) 299 *final*.

⁸⁶ Zielona księga w sprawie przyszłego wspólnego europejskiego systemu azylowego, COM (2007) 301 *final*.

mocy Traktatu amsterdamskiego, jedynie utwierdziło kierunek rozwoju. Wynika to również z tego, że pierwotnie PWBIS tworzona była jako uzupełnienie swobód rynku wewnętrznego, a dla wymiany handlowej ważne było m.in. usprawienie dochodzenia roszczeń transgranicznych. Ponadto szczególnym skutkiem wzrostu mobilności osób w obszarze bez granic wewnętrznych jest wzrost liczby spraw związanych z mieszanymi małżeństwami osób mających obywatelstwo różnych państw, jak również wiele innych spraw z zakresu prawa rodzinnego.

W zakresie współpracy sądowej w sprawach cywilnych i handlowych można powiedzieć, że postęp istnieje, co zostało zasygnalizowane już w związku z ochroną jednostki. W ostatnich latach w UE przyjęto wiele rozporządzeń, które tego dotyczą. Nawet w roku 2007 Komisja odnotowała, że w tym obszarze poczyniono znaczące postępy. Przykładowo, Parlament Europejski i Rada 11 lipca 2007 r. przyjęły rozporządzenie dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II),⁸⁷ a z kolei niedawno przyjęte zostało rozporządzenie w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I).⁸⁸ Ponadto 7 lutego 2007 r. Komisja przyjęła Zieloną Księgę w sprawie przeglądu dorobku prawnego dotyczącego prawa konsumenta.⁸⁹ 6 marca 2008 r. przyjęto drugą Zieloną Księgę w sprawie skutecznego wykonywania orzeczeń sądowych w Unii Europejskiej, dotyczącą dostępności informacji o majątku dłużników.⁹⁰ 21 maja 2008 r. przyjęta została dyrektywa

⁸⁷ Rozporządzenie (WE) nr 864/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych (Rzym II), Dz. Urz. UE 2007, L 199, s. 40.

⁸⁸ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), Dz. Urz. UE 2008, L 177, s. 6.

⁸⁹ Zielona Księga Komisji w sprawie przeglądu dorobku wspólnotowego w dziedzinie prawa konsumenta COM (2006) 744 *final*, przyjęta 8 lutego 2007 r.

⁹⁰ Zielona Księga Komisji – Skuteczne wykonywanie orzeczeń w Unii Europejskiej: dostępność informacji o majątku dłużnika, COM (2008) 128 *final*, przyjęta 6 marca 2008 r.

Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych.⁹¹

Obecnie toczą się prace nad dalszymi rozporządzeniami – w grudniu 2008 r. przyjęto rozporządzenie w sprawie jurysdykcji krajowej, prawa właściwego oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach alimentacyjnych i współpracy w dziedzinie zobowiązań alimentacyjnych,⁹² które reguluje nie tylko kwestie jurysdykcji, lecz również prawo właściwe w sprawach alimentacyjnych. Nie reguluje natomiast zasad przyznawania alimentów, gdyż ta kwestia nie leży w kompetencjach UE.

Negocjacje w kwestiach związanych zwłaszcza z prawem rodzinnym wyraźnie jednak pokazują, że nadal istnieje wiele problemów, które wymagają rozwiązania. Problemy te są m.in. związane z faktem, że prawo rodzinne jest dziedziną szczególnie związaną z krajową kulturą prawną czy też tradycjami państw członkowskim. Nie bez powodu zatem w tych dziedzinach wymagana jest jednomyślność (co zresztą utrzymuje nawet Traktat z Lizbony). Jednak sytuacja zmienia się powoli, a zatem należy kontynuować prace związane z rozwiązywaniem problemów o charakterze transgranicznym.

Europa powinna oznaczać „mniej biurokracji”, tak by móc rozwijać konkurencyjność. Aby zatem urzeczywistnić PWBis, konieczne jest przyjęcie kolejnych środków w zakresie wykonywania orzeczeń w sprawach cywilnych oraz rozwiązywanie konfliktów jurysdykcyjnych. Zadania, jakie wiążą się z tworzeniem wspólnego rynku, mogą nie zostać zrealizowane, jeżeli stosowane procedury będą długotrwałe i nieefektywne. Konieczne jest więc podjęcie działań uniemożliwiających dłużnikom transfer swoich dochodów i ukrywanie ich za granicą. Unia, co

⁹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych, Dz. Urz UE L 136, 24.05.2008, s. 3-8

⁹² Rozporządzenie Rady (WE) nr 4/2009 z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń oraz współpracy w zakresie zobowiązań alimentacyjnych, Dz. Urz. UE 2009, L 7, s. 1

prawda, ma przepisy dotyczące postępowania upadłościowego,⁹³ jednak nadal istnieją pewne problemy głównie dlatego, że uznawanie wyroków sądów państw obcych jest dziedziną szczególnie delikatną, a poza tym systemy wykonywania prawa są zróżnicowane, a postępowania sądowe przeciągają się, co jest związane np. z problemem niewykorzystywania nowych technologii.

Na to nakłada się jeszcze brak jednolitości w zakresie rozwiązań dotyczących konfliktów jurysdykcyjnych – inaczej te kwestie są rozwiązane w prawie upadłościowym, inaczej w rozporządzeniach Rzym I czy Rzym II, a jeszcze inaczej w rozporządzeniu (WE) 44/2001, tzw. Bruksela I. Państwa członkowskie muszą dążyć do osiągnięcia kompromisu w tym zakresie, bowiem w przeciwnym przypadku wiele problemów nie zostanie rozwiązanych.

Obecnie WE nie podniosła jeszcze kwestii przyjęcia minimalnych standardów procedury cywilnej w szerszym ujęciu. Przyczyną tego wydają się być ograniczone kompetencje WE w tym zakresie, która, zgodnie z przepisami TWE, uprawniona jest do przyjmowania aktów prawnych w dziedzinie współpracy sądowej w sprawach cywilnych w zakresie niezbędnym do zapewnienia należytego funkcjonowania wspólnego rynku i dodatkowo jest to obwarowane warunkiem, że dany akt musi dotyczyć sytuacji, która ma skutki o charakterze transgranicznym.

Wydaje się, że konieczna jest analiza, w których dziedzinach trzeba przyjąć dalsze akty prawne, biorąc pod uwagę właściwe stosowanie tych już istniejących. Zniesienie procedury exequatur powinno być podstawą dalszych działań, ale nie jest to możliwe bez oceny konsekwencji i gwarancji przestrzegania podstawowych standardów prawnych. Trudne są zwłaszcza sprawy dotyczące praw dziecka. Program haski wyznaczył rok 2011 jako moment, kiedy powinien się zakończyć program wzajemnego uznawania decyzji i orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych.

⁹³ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1346/2000 z dnia 29 maja 2000 r. w sprawie postępowania upadłościowego, Dz. Urz. WE 2000, L 160, s. 1.

Być może, jeżeli chodzi o liczbę przyjętych do tego czasu rozporządzeń cel zostanie osiągnięty, jednak należy się również zastanowić nad jakością przyjmowanych rozwiązań.

3.3. DOSTĘP DO WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI I INSTYTUCJONALNA WSPÓŁPRACA SĄDOWA

Problem dostępu do wymiaru sprawiedliwości może być postrzegany wielorako, począwszy od możliwości wniesienia sprawy do sądu przez jednostkę, aż do usprawnienia procedury w trakcie postępowania, np. poprzez ułatwienie bezpośrednich kontaktów właściwych organów, co również przyczynia się do poprawy jakości postępowania (zwłaszcza jego przyspieszenia).

Z badania *Standard Eurobarometr* przeprowadzonego przez *TNS Opinion* na zlecenie Komisji Europejskiej⁹⁴ wynika, że ponad połowa obywateli Unii Europejskiej (55%) uważa, że w innym państwie członkowskim niż zamieszkiwane trudno jest uzyskać dostęp do wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych, dwóch na dziesięciu Europejczyków (17%) uważa to za łatwe, a trzech na dziesięciu (28%) nie potrafi tego ocenić. Symptomatyczne jest to, że najczęściej wymieniane obawy dotyczące dostępu do wymiaru sprawiedliwości w innym kraju Unii niż własny związane są z nieznaną obowiązujących tam zasad postępowania sądowego, barierą językową, kosztami postępowania sądowego czy też brakiem zaufania do tego postępowania, długością jego trwania oraz odległością między swoim a danym państwem. Jedynie 3 proc. badanych deklaruje, że nie miałoby żadnych obaw, gdyby potrzebowało dostępu do wymiaru sprawiedliwości w innym państwie

⁹⁴ Sondaż Eurobarometr został zrealizowany metodą wywiadu *face-to-face* w okresie 11.11.2007 - 14.12.2007 r. na próbie 26730 mieszkańców 27 państw należących do Unii Europejskiej, <http://www.euractiv.pl/eurowybory/artukul/w-ue-lepiej-nie-szukac-sprawiedliwosci-pozza-krajem> (pobrane 15 sierpnia 2008 r.)

członkowskim UE. Wyniki te ukazują, jak postrzegana jest możliwość dochodzenia swoich praw w UE przez jej obywateli – i nie napawają one optymizmem. Tymczasem jest to podstawowy aspekt tworzenia PWBIS, bez którego nie można się zastanawiać nad skutecznością podejmowanych działań.

Unia Europejska podejmuje środki, by zmienić taki stan rzeczy, jednak, jak widać, te środki albo nie są skuteczne, albo nie są wystarczająco rozpropagowane i obywatele nie są odpowiednio poinformowani. Jednym z przykładów takich działań jest przyjęcie dyrektywy 2003/8/WE, dotyczącej dostępu do wymiaru sprawiedliwości w sporach transgranicznych,⁹⁵ która ma mieć zastosowanie do spraw cywilnych i handlowych. Przepisy dyrektywy nakładają na państwa członkowskie obowiązki zapewnienia, niezależnie od pomocy prawnej w postępowaniu sądowym, także pomocy prawnej udzielanej jeszcze przed wszczęciem postępowania. Celem takiej pomocy ma być doprowadzenie do ugodowego rozwiązania sporu i uniknięcie postępowania sądowego.

Innym przykładem działań, związanych z usprawnieniem dostępu do wymiaru sprawiedliwości, jest wspomniane już przyjmowanie aktów realizujących zasadę wzajemnego uznawania, gdyż wówczas dochodzenie swoich praw jest uproszczone i nie wymaga podejmowania skomplikowanych działań prawnych, związanych z uznaniem orzeczenia uzyskanego w innym państwie członkowskim. Realizacji tych działań służy przyjmowanie aktów takich jak np. rozporządzenie (WE) nr 861/2007 w sprawie drobnych roszczeń, na podstawie którego od 1 stycznia 2009

⁹⁵ Dyrektywa Rady 2003/8/WE z dnia 27 stycznia 2003 r. w celu usprawnienia dostępu do wymiaru sprawiedliwości w sporach transgranicznych poprzez ustanowienie minimalnych wspólnych zasad odnoszących się do pomocy prawnej w sporach o tym charakterze, Dz. Urz. WE 2003, L 26, s. 41. W Polsce dyrektywa ta została transponowana ustawą z 17 grudnia 2004 r. o prawie pomocy w postępowaniu w sprawach cywilnych prowadzonym w państwach członkowskich UE oraz o prawie pomocy w celu ugodowego załatwienia sporu przed wszczęciem takiego postępowania, Dz. U. z 2005 r., nr 10, poz. 67 (z późn. zm.).

r. sprawy dotyczące sporów do 2000 euro (wraz z kosztami, odsetkami itp.) mają być rozstrzygane w postępowaniu uproszczonym, skróconym do ok. 60 dni.⁹⁶ Praca legislacyjna będzie miała sens jednak dopiero wtedy, gdy państwa członkowskie faktycznie będą wykorzystywać dostępne regulacje.

Ponadto zasada wzajemnego uznawania, która stała się trzonem współpracy, wymaga wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi UE. Budowaniu go mają służyć podejmowane inicjatywy, wzmacniające współdziałanie właściwych organów państw członkowskich. Przykładem współdziałania są tworzone sieci (ESS) – Europejska sieć sądowa w sprawach cywilnych i handlowych oraz Europejska sieć sądowa w sprawach karnych.

Celem ESS w sprawach cywilnych i handlowych jest usuwanie barier, przed którymi stoją obywatele i organizacje objęte postępowaniem cywilnym lub handlowym, poprawa wdrożenia instrumentów wspólnotowych lub obowiązujących już konwencji między dwoma bądź większą liczbą państw członkowskich UE oraz dostarczanie informacji obywatelom UE. Temu ma służyć utrzymywanie strony internetowej, za pomocą której mają być przekazywane informacje obywatelom UE.⁹⁷ Ale gdy przyjrzymy się zawartości strony, to okazuje się, że informacje w wielu przypadkach są niepełne, nieaktualne albo zostały podane w językach nieznanymi powszechnie. Dlatego też ta działalność wymaga poprawy.

Z kolei ESS w sprawach karnych, która obecnie ma być w zasadzie trzonem praktycznej współpracy państw, ma inny cel niż informowanie obywateli, bowiem ma służyć głównie umożliwieniu kontaktów odpowiednich organów. Bezpośrednie i bezpieczne przekazywanie danych za

⁹⁶ Zob. rozporządzenie (WE) nr 861/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lipca 2007 r. ustanawiające europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń, Dz. Urz. UE 2007, L 199, s. 1.

⁹⁷ http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pl.htm (pobrane 15 lipca 2008 r.).

pomocą sieci jest możliwe tylko wówczas, gdy punkty kontaktowe mogą wykorzystywać dobrze funkcjonujące i bezpieczne łącza telekomunikacyjne i tylko wtedy, gdy sieć dostarcza aktualnych informacji pozwalających na współpracę transgraniczną. Aby działać sprawnie, ESS musi zostać wyposażona w niezbędne środki techniczne i finansowe; ponadto bardzo istotna jest sprawa uważnego doboru i szkolenia osób, które pełnią funkcję punktów kontaktowych.

Drugim ważnym elementem współpracy w sprawach karnych jest Eurojust, który nadal nie jest w pełni wykorzystywany przez państwa członkowskie, o czym świadczą sprawozdania z jego działalności.⁹⁸ Od chwili utworzenia Eurojustu można zaobserwować znaczący wzrost liczby postępowań karnych, w których występuje „element transgraniczny” i których skuteczne prowadzenie wymaga wzmocnienia koordynacji i dokonywania uzgodnień między państwami członkowskimi, m.in. poprzez skoordynowanie czynności w postępowaniach przygotowawczych prowadzonych w różnych państwach członkowskich UE. Odpowiedzią na rosnące wyzwania powinna być poprawa europejskiej współpracy sądowej poprzez jej uproszczenie, odformalizowanie i zdynamizowanie. W tym zakresie Eurojust odgrywa bardzo pozytywną rolę w kształtowaniu obrotu prawnego z zagranicą między państwami Unii oraz promowaniu współpracy europejskiej w postępowaniach o charakterze transgranicznym. Aby Eurojust mógł sprawnie funkcjonować, konieczne jest zapewnienia organom krajowym stałego i bezpośredniego dostępu. Bardzo ważne jest też wyraźne określenie minimalnych uprawnień przedstawiciela krajowego, bowiem wpłynie to na poprawę w zakresie koordynacji postępowań transgranicznych, szybkości i skuteczności wykonywania wniosków o pomoc prawną i ENA, usprawnie-

⁹⁸ http://eurojust.europa.eu/press_releases/annual_reports/2007/Annual_Report_2007_PL.pdf (pobrane 15 czerwca 2008 r.). Strategicznym celem na rok 2008 jest zwiększenie liczby spraw prestiżowych, kierowanych do Eurojustu.

nia komunikacji między organami państw członkowskich, lepszego funkcjonowania wspólnych zespołów śledczych.

Eurojust mógłby się zresztą zaangażować się bardziej na rzecz zwalczania konkretnych rodzajów przestępczości, na przykład mógłby wskazywać w swoich raportach rocznych konkretny przypadek, który wymagałby współpracy z państwami członkowskimi. Chociaż liczba wniesionych spraw znacząco wzrosła, to jednak Eurojust dysponuje nadal niewykorzystanym potencjałem. Pojawiają się również problemy praktyczne, takie jak chociażby różny status przedstawicieli państw członkowskich w Eurojuście.

W związku z problemami w funkcjonowaniu obu struktur współpracy w sprawach karnych pozytywnie należy ocenić podjęcie prac na rzecz zmian, poprzez przedstawienie projektów decyzji Rady w sprawie umocnienia Eurojustu oraz projektu decyzji Rady w sprawie europejskiej sieci sądowej.⁹⁹ Dzięki przyjęciu proponowanych zmian ma się zwiększyć rola i potencjał współpracy z państwami członkowskimi, między właściwymi organami państw członkowskich oraz między samymi strukturami unijnymi. W praktyce jest bowiem tak, że w związku ze wzrostem potrzeby wykorzystania transgranicznych form współpracy stopniowo rośnie też potrzeba trwałej synergii między instytucjami sądowymi, które w tym samym państwie wykonują w tym sektorze swoje zadania.

Bardzo istotna dla tworzenia PWBis jest również mobilizacja sędziów oraz prokuratorów do współpracy i zachęcenie ich do szerszego uczestnictwa w inicjatywach typu *the Network of Competition Judges* albo *the European Judicial Training Network* i in. W ramach takich sieci mogą dokonywać wymiany praktycznych informacji na tematy wspólne, jak

⁹⁹ Projekt decyzji Rady w sprawie umocnienia Eurojustu i w sprawie zmiany decyzji Rady 2002/187/WSiSW z 28 lutego 2002 r. ustanawiającej Eurojust w celu zintensyfikowania walki z poważną przestępczością, zmienionej decyzją Rady 2003/659/WSiSW, dokument Rady 5037/08.

np. konieczność znalezienia równowagi między prędkością postępowania a ochroną praw podstawowych, efektywnością działań, optymalnym wykorzystaniem środków publicznych i in. Wymiana sędziów umożliwi im zapoznanie się z działalnością sądów w innych państwach i tym samym buduje podstawy do lepszego zrozumienia całego systemu. Częścią wymogu poprawy sytuacji mogłaby być realizacja zadań wynikających z Komunikatu Komisji z 29 czerwca 2006 r.¹⁰⁰ w zakresie realizacji szkoleń językowych, szkoleń poświęconych określonym zagadnieniom, w tym dyskusjom związanym z etyką zawodu itp. Działania podejmowane przez UE w tym zakresie powinny się zatem koncentrować na trzech dziedzinach: na poprawie znajomości instrumentów prawnych przyjmowanych przez Unię i Wspólnotę, zwłaszcza w dziedzinach, w których szczególne uprawnienia przyznano sędziom krajowym, na rozwijaniu znajomości języków obcych, co pozwoli organom sądowym na bezpośrednie porozumiewanie się, tak jak to zapisano w większości aktów prawnych, oraz na rozwijaniu znajomości systemów prawnych i sądowych państw członkowskich, co pozwoli na określenie ich odpowiednich potrzeb w ramach współpracy sądowej.

W zakresie szerszego dostępu do informacji na temat wymiaru sprawiedliwości możliwe są również inne rozwiązania, jak np. stworzenie systemu *e-justice*.¹⁰¹

W aspekcie dostępu jednostki do wymiaru sprawiedliwości szczególnie pozytywnie należy ocenić niedawną reformę postępowania

¹⁰⁰ COM (2006) 356 *final*.

¹⁰¹ Por. także raport przygotowany przez Marco Velicogna dla Komisji Rady Europy zajmującej się metodami poprawy efektywności wymiaru sprawiedliwości (CEPEJ), poświęcony wykorzystywaniu technologii informacyjnych. Raport prezentuje możliwości, jakie nowoczesne technologie stwarzają w zarządzaniu instytucjami wymiaru sprawiedliwości, a także ocenia stan wykorzystania technologii informacyjnych w systemach sądownictwa państw członkowskich Rady Europy. Raport dostępny jest na stronie www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/series/Etudes7TIC_en.pdf (pobrano 15.07.2008).

w ETS w zakresie procedury prejudycjalnej, polegającą na wprowadzeniu pilnego trybu prejudycjalnego w PWBIS. System pytań prejudycjalnych stanowi jeden z podstawowych mechanizmów prawa Unii Europejskiej, którego celem jest przyznanie sądom krajowym możliwości zapewnienia jednolitej wykładni i stosowania prawa UE we wszystkich państwach członkowskich. Instytucja orzeczenia prejudycjalnego – uregulowana zasadniczo w art. 234 TWE, ale także w art. 68 TWE i art. 35 TUE – jest jedynym mechanizmem bezpośredniej współpracy między krajowymi organami sądowymi a ETS. Dzięki korzystaniu z tej procedury zapewnia się, z jednej strony, równoległe stosowanie prawa wspólnotowego w poszczególnych państwach, z drugiej zaś osiągnięcie jednolitości w dziedzinie wykładni i stosowania prawa oraz rozstrzygnięcia o zgodności aktów instytucji wspólnotowych z Traktatem.¹⁰² Jednak w PWBIS istnieją rozwiązania, które mogą wręcz uniemożliwiać sądom zadawanie pytań prejudycjalnych. W ostatnich latach dostrzeżono ten niedostatek i podjęto działania na rzecz jego likwidacji. Warto wskazać, że ujawnia się tutaj rozbieżność między działaniami władz państwowych, które nie podejmowały wysiłków na rzecz zniesienia tych ograniczeń, a organami sądowymi w państwach, które same wyrażają wolę skorzystania szerzej z możliwości zwracania się do ETS z pytaniami.¹⁰³ Nawet Rzecznik Generalna J. Kokott wyrażała zdziwienie, że państwa członkowskie nie dostrzegają wagi orzeczeń prejudycjalnych.¹⁰⁴ Szerokie reformy po-

¹⁰² Zob. S. Biernat, *Współpraca sądów państw członkowskich z ETS w ramach procedury pytań prejudycjalnych* [w:] J. BARCZ (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2006, s. I-382. Por. także J. BARCZ (red.), *Postępowanie prejudycjalne w Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.

¹⁰³ Por. uchwała SN z 20 lipca 2006 r. I KZP 21/06, OSNIKW 2006, nr 9, poz. 77.

¹⁰⁴ Por. opinię Rzecznik Generalnej Juliane Kokott, przedstawioną w dniu 11 listopada 2004 r., w sprawie C-105/03, *Postępowanie karne przeciwko Marii Pupino*; Zb. Orz. 2005, s. I-05285.

stępowania prejudycjalnego są zatem niezbędne, ponieważ wprowadzone ograniczenia w możliwości zadawania pytań przez sądy krajowe skutkują przede wszystkim tym, że sądy niezbyt często korzystają z tego instrumentu (w dziedzinie PWBIS). Waga spraw należących do materii PWBIS jest tymczasem ogromna, ponieważ dotyczy bezpośrednio jednostek. Ponadto zwykle postępowanie prejudycjalne trwa obecnie średnio osiemnaście miesięcy, co grozi naruszeniem praw jednostki i przewlekłością postępowania. Warto dodać, że dotychczasowe orzeczenia ETS wydane w tym trybie są, co prawda, nieliczne (co wiąże się z istniejącymi ograniczeniami), aczkolwiek bardzo istotne (zarówno w zakresie współpracy w sprawach karnych, jak i w sprawach cywilnych). W rezultacie dyskusji nad możliwościami zmian 20 grudnia 2007 r. Rada przyjęła decyzję w sprawie zmiany Protokołu w sprawie Statutu Trybunału Sprawiedliwości,¹⁰⁵ a w konsekwencji 15 stycznia 2008 r. Trybunał przyjął stosowane zmiany w swoim Regulaminie. Już w lipcu 2008 r. wydane zostało pierwsze orzeczenie w sprawie C-195/08PPU *Rinau*, dotyczące rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z 27 listopada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz z zakresu odpowiedzialności rodzicielskiej. W sierpniu 2008 r. ETS wydał drugi wyrok w tym trybie, tym razem dotyczący europejskiego nakazu aresztowania, i znów całe postępowanie trwało ok. 6 tygodni.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Decyzja Rady 2008/79/WE, Euratom, Dz. Urz. UE 2008, L 24, s. 42. Informację na temat pilnego trybu prejudycjalnego autorka zamieściła na stronie internetowej Forum Wymiar Sprawiedliwości i Sprawy Wewnętrzne działającego przy Centrum Europejskim Natolin <http://www.wsisw.natolin.edu.pl> Zob. także informację zamieszczoną w nocie od redakcji Editorial comments, *Preliminary rulings and the area of freedom, security and justice*, CMLRev, 44: 1–7, 2007 albo s. PEERS, *Salvation Outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi judgments*, CMLRev 40, 883–929, 2007.

¹⁰⁶ Wyrok Trybunału (trzecia izba) z 12 sierpnia 2008 r. w sprawie C-296/08PPU *Ignacio Pedro Santesteban Goicoechea*, jeszcze niepubl.

3.4. ZWALCZANIE PRZESTĘPCZOŚCI W RAMACH PAŃSTWA PRAWA

Kolejnym obszarem, w ramach którego pojawia się wiele wyzwań mających znaczenie dla budowy PWBiS, jest zwalczanie przestępczości. Zwalczanie przestępczości i zapewnienie obywatelom bezpieczeństwa wewnętrznego jest jednym z podstawowych zadań każdego państwa z osobna. Tym niemniej Unia również ustanowiła sobie zadanie, jakim jest zapewnienie wysokiego poziomu bezpieczeństwa w PWBiS zarówno w aspekcie wewnętrznym, jak i zewnętrznym. Z punktu widzenia UE jako całości najważniejszym obecnie wyzwaniem jest zwalczanie terroryzmu i przestępczości zorganizowanej, gdyż stanowią one zagrożenie również dla wartości, na których opiera się UE, czyli dla demokracji, pokoju i ochrony praw podstawowych, a ponadto cechują się elementem transgranicznym, tzn. najczęściej popełniane są w kontekście kilku państw (sprawcy, miejsce działania i in.).

Najobszerniej podejmowana jest tematyka zwalczania terroryzmu. Unijnym dokumentem najszerzej odpowiadającym na zagrożenia związane z terroryzmem jest Strategia zwalczania terroryzmu, uaktualniona w 2005 r. (*the European Union Counter-Terrorism Strategy*). Na strategię składają się takie działania, jak :

- zapobieganie zjawisku, poprzez analizę czynników i źródeł terroryzmu, które prowadzą do radykalizacji i rekrutacji, zarówno w Europie jak i poza nią;
- ochrona mieszkańców i infrastruktury oraz redukcja podatności na atak, poprzez m. in. zwiększenie skuteczności działań służb granicznych, transportowych oraz poprawę stanu infrastruktury technicznej.
- ściganie zarówno poprzez zatrzymywanie sprawców, jak i utrudnianie planowania, podróży, komunikowania, odcięcie od źródeł finansowania i postawienie przed sądem.

- wzmocnienie umiejętności radzenia sobie z następstwami, koordynacją reagowania oraz potrzebami ofiar.

Trzeba podkreślić, że działania podejmowane przez UE nie są jednak wystarczające, nawet w odniesieniu do zwalczania terroryzmu. W sprawozdaniu z realizacji Programu haskiego w 2007 r. zaznaczono, że w obszarze zwalczania terroryzmu „poczyniono znaczne starania”, a dalej - że „kontynuowano realizację planu działania UE dotyczącego zwalczania terroryzmu we wszystkich czterech obszarach (zapobieganie, ochrona, ściganie i odpowiedź)”.¹⁰⁷ Są to bardzo enigmatyczne stwierdzenia, które nie potwierdzają szczególnych osiągnięć w tej dziedzinie. Również w części dotyczącej zwalczania przestępczości zorganizowanej stwierdza się, że „ogólnie postępy w tej dziedzinie były w dużej mierze niezadowalające.” Komisja uważa, że główną przyczyną takiego stanu rzeczy jest fakt, że „niektóre działania (takie jak opracowanie dokumentu roboczego służb Komisji na temat egzekwowania prawa na podstawie danych wywiadowczych, opracowanie zaleceń dotyczących standardowej metodologii wykrywania słabych punktów w uszczelnianiu systemu prawnego, zalecenie (lub wnioski) dotyczące zwiększenia przejrzystości działania podmiotów prawnych w celu obniżenia podatności na infiltrację przez środowiska przestępczości zorganizowanej) są już niemożliwe do wykonania lub można lepiej je wykonać na poziomie państw członkowskich”.¹⁰⁸

Z drugiej strony, nie sposób nie zauważyć, że pewne działania są prowadzone, np. przyjęto wspomnianą już decyzję ramową w sprawie ochrony danych osobowych w III filarze UE, zakończono proces włączenia Konwencji z Prüm do prawa UE, a 6 listopada 2007 r. przyjęto kompleksowy pakiet antyterrorystyczny.

¹⁰⁷ Por. Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego. Sprawozdanie z realizacji Programu haskiego za rok 2007, COM (2008) 373 *final*, s. 8.

¹⁰⁸ Tamże, s. 8.

Pakiet ten obejmuje również wniosek dotyczący unijnego systemu PNR,¹⁰⁹ plan działania w sprawie materiałów wybuchowych oraz wniosek dotyczący zmiany decyzji ramowej w sprawie zwalczania terroryzmu. Ta ostatnia inicjatywa, która ostatecznie zakończyła się przyjęciem decyzji ramowej,¹¹⁰ ma doprowadzić do harmonizacji krajowych przepisów dotyczących publicznego nawoływania do popełniania przestępstw terrorystycznych, rekrutacji na potrzeby terroryzmu i szkolenia terrorystycznego, tak aby czyny te podlegały karze na terytorium całej UE – także jeśli zostały popełnione za pośrednictwem Internetu – oraz zapewnić, by obowiązujące przepisy dotyczące kar, odpowiedzialności osób prawnych, jurysdykcji i ścigania miały zastosowanie do przestępstw. Zakończono również prace nad projektem decyzji ramowej w sprawie zwalczania przestępczości zorganizowanej.¹¹¹

Dla przeciętnego obywatela najbardziej jednak odczuwalne jest zagrożenie przestępczością „zwykłą”. Fakt, że UE nie podejmuje szerszych działań w tym zakresie, nie powinien być usprawiedliwiany brakiem kompetencji czy też naruszeniem zasady subsydiarności, bowiem, jak wynika z art. 29 TUE w związku z dalszymi przepisami traktatowymi, zadaniem UE jest tworzenie PWBiS, a wyliczenie, jakie znajduje się w art. 29 TUE, ma jedynie charakter przykładowy. Nie można zatem ograniczać zadań stojących przed UE tylko do tych dwóch aspektów przestępczości, tak jak np. dzieje się to w raporcie *High-Level Advisory Group In the Future of European Justi-*

¹⁰⁹ Por. projekt decyzji ramowej Rady w sprawie wykorzystywania danych dotyczących rezerwacji pasażera (danych PNR) w celu egzekwowania prawa, COM (2007) 654 *final*.

¹¹⁰ Decyzja ramowa Rady 2008/919/WSiSW z dnia 28 listopada 2008 r. zmieniająca decyzję ramową 2002/475/WSiSW w sprawie zwalczania terroryzmu, Dz. Urz. UE 2008, L 330, s. 21.

¹¹¹ Decyzja ramowa Rady 2008/841/WSiSW z dnia 24 października 2008 r. w sprawie zwalczania przestępczości zorganizowanej, Dz. Urz. UE 2008, L 300, s. 42.

ce Policy.¹¹² W tym zakresie w sprawozdaniu z realizacji Programu haskiego w 2007 r. Komisja Europejska odnotowała postęp i rozwój, ale dalej wyjaśnia, na czym ten rozwój polega: „kilka grup ekspertów spotkało się w ciągu ubiegłych dwóch lat, aby dyskutować nad utworzeniem europejskich instrumentów służących do gromadzenia, analizy i porównywania informacji dotyczących przestępczości i wiktylizacji, przy jednoczesnym uwzględnieniu tendencji w poszczególnych państwach członkowskich. Grupy te analizują możliwość zastosowania różnych narzędzi w tej dziedzinie”. Konkretne działania, jakie wymienia Komisja, to organizacja konferencji na wysokim szczeblu w dziedzinie zapobiegania chuligaństwu na stadionach w dniach 28–29 listopada 2007 r. i czynny udział w pracach różnych grup ekspertów dotyczących bezpieczeństwa podczas imprez sportowych.¹¹³ W stosunku do tych „konkretnych” działań, jeżeli mają to być jedyne działania w tej dziedzinie (a o innych Komisja nie wspomina), można wyrazić jedynie powątpiewanie, czy zbliżają nas one w jakikolwiek sposób do utworzenia PWBiS.

Aby zwiększać możliwości w zakresie zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu, ale także zwykłej przestępczości, UE powinna kontynuować prace nad usuwaniem barier we współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych, poprzez wykorzystywanie szybkich i sprawnych dróg wymiany informacji, z jednoczesnym poszanowaniem praw podstawowych. Prawa obywatelskie nie mogą być zagrożone tylko dlatego, że zwalczana jest przestępczość. Wyważenia wymaga zatem ingerencja w prawa jednostek, zwłaszcza w prawo do prywatności i zapewnienie odpowiednich gwarancji prawnych.

¹¹² Zob. dokument Rady 11549/08 – poświęcono w nim sporo uwagi zwalczaniu terroryzmu i przestępczości zorganizowanej, nie zajęto się jednak zwalczaniem innego rodzaju przestępczości.

¹¹³ Por. Komunikat Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego. Sprawozdanie z realizacji Programu haskiego za rok 2007, COM (2008) 373 *final*, s. 10–11.

W celu zilustrowania tego problemu można podać przykład. Zwalczenie terroryzmu wymaga m.in. konsekwentnego zamrażania funduszy organizacji i osób podejrzanych o terroryzm, ale nie można przy tym pomijać kwestii związanych z niezbędnymi gwarancjami prawnymi.¹¹⁴ Niedawno ETS wydał wyrok w sprawie C-402/05P *Yusuf Kadi*. Wnoszący odwołanie od wyroku Sądu Pierwszej Instancji został wskazany przez komitet ds. sankcji Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych jako osoba podejrzana o wspieranie terroryzmu, której fundusze i inne środki finansowe mają zostać zamrożone. Trybunał potwierdził przede wszystkim, że Rada miała kompetencję do wydania rozporządzenia na podstawie wybranych przez siebie artykułów traktatu WE.¹¹⁵ Trybunał stwierdził jednak, że Sąd naruszył prawo, orzekając, że sądy wspólnotowe co do zasady nie mają żadnej właściwości do dokonywania kontroli wewnętrznej zgodności z prawem przedmiotowego rozporządzenia. Kontrolę przez Trybunał ważności wszelkich aktów wspólnotowych w aspekcie praw podstawowych należy uważać za wyraz – we wspólnocie prawa – gwarancji konstytucyjnej wynikającej z traktatu WE jako autonomicznego systemu prawnego, którego umowa międzynarodowa nie może naruszać. Podsumowując, Trybunał stwierdził, że sądy wspólnotowe powinny zapewnić pełną co do zasady kontrolę zgodności z prawem ogółu aktów wspólnotowych w aspekcie praw podstawowych, stanowiących integralną część zasad ogólnych prawa wspólnotowego, w tym również tych aktów wspólnotowych, które, jak rozpatrywane rozporządzenie, służą wykonaniu rezolucji Rady Bezpieczeństwa.

¹¹⁴ Zob. wyrok Trybunału z 3 września 2008 r. w sprawie C-402/05P *Yassin Abdullah Kadi przeciwko Radzie Unii Europejskiej i Komisji Wspólnot Europejskich*, jeszcze niepubl. Por. także sprawę C-355/04P *Segi i inni przeciwko Radzie*. Więcej na temat tych spraw zob. M. NETTESHEIM, *U.N. Sanctions against Individuals – a challenge to the Architecture of European Union Governance*, CMLRev 2007, s. 567–600 oraz S. PEERS, *Salvation...*, *op. cit.*, s. 883–929.

¹¹⁵ Artykuły 60 WE i 301 WE w związku z art. 308 WE.

Działania UE podejmowane w zakresie zwalczania przestępczości powinny uzupełniać prace państw członkowskich. Z kolei celem państw członkowskich powinno być nie tylko dbanie o bezpieczeństwo swoich obywateli, ale też dbanie o bezpieczeństwo Unii Europejskiej jako całości, co może wymagać zmian w zakresie codziennej praktyki współpracy policyjnej czy współpracy sądowej. Dlatego też odpowiednie organy państw członkowskich powinny zrozumieć, jak istotne jest przyjmowanie środków usprawniających współpracę. Przykładowo, powinno się tworzyć takie instrumenty jak europejski nakaz dowodowy, który jest już od dłuższego czasu dyskutowany i który miał pomóc we współpracy, ale z rezultatów negocjacji wynika, że ten instrument został w trakcie negocjacji tak zmieniony, że nie ma pewności, czy dobrze spełni swoją funkcję.¹¹⁶ Przyjęcie instrumentu, który miałby ogólny zakres zastosowania w stosunku do wszystkich rodzajów dowodów i nie wymagałby stosowania skomplikowanych procedur, jest właśnie tym elementem, w którym działania UE mogą wykazać swoją wartość dodaną.

¹¹⁶ Prace nad projektem decyzji ramowej w sprawie europejskiego nakazu dowodowego rozpoczęły się jeszcze w 2003 r. Zob. COM (2003) 688 *final*.

4.

Traktat z Lizbony

Rozwiązaniu wielu problemów opisanych wyżej, zwłaszcza tych o charakterze horyzontalnym, miał pomóc najpierw Traktat ustanawiający Konstytucję dla Europy, a później Traktat z Lizbony.¹¹⁷ Nowy traktat miał w szczególności odpowiedzieć na problemy systemowe,¹¹⁸ wśród których – wypunktowując je jedynie – należy wskazać na: rozdzielenie materii (dodatkowo nieprzeprowadzone konsekwentnie) między I a III filar UE i związany z tym dualizm rozwiązań prawnych (w tym zróżnicowane instrumenty prawne), długotrwały i zróżnicowany proces podejmowania decyzji, brak kontroli demokratycznej w III filarze UE (marginalna rola Parlamentu Europejskiego, ograniczone kompetencje Trybunału Sprawiedliwości WE), niezupełnie jasny stan prawny obowiązujący w III filarze UE, w tym brak pewności co do obowiązywania niektórych zasad istniejących w prawie wspólnotowym, jak np. zasady pierwszeństwa prawa UE, złożone problemy dotyczące podjęcia wzmocnionej współpracy,

¹¹⁷ Według Mandatu Konferencji Międzyrządowej 2007, do TUE i TFUE miały zostać włączone nowe elementy wynikające z ustaleń Konferencji Międzyrządowej z 2004 r., czyli podpisanego traktatu konstytucyjnego. Jednocześnie w Mandacie wyraźnie też wskazywano na przewidywane modyfikacje w stosunku do ustaleń z 2004 r., co znalazło odzwierciedlenie w tekście uzgodnionym w Lizbonie w październiku 2007 r. Zob. dokument Rady 11177/07 CONCL 2.

¹¹⁸ Więcej na temat zmian proponowanych w TL w odniesieniu do PWBIS zob. np. C. LADENBURGER, *Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A New Dimension for the Community Method*, *European Constitutional Law Review* 2008, no. 4, s. 20-40, a w literaturze polskiej np. A. GRZELAK, *Traktat z Lizbony – przegląd analityczny. Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości*, *Sprawy Międzynarodowe* 2007, nr 4, s. 122-140.

w wyniku czego jest to instrument niewykorzystywany w PWBis¹¹⁹ i wiele innych.

Traktat z Lizbony faktycznie daje solidne, aczkolwiek nadal niedoskonałe, podstawy do tworzenia PWBis. Zasadnicza zmiana związana jest z zastąpieniem obecnej trójfilarowej struktury UE jedną organizacją, która miała być spójna pod względem mechanizmu decyzyjnego i instrumentów prawnych i polega na ujęciu obecnych dwóch reżimów PWBis (Tytułu IV TWE i Tytułu VI TUE) jednolitym reżimem prawnym przyszłej organizacji międzynarodowej, tożsamym z obecnym reżimem wspólnotowym. Wśród najważniejszych rozwiązań systemowych proponowanych przez Traktat z Lizbony jako pierwsze należy zatem wymienić połączenie rozdzielonych dzisiaj materii w tytule, w jednym traktacie, z jednakowym katalogiem instrumentów prawnych i niemal identycznymi kompetencjami instytucji.¹²⁰ Wśród innych pozytywnych rozwiązań należy wskazać na:

- przejście do zwykłej procedury prawodawczej – ujednoczenie dla całej PWBis,
- przejście zasadniczo do podejmowania decyzji w Radzie większością kwalifikowaną,
- rozszerzenie zadań Parlamentu Europejskiego i uczynienie z tej instytucji współprawodawcy w całej PWBis,
- wzmocnienie znaczenia prawa UE przez rozciągnięcie zasad dotyczących skutku bezpośredniego i zasady pierwszeństwa również na akty z zakresu współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych,

¹¹⁹ Ostatnio jednak pojawiła się informacja o planach skorzystania z tej procedury w przypadku rozporządzenia dotyczącego rozwodów, którego przyjęcie blokuje obecnie Szwecja (wymagana jest jednomyslność). Por. *Będzie łatwiej o międzynarodowy rozwód*, Rzeczpospolita, 24.07.2008. (pobrane 30 lipca 2008 r.).

¹²⁰ Z Traktatu o Unii Europejskiej wyłączony zostaje obecny Tytuł VI: artykuł 29-39 TUE zostają zastąpione postanowieniami części trzeciej nowego Tytułu V TFUE (nowe art. 67-89 TFUE), a art. 40-40b TUE (dotyczące wzmocnionej współpracy) przez ogólny nowy przepis art. 20 TUE, regulujący tę problematykę.

- rozszerzenie kompetencji ETS, a tym samym wzmocnienie zasad demokratycznego państwa prawnego,¹²¹
- przyznanie statusu aktu prawa pierwotnego Karcie Praw Podstawowych, czyli wzmocnienie ochrony jednostki w tym obszarze oraz przyjęcie wielu przepisów dotyczących ochrony praw jednostki,
- wprowadzenie pewnych kompetencji kontrolnych dla parlamentów narodowych.

Prawdopodobnie najistotniejszą zmianą jest jednak to, że w zasadniczej części spraw decyzje podejmowane będą w Radzie większością kwalifikowaną, z zastosowaniem zwykłej procedury prawodawczej, podobnie jak ma to miejsce w innych dziedzinach współpracy w UE. Umacnianie „metody wspólnotowej”, polegające na zwiększeniu liczby obszarów, w których decyzje w Radzie zapadają większością kwalifikowaną, jest gwarantem zapewniania większej jednolitości w UE i większej jej spójności, bowiem jedno państwo nie będzie mogło narzucić swojej woli pozostałym, blokując np. przyjęcie aktu prawnego. Również utrzymanie prawa inicjatywy państw członkowskich nie ma dla tej oceny ogromnego znaczenia, gdyż zapewnia jedynie, że przedmiotem działania UE będą sprawy istotnie stanowiące przedmiot zainteresowania państw członkowskich, a nie tylko Komisji Europejskiej.

Przeniesienie w przepisie Traktatu o Unii Europejskiej, w którym wymienione są cele Unii Europejskiej, celu, jakim jest „zapewnienie jej obywatelom PWBiS” na drugie miejsce, zaraz po celu, jakim jest „wspieranie pokoju, jej wartości i dobrobytu wśród jej narodów”, podkreśla również znaczenie, jakie państwa członkowskie przykładają do współpracy w tym obszarze. Wskazuje również na kolejny etap w rozwoju

¹²¹ Zdaniem autorów notatki redakcyjnej, rola ETS jest o wiele bardziej znacząca w kwestii ochrony praw jednostki i gwarancji tych praw niż jakiegokolwiek innej instytucji UE czy też państw członkowskich. Por. Editorial comments, *Two-speed European Citizenship? Can the Lisbon Treaty help close the gap?* CMLRev 45: 1–11, 2008, s. 10.

współpracy w tej materii, obserwowany od lat 70. XX w., który jednak nabrał zdecydowanego tempa dopiero w ostatnich piętnastu latach.

Traktat z Lizbony nie wprowadza daleko idących zmian w merytorycznych aspektach współpracy w PWBis, oprócz tych, które dotyczą Prokuratury Europejskiej, usystematyzowania zakresu dopuszczalnej harmonizacji w zakresie prawa karnego (materialnego i procesowego), rozszerzenia zakresu współpracy policyjnej (w tym poprzez Europol), rozszerzenia współpracy sądowej czy też możliwości stworzenia jednolitej polityki azylowej. Jest to jednak właściwie realizacja już podjętych inicjatyw, ale wymagały one uporządkowania podstaw traktatowych, czemu Traktat z Lizbony wychodzi naprzeciw.

Projekt TK, który poprzedzał TL i którego rozwiązania zostały w ogromnej mierze przejęte przez TL, powstawał w okresie wzmożonej aktywności służb po atakach terrorystycznych w Europie i mógł przygotować grunt pod dogłębną reformę PWBis. Nie było zatem zaskoczeniem, gdy w grudniu 2002 r. grupa robocza Konwentu ds. wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych przedstawiła ambitny projekt rozwoju współpracy.¹²² Państwa członkowskie rozmiękczyły ten proponowany postęp, tworząc wiele możliwości blokowania propozycji UE. Dotychczasowe ramy traktatowe wydają się, co prawda, odpowiadać niektórym państwom zadowolonym z obecnego poziomu zaawansowania współpracy między państwami członkowskimi, ale są państwa, które zmierzają do uzyskania wyraźnych postępów, podejmują inicjatywy poza Unią Europejską. Wydaje się, że w interesie chyba wszystkich państw członkowskich leży zapewnienie jak najwyższego poziomu bezpieczeństwa – i to nie tylko narodowego, ale także w wymiarze globalnym. Pogłębiona integracja i podejmowanie skutecznych działań poza ramami prawnymi UE może zatem przewrotnie działać w konsekwencji na korzyść całej Unii Europejskiej. Z tego też względu pozytywnie

¹²² Więcej na temat prac Konwentu zob. C. LADENBURGER, *Police...*, *op. cit.*, s. 25 i n.

należy ocenić wszystkie te przepisy Traktatu z Lizbony, które będą ułatwiały podjęcie współpracy, nawet w grupie kilku państw, ale jednak w ramach traktatowych.

Oczywiście Traktat z Lizbony nie jest rozwiązaniem idealnym. Można przecież twierdzić, że TL nie przyznaje UE wystarczających kompetencji do stworzenia PWBis, gdyż Europa potrzebuje bardziej konkretnych rozwiązań z zakresu zwalczania przestępczości transgranicznej, a poza tym UE musi stworzyć wspólną politykę migracyjną, by móc realizować wspólnie swobodę przemieszczania się, bo przecież nie jest to zadanie dla jednego państwa członkowskiego. Liczne możliwości, by państwa członkowskie blokowały postęp, mogą oznaczać powrót do jednomyślności w niektórych kluczowych aspektach współpracy. Zdaniem A. Townsenda, w przypadku TK (czyli także zapewne TL) to państwa członkowskie zawiodły, nie przyznając UE wystarczających kompetencji, by stworzyć PWBis, co jest, jego zdaniem, nie tylko zaskakujące, ale również należy nad tym ubolewać.¹²³ Jest to jednak cena za postęp, który zaproponowano. Takie podejście oznacza również próbę szukania równowagi między wspólnymi standardami a szacunkiem dla narodowych tradycji prawnych.¹²⁴ Również wszelkie klauzule w Traktacie z Lizbony oraz proponowane okresy przejściowe mogą być uznane za przykład braku zaufania do możliwości dalej idącej współpracy.¹²⁵

Chociaż niektórzy autorzy uważają, że Traktat z Lizbony w istocie dokonuje „instytucjonalizacji wysokiego poziomu «wyjątkowości» w PWBS”, a takie dziedziny jak np. utrzymywanie porządku i bezpieczeństwa wewnętrznego, współpraca i koordynacja krajowych organów

¹²³ A. TOWNSEND, *Can the EU...*, *op. cit.*, s. 2.

¹²⁴ Zob. J. ZEMANEK, *The criminal...*, *op. cit.* (w druku).

¹²⁵ Więcej na temat wyłączeń dla Wielkiej Brytanii, Irlandii i Danii zob. M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: winning minds not hearts*, CMLRev 2008, vol. 45, issue 3, s. 68 i n.

odpowiedzialnych za utrzymanie bezpieczeństwa, wydawanie paszportów i innych dokumentów tożsamości, prawo rodzinne, są nadal objęte w istocie takimi wyjątkami, które nie pozwalają uznać tych dziedzin za poddane reżimowi wspólnotowego,¹²⁶ to – wbrew temu co piszą – trzeba odnotować wyraźny postęp w porównaniu do obecnych rozwiązań i problemów, gdyż proponuje się pewne rekompensaty związane z łatwiejszą możliwością współpracy w mniejszej grupie państw. W dobie szczególnego nasilenia walki z przestępczością szansa na „uwspólnotwienie” mogłaby być zatem dużym krokiem naprzód i stąd pozytywnie należy ocenić wszelkie próby osiągnięcia kompromisu, chociażby skutkowały one odsunięciem w czasie zastosowania w pełni regulacji unijnych (tak jak w przypadku jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości czy skutków aktów prawnych). Traktat z Lizbony przewiduje wiele rozwiązań gwarantujących uwzględnienie podstawowych interesów państwa, ale należy pamiętać także o tych nielicznych utrzymanych przypadkach podejmowania decyzji w Radzie w drodze jednomyślności.

Jako przeciwwagę dla procedur hamujących współpracę twórcy traktatu przewidzieli możliwość łatwiejszego podjęcia wzmocnionej współpracy przez grupę zainteresowanych państw. Może to, z jednej strony, oznaczać fragmentację Unii, co każdorazowo podkreśla się przy ocenie procedur współpracy w gronie mniejszej liczby państw, z drugiej zaś strony może oznaczać „straszak” wykluczenia wobec tych państw, które zbyt często chciałyby korzystać z procedur blokujących. Ma to przede wszystkim znaczenie psychologiczne, nie jest bowiem tajemnicą, że sfera prawa karnego jest tradycyjną domeną, w której państwa niechętnie się godzą na ograniczenie własnych uprawnień.¹²⁷ Nie ma za-

¹²⁶ Zob. S. CARRERA, F. GEYER, *The Reform Treaty & Justice and Home Affairs. Implications for the Common Area of Freedom, Security and Justice*, CEPS Policy Brief 2007, nr 141, s. 7.

¹²⁷ Por. H. MAROŃ, *Współpraca policyjna i sądowa w sprawach karnych wg projektu Konstytucji Europejskiej*, Państwo i Prawo 2007, nr 4, s. 102.

tem obaw, że kompetencje UE naruszają podstawowe elementy systemu wymiary sprawiedliwości pojedynczego państwa. Propozycje przeniesienia dyskusji na forum Rady Europejskiej wychodzą naprzeciw ewentualnym obawom. Również pozostawienie do wyłącznej kompetencji państwa utrzymania porządku i bezpieczeństwa publicznego oraz dodatkowe kompetencje do koordynowania działań powinny być oczywiście przyjęte pozytywnie, z punktu widzenia gwarancji bezpieczeństwa i obaw przed przeniesieniem zbyt wielu uprawnień na poziom UE.

Nawet najlepsze rozwiązania prawne i propozycje zawarte w nowym traktacie wymagają oczywiście akceptacji wszystkich państw członkowskich, bowiem w przeciwnym razie nawet najbardziej potrzebne reformy mogą zostać odrzucone, którego to zagrożenia doświadczamy obecnie. Traktat z Lizbony, gdyby został ratyfikowany przez wszystkie państwa członkowskie, mógłby się stać najistotniejszym dokumentem, w którym doszłoby do kodyfikacji wszystkich zasad współpracy państw członkowskich i określenia kompetencji organizacji międzynarodowej, jaką stałaby się Unia Europejska.

Negatywny wynik referendum w Irlandii przypomniał jednak o konieczności poszukiwania rozwiązań alternatywnych, w tym o możliwości zastosowania w celu przeprowadzenia reformy w PWBIS tzw. kładek (*passarelles*), czyli przepisów, które umożliwiają dokonanie zmian systemowych bez przeprowadzania procedury zmiany traktatów, chociaż w procedurze określonej w traktatach.¹²⁸ Obydwa przepisy traktatowe, określające procedurę kładek w PWBIS, czyli art. 67 ust. 2 i ust. 5 TWE oraz 42 TUE, wymagają jednomyślnej decyzji państw członkowskich i konsultacji z Parlamentem Europejskim, aczkolwiek procedura z art. 42 TUE wymaga również ratyfikacji we wszystkich państwach członkowskich.

¹²⁸ Szerzej na ten temat zob. J. BARCZ, *Problem ujednoczenia reżimu prawnego w Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości UE – w sprawie art. 42 TUE (tzw. procedura kładki)*, Europejski Przegląd Sądowy 2006, nr 10, s. 4-17.

Można się zastanawiać, czy bez Traktatu z Lizbony możliwe jest przeprowadzenie reform w PWBiS, które odpowiadałyby mu swoim zakresem. Nie wchodząc tutaj w szczegóły proceduralne, można stwierdzić, że zaistniałyby jednak pewne różnice. Przykładowo, na podstawie art. 67 nie można wprowadzić możliwości podejmowania decyzji w procedurze współdecydowania (zwykłej procedurze prawodawczej według TL) w obszarze listy państw, których obywatele muszą mieć wizy przy wjeżdżaniu do UE, oraz formatu wizy. Nie byłoby również możliwe dokonanie zmian w zakresie kompetencji WE w odniesieniu do imigracji, azyłu czy prawa cywilnego. Z kolei zastosowanie art. 42 TUE umożliwiłoby – jak się wydaje – wprowadzenie rozwiązań takich, jak przewiduje TL w odniesieniu do zasad głosowania czy podejmowania decyzji. Możliwe byłoby również wprowadzenie proponowanych „hamulców bezpieczeństwa”, aczkolwiek chyba nie dałoby się przeprowadzić zmian dotyczących łatwiejszej i szybszej możliwości podjęcia wzmocnionej współpracy, dlatego że w art. 42 TUE mowa jest wyraźnie o „warunkach głosowania”.¹²⁹ Ponadto przeniesienie oznaczałoby wyłączną inicjatywę prawodawczą Komisji Europejskiej, a nie dzielenie jej z państwami członkowskimi. Niemożliwe byłoby przyznanie również kompetencji do utworzenia urzędu prokuratora europejskiego czy wprowadzenie okresów przejściowych podobnych do tych, o których stanowi Traktat z Lizbony. W przypadku Trybunału Sprawiedliwości pełne ujednoczenie byłoby możliwe tylko wówczas, gdyby przed zastosowaniem kładki z art. 42 TUE przyjęto decyzję na podstawie art. 67 ust. 5 TWE.¹³⁰

Zastosowanie tzw. procedur kładki umożliwiłoby zatem przyjęcie większości zmian proponowanych przez TL, ale nie wszystkich.

¹²⁹ Tak również s. PEERS, *Changing the institutional framework for EU Justice and Home Affairs law without the Lisbon Treaty*, Statewatch analysis July 2008, s. 7.

¹³⁰ COM (2006) 346 *final*.

Ponadto należy pamiętać, że stosowanie procedury kładki wymaga jednomyślności państw członkowskich, a w przypadku art. 42 TUE – również trudnej politycznie procedury ratyfikacji. Z drugiej jednak strony, podjęcie takiego wyzwania umożliwiłoby Radzie analizę różnych scenariuszy i przyjęcie rozwiązań częściowo innych niż te zaproponowane w TL.

5.

Podsumowanie

Unia Europejska stoi obecnie na rozdrożu: albo odrzuci cel integracji i pozostawi PWBIS obszarowi suwerenności państw członkowskich, albo będzie iść naprzód, ale w tym przypadku konieczne jest wypracowanie dobrej nowej strategii. Szansę na to stwarza kończący się Program haski i możliwość przygotowania nowego planu działań.

Wymieniając w punktach najważniejsze problemy stojące na drodze do PWBIS, można wskazać na takie, które mają swoje źródło w innych przesłankach, czyli ciągły brak zaufania we współpracy państw, rozbieżności w systemach prawa krajowego, różne podejście państw do współpracy, bariery w możliwości współdziałania organów krajowych z organami UE, problemy ze stworzeniem wspólnej polityki migracyjnej i azylowej, wynikające z różnych standardów państw i różnego podejścia do zagadnienia.¹³¹ Nawet pojęcia bezpieczeństwa, wolności czy sprawiedliwości nie są jednoznacznie definiowane, gdyż zależą od wielu czynników społeczno-kulturowych, co uwidacznia, z jak skomplikowaną materią mamy do czynienia.¹³² Trzeba również pamiętać, że podczas gdy państwa członkowskie w Radzie wyrażają swój entuzjazm wobec PWBIS, to poszczególni urzędnicy na poziomie krajowym działają w sposób tradycyjny, przenosząc to również na poziom europejski (czego dobitnym przykła-

¹³¹ Zob. C. TEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum: an Illusion of Protection*, CMLRev 43: 1503–1566, 2006.

¹³² Por. M. ANDERSON, J. APAP, *Changing Conceptions of Security and their Implications for EU Justice and Home Affairs Cooperation*, CEPS Policy Brief 2002, nr 26, s. 1-16.

dem były prace nad Konwencją z Prüm). Przyczyny braku postępu w tworzeniu PWBis leżą zatem w zbiegu przyczyn politycznych, instytucjonalnych i praktycznych.

Aby zapobiec tym wyzwaniom, konieczne wydaje się podjęcie licznych działań, z których najważniejsze – nie tylko pożądane, ale wręcz nieuniknione – jest wprowadzenie metody wspólnotowej w całej PWBis. Bez tego tworzenie PWBis nie powiedzie się, gdyż nie przezwycięży się oporu niektórych państw do pogłębienia współpracy. Zlikwidowanie struktury filarowej jest warunkiem zrozumiałej, mającej legitymację, efektywnej, transparentnej i demokratycznej odpowiedzi na dylematy postawione przez proces europeizacji i tworzenia PWBis. Hasło „więcej Europy” może oznaczać również lepsze przestrzeganie zasady subsydiarności i wzmocnienie ochrony praw obywatelskich i podstawowych.¹³³ Do tworzenia PWBis wymagane byłoby wzmocnienie zasad państwa prawnego, w szczególności w odniesieniu do swobód obywatelskich – może rozwiązaniem byłoby przyjęcie Karty Praw Podstawowych jako aktu prawnie wiążącego, aby zagwarantować te prawa, w imieniu których działa się w PWBis.

Unia Europejska musi budować PWBis na mocniejszych podstawach instytucjonalnych, kontynuować usuwanie barier prawnych we współpracy i zapewnić praktyczną infrastrukturę współpracy. Państwa członkowskie muszą z kolei zrozumieć, że budowa PWBis nie ma charakteru opcjonalnego, lecz jest wymogiem, i muszą przyznać UE kompetencje do działania w tym obszarze.

Utworzenie PWBis powinno być celem strategicznym UE w nadchodzących latach, ale droga do tego obecnie – zwłaszcza w sytuacji niepewnego losu Traktatu z Lizbony – jest bardzo daleka. Postrzeganie tego obszaru jako dziedziny suwerenności stwarza bariery postępu w tej

¹³³ E. GUILD, S. CARRERA, *The Hague Programme & the EU's agenda on freedom, security and justice: delivering results for Europe's citizens?*, opracowanie dostępne na stronie http://www.ceps.be/Article.php?article_id=530& (pobrane 15 lipca 2008 r.).

dziedzinie, a legislacyjne podstawy są przyczyną dotychczasowych trudności. Istotny postęp wymaga stałej kontroli oraz aktywnego udziału obywateli, wzmocnienia przejrzystości, stałych wysiłków, by wyjaśnić społeczeństwu istotę podejmowanych działań.

O Autorce

Agnieszka Grzelak jest doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Europejskiego Szkoły Głównej Handlowej, ekspertem ds. legislacji w Biurze Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu. Jest autorką licznych publikacji z zakresu prawa Unii Europejskiej, w szczególności dotyczących współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych, w tym dwóch monografii: „Unia Europejska a prawo karne” (Warszawa 2002) oraz „Trzeci filar Unii Europejskiej. Instrumenty prawne” (Warszawa 2008).

Niniejszy tekst został opracowany w wyniku badań naukowych prowadzonych w lipcu i sierpniu 2008 r. w Europejskim Instytucie Uniwersyteckim we Florencji w oparciu o grant Centrum Europejskiego Natolin.

The European Union
on the way towards the Area
of Freedom, Security and Justice



Unia Europejska na drodze
do Przestrzeni Wolności,
Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości

I.

Introduction

The creation of a European Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) holds a special place in the process of enhancing European integration, that is moving towards more sophisticated forms of cooperation between the Member States, in the economic sphere (Economic and Monetary Union), as well as in the spheres of intergovernmental cooperation under so-called 2nd and 3rd pillars, i.e. common foreign and security policy (2nd pillar) and police and judicial cooperation in criminal matters (3rd pillar). In this context enhanced cooperation means covering an increasing number of areas of economic and social life by EC/EU mechanisms and procedures.

The creation of the AFSJ is a task of the European Union, as well as the Member States – a task that has been implemented since the Amsterdam Treaty entered into force, i.e. for nearly 10 years. The period that has lapsed is a basis for reflection as to whether this task will ever be realised.

In order to understand where the European Union is headed, the concept of the “Area of Freedom, Security and Justice” needs to be explained. The idea of the AFSJ has been used since the Treaty of Amsterdam as a common term for cooperation under the former 3rd pillar.¹ However the term “area” seems to re-

¹ The Treaty on the European Union in its version adopted in Maastricht created the legal framework for justice and home affairs under the EU’s 3rd pillar. The Treaty of Amsterdam “communitised” a part of this area by moving some issues to the 1st pillar of the EU, but still under the name of AFSJ.

fer not only to the subject, but also the territorial dimension of the Member States as territorial units of the EU. In this context the concept of “an area” can be compared with the concept of “EU citizenship”, as European citizenship would not replace national citizenship just as “the AFSJ” would not replace the geographical aspect of the Member States, although a new area of cooperation aimed to emphasise the unity between the states shall be created.² The European Council also tried to explain the term “AFSJ”, in particular during the meeting held in Tampere in 1999, where priorities for actions to be taken in all fields covered by the AFSJ were identified.³ Generally it should be stated that there is no single point in time when we will be able to declare that the AFSJ has actually been established, as it is up to every country and every individual to assess whether all elements of such an area are actually in place. However, it seems right to attempt to assess whether the European Union is actually heading in the right direction, how long it will take until the first intended results are seen, and whether this project is at all viable.

Therefore this paper aims⁴ to attempt a diagnosis of cooperation, and the prospects of creating the AFSJ in a not-too-distant future, within the context of what has already been achieved and

² Cf. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Brussels 2003, e.g. p. 43.

³ The Tampere Conclusions of 1999, state that the concept of “freedom” includes the right to move freely throughout the Union, and is associated with the concepts of “security” and “justice”. A “genuine area of justice” is where people can approach courts and authorities in any Member State as easily as in their own country, while “security” is connected with joint efforts to prevent and combat crime and criminal organisations throughout the EU. See *Tampere European Council 15 and 16 October 1999: Presidency Conclusions*, Monitor Integracji Europejskiej 2002, No 53, e.g. p. 288.

⁴ Information contained herein refers to the legal situation as of 30 October 2008, updated on 20 March 2009 as necessary.

of challenges, in particular in the field of legislation and decision-making; it also attempts to place cooperation within a wider context of European integration. Undoubtedly one can say at the very onset that the path towards the AFSJ is not an easy one and that far-reaching actions are needed. For that reason, this brief introduction is followed, in the first part of the paper, by a presentation of the selected issues – challenges facing the EU, having a horizontal, general nature, and concerning all areas of cooperation within the AFSJ, followed by specific examples of every area in question, presented separately. Due to the size of this paper, the list of issues and achievements is far from being exhaustive, but it has been the author's ambition to select the most representative examples.

Obviously an analysis of the necessary reform of cooperation between Member States under the AFSJ always involves the issue of the evolution of the AFSJ in the context of the Treaties. Although chronologically we should begin with cooperation under the Treaty of Maastricht, when Treaty bases for cooperation in the areas defined at that time as “Justice and Home Affairs” (JHA) were created, the Treaty of Amsterdam and the creation of the concept of the AFSJ should be treated as the most important point of reference, along with the ensuing Tampere Programme and Hague Programme, as agreed by the European Council. It was the Treaty of Amsterdam that brought the hope for the implementation of ambitious political concepts that seemed, perhaps imperfectly, to re-establish the legal framework for cooperation and define the challenges faced by the EU. The Treaty establishing a Constitution for Europe (CT), and then the Lisbon Treaty (LT) attempted to give more impetus and new legal opportunities to the process, redefining democratic legitimacy

and – at least hypothetically – promoting the building of mutual trust between the Member States and increasing citizens' legal certainty.⁵ The future of the Lisbon Treaty continues to remain unclear.⁶

⁵ Similarly, according to J. ZEMANEK, for police and judicial cooperation in criminal matters, there is no alternative to the entry into force of the Treaty of Lisbon as soon as possible. Cf. J. ZEMANEK, *The criminal cooperation within the Area of Freedom, Security and Justice under the Treaty of Lisbon*. The text is based on the speech at the ECLN conference in Sophia – *Constitutionalisation without a constitution*, in April 2008. (a manuscript from the Author's collection).

⁶ No earlier than in December 2008 did Ireland declare its intention to hold a second referendum on the Treaty of Lisbon. See Brussels European Council 15 and 16 October 2008 Presidency conclusions, point 15, doc. 14368/08, CONCL 4 and conclusions of 11-12 December 2008, doc. 17271/08, CONCL 5.

2.

Structural and horizontal challenges

For 16 years, since 1992 when the Treaty bases were established for the 3rd pillar, i.e. the aforementioned area of cooperation known as “Justice and Home Affairs”, the cooperation has evolved in terms of Treaty bases, procedures and nature of cooperation.⁷ Before JHA cooperation was institutionalised in the Treaty of Maastricht, there had been no belief in the possibility of developing a comprehensive policy that would involve and promote the free movement of people. Since that time, the pace of realising these tasks has been stepped up, as politicians have been confronted with a changing environment, and in particular with greater threats to security, which required immediate reaction. Thus the general framework that required political action involved the globalisation of crime, as well as globalisation of migration issues, which was connected with the need to strike a balance between mobility, security and privacy, providing information using new technologies and – what follows – enhancing security.

⁷ It should be mentioned that in 1992 the EU Treaty in its Title VI regulated cooperation in the area of “justice and home affairs.” In 1997 The Treaty of Amsterdam no longer used this term, while at the same time split the area of cooperation, leaving “police and judicial cooperation in criminal matters” in the EU Treaty, while moving cooperation in visa, asylum and migration matters, as well as judicial cooperation in civil matters and issues connected with the crossing of borders to Title IV of the EC Treaty. These two areas of cooperation that cover matters formerly known as JHA, are to jointly create the Area of Freedom, Security and Justice. It is true, however, that these matters belong to national policies concerning justice and home affairs, so the name JHA is still in use. This is seen in the numbering of legal acts in the 3rd pillar, where this abbreviation is still used. See also the title of S. PEERS’ book published in 2007: S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, 2nd ed., Oxford 2007.

Several years later, in 1997, the EU faced a new challenge of creating the AFSJ,⁸ which seems to be an equally ambitious task as the creation of a single market, if not more difficult, as it requires overcoming the “traditional” concept of cooperation in the fields in question. To guarantee freedom and justice, whilst simultaneously enhancing security, the EU should strive for the approximation of the criminal laws of Member States, support cooperation between the police and prosecution services of the Member States, develop a common asylum and migration system, ensure the effectiveness of Community courts, guarantee the respect of individual rights and undertake many other complex actions. In order to accomplish this goal, Member States need to transfer a part of their competence with regard to certain matters to the EU. It can be said that since the Treaty of Amsterdam this area has been the most dynamically developing one in the EU, but it is also the most difficult one to deal with and the most “sensitive” in view of the existing differences between Member States, including in particular their legal systems, and being strictly connected with traditional ideas of national sovereignty.⁹ For this reason it is so difficult to abandon intergovernmental cooperation to the benefit of supranational cooperation, and this can only be achieved step by step. The Treaty establishing a Constitution for Europe, and then the Treaty of Lisbon, have proposed many positive changes in this respect, to facilitate the implementation of this goal. Work on both Treaties has made it possible for the Member States to equip the EU with the means necessary to create the AFSJ.

The European Union seems to be an ideal forum for cooperation in the fields covered by the AFSJ as, against the international background, it is a uniform area, both culturally and historically, with con-

⁸ Cf. Article 2 and Article 29 EU Treaty and Article 61 EC Treaty.

⁹ Evolution of the concept of sovereignty: see J. KRANZ (ed.), *Suwerenność i ponadnarodowość a integracja europejska*, Warsaw 2006.

stantly strengthening economic and political ties, which have recently led to increased activity. Cooperation under the AFSJ constitutes a network of diverse – in terms of origin and the scope of regulation – legal instruments, which, however, regulate only selected aspects. Among those structural and horizontal factors of varying degrees of importance, which contribute to the development of the AFSJ, the following should be mentioned:

- the need to build mutual trust among state authorities, but above all between the judicial authorities of the Member States, as without mutual trust the development of instruments for cooperation in civil and, first of all, criminal matters, will be pointless,
- improved effectiveness of cooperation between Member States,
- clearly defined political goals of cooperation in order to make the representatives of Member States, in particular within the Council, aware of where the EU is heading without losing sight of solutions that would bring the EU closer to its goal of creating the AFSJ,
- simplifying and improving the decision-making process, which is also clearly connected with improving effectiveness, while at the same time creating a well-defined mechanism and methodology for assessing achievements,
- strengthening the implementation at the level of national instruments adopted under the AFSJ,
- increasing funding for the AFSJ creation, as the implementation of major tasks would not be viable without it.

These challenges have not been enumerated and their list is far from exhaustive, being only an attempt at identifying those activities of a general nature that will make it possible to analyse specific solutions. It can be seen that these factors are of diversified nature – from legal (implementation of regulations), through economic (issues related to funding), to social aspects (strengthening mutual trust).

However, an attempt at identifying fundamental issues shows that currently the key issue is cohesion between all fields of the AFSJ. There is also a general question whether the areas of cooperation have anything in common besides the common name of “the AFSJ”. They seem to have a common thematic scope but, according to Walker, they do not constitute a naturally uniform, clearly defined general project.¹⁰ Often the concept of the “single market” is compared with the AFSJ, but these two projects are incomparable in terms of precision and internal uniformity; the development of the AFSJ is, in fact, a never-ending process that shall involve constant strive to reach an abstract level of values. The splitting of issues between the 1st and the 3rd pillar made it impossible to talk either about institutional cohesion or about cohesion between the legal systems of the 27 Member States, with every successive enlargement contributing to even greater differences.

As already shown by the implementation of the Tampere Programme in the years 1999-2004, this is a problematic area, and thus the effects have been far from satisfactory as far as implementation is concerned.¹¹ The Tampere Programme was an ideological programme, indicating measures to be taken by the year 2004. It can be said that as a result of this programme, the European Union has cre-

¹⁰ See N. WALKER, *In Search of the Area of Freedom, Security and Justice: A Constitutional Odyssey* [in:] N. WALKER (ed.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford 2004, p. 5. Also M. DEN BOER, *A Diagnosis of the Area of Freedom, Security and Justice: Remedies and Reforms in the Domains of Immigration, Terrorism and Security* [in:] S. BLOCKMANS, S. PRECHAL (ed.), *Reconciling the Deepening and Widening of the European Union*, Hague 2007, p. 18.

¹¹ Cf. J. APAP, S. CARRERA, *Progress and obstacles in the Area of Justice & Home Affairs in an Enlarging Europe*, CEPS Working Document 2003, No. 194. See also: M. LEWANDOWSKI, *Ocena wykonania "Agendy z Tampere" jako punkt wyjścia dla opracowania Programu haskiego* [in:] F. JASIŃSKI, K. SMOTER (ed.), *Obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości Unii Europejskiej. Geneza, stan i perspektywy rozwoju*, Warsaw 2005, pp. 418-441.

ated only an outline of its immigration policy and has made minimal progress in asylum policy, but no basis for efficient police cooperation has been created.¹² The adoption of the programme itself and its continuation in the years that followed is undoubtedly a success, as it has brought about change in the approach of the Member States to the fields in question, but the balance of achievements is far from satisfactory. While criminal groups quickly adjusted their operations to the abolition of broader checks, Member States continue to organise their police forces and cooperation between judicial bodies at national levels, which is evidenced by the fact that there are restrictions on crossing borders by police officers or using evidence acquired in other countries.¹³ No basis for a uniform criminal law system has been established, while the common space of justice is bound to require the same result of court proceedings in different countries. The Hague Programme adopted a few years later did not offer methods for the institutional change necessary to create the AFSJ. The fundamental issue is how to present “freedom”, “security” and “justice” as fundamental values and how to seek a balance between those values.¹⁴ However, no clear objective has been indicated and, therefore, no clear mechanisms have been offered for its implementation.

¹² According to A. TOWNSEND, the abolition of border checks within the Schengen area allowed terrorist organisations such as the Al-Qaeda or others to travel freely within EU Member States, and set up their units in Italy, Belgium, Spain, Great Britain and France. Cf. A. TOWNSEND, *Can the EU deliver the Area of Freedom, Security and Justice?*, EPIN Working Paper 2003, No. 9, p. 3.

¹³ See the course of work on the European evidence warrant, COM (2003) 688 *final* and their final outcome – Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters, OJ 2008 L 350, p. 72.

¹⁴ For more on the various aspects of the Hague Programme and more comments on this subject, see further in this paper.

2.1. STRENGTHENING MUTUAL TRUST

Mutual trust is a precondition for enhanced cooperation between the countries in areas belonging to the AFSJ; it contributes to enhanced integration between the countries in the area which, during the first phases of the development of European Communities, was considered a bastion of national sovereignty.¹⁵

The notion of “mutual trust” as such can cover various issues, ranging from cooperation between judicial bodies in the Member States, often based on different legal systems, traditions and legal cultures, to relations between the authorities of different Member States. Enhanced integration in this area would not have been possible if such authorities had not trusted one other as to whether they wanted to proceed to the next stage of cooperation, or if judicial authorities had not had trust in the common, *de facto*, goal of their respective legal systems, which is ensuring their citizens a high level of personal security under the AFSJ. Finally, “mutual trust” can also be understood as the belief of the nationals of Member States that actions taken at the EU level contribute to the actual improvement of the security situation and do not create additional threats, e.g. the abolition of internal borders is compensated by stricter border checks on the EU’s external borders.¹⁶

The analysis of the evolution of cooperation between Member States of EC/EU in the areas that belong to justice and home affairs clearly shows that mutual trust is needed for progress – beginning

¹⁵ More on mutual trust: see A. GRZELAK, *Wzmacnianie wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi w obszarze współpracy w sprawach karnych jako czynnik integrujący Unię Europejską*, Warsaw 2007, pp. 391-412. See also: HANS G. NILSSON, *Mutual trust or mutual mistrust?* [in:] G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (ed.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Brussels 2005, pp. 29-40.

¹⁶ Cf. A. DUDZIC, *Polska w obszarze wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości UE* [in:] F. JASIŃSKI, K. SMOTER (ed.), *Obszar...*, *op. cit.*, p. 456.

from the TREVI Group,¹⁷ within which members established informal contacts and learned to cooperate with other countries, through the Treaty of Amsterdam, which transferred a part of the area, i.e. issues of migration, asylum and judicial cooperation in civil matters, to the “supranational level of cooperation”, and finally to the Treaty of Lisbon, which, in principle, proposes the application of the same procedures of cooperation throughout the AFSJ (although this Treaty also contains clauses showing that there is no full mutual trust in certain aspects).¹⁸

However, the adoption of successive legislative acts, even if they are of a primary law nature, only means that the authorities of Member States are ready for the next step in cooperation, but it often turns out that this “readiness” is shown only at the moment of the signing of the Treaty. Later, when it comes to its application, this intention is certainly not so firm. Moreover, it often appears that the activities of the Member States’ authorities are inconsistent, as it can be seen that there is no will to take decisive steps towards enhanced cooperation when it comes to adopting secondary law. Let us take as an example the work on the Council Framework Decision on the European enforcement order and the transfer of sentenced persons between Member States of the European Union.¹⁹ It turned out that not all countries were willing to accept automatic recognition of ju-

¹⁷ Evolution of cooperation: see A. GRUSZCZAK, *Historia współpracy w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych: od TREVI do Tampere* [in:] F. JASIŃSKI, K. SMOTER (ed.), *Obszar... , op. cit.*, pp. 17-47 or J. MENKES, *Od współpracy policyjnej do „przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości”*, *Sprawy Międzynarodowe* 1997, No 3, p. 59.

¹⁸ More on this subject in the part devoted to the Lisbon Treaty.

¹⁹ Cf. the course of work on document JAI (2005) 2: Initiative of the Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden with a view to adopting a Council Framework Decision on the European enforcement order and the transfer of sentenced persons between Member States of the European Union, OJ C 150, 2005, p. 1.

dicial decisions, following which a Member State recognises and enforces a sentence issued by a court of another Member State, by penalty or safeguard measure in the form of imprisonment. The Draft Framework Decision was significantly revised in the process of negotiations, which partly thwarted automatic recognition as originally proposed.²⁰

This is followed by problems at the transposition stage: framework decisions are either never transposed to national laws or their transposition is significantly delayed,²¹ and often takes place in contradiction with the obligations that have been undertaken. The result of the drafting of an amendment to Article 55 of the Polish Constitution can serve as an example in this respect: during removal of a single inconsistency with Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant²² regarding a ban on extraditing Polish citizens when enforcing the EAW, new inconsistencies have been introduced, in particular the requirement to examine the double criminality of an act

²⁰ The Polish government conditioned its support for this initiative on maintenance of the regulation restricting automatic application of the mechanism of the surrender of convicts, including the option to refuse to admit the convict if the surrender blatantly affected the resocialisation objective. Cf. M. PŁACHTA, *Przekazywanie skazanych między państwami: za ich zgodą czy bez zgody*, Rzeczpospolita, 27.12.06, No 300, and M. PŁACHTA, *Przymusowe przekazywanie skazanych między państwami budzi wątpliwości*, Rzeczpospolita, 23.02.2007, No 46. See also the final result of the work, i.e. Council Framework Decision 2008/909/JHA of 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments in criminal matters imposing custodial sentences or measures involving deprivation of liberty for the purpose of their enforcement in the European Union, OJ L 327, 2008, p. 27, and in particular Article 9 of the Framework Decision on the grounds of non-enforcement.

²¹ Cf. Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, COM(2006) 8 *final*, from which it results that the Czech Republic and Italy were the last to implement the Framework Decision.

²² Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, OJ L 190, 2002, p. 1.

if it refers to a Polish citizen.²³ To provide yet another example, the list of offences for which double criminality fails to be examined under the European arrest warrant is subject to interpretation by individual countries.²⁴ This is very surprising as it refers to an act with particular impact on individual rights and freedoms, including personal freedom. Every individual should be aware which acts do not fall under the investigation of double criminality (or at least should be provided with clear information on this subject). However, the lack of precision and clarity may lead to mistrust between judicial bodies, as they are aware of having different legal solutions.²⁵

The fact that Member States are ready to build mutual trust does not necessarily imply that the judicial bodies, which are expected to implement or enforce EU legislation, are also prepared to do this. In particular, the principle of the mutual recognition of court judgments and decisions, which is based on mutual trust between courts that the result of court proceedings based on national legislation in one country can be recognised and enforced in another country, is not sufficiently consistently realised in practice, in view of insufficient knowledge of judges, unfamiliarity with the realities of other countries, inadequacy in referring to the sources of information available (and

²³ For more on this subject: see A. GÓRSKI, A. SAKOWICZ, *Na przekór prawu EU*, Analizy natolińskie 2006 No 7 (11). See also collection of opinions: *Nowelizacja art. 55 Konstytucji RP przez Sejm V kadencji*, "Przed pierwszym czytaniem", Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2006, No 1.

²⁴ Cf. R. BLEKXTOON, W. VAN BALLEGOOIJ (ed.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, Hague 2005, e.g. p. 137.

²⁵ At the same time the Court of Justice in its first judgement on Article 54 of the Convention implementing the Schengen Agreement upholds that "*ne bis in idem principle means [...] there is a necessary implication that the Member States have mutual trust in their criminal justice systems and that each of them recognises the criminal law in force in the other Member States even when the outcome would be different if its own national law were applied.* [bolded by the Author] Cf. Judgement of 11 February 2003 in joined cases C-187/01 C-187/01 (*H. Gözütok*) and C-385/01 (*K. Brügge*), ECR I-1345, 2003, p. 1345.

sometimes the lack of knowledge about such sources), etc. An example of such court activities is the decision of the District Court in Szczecin, which was widely commented in literature;²⁶ the court decided that an elementary condition for EAW enforcement is full reciprocity in implementing framework decisions by EU Member States, and in connection with the annulment of the German law transposing the Framework Decision on the EAW, the court refused to enforce the warrant which was issued in Germany.²⁷ In the light of the loyalty principle clearly confirmed in ECJ case-law, such decision is inappropriate and clearly proves that the court in Szczecin did not trust in the legality of actions of German judicial authorities.

Another example of mistrust between judicial bodies is seen in recent developments regarding the EAW enforcement and return surrender of Polish citizens sentenced in the United Kingdom.²⁸ The Polish Ministry of Justice contacted the British Home Office to speed up activities in this respect. Earlier the British judicial authorities refused to provide the Poznań District Court with relevant information on the case, since, as was announced by the media, the Polish court was not authorised to proceed in the case of Jakub T. This is rather peculiar, as the Poznań court did not represent a specific individual but was interested in enforcing its decision to surrender Jakub T. to the UK. Perhaps there

²⁶ Decision of the District Court in Szczecin, 3rd Criminal Division, of 22 July 2005 in Case III Kop 24/05 (from the Author's collection).

²⁷ Cf. also M. HUDZIK, LECH K. PAPRZYCKI, *Europejski nakaz aresztowania*, Europejski Przegląd Sądowy, 2005, No 1, pp. 46-48.

²⁸ This refers to the cases of Jakub T. and Kamil K. concerning alleged incidences of rape committed in the United Kingdom, which were widely commented in the press. Both were earlier extradited by Poland to the United Kingdom on the basis of the European arrest warrant. When enforcing EAWs issued by British courts, Polish courts have made a reservation – in accordance with the Framework Decision – that the persons in question shall return to Poland for the period of the sentence. Cf. also information available on the website of the Ministry of Justice <http://www.mp.gov.pl/aktualnosci.php#akt080709> (as of 28 July 2008).

were some reasons for delaying the enforcement of the Polish court's decision but they should have been clarified through direct contact between representatives of both courts, without engaging political authorities in the process. Such activities of judicial bodies in Member States can lead to a reluctance in implementing or delaying the implementation of provisions on mutual recognition of court judgements or decisions (or even to non-implementation).²⁹

Therefore, in order to achieve a high level of trust, on the one hand legislative actions, which will be discussed in the section devoted to specific challenges within the AFSJ, are needed; on the other hand many practical actions addressed at representatives of judicial authorities and aimed to raise their awareness of the common judicial culture.³⁰ Such actions would consist of training the judiciary in order to make them familiar with legal systems in other countries but, first and foremost, it will also be necessary to establish direct contacts.³¹

In conclusion, it is clear that there is yet no mutual trust either at the law-making or at the law application level. H. Nilsson is right to state that now we should rather talk about the mutual distrust stemming from human minds.³² The strengthening of mutual trust is one of major challenges facing the EU as regards the political, legal and social levels, on the way towards the AFSJ.

²⁹ Finally the case of Jakub T. ended with transferring him to Poland for his sentence. However, there was the legal problem of what sentence should be served: the one adjudged by the British court or the one which would have been adjudged by the Polish court, hence the opinion of the Supreme Court was sought. Cf. Resolution of Supreme Court of 3 March 2009, file reference I KZP 30/08.

³⁰ Cf. COM (2006) 195 *final*, p. 6.

³¹ See also: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on judicial training in the European Union COM (2006) 356 *final*.

³² See H. NILSSON, *Mutual...*, *op. cit.*, p. 38. On the grounds of the opinion of the Ministry of Justice of Luxembourg, the author claims that "*it is perhaps more of importance to create trust among legislators rather than for judges? However this mutual mistrust probably stems from the human mind.*"

2.2. THE EFFECTIVENESS OF COOPERATION BETWEEN EU MEMBER STATES

Another challenge for the Member States that intend to create the AFSJ, is ensuring the effectiveness of their activities including, above all, the effectiveness of the work of institutions (in particular the Council), but also coordinating activities of various international forums so that their efforts do not overlap or even contradict each other.³³ This is a horizontal challenge concerning all of the AFSJ areas and is connected with many other aspects, including effective information for citizens about developments in the EU. Selected aspects of this issue shall be covered later in this text – from systemic matters (concepts of cooperation, setting objectives, task sharing), through the functioning of the Council, to a particular example of ineffectiveness and a suggested solution for this problem.

To begin with the aspect of the cohesion of solutions, it should be noted that when setting long-term and medium-term goals of cooperation, the question that needs to be answered is whether such activities at the European level have their “added value”. Before any legislative act is adopted, a comprehensive review of existing legislation is needed to determine if the possible solutions for reaching the specific objective are already in place. It turns out that currently such reviews are not carried out and are not popular yet, although it can be seen that things are slowly beginning to change in this respect. For example, as suggested by the Report on Implementation of the Hague Programme for 2007, some actions planned for 2007 were not implemented, as “it was considered not advisable to proceed with legislation at the EU level given insufficient proof of EU added value (for example, following the results of the

³³ C. LADENBURGER also considers this issue as fundamental in creating the ASFJ: See c. LADENBURGER, *Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A New Dimension for the Community Method*, European Constitutional Law Review 2008, No 4, p. 21.

Impact Assessment of the proposal on the protection of witnesses and collaborators of justice).”³⁴

The effectiveness of cooperation in the European Union depends to a large extent on the proper functioning of tasks shared by the EU and its Member States. Measures need to be taken at the EU level to successfully meet the challenges for cooperation in the area of home affairs and justice. On the other hand, the main areas of cooperation in this sphere are generally seen as important aspects of national sovereignty. Therefore, it is necessary to balance the distribution of tasks and additionally to ensure that EU citizens accept decisions adopted in Brussels. Therefore political activities should balance the tasks at the European level with pragmatic cooperation. It is often stressed that the European Union cannot legitimately act in this area, in particular in the context of the 3rd pillar and considering the limited scope of competence of the European Parliament³⁵ and the lack of interest shown by national parliaments. Some authors even write about “a gubernatorial model of law-making” as regards framework decisions, which display two major defects resulting in the “reluctance” of Member States to apply (and implement) such decisions: the negligible role of the national legislator (sometimes limited to simply “copying” decisions into national law), and the fact that the texts of decisions are negotiated by officials, who guard their power and thus do not allow for enhanced integration, keeping as many issues as they can under the jurisdiction of national law.³⁶ This

³⁴ Cf. paragraph 57 of the Communication from the Commission to the Council and the European Parliament. Report on Implementation of the Hague Programme for 2007, COM (2008) 373 *final*.

³⁵ In the present concept of the 3rd pillar it plays a purely consultative role. Cf. Article 39 of the EU Treaty.

³⁶ Cf. an alternative concept, presented by B. SCHÜNEMANN, published in Poland under the title: *Europejskie ściganie karne. Projekt alternatywny*, Poznań 2005, or elaboration on B. SCHÜNEMANN, *Europeizacja prawa karnego niebezpieczeństwem dla demokratycznego państwa prawnego*. Translation. Ewa Guzik-Makaruk, *Jurysta* 2004, No 7/8, pp. 5-11.

approach does not facilitate the creation of the AFSJ and undoubtedly calls for a reform.

Therefore a focus on effectiveness and practical dimension is needed in order to achieve positive results for citizens and their interests in the near future. But looking at how institutions currently operate, it can be seen that the development of cooperation in the area of justice and home affairs is generally reactive to current developments and general trends, or at least it is presented in this way. If we look at the evolution of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters, it can be clearly seen that the creation of the TREVI Group was, in itself, a response to the growing international terrorism, while since 1989 EU activities have focused on compensative measures in view of the planned abolition of border checks on internal borders. On the other hand, the speeding up of activities and the adoption of many framework decisions in 2002, including the Framework Decision on the European arrest warrant, is presented as a reaction to the events of 11 September 2001.³⁷

The effectiveness of cooperation should be strengthened by an efficient institutional structure. Currently, the overall responsibility for the development and management of cooperation in the area of justice and home affairs rests with the Council of Ministers for Home Affairs and Ministers of Justice of the Member States (JHA Council), supported by COREPER, SCIFA (Strategic Committee on Immigration, Frontiers and Asylum), CATS (Article 36 Committee) and the Committee on Civil Law Matters, along with numerous working

³⁷ Although work on the framework decision had long-since been in progress, the events of 11 September 2001 speeded up the presentation of the proposal at the EU forum by only a few weeks. For more on this subject: see N. WALKER, *In Search...*, *op. cit.*, p. 12. See also: F. GREGORY, *The EU's Response to 9/11: A Case Study of Institutional Roles and Policy Process with Special Reference to Issues of Accountability and Human Rights* [in:] M. RANSTORP, P. WILKINSON (ed.), *Terrorism and Human Rights*, Routledge 2008, pp. 94-112.

groups. However, it should be stressed that an increasing number of matters involving cooperation in the area of justice and home affairs are debated by other Council formations, which only causes unnecessary tensions and leads to inconsistency among the activities of institutions, though from a legal point of view it does not matter which composition of a given body adopts a legal act.³⁸ Other practical issues also call for improvements. Therefore it is clear that the existing structures and methods should be improved to achieve better results. Council meetings planned for two days are often shortened to one day as there are no topics to discuss. Often there are issues on the Council agenda that are not yet ready to be discussed at such a high political level, while the dossiers to be debated on are often received too late, which creates problems for the delegation preparing the meeting of the Council and, as a result, Council meetings are ineffective, because delegations are simply not prepared for debate. It needs to be added that even the European Commission has noted that the decision-making process was one of the possible reasons of the slowing down of the implementation of the Hague Programme in 2007.³⁹ It must therefore be considered that perhaps Council meetings should depend on the actual number of issues to be discussed rather than being organised at regular intervals. It is also necessary to improve the planning and preparation of Council meetings, to reduce the number of working groups and, in doing so, to “clean up” the structures, and es-

³⁸ Among examples one can show that the decision on incorporating the substance of the provisions of the Prüm Treaty into the legal framework of the European Union was adopted on 23 June 2008 by the Council of Ministers of Agriculture and Fisheries. Decision 2008/615/JHA of 23 June 2008 on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime; OJ L 210, 2008, p. 1. See also the report of the High-Level Advisory Group on the Future of European Justice Policy, *Proposed Solutions for the Future EU Justice Programme*, June 2008, p. 7.

³⁹ Cf. paragraph 95 of the Report, COM (2008) 373 *final*.

establish a model of cooperation in the event that the subject lies within the sphere of interest of different Council formations (e.g. through the wider use of already existing horizontal working groups).

An example of activities undertaken beyond the EU institutional framework, which – as shown in analyses – could have been related with the ineffectiveness of cooperation under the Treaties, is the work on the Prüm Convention and the way it was incorporated into EU law. On 27 May, 2005 a Convention between the Kingdom of Belgium, the Federal Republic of Germany, the Kingdom of Spain, the French Republic, the Grand Duchy of Luxembourg, the Kingdom of the Netherlands, and the Republic of Austria, on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism, cross-border crime and illegal migration⁴⁰ was signed in Prüm, Germany. The Convention was negotiated and signed beyond the EU institutional framework, and the text was presented at the EU forum a year later – on 7 July 2005.⁴¹ According to recital 3 of the Convention, its goal is to play “a pioneering role in establishing the highest possible standard of cooperation, especially by means of improved exchange of information, particularly in combating terrorism, cross border crime and illegal migration.” In order to implement this goal the Convention envisages cooperation between the contracting parties – Member States – in particular as regards police cooperation. Several methods of cooperation are envisaged, including the exchange of certain types of data, e.g. DNA profiles, dactyloscopic data or national vehicle registration data.⁴²

⁴⁰ Literature on the subject also uses the following terms: “Prüm Agreement”, “Prüm Convention”, but the official EU documents now use the term “Prüm Treaty”. Cf. Council document 16382/06 of 6 December 2006, containing the text of the Convention.

⁴¹ Cf. Council document 10900/05 of 7 July 2005.

⁴² For more on this subject: see J. BARCZ (ed.), *Konwencja z Prüm. Eksperyment prawotwórczy w Unii Europejskiej*, Koźmiński Law School Papers 2007, No 3.

The Convention was formally adopted using the classical inter-governmental method, beyond the EU legal framework. Its signing by the countries being otherwise EU Member States raised controversies, firstly as to whether these countries had the right to contract an international agreement on matters subject to regulation by the EC Treaty and EU Treaty outside of the EU legal framework, in the context of the principle of solidarity; in particular there were also doubts about the method of contracting the agreement – by circumventing a group of Member States when working on the Convention, and then presenting them – after a rather long time – with the ready text of the Convention. Neither the Draft Convention was presented at an EU forum, nor was a debate on the possibility of contracting this agreement held; no attempt was made to use the procedure of enhanced cooperation within the AFSJ. Returning to the international forms of legislative process at the expense of the “Europeanisation” of standards also raised doubts.⁴³ Resorting to the international agreement as an instrument outside the legal framework of the EU was the circumvention of EU procedures and the participation of Community institutions in the decision-making process.⁴⁴ Other Member States were not invited to work on the Convention:

⁴³ See J. BARCZ, *Konwencja z Prüm a Unia Europejska – problem metody i relacji*, Koźmiński Law School Papers 2007, No 3, pp. 15-27. See also T. BALZACQ, D. BIGO, S. CARRERA, E. GUILD, *Security and Two-Level Game: The Treaty of Prüm, the EU and the Management of the Threats*, CEPS Brussels, Working Document No 234/January 2006, p. 18. According to the authors, the Convention infringes upon the principle of mutual trust between the countries, which was to be the basis for cooperation between the Member States in the European Union in the area of freedom, security and justice.

⁴⁴ A. GRAŚ quotes opinions that it intended specifically to “prevent the European Commission from exercising its power and to make it a useless institution in matters relating to internal security.” See A. GRAŚ, *Konwencja z Prüm – pozytywne and negatywne konsekwencje*, Biuletyn Analiz UKIE 2006, No 16, p. 6. It should, however, be noted that the European Parliament would also be pushed away, as it would play only a consultative role during the works on the Convention at the EU forum.

important areas of EU competence were regulated by the initiating countries, leaving other EU states with the following alternative – to join in or be left behind. In this way Member States were “forced” to take their positions.

It should be noted that all Parties to the Convention are simultaneously EU Member States, so there is no doubt that the principle of loyal cooperation (solidarity) is binding on them in all matters concerning the AFSJ. However, the manner in which they operated in this case raised a lot of questions as to whether their action was appropriate in the context of the said principle,⁴⁵ as the actions of the Contracting Parties to the Convention might result in reducing the role of the European Union, giving way to an erosion of the activities taken under the AFSJ. Some authors believe that the Convention weakens the EU rather than strengthening it, specifically because of the infringement upon the principle of solidarity.⁴⁶ Nevertheless, on 23 June 2008 the Council ultimately accepted the decision to incorporate the Convention into EU law.⁴⁷ The Contracting Parties to the Convention, being aware that they were on the verge of non-compliance with their obligations result-

⁴⁵ Cf. J. BARCZ, *Konwencja z Prüm...*, *op. cit.*, pp. 16–18. See also T. BALZACQ, *The Treaty of Prüm and the Principle of Loyalty*, Centre for European Policy Studies, document of 13 January 2006 IP/C/LIBE/FWC/2005–08, available at <http://www.libertysecurity.org> (as at 1 August 2008). On the other hand E. GUILD and F. GEYER quote opinions expressed by the British House of Lords, on “turning their back to the other 18 Member States by the group of 7 Member States – signatories of the Convention.” E. GUILD, F. GEYER, *Getting local: Schengen, Prüm and the dancing procession of Echternach. Three paces forward and two back for EU police and judicial cooperation and criminal matters*. The paper is available on the website: http://www.libertysecurity.org/imprimer.php?id_article=1205 (as of 1 August 2008).

⁴⁶ Cf. T. BALZACQ, *The Treaty of Prüm...*, *op. cit.*, point 1. See also T. BALZACQ, D. BIGO, S. CARRERA, E. GUILD, *The Treaty of Prüm and EC Treaty: Two Competing Models for EU Internal Security* [in:] T. BALZACQ, S. CARRERA (ed.), *Security Versus Freedom. A Challenge for Europe's Future*, Ashgate 2006, pp. 115–136.

⁴⁷ Council Decision 2008/615/JHA of 23 June 2008 on the implementation of Decision 2008/615/JHA on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime; OJ L 210, 2008, p. 1.

ing from their membership in the European Union, included numerous provisions enabling the Member States to sign the Convention and envisaged the incorporation of the Convention in EU law in the text of the decision.

One positive aspect of the activities that have been undertaken is the fact that, finally, all the Member States have participated in this decision, which has significantly strengthened cooperation within the AFSJ. The European Parliament was also involved in the work, although its decision was not actually taken into account in further discussions, but at least an opportunity for debate and opinion-giving was offered. Moreover, there were debates held by other EU institutions, e.g. the European Commission. Obviously some issues still need to be solved, e.g. it should be established what effects the provisions of the Convention shall have, if they have not been incorporated into the decision. However, observing the progress of work on the Draft Decision, it can be seen that the limited inclusion of the Convention and the legal instrument selected confirm the thesis that the Contracting Parties to the Convention are striving for maximum control over the regulations in question, and to reduce to a minimum the influence of Community institutions on the solutions to be adopted.⁴⁸

The problem of the effectiveness of the AFSJ creation involves the effective provision of information to citizens about actions undertaken, as – following what has been mentioned above – the creation of the AFSJ depends on the building of mutual trust, including citizens' trust in EU activities. The achievements in the JHA area are of fundamental importance for citizens, but one can hardly say that they are properly shared with the public. Citizens are not aware of what has already been achieved with regard to cooperation in this area. This can be partly explained by the fact that activities are often of a strictly technical and le-

⁴⁸ See J. BARCZ, *Włączenie postanowień Konwencji z Prüm do prawa EU*, Europejski Przegląd Sądowy 2007, No 5, p. 11.

gal nature and thus citizens are not informed of specific problems that are addressed in a given legal act. It should be stressed that even experts in a given area of EU law find it difficult to access updated, complete and structured information. An information portal with open access for citizens might be a solution,⁴⁹ but its operation cannot be limited to such activities. Information should be in the interest of the politicians, who also share information on their activities and effectiveness. Therefore an effective information policy and transparency of activities would be in the interest of EU institutions and national authorities in each Member State.

2.3. SETTING POLITICAL GOALS FOR COOPERATION

Currently a top-down model of creating the AFSJ is applied by politicians, who set its goals and the timeframe for its implementation. In order to make the goals laid down by politicians meet the expectations of citizens for whom the AFSJ is being created, it is necessary on the one hand to guarantee citizens' rights and security, as well as privacy, in the years to come, while on the other hand to establish the EU's position in the changing global environment, which involves a response to challenges in the area of security, migration or technology changes.

Therefore a clear political-level reply to the basic question is needed: what does the security of citizens referred to in Article 2 and Article 29 EU Treaty mean in the context of this cooperation? Is it protection against terrorist attacks and other crime, or protection against unlawful police force action in the Member States in the context of guarantees

⁴⁹ The Advisory Group suggests in this respect that a European Justice Portal be created. Cf. *High-Level Advisory Group on the Future of European Justice Policy, Proposed solutions for the Future EU Justice Programme*, June 2008. Council document 11549/08 of 7 July 2008, p. 7.

for individual rights, in particular the right to privacy?⁵⁰ It seems that both aspects should be included as elements of the AFSJ. Meanwhile such documents as the report of the Advisory Group, which is intended to be the basis for the post-Hague system, clearly show that the future of the AFSJ is a police model with strong emphasis on migration, civil defence and the fight against terrorism. Not much is said about guarantees for the individual. In all of the AFSJ areas, references to threats and responses to threats are present in political actions, probably for that reason that the idea of ensuring internal security as a public good assumes the existence of threats and responses to threats. A reactive, security-based approach has an in-built tendency for the marginalisation of constitutional constraints, which involve a balance between fundamental rights, priority given to democratic decision, the right to fair trial, or the institutional system of power control.

Political goals should balance such issues as mobility, security and privacy, i.e. elements which are often considered to be in contradiction of one other. These three elements together influence all fields of cooperation in the area discussed; e.g. mobility capacity has grown significantly as a result of technology development and included the systems of safeguards aimed to guarantee the security of both the individual and the State (such as the Schengen Information System – SIS), but also as a result of political measures such as the extension of the Schengen area, which was possible thanks to the creation of these safeguards. Thus it can be stated that databases and new technologies obviously play a cen-

⁵⁰ One should refer to recital 6 of the preamble in Framework Decision 2006/960/JHA, which expressly states that “currently, effective and expeditious exchange of information and intelligence between law enforcement authorities is seriously hampered by formal procedures, administrative structures and legal obstacles laid down in Member States’ legislation; such a state of affairs is unacceptable to the citizens of the European Union and it therefore calls for greater security and more efficient law enforcement while protecting human rights”. Thus the priority is given to police cooperation, while citizens’ security and protection against excessive intervention of police services infringing on their privacy is considered less important.

tral role in developing JHA policies. On the one hand it is necessary to take measures to ensure the best possible flow of data within European information networks, while on the other hand privacy and compliance with the principle of proportionality should not be neglected. Sadly, the legislative process, such as the work on the Framework Decision on the protection of personal data under the 3rd pillar, is rather lengthy.⁵¹ When adopting legislation within the Council, politicians do not always have in mind the aspect of guarantees of individual rights; regarding this Framework Decision, noteworthy is the second opinion of the European Data Protection Supervisor (EDPS), stating that: “The texts currently being discussed within Council do not incorporate the amendments proposed by the European Parliament, nor the opinions of the EDPS and of the Conference of European Data Protection Authorities. On the contrary, in quite a few cases provisions in the Commission proposal, offering safeguards to the citizens, are deleted or substantially weakened. As a result, there is a substantial risk that the level of protection will be lower than the level of protection afforded under Directive 95/46/EC or even under the more generally formulated Council of Europe Convention No 108 which is binding on the Member States.”⁵² This justifies all earlier concerns about and reflections on the effectiveness and efficiency of EU activities, and proves that politicians do not always pursue the goal of adopting solutions that offer the best protection to EU citizens.

The analysis of reports from the implementation of the Hague Programme, in the context of security, gives a rather worrying picture:

⁵¹ The Proposal for a Council Framework Decision on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial co-operation in criminal matters was presented as early as in 2005, COM (2005) 475 *final*, while Council Framework Decision 2008/977/JHA on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters was adopted on 27 November 2008, OJ L 350, 2008, p. 60.

⁵² OJ C 91, 26.4.2007, p. 9, point 7.

the adoption of legislation at the EU level in this area is going rather smoothly but the element of guarantees is threatened. Even if Framework Decisions mention fundamental rights, there is no reference to these rights further in the texts. Work on rights in criminal proceedings or the presumption of innocence is lengthy and not very effective, and its results are far from satisfactory.⁵³ The situation in other areas of cooperation within the AFSJ is similar. It can also be seen that certain policy areas are becoming increasingly autonomous and stratified: justice and migration policy are treated as separate areas. This raises political questions that the Member States need to answer: do they want to see such developments? On the other hand, coordination issues also arise, with the question of the impact of these changes on national legislation.

When setting political goals for cooperation, the increasing interdependence between external and internal security should be considered. It is rightly believed that the European Union should place more emphasis on cooperation with third countries, but at the same time it should tackle existing differences within the Union, which grow with every enlargement of the EU. Thus the growing differentiation is a challenge that can result in the adoption (or not) of the entire *acquis* by the Member States and the ensuing approximation (or not) of laws and political systems in these countries.

However, the main political challenge should be to ensure the continuity and consistency of policies when successive Presidencies of the

⁵³ This may result from the fact that, as Sarah Ledford, among others, writes: when ministers meet to talk about asylum matters, 2/3 of them are Ministers of Home Affairs, so their debates mainly concern public order and control rather than human rights, equality and integration issues. See s. LUDFORD, *An EU JHA Policy: What should it Comprise?* [in:] J. APAP (ed.), *Justice and Home Affairs in the EU. Liberty and Security Issues after Enlargement*, Cheltenham 2004, p. 30. Cf. also editorial comments: *Two-speed European Citizenship? Can the Lisbon Treaty help close the gap?*, *CMLRev* 2008, vol. 45, pp. 1–11.

EU face challenges. Continuity is ensured on the one hand by the adoption of such programmes as the Tampere Programme, the Hague Programme or a new programme, which should be discussed now. The only problem is that, in this way, we return to five-year programmes, while the goal of the Hague Programme was to propose long-term measures (which could be connected with the financial perspective). This was confirmed by the European Commission in its Communication containing the plan of the Programme implementation.⁵⁴ As a result, a clear tendency to contain new issues in the agenda is seen, to a large extent neglecting the status of existing commitments. A striking example in this respect is the abandonment of discussions on the model of assessment and monitoring of activities in the JHA area, which commenced as early as at the end of 2006.

Politicians face dilemmas which are difficult to address: if they are for the liberalisation of migration, they will have to deal with resistance in their Member States; if they pursue an excessively sophisticated anti-terrorist policy – they will be opposed by the USA, as they request decisive actions in this area. The creation of a European justice system may result in the loss of control over the national law systems, but nevertheless it is necessary to strike a balance between all these aspects if we are to talk about the AFSJ and not only about police cooperation.

2.4. TRANSPOSITION OF LEGISLATION AND EVALUATION OF COOPERATION

Evaluation of cooperation can be distinguished in the group of political challenges, as it contains legal elements connected with transpo-

⁵⁴ Communication from the Commission to the Council and European Parliament: The Hague Programme: Ten priorities for the next five years — The Partnership for European renewal in the field of Freedom, Security and Justice, COM (2005) 184 *final*.

sition and application of legislation in Member States. It is also necessary to evaluate activities undertaken by these countries and to assess achievements in order to ensure the effectiveness of cooperation, and the issue should be seen in this context.

In 2006 the European Commission issued a Communication proposing a coherent and consistent evaluation mechanism, one that would use existing procedures for the monitoring of implementation, while at the same time providing qualitative and quantitative indicators, which would make the assessment of the level of progress of cooperation possible.⁵⁵ It appears that currently there is no political will to make such an assessment at the forum of EU institutions. The issue is recurrent, however, as the above-mentioned report of the Advisory Group suggests that – before proceeding to further actions – there would be a time-out period when no legal acts would be adopted, and a comprehensive analysis of achievements be made instead. Indeed, in a few years' time, a piece of legislation may be no longer useful in view of changing circumstances or because of the fact that it has simply fulfilled its goals, so it could be repealed.

The key issue is the transposition of EU legislation into national law, in particular regarding mutual recognition of court decisions and judgments. Basically only the European arrest warrant has been enforced in all Member States, although many of them will have to make efforts to fully comply with the provisions of the Framework Decision on that matter. The situation regarding the transposition of the Framework Decision on the execution of orders freezing property or evidence is also disappointing. Member States have provided no information on the implementation of the Framework Decision on the mutual recognition of financial penalties. Commission reports on protecting the Euro

⁵⁵ See Communication from the Commission to the Council and the European Parliament: Evaluation of EU Policies on Freedom, Security and Justice, COM (2006) 332 *final*.

against counterfeiting, combating corruption in the private sector and instrumentalities and the proceeds from crime, show a generally unsatisfactory level of transposition in the Member States assessed. Moreover, the number of countries that have not met the obligation to notify the measures is different depending on the legislation in question, but always high.

As a result there legislation differs from a Member State to a Member State, citizens are confronted with different regulations and, as transitory as the situation may be, it is still unacceptable from the point of view of the principle of equality.

The development of the AFSJ is impressive when we look at the volume of draft legislation prepared, but it obviously has its weaknesses when we look at the implementation of EU legislation by Member States.⁵⁶ Indeed, more focus is needed on the implementation of the obligations of the Member States, as without it there would be no AFSJ. This will not happen by merely adopting EU legislation on paper and then not implementing it in practice. It also seems that one of the reasons for poorer implementation, in particular under the 3rd pillar, is the fact that there is no procedure that would allow the European Commission to lodge a complaint at the European Court of Justice against the Member State that has not transposed a framework decision.⁵⁷ Even the European Commission itself noticed in its report on the implementation of the Hague Programme that “the assessment of national implementation in this policy field is difficult, given the nature of the instruments adopted and the more limited powers of the Com-

⁵⁶ M. DEN BOER, when assessing the ASFJ, mentions this as the first problem. See M. DEN BOER, *A Diagnosis...*, *op. cit.*, p. 16. See also J. MONAR, *The EU's approach post-September 11: global terrorism as a multidimensional law enforcement challenge*, 20 Cambridge Review of International Affairs 2007, pp. 267-283.

⁵⁷ The only option is to apply the procedure under Article 35 (7) of the EU Treaty, i.e. a dispute between Member States, which seems rather unlikely. This procedure has thus far never been used.

mission and the Court of Justice.”⁵⁸ Also in areas covered by Title IV of the EC Treaty “the situation remains disappointing for a number of Member States that fail to comply with the transposition deadline, with delays in transposition often exceeding one year and at times amounting to several years.”⁵⁹

2.5. SIMPLIFYING AND IMPROVING THE LEGISLATIVE PROCESS

The effectiveness of institutional cooperation has been already discussed, but another problem strictly connected with this issue should be highlighted, namely the need to simplify the legal basis for cooperation and to structure the existing *acquis* in this area. As was already mentioned, not only it is difficult to find information needed but, what is more, the *acquis* in the field of justice and home affairs developed without any plan, so it is not easy to explain it to citizens, and even specialists have problems understanding it. The *acquis* consists of a considerable amount of legislation under different EU pillars, as well as of international agreements. In certain cases the legal basis for specific measures is scattered over a number of legal acts.⁶⁰

It is true that the division into areas belonging to supranational and intergovernmental international cooperation (Title IV of the EC Treaty and Title VI of the EU Treaty) should be seen in a political context. It also has a historical background and there are two reasons for which it is not easy to deviate from it. The negotiations on the Treaty establishing a

⁵⁸ Cf. COM (2008) 373 *final*, point 80.

⁵⁹ *Ibidem*, point 93.

⁶⁰ Cf. provisions of decisions on the signing of agreements with third countries on behalf of the EU, e.g. Council Decision 2008/651/CFSP/JHA of 30 June 2008 on the signing, on behalf of the European Union, of an Agreement between the European Union and Australia on the processing and transfer of European Union-sourced passenger name record (PNR) data by air carriers to the Australian Customs Service, OJ L 213, 2008, p. 47.

Constitution for Europe or the Lisbon Treaty have shown how difficult it is for Member States to abandon exercising influence on the development of policy in this area, in view of the traditional understanding of cooperation and possibilities to block decisions. However, both Treaties have proposed a reasonable compromise, which will be discussed further in this text. It does not seem that complications have reached the level at which one cannot move away from international structures.⁶¹

To a large extent, the ineffectiveness of cooperation within the AFSJ results from the very division of the European Union into pillars. This is evidenced by well-known problems with legal bases for the exchange of personal data of passengers with the relevant US authorities,⁶² or by theses in the ECJ judgement on the possibilities to regulate matters belonging to criminal law by the Community under the 1st pillar.⁶³ They show that these questions are not at all clear even for lawyers who have dealt with such issues for years. The Council unanimity (under the 3rd pillar) is a major systemic problem, causing delays in work. This issue also downgrades the legal value of the text when it is ultimately adopted. Consequently the proposals are prepared in such a way so as the Member States do not change much in their national law.⁶⁴

⁶¹ It seems that N. WALKER shares this view, *In Search...*, *op. cit.*, p. 16-20.

⁶² Joint cases: European Parliament versus the Council of the European Union (C-317/04) and the Commission of the European Communities (C-318/04), ECR 2006, p. I-04721.

⁶³ Cf. cases C-176/03 and C-440/05. For more on this subject in Polish literature: see A. GRZELAK, *Kompetencje EC do określania sankcji karnych w przepisach prawa wspólnotowego – glosa do wyroku ETS z 13.09.2005 w sprawie C-176/03 Komisja przeciwko Radzie*, Europejski Przegląd Sądowy, 2006, No 2, T. OSTROPOLSKI, *Prawo karne domeną Wspólnoty? – glosa do wyroku ETS z 23.10.2007 w sprawie C-440/05 Komisja przeciwko Radzie*, Europejski Przegląd Sądowy 2008, No 3; in European literature see e.g., S. PEERS, *The European Community's criminal law competence: The plot thickens*, *European Law Review* 2008, vol. 33, pp. 399-410.

⁶⁴ An example of the inability to reach a compromise is the Proposal for the Council Framework Decision on certain procedural rights in criminal proceedings throughout the European Union (COM (2004) 328 *final*).

Legislative acts should be consistent, notwithstanding the challenges stemming from international negotiations. The activities carried out should lead to the preparation of a clear and precise legal text. Therefore in the phase of the drafting of a legal act more concern should be given to the analysis of existing legislation, to avoid excessive legislation and overlapping solutions. So generally one can say that legislation should be consistent, clear, understandable and accessible, also for citizens of Member States. It may be possible to codify and simplify all binding acts in the area of justice and home affairs and make them available to citizens in a more legible form than through Eur-lex.⁶⁵ More attention should also be drawn to the inter-institutional solution in the form of an agreement on common guidelines for the quality of drafting Community legislation,⁶⁶ which should be more widely used.

2.6. FINANCING OF COOPERATION

The Member States have begun cooperation aimed to establish the AFSJ relatively early and continue to try and define its position on the European arena. However, one cannot overlook the rapid expansion of cooperation in recent years, with ensuing additional financial costs that are incurred for the development of infrastructure and implementation of new technologies.

The financing of cooperation is of great importance if we are to effectively support development in this area. In the years 2007-2013 more funding was allocated to Member States under the following programmes: “Fundamental Rights and Justice”, “Security and safeguard-

⁶⁵ The report of the Advisory Group on the future of European home affairs policy of June 2008 *Freedom, Security, Privacy – European Home Affairs In an Open World* even mentions that Codes providing the comprehensive regulation of specific areas of cooperation may be prepared (document from the Author’s collection).

⁶⁶ The interinstitutional agreement of 22 December 1998 on common guidelines for the quality of drafting of Community legislation, OJ EC C 73, 1999, p. 1.

ing Liberties” and “Solidarity and Management of Migration Flows.”⁶⁷ However, actions are needed to better distribute the funding available, as well as to simplify application procedures. In particular, cooperation between the European Commission and Member States on better annual planning of the allocation of funding is needed.

To illustrate this issue, we may refer to the Commission’s view expressed in its Communication of 2006 on judicial training in the European Union, in which it notes that: “in 2005 Union financial support for judicial training enabled professionals to meet on numerous occasions. Nevertheless, the mechanism of the annual calls for proposals can have the effect that priority is given to financing of specific projects that do not fall within a generally consistent pattern and can make it difficult to situate training in a long-term perspective.”⁶⁸

Financing cooperation through EU programmes is of enormous importance if disparities between the Member States are to be reduced. Moreover, it has a political dimension – it is up to politicians to persuade the public that every single Euro expended on cooperation in this area is spent on their own security.⁶⁹

⁶⁷ *Fundamental Rights and Justice, Security and safeguarding Liberties; Solidarity and Management of Migration Flows.*

⁶⁸ COM (2006) 356 *final*.

⁶⁹ See J. MONAR, *Maintaining the Justice and Home Affairs Acquis In an Enlarged Europe* [in:] J. APAP (ed.), *Justice...*, *op. cit.*, p. 46.

3.

Challenges in specific areas of cooperation within the AFSJ

In addition to the above-mentioned structural issues concerning general aspects of the functioning of the AFSJ, challenges to individual areas of cooperation within the AFSJ can also be indicated. Again, it should be stipulated that the calculations are tentative and can only be taken as an example, as a contribution to debate and an illustration of different issues relevant to the AFSJ. This also brings us closer to an answer to the question posed in the title of this paper.

The following examples have been divided into four areas: individual protection; increased legal certainty in family law, civil law and commercial law; access to justice and institutional judicial cooperation, and finally, combating crime under the rule of law. Asylum and migration laws have not been mentioned as separate items on this list, as they are interdisciplinary and will be covered under the relevant titles mentioned above.

3.1. PROTECTION OF THE INDIVIDUAL

When the Tampere Programme was adopted in 1999, cooperation within the AFSJ focused on civil and commercial matters, but almost to the same extent on the approximation of substantive criminal laws and enhanced cooperation in criminal cases. The safeguarding of respect of individual rights was only added in the Hague Programme.

Respect of individual rights applies to all areas of cooperation within the AFSJ: from proceedings for granting refugee status, guaranteeing the right of residence, participation in criminal proceedings of the accused, the witness or the victim, to the protection of certain groups, such as crime victims or children.

It is impossible to present a uniform position when attempting at a comprehensive analysis of the assessment of implementing this task within the AFSJ. For example, as far as judicial cooperation in civil and commercial matters is concerned, the protection of the individual is presented in a relatively positive light, in particular within the context of the principle of the mutual recognition of judgments. Legal acts have been adopted, so that court judgments or decisions in many civil matters may be recognised with no unnecessary formalities. Many acts regulating important procedures have been adopted, e.g. the European payment order or the European Small Claims Procedure. These are major achievements.⁷⁰ Further development of the principle of mutual recognition should focus on the issue of establishing minimal rights. The attainment of a satisfactory level of judicial cooperation in civil matters should not result in the cessation of further activities to increase possibilities for individuals to exercise their rights, such as inheritance rights or the possibility of submitting complaints electronically.

⁷⁰ See constitutional complaint SK 26/08, submitted by Jakub T, who alleges the non-compliance of Articles 607k, 607l, 607m, 607p of the Act of 6 June 1997, the Code of Criminal Procedure, with Article 45 (1) and Article 55 (1) of the Constitution of the Republic of Poland, while the Pilecki case before the House of Lords raised doubts as to whether a European arrest warrant can be issued with regard to acts for which a joint verdict has been issued but each individual offence is subject to a penalty lower than that provided for the EAW. In this case the problem was that Pilecki was extradited to Poland without awaiting the decision of the House of Lords – the judges themselves were surprised by this fact. See judgment in the case *Pilecki v the Circuit Court of Legnica, Poland* (Respondents) (Criminal Appeal from Her Majesty's High Court of Justice), [2008] UKHL 7.

As regards criminal matters, the situation is not so clear, even if we look at the individual in the context of the legislation that regulates the principle of mutual recognition. The Hague Programme indicated numerous problems and specific challenges in this area, but unfortunately the level of implementation in this sphere is very low. Only the Framework Decision on the European arrest warrant is applied in all Member States, although even this decision raises doubts as to guarantees of individual rights. The constitutional complaint lodged by Jakub T. at the Polish Constitutional Court and the Pilecki Case in the United Kingdom can serve as examples in this respect.⁷¹

Incidentally, it should be added that the principle of mutual recognition itself, even in the context of the protection of the individual, is not sufficient for the establishment of the AFSJ. The purpose of a rapid and effective exchange of information between investigating bodies of the Member States is doubtful if the court considers evidence inadmissible due to the violation of the national code of criminal procedure, and in the context of civil law – we may question the sense of purchasing goods in another country, since procedures for claiming guarantee rights are very complicated.

So far no legal act has been adopted for the comprehensive regulation of the issue of guaranteeing individual rights in criminal proceedings, except for the Framework Decision on the standing of victims in criminal proceedings. However, even this framework decision is unclear, its wording being rather obscure, so it raises serious doubts and has be-

⁷¹ See Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and Council of 21 April 2004, creating a European Enforcement Order for uncontested claims, OJ L 143, 2004, p. 15; Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and Council of 12 December 2006, creating a European order for payment procedure, OJ, L 399, 2006, p. 1, or Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and Council of 11 July 2007 establishing European Small Claims Procedure, OJ L 199, 2007, p. 1. In Poland work is underway on an electronic injunction procedure. Cf. <http://www.rp.pl/artykul/163061.html> (as at 15 August 2008)

come a subject of ECJ case law.⁷² Neither Directive 2004/80/EC⁷³ relating to compensation for crime victims provides a good indication about the level of protection ensured to victims, as the directive contains many restrictions, e.g. a limited value of compensation to which the person in question is entitled.⁷⁴

A legislative act is believed to be a success when it is finally agreed at a political level within the Council, as was the case with the recent Framework Decision on combating racism and xenophobia. However, it should be taken into account that much time is needed before it is finally agreed upon, published, and then implemented into national laws in Member States.⁷⁵

The course of work on the proposal of the Framework Decision regarding certain procedural rights in criminal proceedings also clearly shows that there is still a very long way to go before it is possible to ensure a minimum level of effective protection of the individual.⁷⁶ This proposal has been drafted since 2004, but in June 2007 the Council was unable to agree on it. The dispute between delegations concerned the issue of whether the Union is competent to legislate in the case of pro-

⁷² Cf. ECJ judgment on Case C-105/03 of 16 June 2005, *Criminal proceedings against Maria Pupino*, ECR. [2005], p. I-05285; ECJ judgment on Case C-467/05 of 28 June 2007, *Criminal proceedings against Giovanni Dell'Orto*, ECR [2007], p. I-5557 and ECJ judgment of 9 October 2008, *György Katz v István Roland Sós*, not yet published.

⁷³ OJ L 261, 2004, p. 15.

⁷⁴ In Poland this Decision was implemented via the Act of 7 July 2005 on state compensation for victims of certain purposeful crimes (Journal of Laws of 2005, No 96, item 608), as amended on 11 April 2008 (Journal of Laws of 2008, No 96, item 608).

⁷⁵ The proposal for the Framework Decision originates from 2001 COM (2001) 664 *final*. This Framework Decision was not published until 6 December 2008. See Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008, on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, OJ L 328, 2008, p. 55.

⁷⁶ COM (2004) 328 *final*.

ceedings of a purely national nature, or whether legislative work should rather focus exclusively on cross-border matters.⁷⁷

It is also rather strange that there is a widespread belief that all Member States guarantee the respect of fundamental rights, including the right to fair trial, as they are Contracting Parties to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). On the other hand, the Member States have been unable to agree on the Framework Decision regarding minimum rights in criminal proceedings, including the right to an interpreter/translator or legal advice and assistance. Neither are they able to specify the canon of procedural rights that should be guaranteed to every EU citizen. It should also be noted that proposals of EU legislation on guarantees of individual rights, which are currently being discussed, are based on and refer to ECHR standards, so double protection can take place or, even worse, contradicting standards are binding.

Some activities have also shown that cooperation within the AFSJ is of a police nature, meaning that the infringement upon individual rights is involved, including numerous data transfers under various electronic data base systems.⁷⁸ In this respect the EU seems to be successful, as proven by the relatively swift (considering EU's usual pace of work) reaching of an agreement and completion of work on the proposal for a Council Decision on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, which has incorporated the Prüm Convention into the EU law.⁷⁹ This decision covers such issues as the transfer of DNA profiles, fingerprints and vehicle

⁷⁷ Cf. PRES/07/125 of 12 June 2005

⁷⁸ The Hague Programme asks the European Commission to present, by the end of 2005, proposals on the implementation of the principle of availability of information in order to facilitate cross-border information exchange on matters of importance for law enforcement purposes between Member States.

⁷⁹ Proposal JAI (2007) 3 was politically agreed on in June 2007, and finally formally adopted a year later, on 23 June 2008 (PRES/2008/169).

registration data for the purpose of combating crime, on the terms as laid down in this decision (earlier in the Prüm Treaty).⁸⁰

It should also be noted that the Hague Programme requires the compliance of the European Commission with key data protection principles. So far, the European Union has not guaranteed high standards in this respect, which is proven by the fact that work on the Framework Decision on the protection of personal data processed within the framework of police and judicial cooperation in criminal matters took a very long time.⁸¹ EU activities in this area would require special data protection rules to be created for every type of information – as precise as possible and guaranteeing the person in question access to information on this subject – including correction, deletion or compensation – and which would be controlled by an independent personal data protection authority. The proposed Framework Decision lays down general rules for the lawful processing of personal data, provisions on specific forms of data processing (transfer of personal data and making them available to competent authorities of Member States, further processing and, in particular, the further transmission of data received from or made available by the competent authority of another Member State), the rights of the data subject, confidentiality and security of processing, liability, judicial remedies, penalties etc. Thus the Framework Decision provides specific mechanisms to ensure that this principle is respected throughout the EU. Now it is necessary to implement it into national law.

Regarding the protection of children's rights, the adoption of successive legislative acts in itself is not a sufficient response to the existing

⁸⁰ Council Decision 2008/615/JHA of 23 June 2008 – the Decision on the stepping-up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, OJ L 210, 2008, p. 1.

⁸¹ Council Framework Decision 2008/977/JHA of 27 November 2008 on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters, OJ L 350, 2008, p. 60.

challenges.⁸² To ensure an effective and functional protection system for children, different aspects of both criminal and civil law must be taken into account, i.e. horizontal actions are needed. Moreover, rather than adopting successive legislative acts, already existing acts must be enforced, including in particular international conventions. The exchange of experience between Member States is also required, as it would make it easier for the European Commission, for example, to prepare a set of rules and legislative acts applied by Member States when considering cases in this matter. The Commission is right to emphasise in its Communication of 2005 that the European Union can offer an added value in the field of children's rights. Firstly, it can reach to its long tradition and legislative and political solutions regarding human rights. Secondly, it has the necessary authority and capacity to make children's rights a priority on the international agenda; it can also promote and support efforts of Member States' within this sphere, by helping them incorporate children's rights into their activities in different areas and fostering information exchange so that Member States may be able to identify and adopt numerous best practices used throughout the European Union. However, such steps require a comprehensive strategy and agreement from all Member States. No such a strategy has thus far been developed.

Important aspects of the creation of the AFSJ within the context of individual rights are migration and asylum protection. Here again, it cannot be said that all activities in this area have focused on the creation of the AFSJ. For example, no agreement has been reached between Member States as regards the asylum policy.⁸³ However, a uniform ap-

⁸² In June 2006 the Commission prepared its Communication "Towards an EU Strategy on the Rights of the Child", COM (2006) 367 *final*.

⁸³ The European Pact on Immigration and Asylum presented in Brussels on 16 October 2009 also raises controversies between Member States, in particular in the context of the proposed abolition principle (the legalisation of illegal residence).

proach, as well as cooperation and partnership in these areas, should be sought. A long-term migration strategy is needed, based on the principles of accountability and solidarity, whilst simultaneously avoiding the en-mass regularisation, which is an unwanted phenomenon in the situation of a lack of controls on internal borders.

In addition to a legal migration strategy, it is necessary to develop an effective policy to combat illegal migration. The credibility of the European migration policy will be ultimately undermined if no effective steps are taken to fight illegal migration. Recently the most important initiative regarding this issue has been the Proposal for a Directive of the European Parliament and Council providing for sanctions against employers of illegally staying third-country nationals.⁸⁴ Although measures to combat illegal employment have not been provided in the action plan for 2007, the Commission decided to present the above-mentioned proposal, as it considers illegal employment the main driver of illegal immigration. The proposal aims to ensure that all Member States implement similar preventive measures and sanctions and effectively enforce these sanctions. Thus it is necessary for all Member States to take necessary measures in order to ensure respect of the rule of law and legality throughout the EU. The fact that the Commission has taken actions that go beyond general and detailed action plans should be considered very positive, as it shows that it is possible to undertake ad hoc measures as the need arises instead of proceeding with arbitrary implementation of a plan adopted several years before. However, not many such activities of the Member States or the Commission have been seen.

It should also be added that Member States still differ significantly as far as the granting of refugee status or additional protection is concerned, although they have adopted legislative acts on minimum stand-

⁸⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and Council providing for sanctions against employers of illegally staying third-country nationals, COM (2007) 249 *final*.

ards. The Hague Programme has proposed a common European asylum system, but it has not been implemented so far. On the other hand, in 2007 an assessment of the transposition and implementation of legal acts was carried out – in particular as regards two documents published in 2007: the Report on the evaluation of the Dublin system,⁸⁵ and the Green Paper on the future Common European Asylum System.⁸⁶ On the basis of the results of extensive consultations, a plan for the asylum policy is currently being developed and will be presented in 2009. Thus it can be hoped that existing problems will be solved.

3.2. INCREASING LEGAL CERTAINTY IN FAMILY LAW, CIVIL LAW AND COMMERCIAL LAW

Judicial cooperation in civil and commercial matters is one of the most important aspects of the creation of the AFSJ, as it was the first area in which formal cooperation was established by the European Communities, as the *Brussels Convention* on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters was signed as early as 1968. The “Communitisation” of this area of the AFSJ on the basis of the Treaty of Amsterdam only strengthened this direction of development. It also results from the fact that originally the AFSJ was created to supplement the freedoms of the single market, while, among other things, the improvement in the sphere of cross-border claims was important for trade exchange. Moreover, particularly visible effects of the increased mobility of persons within an area without internal borders include the growing number of cases of mixed marriages between nationals of different countries, as well as many other family law matters.

⁸⁵ Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system, COM (2007) 299 *final*.

⁸⁶ Green Paper on the future Common European Asylum System, COM (2007) 301 *final*.

It can be seen that there has been progress regarding judicial co-operation in civil and commercial matters, as has been already mentioned within the context of the protection of the individual. Numerous legal acts have been recently adopted in the EU on that matter. The Commission noted significant progress in this area as early as in 2007. For example, on 11 July 2007, the European Parliament and the Council adopted a Regulation on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II),⁸⁷ and recently the Regulation on the law applicable to contractual obligations (Rome I) has been adopted.⁸⁸ Moreover, on 7 February 2007, the Commission adopted a Green Paper on the Review of the Consumer *Acquis*.⁸⁹ On 6 March 2008, the second Green Paper on the effective enforcement of judgments in the European Union concerning the transparency of debtors' assets was adopted.⁹⁰ On 21 May 2008 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters was adopted.⁹¹

Currently work is underway on further regulations – in December 2008 the Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relat-

⁸⁷ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ L 199, 2007, p. 40.

⁸⁸ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, 2008, p. 6.

⁸⁹ Green Paper on the Review of the Consumer *Acquis*, COM (2006) 744 *final*, adopted on 8 February 2007.

⁹⁰ Green Paper. Effective Enforcement of Judgments in the European Union: the Transparency of Debtors' Assets, COM (2008) 128 *final*, adopted on 6 March 2008.

⁹¹ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. OJ L 136, 24.05.2008, pp. 3-8.

ing to maintenance obligations⁹² was adopted, which regulates not only matters of jurisdiction, but also law applicable to maintenance matters. However, it does not regulate the rules of granting maintenance, as this matter is outside of the scope of EU competence.

Negotiations on matters associated in particular with family law clearly show that there are still many problems that should be solved. They stem, *inter alia*, from the fact that family law is particularly connected with national legal cultures and traditions of Member States. It is not without reason that unanimity is required in these matters (which is also maintained in the Treaty of Lisbon). However, the situation is slowly changing, so work on solving cross-border issues should be continued.

To promote its competitiveness, Europe should mean “less bureaucracy”. Thus to make the AFSJ reality, it is necessary to adopt further measures for executing judgments in civil matters and solving jurisdiction conflicts. Tasks related to the establishment of the single market are endangered if the procedures applied are lengthy and ineffective. Thus it is necessary to take actions to prevent transfers of income and hiding debtors’ incomes abroad. Admittedly the European Union has regulations on insolvency proceedings,⁹³ but there are still some problems, chiefly because of the fact that the recognition of a judgment by the court of a foreign country is a particularly sensitive issue, the systems of law enforcement are different and judicial proceedings lengthy, e.g. as a result of not using new technologies.

On top of this is the lack of uniform solutions concerning jurisdiction conflicts – the methods of solving these issues in insolvency law differ from those used in Regulations Rome I and Rome II. Yet another

⁹² Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ 2009, L 7, p. 1.

⁹³ Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, OJ L 160, 2000, p. 1.

solution is adopted in Regulation (EC) 44/2001 (Brussels I). Member States need to seek compromise in this respect, because otherwise many problems will remain unsolved.

The EC has not yet raised the issue of minimum standards in civil procedure within a broader context. The reason behind this seems to be the limited competence of the EC within this sphere. As provided in the EC Treaty, the European Community can adopt legal acts in the field of judicial cooperation in civil matters only when it is necessary for the adequate functioning of the internal market, subject to the additional condition that the relevant act must refer to a situation with cross-border effects.

It seems that we need to analyse in which areas further legislation should be adopted, also taking into account the appropriate application of already existing legislation. Further activities should be based on the abolition of the exequatur procedure, which is not possible without the assessment of results and guarantees safeguarding respect of basic legal standards.

Cases concerning children's rights are particularly difficult. The Hague Programme sets the year 2011 as the deadline for the programme on the mutual recognition of court decisions and judgments in civil matters. This goal is likely to be reached in terms of the number of Regulations adopted by that date, but the quality of legislation also needs to be acknowledged.

3.3. ACCESS TO JUSTICE AND INSTITUTIONAL JUDICIAL COOPERATION

The issue of access to justice can be seen from different angles – from the lodging of the case at the court by an individual, to improving the procedure, for example, by facilitating direct contacts of competent bodies, which will also contribute to improvements of the quality of the procedure (in particular speeding up).

The *Standard Eurobarometer* survey carried out by *TNS Opinion* and commissioned by the European Commission⁹⁴ shows that more than half of the EU's population (55%) believes that it is difficult to seek access to justice in civil matters in a Member State different from the country of residence; two out of ten (17%) European citizens believe that this is easy, while three out of ten (28%) cannot say. It is symptomatic that the most frequently raised concerns about access to justice in an EU country different from the country of residence stem from the lack of knowledge of the rules of court proceedings, the language barrier, the costs of legal proceedings, or mistrust of such proceedings, the length of proceedings, and the distance between the countries. Only 3% declare that they would not have any fears when in need of access to justice in another EU Member State. These results show how the possibilities for citizens to assert their rights are perceived in the EU – and the picture is not optimistic. However, it is the fundamental element of establishing the AFSJ, without which one cannot think about the effectiveness of actions undertaken in this respect.

The European Union is taking steps to change the situation but it can be seen that they are either ineffective or insufficiently promoted, and citizens are not well informed. The adoption of Council Directive 2003/8/EC, to improve access to justice in cross-border disputes,⁹⁵ which is to be applied to civil and commercial matters, is an example

⁹⁴ An Eurobarometer survey was carried out using the method of *face-to-face* interview in the period 11.11.2007 -14.12.2007, on the sample of 26,730 citizens of 27 EU Member States, <http://www.euractiv.pl/eurowybory/arttykul/w-ue-lepiej-nie-szukac-sprawiedliwosci-pozza-krajem> (as at 15 August 2008)

⁹⁵ Having regard to Council Directive 2003/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes, OJ L 26, 2003, p. 41. In Poland this directive was transposed by the Act of 17 December 2004 on the right to assistance in civil matters in Member States of the EU and on the right to assistance for amicable settling of dispute before instituting such proceedings, Journal of Laws of 2005, No 10, item 67 (as amended).

of such activities. The provisions of this directive obligate the Member States to ensure, in addition to legal assistance in court proceedings, legal assistance provided even before the court proceeding is instituted. The aim of this assistance is to reach an amicable solution of disputes, thus avoiding court proceedings.

Another example of activities undertaken to facilitate access to justice is, as mentioned above, the adoption of legislation on mutual recognition, as claiming one's rights is simplified and does not require complex legal actions for the judgment passed in another Member State to be recognised. These activities are implemented by adopting such acts as Regulation (EC) No 861/2007, which establishes a European Small Claims Procedure, based on which – from 1 January 2009 – disputes concerning amounts of up to EUR 2,000 (including costs, interest, etc.) are to be settled through a simplified procedure.⁹⁶ However, legislative effort will only be worthwhile when Member States actually apply the regulations available.

In addition, the principle of mutual recognition, which has become the core of cooperation, calls for mutual trust between EU Member States. It can be built on the basis of initiatives to enhance cooperation between competent authorities of the Member States. EJNs – the European judicial network in civil and commercial matters, and the European judicial network in criminal matters, are examples of such initiatives.

The aim of the EJM in civil and commercial matters is to remove barriers faced by citizens and organisations in civil and commercial proceedings, to improve the implementation of Community legislative acts or conventions between two or more Member States, and to provide information to EU citizens. A website has been created to share relevant

⁹⁶ See Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, OJ L 199, 2007, p. 1.

information with EU citizens.⁹⁷ But looking at the content of the website one can see that in many cases information is incomplete, obsolete or provided in a language which is not generally known. This is why its operation needs to be improved.

As to the EJN in criminal matters, which is to be the core of practical cooperation between Member States, it has a different goal than informing citizens, as it is designed to enable contacts between relevant authorities. Direct and secure data transmission through the network is only possible when contact points can use operational and secure telecommunications connections, and only in the situation when the network provides updated information for cross-border cooperation. For its effective operation, the EJN must be equipped with the necessary technical and financial means; moreover, the careful selection and training of personnel who act as contact points is of great importance.

Another important element of cooperation in criminal matters is Eurojust, still underused by Member States, as testified to by reports on its activities.⁹⁸ Since the creation of Eurojust, a significant increase in numbers of criminal proceedings with the “cross-border element” has been recorded, which, to be effectively carried out, require increased coordination and arrangements between Member States through, *inter alia*, coordinated action in the phase of preparatory proceedings in different Member States. The growing challenges should be addressed through improved European judicial cooperation by simplifying it, and making it less formal and more dynamic. In this respect Eurojust plays a very positive role in the international legal relations between EU Member States, and in the promotion of European cooperation in cross-border proceedings. For the effective operation of Eurojust it is necessary

⁹⁷ http://ec.europa.eu/civiljustice/index_pl.htm (as at 15 July 2008).

⁹⁸ http://eurojust.europa.eu/press_releases/annual_reports/2007/Annual_Report_2007_PL.pdf (as at 15 June 2008). A strategic goal for the year 2008 was to increase the number of prestigious cases sent for consideration to Eurojust.

to ensure continuing and direct access to national authorities. It is also very important to clearly define the minimum level of authority of the national representative, as this will enhance cooperation in coordinating cross-border proceedings, increase the speed and the effectiveness of processing requests for legal assistance and EAW, and improve cooperation between the authorities of Member States, while contributing to the better operation of joint investigating teams.

Besides, Eurojust could become more engaged in combating particular types of crime, e.g. by indicating in its annual reports which specific cases would require cooperation between Member States. The number of cases instituted has increased significantly, but Eurojust's potential is still underused. There are also practical problems, such as the different status of Member State representatives in Eurojust.

Considering the functioning of both structures for cooperation in criminal matters, work on changes in this respect through the preparation of the Draft Council Decisions on the strengthening of Eurojust and the Draft Council Decision on the European judicial network would be welcome.⁹⁹ The adoption of proposed changes should enhance the role and potential for cooperation between Member States, between competent authorities of Member States, and between EU structures themselves, which practically means that with the growing need to use cross-border forms of cooperation, the need for lasting synergies between judicial bodies that carry out particular tasks in this sector in a given country, is also growing.

For the establishment of the AFSJ it is also very important to mobilise judges and public prosecutors to cooperate, and encourage their broader participation in such initiatives as the *Network of Competition*

⁹⁹ Draft Council Decision on the strengthening of Eurojust and amending Council Decision 2002/187/JHA of 28 February 2002 setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime, as amended by Council Decision 2003/659/JHA, Council document 5037/08.

Judges, the European Judicial Training Network and the like. Under such networks they have been offered opportunities to exchange practical information on issues of shared interest, e.g. the need to strike a balance between the length of proceedings and the protection of fundamental rights, the effectiveness of actions, the optimal use of public funding, etc. The judge exchanges offer them opportunities to become acquainted with how courts in other countries operate, and through this, to build a basis for the better understanding of the entire system. The situation could be partly improved by the implementation of tasks resulting from the Commission's Communication of 29 June 2006¹⁰⁰ on language training, training devoted to specific issues, including discussions on professional ethics, etc. Therefore EU activities in this respect should focus on three areas: better knowledge of legal instruments adopted by the EU and the Community (in particular in the areas where national judges have been granted special powers), perfecting the command of languages so that judicial bodies may communicate directly as provided in most legal acts, and promoting knowledge of the legal and judicial systems of Member States, in order to identify their respective needs as regards judicial cooperation.

Within the scope of wider access to information on justice, other solutions are also possible, such as the creation of an e-justice system.¹⁰¹

Considering individual access to justice, one should particularly positively assess the recent reform of the ECJ prejudicial procedure, which provides for an urgent prejudicial procedure within the AFSJ. The sys-

¹⁰⁰ COM (2006) 356 *final*.

¹⁰¹ Cf. also Marco Velicogna's report for the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), devoted to the issue of information technologies. The report presents opportunities created by modern technologies in managing judicial bodies and assesses the situation regarding the use of information technologies in the justice systems of Council of Europe Member States. The report is available at: www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/series/Etudes7TIC_en.pdf (as at 15.07.2008).

tem of prejudicial questions is one of the EU's fundamental legal mechanisms, aimed at enabling national courts to ensure uniform interpretation throughout the EU and to apply EU law in all Member States. The institution of the preliminary ruling – basically regulated in Article 234 EC Treaty, as well as Article 68 EC Treaty and Article 35 EU Treaty – is the only mechanism of direct cooperation between judicial bodies and the ECJ. The use of this procedure ensures, on the one hand, the parallel application of Community law in Member States, while on the other hand – uniform interpretation and application of law and decisions on the compliance of legislative acts of Community institutions with the Treaty.¹⁰² However, some solutions adopted within the ASFJ can prevent courts from asking prejudicial questions. This deficiency has been noticed recently and measures have been taken to remedy the situation. It is worth noting that activities of state authorities, who have not taken efforts to abolish these limitations, have proven to be inconsistent with the intentions of national judicial bodies, which express their willingness to benefit from opportunities of asking questions addressed to the ECJ.¹⁰³ Even Advocate General J. Kokott has expressed her surprise that Member States do not notice the importance of prejudicial questions.¹⁰⁴ Therefore, a major reform of prejudicial procedure is needed, as the main effect of restrictions on the possibility to ask questions by national courts is that courts do not use this instrument very often with regard to the AFSJ. AFSJ matters are of great importance as they

¹⁰² See S. BIERNAT, *Współpraca sądów państw członkowskich z ETS w ramach procedury pytań prejudycjalnych* [in:] J. BARCZ (ed.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warsaw 2006, p. I-382. Cf. also J. BARCZ (ed.), *Postępowanie prejudycjalne w Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warsaw 2007.

¹⁰³ Cf. Resolution of Supreme Court of 20 July 2006 I KZP 21/06, OSNIKW 2006, No 9, item 77.

¹⁰⁴ Cf. Opinion of Advocate General Juliane Kokott, presented on 11 November 2004, on Case C-105/03, *Criminal proceedings against Maria Pupino*, ECR. 2005, p. I-05285.

concern individuals directly. Moreover, the usual prejudicial procedure now takes eighteen months on average, which is a threat of infringement on the rights of the individual, and the excessive length of procedure. It should be added that although not many ECJ judgments have been passed under this procedure (as a consequence of the existing limitations), they are very important (both as regards cooperation in criminal matters and civil matters). As the result of a discussion on possible revision, on 20 December 2007 the Council decided to amend the Protocol on the Rules of Procedure of the Court of Justice¹⁰⁵ and, as a consequence, on 15 January 2008, the Court amended its Rules of Procedure as appropriate. As early as July 2008, the first judgement on Case C-195/08PPU *Rinau* was passed, with regard to Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003, concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility. In August 2008, the ECJ passed another judgment under this procedure, in this case on the European arrest warrant, and again the entire procedure took around 6 weeks.¹⁰⁶

3.4. COMBATING CRIME UNDER THE RULE OF LAW

Another area that creates numerous challenges to the establishment of the AFSJ is combating crime which, along with ensuring the internal security of citizens, is a fundamental task of each and

¹⁰⁵ Council Decision 2008/79/EC, Euratom, OJ L 24, 2008, p. 42. Information on the urgent procedure of preliminary ruling was presented by the Author on the website of the JHA Forum of the European Centre Natolin: <http://www.wsisw.natolin.edu.pl> See also information in editorial comments, *Preliminary rulings and the area of freedom, security and justice*, CMLRev, 44: 1–7, 2007, or s. PEERS, *Salvation Outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi judgments*, CMLRev 40, 883–929, 2007.

¹⁰⁶ Judgment of the Court (Third Chamber) of 12 August 2008 on Case C-296/08PPU *Ignacio Pedro Santesteban Goicoechea*, not yet published.

every country. However, the EU has also set the task of ensuring a high level of security within the AFSJ, both internally and externally. From the point of view of the EU as a whole, the most important challenge at present is combating terrorism and organised crime, as those pose threats to the very values on which the European Union is based, i.e. democracy and the protection of fundamental rights; in addition, this problem has cross-border aspect, i.e. these crimes are generally committed in the context of several states (perpetrators, location etc.).

The issue of the fight against terrorism is the one most often addressed. The EU document that most comprehensively addresses the threats of terrorism is *the European Union Counter-Terrorism Strategy*, updated in 2005. The strategy consists of the following measures:

- Preventing this phenomenon through the identification of factors and sources of terrorism, which lead to radicalisation and recruitment both in and outside of Europe;
- Protecting citizens and infrastructure and reducing vulnerability to attack through, inter alia, more effective operations of border services, transport services, and the improvement of technical infrastructure.
- Prosecution, by arresting perpetrators as well as by preventing them from planning, travelling, communicating, and by cutting off financing sources, as well as bringing perpetrators before the court.
- Strengthening the skills associated with coping with consequences, coordinating responses, and those with respect to the needs of victims.

However, it needs to be stressed that EU actions are inadequate, even as regards combating terrorism. The Report on the Implementation of the Hague Programme for 2007 states that in the area of combating terrorism “considerable effort has been made,” and further that the “implementation of the EU Action Plan on Combating Terrorism

has continued in all four areas (prevention, protection, prosecution and response).¹⁰⁷ These are rather enigmatic statements failing to confirm that any special achievements have been seen in this area. Similarly, in the part devoted to combating organised crime the report states that “globally, progress in this field has been largely unsatisfactory.” In the Commission’s opinion a major cause of such situation is the fact that “several actions (such as the issuance of a working paper on criminal-intelligence-led law enforcement, the development of recommendations for a standard methodology for vulnerability in crime-proofing, a recommendation and/or proposal for enhancing the transparency of legal entities to reduce vulnerability to infiltration by organised crime) were deemed either to be no longer feasible, or as measures to be better developed at the Member State level.”¹⁰⁸

On the other hand one cannot deny that some activities have indeed been carried out, e.g. the Framework Decision on the protection of personal data under the 3rd Pillar has been adopted, the process of incorporating the Prüm Convention into EU law has been completed and, on 6 November 2007, a comprehensive anti-terrorist package was adopted. The latter encompasses a proposal on the European PNR system,¹⁰⁹ an action plan on explosives and a proposal concerning the amendment of the Framework Decision on combating terrorism. The latter initiative, which has resulted in the adoption of the Framework Decision,¹¹⁰ aims to lead to the harmonisation of national

¹⁰⁷ Cf. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Report on implementation of the Hague Programme for 2007, COM (2008) 373 *final*, p. 8.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 8.

¹⁰⁹ Cf. Proposal for a Council Framework Decision on the use of Passenger Name Record (PNR) for law enforcement purposes, COM (2007) 654 *final*.

¹¹⁰ Council Framework Decision 2008/919/JHA of 28 November 2008 amending Framework Decision 2002/475/JHA on combating terrorism, OJ L 330, 2008, p. 21.

legislation on public provocation to commit terrorist offences, recruitment for terrorism, and training for terrorism, so that these are punishable throughout the EU – also if they are committed via the Internet – and to ensure that provisions on penalties, the liability of legal persons, jurisdiction and prosecution are applicable to such crimes. The drafting of the proposal of Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime has also been completed.¹¹¹

However, for an ordinary citizen, the threat of “ordinary” crime seems to be more real. The lack of competence or the violation of the principle of subsidiarity should not be used as an excuse for the fact that the EU has not taken more extensive activities in this respect since, pursuant to Article 29 of the EU Treaty in connection with further provisions of the Treaty, the creation of the AFSJ is a task of the EU, and enumeration under Article 29 of the EU Treaty is only an example. Thus the EU cannot limit its activities to these two aspects of crime, as was the case of the report of the High-Level Advisory Group in the Future of European Justice Policy.¹¹² The European Commission has noted progress and development in this respect in its report from the implementation of the Hague Programme in 2007, but it further explains what progress or development means in this context: “Several expert groups have met over the past two years to discuss the establishment of European instruments for collecting, analysing and comparing information on crime and victimisation, also taking into account the respective trends in Member States. The groups study the feasibility of using different tools in this respect.” The concrete actions mentioned by the Commission consist of a high-level conference on preventing hoo-

¹¹¹ Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime, OJ L 300, 2008, p. 42.

¹¹² See Council document 11549/08 – much attention is devoted there to combating terrorism and organised crime, but combating other crimes was not addressed.

liganism on stadiums, held on 28–29 November 2007, and active participation in the work of various expert groups on security during sports events.¹¹³ It is rather doubtful whether these “concrete” actions bring us closer to the establishment of the AFSJ, if they are to be the only measures in this sphere (while no other measures are mentioned by the Commission).

In order to increase the capacity of combating organised crime and terrorism, as well as other types of crime, the EU should continue its work to remove barriers to police and judicial cooperation in criminal matters by using fast and effective methods of information exchange, while at the same time respecting fundamental rights. Civic rights cannot be threatened only for the sake of combating crime. Thus intervention with respect to individual rights, such as the right to privacy, should be balanced with the ensuring of adequate legal guarantees.

Let us give one example to illustrate this issue. Combating terrorism requires, among other things, the consistent freezing of funds of organisations and individuals suspected of promoting terrorism, but the necessary legal guarantees cannot be neglected.¹¹⁴ Some time ago the ECJ passed the judgment in Case C-402/05P *Yusuf Kadi*. The appellant against the judgement of the Court of the First Instance was sentenced by the Sanctions Committee of the United Nations as a person suspected of supporting terror-

¹¹³ Cf. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Report on implementation of the Hague Programme for 2007, COM (2008) 373 *final*, pp. 10–11.

¹¹⁴ See ECJ judgment of 3 September 2008 on Case C-402/05P *Yassin Abdullah Kadi v The Council of the European Union and the Commission of European Communities*, not yet published. Cf. also Case C-355/04P *Segi et al. v Council*. More on this subject: see M. NETTESHEIM, *U.N. Sanctions against Individuals – a Challenge to the Architecture of European Union Governance*, CMLRev 2007, pp. 567–600, and s. PEERS, *Salvation...*, *op. cit.*, pp. 883–929.

ism, whose funds and other financial resources should be frozen. The ECJ confirmed that the Council has the competence to issue a Regulation on the basis of selected articles of the EC Treaty.¹¹⁵ However, ECJ held that it was an infringement on the part of the Court of the First Instance to decide that Community courts in principle are not competent to review the internal compliance of the said Regulation with Community law. The ECJ's review of validity of any Community legal acts in the context of fundamental rights can be seen as an expression – in the community of law – of the constitutional guarantee resulting from the EC Treaty as an autonomous legal system, which cannot be affected by any international agreement. In conclusion, the ECJ held that Community courts should ensure, in principle, a full review of the legality of all Community legislative acts in the context of fundamental rights, which constitute an integral part of the general rules of Community law, including such Community legislative acts that are aimed to enforce the resolutions of the Security Council, similarly to the Regulation in question.

EU activities to combat crime should be complementary to the work carried out by Member States, while the Member States should be concerned not only with the security of their own citizens, but also of the European Union as a whole. Thus changes in the day-to-day practices of policy cooperation or judicial cooperation may be required. This is why competent authorities of Member States should understand the importance of cooperation improvement measures. Such instruments as, for example, the European Evidence Warrant, which has been discussed for quite some time, should be created. It would promote cooperation but the results of negotiations show that this instrument has been much al-

¹¹⁵ Articles 60 EC Treaty and 301 EC Treaty in the context of Article 308 EC Treaty.

tered in the negotiation process and that it is not certain whether it will be able to perform its function.¹¹⁶ The adoption of an instrument that would be generally applied to all types of evidence and would not require complicated procedure, is this very element where the EU can show its added value.

¹¹⁶ Work on the proposal for a Council Framework Decision on the European evidence warrant was initiated as early as 2003. See COM (2003) 688 *final*.

4.

The Treaty of Lisbon

The Treaty establishing a Constitution for Europe, and later the Treaty of Lisbon, have been conceived to provide solutions to many of the above-mentioned problems, including in particular the horizontal issues.¹¹⁷ The new Treaty was believed to offer a response to systemic problems,¹¹⁸ which can be enumerated as follows: separating the matter (rather inconsistently, by the way) between the 1st and the 3rd pillar, and the ensuing dualism of legal solutions (including different legal acts), the length and diversity of the decision-making process, the deficit of democratic control under the 3rd pillar (a limited role of the European Parliament, limited competence of the Court of Justice of European Communities), an unclear legal situation under the 3rd pillar, which involves uncertainty as to certain principles in Community law, such as the priority of EU law and the complex issues of enhanced cooperation, resulting in the fact

¹¹⁷ According to the mandate of the Intergovernmental Committee 2007, new elements resulting from the Intergovernmental Conference of 2004 were to be included into the EU Treaty and TFEU, i.e. the provisions of the signed Constitutional Treaty. At the same time the mandate clearly envisaged modifications with regard to arrangements of 2004, which was reflected in the text agreed upon in Lisbon in October 2007. See Council document 11177/07 CONCL 2.

¹¹⁸ More on changes in the Lisbon Treaty regarding AFSJ: see e.g. C. LADENBURGER, *Police and Criminal Law in the Treaty of Lisbon. A New Dimension for the Community Method*, European Constitutional Law Review 2008, No 4, p. 20-40, and in Polish literature e.g. A. GRZELAK, *Traktat z Lizbony – przegląd analityczny. Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości*, Sprawy Międzynarodowe 2007, No 4, pp. 122-140.

that this instrument is not used in the AFSJ,¹¹⁹ as well as many other issues.

Indeed, the Treaty of Lisbon offers a solid, though still imperfect, basis for the creation of the AFSJ. The fundamental change consists in replacing the present three-pillar structure of the EU with a single organisation, which was expected to be consistent in terms of the decision-making mechanism and legal instruments, and is intended to cover the existing two regimes of the AFSJ (Title IV EC Treaty and Title VI EU Treaty) by a uniform legal regime of the future international organisation, which would be identical with the present Community regime. Among the most important systemic solutions proposed by the Treaty of Lisbon, the first to be mentioned is the combination under one Title, in a single Treaty, of presently separate issues, with the same catalogue of legal instruments and almost identical competence of institutions.¹²⁰

Among other positive proposals, the following should be mentioned:

- transition to the usual legislative procedure – unification throughout the AFSJ,
- decisions in the Council taken by a qualified majority,
- extension of the scope of tasks of the European Parliament and making the Parliament a co-legislator in the entire AFSJ,
- enhancing the significance of EU law by applying the principles of immediate effect and the principle of primacy to legislative acts in the field of police and judicial cooperation in criminal matters,

¹¹⁹ However, recently there has been news on plans to resort to this procedure with regard to the Regulation on divorce, which is being blocked by Sweden (unanimity is required). Cf. *Będzie łatwiej o międzynarodowy rozwód*, Rzeczpospolita, 24.07.2008. (as at 30 July 2008).

¹²⁰ Title VI of the Treaty on the European Union shall be deleted: Articles 29-39 of the EU Treaty shall be replaced by the provisions of the third part of new Title V TFEU (new Articles 67-89 TFEU) while Article 40-40b of the EU Treaty (concerning enhanced cooperation) shall be replaced by the new general provision of Article 20 of the EU Treaty which regulates these issues.

- extending the competence of ECJ, and in doing so, strengthening the democratic state governed by the rule of law,¹²¹
- granting the status of primary law to the Charter of Fundamental Rights, i.e. strengthening the protection of the individual in this area and adopting extensive legislation on individual rights,
- empowering national parliaments in terms of control competence.

However, probably the most important change consists in the fact that, in most cases, Council decisions will be passed by a qualified majority, applying the usual legislative procedure, as is the case with other areas of cooperation within the EU. Enhancement of the “Community method” consisting in an increase of the the number of areas where Council decisions are passed by the qualified majority, guarantees more uniformity of the EU and greater cohesion, because a single country will not be able block the adoption of a legal act against the will of other states. Maintaining the right to initiative of Member States is not of major importance for this assessment, as it only ensures that the EU will deal with matters of interest to Member States, not exclusively to the European Commission.

Moving to the second place – in the provision in which the EU’s aims are listed in the Treaty on the European Union – of the aim to offer “its citizens an area of freedom, security and justice,” right after the Union’s aim “to promote peace, its values and the well-being of its peoples,” stresses the importance attached by the Member States to cooperation within this sphere. It also marks the next step in the development of cooperation in this field, which has continued since the 1970s, but has only gained impetus over the last fifteen years.

¹²¹ According to the author of editorial comments, the role of ECJ is much more significant with regard to the protection of rights of the individual and guarantees of these rights than the role of any other EU institution or the Member States. Cf. Editorial comments, *Two-speed European Citizenship? Can the Lisbon Treaty help close the gap?* CMLRev 45: 1–11, 2008, p. 10.

The Treaty of Lisbon does not envisage far-reaching changes as to the substance of AFSJ cooperation, apart from those referring to the European Public Prosecutor's Office, systemising the scope of acceptable harmonisation in the area of criminal law (substantive law and procedural law), extending the scope of police cooperation (including cooperation through Europol), and extending the scope of judicial cooperation and the possibility to create a uniform asylum policy. However, all of the above constitute, in fact, merely the implementation of some initiatives launched earlier that required Treaty bases to be put in order; this is where the Treaty of Lisbon goes out to meet these challenges.

The draft Constitutional Treaty, which preceded the Treaty of Lisbon and whose solutions have been largely adopted in the Lisbon Treaty, was prepared in the period of increased activity of the security services after terrorist attacks in Europe, and could have prepared the ground for the comprehensive reform of the AFSJ. It was no surprise then, that in December 2002 the Working Group for Justice and Home Affairs of the Convent presented an ambitious proposal regarding the development of cooperation in this respect.¹²² However, Member States reduced the progress proposed by entering numerous options to block EU proposals. Although the existing Treaty framework seems to please some countries that are satisfied with the present level of cooperation between the Member States, other countries want to see clear progress and take initiatives outside of the European Union. It seems that it is in the interest of all Member States to ensure the highest possible level of security – not only national, but also global. Thus enhanced integration and effective activities beyond the EU legal framework can, contrary to what might be expected, be ultimately to the benefit of the European Union as a whole. For this reason all provisions of the Lisbon Treaty, which aim at facilitating coopera-

¹²² More on the Convent: see C. LADENBURGER, *Police...*, *op. cit.*, e.g. p. 25.

tion, even if only within a group of several states, but within the Treaty framework, may be seen as positive.

Obviously the Treaty of Lisbon is not an ideal solution. However, it can be stated that the Lisbon Treaty does empower the EU, offering it a sufficient level of competence to establish the AFSJ, as Europe needs more tangible solutions to combat cross-border crime and, besides, the EU must develop a common migration policy to help realise the freedom of movement, which is clearly not a task of the individual Member States. Numerous options available for Member States to block progress seem to restore unanimity in certain key areas of cooperation. According to Townsend, Member States failed in the case of the Constitutional Treaty (and probably also in the case of the Lisbon Treaty), as they did not grant the EU an adequate level of competence to establish the AFSJ. In his opinion, this is not only surprising but also regrettable.¹²³ However, this is the price for the progress that has been proposed. This approach is an attempt at seeking a balance between common standards and respect to national legal traditions.¹²⁴ All clauses in the Treaty of Lisbon and transition periods granted can also be considered as an example of mistrust in more far-reaching cooperation.¹²⁵

Some authors believe that what the Treaty of Lisbon offers is in fact no more than the “institutionalisation of a high level of ‘exemptionism’ in the AFSJ,” while such areas as public order and internal security, cooperation between and coordination of national bodies responsible for maintaining security, issuing passports and other identity documents and family law, are still subject to exemptions, so they cannot be con-

¹²³ A. TOWNSEND, *Can the EU...*, *op. cit.*, p. 2.

¹²⁴ See J. ZEMANEK, *The criminal ...*, *op. cit.* (currently being printed).

¹²⁵ More on derogations for Great Britain, Ireland and Denmark: see M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: winning minds not hearts*, CMLRev 2008, vol. 45, issue 3, e.g. p. 68.

sidered to fall under the Community regime.¹²⁶ However, contrary to what is being said, marked progress is seen as compared with existing methods to deal with these issues, as some compensations are proposed in the form of facilitated cooperation within a smaller group of countries. Thus, in an era when fighting crime is an issue of particular importance, “Communitisation” could be a big step forward, so all efforts to seek compromise should be assessed positively, even if they result in delaying the full application of EU legislation (as is the case with ECJ jurisdiction or the effects of legislation). The Treaty of Lisbon provides for many guarantees for the fundamental interests of the state, but one should also remember the few cases in which unanimous decisions by the Council have been maintained.

To counterbalance the procedures that hamper cooperation, legislators have provided opportunities to facilitate enhanced cooperation by a group of countries interested. This may lead, on the one hand, to the fragmentation of the EU – an issue that is always stressed in the assessment of procedures of cooperation between a smaller group of countries – while on the other hand it may also put off countries from resorting to blocking procedures far too often. It has, above all, a psychological effect, as it is no secret that the domain of criminal law has traditionally been the one where countries are reluctant to see their jurisdiction limited.¹²⁷ Thus we should not fear that EU competence will encroach upon the fundamental elements of justice systems of individual countries. Discussions on these issues within the European Council are proposed to appease any concerns in this respect. Similarly, one should welcome proposals to leave public order and security within the scope of

¹²⁶ See S. CARRERA, F. GEYER, *The Reform Treaty & Justice and Home Affairs. Implications for the Common Area of Freedom, Security and Justice*, CEPS Policy Brief 2007, No 141, p. 7.

¹²⁷ Cf. H. MAROŃ, *Współpraca policyjna i sądowa w sprawach karnych wg projektu Konstytucji Europejskiej*, Państwo i Prawo 2007, No 4, p. 102.

the exclusive competence of Member State, as well as additional competence for coordinating activities, from the point of view of security guarantees and concerns about transferring too much competence to EU level.

Obviously, even the best legislative solutions and proposals contained in the new Treaty are subject to acceptance by all Member States, as otherwise even the much-needed reforms will be rejected – a threat we are now facing. The Treaty of Lisbon, if ratified by all Member States, could become the most important document to codify all principles of cooperation between the Member States and to define competence of an international organisation, which the European Union would then become.

However, the negative outcome of the Irish referendum reminded us that in order to carry out the reform of the AFSJ we need to seek alternative solutions, including so-called *passarelles*, i.e. regulations that render systemic changes possible without the procedure of a Treaty review, though under procedures provided in the Treaties.¹²⁸ Both provisions in the Treaties defining the AFSJ *passarelle* procedure, i.e. Article 67 (2) and (5) of the EC Treaty, as well as Article 42 of the EU Treaty, require the unanimous decision of the Member States and consultation with the European Parliament, while the procedure under Article 42 of the EU Treaty requires, in addition, ratification by all Member States.

One may wonder whether, without the Lisbon Treaty, a reform of the AFSJ, which would correspond with its scope, is at all possible. Without going into procedural detail, it can be stated that there would be some differences. On the basis of Article 67, for example, the co-decision procedure (the usual legislative procedure under the Treaty of Lisbon) cannot be used with regard to these countries whose citizens

¹²⁸ More on this subject: see J. BARCZ, *Problem ujednolicenia reżimu prawnego w Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości EU – w sprawie art. 42 TUE (tzw. procedura kładki)*, Europejski Przegląd Sądowy 2006, No 10, pp. 4-17.

must have visas when entering the EU and with regard to the visa format. Nor would it be possible to carry out changes within the scope of EC competence as regards immigration, asylum or civil law. On the other hand, it seems that the application of Article 42 of the EU Treaty would make it possible to introduce solutions as provided in the Lisbon Treaty with regard to voting rules or decision-making. It would also be possible to use proposed “safety brakes”, although changes aimed at easier and faster enhanced cooperation would be rather impossible, because Article 42 of the EU Treaty clearly refers to “voting conditions.”¹²⁹ Moreover this would mean a legislative initiative granted exclusively to the European Commission rather than shared with Member States. It would also be impossible to award competence to create the Office of European Public Prosecutor or to grant transition periods as provided in the Treaty of Lisbon. With regard to the ECJ, full unification would be possible only where, before using the *passarelle* under Article 42 of the EU Treaty, a decision is taken on the basis of Article 67 (5) of the EC Treaty.¹³⁰

The use of the *passarelle* procedures would enable the adoption of most changes proposed in the Treaty of Lisbon, but not all of them. Moreover, it should be remembered that the use of the *passarelle* procedure requires the unanimity of Member States and, in the case of Article 42 of the EU Treaty – also a ratification procedure, which is politically difficult. On the other hand, taking this challenge would make it possible for the Council to analyse different scenarios and to adopt solutions that are different, to some extent, from those proposed in the Treaty of Lisbon.

¹²⁹ Also S. PEERS, *Changing the institutional framework for EU Justice and Home Affairs law without the Lisbon Treaty*, Statewatch analysis July 2008, p. 7.

¹³⁰ COM (2006) 346 *final*.

5. *Conclusions*

The European Union is now at the crossroads: whether it will abandon the objective of integration and leave the AFSJ to the sovereign jurisdiction of the Member States, or progress further but, in this case, the EU needs to have a good new strategy. The Hague Programme is now about to end, which offers an opportunity in this area for preparing a new action plan.

When listing major problems that hamper the development of the AFSJ, one may indicate the problems that stem from different roots, i.e. continued mistrust in mutual cooperation between the States, differences in national law systems, varying approaches to cooperation in different countries, barriers to cooperation between national and EU bodies, problems with the development of common migration policy and asylum policy as a result of different standards in different States, and varying approaches to this issue.¹³¹ Even the concepts of security, freedom and justice are ambiguous, as they depend on numerous socio-cultural factors; this shows how complex the matter is.¹³² It should also be remembered that while Member States in the Council express their enthusiasm about the AFSJ, individual officials at the national level operate as they traditionally used to and transfer this method onto the European level (the work on the Prüm Treaty being the

¹³¹ See C. TEITGEN-COLLY, *The European Union and Asylum: an Illusion of Protection*, CMLRev 43: 1503–1566, 2006.

¹³² Cf. M. ANDERSON, J. APAP, *Changing Conceptions of Security and their Implications for EU Justice and Home Affairs Cooperation*, CEPS Policy Brief 2002, No 26, pp. 1-16.

best example of such an approach). Thus the reasons for insufficient progress in creating the AFSJ are of a political, institutional and practical nature.

In order to deal with these challenges an array of actions is needed, of which the most important one – not only desirable, but also inevitable – is the implementation of the Community method throughout the AFSJ. Without it we will not succeed in creating the AFSJ, as the resistance to enhanced cooperation on the part of some countries will not be overcome. The abolition of the pillar structure is a prerequisite of a comprehensible, legitimate, effective, transparent and democratic response to Europeanisation and the AFSJ dilemmas. The motto “more Europe” can also mean better compliance with the principle of subsidiarity and the strengthening of civic and fundamental rights.¹³³ The successful creation of the AFSJ would require the strengthening of the rule of law, in particular with regard to civic freedoms – the solution might be the adoption of the Charter of Fundamental Rights as a legally binding act, to guarantee the rights on which activities within the AFSJ are based.

The European Union needs to build the AFSJ on a more solid institutional basis, to continue removing legal barriers to cooperation and to ensure a practical infrastructure for cooperation, while on the other hand Member States need to understand that the development of the AFSJ is not an option but a must, and for this they need to empower the EU to take necessary actions in this area.

The creation of the AFSJ should be a strategic goal of the EU in the years to come, but it seems to be a rather distant goal at the moment – in particular given the rather foggy prospects of the Lisbon Treaty. Considering this area as pertaining to that of sovereignty creates obsta-

¹³³ E. GUILD, S. CARRERA, *The Hague Programme & the EU's agenda on freedom, security and justice: delivering results for Europe's citizens?*, available on: http://www.cepp.be/Article.php?article_id=530& (as at 15 July 2008).

cles in progress in this sphere, while legislative bases create additional problems. Necessary elements to achieve major progress in this field include constant monitoring and the participation of citizens, along with the strengthening of transparency and constant efforts to explain to the public the idea behind the actions that are being undertaken.

About the Author

Agnieszka Grzelak has a PhD in legal sciences, an adjunct (Lecturer) at the Warsaw School of Economics, expert on legislative matters in the Bureau of Research of the Sejm Office. She has authored many texts on EU law, in particular concerning police and judicial cooperation in criminal matters, including two monographic works: *Unia Europejska a prawo karne* [The European Union and Criminal Law] (Warsaw 2002) and *Trzeci filar Unii Europejskiej. Instrumenty prawne* [The Third Pillar of the European Union. Legal instruments] (Warsaw 2008).

This paper was prepared during research work carried out in July and August 2008 at the European University Institute in Florence, under a grant from the European Centre Natolin.

Laboratorium Badawcze Europejskiego Instytutu Uniwersyteckiego jest wspólnym projektem Centrum Europejskiego NATOLIN (CEN) w Warszawie oraz Europejskiego Instytutu Uniwersyteckiego (EIU) we Florencji.

Przedsięwzięcia podejmowane pod egidą Laboratorium mają na celu promowanie w Polsce działalności dydaktycznej i badawczej Instytutu, wspieranie badań naukowych podejmowanych w Polsce przez jego profesorów i doktorantów oraz badań podejmowanych w Instytucie przez przedstawicieli polskiego środowiska naukowego. Raporty z badań letnich prowadzonych w EIU przez przedstawicieli polskiego środowiska akademickiego w oparciu o granty przyznawane przez CEN są publikowane w serii „Zeszyty Natolińskie”.

W ramach Laboratorium organizowane są również seminaria naukowe z udziałem przedstawicieli EIU oraz konkursy na granty im. I.J. Paderewskiego promujące tematykę polską w badaniach i pracach doktorskich studentów EIU.

European University Institute Research Laboratory is a joint project of the European Centre NATOLIN (ECN) in Warsaw and the European University Institute (EUI) in Florence.

Promotion in Poland of the EUI educational and scientific research activity, support of the research taken up in Poland by the professors and doctoral students from the Institute and the Polish researchers in the EUI are the objectives of the joint ventures initiated under the auspices of the Laboratory. The reports by the Polish Summer Fellows from their research conducted in the EUI based on ECN grants are published in the series “Zeszyty Natolińskie” (Natolin Booklets).

Seminars with the participation of the EUI representatives and competitions for I. J. Paderewski grants with the aim to promote Polish topics in the EUI students’ research and doctoral thesis are also initiated in the framework of the Laboratory.