

Studia i Analizy Sądu Najwyższego

Materiały Naukowe

Przyszłość Europy
opartej na rządach prawa

The Future of Europe
Based on the Rule of Law

TOM VIII

Rada Naukowa

Przewodniczący: prof. dr hab. Małgorzata Gersdorf – Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego

Z-ca Przewodniczącego: prof. nadzw. dr hab. Jacek Kosonoga
– Dyrektor Biura Studiów i Analiz

Członkowie Rady Naukowej

prof. nadzw. dr hab. Małgorzata Wąsek-Wiaderek – sędzia Izby Karnej Sądu Najwyższego

prof. zw. dr hab. Krzysztof Ślebza – członek BSIA SN

Dr. iur. Aleksander Grebieniow – członek BSIA SN

sekretarz – Kamila Wróbel

Wydawca:

Dom Wydawniczy ELIPSA

na zlecenie: Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego

Plac Krasińskich 2/4/6

00-951 Warszawa

© Copyright by

Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego

Warszawa 2019

ISBN 978-83-64878-01-5 (całość)

ISBN 978-83-64878-17-6 (tom VIII)

ISBN 978-83-64878-16-9 (tom VIII wersja drukowana)

Studia i Analizy Sądu Najwyższego

Materiały Naukowe

Przyszłość Europy opartej na rządach prawa
Materiały z konferencji naukowej
Warszawa, Sąd Najwyższy, 26 kwietnia 2019 r.

Spis treści

PRZEDMOWA

| | |
|---|-----|
| Małgorzata Gersdorf | 5 |
| Bettina Limperg Zaufanie i rządy prawa | 15 |
| Marek Safjan Rządy prawa a przyszłość Europy | 28 |
| Ryszard Piotrowski Sędziowie i demokracje europejskie | 59 |
| Mateusz Pilich Praworządność – perspektywa prawa międzynarodowego | 94 |
| Włodzimierz Wróbel Podsumowanie konferencji | 153 |
| WYKAZ SKRÓTÓW | 165 |

Studies and Analyses of the Supreme Court

Scientific materials

The Future of Europe Based on the Rule of Law Scholarly Conference Proceedings Materials Warsaw, Supreme Court, 26th April 2019

Contents

PREFACE

| | |
|--|-----|
| Małgorzata Gersdorf | 10 |
| Bettina Limperg Trust and the Rule of Law | 22 |
| Marek Safjan Rule of Law and the Future of Europe | 44 |
| Ryszard Piotrowski Judges and European Democracies | 77 |
| Mateusz Pilich Rule of Law – the International Law Perspective | 125 |
| Włodzimierz Wróbel Conference summary | 159 |
| ABBREVIATIONS | 165 |

Małgorzata Gersdorf*

Przedmowa

Goście, Panie i Panowie Prezesi...
Koleżanki i Koledzy Sędziowie,
Szanowni Państwo,

Pytanie o przyszłość Europy opartej na rządach prawa jest nie tylko wyrazem ciekawości, która inspiruje odkrywców. Odzwierciedla ono także zaniepokojenie o los demokracji, której fundamentem są rządy prawa oparte na poszanowaniu godności człowieka i wykluczeniu arbitralizmu w działaniu władzy publicznej, a więc na wartościach określających tożsamość aksjologiczną Unii Europejskiej.

Konferencja poświęcona przyszłości Europy opartej na rządach prawa odbywa się w szczególnym momencie. Zbliżają się wybory do Parlamentu Europejskiego, które będą miały zasadnicze znaczenie dla przyszłości Unii i naszych losów. W Polsce jesteśmy niemal w przededniu kolejnej rocznicy ustanowienia Konstytucji 3 Maja, która jest dla nas symbolem narodowych nadziei i powodem do dumy jako świadectwo możliwości stworzenia dobrego państwa, chociaż jego upadku nie mogło już powstrzymać uchwalenie najznakomitszej nawet ustawy zasadniczej. Znakiem spełnionych nadziei jest natomiast zbliżająca się rocznica wejścia w życie Traktatu akcesyjnego stanowiącego jedną z podstaw naszego członkostwa w Unii Europejskiej.

Szanowni Państwo,

Wspaniałe słowo Europa, słowo greckie, nie było w tej części kontynentu dźwiękiem pustym i pozbawionym znaczenia, czy też jedynie pojęciem geograficznym. Twórcy Konstytucji 3 Maja, pierwszej polskiej i europejskiej konstytucji, która odwołuje się do sytuacji Europy w słowach swojej preambuły, szukali źródeł inspiracji w europejskich pomysłach na urządzenie świata – w suwerenności narodu i podziale władz. Czterdzieści lat później Polak, który walczył w powstaniu listopadowym o wolność ojczyzny, Wojciech Bogumił Jastrzębowski, napisał własny projekt konstytucji dla Europy, widząc szansę dla kraju

* Prof. dr. hab., Pierwsza Prezes Sądu Najwyższego.

w jedności europejskiej właśnie. Projekt ten głosił, że „prawa narodowe stanowi naród przez swoich pełnomocników, czyli Sejm, prawa zaś europejskie stanowi Europa przez swój Kongres, złożony z pełnomocników wybranych przez wszystkie narody”.

Konstytucja 3 Maja jest jedyną polską konstytucją, która mówi o Europie wiążąc nasz los z jej losem. Z twórcami tej Konstytucji łączy nas idea Europy, rozumianej przecież nie tylko jako oznaczenie kontynentu, ale jako uosobienie reguł dobrego rządu, które – jak Europa – są owocem wielu ksiąg i dziełem wielu uniwersytetów. Europa, podobnie jak demokracja, jest projektem dla ludzi myślących i niepozbawionych empatii, przekonanych, że siła argumentu znaczy więcej niż argument siły. Tych jednak zawsze brakuje.

Każda konstytucja jest owocem przekonania o fundamentalnym znaczeniu wartości odzwierciedlonych w jej postanowieniach, przekonania nazywanego nawet przez niektórych konstytucjonalistów wiarą – wiarą konstytucyjną. Odnajdujemy to przekonanie w wyrażonej w preambule Konstytucji 3 Maja pewności, że „los nasz od wydoskonalenia konstytucji jedynie zawisł”, odnajdujemy je w przysiędze składanej na wierność Konstytucji 3 Maja w Katedrze warszawskiej. To samo przekonanie i ta sama nadzieja ożywiają tych wszystkich, którzy teraz protestują przeciw naruszaniu obowiązującej Konstytucji, jakże często nie tylko ignorowanej, ale i obrażanej przez jej przeciwników. Konstytucja wyraża suwerenność Narodu. Wymaga więc szacunku należnego Narodowi.

Kryzys konstytucyjny, z którym mamy do czynienia w Polsce, polega w znacznej mierze na podporządkowaniu władzy sądowniczej rządowi utworzonemu przez większość parlamentarną po wyborach parlamentarnych i prezydenckich w 2015 roku. Proces ten określany jest jako obiecana wyborcom reforma wymiaru sprawiedliwości. Zakres i otwarcie antykonstytucyjny charakter przeprowadzanych zmian, a także ich sprzeczność z europejskimi standardami niezależności sądów, powodują, że wspomniane zmiany ustrojowe zagrażają konstytucyjnej tożsamości Polski jako demokratycznego państwa prawnego.

Przeprowadzane zmiany polegają na ograniczeniu niezależności i wiarygodności oraz zmniejszeniu skuteczności działania Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego, podporządkowaniu Krajowej Rady Sądownictwa większości parlamentarnej, podporządkowaniu sądów powszechnych i prokuratury Ministrowi Sprawiedliwości.

Szanowni Państwo,

Europejska tożsamość polskiej państwowości wynika z naszych tradycji konstytucyjnych, w świetle których prawomocność władzy jest konsekwencją przestrzegania wiążącego ją prawa. Pochodząca z XIII wieku pieśń „Gaude Mater Poloniae” wzywa do radości, ponieważ był wśród Polaków jej bohater, biskup Stanisław, który stanął w obronie prawa przeciwko władzy królewskiej. W czasach Jagiellonów uważano, że w Polsce włada prawo, nie król – *non rex sed lex regnat*. Zasadę *nihil de nobis sine nobis* (nic o nas bez nas) uznawano za fundament państwa. Artykuły henrykowskie z 1573 roku, owe niezmiennie zasady wiążące władcę, pozwalały wypowiedzieć posłuszeństwo królowi naruszającemu prawo.

Kolejne pokolenia nadają Europie własny sens ideowy i moralny. Dzisiaj, w przededniu rocznicy naszego członkostwa w Unii Europejskiej i święta Konstytucji 3 Maja, możemy powiedzieć, że idea Europy jest dla nas równoznaczna z ograniczeniem władzy przez prawa człowieka, a więc z demokracją konstytucyjną. Na straży tej demokracji stoją sędziowie krajowi i europejscy.

Europa praw człowieka jest możliwa także, a może przede wszystkim dzięki sędziom, którzy precyzują znaczenie jej praw. Bez niezależnych sądów i niezawisłych sędziów Europa nie jest sobą, a rządy prawa zamieniają się w swoje przeciwieństwo. Prawo do sądu stanowi przecież za fundament praw podstawowych.

Siłą demokracji liberalnej jest otwartość i dialog, jej zaprzeczeniem określanie stawiających pytania i żądania mianem populistów jako jedyna udzielana im odpowiedź, a także odwoływanie się do społeczeństwa obywatelskiego tylko wtedy, kiedy trzeba zakomunikować tzw. „trudne decyzje”, które politycy mają przecież obowiązek podjąć. Nawiązując do poglądów Jürgena Habermasa („Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego”) można powiedzieć, że podstawą prawa jest dialog.

Szanowni Państwo,

Rządy prawa tracą swój majestat i bezalternatywność, kiedy w praktyce okazują się rządami post-prawa, które nie ma już związku z dobrem wspólnym i przez to stają się niezrozumiałe i obce. Prawo – jak napisała wybitna przedstawicielka współczesnej polskiej filozofii Barbara Skarga, nieżyjąca już Profesor mojego Uniwersytetu – „powinno być regulatorem zgodnym ze społecznym poczuciem sprawie-

dliwości. Ma być tej sprawiedliwości wyrazem i gwarantem. Gdy nim nie jest, gdy nie zostało zaakceptowane, gdy jego treści nie uznajemy, gdy nie wyrażamy na nie zgody, jego siła odczuwana jest jako niczym nieuzasadniona przemoc” („Człowiek to nie jest piękne zwierzę”).

Doświadczenia ostatniego stulecia pozwoliły zrozumieć, że podstawą rządów prawa w państwie demokratycznym pozostają wartości wspólnotne godności człowieka, wyznaczające granicę władzy większości, a jednocześnie granicę władzy suwerena. Strażnikiem owych wartości, a tym samym gwarantem wolności, są niezawisłe i niezależne sądy, władne oceniać działania władzy ustawodawczej i wykonawczej. Wpływa to w zasadniczy sposób na rolę władzy sądowniczej w państwie demokratycznym. Niezawisłość i bezstronność sądownictwa jest podstawą demokratycznego państwa prawnego i zwornikiem współczesnych demokracji liberalnych.

Dawne i nowe doświadczenia przekonują także o tym, jak wysoką cenę płacą państwa demokratyczne za nierówności społeczne. Rządy prawa, stanowiące ustrojowy fundament niezależności sądów i niezawisłości sędziów w demokratycznym państwie prawnym, są szczególnie zagrożone w państwie, które nie zapewnia równości w wywieraniu wpływu na proces sprawowania władzy, ponieważ podtrzymuje system ekonomicznego i politycznego wykluczenia obywateli. Sądy mogą jedynie zmniejszyć negatywny wpływ nierówności społecznych na funkcjonowanie państwa demokratycznego. Władza sądownicza, pozbawiona „miecza i sakiewki”, dzieli los państwa, którego jest częścią, przesądzony przeciw już wtedy, kiedy staje się ono swoim przeciwieństwem ignorując wartości nadające sens demokracji.

Szanowni Państwo,

Konstytucja Rzeczypospolitej odzwierciedla założenia demokracji, w której wola większości nie stanowi źródła praw człowieka, takiej demokracji, w której prawo człowieka – jak pisał Immanuel Kant – „musi być uważane jako święte, choćby to władzę panującą kosztowało ogromnie dużo poświęcenia” („Zum ewigen Frieden”). Konstytucja wyraża reguły demokracji, w której prawa człowieka kształtują się w dialogu, a wiedza o nich rozwija się stale.

W sporach o demokrację możemy dostrzec swego rodzaju konfrontację między przeciwstawnymi koncepcjami ustroju demokratycznego: demokracją rozumianą jako nieograniczona władza większości

a koncepcją ustroju, w którym władza większości jest ograniczona przez prawa człowieka.

Rozumienie demokracji, sprowadzające sens tego pojęcia do władzy większości niezależnie od tego, jak władza ta została wyłoniona i jak jest sprawowana, to przejaw interpretacji owego pojęcia, zawężającej jego znaczenie w sposób, który prowadzi do zatarcia granicy między demokracją a dyktaturą, między suwerennością narodu a suwerennością sprawującej faktyczną władzę polityczną jednostki.

Ograniczanie pojęcia narodu do aktualnie dominującej w nim większości jest niedopuszczalną zmianą znaczenia tego pojęcia. Konsekwencją tezy, że suweren rozumiany jako większość może wszystko, byłoby przekreślenie suwerenności suwerena rozumianego jako cały naród.

Los demokracji liberalnej, choćby tylko w jej europejskim wcieleniu, wymaga zrozumienia, że Europa wolnej konkurencji, wolnego rynku i efektywności gospodarczej, nie przetrwa, jeśli władza w niej panująca – polityczna i gospodarcza – nie zdobędzie się na „ogromnie dużo poświęcenia”, zabiegając o to, by prawa człowieka proklamowane w Traktacie o Unii Europejskiej, tak polityczne, jak ekonomiczne i socjalne, stały się panami Traktatów. Europa zachowa tożsamość wyznaczoną przez Traktaty tak długo, jak długo będzie w stanie bronić i obronić swoich obywateli przed ograniczaniem niezależności sądów i niezawisłości sędziów.

Szanowni Państwo,

Budowanie i umacnianie europejskiej kultury praw człowieka wymaga współdziałania prawników europejskich w formach już istniejących, a także poszukiwania nowych możliwości. Pragnę wyrazić nadzieję, że dzisiejsza konferencja stanie się pożyteczną inspiracją i stworzy okazję do dialogu i refleksji, że pozwoli dostrzec zasadniczą różnicę między wartościami i antywartościami europejskimi, a tym samym potwierdzi nasze przekonanie, że Europa ma przed sobą tę przyszłość, którą – My, Europejczycy, – utożsamiamy z rządami prawa, albo – nie ma jej wcale.

Z tą myślą otwieram dzisiejszą konferencję, dziękując wszystkim jej uczestnikom za przyjęcie zaproszenia na nasze obrady.

Małgorzata Gersdorf*

Preface

Distinguished Guests, Court Presidents...

My Colleagues Judges,

Ladies and Gentlemen:

The question about the future of Europe based on the rule of law is not only an expression of curiosity that has motivated explorers. It also reflects our concern about the fate of democracy, which is founded on the rule of law based, in turn, on respect for human dignity and the exclusion of arbitrariness from the operation of public authority, and thus on the values that define the axiological identity of the European Union.

This conference on the future of Europe based on the rule of law is taking place at a special moment. We are approaching the European Parliament elections, the results of which will be crucial for the future of the European Union and our destinies. In Poland, we are almost on the eve of the next anniversary of the passing of the 3 May Constitution, which for us is a symbol of national hope and a source of pride as a testimony to the possibility of creating a good state, although the state's collapse at the time could not be prevented by adoption of even the most outstanding basic law. The forthcoming anniversary of the entry into force of the Treaty of Accession, one of the cornerstones of our membership of the European Union, is, however, a sign of the hopes that have been fulfilled.

Ladies and Gentlemen:

The wonderful word Europe, a Greek word, was not an empty and meaningless sound in this part of the continent, nor was it just a geographical concept. The creators of the 3 May Constitution, the first Polish and European constitution to refer to the condition of Europe in the words of its preamble, sought inspiration in European ideas for arranging the world: in the sovereignty of the people and the division of powers. Forty years later, Wojciech Bogumił Jastrzębowski, a Pole who fought for the freedom of his homeland in the November Uprising, penned his own draft constitution for

* Prof. dr hab., First President of the Supreme Court of the Republic of Poland.

Europe, discerning an opportunity for his country in European unity. The bill stated that “national laws shall be constituted by each nation through its representatives, that is, the Sejm, and the European laws shall be constituted by Europe through its Congress, composed of representatives elected by all the nations.”

The 3 May Constitution is the only Polish constitution that speaks of Europe, linking our fate to its fate. We are connected with the authors of that Constitution by the idea of Europe, understood not only as a designation of a continent, but also as the embodiment of the rules of good governance, which are the fruit of many books and the labour of many universities, just as Europe is. As democracy is, Europe is also a project for people of reason and empathy, convinced that the power of argument counts for more than the argument of power. Alas, we are always short of these.

Every constitution is the fruit of a belief in the fundamental validity of the values reflected in its provisions, a belief some constitutionalists even refer to as faith, the constitutional faith. We find this belief in the preamble to the 3 May Constitution which states with conviction that “our fate hangs solely on our ability to improve the Constitution” and we find it in the oath of allegiance to the 3 May Constitution sworn in the Warsaw Cathedral. This same belief and hope inspire all those now protesting against the violation of the present Constitution, which has been often not only ignored but also insulted by its opponents. The Constitution expresses the sovereignty of the Nation and thus requires the respect due to the Nation.

The constitutional crisis we are facing in Poland is to a large extent the government formed by a parliamentary majority formed following the parliamentary and presidential elections of 2015 subjugating the judicial power. This process is being described as the justice system reform promised to voters. The sheer scope and openly anti-constitutional nature of the changes that have been carried out, and their inconsistency with European standards of judicial independence make these systemic changes a threat to the constitutional identity of Poland as a democratic state governed by the rule of law.

The adopted changes reduce the independence, credibility and efficiency of the Polish Constitutional Court and Supreme Court, subordinate the National Council of the Judiciary to the parliamentary majority, and subordinate the ordinary courts and prosecutors’ offices to the Minister of Justice.

Ladies and Gentlemen:

The European identity of the Polish statehood stems from our constitutional traditions, in the light of which the legitimacy of power is a consequence of compliance with the law which binds it. The 13th-century *Gaude Mater Poloniae* hymn calls for rejoicing because there was a hero among the Poles, one bishop Stanisław, who stood up for the law against the royal power. In the times of the Jagiellonian dynasty, it was believed that it was the law and not the king that ruled Poland: *non rex sed lex regnat*. The principle of *nihil de nobis sine nobis* (nothing about us without us) was considered the foundation of the state. The Henrician Articles of 1573, the “immutable rule binding upon the ruler,” allowed for termination of obedience to a king violating the law.

Successive generations invested the concept of Europe with their own ideological and ethical significations. Today, on the eve of the anniversaries of Poland’s membership of the European Union and of the 3 May Constitution, we can say that the idea of Europe is tantamount to limiting power by human rights, and therefore to constitutional democracy. National and European judges are the guardians of this democracy.

The Europe of human rights is also or perhaps above all made possible by judges, who make specific the meaning of these rights. Without independent courts and autonomous judges, Europe cannot be itself, and the rule of law can turn into its antithesis. The right to a court is, after all, foundational to fundamental rights.

Openness and dialogue are the key strengths of liberal democracy; these are contradicted when those who pose questions and demands are labelled as populists, and that remains the sole answer given to them, and when civil society is invoked only when there is a need to communicate so-called “hard decisions”, which, after all, politicians are obliged to make. Referring to the views of Jürgen Habermas (“Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy”), one can say that dialogue is the very basis of law.

Ladies and Gentlemen:

The rule of law is stripped of all its majesty and its non-alternative character when in practice it turns out to be the rule of post-law, something that is no longer related to the common good and thus incomprehensible and extrinsic. As Barbara Skarga, a prominent

contemporary Polish philosopher (now deceased) and my University Professor, writes: “The law should be a regulator consistent with the society’s sense of justice. It is to be the expression and guarantor of this justice. When it is not, when it does not find acceptance, when its content is not recognised, when we do not agree to it, its strength is experienced as unjustified violence” (“Człowiek to nie jest piękne zwierzę” [“Man is not a Pretty Beast”]).

The experience of the last century enabled us to understand that the rule of law in a democratic state is based on the values compatible with human dignity, which delimit the boundaries of majority rule and, at the same time, the boundaries of the sovereign. Autonomous and independent courts with the power to judge the actions of the legislative and the executive branch of government are the guardians of these values and thus the guarantors of freedom. This affects in a fundamental way the role of the judiciary in a democratic state. The independence and impartiality of the judiciary is the cornerstone of the democratic rule of law and the linchpin of modern liberal democracies.

The historical as well as new experience demonstrates the high price paid by democratic states for social inequalities. The rule of law, which constitutes the systemic foundation for judicial independence and the autonomy of judges in a democratic state governed by the rule of law, is particularly at risk in a state that does not ensure equality in the leverage over the exercise of power because it preserves a system of economic and political exclusion. Courts can only reduce the negative impact of social inequalities on the functioning of a democratic state. Deprived of the sword and the purse, the judiciary shares the fate of the state it forms part of, the fate that is sealed whenever the state becomes the opposite of itself, when it ignores the values that give democracy its meaning.

Ladies and Gentlemen:

The Constitution of the Republic of Poland reflects the principles of a democracy in which the will of the majority is not a source of human rights; it is a democracy in which – as Immanuel Kant wrote in “Perpetual Peace: A Philosophical Sketch” – “the rights of men must be held sacred, however much sacrifice it may cost the ruling power.” The Constitution expresses the rules of democracy, in which the rights of man are shaped in dialogue and knowledge about them is under continual development.

The disputes over democracy can be seen as a kind of confrontation between two opposing conceptions of the system: that of unlimited majority rule and that of a system in which majority rule is limited by human rights.

The understanding of democracy in which its meaning is reduced to majority rule, regardless of how the ruling power has been chosen or how it is being exercised, is a manifestation of an interpretative conception of democracy which limits its meaning in a way that blurs the boundaries between democracy and dictatorship, and between the sovereignty of the nation and the sovereignty of the individual who de facto holds political power.

To limit the concept of the nation to the currently predominant population majority would constitute an unacceptable redefinition of that concept. The consequence of the notion that the sovereign understood as majority can act at will is that it abolishes the sovereignty of the sovereign understood as the nation as a whole.

The concern for the fate of liberal democracy – be it limited to its European manifestations – calls for an understanding that the Europe of free competition, free market and economic efficiency will not survive if the political and economic powers that prevail in it do not sustain “however much sacrifice it may cost” as they seek to ensure that the human rights proclaimed in the Treaty on European Union, whether political, economic or social, indeed lord over the Treaties. Europe will retain its identity as defined by the Treaties as long as it is able to defend and protect its citizens against restrictions on judicial independence and the autonomy of judges.

Ladies and Gentlemen:

The work of building and strengthening the European culture of human rights requires cooperation between European lawyers, both in its existing formats and through search for new opportunities. I would express the hope that today’s conference will provide useful inspirations and opportunities for dialogue and reflection that it will allow us to see clearly the fundamental difference between European values and their antithesis, and thus strengthen us in our conviction that Europe has before it a future that we identify with the rule of law or it has no future at all.

With this in mind, I open today’s conference as I thank all the participants for accepting the invitation to our deliberations.



Bettina Limperg*

Zaufanie i rządy prawa

Szanowna Pani Pierwsza Prezes,
Szanowni Państwo,

Cieszę się, że mam możliwość wystąpić tu dziś na międzynarodowej konferencji w Sądzie Najwyższym Rzeczypospolitej Polskiej i wziąć udział w dyskusji nad ważną kwestią, jaką jest praworządność.

Jeden z ojców Unii Europejskiej, Jean Monnet powiedział kiedyś: „My nie łączymy państw, my jednoczymy ludzi”. Pomimo iż wiele już udało się od tamtego czasu osiągnąć, to cel, dla którego powstała Unia, z pewnością jeszcze nie został osiągnięty. Niemniej wizyty, jak ta dzisiejsza – a może szerzej: wymiany ponad granicami, bez względu na to czy dotyczą one obywateli, osób zajmujących się gospodarką, czy też sędziów sądów najwyższych – niewątpliwie pokazują, że Europa się do siebie zbliżyła i że dosłownie jednoczy ludzi.

Pamiętając w szczególności, iż Europa jest także wspólnotą prawa, chciałabym bardzo podziękować Pani Pierwszej Prezes za to zaproszenie, a także za to niezwykle ciepłe przyjęcie oraz możliwość wymiany opinii na tym forum. Jestem niezwykle rada, bowiem dzisiejsze wydarzenie pokazuje zaangażowanie tylu różnych interesariuszy – z Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Międzynarodowego Trybunału Karnego, wielu sądów najwyższych państw członkowskich, uniwersytetów i, ogólnie, profesji prawniczej – którzy nadal widzą wartość w praworządności i którym zależy na tym, by praworządność pozostała jednym z fundamentów, na których zbudowano Unię Europejską.

Moje dzisiejsze wystąpienie na temat praworządności podzieliłam na cztery części:

- Po pierwsze: Jakie jest znaczenie praworządności?
- Po drugie: Dlaczego najważniejsze w tym kontekście jest zaufanie?
- Po trzecie: Jakie są bieżące wyzwania stojące przed praworządnością w Europie?
- i po czwarte: Czy na horyzoncie widać jakieś optymistyczne perspektywy?

* Prezes Federalnego Trybunału Sprawiedliwości w Niemczech.

1. Jakie jest znaczenie praworządności?

Niemiecki odpowiednik praworządności brzmi *Rechtsstaat*, co można bezpośrednio przetłumaczyć jako „państwo prawa” albo lepiej „państwo praw”. Oznacza to „państwo konstytucyjne”, w którym sprawowanie władzy rządowej jest ograniczone prawem. Niemiecki termin wywodzi się z filozofii Immanuela Kanta, wpływowego europejskiego filozofa, który urodził się prawie co do dnia 295 lat temu¹ niedaleko stąd. To on, w roku 1793 pierwszy ukuł termin *status iuridicus* („państwo praw”), który pojawił się w tekście opatrzonym ponadczasowym opisem: „W teorii może to się wydawać poprawne, ale w praktyce jest bezużyteczne”.

Kantowi udało się jednak termin *Rechtsstaat* – „praworządność”, wprowadzić w życie poprzez zdefiniowanie wciąż aktualnych zasad praworządności. U podstaw praktycznej kantowskiej filozofii leży powszechna wolność. Kant twierdził, że każda jednostka musi być wolna, by mieć możliwość być moralną. Przez wolność filozof rozumiał niezależność od ograniczeń wynikających w wyborów dokonywanych przez inne osoby². W wolności ważne jest autonomiczne prawo każdej jednostki do pojmowania szczęścia na swój własny sposób. Każdy może dążyć do szczęścia, w sposób, jaki uważa za właściwy pod warunkiem, że to dążenie nie narusza dążeń innych osób. Na tej podstawie Kant postrzega *status iuridicus* – państwo prawa – jako relację pomiędzy jednostkami, która definiuje warunki, w jakich każda jednostka może realizować swoje prawa. Kant nie mówił tu o prawach nadanych przez państwo, które to państwo mogłoby też odebrać. Nie, mówił o prawach, które są immanentne dla ludzkiej natury, które przez tę naturę zostały nadane – można je więc nazwać prawami naturalnymi.

Koncepcja, iż pewne prawa są immanentne, została odzwierciedlona w art. 1 niemieckiej ustawy zasadniczej, jak również w preambule do polskiej konstytucji. Zatem idee Kanta nie straciły na aktualności. Ponieważ immanentne prawa każdej jednostki nadal pozostają w centrum zainteresowania, nowoczesne państwo konstytucyjne, działające w oparciu o praworządność, zawsze będzie ograniczało władzę państwa. Jako że państwo prawa kieruje się zasadą ograniczonego zaufania do władzy państwowej, w systemie tym istnieje szereg zabezpiec-

¹ 22 kwietnia 1724.

² *Die Metaphysik der Sitten (Metafizyka Moralności)*, s. 237 Rn. 29; po niemiecku: „Unabhängigkeit von eines Anderen nöthigender Willkür”

czeń, takich jak trójpodział władzy, obowiązek podporządkowania się prawu oraz istnienie niezależnego sądownictwa. Przez państwo prawa rozumiemy także, że wszystkie władze publiczne działają w granicach prawa, zgodnie z wartościami demokracji i praw podstawowych oraz pod kontrolą niezależnych i bezstronnych sądów, jak też przestrzegając zasad przejrzystości i należytej procedury.

Przyznam, że jest to dla mnie niezmiennie fascynujące, kiedy widzimy, jak nowoczesne państwo konstytucyjne zrzeka się dobrowolnie części swojej władzy: oddaje się pod władzę niezależnych sądów w celu zapewnienia fundamentalnych wolności swoich obywateli.

A jako że Unia Europejska jest w szczególności wspólnotą prawa, praworządność, bezwarunkowe poszanowanie prawa są wpisane w jej DNA. Pozwolę sobie zacytować art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej:

„Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”.


To wspólne rozumienie – lub, można powiedzieć, ta założycielska przysięga – jest szczególnie ważna. Jak często powtarza wiceprzewodnicząca Komisji Europejskiej Vivianne Reding, Unia jest konstrukcją wyjątkową, jako że nie została zjednoczona siłą ani przez wojsko, czy siły policyjne, tylko mocą praworządności. Jak już mówiłam, Unia Europejska jest wspólnotą prawa bazującą na praworządności.

To prowadzi mnie do drugiego punktu mojego wystąpienia:

2. Dlaczego w tym kontekście najważniejsze jest zaufanie?

Cóż, bez zaufania nigdy nie doszłoby do założenia Unii Europejskiej. Po tym, jak Niemcy zrobiły wszystko, co możliwe by zniszczyć wzajemne zaufanie i szacunek – wywołując dwie światowe wojny i dokonując Zagłady – wspomniałomyślny i wybaczący sojusznicy na Zachodzie jednak ponownie uwierzyli w możliwość wzajemnego zaufania.

Dwaj doktoranci z Uniwersytetu Warszawskiego, pan Michał Dorociak i pan Wojciech Lewandowski, pięknie o tym napisali w eseju



opublikowanym w European Papers z lipca 2018 roku³: na początku wspomnieli Winstona Churchilla, który w swym słynnym przemówieniu w Zurychu w 1946 roku powiedział o konieczności stworzenia Zjednoczonych Stanów Europy. Według Churchilla nowy ład winien bazować na „akcie wiary w europejską rodzinę, akcie zapomnienia wszystkich zbrodni i szaleństw przeszłości”⁴. Cztery lata później, w 1950 roku Robert Schuman ogłosił plan założenia Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali. Ten moment był prawdziwym początkiem powojennego pojednania Francji i Niemiec w oparciu o wzajemne zaufanie. W symbolicznym akcie Prezydent de Gaulle zaprosił Kanclerza Adenauera w 1958 roku do złożenia wizyty w jego prywatnym pałacu. Z kolei w trakcie swej kolejnej wizyty w Berlinie w 1962 roku de Gaulle stwierdził, że zaufanie będzie „kamieniem węgielnym budowlu jedności europejskiej”⁵.

Od 57 lat te słowa nie straciły nic na swej aktualności: wzajemne zaufanie między państwami członkowskimi UE i ich systemami prawnymi jest fundamentem Unii. Sposób stosowania zasady praworządności na poziomie krajowym odgrywa zasadniczą rolę pod tym względem. Zaufanie wszystkich obywateli UE i organów krajowych do funkcjonowania praworządności jest szczególnie istotne dla dalszego przekształcania się UE w przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości bez granic wewnętrznych. To zaufanie będzie budowane i utrzymywane tylko wtedy, gdy praworządność będzie przestrzegana we wszystkich państwach członkowskich⁶.

Obecnie wyrok sądu krajowego w sprawach cywilnych i handlowych musi zostać automatycznie uznany i wykonany w innym państwie członkowskim, a europejski nakaz aresztowania domniemanego przestępcy wydany w jednym państwie członkowskim musi zostać wykonany jako taki w innym państwie członkowskim. Przykłady te jasno pokazują, dlaczego wszystkie państwa członkowskie muszą być zaniepokojone, jeśli jedno państwo członkowskie nie w pełni przestrzega praworządności. Dlatego właśnie UE ma szczególny interes w umacnianiu i chronieniu praworządności w całej Unii.

³ European Papers, vol. 3, 2018, No 2, pp. 857–873: A Check Move for the Principle of Mutual Trust from Dublin: The Celmer Case; http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/check-move-for-principle-mutual-trust-celmer-case#_ftn9

⁴ Winston Churchill, mowa wygłoszona na Uniwersytecie w Zurychu 19 września 1946 r., www.rm.coe.int.

⁵ Charles de Gaulle, mowa wygłoszona w Berlinie 9 września 1962 r., www.konrad-adenauer.de.

⁶ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego i Rady. Nowe Ramy UE na rzecz umocnienia praworządności (COM/2014/0158 final).

Przejdę teraz do trzeciego punktu, czyli:

3. Jakie są bieżące wyzwania stojące przed praworządnością w Europie?

Z pewnością wszystkim nam przychodzą do głowy niedawne wydarzenia w różnych krajach członkowskich. Komisja Europejska, stojąca na straży Traktatów, musiała podjąć działania wobec **Węgier** z powodu łamania praworządności już 7 lat temu. Wówczas wynikało to z wymuszonego skrócenia wieku emerytalnego sędziów, prokuratorów i notariuszy węgierskich. Jak wiemy, interwencje ze strony Unii nie przyniosły skutków. Wobec tego Parlament Europejski przygniatającą większością głosów podjął w zeszłym roku decyzję o uruchomieniu wobec Węgier procedury z art. 7, co może w rezultacie doprowadzić do utraty przez ten kraj prawa głosu w UE.

Niemniej nie jest to jedyny kryzys praworządności w Europie. Rząd **Rumunii** otrzymał ostrzeżenie od Komisji Europejskiej w listopadzie 2018 roku w związku z cofaniem się w postępach poczynionych od czasu wyjścia do UE w 2007 roku. Parlament Europejski z kolei przyjął rezolucję, w której wyraża „głębokie zaniepokojenie” wobec nowego rumuńskiego prawodawstwa, które mogłoby potencjalnie osłabić praworządność. Szczególnie jedna propozycja jest uważnie obserwowana – amnestia chroniąca polityków przed ściganiem za korupcję. Głównym beneficjentem amnestii byłby prawdopodobnie lider partii socjaldemokratycznej skazany za manipulowanie wynikami wyborczymi, przez co ma zakaz piastowania urzędu premiera. Z zaniepokojeniem obserwujemy także wydarzenia w Bułgarii.

Oczywiście toczą się także dyskusje na temat reformy sądownictwa w **Polsce**, o czym wiedzą państwo lepiej ode mnie.

Wszystkie te wydarzenia ujawniły brak poszanowania praworządności, demokracji i praw człowieka, a także wzrastające zagrożenie utraty przez społeczeństwo obywatelskie głosu i niezależności. Były niemiecki prezydent Gauck bardzo trafnie opisał obecny kryzys praworządności europejskiej jako kryzys zaufania⁷.

Nie chcę przez to wszystko powiedzieć, że zaufanie jest dobre, ale kontrola jeszcze lepsza. Niemniej wzajemny szacunek nie może być

⁷ http://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Downloads/DE/Reden/2017/02/170207-Niederlande-Ehrendoktorwuerde-Englisch.pdf?__blob=publicationFile [dostęp: 20.08.2019 r.].


ślepy. Domniemanie, że państwa członkowskie stosują wspólne wartości na podstawie wzajemnego zaufania jest, jak każde domniemanie, do obalenia. Zostało to wyraźnie podkreślone w odpowiedzi Trybunału Sprawiedliwości na pytanie prejudycjalne zadane przez Wysoki Sąd w Irlandii. Sprawa dotyczyła obywatela polskiego ściganego przez Polskę na podstawie Europejskiego Nakazu Aresztowania. Otóż irlandzki sąd wyraził wątpliwość, czy dany obywatel polski będzie miał szansę na rzetelny proces sądowy. Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że wykonujący nakaz organ sądowy, mający zadecydować o przekazaniu danej osoby, powinien zweryfikować w sposób konkretny i dokładny, czy istnieją poważne i sprawdzone podstawy, aby uznać, że owa osoba będzie narażona na rzeczywiste ryzyko naruszenia prawa podstawowego do rzetelnego procesu sądowego w wypadku przekazania do tego państwa.

4. Czy na horyzoncie widać jakieś optymistyczne perspektywy?

W ten sposób dochodzę już do końca mojego wystąpienia i kwestii **optymistycznych perspektyw na przyszłość**. Musimy ufać w europejską praworządność i europejskie instytucje. Te instytucje, w szczególności Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, udowodniły, że to możliwe! Ostatni przykład, robiący duże wrażenie, pochodzi z grudnia zeszłego roku, czyli nakaz wydany przez Trybunał w sprawie C-619/18 R – *Komisja przeciwko Polsce*. Chyba nie muszę Państwu mówić o tym historycznym orzeczeniu, o którym tak dobrze Państwo wiecie. Niemiecki profesor, Armin von Bogdandy, dyrektor zarządzający Instytutu Publicznego Prawa Porównawczego oraz Prawa Międzynarodowego im. Maxa Plancka we Frankfurcie, podsumował je w jednym zdaniu: strażnik polskiej konstytucji się zeuropeizował⁸.

Wszyscy powinniśmy działać na rzecz przywrócenia i umocnienia zaufania w UE. Uważam, że osiągnięcia Unii – zaprowadzenie pokoju i dobrobytu na kontynencie pustoszo-nym w przeszłości przez populizm i wojnę (jako niemiecka sędzia czuję się za to winna) – powinny być bardziej promowane. Jak to często w życiu bywa, ci, którzy coś utracili bądź są bliscy straty, bardziej cenią to, co kiedyś mieli lub jeszcze mają. Praworządność nie jest ani zagwarantowana, ani dana raz na

⁸ Cytat z SZ z 15 stycznia 2019, wypowiedziany podczas spotkania w Kolegium Badawczym w Berlinie.



zawsze. Musimy jej bronić, tak jak to robiły tysiące polskich obywateli demonstrując przeciwko reformie sądownictwa. Wszyscy musimy mówić o wartości Unii Europejskiej w ogólności, a o państwie prawa w szczególności.

Jestem zatem wdzięczna, że odbywają się wydarzenia takie, jak to, i czekam już na owocne dyskusje i możliwość wysłuchania Państwa pomysłów.

Dziękuję za uwagę.



Bettina Limperg^{*}

Trust and the Rule of Law

Dear First President Gersdorf,
Ladies and Gentlemen,

I welcome the opportunity provided by today's international conference at the Supreme Court of the Republic of Poland to discuss the important subject of the rule of law.

One of the fathers of the European Union, Jean Monnet, once said: “We do not want to form an alliance of states, but an alliance of people.” Although much has been achieved since, the goal of a European Union surely has not been fully achieved yet. However, visits like this one – or more generally speaking: cross-border exchanges, be they among citizens, economy people or judges of the supreme judicial courts – clearly show: Europe moves up closer, it literally unites people.

In particular, since Europe is also a legal community, I would like to thank you very much, Ms First President, for this invitation, for this very warm welcome, and for the possibility to exchange our views here. I am pleased because today's event shows that there are so many different stakeholders – from the Court of Justice of the European Union, from the ICC, from so many supreme courts of the Member States, from universities and in general from the legal profession – who continue to recognise the value of the rule of law and who want to ensure that the rule of law remains strong as one of the tenets upon which the European Union has been built.

My intervention on the rule of law today will be divided in four parts:

- First: What is the meaning of the rule of law?
- Second: Why is trust of the essence in this context?
- Third: What are the current challenges to the rule of law in Europe?
- And Fourth: Is there an encouraging outlook at the horizon?

^{*} President of the Federal Court of Justice of Germany.

1. What is the meaning of the rule of law?

The German word for rule of law is *Rechtsstaat*, which can be translated as “the legal state” or better “state of rights”. It means a “constitutional state” in which the exercise of governmental power is constrained by the law. This German term can be traced back to Immanuel Kant, an influential European philosopher, who was born 295 years ago, almost to the day¹ and not far away from here. He first coined the Latin term *status iuridicus* (“state of rights”) in the year 1793 in his paper with the timeless title: “This may appear proper in theory, but in practise it’s useless.” However, Kant brought the term *Rechtsstaat* – “rule of law” – to life by defining still valid theoretical principles of the rule of law. The foundation of Kant’s practical philosophy is everybody’s freedom. He states that each individual has to be free in order to have the possibility to be moral. And with freedom Kant means independence from being constrained by another’s choice². Freedom stresses the autonomous right of all individuals to conceive happiness in their own way. Each may pursue happiness as they see fit provided that their pursuit does not infringe upon others’ similar pursuits. Based on that, Kant regards the *status iuridicus* – the legal state – as the relation between individuals themselves, which define conditions under which each individual can exercise its rights. Kant did not mean rights conferred by the state which also could be withdrawn by the state. No, he had in mind rights, which are inherent by virtue of human nature, endowed by nature – so to speak natural law.

This idea, that certain rights are inherent, is reflected in Article 1 of the German Basic Law and in the preamble of the Polish constitution as well. Kant’s thoughts are therefore still valid. And as the inherent rights of each individual are in the focus, the modern constitutional state based on the rule of law stands always for limitation of the state’s power. It distrusts the power of the state; hence there are safeguards like separation of powers, the binding of all public authorities to law and justice, and the independent judiciary. With rule of law we mean that all public powers act within the constraints set out by law, in accordance with the values of democracy and fundamental rights,

¹ 22 April 1724.

² Die Metaphysik der Sitten, p. 237 N 29; in German: „Unabhängigkeit von eines Anderen nöthigender Willkür“.

and under the control of independent and impartial courts and with respect to transparency and due process.

For me, it is still and ever again a fascinating idea that the modern constitutional state voluntarily renounces part of its power: it submits itself to independent courts in order to secure the fundamental freedoms of its people.

And as the European Union is in particular a legal community, the rule of law, the unconditional validity of law, is imprinted on the DNA of the European Union. Allow me to quote Article 2 of the Treaty on European Union:

“The European Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the member states in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.”

This common understanding – or you could say this founding pledge – is of particular importance. As Viviane Reding, Vice-President of the European Commission, has often pointed out, the Union is a unique construction, as it is not bound together by force, by a common army or a common police force, but only by the strength of the rule of law. As I said before, the European Union is a legal community based on the rule of law.


That leads me to the second point of my speech:

2. Why is trust of the essence in this context?

Well, without trust the European Union would never have been founded. After Germany had done anything possible to destroy any mutual trust and respect – from starting two World Wars to the Holocaust – it was the generous and forgiving Western-Allies who started to believe in mutual trust again:

Two PhD-students from the University Warsaw, Mr. Michal Dorociak and Mr. Wojciech Lewandowski have beautifully pointed that out in their essay in the European Papers from July 2018³: Both

³ European Papers 2018, vol. 3. No 2, pp. 857–873: A Check Move for the Principle of Mutual Trust from Dublin: The Celmer Case; http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/check-move-for-principle-mutual-trust-celmer-case#_ftn9 [accessed: 20.08.2019].



mentioned at first Winston Churchill, who in his famous speech in Zurich in 1946 raised the necessity of creating United States of Europe. According to Churchill, this new order was to be based on “the act of faith in the European family, this act of oblivion against all crimes and follies of the past”⁴. Four years later, in 1950 Robert Schuman announced his plan to launch the European Coal and Steel Community. This was the very beginning of after-war reconciliation between France and Germany based on mutual trust. In a symbolic act of trust President de Gaulle in 1958 invited Chancellor Adenauer to visit him at his private place. During his subsequent trip to Berlin in 1962, de Gaulle stated that trust was to become “the foundation stone on which Europe’s unity can and must be erected”⁵.

This statement is as true today as it was 57 years ago: mutual trust among EU Member States and their respective legal systems is the foundation of the Union. The way the rule of law is implemented at national level plays a key role in this respect. The confidence of all EU citizens and national authorities in the functioning of the rule of law is particularly vital for the further development of the EU into an area of freedom, security and justice without internal frontiers. This confidence can only be built and maintained if the rule of law is observed in all Member States.⁶

Today, a judgement in civil and commercial matters of a national court must be automatically recognized and enforced in another Member State and a European Arrest Warrant against an alleged criminal issued in one Member State must be executed as such in any other Member State. Those are clear examples of why all Member States need to be concerned if the rule of law principle is not fully respected in one Member State. This is why the EU has to have a strong interest in safeguarding and strengthening the rule of law threats across the Union.

⁴ Winston Churchill, speech delivered at the University of Zurich, 19th September 1946, www.rm.coe.int.

⁵ Charles de Gaulle, speech delivered in Berlin, 9 September 1962, www.konrad-adenauer.de [accessed: 20.08.2019].

⁶ Communication from the commission to the European Parliament and the Council. A new EU Framework to strengthen the Rule of Law (COM/2014/0158 final).

This leads me to my next – and third – point:

3. What are the current challenges to the rule of law in Europe?

We surely all have recent events in some Member States in mind. However, the European Commission as guardian of the Treaties has had to intervene in **Hungary** with respect to the rule of law already 7 years ago. At the time, the reason was the forced early retirement of judges, prosecutors and notaries in Hungary. As we know, the interventions did not help. Therefore, the European parliament voted in September last year with a vast majority to trigger Article 7 sanctions procedure against Hungary, which could eventually lead to loss of EU voting rights.


But this is not the only rule of law crisis in Europe: **Romania's** government has been warned by the European commission in November 2018 that it was backtracking on progress made since joining the EU in 2007, while the European parliament passed a resolution voicing “deep concerns” at legislation that has the potential to weaken the rule of law. One proposal being closely watched is an amnesty to protect politicians from prosecution for corruption. One of the main beneficiaries of the amnesty would probably be the leader of the Social Democratic party who has a conviction for vote-rigging and is therefore barred from becoming prime minister. We also look with concern at the developments in Bulgaria.

And of course, there are the discussions about the reform of the judiciary in **Poland**, which you know better than me.

All these developments have shown a lack of respect for the rule of law, democracy and human rights, with a growing risk of civil society losing its voice and independence. The former German president Gauck described the current crisis of the European rule of law very appropriately as a crisis of trust.⁷

I do not want saying that trust is good but control is better, however mutual trust must not be blind trust. The presumption of Member States' compliance with common values based on mutual trust, as any other presumption, is not irrefutable. This has been underlined by the Court of Justice of the European Union in a preliminary ruling

⁷ http://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Downloads/DE/Reden/2017/02/170207-Niederlande-Ehrendoktorwuerde-Englisch.pdf?__blob=publicationFile [accessed: 20.08.2019].



initiated by the Irish High Court. This case concerning a Polish citizen was sought by the Republic of Poland pursuant to the European Arrest Warrant. The Irish High Court, however, doubted the wanted man's chance to get a fair trial. The Court of Justice stated that the executing judicial authority, called upon to decide whether a person is to be surrendered, has to determine, specifically and precisely, whether there are substantial grounds for believing that that person will run a risk of breach of the fundamental right to a fair trial if he is surrendered to that State.

4. Is there an encouraging outlook at the horizon?

That brings me to the end of my speech and the encouraging outlook at the horizon. We have to trust in the European rule of law and the European institutions. And the European institutions, first and foremost the Court of Justice of the European Union, have proven that we can do so! The latest and impressive example from December last year is the order of the Court in case C-619/18 R – Commission vs Poland. I do not think I have to tell you more about this landmark decision you know very well. A German Professor Armin von Bogdandy, the managing director of the Max Planck Institute for comparative public law and international law at Frankfurt, summarized it in a single phrase: the guardian of the Polish constitution has become Europeanized.⁸

We all should try to restore and strengthen trust in the EU. Therefore, in my view the EU's achievements – bringing peace and prosperity to a continent once ravaged by populism and war (and I feel guilty as a German judge) – need to be celebrated more. As often in life, those who lost something or are at the brink of losing it can appreciate more what they had or still have. The rule of law is neither guaranteed nor given once and for all. We have to stand up for it, like thousands Polish citizens did when demonstrating against the judiciary reform. So we all have to speak about the value of the European Union in general and the rule of law in particular.

Therefore, I am thankful for events like this one and I am looking forward to having fruitful discussions and to hearing your ideas.

Thank you for your attention.

⁸ Quote from SZ dated January 15th, 2019, expressed at an event of the Berlin Research College.

Marek Safjan*

Rządy prawa a przyszłość Europy

1. Uwagi wstępne

Istnieją dwie narracje europejskie. Pierwsza z nich opiera się na wizji Europy jako obszaru dobrobytu, spokoju społecznego i zamożności. Druga – kładzie nacisk na czynniki kryzysu i powolnej destrukcji idei integracji europejskiej. Pierwsza wizja (niektórzy powiedzą utopijna) ukazuje UE jako największy obszar świata, o zrównoważonej zamożności, wysokim standardzie życia (także w zakresie parametrów jakościowych), o najwyższym poziomie przestrzegania praw podstawowych, najwyższym produkcie globalnym, funkcjonującym bez wojen i konfliktów, tworzącym najsukuteczniejsze mechanizmy współpracy międzynarodowej, obszar, do którego chcą się dostać miliony ludzi na całym świecie, ryzykując życiem aby osiągnąć swój wymarzony „ogród Edenu”. Druga wizja, wręcz odwrotnie – akcentuje upadek i zagrożenia: rosnące napięcia pomiędzy państwami członkowskimi, erozję wspólnych wartości i zasady rządów prawa, spowolniony rozwój gospodarczy (stopa wzrostu), symptomy rozkładu mechanizmu unijnego w postaci „Brexitu”, nierozwiązane problemy społeczne, zwiększający się margines ubóstwa, zmniejszające się szanse dla młodego pokolenia, brak spójnej polityki azylu i imigracji.

Żadna z tych wizji nie jest do końca wiernym odbiciem rzeczywistości europejskiej, ale też jednocześnie żadna nie zawiera składników fałszywych. Wielki paradoks europejski. Janusowe oblicze Europy, które zmienia się w zależności od kąta obserwacji, ale też i wiedzy, intencji obserwującego. Jedno jest pewne, bez względu na formułowaną dzisiaj ocenę europejskiej rzeczywistości, na wspólnym gmachu pojawiły się widoczne rysy, które nie są jeszcze zapowiedzią katastrofy, ale stanowią dostatecznie silne ostrzeżenie i skłaniają do poszukiwania remediów, aby zahamować negatywne procesy tak mocno oddziałujące na nasze wspólne bytowanie.

Z jednej strony potrzebujemy dobrej, precyzyjnej oceny obecnej sytuacji i istniejących źródeł zagrożeń, z drugiej strony powinniśmy

* Prof. dr hab., sędzia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.


uzgodnić nasze dążenia, określić pozytywnie cele, które chcielibyśmy osiągnąć. Nie chodzi o utopijne wizje i świat idealny, bo takiego nie ma. Chodzi o to, by przywrócić Europie impet, impuls do dalszego rozwoju, którego nam tak brakuje dzisiaj, a który był przez kilkadziesiąt lat motorem rozwoju i nadziei.

Nie pretenduję do tego, aby przedstawić Państwu polityczny program uzdrowienia Europy (sanacji europejskiej), nie jestem politykiem. Ale jako prawnik i sędzia chciałbym zająć się jednym z ważnych aspektów dzisiejszej sytuacji kryzysowej i istniejących zagrożeń, który wiąże się z rządami prawa. Leitmotywem tego wystąpienia niech będzie stwierdzenie, że osłabianie, eliminowanie, deformowanie rządów prawa w obszarze Unii Europejskiej stanowi jedno z ważnych, a może i najważniejsze wyzwanie, przed którym dzisiaj stoimy, i od którego rozwiązania zależy nie tylko ulepszenie mechanizmów europejskich, ale może nawet istnienie UE i jej przyszły rozwój oparty na wzajemnym poszanowaniu i lojalnej kooperacji, poszanowaniu praw podstawowych i zapewnieniu bezpieczeństwa i dobrostanu obywateli unijnych.

Zagrożenia dla rządów prawa pojawiły się w takim natężeniu i w takiej skali po raz pierwszy w historii Unii Europejskiej, chociaż nie można zaprzeczyć, że w przeszłości UE znane były przypadki działań, które również mogły budzić niepokój. W 2010 r. przedmiotem krytyki Parlamentu Europejskiego i Komisji stały się decyzje rządu prezydenta Francji Nicolasa Sarkozy'ego dotyczące wydalenia tysiąca Romów bułgarskich i rumuńskich. Budził też zdziwienie ostry, by nie powiedzieć agresywny atak mediów na sędziów brytyjskich w 2016 którzy wydali decyzje w sprawie procedury związanej z Brexitem i brak jakiegokolwiek reakcji rządu brytyjskiego¹.

Dyskusja o sensie i potrzebie respektowania zasady rządów prawa nie była potrzebna, bo wydawała się aż nadto oczywista w swoim wyniku. Tworząc konstrukcję nie dyskutuje się o potrzebie fundamentów dla tej konstrukcji, bo jest ona wpisana w żelazną logikę takiego przedsięwzięcia. Ta pewność „oczywistości” rządów prawa, która nam

¹ Zob. M. Waelbroeck, P. Oliver, *La Crise de l'Etat de Droit dans l'Union Europeenne; Que faire?*, Cahiers de droit Europeen 2017, nr 53, z. 2, s. 302–303; Przypadki te nie mogą być jednak kwalifikowane jako przejaw systemowych wad rządów prawa. Zob. też uwagi na temat kryzysu wartości europejskich w porządkach prawnych Włoch, Węgier i Rumunii w: F. Hoffmeister, *Enforcing the EU Charter of Fundamental Rights in Member States: How Far are Rome, Budapest and Bucharest from Brussels?*, [w:] A. von Bogdandy, P. Sonnevend (red.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford-Portland 2015, s. 253.



towarzyszyła od samego początku zdaje się jednak stopniowo zanikać w dzisiejszej Unii, a w każdym razie podlega poważnemu osłabieniu.

2. Przejawy kryzysu rządów prawa

Jakie są to zagrożenia? Dla porządku spróbujmy je wskazać. Warto przy tym zaznaczyć, że chodzi tu nie o szczegółową prezentację, ale o pewne uogólnienie, które jest sformułowane na podstawie doświadczeń występujących w ostatnich latach w niektórych państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Po pierwsze, dostrzega się kwestionowanie roli prawa jako takiego, a więc jako instrumentu porządkującego relacje i struktury funkcjonowania władzy publicznej, relacje pomiędzy władzą a jednostką, a także pomiędzy państwami członkowskimi a instytucjami europejskimi. Zakwestionowanie roli prawa następuje poprzez odwoływanie się do wartości odmiennej natury „nadrzędnych” lub co najmniej „równorzędnych”, takich jak wola ludu i interes narodowy, prymat sprawiedliwości ponad prawem, potrzeba powrotu do zasady, jaką stanowi istnienie bezpośredniej legitymacji demokratycznej wszystkich organów i instytucji podejmujących decyzje, a także dążenie do zapewnienia skuteczności podejmowanych działań. Zakwestionowanie roli prawa stanowi więc w tym sensie odrzucenie idei nadrzędności prawa nad strukturami władzy i stworzenie odmiennego porządku funkcjonowania społeczeństwa i prowadzić może do zerwania z linią rozwojową cywilizacji europejskiej.

Po drugie, pojawia się tendencja do kwestionowania samego mechanizmu systemu demokratycznego (który stanowi gwarancję funkcjonowania rządów prawa) poprzez redukcję tego mechanizmu do zasady demokratycznie legitymowanej większości. W takiej konstelacji znikają stopniowo istotne komponenty stanowiące o istocie współczesnych demokracji, a mianowicie zasada podziału władz oraz zasada respektowania praw podstawowych (nawet jeśli miałyby to być niezgodne z wolą demokratycznie wybranego parlamentu). Ta tendencja w kierunku tworzenia nowego systemu polityczno-prawnego określana jest niejednokrotnie jako budowanie tzw. demokracji *nieoliberalnej* (*illiberal democracy*).

Po trzecie, w konsekwencji można dzisiaj w pewnych krajach członkowskich zaobserwować z pełną wyrazistością kwestionowanie roli niezależnego wymiaru sprawiedliwości. Prawo do skutecznej

ochrony sądowej jest swoistym „meta-prawem”, jego respektowanie stanowi bowiem konieczny, niezbywalny warunek ochrony wszystkich innych praw podstawowych. Naruszanie niezależności sądów może przybierać różną formę, mniej lub bardziej bezpośrednich ingerencji władzy politycznej. Wynika to stąd, że nie istnieje jeden niezmienny wzorzec sędziowskiej niezależności – ten jest bowiem determinowany przez wiele zmiennych czynników związanych z tradycją konstytucyjną, w tym z utrwalonym obyczajem konstytucyjnym, stopniem trwałości i praktyką demokratyczną w konkretnym kraju, świadomością prawną obywateli, wcześniejszym doświadczeniem historycznym.

Niepokojące zjawiska, które dostrzegamy obecnie są przez wielu określane jako prawdziwe, „egzystencjalne niebezpieczeństwo dla Europy, a obawa przed autorytaryzmem, a w każdym razie tendencjami wyraźnie rysującymi się w tym kierunku jest dzisiaj większa nawet niż wobec groźby rozpadu UE, na skutek kolejnych „exitów”². W tej sytuacji nie bez racji stwierdza się, że: „Czas na dyskusję się skończył, obecnie przyszedł czas na działanie”³.

Zagrożenia dla rządów prawa mają dzisiaj w Europie wyjątkową intensywność. W pewnych państwach członkowskich nie chodzi już o poszczególne, odosobnione przejawy łamania zasady rządów prawa, ale o zróżnicowane instrumentarium, którego poszczególne elementy składają się na obraz prawdziwego kryzysu rządów prawa i wyjątkowość sytuacji. Są państwa, w których zakwestionowany jest podstawowy dla UE mechanizm dialogu sądowego, jakim jest instytucja pytań prejudycjalnych, nierespektowane są w różnym wymiarze ostateczne czy prawomocne orzeczenia sądowe, a nawet odmawia się udostępnienia tych orzeczeń do wiadomości publicznej, a sędziowie podlegają represji z powodu treści orzeczeń nie spotykających się z aprobatą władzy.

Jakże odmienna jest sytuacja obecna, od tej istniejącej kilkanaście lat temu – kiedy rozpoczynał się nowy etap „obecności w Europie” dla dziesięciu krajów członkowskich. Trybunał Konstytucyjny RP w 2005 roku (K 18/04) podjął historyczną decyzję w sprawie traktatu akcesyjnego Polski do UE, w której jednoznacznie wypowiedział się za przynależnością do unii prawa i wspólnoty wartości takich jak demokracja i rządy prawa, stwierdzając m.in. „Konstytucja RP oraz

² L. Pech, S. Platon, *A. Court of Justice Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, CMLR 2018, nr 55, z. 6, s. 1854,1855.

³ “The time for discussion is over. The time for action (and sanction) is now” (*ibidem*).

prawo wspólnotowe oparte są na tym samym zespole wspólnych wartości wyznaczających naturę demokratycznego państwa prawnego oraz katalog i treść praw podstawowych” (pkt 8.3.). TK potwierdził także znaczenie mechanizmu prejudycjalnego dla wspólnej przestrzeni europejskiej, uznając że jest on „racjonalny i niegodzący w uregulowania Konstytucji” (pkt 10.4). Dzisiaj przed polskim Trybunałem Konstytucyjnym toczy się postępowanie kwestionujące zgodność mechanizmu pytań prejudycjalnych z Konstytucją, a we wniosku Prokuratora Generalnego RP z 4 października 2018 czytamy: „Norma wynikająca z art. 267 TFUE dotycząca zakresu uprawnień sądu państwa członkowskiego UE, stanowiąca o tym, że sąd krajowy może wystąpić z pytaniem prejudycjalnym o wykładnię Traktatów lub o ważność i wykładnię aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii, w sprawach dotyczących ustroju, kształtu i organizacji władzy sądowniczej, a także postępowania przed organami tej władzy państwa członkowskiego Unii Europejskiej, budzi jednak wątpliwości co do jej zgodności z ustawą zasadniczą (...).”⁴

3. Unia Europejska jako unia prawa

Konsekwencje wynikające z tych zagrożeń są trudne do przecenienia. Europa jest – powtórzmy to wyraźnie „Unią prawa”, Rządy prawa to paradygmat modelu europejskiego, konstrukcji wspólnej Europy od samego początku jej istnienia⁵. Jak zauważył trafnie jeden z ważnych polityków europejskich „Państwo prawa to nie jest jedna z możliwych opcji w Unii Europejskiej. To jest obowiązek”⁶.

Warto w pierwszym rzędzie przypomnieć jakie miejsce zajmuje wartość w postaci rządów prawa w porządku prawnym Unii Europejskiej.

Art. 2 TUE wymienia państwo prawne obok najważniejszych wartości, na których opiera się system unijny, takich jak poszanowanie godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, praw człowieka. Znaczenie wartości z art. 2, w tym rządów prawa, wyznacza kierunek interpretacji i stosowania prawa we wszystkich dziedzinach

⁴ Wniosek Prokuratora Generalnego do TK z 4 października 2018, sprawa K 7/18.

⁵ Określa niekiedy rządy prawa jako “Umbrella Principle with formal and substantive components”. Por. L. Pech, *The rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, J. Monnet Working paper 04/09, <https://jeanmonnetprogram.org/paper/the-rule-of-law-as-a-constitutional-principle-of-the-european-union/> [dostęp: 20.08.2019 r.], s. 53.

⁶ Przemówienie przewodniczącego KE Junckera do Parlamentu Europejskiego z 13 września 2017 r.

objętych kompetencją Unii Europejskiej. Ma także znaczenie, jak się podkreśla, dla interpretowania i stosowania Karty Praw Podstawowych, ponieważ nigdy nie może nastąpić ustalenie treści któregoś z praw podstawowych z naruszeniem wartości wymienionych w art. 2 TUE, co ma znaczenie np. dla powracających w niektórych państwach dyskusji o przywróceniu kary śmierci⁷. W swojej opinii z 18 grudnia 2014 r. w kwestii przystąpienia UE do Konwencji europejskiej praw człowieka (Opinia 2/13) Trybunał Sprawiedliwości stwierdza co do art. 2 traktatu „(...) każde państwo członkowskie dzieli z wszystkimi innymi państwami członkowskimi – i uznaje, że państwa te dzielą z nim – szereg wspólnych wartości, na których opiera się Unia, jak sprecyzowano w art. 2 TUE. Założenie to oznacza i uzasadnia istnienie wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi, że wartości te będą uznawane i że zatem prawo Unii, które wprowadza w życie, będzie przestrzegane” (§ 168).

Warto wreszcie podkreślić, że art. 49 TUE warunkuje, na wzór słynnych zasad kopenhaskich z 1993⁸, starania o członkostwo w UE od respektowania wartości wskazanych w art. 2.

Zgodnie z ujęciem Komisji Europejskiej w jej Komunikacie do Parlamentu Europejskiego i Rady na temat nowych ram UE w celu umocnienia państwa prawa⁹ wskazuje się na sześć kluczowych zasad składających się na pojęcie rządów prawa (zasada legalizmu, bezpieczeństwa prawnego, zakaz arbitralności po stronie władzy wykonawczej, bezstronny i niezależny wymiar sprawiedliwości, skuteczną kontrolę sądową, w tym odnoszącą się do gwarancji praw podstawowych).

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości wielokrotnie przypominało i wyjaśniało znaczenie rządów prawa jako kierunkowej podstawowej wartości dla całego porządku prawnego Unii Europejskiej. W wyroku w sprawie *Les Verts v. Parlement Europeen*¹⁰ stwierdza się, że: „Wspólnota Europejska jest wspólnotą prawa, to znaczy że zarówno państwa członkowskie, jak i instytucje podlegają kontroli zgodności wydanych przez nie aktów z podstawową kartą konstytucyjną, jaką stanowi traktat” (pkt 23). W wyroku *Achmea*¹¹ Trybunał przypomina, że: „prawo Unii charakteryzuje się bowiem tym, że pochodzi z niezau-

⁷ Por. Editorial comments, *Safeguarding EU values in the Member States – Is something finally happening*, CMLR 2015, nr 52, z. 3, s. 620.

⁸ Doc. 93/3 z 22 czerwca 1993 r.

⁹ COM (2014) 158.

¹⁰ Wyrok z 23 kwietnia 1983 r., C-294/83.

¹¹ Wyrok z 6 marca 2018 r., C-284/16.

leżnego źródła, jakie stanowią traktaty, że ma pierwszeństwo przed prawem państw członkowskich oraz, że wiele przepisów znajdujących zastosowanie do pochodzących z nich jednostek i ich samych jest bezpośrednio skutecznych” (pkt 33). W wielu orzeczeniach Trybunał doprecyzowuje to stwierdzenie wskazując, że: „Unia jest unią prawa, w której akty instytucji podlegają kontroli pod względem zgodności między innymi z traktatami, ogólnymi zasadami prawa oraz prawami podstawowymi”¹².

Rządy prawa zakładają jako konieczny, nieodzowny składnik ideę sprawiedliwości i skutecznej ochrony prawnej, realizującą się poprzez niezawisły wymiar sprawiedliwości. Niezależność sądów jest kluczowym elementem zasady rządów prawa. Wbrew tezie sformułowanej przez niektórych polityków, zasady na których opiera się funkcjonowanie sądownictwa nie stanowią wyłącznej domeny kompetencyjnej państw członkowskich. Potwierdza to wyraźnie orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. Niedawne rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Stowarzyszenie Sędziów Portugalskich¹³ wyraźnie podkreślają związek wartości wskazanych w art. 2 w zw. z art. 19 TUE: „Artykuł 19 TUE, w którym skonkretyzowano afirmowaną w art. 2 TUE wartość państwa prawnego, powierza zadanie zapewnienia kontroli sądowej w porządku prawnym Unii nie tylko Trybunałowi, ale również sądom krajowym (...) (s. 32); „Sądy te pełnią więc we współpracy z Trybunałem wspólne zadania, służące zapewnieniu poszanowaniu prawa w wykładni i stosowaniu traktatów (...)” (s. 33); „Państwa członkowskie są zatem zobowiązane – między innymi zgodnie z zasadą lojalnej współpracy wyrażoną w art. 4 ust. 3 akapit pierwszy TUE – zapewnić na swym terytorium stosowanie i poszanowanie prawa Unii (...)”¹⁴.

O ile więc struktura, organizacja i procedury wymiaru sprawiedliwości należą do kompetencji państw członkowskich, to jednak regulacje krajowe muszą w każdym wypadku respektować wartości wynikające z istoty rządów prawa, które odnoszą się do niezależnego wymiaru sprawiedliwości.

¹² Por. np. wyrok w sprawie *Schrems* z 6 października 2015 r., C-362/14, pkt 60.

¹³ Wyrok z 27 lutego 2018 r., C-64/16.

¹⁴ Treść art. 19 ust. 1 jest następująca: „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej obejmuje Trybunał Sprawiedliwości, Sąd i sądy wyspecjalizowane. Zapewnia on poszanowanie prawa w wykładni i stosowaniu Traktatów. Państwa członkowskie ustanawiają środki niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii”.

Rządy demokratycznie wybranej większości nie mogą być przeciwstawione rządowi prawa, stanowić wobec niego opozycję czy zajmować wyższe miejsce w hierarchii wartości. Nie bez racji zauważa się więc, że demokracja, rządy prawa, prawa człowieka – są współ-konstytutywne¹⁵, w sposób konieczny wzajemnie komplementarne: żadna z tych wartości nie może być urzeczywistniona bez pozostałych.

Należy się w pełni zgodzić z twierdzeniem K. Lenaert’a Prezesa Trybunału Sprawiedliwości: „Demokracja, prawa podstawowe, i rządy prawa pozostają we wzajemnej współzależności (...) demokracja nie jest równoznaczna z tyranią większości. Zgodność z rządami prawa wymaga, aby uznać istnienie granic, w jakich polityczna większość może działać w danym momencie”¹⁶.

4. Skutki kryzysu państwa prawa

Załamanie się idei państwa prawa w którymkolwiek państwie członkowskim jest równoznaczne z pęknięciem przestrzeni prawnej w całej Unii Europejskiej. Unia jest systemem naczyń połączonych i obniżenie się ochrony prawnej w jednym państwie prowadzi do takiego samego efektu w całej Unii. Wymieńmy tylko najważniejsze konsekwencje kryzysu rządów prawa w niektórych państwach unijnych. Najważniejszą konsekwencją jest osłabienie lub wręcz zakwestionowanie zasady wzajemnego zaufania, która określa najlepiej charakter więzi pomiędzy państwami członkowskimi i warunkuje możliwość współpracy (wielokrotnie, fundamentalne znaczenie tej zasady było podkreślane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zob. tytułem przykładu stanowiska Trybunału wyrażone w Opinii 2/13: „(...) Zasada wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi ma w prawie Unii fundamentalne znaczenie, gdyż umożliwia ona tworzenie i utrzymywanie przestrzeni bez granic wewnętrznych”). Jest więc oczywiste, że – nie może funkcjonować efektywnie system wzajemnego uznawania i wykonywania rozstrzygnięć sądowych bez

¹⁵ Zob. G.N. Toggenburg, J. Grimheden, *The Rule of Law and the Role of Fundamental Rights*, [w:] C. Closa, D. Kochenov (red.), *Reinforcing Rule of law Oversight in the European Union*, Cambridge 2016, s.155.

¹⁶ Przemówienie na seminarium organizowanym przez belgijskie ministerstwo spraw zagranicznych 4 czerwca 2018, cyt. za Editorial Comments, *2019 Shaping up as a Challenging year for the Union, not least as a Community of Values*, CMLR 2019, nr 56, z. 1: “Democracy, fundamental rights and the rule of law are interdependent. (...) democracy is not tantamount to tyranny of the majority. Compliance with the rule of law means, therefore, that there are limits to what the political majority of the moment can do” (s. 21).

zaufania do gwarancji niezależności sądownictwa w innych krajach członkowskich. Niemożliwym staje się dialog pomiędzy sądami krajowymi a Trybunałem Sprawiedliwości w oparciu o mechanizm pytań prejudycjalnych (partnerem TSUE – przypomnijmy dla porządku – może być wyłącznie niezależne sądownictwo).

W wyniku dekompozycji przestrzeni prawnej Schengen pojawiać się bowiem może zasadnicza przeszkoda w realizacji zasady wyrażonej w art. 19 Traktatu o Unii Europejskiej stanowiącej wyraźnie „państwa członkowskie ustanawiają środki niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii”. Kryzys rządów prowadzi do osłabienia czy wręcz sparaliżowania swobód traktatowych, musi działać zniechęcająco na przedsiębiorców i pracowników, którzy tracą zaufania do mechanizmów prawnych innego państwa członkowskiego, w którym chcieliby rozpocząć działalność. Nie bez znaczenia wreszcie jest też negatywny wpływ na budżet UE, skoro mogą ulec zdeformowaniu środki przeznaczone z budżetu unijnego na cele strukturalne i rozwojowe¹⁷.

Należy przyznać rację tym, którzy twierdzą, że obecny kryzys w Europie, albo w jej części (ale dodajmy na marginesie, że kryzys w jednym lub kilku państwach członkowskich ma zawsze charakter ogólny i dotyka całości prawnej przestrzeni UE) przybiera postać kryzysu systemowego¹⁸.

Systemowy kryzys rządów prawa wymaga jednak poprawnej i precyzyjnej identyfikacji. Zakłada sytuację, w której punktowa korekta mechanizmów składających się na rządy prawa nie przynosi i nie może przynieść pożądanego rezultatu, ponieważ immanentna wada związana z ich funkcjonowaniem przenika, infiltruje i kontaminiuje całość systemu. Wady systemowe mają to do siebie, że usunięcie jednego z elementów nie zapobiega jego natychmiastowej reprodukcji i nie tworzy wystarczających gwarancji na przyszłość (niech to ilustruje przykład: jeżeli istnieje wada systemu to usunięcie z porządku prawnego orzeczenia wydanego przez nielegalnie powołanego sędziego nie zmieni sytuacji, jeśli nie nastąpi zmiana mechanizmu powoływania

¹⁷ Zwracają na to uwagę M. Waelbroeck, P. Oliver, *La Crise de l'Etat de Droit...*, s. 311.

¹⁸ Por. przede wszystkim K.L. Scheppele, *Enforcing the basic principles of EU law through systemic infringement actions*, [w:] C. Closa, D. Kochenov (red.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge 2016, s. 105–132; także M. Schmidt, Piotr Bogdanowicz, *The Infringement procedure in the rule of Law Crisis: How to make effective use of Art.258 TFEU*, CMLR 2018, nr 55, z. 4, s. 1061–1100.

sędzię)¹⁹. Według autorów analizujących ten problem (Bogdandy i Ioannidis) systemowe wady rządów prawa pojawiają się wtedy, jeśli instytucje odpowiedzialne za przestrzeganie prawa (administracja i wymiar sprawiedliwości) podważają społeczną funkcję prawa, wywołują szereg negatywnych skutków zewnętrznych, kwestionują funkcjonowanie Unii jako wspólnoty prawa, zagrażają istocie obywatelstwa europejskiego, a także gwarancjom zawartym w art. 41 i 47 Karty Praw Podstawowych²⁰.

Systemowy deficyt rządów prawa oznacza zarazem, że nie działa już w ramach systemu mechanizm „auto-korekty” wynikający ze wzajemnej komplementarności instytucji tworzących tkankę państwa prawnego, który w normalnej sytuacji pozwalałby na wypełnienie luki lub deficytu związanego z funkcjonowaniem jednego z segmentów porządku prawnego przez inny segment systemu (co jest np. możliwe wtedy, gdy wadliwości związane z systemem sądownictwa powszechnego mogą być naprawiane przez najwyższe instancje sądowe w drodze odpowiednich środków odwoławczych albo, naruszanie wad procesu legislacyjnego jest korygowane przez skutecznie funkcjonujący mechanizm kontroli konstytucyjności).

Istnienie wad systemowych było już identyfikowane w orzecznictwie, które na tej podstawie budowało argumentację wskazującą na wyjątkowość sytuacji, która wymagałaby atypowej reakcji, czego charakterystycznym przykładem były orzeczenia TSUE w sprawach *N.S*²¹ (kryzys uchodźczy) oraz sprawy *Aranyosi et Caldaru*²² (załamanie się systemu penitencjarnego), a także orzeczenie w sprawie *Minister for Justice and Equality*²³ (kryzys rządów prawa). Warto zacytować wyrok TSUE w sprawie *Minister for Justice and Equality* z 25 lipca 2018 r. (§ 60): „W związku z mechanizmem ENA wykonujący nakaz organ sądowy powinien w pierwszej kolejności, w oparciu o obiektywne, wiarygodne, dokładne i należycie zaktualizowane informacje

¹⁹ Zob. też co do pojęcia wad systemowych M. Schmidt, P. Bogdanowicz, *op. cit.*, s. 1082; zob. przede wszystkim A. von Bogdandy, M. Ioannidis, *Systemic Deficiency in the rule of Law: What it is, what has been done, what can be done*, CMLR 2014, nr 51, z. 1, s. 59–96.

²⁰ A. von Bogdandy, M. Ioannidis, *Systemic Deficiency...*, s. 95.

²¹ Wyrok z 21 grudnia 2011 r., połączone sprawy C-411/10, C-493/10. W ostatnim okresie TSUE wydał kolejne orzeczenia, które wskazują na konsekwencje kryzysu systemowego w związku z funkcjonowaniem systemu dublińskiego (procedury azylowe), a mianowicie wyrok z 19 marca 2019 r., C-163/17, w sprawie *A. Jawo* (pkt 82–84), wyrok z 19 marca 2019 r., połączone sprawy C-297/17, C-318/17, C-319/17, C-438/17 B. *Ibrahim i inni* (pkt 84–87).

²² Wyrok z 5 kwietnia 2016 r., połączone sprawy C-404/15, C-659/15 PPU.

²³ Wyrok z 25 lipca 2018 r., C-216/18 PPU.

o funkcjonowaniu systemu sądowego w wydającym nakaz państwie członkowskim dokonać oceny istnienia rzeczywistego ryzyka naruszenia prawa podstawowego do rzetelnego procesu sądowego, związanego z brakiem niezawisłości sądów tego państwa członkowskiego, z uwagi na **systemowe lub ogólne nieprawidłowości** w tym państwie. Informacje zawarte w uzasadnionym wniosku skierowanym niedawno przez Komisję do Rady **na podstawie art. 7 ust. 1 TUE** są szczególnie istotne w kontekście tej oceny. Takiej oceny należy dokonać w świetle standardu ochrony prawa podstawowego gwarantowanego w art. 47 akapit drugi karty”.

Rzecz charakterystyczna, we wszystkich tych sprawach koncepcja wad systemowych została wykorzystana jako konieczny instrument ochrony wartości podstawowych dla UE, a więc z jednej strony godność człowieka (w odniesieniu do uchodźców oraz osób więzionych) oraz z drugiej strony – rządy prawa (w sprawie dotyczącej wykonania Europejskiego Nakazu Aresztowania). Cel, jakim jest ochrona rządów prawa został też wyraźnie wskazany we wniosku Komisji Europejskiej w sprawie wszczęcia procedury z art. 7 Traktatu o Unii Europejskiej na który powołał się TSUE w sprawie *Minister for Justice and Equality*²⁴, a także w uchwale Parlamentu Europejskiego w sprawie wszczęcia procedury z art. 7²⁵.

Jeżeli „rządy prawa” wpisane do katalogu zawartego w art. 2 TUE są konieczną przesłanką funkcjonowania wszystkich pozostałych wartości tam wymienionych, to uzasadnione jest stwierdzenie, że ryzyko załamania rządów prawa musi powodować zapalenie świateł alarmowych na wszystkich poziomach.

Zjawisko rozprzestrzeniania się wad systemowych związanych z funkcjonowaniem rządów prawa nie ogranicza się do jednego systemu, ma charakter horyzontalny i wertykalny zarazem. Horyzontalny – ponieważ determinuje relacje poziome pomiędzy państwami członkowskimi (załamuje się zasada wzajemnego zaufania i lojalnej współpracy, przestaje funkcjonować system wzajemnego uznawania orzeczeń w zakresie współpracy sądowej, mechanizm nakazu aresztowania, a także zakwestionowaniu musi ulec przestrzeń Schengen).

²⁴ Wniosek Komisji przeciwko Polsce, grudzień 2017, zob. **Rule of Law: European Commission acts to defend judicial independence in Poland**, Press Release of 20 Dec.2017, IP/17/5367, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_en.htm [dostęp: 20.08.2019 r.].

²⁵ European Parliament Resolution of 12th September 2018 on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Art. 7 paragraph 1 of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded (2017/213 INL).

Wertykalny – ponieważ może deformować funkcjonowanie mechanizmów kooperacji instytucji unijnych z państwem członkowskim, prowadzi do ryzykownych procesów i tendencji do negocjowania wartości i zasad podstawowych (a więc tych, które nie powinny ze swej natury podlegać jakimkolwiek negocjacjom), do ograniczenia mechanizmów wspólnego podejmowania decyzji na szczeblu UE, do tworzenia wyłomów w jednolitym systemie porządku prawnego Unii i to także w zakresie uznawania zasady pierwszeństwa normy unijnej oraz respektowania jednolitej wykładni zapewnianej przez Trybunał Sprawiedliwości. Realność takiego zagrożenia potwierdza próba podważenia istoty mechanizmu jednolitej wykładni zapewnianej w pierwszym rzędzie przez kooperację sądową w ramach pytań prejudycjalnych (świadczy o tym wniosek do Trybunału Konstytucyjnego RP w sprawie zbadania konstytucyjności art. 267 TFUE²⁶ złożony przez Prokuratora Generalnego w 2018 r.²⁷).

5. Czy Unia jest w stanie bronić swoich wartości

Doświadczenia ostatnich lat pokazują z całą wyrazistością, że kryzys rządów prawa może zdarzyć się wszędzie, a dobrze zorganizowane instrumentarium konstytucyjne nie stanowi jeszcze wystarczającej gwarancji chroniącej przed pojawianiem się niebezpiecznych tendencji (wektorów) działających w innym kierunku. Państwa członkowskie UE, w których pojawia się dzisiaj zjawisko kryzysu systemowego rządów prawa, należały wcześniej do wzorcowych państw opierających swój system konstytucyjny na liberalnych koncepcjach demokratycznego państwa prawnego. Może się więc ostatecznie okazać, że to Unia jako całość będzie musiała podjąć konieczne działania dla obrony swych własnych wartości.

W sytuacji nadzwyczajnej potrzebne są środki nadzwyczajne.

Wśród propozycji diskutowanych obecnie jest postulat zwiększenia efektywności i siły oddziaływania Karty Praw Podstawowych²⁸

²⁶ Wniosek Prokuratora Generalnego do TK z 4 października 2018 r., sprawa K 7/18

²⁷ Na marginesie warto zauważyć, że wniosek ten jest paradoksalnie zbieżny ze stanowiskiem w sprawie potrzeby badania konstytucyjności prawa europejskiego przez TK wyrażonym przez wice-prezesa TK, Mariusza Muszyńskiego, zob. M. Muszyński, *Polski Trybunał w unijnej rzeczywistości*, <https://www.rp.pl/Opinie/303229983-Polski-Trybunal-w-unijnej-rzeczywistosci---Mariusz-Muszynski-o-mocy-wyrokow-TSUE-w-Polsce.html> [dostęp: 20.08.2019 r.].

²⁸ Por. G.N. Toggenburg, J. Grimheden, *op. cit.*, s. 154; zob. też A. Jakab, *The EU Charter of Fundamental Rights as the Most Promising Way of Enforcing the Rule of Law against the Member States*, [w:] C. Closa, D. Kochenov (red.), *Reinforcing Rule of Law. Oversight in the European Union*, Cambridge 2016, s. 187.

w sposób pozwalający na bezpośrednie – a więc bez łącznika w postaci prawa europejskiego – odwołanie się do Karty dla oceny naruszenia praw podstawowych przez ustawodawstwo państwa członkowskiego²⁹. Wartości wpisane do art. 2 TUE pokrywają się przecież z prawami podstawowymi gwarantowanymi przez Kartę. Wraca myśl, że podstawowym statusem określającym status obywateli państw członkowskich powinien być status obywatela Unii Europejskiej³⁰.

Ta propozycja jest zapewne, w obecnym stanie dyskusji na temat przyszłości Unii Europejskiej, zbyt daleko idąca, ktoś powie – nie-realna. Połączenie jednak statusu obywatela Unii z pełną efektywną ochroną praw podstawowych we wszystkich obszarach jego aktywności, łącznie z jego usytuowaniem w porządkach prawnych poszczególnych państw członkowskich, stanie się jednak, jak się wydaje, naturalną i nieuchronną konsekwencją umacniania mechanizmów integracyjnych i idei efektywnej ochrony sądowej wywodzonej bezpośrednio z zasady rządów prawa. Nie bez racji zauważa się przecież, że UE jest nie tylko unią prawa, ale także „wspólnotą obywateli”³¹. Już dzisiaj teza przyjmująca, że obywatel Unii pozbawiony możliwości obrony swych podstawowych praw, ze względu na wady systemu ochrony sądowej (brak niezawisłych, bezstronnych sądów) lub inne braki systemowe może z tego tytułu domagać się ochrony i podnosić skuteczne zarzuty wobec porządku krajowego oparte bezpośrednio na wartościach wskazanych w Traktacie oraz Karcie Praw Podstawowych (takie przesłanie wynika wyraźnie z *Minister for Justice and Equality*³² oraz *Aranyosi i Caldaru*³³, w których z jednej strony ochrona prawa do niezależnego sądu, a z drugiej godności osób podlegających karze więzienia – znajdujące swój wyraz art. 4 i 47 Karty były podstawowym punktem odniesienia dla stanowiska Trybunału Sprawiedliwości). W obu przypadkach chodziło nie tylko o wadliwość implementacji instrumentów prawa unijnego, ale o systemowe wady funkcjonowania porządku krajowego.

Doświadczenia ostatnich lat wskazują, że zagrożenia rządów prawa są nie tylko teoretyczne zagrożeniem, ale stanowią realne ryzyko

²⁹ Zob. uchwałę Parlamentu Europejskiego z 25 października 2016 r. *Pacte pour la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux*, cyt. za M. Waelbroeck, P. Oliver, *op. cit.*, s. 323.

³⁰ Wyrok z 20 września 2001 r., sprawa *Grzelczyk* C-184/99: „Le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats Membres” (pkt 31).

³¹ Tak w sprawie *Grzelczyk* C-184/99.

³² C-216/18 PPU.

³³ C-404/15 oraz C-659/15 PPU.

w niektórych państwach członkowskich. Doświadczenia te pozwalają jednak na sformułowanie wniosku, że szczególnie istotne znaczenie dla obrony wartości państwa prawa ma postawa sędziów, ich determinacja i silne wewnętrzne poczucie niezależności. Funkcjonowanie rządów prawa nie może jednak opierać się na heroizmie indywidualnym lub kolektywnym tej lub innej kategorii osób, ale musi być „normalnością”, naturalnym składnikiem porządku prawnego każdego państwa członkowskiego, każdego fragmentu przestrzeni prawnej Unii Europejskiej.

Potrzebujemy dla obrony rządów prawa efektywnego współdziałania wszystkich instytucji najważniejszych instytucji europejskich (Komisji, Rady, Parlamentu, Trybunału Sprawiedliwości). Nie istnieje wartość lub cena polityczna, która może być ekwiwalentem za osłabienie lub systematyczną destrukcję rządów prawa. Europa musi wykazać determinację w obronie własnych wartości, ponieważ jak pokazuje to jednoznacznie historia, brak takiej woli i determinacji prowadzi do katastrofy. Po to, żeby zapobiec owemu zjawisku „ześlizgiwania się w kierunku autorytaryzmu”³⁴ Instytucje europejskie będą tym silniejsze, im bardziej skłonne do wykorzystania bogatego instrumentarium, którymi dysponują, aby bronić swych własnych wartości i zasad. Nie można dopuścić do tego, aby mówiło się o impotencji instytucji europejskich wobec narastającego kryzysu wartości³⁵. Spóźnione, opieszale reakcje są z reguły nieskuteczne i stanowią mogą tylko zachętę do dalszego działania drogą „les faits accomplis”. Czas obecny to prawdziwy czas testu dla UE i jej mechanizmów. Wynik takiego testu zawąży trwale na przyszłości Europy. Będzie determinował także jakość i efektywność demokratycznych mechanizmów wewnątrz samej Unii Europejskiej. Nie można bowiem tracić z pola widzenia faktu, że to co się dzieje na poziomie krajów członkowskich nieuchronnie przenosi się na poziom instytucji unijnych. Problemy, z którymi się dzisiaj musi zmagać Rada Europy są ostrzeżeniem, że obniżenie standardu demokratycznego i wartości państwa prawa w państwach członkowskich może osłabić ostatecznie w sposób wyraźny efektywność ochrony wartości wpisanych w art. 2 TUE w ramach struktur instytucjonalnych samej Unii Europejskiej.

³⁴ 7 July 2018, CMLR Editorial Board, *Democracy's slow fade in Central Europe*, Washington Post z 7 lipca 2018 r., https://www.washingtonpost.com/opinions/democracys-slow-fade-in-central-europe/2018/07/07/d155d1e4-8099-11e8-b0ef-ffcabeff946_story.html?noredirect=on [dostęp: 20.08.2019 r.].

³⁵ Tak S. Pech, S. Platon, *op. cit.*, s. 1852: „a worrying inability to learn from past mistakes”.

Powtórzmy, w obliczu kryzysu państwa prawa muszą być przypominane konsekwentnie i z mocą wartości podstawowe, na których opiera się porządek unijny, wpisane wyraźnie do traktatów (w szczególności art. 2, art. 3 ust. 5 TUE). Wartości te nie mogą być sprowadzone do czystego „decorum architektury” unijnej istniejącego po to tylko, aby wzbudzać estetyczny zachwyt pasywnych odbiorców, ale muszą być potraktowane z całą powagą i z całą mocą jako narzędzia w pełni przydatne do operacyjnego wykorzystania w momencie kryzysu – dzisiaj, jak i w przyszłości.

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości z ostatnich lat (na gruncie art. 2 i art. 19 TSUE) pozwala jednak sądzić, że wartości tam wymienione znajdować będą swoje urzeczywistnienie w realnych działaniach instytucji europejskich³⁶.

Na przyszłość jest potrzebna więc dalsza dyskusja na temat relacji pomiędzy art. 2 TUE a środkami proceduralnymi, które mogą być uruchomione w wypadku zagrożenia wartości wymienionych w tym przepisie. Obrona rządów prawa w UE wymaga, aby defekty porządku krajowego przybierające postać wad systemowych i kompleksowo oddziałujących na całość mechanizmów funkcjonowania państwa prawa znajdowały adekwatną odpowiedź w postaci odpowiednich środków proceduralnych uwzględniających specyfikę i wyjątkowość takich sytuacji i to niezależnie od „instrumentu nuklearnego”, jakim jest procedura z art. 7 TUE. Poważnej analizy wymaga argument, że zagadnieniem do dyskusji jest też kwestia w sytuacjach wyjątkowych takich jak te, które określane są jako stan kryzysu systemowego nie można by dopuszczać pytania prejudycjalne, które odwoływałyby się w sposób samodzielny do wartości zawartych w art. 2 TUE, o ile zostałyby wykazane, że nastąpiło załamanie strukturalne instrumentów zapewniających funkcjonowanie rządów prawa. Sąd pytający domagałby się w ten sposób interpretacji art. 2 w związku z istniejącym w porządku krajowym stanem ochrony praw podstawowych i gwarancji³⁷. Takie rozwiązanie było poddawane krytyce jako nieskuteczne ze

³⁶ Por. w szczególności K.L. Scheppele, *op. cit.*, s. 107–108, która wprost zgłasza postulat poszerzenia podstaw procedury z art. 258 TFUE, ponieważ zwykła procedura jest zbyt wąsko ujęta, aby odnieść się do problemów strukturalnych wszystkich Państw członkowskich.

³⁷ Por. A. von Bogdandy, C. Antpohler, M. Ioanidis, *Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU, Member States*, CMLR 2012, nr 49, z. 2, s. 489; także tych autorów, *Reverse Solange and the Rule of Law Framework*, [w:] A. Jakab, D. Kochenov (red.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford 2017, s. 218 i n. Krytycznie na temat tej koncepcji zob. D. Kochenov, *The Acquis and Its Principles. The Enforcement of the Law versus the Enforcement of Values in the EU*, [w:] A. Jakab, D. Kochenov (red.), *The Enforcement...*, s. 21–22.

względu na brak dostatecznej niezależności samych sędziów w sytuacji kryzysu systemowego. Biorąc jednak pod uwagę niezależność postaw większości sędziów w ostatnich latach argument, ten nie wydaje się przekonujący.

Takie stanowisko współgra z tezą wcześniej sformułowaną, że wartości wymienione w art. 2 TUE (w tym idea rządów prawa) nie mogą być ograniczone ze względu na tożsamość narodową ujętą w art. 4 ust. 2 TUE, której poszanowanie nakazuje uwzględniać jej związek z podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi państwa członkowskiego. W obszarze wyznaczonym z art. 2 TUE nie istnieje swoboda oceny po stronie państwa członkowskiego pozwalająca na odstępstwo w ramach rozwiązań krajowych od tych wartości³⁸.

Jeśli Unia Europejska nie będzie w stanie obronić rządów prawa, w którymkolwiek państwie członkowskim, to w konsekwencji nie będzie w stanie bronić swych wartości jako całość. Unia jest solidarnym organizmem zbudowanym na zasadach wzajemnego zaufania, lojalnej współpracy i wspólnego przywiązania do tych samych podstawowych wartości. Rządy prawa są niezbywalną przesłanką ochrony i realizacji wszystkich pozostałych wartości. Dlatego tocząca się dzisiaj debata wokół idei państwa prawa ma tak fundamentalne znaczenie dla przyszłości Unii Europejskiej. Parafrazując słowa Isaiaha Berlina „o pozostawaniu we wspólnym moralnym świecie” („we inhabit one common moral world”)³⁹ możemy w Unii Europejskiej powiedzieć, że żyjemy w przestrzeni wspólnych wartości, która jest niepodzielna i która trwać może pod warunkiem uznania powszechnego obowiązywania tych wartości przez wszystkich uczestników.

³⁸ Editorial Comments, *Safeguarding EU values in the Member states – Is something finally happening?*, CMLR 2015, nr 52, z. 3, s. 625 i n.

³⁹ Wystąpienie Isaiaha Berlina na 3. kongresie *Foundation Européenne de la culture*, opublikowane jako: I. Berlin, *European Unity and its Vicissitudes*, [w:] H. Hardy (red.), *The Crooked Timber of Humanity*, Oxford 1990, s. 207, cyt. za Editorial Comments, *2019 Shaping up as a Challenging year for the Union, not least as a Community of Values*, CMLR 2019, nr 56, z. 1, s. 22.



Marek Safjan*

Rule of Law and the Future of Europe


1. Introductory remarks

There are two European narratives. One talks about a vision of Europe as an area of welfare, social peace and prosperity. The other one emphasises drivers of crisis and gradual destruction of the idea of European integration. The former vision (some might say, utopian) presents the EU as the world's biggest region with sustainable wealth, high standards of living (also in terms of qualitative parameters), the highest respect for fundamental rights, the biggest global product, free of war and conflict, developing the most effective mechanisms of international co-operation; an area to which millions of people flee from around the world, risking their lives to reach the dream “garden of Eden”. The latter vision, on the contrary, highlights the downfall and threats: rising tensions among the member states, erosion of the shared values and the rule of law, slow economic growth, symptoms of degeneration of the Union mechanisms, such as Brexit, unsolved social problems, spreading poverty, shrinking opportunities for the young generation, no coherent asylum and migration policy.

Neither vision is a complete reflection of the European reality; yet, neither vision lies. This is a big European paradox. Europe is Janus-faced; its picture changes depending on the way one looks, and depending on the knowledge and intentions of the on-looker. One thing is certain: notwithstanding current opinions about the European reality, the façade of the common edifice has cracked. The cracks may not spell disaster but they come as a warning sign, prompting a search for remedies necessary to stop adverse developments which are significantly impacting our cohabitation.

On the one hand, what we need is a good and insightful assessment of the status quo and the root cause of the threats; on the other hand, we need to join our forces and define positive goals we want to achieve. We do not need a utopian vision of a perfect world: there is no perfect world. We have to restore the European momentum and

* Prof. dr hab., judge of the Court of Justice of the European Union.



spur its further growth, which is sadly missing now even though it sparked development and hope for decades.

I am not a politician and I do not aspire to present a political programme for a better Europe, a European recovery agenda. However, as a lawyer and a judge, I would like to raise an important aspect of today's crisis and threats: that affecting the rule of law. The main message in my presentation is that undermining, eliminating and distorting the rule of law in the European Union is one of the key challenges, if not the key challenge, facing us today. We need to resolve it as a precondition for improvement of European mechanisms and perhaps for the very survival of the European Union and its further growth based on mutual respect and sincere co-operation, respect for fundamental rights, and the security and welfare of the citizens of Europe.

Threats to the rule of law have emerged on such a massive scale for the first time in the history of the European Union. However, there were some reasons for concern in the past. In 2010, the European Parliament and the Commission voiced criticism about decisions of the French government led by President Nicolas Sarkozy to expel thousands of Bulgarian and Romanian Roma. In 2016, concerns were raised by aggressive attacks on British judges who issued decisions concerning the Brexit procedure in the absence of any reaction of the British government.¹

There seemed no need to debate the meaning and importance of respect for the rule of law; the outcome of such a debate appeared self-evident. When you build a structure, you do not question the need to lay foundations as they are part and parcel of the very logic of the project. However, the self-evident nature of the rule of law which has been with us since the very beginning seems to be gradually evaporating in today's Union, or at least it is being put to a test.

¹ Cf M. Waelbroeck, P. Oliver, *La Crise de l'Etat de Droit dans l'Union Europeenne; Que faire?*, Cahiers de droit Europeen 2017, No. 53, Issue 2, pp. 302–303; however, those cases cannot be considered symptoms of systemic deficiencies of the rule of law. See also comments on the crisis of European values in the legal systems of Italy, Hungary and Romania: F. Hoffmeister, *Enforcing the EU Charter of Fundamental Rights in Member States: How Far are Rome, Budapest and Bucharest from Brussels?*, [in:] A. von Bogdandy, P. Sonnevend (eds), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford-Portland 2015, p. 253.




2. Symptoms of a crisis of the rule of law

What are those threats? Let us enumerate them for the sake of clarity. Rather than offering a detailed presentation, I will venture to provide a general outline based on the experience of the past few years in some of the EU Member States.

First, the role of law is being challenged as an instrument that can impose order on relations and structures of public authorities, relations between authorities and individuals, and relations between the member states and the European institutions. The role of law is being challenged by evoking values of a different nature, posited as “superior” or at least “equivalent,” such as the will of the people and the national interest, the primacy of justice over the law, the principle of direct democratic legitimacy of all decision-making bodies and institutions, and the imperative that actions be effective. Therefore, where the rule of law is being challenged, the primacy of law over the hierarchies of power is rejected and a different social order is put forth, interrupting the course of evolution of the European civilisation.

Second, the very mechanisms of the democratic system (which is a guarantee of the rule of law) are being undermined by reducing it to the principle of democratic legitimacy of the ruling majority. This constellation gradually eliminates important components that are at the very heart of today’s democracy: the principles of the separation of powers and respect for fundamental rights (even against the will of a democratically elected parliament). Such a shift to a new political and legal system is often described as the emergence of an illiberal democracy.

Third, in this context, some member states are explicitly challenging the role of the independent judiciary. The right to effective legal protection is a “meta-right” as it is a necessary *sine-qua-non* condition for the protection of all other fundamental rights. The independence of courts is being challenged in many different ways, through more or less direct interference by the political power. This is because there is no single benchmark of judicial independence; it is determined by many variables linked to the constitutional tradition and established constitutional practice, the resilience and permanence of the democratic practice in the member state, the legal awareness of individuals, and the historical track record.



Those recent adverse developments have been called “more of an existential threat to the EU’s existence and functioning than the exit of any of its Member States”.² Therefore, it has been rightly said: “The time for discussion is over. The time for action (and sanction) is now”.³

The threats to the rule of law in Europe have intensified. In some member states, they are much more than incidental infringements of the principle of the rule of law; instead, they represent a broad range of measures which jointly contribute to a genuine and very unique crisis of the rule of law. Some member states are challenging the concept of preliminary rulings, which is the EU’s fundamental mechanism of judicial dialogue; refusing to respect or even publish final and valid judgments; and oppressing judges whose judgments are not to the liking of the authorities.

How different all of this seems compared to several years ago, when a new chapter of “European presence” began for ten member states. The Polish Constitutional Court passed a historical decision in 2005 (K 18/04) concerning Poland’s EU Accession Treaty, speaking in a strong voice in favour of Poland’s membership of the union of law and the community of values such as democracy and the rule of law: “The Constitution of the Republic of Poland and Community law rely on the same common values which determine the nature of a democratic state ruled by law and the catalogue and substance of fundamental rights” (paragraph 8.3). The Constitutional Court reaffirmed the importance of preliminary rulings to the common European space, declaring it to be “rational and not in conflict with the Constitution” (paragraph 10.4). At this time, however, proceedings are pending before the Polish Constitutional Court contesting the constitutionality of preliminary rulings. The application of the Public Prosecutor General of 4th October 2018 reads: “The norm arising from Article 267 TFEU concerning the competences of courts of EU member states, whereby a national court may request a preliminary ruling concerning an interpretation of the Treaties or the validity and interpretation of acts issued by institutions, bodies and organisational units of the Union in matters concerning the system, form and

² L. Pech, S. Platon, A. Court of Justice *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, CMLR 2018, No. 55, Issue 6, pp. 1854, 1855.

³ *Ibid.*

organisation of the judiciary and proceedings before judicial bodies of an EU member state, raises doubts as to its constitutionality...”.⁴

3. The European Union as a union of law

The ramifications of those threats should not be underestimated. It cannot be stressed enough that Europe is a “Union of law”. The rule of law has been the paradigm of the European model and of the structure of the common Europe since its inception.⁵ As a leading European politician rightly said, “The rule of law is not optional in the European Union. It is a must.”⁶

In the first place, it is important to remember the position that the value of the rule of law has in the legal system of the European Union.

Article 2 TEU mentions the rule of law alongside the fundamental values of the Union: respect for human dignity, freedom, democracy, equality, human rights. The importance of the values referred to in Article 2, including the rule of law, sets the direction of the interpretation and application of law in all fields covered by Union law. Furthermore, it is relevant to the interpretation and application of the Charter of Fundamental Rights because the substance of any fundamental right cannot be understood in violation of the values listed in Article 2 TEU, which is pertinent to debates about re-establishment of the death penalty that are resurfacing in some member states.⁷ In its opinion of 18th December 2014 on the accession of the EU to the European Convention on Human Rights (Opinion 2/13), with reference to Article 2 TEU, the Court of Justice declared: “each Member State shares with all the other Member States, and recognises that they share with it, a set of common values on which the EU is founded, as stated in Article 2 TEU. That premise implies and justifies the existence of mutual trust between the Member States that those values will be recognised and, therefore, that the law of the EU that implements them will be respected” (paragraph 168).

⁴ Application of the Public Prosecutor General to the Constitutional Court of 4th October 2018, case K-7/18.

⁵ The rule of law has been described as “Umbrella Principle with formal and substantive components.” Cf. L. Pech, *The rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, J. Monnet Working paper 04/09, <https://jeanmonnetprogram.org/paper/the-rule-of-law-as-a-constitutional-principle-of-the-european-union/> [accessed: 20.08.2019], p. 53.

⁶ Commission President Juncker’s speech at the European Parliament, 13th September 2017.

⁷ Cf. Editorial comments, *Safeguarding EU values in the Member States – Is something finally happening*, CMLR 2015, No. 52, Issue 3, p. 620.



It should also be noted that Article 49 TEU makes EU membership conditional on respecting the values listed in Article 2, similar to the 1993 Copenhagen criteria.⁸

The Communication from the Commission to the European Parliament and the Council “A new EU Framework to strengthen the Rule of Law”⁹ lists six key principles comprised by the rule of law (legality, legal certainty, prohibition of arbitrariness of the executive powers, independent and impartial courts, effective judicial review including respect for fundamental rights; and equality before the law).

The case law of the Court of Justice frequently evokes and clarifies the importance of the rule of law as a directional fundamental value of the legal system of the European Union. According to the judgment in *Case Les Verts v. Parlement Européen*¹⁰ it is stated that “the European Economic Community is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty” (paragraph 23). In *Achmea*¹¹ the Court stated: “EU law is characterised by the fact that it stems from an independent source of law, the Treaties, by its primacy over the laws of the Member States, and by the direct effect of a whole series of provisions which are applicable to their nationals and to the Member States themselves” (paragraph 33). The Court clarifies this statement in many of its judgments by stating that “the European Union is a union based on the rule of law in which all acts of its institutions are subject to review of their compatibility with, in particular, the Treaties, general principles of law and fundamental rights”.¹²

The rule of law presupposes, as its constitutive element, the concept of justice and effective legal protection exercised by an independent judiciary. Thus, the independence of courts is a key element of the rule of law. As opposed to what certain politicians claim, the principles underlying the judicial system are not an exclusive competence of the member states. This has been expressly

⁸ Doc. 93/3 of 22nd June 1993.

⁹ COM (2014) 158.

¹⁰ Judgment of 23rd April 1983, C-294/83.

¹¹ Judgment of 6th March 2018, C-284/16.

¹² Cf. judgment of 6th October 2015 in *Schrems* C-362/14, paragraph 60.

reaffirmed by the case law of the Court of Justice. Its recent judgment in *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*¹³ clearly links the values laid down in Article 2 with “Article 19 TEU, which gives concrete expression to the value of the rule of law stated in Article 2 TEU, entrusts the responsibility for ensuring judicial review in the EU legal order not only to the Court of Justice but also to national courts and tribunals” (paragraph 32). “Consequently, national courts and tribunals, in collaboration with the Court of Justice, fulfil a duty entrusted to them jointly of ensuring that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed” (paragraph 33). “The Member States are therefore obliged, by reason, inter alia, of the principle of sincere cooperation, set out in the first subparagraph of Article 4(3) TEU, to ensure, in their respective territories, the application of and respect for EU law”.¹⁴

While the structure, organisation and procedures of the judicial system fall under the competences of the member states, national regulations must at each time respect the values of the rule of law with respect to the independence of the judiciary.

A government formed by a democratically elected majority cannot be placed in opposition to the rule of law or given precedence in the hierarchy of values. It has been rightly noted that democracy, the rule of law, human rights are co-constitutional¹⁵ and mutually complementary; none of those values may be substantiated in the absence of all others.

One has to fully agree with the President of the Court of Justice of the European Union, Koen Lenaerts, who said: “Democracy, fundamental rights and the rule of law are interdependent ... democracy is not tantamount to tyranny of the majority. Compliance with the rule of law means, therefore, that there are limits to what the political majority of the moment can do”.¹⁶

¹³ Judgment of 27th February 2018, C-64/16.

¹⁴ The wording of Article 19 paragraph 1 is the following: The Court of Justice of the European Union shall include the Court of Justice, the General Court and specialised courts. It shall ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed. Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law.

¹⁵ Cf. G.N. Toggenburg, J. Grimheden, *The Rule of Law and the Role of Fundamental Rights*, [in:] C. Closa, D. Kochenov (eds), *Reinforcing Rule of law Oversight in the European Union*, Cambridge 2016, p. 155.

¹⁶ Address at a seminar organised by the Belgian Ministry of Foreign Affairs, 4 June 2018, after Editorial Comments, *2019 Shaping up as a Challenging year for the Union, not least as a Community of Values*, CMLR 2019, nr 56, z. 1, p. 21.



4. Ramifications of the crisis of the rule of law

Collapse of the rule of law in any member state is tantamount to a rupture occurring in the legal space across the European Union. The EU is a system of interconnected vessels; if legal protection is weakened in any member state, it affects the entire EU. Let us have a look at the key ramifications of the crisis of the rule of law in some member states. The main consequence is that the principle of mutual trust is undermined or even contested; that principle is the best expression of the relations between the member states and a precondition of their collaboration (the case law of the European Court of Justice has amply emphasised the fundamental importance of that principle, for instance, in Opinion 2/13: “the principle of mutual trust between the Member States is of fundamental importance in EU law, given that it allows an area without internal borders to be created and maintained”). It is therefore obvious that there can be no effective system of mutual recognition and execution of judgments without trust in the guarantees of independence of the judiciary in other members states. There can be no dialogue between national courts and the Court of Justice based on the preliminary ruling procedure either (it should be borne in mind that only independent courts may be a partner to the CJEU).

As a result of the disintegration of legal protection in the Schengen Area major hurdles may arise in the implementation of the principle enshrined in Article 19 TEU, which expressly provides that “Member States shall provide remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law”. A crisis of the rule of law will weaken or even paralyse the freedoms guaranteed by the Treaties, discouraging companies and employees and eroding their trust in the legal mechanisms of a member state in which they wish to establish themselves. Last but not least, the EU budget may be affected if funding allocated to structural (development) projects is distorted.¹⁷

It has been rightly argued that the current crisis in Europe or its parts is becoming systemic and it should be noted that a crisis in one

¹⁷ Cf. M. Waelbroeck, P. Oliver, *La Crise de l'Etat de Droit...*, p. 311.

or more member states is always a common crisis as it affects the entire legal space of the Union.¹⁸

However, a systemic crisis of the rule of law must be clearly and precisely identified. In a systemic crisis, singular corrections of mechanisms underlying the rule of law do not and cannot deliver the expected outcomes because the immanent deficiency permeates, infiltrates and contaminates the entire system. In view of systemic deficiencies, eliminating one part of the problem neither stops it from spreading nor provides sufficient guarantees for the future (for instance, due to a systemic deficiency, the elimination of a judgment issued by an illegally appointed judge from the legal system does not help unless the mechanism for the appointment of judges is changed).¹⁹ According to some researchers (Bogdandy and Ioannidis), “systemic deficiency in the rule of law as elaborated here from core provisions of the EU Treaty, ECJ case law, and comparative law can capture many assessments of European, international and academic institutions on serious weaknesses of certain administrations and courts. It applies when the operations of those institutions undermine the social function of law, create serious externalities, question the Union as a community of law, jeopardize the essence of EU citizenship or the guarantees of Articles 41 and 47 EUCFR”.²⁰

A systemic crisis of the rule of law implies that the self-correcting mechanism is gone. Established by mutually complementary institutions within the fabric of the state ruled by law, that mechanism normally fills gaps and eliminates deficits in the functioning of one segment of the legal system thanks to other segments of that same system (for instance, deficiencies in the functioning of ordinary courts may be rectified by higher-instance courts through appropriate remedies, or deficiencies of the legislative process may be corrected by an efficient mechanism of constitutional review).

Systemic deficiencies have been identified in the case law, which has developed a line of argumentation emphasising the unique nature

¹⁸ Cf. K.L. Scheppele, *Enforcing the basic principles of EU law through systemic infringement actions*, [in:] C. Closa, D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge 2016, pp. 105–132; also: M. Schmidt, Piotr Bogdanowicz, *The Infringement procedure in the rule of Law Crisis: How to make effective use of Art. 258 TFEU*, CMLR 2018, No. 55, Issue 4, pp. 1061–1100.

¹⁹ On the notion of systemic deficiency, see: M. Schmidt, P. Bogdanowicz, *op. cit.*, p. 1082; cf. A.von Bogdandy, M. Ioannidis, *Systemic Deficiency in the rule of Law: What it is, what has been done, what can be done*, CMLR 2014, No. 51, Issue 1, pp. 59–96.

²⁰ A. Bogdandy, M. Ioannidis, *Systemic Deficiency...*, p. 95.

of conditions which require special measures, for instance, CJEU judgments in the Case of *N.S.*²¹ (refugee crisis) and the case *Aranyosi et Caldăraru*²² (the breakdown of the penitentiary system) as well as decision in the case *Minister for Justice and Equality*²³ (crisis of the rule of law). It is worth to mention the CJEU judgment in the case *Minister for Justice and Equality* of 25th July 2018 (paragraph 60): “To that end, the executing judicial authority must, as a first step, assess, on the basis of material that is objective, reliable, specific and properly updated concerning the operation of the system of justice in the issuing Member State (see, to that effect, judgment of 5th April 2016, *Aranyosi and Căldăraru*, C-404/15 and C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, paragraph 89), whether there is a real risk, connected with a lack of independence of the courts of that Member State on account of **systemic or generalised deficiencies** there, of the fundamental right to a fair trial being breached. Information in a reasoned proposal recently addressed by the Commission to the Council **on the basis of Article 7 paragraph 1 TEU** is particularly relevant for the purposes of that assessment” (paragraph 61). “Such an assessment must be carried out having regard to the standard of protection of the fundamental right that is guaranteed by the second paragraph of Article 47 of the Charter.”

Interestingly, in all those cases, the concept of systemic deficiencies is used as a necessary instrument of protection of the EU’s fundamental values: human dignity (of refugees and prisoners) and the rule of law (in the case related to the execution of the European Arrest Warrant). The objective of protecting the rule of law is also expressly stated in the Commission’s proposal for the procedure under Article 7 TEU, referred to by CJEU in the case *Minister for Justice and Equality*²⁴ and in the resolution of the European Parliament on the procedure under Article 7 TEU.²⁵

²¹ Judgment of 21st December 2011, joined cases C-411/10 and C-493/10. Recently, the CJEU has issued further judgments which indicate the consequences of a systemic crisis in the functioning of the Dublin system (asylum procedures), i.e. the judgment of 19th March 2019, C-163/17, in the case of *A. Jawo* (paragraphs 82-84), the judgment of 19th March 2019, the joined cases C-297/17, C-318/17, C-319/17, C-438/17 *B. Ibrahim and others* (paragraphs 84–87).

²² Judgment of 5th April 2016, joined cases C-404/15, C-659/15 PPU.

²³ Judgment of 25th July 2018, C-216/18 PPU.

²⁴ Procedure against Poland, December 2017, see: Rule of Law: European Commission acts to defend judicial independence in Poland, Press Release of 20 Dec.2017, IP/17/5367, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_en.htm [accessed: 20.08.2019].

²⁵ European Parliament Resolution of 12th September 2018 on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Art. 7 paragraph 1 of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded (2017/213 INL).

If the “rule of law” included in the list laid down in Article 2 TEU is a necessary precondition of all the other values enumerated therein, then the risk of collapse of the rule of law send a warning signal at all levels.

The spread of systemic deficiencies affecting the functioning of the rule of law is not limited to a single system; it is both horizontal and vertical in nature. It is horizontal because it affects the horizontal relations between the member states (it undermines mutual trust and sincere co-operation, the system of mutual recognition of judgments in the framework of judicial co-operation, the arrest warrant mechanism, and the Schengen Area). It is vertical because it may deform the mechanisms of co-operation between the Union institutions and the member states, resulting in a risky process or trend of renegotiating the most fundamental values and principles (which by nature should not be subject to any negotiations), restricting the mechanisms of joint decision-making at EU level, dismantling the Union’s single legal system, including the primacy of Union law and respect for uniform interpretations issued by the Court of Justice. The threat is genuine, as demonstrated by attempts to challenge the system of uniform interpretations based on judicial co-operation within the system of preliminary rulings (as shown by the application to the Constitutional Court of Poland concerning the constitutionality of Article 267 TFEU²⁶ lodged by the Public Prosecutor General in 2018).²⁷

5. Can the Union defend its values?

The experience of the past few years clearly suggests that a crisis of the rule of law can happen everywhere and that a well-organised constitutional toolbox is not a sufficient guarantee of protection against adverse trends (vectors) in that direction. Those EU member states that are now at risk of a systemic crisis of the rule of law were among the best pupils, and their systems were built on liberal concepts of a democratic state ruled by law. It could be that the Union as a whole may need to take steps necessary to defend its values.

²⁶ Application of the Public Prosecutor General to the Constitutional Court of 4 October 2018, case K-7/18.

²⁷ Incidentally, and paradoxically, the application is consistent with the opinion of the Vice-President of the Constitutional Court Mariusz Muszyński concerning the need for a constitutional review of European law, cf. M. Muszyński, *Polski Trybunał w unijnej rzeczywistości*, <https://www.rp.pl/Opinie/303229983-Polski-Trybunal-w-unijnej-rzeczywistosci---Mariusz-Muszynski-o-mocy-wyrokow-TSUE-w-Polsce.html> [accessed: 20.08.2019].

Extraordinary situations call for extraordinary measures.

The proposals under discussion include endowing the Charter of Fundamental Rights with more effect and impact²⁸ so it can be evoked directly, rather than through the intermediation of European law, to address violations of fundamental rights by the laws of a member state.²⁹ After all, the values enshrined in Article 2 TEU are identical to the fundamental rights guaranteed by the Charter. Suggestions have been made to revisit the concept where the fundamental status of citizens of the member states is the European citizenship.³⁰

In the current debate on the future of the European Union, this proposal may seem too far-fetched and could be seen as an unrealistic vision. However, to combine the status of a Union citizen with a full effective protection of fundamental rights in all fields of individual activity, including its position in the legal systems of the member states, seems to be a natural and inevitable consequence of the on-going integration and of the concept of effective legal protection derived directly from the rule of law. It has been rightly argued that the EU is not only a union of law but also a community of citizens.³¹ It has also been argued that Union citizens deprived of the protection of fundamental rights due to deficiencies of the judicial system (in the absence of independent and impartial courts and tribunals) or other systemic deficiencies may ask for protection and raise claims against the national system directly based on the values laid down in the Treaty and in the Charter of Fundamental Rights (in particular, in the Case of *Minister for Justice and Equality*³² and the Case of *Aranyosi and Caldaru*,³³ the protection of the right to a trial by an independent court on the one hand and the dignity of prisoners on the other hand, as enshrined in Article 4 and Article 47 of the Charter, were considered by the Court of Justice a point of reference for its judgment). Both cases concerned not only deficient implementation of Union law but also systemic deficiencies in national systems.

²⁸ Cf. G.N. Toggenburg, J. Grimheden, *op. cit.*, p. 154; cf. also: A. Jakab, *The EU Charter of Fundamental Rights as the Most Promising Way of Enforcing the Rule of Law against the Member States*, [in:] C. Closa, D. Kochenov (eds), *Reinforcing Rule of Law. Oversight in the European Union*, Cambridge 2016, p. 187.


²⁹ Cf. Resolution of the European Parliament of 25th October 2016, *Pacte pour la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux*, after: M. Waelbroeck, P. Oliver, *op. cit.*, p. 323.

³⁰ Judgment of 20th September 2001, case of *Grzelczyk* C-184/99: „*Le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats Membres*” (paragraph 31).

³¹ Case of *Grzelczyk* C-184/99.

³² C-216/18 PPU.

³³ C-404/15 and C-659/15 PPU.



The experience of the past few years suggests that threats to the rule of law are not only theoretical; they represent a genuine risk in some of the member states. That experience leads to the conclusion that protection of the rule of law requires action, determination and a strong sense of independence of judges. However, the rule of law cannot rely on individual or collective heroic acts; it must be the normal state of affairs and a regular component part of the legal system of every member state and every part of the legal space of the Union.

To protect the rule of law, all the leading European institutions must work together, including the Commission, the Council, and the Court of Justice. There is no value and no political price making up for the weakening or systematic destruction of the rule of law. Europe must staunchly defend its values because, as history teaches, where there is no such will and determination, disaster strikes. We have to avert the “slide toward authoritarianism”.³⁴ European institutions will stand strong only if they are ready to deploy the broad range of available tools to defend their values and principles. The European institutions must not be seen as impotent in the face of the emerging crisis of values.³⁵ Belated and postponed reactions may be ineffective, thus encouraging further wrongdoing (by means of accomplished facts). This is the time of a test for the EU and its mechanisms, a test which will decide about the future of Europe and determine the quality and efficiency of democratic mechanisms within the EU. Clearly, developments emerging at the level of member states inevitably rise to the EU level. The problems currently faced by the Council of Europe send a warning that lowering of the democratic standards and the rule of law in the member states may eventually undermine the effective protection of the values enshrined in Article 2 TEU within the institutional structures of the Union.

Once again, in the face of a crisis of the rule of law, we have to evoke the fundamental values underlying the Union system and enshrined in the Treaties (Article 2, Article 3, Article 5 TEU). Those values are not a mere decorum of the Union architecture, designed to please the aesthetic senses of passive recipients; they must be taken

³⁴ Editorial Board, *Democracy's slow fade in Central Europe*, Washington Post of 7th July 2018, https://www.washingtonpost.com/opinions/democracys-slow-fade-in-central-europe/2018/07/07/d155d1e4-8099-11e8-b0ef-fffcabeff946_story.html?noredirect=on [accessed: 20.08.2019].

³⁵ S. Pech, S. Platon, *op. cit.*, p. 1852: “a worrying inability to learn from past mistakes”.

[REDACTED]

seriously and deployed as operational tools at the time of a crisis, today and in the future.


The recent case law of the Court of Justice (under Article 2 and Article 19) suggests that the values enshrined therein will be substantiated with actual measures taken by the European institutions.³⁶

We have to continue the discussion about the relationship between Article 2 TEU and procedural measures available in the face of a threat to the values enshrined therein. To defend the rule of law in the EU, systemic deficiencies in national systems which have a far-reaching impact on all mechanisms of the rule of law should be adequately addressed with procedural measures, taking into account the specificity and uniqueness of actual conditions, irrespective of the “nuclear option” under Article 7 TEU. Special cases such as systemic crisis require serious analysis. According to this argument, questions directly referring to values set out in Article 2 TEU cannot be allowed for preliminary ruling unless where a structural deficiency of the rule of law mechanisms is identified is to request preliminary rulings with reference to the values enshrined in Article 2 TEU. The referring court would request an interpretation of Article 2 in connection with the protection of fundamental rights and guarantees in the national system.³⁷ This approach has been criticised as ineffective in the absence of sufficient independence of judges caused by a systemic crisis. However, in view of the independent stance of the majority of judges in the past few years, this argument does not seem to stand.

This approach dovetails with the aforementioned argument that the values enshrined in Article 2 TEU (including the rule of law) cannot be restricted by virtue of national identity referred to in Article 4(2) TEU, which should be respected taking into account its links with the fundamental political and constitutional structures

³⁶ Cf. in particular: K.L. Scheppelle, *op. cit.*, pp. 107–108, who explicitly proposes to extend the basis of the procedure under Article 258 TFEU, since the ordinary procedure is too narrowly defined to address the structural problems of all Member States.

³⁷ Cf. A. von Bogdandy, C. Antpohler, M. Ioanidis, *Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU, Member States*, CMLR 2012, No. 49, Issue 2, p. 489; see also: A. von Bogdandy, C. Antpohler, M. Ioanidis, *Reverse Solange and the Rule of Law Framework*, [in:] A. Jakab, D. Kochenov (eds), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford 2017, pp. 218 et seq., for criticism of the concept, see: D. Kochenov, *The Acquis and Its Principles. The Enforcement of the Law versus the Enforcement of Values in the EU*, [in:] A. Jakab, D. Kochenov (eds), *The Enforcement...*, pp. 21–22.



of the member state. Under Article 2 TEU, member states have no discretionary power to ignore those values in their national systems.³⁸

If the European Union is unable to defend the rule of law in anyone of the member states, it cannot defend its values as a whole. The Union is a solidary body founded on the principles of mutual trust, sincere co-operation, and respect for shared fundamental values. The rule of law is a necessary condition for the protection and substantiation of all other values. This is why the current debate about the rule of law is of fundamental relevance to the future of the European Union. To paraphrase Isaiah Berlin's adage: "we inhabit one common moral world",³⁹ we in the European Union inhabit a space of common values, a space that is indivisible and can only last if we all respect those values as binding and universal.

³⁸ Editorial Comments, *Safeguarding EU values in the Member states – Is something finally happening?*, CMLR 2015, No. 52, Issue 3, pp. 625 et seq.

³⁹ I. Berlin's address at the Third Congress of the *Fondation Européenne de la Culture*, published as: I. Berlin, *European Unity and its Vicissitudes*, [in:] H. Hardy (ed.), *The Crooked Timber of Humanity*, Oxford 1990, p. 207, after: Editorial Comments, *2019 Shaping up as a Challenging year for the Union, not least as a Community of Values*, CMLR 2019, No. 56, Issue 1, p. 22.

Ryszard Piotrowski*

Sędziowie i demokracje europejskie

1. Niezależne sądy i niezawisli sędziowie spełniają trudną do przecenienia i łatwą do ignorowania rolę w urzeczywistnieniu niezwyklego projektu ustrojowego, jakim jest ukształtowane w Europie Zachodniej i w Ameryce Północnej rozwiązanie ograniczające władzę większości ze względu na prawa człowieka, określane mianem demokracji liberalnej. Fundamentem owej demokracji są rządy prawa, koncepcja w swej istocie europejska, bo przecież odwołująca się do właściwego już Platonowi przekonania, że „zagłada nieuchronnie zagraża państwu, w którym prawo podwładne jest i bezsilne”, a natomiast „to państwo, w którym jest prawo panem zwierzchników, a zwierzchnicy sługami praw, cieszy się bezpieczeństwem i pełnią błogosławieństw, jakie bogowie zsyłają państwow” („Prawa”, Księga IV).

Idea Europy jest starsza niż najstarsze konstytucje pisane i ściśle związana z kształtowaniem się koncepcji konstytucji¹. Rządy prawa można określić przecież jako „projekt europejski” także w znaczeniu, w jakim Homer przeciwstawia tych, nad którymi „władza prawo” kształtowane na wiecach², obcym, nie znającym tej władzy. Europa od ponad dwóch tysiącleci jest nie tylko pojęciem geograficznym, ale – według Strabona – przestrzenią „wspaniale wyposażoną przez naturę, by rozwijać doskonałość ludzi i rządów”³. Herodot uznawał, że Europejczycy są ludźmi najbardziej wolnymi ze wszystkich, ponieważ w odróżnieniu od mieszkańców Azji podlegają oni prawu, a nie czyjejkolwiek woli indywidualnej⁴. Związek kultury śródziemnomorskiej i instytucji demokratycznych pozostaje jedną z podstaw duchowej tożsamości Europy⁵. Idea konceptualizująca Europę, czy – wedle terminologii wprowadzonej przez Richarda Dawkinsa⁶ i Susan Blackmore⁷ – kategoria memetyczna Europy, to w istocie podleganie prawu naturalnemu „wpi-

* Dr hab., profesor Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ Por. Ch. H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca 1940.

² Por. Homer, *Odyseja*, Pieśń IX, w. 112 i n.

³ Por. D. Hay, *Europe. The Emergence of an Idea*, Edinburgh 1957, s. 3. Por. także A. Pagden (red.), *The Idea of Europe*, Cambridge 2002, s. 37.

⁴ Por. A. Pagden (red.), *The Idea of Europe...*, s. 37.

⁵ Por. F. Braudel i inni, *Morze Śródziemne. Przestrzeń i historia. Ludzie i dziedzictwo*, Warszawa 1994, s. 241.

⁶ Por. R. Dawkins, *Samolubny gen*, Warszawa 1996, s. 262 i n.

⁷ Por. S. Blackmore, *Maszyna memowa*, Warszawa 2001.

sanemu” w serce Antygony, która stała się swoistym symbolem osądzenia władzy na podstawie reguł od tej władzy niezależnych⁸.

2. Postanowienia Traktatu z Lizbony i Europejskiej Karty Praw Człowieka pozwalają postrzegać Europę jako pojęcie moralne pozbawione jednak znaczenia bez konstytucjonalizmu rozumianego jako ograniczenie władzy większości przez prawa człowieka, bez zasady podziału władz nakazującej szanować odrębność sądów i ich niezależność od innych władz, bez pluralizmu politycznego, bez demokratycznego państwa prawnego i bez uniwersytetów w ich klasycznym europejskim kształcie⁹, wykluczającym podporządkowanie władzy partii politycznych i korporacji¹⁰. Do istoty uniwersytetu jako zjawiska społecznego należy niezależność właściwa instytucji autonomicznej, której sens polega na tym właśnie, że jej „działalność naukowa i dydaktyczna musi być moralnie i intelektualnie niezależna od władzy politycznej i ekonomicznej”¹¹. Dysponując ową niezależnością uniwersytety stają się źródłem interpretacji i ocen alternatywnych w stosunku do tych, którymi posługują się rządzący. Niezależność ośrodków akademickich ma znaczenie jako czynnik ograniczający faktyczną dominację partii politycznych w życiu publicznym. Możemy zatem dostrzec zasadniczą tożsamość funkcji społecznej władzy sądowniczej i uniwersytetów w ustroju demokratycznym, polegającą na ograniczaniu władzy ze względu na wartości, które od owej władzy nie zależą¹². Na tym bowiem w istocie polega zarówno rola pełniona przez uniwersytety w państwie demokratycznym, jak też rola sędziów w demokracji konstytucyjnej¹³.

Europa to w naszej świadomości znacznie więcej niż pojęcie geograficzne, odnoszące się do gospodarki i polityki. To przecież nie tylko pluralistyczna cywilizacja¹⁴, ukształtowana w długim procesie rozwoju

⁸ Por. R. Piotrowski, *Europa a granice władzy ustrojodawczej*, [w:] Ł. Pisarczyk (red.), *Prawne problemy i wyzwania Unii Europejskiej*, Warszawa 2018, s. 13 i n.

⁹ Por. J. Derrida, *Uniwersytet bezwarunkowy*, Kraków 2015, s. 20 i n. Por. także K. Jaspers, *Idea uniwersytetu*, Warszawa 2017, s. 165 i n.

¹⁰ Por. R. Piotrowski, *Konstytucja i uniwersytety*, [w:] S. Bożyk (red.), *Prawo. Parlament i egzekutywa we współczesnych systemach rządów. Księga poświęcona pamięci Profesora Jerzego Stembrowicza*, Białystok 2009, s. 151.

¹¹ Tak w Wielkiej Karcie Uniwersytetów Europejskich, <http://www.umk.pl/uczelnia/dokumenty> [dostęp: 20.08.2019 r.].

¹² Por. R. Piotrowski, *op. cit.*, s. 151.

¹³ Por. W.F. Murphy, *Constitutional Democracy. Creating and Maintaining a Just Political Order*, Baltimore 2007, s. 147 i n.

¹⁴ Por. H. Kissinger, *World Order. Reflections on the Character of Nations and the Course of History*, London 2014, s. 11 i n.

i jej nazwa, spełniająca rolę określenia „świat chrześcijański”¹⁵. Europa – w świetle aksjologii integracji europejskiej – jest w istocie związaną z ową cywilizacją swego rodzaju kategorią aksjologiczną, wyrażającą afirmację praw człowieka, afirmację wolności, która nie ignoruje godności i dobra wspólnego, a jednocześnie odzwierciedla dążenie do urzeczywistnienia tych wartości. Potwierdza to Traktat o Unii Europejskiej, w myśl którego „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości” (art. 2). Preambuła Traktatu wskazuje, że strony tej umowy są inspirowane „kulturowym, religijnym i humanistycznym dziedzictwem Europy, z którego wynikają powszechne wartości, stanowiące nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka, jak również wolność, demokracja, równość oraz państwo prawne”. Według preambuły państwa członkowskie podkreślają swoje „przywiązanie do zasad wolności, demokracji, poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności oraz państwa prawnego”. Oznacza to, że państwa członkowskie opierają swoje konstytucje na tych właśnie wartościach¹⁶. Zarazem Traktat uznaje, że „prawa podstawowe, zagwarantowane w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych Państwom Członkowskim, stanowią część prawa Unii jako zasady ogólne prawa” (art. 6 ust. 3). Europejski ład prawny cechuje zatem pluralizm konstytucyjny, oparty na fundamencie poszanowania „tożsamości narodowej” państw członkowskich, „nierozzerwalnie związanej z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi” (art. 4 ust. 2). Poszanowanie tożsamości narodowej nie obejmuje jednak – w świetle art. 7 Traktatu – akceptacji naruszania wartości europejskich wskazanych w art. 2 Traktatu jako podstawa Unii, co znajduje wyraz w stworzeniu możliwości zawieszenia „niektórych praw wynikających ze stosowania Traktatów dla tego Państwa Członkowskiego”, które „poważnie i stale” narusza wartości europejskie. Traktat zatem, a także praktyka jego stosowania¹⁷, stwarzają podstawy do funkcjonalnego zróżnicowania stosunku

¹⁵ Tak N. Davies, *Europa*, Kraków 1998, s. 31. Por. także A. Pagden (red.), *The Idea of Europe...*, s. 33 i n.

¹⁶ Por. L. Garlicki, *Wprowadzenie*, [w:] W. Stańkiewicz (red.), *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 8 i n.

¹⁷ Por. J.H.H. Weiler, *Epilogue: Living in a Glass House. Europe, Democracy and the Rule of Law*, [w:] C. Closa, D. Kochenov (red.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge 2016, s. 316.

do wartości europejskich w Unii, w tym zwłaszcza do zagadnienia granic władzy większości.

Praktyka traktatowa, akceptująca rodzaj szczególnej równowagi między sabotowaniem lub ignorowaniem wartości w świetle Traktatu europejskich¹⁸ albo deklarowaniem, że nie będą respektowane „w zakresie moralności publicznej, prawa rodzinnego, a także ochrony godności ludzkiej oraz poszanowania fizycznej i moralnej integralności człowieka”¹⁹, pozwala państwom członkowskim Unii pozostawać w niej mimo kwestionowania paradygmatu demokracji liberalnej²⁰ określającego tożsamość aksjologiczną tej Unii, a zakładającego przecież niezależność wartości od wszelkiej władzy, niezależnie od wątpliwości związanych z ich statusem²¹. W literaturze przedmiotu znalazł wyraz pogląd, że „agresja przeciwko podstawowym wartościom” europejskim dokonuje się „w imieniu narodowych demokracji jako wyraz woli ludu odzwierciedlonej w wyniku wyborów”²². A zatem warunkiem przetrwania aksjologicznej tkanki Unii Europejskiej w jej kształcie traktatowym – opartym na założeniu ograniczenia władzy większości przez prawa człowieka – pozostaje społeczna akceptacja tak rozumianych wartości europejskich w państwach członkowskich.

Niezawisli sędziowie w niezależnych sądach mogą odegrać kluczową rolę w tym procesie. Bez ich udziału w promowaniu wartości europejskich, tożsamyh z aksjologicznymi podstawami ustroju demokratycznego, europejskie marzenie o rządach prawa nie stanie się rzeczywistością. W tym sensie demokratyczna Europa jest Europą sędziów, jeśli będą oni mieli zdolność respektowania i obrony wartości europejskich. Postępująca erozja tych wartości, stan napięcia między ideałem a rzeczywistością, wynikający ze skali nierówności społecznych²³ i arogancji elit oraz konsekwencji podporządkowania polityki socjalnej celom konkurencyjności międzynarodowej²⁴, stwarza za-

¹⁸ Świadczą o tym losy Zaleceń Komisji Europejskiej z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie praworządności w Polsce.

¹⁹ Tak w Deklaracji RP w sprawie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, [w:] J. Barcz (red.), *Przewodnik po Traktacie z Lizbony*, Warszawa 2008, s. 634. Por. także M. Wyrzykowski, *Wiele hałasu o nic? Racjonalizowanie irracjonalności na przykładzie Protokołu polsko-brytyjskiego do Karty Praw Podstawowych UE*, [w:] J. Wawrzyniak, M. Laskowska (red.), *Instytucje prawa europejskiego w dobie integracji europejskiej. Księga jubileuszowa dedykowana Prof. Marii Kruk-Jarosz*, Warszawa 2009, s. 501 i n.

²⁰ Por. M. Tushnet, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Cheltenham 2014, s. 114.

²¹ Por. T. Giaro, *Wartości w języku prawnym i dyskursie prawniczym*, [w:] *Trybunał Konstytucyjny: Preambula Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2009, s. 21.

²² Por. J.H.H. Weiler, *op. cit.*, s. 314.

²³ Por. J.E. Stiglitz, *Cena nierówności*, Warszawa 2015, s. 227 i n.

²⁴ Por. K. Kraus, T. Geisen, T. Piątek, *Państwo socjalne w Europie*, Toruń 2005, s. 407.

grożenie dla delikatnej infrastruktury rządów prawa²⁵, kształtowanej w znacznej mierze przez kulturę prawną prawa sędziowskiego. Zagrożenie to bywa wzmocnione w państwach członkowskich dla doraźnych korzyści politycznych mimo ryzyka promowania tendencji nacjonalistycznych, a przecież – jak można sądzić – „Europa ponownie nacjonalistyczna już się nie odrodzi w swojej dawnej formie”²⁶. Nie jest pewne przetrwanie społecznej internalizacji wartości nadających sens integracji europejskiej, którym Europa zawdzięcza swoją tożsamość i globalną wyjątkowość, nie potwierdzoną jednak spisanyymi regułami konstytucyjnymi.

3. Europa zawdzięcza swoją tożsamość różnorodności rozwiązań ustrojowych, odzwierciedlających zróżnicowane doświadczenia historyczne i różnorodne tradycje, współtworzące kulturę – wedle słów Cyserona – „wynalazczynię praw, nauczycielkę dobrych obyczajów i ładu”²⁷. Częścią tej kultury jest tradycja prawna oparta na złożoności porządku prawnego, rozwijająca się w wyniku przekształceń o zasadniczym charakterze, niekiedy określanych mianem rewolucji, które jednak nie niszczyły prawa, lecz je odnawiały²⁸. Ta właśnie złożoność, polegająca na tym, że „zwyczaj i słusność są w takim samym stopniu prawem, jak kodeksy i postanowienia sądowe”²⁹, stanowi źródło pluralizmu prawa, wzmocniającego pluralizm życia politycznego i współtworzącego przestrzeń europejskiej wolności.

Wolność Europejczyków, nadająca sens ich demokracji, była i jest możliwa dzięki istnieniu prawa i prawników, sądów, w których można znaleźć ochronę przed nadużyciami władzy³⁰, a także uniwersytetów, jeśli mają one zdolność rozwijania wiedzy o prawie, tworzącej swoiste metaprawo, i potrafią kształcić prawników gotowych do obrony prawa przed arbitralizmem rządzących. Podstawą europejskiej wolności pozostaje przekonanie, że chociaż władza ustanawia prawa, to jednak nie może zniżyć tego arbitralnie i dopóki sama ich nie zmieni, jest nimi

²⁵ Por. E. Łętowska, *Państwo prawne na peryferiach Europy*, <http://publica.pl/teksty/letowska-panstwo-prawa-na-peryferiach-europy-61676.html> [dostęp: 20.08.2019 r.].

²⁶ Tak M. Król, *Europa w obliczu końca*, Warszawa 2012, s. 198. Por. E. Balibar, *Crisi e fine dell'Europa?*, Torino 2016, s. 71 i n.

²⁷ Por. M.T. Cicero, *Pisma filozoficzne*, Warszawa 1961, t. III, s. 481.

²⁸ Por. H.J. Berman, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995, s. 23 i n.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Por. *Ibidem*, s. 24.

związana³¹. Polityka i moralność wpływać mogą na prawo, ale „nie stają się przez to prawem”, które w kulturze europejskiej traktowane jest „jako coś samoistnego, względnie autonomicznego”³². Tej właśnie kulturowej autonomii prawa i jego niezależności od polityki strzegą sędziowie, jeśli są do tego zdolni.

Wyznacznikiem demokratycznej tożsamości współczesnej Europy nie jest jednolitość rozwiązań ustrojowych, ale ich zgodność z wartościami odzwierciedlającymi tradycję prawną legitymizującą władzę sądowniczą w ustroju demokratycznym. Kamieniem węgielnym tego ustroju, a zarazem wyznacznikiem roli sędziów w demokracjach europejskich, jest zasada podziału władz, współistotna zagwarantowaniu praw człowieka potwierdzających przyrodzoną i niezbywalną godność jednostki³³. Urzeczywistnienie tej zasady znajduje potwierdzenie w niezależności sądów i niezawisłości sędziów.

Niezależność sędziów wyklucza uzależnienie ich powoływania od spełniania przez nich kryteriów politycznych, aczkolwiek z reguły sędziowie powoływani są przez najwyższe władze – prezydentów, królów, czy też parlamenty. Respektowane jest przy tym wymaganie profesjonalizmu od kandydatów na sędziów i wykluczona możliwość usunięcia sędziego z urzędu ze względów politycznych. W szczególności dotyczące sędziów zmiany odnoszące się do ich wieku emerytalnego nie mogą mieć retroaktywnego charakteru. Istotne wydaje się również respektowanie zasady, wedle której w demokratycznym systemie ustrojowym sędziowie ponoszą odpowiedzialność za swoje postępowanie przed władzą sądowniczą, nie zaś przed pozostałymi władzami. Władza sądownicza natomiast zdaje sprawę ze swej działalności najwyższym organom pozostałych władz. Demokracja państw europejskich polega na tym, że sędziowie podlegają prawu, a więc konstytucji i ustawom, nie zaś wskazaniom politycznym. Wyroki są dziełem sędziów, a nie polityków. Sędziowie mają wyłączne prawo rozstrzygania sporów prawnych, a taki charakter może mieć niemal każda kontrowersja.

Cechą wyróżniającą demokracje europejskie jest przyznanie władzy sądowniczej możliwości hamowania pozostałych władz, czy to przez kontrolę konstytucyjności prawa, czy też kontrolę legalności

³¹ *Ibidem*, s. 23.

³² *Ibidem*, s. 21.

³³ Por. R. Piotrowski, *Separation of Powers, Checks and Balances, and the Limits of Popular sovereignty. Rethinking the Polish Experience*, *Studia Iuridica* 2019, nr 79, s. 78 i n.

działań władzy wykonawczej. Mechanizm równowagi i hamowania władz w państwach, o których mowa, dopuszcza jedynie ograniczone uzależnienie władzy sądowniczej od pozostałych władz. Im bardziej jednak władza sądownicza jest niezależna od pozostałych władz, tym większe wydaje się ryzyko jej nadmiernej nieodpowiedzialności³⁴.

4. Charakterystyczne dla europejskiej tradycji prawnej jest występujące także obecnie społeczne poczucie deficytu sprawiedliwości.

Wydawałoby się, że orzeczenia sądów powinny być wyrazem i przejawem stałego urzeczywistniania sprawiedliwości. Jednak sądy nie są w stanie sprawić, by wyobrażenia o sprawiedliwości nie zmieniały się w czasie pod wpływem zmian kulturowych i zmniejszyć napięcia między zmiennością a stabilnością. Znaczenie kulturowego marginesu oceny w orzekaniu dostrzega Europejski Trybunał Praw Człowieka. Rzadko też zdarza się, by strona, która poniosła porażkę przed jakimkolwiek sądem była zadowolona z tego, że sprawiedliwości stało się zadość. Każdy ma swoją sprawiedliwość i może dlatego właśnie odkąd ludzie zaczęli myśleć o sprawiedliwości, towarzyszyło im przekonanie, że tylko Bóg jest sprawiedliwy, choć przecież i On bywa nierychliwy.

Jednym z podstawowych odkryć człowieka – tworzącego pojęcia abstrakcyjne i próbującego dzięki nim zapanować nad światem – było ustalenie, że w Bogu jest źródło sprawiedliwości³⁵. Znajdujemy tę pewność w preambule Kodeksu Hammurabiego, mamy ją w Biblii, z której wiadomo, że Bóg tak odpowiedział na prośbę Salomona: ponieważ nie poprosiłeś o zgubę twoich nieprzyjaciół, ale poprosiłeś dla siebie o umiejętność rozstrzygania spraw sądowych, więc daję ci serce mądre i rozsądne. I sprawiedliwość sądów Salomona była owocem jego serca, nie umysłu.

Określenie źródeł sprawiedliwości mamy także w preambule Konstytucji RP, w myśl której to Bóg jest źródłem sprawiedliwości albo – i to nas różni od ludzi odległych epok – ta uniwersalna wartość wywodzi się z „innych źródeł”, a więc z innej transcendencji niż boska. W każdym razie – według Konstytucji – wartości są poza zasięgiem jakiegokolwiek suwerena. Są wyżej od najwyższych władz, także wyżej od najwyższych sądów.

³⁴ Por. D. Smilov, *The Judiciary: The Least Dangerous Branch?*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajo (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2013, s. 859 i n.

³⁵ Por. R. Piotrowski, *Rola sądów najwyższych w ustroju demokratycznym*, [w:] A. Korobowicz (red.), *Sąd Najwyższy Rzeczypospolitej Polskiej. Historia i współczesność*, Warszawa 2017.

Czym jednak jest prawo? Niekiedy bywa utożsamiane z napisem, który wystarczy odczytać dodając do tego przypisywane Ulpianowi Domicjuszowi słowa *dura lex, sed lex*. W swej istocie jednak prawo w naszych czasach, owej jakże płynnej nowoczesności, bliższe jest formule Publiusza Iuventiusa Celsusa: *ius est ars boni et aequi*. A więc prawo jest sztuką sądenia o tym, co dobre i słusne. Takie rozumienie prawa w swej istocie przekracza granice oddzielające prawodawców od sędziów, ale też wyznacza sędziom szczególną rolę w państwie demokratycznym³⁶.

Ostatnie stulecie to znaczący okres w dziejach sądów, a zarazem także w dziejach państwa demokratycznego. Tragiczne doświadczenia XX wieku związane z konsekwencjami słabości demokracji przedstawicielskiej, która nie była w stanie powstrzymać totalitaryzmu, uwidoczniły fundamentalne znaczenie gwarancji praw i wolności jednostki. Doświadczenia te potwierdziły trafność sformułowanego w XVIII wieku przekonania, że – jak głosi art. XVI Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 roku – społeczeństwo, w którym „prawa Człowieka nie są zabezpieczone ani podział władz nie został ustanowiony nie ma Konstytucji”. Zarazem także doświadczenia ostatniego stulecia pozwoliły zrozumieć, że podstawą rządów prawa w państwie demokratycznym pozostają wartości współlistotne godności człowieka, wyznaczające granicę władzy większości, a jednocześnie granicę władzy suwerena. Strażnikiem owych wartości, a tym samym gwarantem wolności, są niezależne i niezależne sądy, władne oceniać konstytucyjność działań władzy ustawodawczej i wykonawczej. Wpływa to w zasadniczy sposób na rolę władzy sądowniczej w państwie demokratycznym³⁷.

5. Wzrost znaczenia władzy sądowniczej stanowi przejaw procesu występującego w państwach demokratycznych od połowy poprzedniego stulecia. Nastąpiło wtedy odwrócenie XVIII wiecznej tendencji do minimalizowania znaczenia władzy sądowniczej w systemie podziału władz, znajdującej wyraz w charakterystycznych dla iluminizmu prawniczego poglądach, wedle których sędziowie mają być tylko ustami prawa, czy też – jak to ujmowano – sędziowie mają mówić wtedy, kiedy prawa mówią, a milczeć, kiedy one milczą, albo nie mówią jasno, gdyż interpretacja prawa jest zakazana, a dla autorytetów prawniczych nie ma miejsca w sądzie. W ten sposób chciano uniknąć tak krytyko-

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*.

wanych przez Woltera rozbieżności w orzecznictwie. Wydawało się, że prawo może być racjonalne, a zatem jasne i zwarte, wymagające co najwyżej wykładni językowej, którą jedynie należy dopuścić. Żeby ograniczyć znaczenie sędziów zabraniano w Europie w XIX w. innej wykładni aniżeli językowa, a nawet zakazywano publikowania komentarzy do kodeksu karnego. Zwyciężył jednak inny punkt widzenia, znajdujący wyraz w Kodeksie Napoleona, według którego „Sędzia wymawiający się od sądenia pod pozorem, że prawo milczy, ciemne jest albo niedostateczne, może być pociągany” do odpowiedzialności „jako winny odmówienia sprawiedliwości” (art. 4).

Zwyciężyło przekonanie, że władza sędziów nad ustawami podlegającymi ocenie z punktu widzenia zgodności z konstytucją jest nieodzowna, by ustawa zasadnicza mogła spełnić swoją rolę ustrojową. Pogląd ten jest współfistotny kulturze prawnej prawa sędziowskiego.

We współczesnych państwach uważanych za demokratyczne wzrasta znaczenie władzy sądowniczej, niekiedy określane jako „rządy sędziów”. Do przyczyn tego zjawiska zalicza się rosnący wpływ sędziów na rozstrzyganie konfliktów między rywalizującymi politykami, sporów kompetencyjnych między poszczególnymi segmentami władz publicznych, a także zajmowanie przez sądy stanowiska wobec sporów między wyznawcami przekonań świeckich i religijnych oraz zaspokajanie powszechnej potrzeby potępienia korupcji i niesprawności działania władzy ustawodawczej i wykonawczej. Znaczenie władzy sądowniczej wzrasta jednak także ze względu na kryzys systemu prawa.

Wzrost roli sędziów jest konsekwencją przenikania się w Europie kultury prawnej prawa stanowionego i kultury prawnej prawa tworzonego przez sędziów³⁸. Zjawisko to towarzyszy procesowi integracji europejskiej³⁹ powodującemu zmiany w systemie źródeł prawa i przeobrażenia pojęcia suwerenności wysuwające sędziego przed ustawodawcę. Władza sędziów stanowi też nieodzowną przesłankę demokracji konstytucyjnej zakładającej brak najwyższego organu władzy w państwie i jej ograniczenie przez prawa człowieka⁴⁰.

Demokracja europejska jest w swej istocie ustrojem jurydyzacji życia codziennego⁴¹ i jurydyzacji polityki⁴², ukształtowanym przez po-

³⁸ Por. R.A. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Kraków-Lublin 1997, s. 143.

³⁹ Por. M. Safjan, *Bez sędziów nie byłoby Unii Europejskiej*, „Rzeczpospolita” z 25 lutego 2009 r.

⁴⁰ Tak w uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. U 4/06.

⁴¹ Por. A. Garapon, *La question du juge*, „Pouvoirs” 1995, z. 74, s. 16 i n.

⁴² Tak C.N. Tate, T. Vallinder (red.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York 1995. s. 5 i n. Por. także R. Hirschl, *Towards Juristocracy*, Harvard 2004, s. 221 i n.

trzebę efektywnej kontroli nad legalnością działania władzy politycznej i związanym z funkcjonowaniem kontroli konstytucyjności prawa, prowadzącej do przenoszenia decyzji politycznych na organy sądowe, których rola wzrasta, skoro fundamentem suwerenności stają się prawa człowieka i rządu prawa, a zatem przestrzeganie praw mniejszości i praw opozycji⁴³.

W Polsce po roku 1989 dokonał się proces swoistej jurydyzacji państwa i polityki, któremu towarzyszyło przyzwolenie społeczne. Niemal każdy doniosły problem może wymagać rozstrzygnięcia sądu lub Trybunału Konstytucyjnego, od którego oczekuje się stanowiska nawet wtedy, gdy nie ma on *locus standi* w danej sprawie⁴⁴.

Przesłanką rozwiązania dylematu legitymizacji władzy sądowniczej w państwie demokratycznym jest interpretacja ustawy zasadniczej uwzględniająca wzajemne aksjologiczne związki podstawowych zasad ustrojowych: przyrodzonej godności człowieka, suwerenności Narodu i podziału władzy. Te właśnie zasady sytuują władzę sądowniczą w roli strażnika praw człowieka, szczególnie legitymowanego do ich ochrony ze względu na gwarancyjne znaczenie prawa do sądu w demokracji zasługującej na miano europejskiej w myśl Traktatu o Unii Europejskiej. Paradygmatem ustroju demokratycznego staje się prawo do posiadania praw⁴⁵ – bezskuteczne jednak bez udziału sędziów. Niezawisłość sędziowska w państwie demokratycznym polega przecież na niezależności od jedynie słusznej większościowej opinii, od jednego punktu widzenia. Kultura „jednej racji” może być dla tej niezależności poważnym zagrożeniem. Odrębność i niezależność sądów może stanowić wyzwanie dla realizacji założenia, w myśl którego wynik wyborów parlamentarnych daje wyłonionej w tych wyborach większości prawo do nieskrępowanej realizacji projektów formułowanych przez jej przywódców.

Zasada suwerenności Narodu stanowi niekiedy przesłankę twierdzenia, że parlament i rząd jako emanacja woli suwerena są władzą nadrzędną wobec sądów i trybunałów. Pogląd ten nie znajduje jednak wystarczającego oparcia w wartościach europejskiej demokracji

⁴³ Por. R. Piotrowski, *Uwagi o roli opozycji w państwie demokratycznym*, [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Nowe wyzwania i rozwiązania w powszechnym systemie ochrony praw człowieka*, Toruń 2018, s. 147.

⁴⁴ Por. R. Piotrowski, *Wpływ orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na tworzenie prawa*, [w:] G. Polkowska (red.), *Prawo i ład społeczny. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Turskiej*, Warszawa 2000, s. 174 i n.

⁴⁵ Por. S. Rodota, *Il diritto di avere diritti*, Roma – Bari 2012, s. 41 i n.

konstytucyjnej, które nie pozwalają na przeciwstawianie demokracji i państwa prawnego, suwerenności narodu i konstytucji. W owym systemie ustrojowym konstytucja, jako prawo najwyższe państwa, jest nierozdzielnie związana z narodem i jego suwerennością, a zarazem także z niezależnością sądów i niezawisłością sędziów, skoro w sprawach dotyczących władzy nie należy „ufać człowiekowi, ale związać mu ręce postanowieniami konstytucji”⁴⁶.

6. Niezależne sądownictwo wzmacnia państwo, co ma wpływ na jego pozycję wśród innych państw. Sądy kontrolowane przez rząd, co podważa ich wiarygodność, tracą zdolność podtrzymywania prawowitości istniejącego porządku związaną z możliwością niezależnego od polityków sprawowania swych konstytucyjnych funkcji. Byłoby to równoznaczne z ograniczeniem zdolności suwerena do sprawowania zwierzchnictwa niezależnie od partii politycznych, które odniosły zwycięstwo wyborcze. W konsekwencji miałyby miejsce erozja granic oddzielających sprawujące władzę publiczną partie polityczne od państwa a zamiast dobra wspólnego celem aktywności politycznej stawałoby się w coraz większym stopniu zdobycie władzy przez rywalizujące ugrupowania. Niezależność władzy sądowniczej od polityków ma istotne znaczenie dla zapobieżenia przekształcaniu demokracji konstytucyjnej w swego rodzaju zwierzchnictwo większości, prowadzące do faktycznego przekształcenia suwerenności Narodu w takie właśnie zwierzchnictwo.

Zasadnicze znaczenie w ustroju demokratycznym ma niezależność władzy sądowniczej i jej odrębność od innych władz. Niezależność władzy sądowniczej stanowi gwarancję praw i wolności jednostki, gwarancję poszanowania dobra wspólnego, któremu mogą zagrażać partykularne interesy. Znaczenie władzy sądowniczej wzrasta także ze względu na jej rolę w obronie praw zagrożonych przez rozwój nowych technologii informacyjnych⁴⁷, w tym zwłaszcza prawa do prywatności⁴⁸.

⁴⁶ T. Jefferson, [w:] A.A. Lipscomb (red.), *The Writings of Thomas Jefferson*, t. II, Washington 1903, s. 163.

⁴⁷ Por. M. Zubik, *Nowe technologie jako wyzwanie i zagrożenie dla prawa, statusu jednostki i państwa*, [w:] P. Girdwoyń (red.), *Prawo wobec nowoczesnych technologii*, Warszawa 2008, s. 37 i n. Por. także R. Piotrowski, *New Technologies or New Human Rights: The Right to a Government by Humans and the Right to One's Own Thoughts*, *Studia Iuridica* 2018, nr 78, s. 283 i n.

⁴⁸ Por. R. Piotrowski, *Prawa człowieka wobec globalizacji*, [w:] M. Zubik (red.), *XV lat obowiązywania Konstytucji z 1997 r.*, Warszawa 2012, s. 69 i n.

Państwo nieautorytarne nie może istnieć bez niezależnych sądów i niezawisłych sędziów, spełniających szczególną rolę w procesie legitymizowania władzy. W ustroju, w którym władza większości jest ograniczona przez prawa przysługujące mniejszości, źródłem legitymizacji władzy sądowniczej nie jest wynik wyborów, w szczególności parlamentarnych, ale zdolność orzekania niezależnie od woli i interesów partii politycznych⁴⁹. Kontrolują one władzę ustawodawczą, niekiedy także zależne od większości parlamentarnej sądy konstytucyjne. Kontrolują również władzę wykonawczą. Obywatel jest więc zasadniczo uzależniony od polityków, nawet jeśli nie udziela im poparcia wyborczego. Jedynie władza sądownicza może od tej zależności bronić, jeżeli sędziowie są niezawisli, a sądy niezależne. A zatem ta właśnie zdolność, wynikająca z ustrojowego usytuowania władzy sądowniczej, nierozzerwalnie związanego ze zrównoważeniem roli polityków i sędziów w procesie powoływania na urząd sędziego, jest czynnikiem decydującym o legitymizacji władzy sądowniczej⁵⁰.

Niezawisłość i bezstronność sądownictwa jest podstawą demokratycznego państwa prawnego i zwornikiem współczesnych demokracji konstytucyjnych. Odwołują się one do zasady podziału władz w istotny sposób korygującej tradycyjną koncepcję suwerenności narodowej i współlistotną jej zasadę przedstawicielstwa. Sędziowie nie pochodzą wprawdzie z wyborów, mających taki charakter, jak wybory parlamentarne czy prezydenckie, ale wydając wyroki w imieniu państwa stają się swego rodzaju przedstawicielami suwerena.

Rola sądów w państwie demokratycznym, zwłaszcza w sytuacji aktywizmu sędziowskiego, budzi wątpliwości dotyczące pytania o źródła legitymacji ich władzy. Niemal każda sprawa publiczna może stać się przedmiotem oddziaływania władzy sądowniczej. Wyroki nie są obojętne dla władzy ustawodawczej i wykonawczej. Apolityczni sędziowie podejmują rozstrzygnięcia, które mogą wpływać na wynik wyborów.

Konstytucja w państwie demokratycznym wyrażając suwerenność narodu jednocześnie ją ogranicza ze względu na wartości. Doświadczenia minionego stulecia przekonują, że narody, które podzielają przekonanie o nieograniczonej władzy większości będącej wyrazem ich suwerenności, tracą ją na rzecz suwerenności przywódców. Z perspektywy tych doświadczeń zasadnicze znaczenie dla legitymizacji

⁴⁹ Por. R. Piotrowski, *The issue of the legitimation of the judicial power in a democratic state ruled by law*, [w:] A. Machnikowska (red.), *The Legitimation of Judicial Power*, Gdańsk 2017.

⁵⁰ *Ibidem*.

władzy, w tym także władzy suwerena, ma przestrzeganie praw człowieka. Związek suwerenności narodu i praw człowieka polega na tym, że owe prawa mają charakter pierwotny – to z nich właśnie wynika suwerenność, to w ich respektowaniu znajduje ona swój wyraz i potwierdzenie.

W państwie demokratycznym sądy warunkują realizację suwerenności narodu. Naród bez konstytucyjnie legitymowanej władzy sądowniczej nie jest zdolny do wyłonienia legitymowanej władzy ustawodawczej oraz wykonawczej. Państwo bez konstytucyjnie legitymowanych władz traci przymiot suwerenności.

Istnienie niezależnego i niezawisłego sądownictwa prowadzi zatem z jednej strony do odrzucenia w koncepcji demokracji założenia o nieograniczonym zakresie woli suwerena jako podmiotu władztwa państwowego, z drugiej zaś do uznania za wyznacznik demokracji tych tylko przejawów woli większości, które mają legitymację konstytucyjną, a zatem zgodne są z wersją kultury praw człowieka zapisaną w ustawie zasadniczej i w czasie orzekania znajdującą akceptację sędziów.

Zagadnienie roli prawa w ustroju demokratycznym – a więc relacji między państwem prawa, którego zasady wymagają urzeczywistnienia przez władzę sądowniczą, niezależną od pozostałych władz, a demokracją rozumianą jako prawo większości parlamentarnej do kształtowania reguł państwa prawnego – jest ściśle związane z wyznaczeniem granic władzy suwerena. Problem ten znajduje odzwierciedlenie we współczesnej literaturze przedmiotu w postaci antynomii dwóch konstytucjonalizmów: prawnego i politycznego. Z punktu widzenia konstytucjonalizmu prawnego władza sądownicza spełnia szczególną rolę w państwie, ponieważ jest najwyższym strażnikiem systemu prawnego regulującego funkcjonowanie pozostałych władz i obrońcą praw jednostki⁵¹. Z perspektywy konstytucjonalizmu politycznego system prawny jest ograniczonym w czasie układem praw, obowiązków i kompetencji, podlegającym zmianom zależnym od woli większości reprezentującej suwerena⁵². Zasada podziału władz, rozumiana zbyt ortodoksyjnie, może prowadzić do imposybilizmu ograniczającego zdolność działania większości⁵³. Nie jest przy tym jasne, dlaczego to właśnie sędziowie, a nie pochodzący z wyboru politycy mają rozstrzy-

⁵¹ Por. T.R.S. Allan, *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution and Common Law*, Oxford 2015, s. 133.

⁵² Por. A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, Oxford 2005.

⁵³ Por. przykładowo T.R.S. Allan, *op. cit.*, s. 3.

gać spory, w których prawo i polityka pozostają w nierozzerwalnym związku.

W brytyjskiej doktrynie konstytucyjnej problem relacji między sędziami a suwerenem znajduje nieco inne, godne uwagi, rozwiązanie. Polega ono na tym, że konsekwencją szczególnego statusu parlamentu, określanego jako „bezpośredni suweren” pozostaje uznanie konstytucji za „ostatecznego albo normatywnego suwerena”⁵⁴. W literaturze przedmiotu znajduje wyraz pogląd, że suwerenność brytyjskiego parlamentu jest w istocie odzwierciedleniem suwerenności niepisanej konstytucji, z której czerpie on swoje rozległe uprawnienia składające się na supremację legislatywy w granicach rządów prawa⁵⁵; ich urzeczywistnienie jest obowiązkiem sędziów, mających oparcie nie tylko w woli parlamentu, ale także w zasadach common law, wymagających od sędziów orzekania wedle ich własnej koncepcji zastosowania ideału rządów prawa w danych okolicznościach. W myśl poglądów części doktryny brytyjska konstytucja common law odzwierciedla kompromis między suwerennością parlamentu a jej ograniczeniami wynikającymi z zasad rządów prawa. Doświadczenia brytyjskiej koncepcji parlamentaryzmu wskazują na istnienie nierozzerwalnego związku suwerenności narodu, parlamentu i konstytucji, związku między suwerennością narodu i suwerennością prawa, a więc niezależnością sądów i niezawisłością sędziów.

Wartości odzwierciedlone w konstytucji nie zawdzięczają wyłącznie jej swojego istnienia, ale przeciwnie, to ona właśnie zasługuje na swoje miano o tyle, o ile jest wyrazem wartości. Doświadczenie wskazuje przecież, że nie każdy tekst nazywany konstytucją – także w wyrokach sądów konstytucyjnych i podręcznikach – zachowuje to miano mimo upływu czasu, zmieniającego wyobrażenia o tym, co godne człowieka, zwłaszcza w jego relacjach z władzą. Nie władza bowiem jest źródłem wartości, chociaż w pewnym stopniu od niej zależy to, jakie wartości zostaną wymienione w ustawie zasadniczej. Pominięcie w konstytucji wartości z perspektywy godności i wolności człowieka uniwersalnych, czy też zastąpienie ich antywartościami, a więc stworzenie ustawy zasadniczej, w której „prawa nie zostały zagwarantowane ani podział władz nie został określony” sprawia, że w istocie „nie ma wcale Konstytucji”⁵⁶.

⁵⁴ Por. E. Barker, *Political Thought in England*, Oxford 1963, s. 212 i n.

⁵⁵ Por. T.S. Allan, *op. cit.*, s. 133.

⁵⁶ Por. art. XVI Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 26 sierpnia 1789 r., której aktualność potwierdza wstęp do Konstytucji Republiki Francuskiej z 1958 r.

W literaturze przedmiotu znajduje wyraz pogląd, że Europa nie ma konstytucji, co jest istotne z punktu widzenia poszukiwania w systemie prawnym Unii Europejskiej ograniczeń władzy ustrojodawczej⁵⁷. Jest jednak także stanowisko przeciwne, zgodnie z którym Europa ma konstytucję funkcjonalną⁵⁸ – odzwierciedloną w szczególności w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – ograniczającą władzę ustrojodawczą państw członkowskich bardziej jednoznacznie aniżeli ich ustawy zasadnicze. Odpowiada to twierdzeniu, że znaczenie konstytucji krajowych maleje wobec zmniejszenia roli państw w rezultacie globalizacji prowadzącej do wzrostu znaczenia podmiotów niepaństwowych, w tym korporacji międzynarodowych⁵⁹.

Granice władzy ustrojodawczej wyznaczone są przez uniwersalne wartości konstytucyjne, określające – niezależnie od kontrowersji dotyczących ich interpretacji⁶⁰ – zarówno europejską tożsamość konstytucyjną, jak i tożsamość konstytucyjną państw europejskich. Ograniczenie państw członkowskich Unii Europejskiej w kształtowaniu treści własnych konstytucji nie ma bezwzględnego charakteru. Istotnym ograniczeniem władzy ustrojodawczej tych państw jest, poza uwarunkowaniami politycznymi i gospodarczymi oraz konsekwencjami globalizacji, ich własna tradycja konstytucyjna, jak również wartości kultury prawnej wyznaczające jej europejską tożsamość.

Historia Europy zdaje się wskazywać na zasadnicze znaczenie partikularnych interesów jako czynnika przekształcającego ekspansywne dążenia i konieczność obrony przed ekspansją w istotny składnik tożsamości europejskiej. W literaturze przedmiotu znalazło wyraz przekonanie, że to właśnie dzieje kontynentu, a zwłaszcza doświadczenia drugiej wojny światowej, zrodziły nieufność do absolutyzowania suwerenności ludowej, a nawet nieufność wobec zasady suwerenności parlamentu⁶¹. Masy poświęcające pragmatyzm, użyteczność i wzajemne korzyści w imię politycznych pasji i wielkości narodowej⁶², stanowiły czynnik hamujący

⁵⁷ Por. D. Grimm, *Constitutionalism. Past, Present and Future*, Oxford 2016, s. 372. Por. także R. Piotrowski, *Globalizacja i konstytucja*, „Zagadnienia sądownictwa konstytucyjnego” 2011, nr 2, s. 21 i n.

⁵⁸ Por. L.S.M. Besselink, *The Notion and Nature of the European Constitution After the Lisbon Treaty*, [w:] J. Wouters, L. Verhey, P. Kiiver (red.), *European Constitutionalism Beyond Lisbon*, Antwerp-Oxford-Portland 2009, s. 261 i n.

⁵⁹ Por. D. Grimm, *op. cit.*, s. 370.

⁶⁰ Por. D. Davis, A. Richter, Ch. Saunders, *An Inquiry into the Existence of Global Values*, Oxford-Portland 2015, s. 469 i n.

⁶¹ Por. J.-W. Müller, *Contesting Democracy: Political Ideas in Twentieth-Century Europe*, New Haven 2011, s. 128 i n.

⁶² *Ibidem*.

proces integracji europejskiej, ale przecież w znaczącym stopniu determinujący europejską tożsamość. Oddzielenie europejskich wartości od antywartości – jedne i drugie kształtowały historię kontynentu – oraz proklamowanie wartości może ograniczyć ryzyko związane z arbitralizmem większościowych rządów⁶³. Losy Europy – jak zawsze w jej dziejach – zależą i tym razem od powszechności i trwałości praw człowieka, mających swoje oparcie nie tyle w literze prawa, co w przyrodzonej i niezbywalnej godności ludzkiej, która jest źródłem ich siły⁶⁴ i ponadczasowej trwałości.

Idea Europy to także świadomość własnej odrębności i własnej wyższości, która nakazuje i usprawiedliwia ekspansję. Poczucie tożsamości europejskiej nie zawsze okazywało się silniejsze niż przywiązanie do własnej tożsamości budowanej na ksenofobii i samobójczej niekiedy wrogości wobec innych⁶⁵. W XVIII w. poczucie to znajdowało wyraz w przeświadczeniu o wyjątkowości Europy, którą Wolter uznawał za „rodzaj wielkiej republiki podzielonej na kilka państw” zjednoczonych „tymi samymi zasadami prawa publicznego i polityki, nieznanymi w innych częściach świata”⁶⁶. Przekonanie o odrębności, a nawet kulturowej wyższości wobec innych, nie ukształtowało jednak europejskiego nacjonalizmu wbrew właściwej Hegłowi pewności, że Europa stanowi „centrum historii i jej kres”⁶⁷. Mimo swojej wyjątkowości Europa nie zdołała ocalić samej siebie od klęski wojen, którym miała zapobiec integracja jako przesłanka pokoju na kontynencie. Wbrew tragicznemu dziedzictwu przeszłości pozostaje aktualne – jako trwała nadzieja – ukształtowane w XVIII wieku, znajdujące pełne odzwierciedlenie w filozofii Immanuela Kanta, przekonanie, że tożsamość europejską wyznacza pacyfizm, poszanowanie moralności i praw stanowiących emanację Rozumu⁶⁸.

Europa była i jest przestrzenią paradoksalnych sprzeczności, które warunkują wypełnianie przez sędziów europejskich, a jednocześnie sędziów państw członkowskich Unii, ich traktatowej i zarazem konstytucyjnej misji. Współczesna Unia Europejska pozostaje konstytucyjną hybrydą – stanem pośrednim między państwem a konfederacją. Nie ma w Europie wspólnego wyobrażenia o godności człowieka, a zatem ta wartość, stanowiąca aksjologiczny fundament Traktatu z Lizbony zara-

⁶³ Por. P.J. Lindseth, *Power and Legitimacy. Reconciling Europe and the Nation State*, Oxford 2010.

⁶⁴ Por. J. Habernas, *Rzecz o kondycji i ustroju Europy*, Łódź 2017, s. 14.

⁶⁵ Por. R. Piotrowski, *Europa a granice...*, s. 15.

⁶⁶ Cyt. za D. Hay, *op. cit.*, s. 123.

⁶⁷ Por. G.W.F. Hegel, *The Philosophy of History*, New York 1986, s. 86.

⁶⁸ Por. A. Pagden (red.), *op. cit.*, s. 175.

zem łączy i dzieli. Nie jest oczywiste, że do wartości wspólnych należy demokratyczne państwo prawne, a interesy polityczne i gospodarcze nie znaczą więcej aniżeli prawa człowieka. Wyróżnikiem Europy wydaje się akceptacja pluralizmu standardów znajdująca wyraz w ukształtowanej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka koncepcji kulturowego marginesu oceny⁶⁹. Nie jest jednak pewne, czy ta właśnie koncepcja nie osłabia aksjologicznej tożsamości Europy zastępując wspólnotę wartości wspólnotą interesów politycznych i gospodarczych. Wspólnym doświadczeniem współczesnej Unii Europejskiej wydaje się deklaracyjny jedynie charakter tych postanowień Traktatu z Lizbony, które proklamują przywiązanie do wspólnych wartości. Wspólna wydaje się bierna akceptacja destrukcji wartości i stosowanie podwójnych standardów⁷⁰, niemożność pogodzenia tożsamości europejskiej i narodowej, wspólne jest doświadczenie strachu przed nieeuropejskimi wpływami, w rezultacie którego przywódcy demokratycznie wybrani stają wobec wyboru między ignorowaniem opinii własnych społeczeństw a uleganiem jej w opozycji do instytucji unijnych.

7. Krytyka utożsamiania demokracji z rządami większości ma zasadnicze oparcie w doświadczeniach państw europejskich w XX stuleciu. Ich swoistym podsumowaniem jest sformułowana przez Jacoba Talmona koncepcja demokracji totalitarnej⁷¹ jako przeciwieństwo demokracji liberalnej, określane także mianem dyktatury wyborczej⁷². Demokracja tak rozumiana, a więc nieliberalna, wymaga wykluczenia pluralizmu politycznego, ponieważ jest ustrojem jednej prawdy, podstawy mesjanizmu politycznego zakładającego „ustalony z góry, harmonijny i doskonały układ spraw, do którego ludzie nieodparcie zmierzają i do którego z pewnością dotrą”, rozszerzającego „zakres polityki tak, by ogarnąć pełnię egzystencji człowieka”⁷³. Demokracja liberalna bliska jest przekonaniu, że „ludzie i społeczeństwa mogą pewnego dnia osiągnąć bez przymusu stan idealnej harmonii dzięki procesowi prób i błędów”⁷⁴.

⁶⁹ Por. L. Garlicki, *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny w orzecznictwie Strasburskim”*, Europejski Przegląd Sądowy 2008, nr 4, s. 4 i n.

⁷⁰ Por. R. Piotrowski, *Europa wobec uchodźców*, [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Ochrona praw człowieka w Europie*, Toruń 2017, s. 15 i n.

⁷¹ J.L. Talmon, *Źródła demokracji totalitarnej*, Kraków 2015.

⁷² Pojęcie to upowszechnił lord Hailsham (Quintin Hogg). Por. F.P. Miller, A.F. Vandome, J. McBrewster (red.), *Q. Hogg: Elective Dictatorship*, Beau Bassin 2010.

⁷³ Tak J.L. Talmon, *op. cit.*, s. 9 i n.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 10.

Demokracja rozumiana jako nieograniczona władza większości jest w istocie demokracją trybalną, opartą na wykluczeniu; jest więc ustrojem, w którym prawa człowieka – wbrew Kantowi – nie są uważane przez większość za święte. Przeciwnie, w tak rozumianej demokracji interesy polityczne, gospodarcze, narodowe, religijne mają pierwszeństwo przed prawami człowieka⁷⁵. Demokracja integralna, w przeciwieństwie do demokracji trybalnej, uznaje uniwersalny charakter praw człowieka. Współczesna kultura polityczna jest w coraz większym stopniu kulturą demokracji trybalnej, opartej na post-prawdach, podwójnych standardach, absolutyzacji własnych interesów, rywalizacji wszystkich ze wszystkimi, nierównościach społecznych. Konstruktywna i efektywna współpraca między większością a opozycją jest możliwa pod warunkiem powstrzymania procesu trybalizacji polityki, a to wymaga wzajemnej akceptacji większości przez mniejszość i mniejszości przez większość, których legitymacja w ustroju demokratycznym wynika z poszanowania przez jednych i drugich praw człowieka jako podstawowych wartości tego ustroju. Niezależność sądów i niezawisłość sędziów może w istotnej mierze wzmocnić ustrój demokratyczny i ograniczyć ryzyko związane z zacieraniem granicy między demokracją liberalną a jej przeciwieństwem, które trudno pogodzić z kulturową tożsamością Europy jako Ojczyzny praw człowieka, a tym samym także z tożsamością Europy Ojczyzn.

⁷⁵ Por. R. Piotrowski, *Wybrane dylematy powszechności praw człowieka*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, t. 1, Warszawa 2014, s. 52 i n.



Ryszard Piotrowski*

Judges and European Democracies

1. Independent courts and independent judges play a role which is hard to overestimate but easy to ignore in substantiating a unique project: the system developed in Western Europe and North America which restricts the power of the majority through human rights, also known as liberal democracy. The foundation of liberal democracy is the rule of law, a deeply European concept which rests on Plato's conclusion: "that state in which the law is subject and has no authority, I perceive to be on the highway to ruin" whereas "the state in which the law is above the rulers, and the rulers are the inferiors of the law, has salvation, and every blessing which the Gods can confer" (*Laws*, Book IV).

The idea of Europe is older than the oldest written constitutions. It is closely linked with the development of the concept of the constitution.¹ The rule of law can be seen as a "European project" in the meaning deployed by Homer, who puts people "ruled by law" created at assemblies² in opposition to aliens who know no rule of law. For more than two thousand years, Europe has been not only a geographic concept but also, as Strabo says, a space "fortuitously equipped by nature itself to foster excellence in people and governments alike."³ According to Herodotus, Europeans are the freest of all peoples because, unlike peoples of Asia, they are ruled by law rather than anyone's individual will.⁴ The link between Mediterranean culture and democratic institutions has been a pillar of the spiritual identity of Europe.⁵ The idea which conceptualises Europe or, deploying the terminology developed by Richard Dawkins⁶ and Susan Blackmore⁷, the memetic category of Europe is, in fact, that of being subjected to natural law "enshrined" in the heart of Antigone, who has become

* Dr hab., professor of the University of Warsaw.

¹ Cf. Ch.H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca 1940.

² Cf. Homer, *Odyssey*, Book IX, line 112 et seq.

³ Cf. D. Hay, *Europe. The Emergence of an Idea*, Edinburgh 1957, p. 3. Cf. also A. Pagden (ed.), *The Idea of Europe*, Cambridge 2002, p. 37.

⁴ Cf. A. Pagden (ed.), *op. cit.*, p. 37.

⁵ Cf. F. Braudel et al. (eds), *Morze Śródziemne. Przestrzeń i historia. Ludzie i dziedzictwo*, Warszawa 1994, p. 241.

⁶ Cf. R. Dawkins, *Samolubny gen*, Warszawa 1996, pp. 262 et seq.

⁷ Cf. S. Blackmore, *Maszyna memowa*, Warszawa 2001.

a symbol of judging power according to rules independent of such power.⁸

2. The Lisbon Treaty and the European Charter of Human Rights put forth Europe as a moral concept; however, that concept is meaningless without constitutionalism understood as restrictions imposed on the power of the majority through human rights; without the principle of separation of powers, which requires respect for the separation and independence of courts as opposed to other branches; without political pluralism, a democratic state ruled by law, and universities in their classical European form,⁹ which rules out their subordination to the power of political parties and corporations.¹⁰ Universities as a social phenomenon thrive on independence and autonomy in the sense that their “research and teaching must be morally and intellectually independent of all political authority and economic power.”¹¹ Independent universities become a source of interpretations and evaluations alternative to those used by governments. The independence of universities limits the predominance of political parties in public life. Consequently, the judiciary and universities perform the same social function in the democratic system: it is to restrict power on grounds of values which are independent of such power.¹² This is the role of universities in a democratic state and that of judges in a constitutional democracy.¹³

Europe as we understand it is much more than a geographic, economic, or political concept. Europe is not only a pluralist civilisation¹⁴ which has emerged in a long evolutionary process, and not only a name which stands for the “Christian world”.¹⁵ In the light

⁸ Cf. R. Piotrowski, *Europa a granice władzy ustrojodawczej*, [in:] Ł. Pisarczyk (ed.), *Prawne problemy i wyzwania Unii Europejskiej*, Warszawa 2018, pp. 13 et seq.

⁹ Cf. J. Derrida, *Uniwersytet bezwarunkowy*, Kraków 2015, pp. 20 et seq. Cf. also K. Jaspers, *Idea uniwersytetu*, Warszawa 2017, pp. 165 et seq.

¹⁰ Cf. R. Piotrowski, *Konstytucja i uniwersytety*, [in:] S. Bożyk (ed.), *Prawo. Parlament i egzekutywa we współczesnych systemach rządów. Księga poświęcona pamięci Profesora Jerzego Stembrowicza*, Białystok 2009, p. 151.


¹¹ *Magna Charta of the European Universities*, <http://www.umk.pl/uczelnia/dokumenty> [accessed: 20.08.2019].

¹² Cf. R. Piotrowski, *Konstytucja...*, p. 151.

¹³ Cf. W.F. Murphy, *Constitutional Democracy. Creating and Maintaining a Just Political Order*, Baltimore 2007, pp. 147 et seq.

¹⁴ Cf. H. Kissinger, *World Order. Reflections on the Character of Nations and the Course of History*, London 2014, pp. 11 et seq.

¹⁵ N. Davies, *Europa*, Kraków 1998, p. 31. Cf. also A. Pagden (ed.), *The Idea of Europe*, Cambridge 2002, pp. 33 et seq.



of the axiology of European integration, Europe is linked with that civilisation by means of an axiological category which is the affirmation of human rights and freedom, never ignores dignity and the common good, and aspires to implement those values. It is enshrined in the Treaty on the European Union, which provides that “[t]he Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities” (Article 2). According to the preamble of the Treaty, its parties draw inspiration from “the cultural, religious and humanist heritage of Europe, from which have developed the universal values of the inviolable and inalienable rights of the human person, freedom, democracy, equality and the rule of law”. According to the preamble, the Member States confirm “their attachment to the principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms and of the rule of law.” This implies that the constitutions of the Member States are based on those very values.¹⁶ Furthermore, the Treaty provides that “[f]undamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union’s law” (Article 6 paragraph 3). Hence, the European legal system is based on a plurality of constitutional systems and on respect for “national identities” of the Member States “inherent in their fundamental structures, political and constitutional” (Article 4 paragraph 2). However, in light of Article 7 of the Treaty, respect for national identities does not allow for violations of the European values identified in Article 2 of the Treaty as the foundation of the Union. Therefore, it is possible to “suspend certain of the rights deriving from the application of the Treaties to the Member State in question” in the event of a “serious and persistent breach” of the European values. Both the Treaty and its practical application¹⁷ provide grounds for a functional differentiation of the relationship with European values in the Union, in particular the limits of the power of the majority.

¹⁶ Cf. L. Garlicki, *Wprowadzenie*, [in:] W. Stańkiewicz (ed.), *Konstytucje państw Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, pp. 8 et seq.

¹⁷ Cf. J.H.H. Weiler, *Epilogue: Living in a Glass House. Europe, Democracy and the Rule of Law*, [in:] C. Closa, D. Kochenov (eds), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge 2016, p. 316.

The practice of the Treaty, which accepts a particular balance between sabotaging or ignoring the values that are declared as European values under the Treaty¹⁸ and declaring that they will not be respected “in the sphere of public morality, family law, as well as the protection of human dignity and respect for human physical and moral integrity,”¹⁹ allows the Member States to stay in the Union even if they challenge the paradigm of liberal democracy²⁰ which defines the axiological identity of the Union and presupposes the independence of the values of any power, notwithstanding any doubts as to their status.²¹ It has been argued that “aggression directed against the basic [European] values” is done “in the name of national democracies and as an expression of the will of the people as it is reflected in the election results.”²² Hence, it is a precondition of survival of the axiological fabric of the European Union as conceived by the Treaty, based on the limitation of the power of the majority through human rights, that such European values are socially accepted in the Member States.

Independent judges in independent courts may play a key role in this process. Without their contribution to the promotion of the European values, which are identical to the axiological foundations of the democratic system, the European dream of the rule of law will never come true. In this sense, a democratic Europe is a Europe of judges, provided that they are capable of respecting and defending the European values. The advancing erosion of those values, tensions between the ideal and the reality triggered by rising social inequalities,²³ the arrogance of the elites, and the consequences of subordinating social policy to the goals of international competition,²⁴ pose a threat to the fragile infrastructure of the rule of law,²⁵ which

¹⁸ As demonstrated by the fate of the Recommendations of the European Commission of 27 July 2016 concerning the rule of law in Poland.

¹⁹ Declaration by the Republic of Poland on the Charter of Fundamental Rights of the European Union, [in:] J. Barcz (ed.), *Przewodnik po Traktacie z Lizbony*, Warszawa 2008, p. 634. Cf. also M. Wyrzykowski, *Wiele hałasu o nic? Racjonalizowanie irracjonalności na przykładzie Protokołu polsko-brytyjskiego do Karty Praw Podstawowych UE*, in: J. Wawrzyniak, M. Laskowska (eds), *Instytucje prawa europejskiego w dobie integracji europejskiej. Księga jubileuszowa dedykowana Prof. Marii Kruk-Jarosz*, Warszawa 2009, pp. 501 et seq.

²⁰ Cf. M. Tushnet, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Cheltenham 2014, p. 114.

²¹ Cf. T. Giaro, *Wartości w języku prawnym i dyskursie prawniczym*, [in:] *Trybunał Konstytucyjny: Preambula Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2009, p. 21.

²² Cf. J.H.H. Weiler, *op. cit.*, p. 314.

²³ Cf. J.E. Stiglitz, *Cena nierówności*, Warszawa 2015, pp. 227 et seq.

²⁴ Cf. K. Kraus, T. Geisen, T. Piątek, *Państwo socjalne w Europie*, Toruń 2005, p. 407.

²⁵ Cf. E. Łętowska, *Państwo prawne na peryferiach Europy*, <http://publica.pl/teksty/letowska-panstwo-prawa-na-peryferiach-europy-61676.html> [accessed: 20.08.2019].

is largely defined by the legal culture of law created by judges. That threat is augmented in some Member States for the sake of short-term political gains despite the risk of promoting nationalist trends even if, as it has been argued, “a nationalist Europe will never be reborn in its old shape”.²⁶ There is no guarantee that social internalisation of the values of European integration will last; those values are constitutive of the identity and global uniqueness of Europe but they are not confirmed by written constitutional principles.

3. Europe owes its identity to a plurality of systems reflecting different histories and traditions, which form culture, the “inventress of laws ... our instructress in morals and discipline”.²⁷ Culture includes a legal tradition based on a complex legal system, developed through major transitions, even revolutions, in which law is not destroyed but reborn.²⁸ That complexity, in which “custom and rightness are as much the law as codices and court verdicts”,²⁹ is the source of the plurality of law, reinforcing the pluralism of political life and contributing to the space of European freedom.

The freedom of Europeans, which gives meaning to their democracy, has been made possible by laws and lawyers, courts giving protection from the abuses of power,³⁰ and universities which develop the legal science as a meta-law and educate lawyers who are ready to defend the law against arbitrary decisions of those in power. European freedom relies on the conviction that the government makes the law but the law cannot be arbitrary and it is binding on the government until amended.³¹ Politics and morality may influence law but “they do not thereby themselves become the law,” which in the European culture is considered “as existing in its own right and as relatively autonomous”.³² Judges act, if only they can, as guardians of the cultural autonomy of law and its independence from politics.

The democratic identity of contemporary Europe is constituted not so much by uniform systemic solutions as their consistency with

²⁶ M. Król, *Europa w obliczu końca*, Warszawa 2012, p. 198. Cf. E. Balibar, *Crisi e fine dell'Europa?*, Torino 2016, pp. 71 et seq.

²⁷ Cf. M.T. Cicero, *Pisma filozoficzne*, Warszawa 1961, vol. III, p. 481.


²⁸ Cf. H.J. Berman, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995, pp. 23 et seq.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Cf. *Ibidem*, p. 24.

³¹ *Ibidem*, p. 23.

³² *Ibidem*, p. 21.



the values reflecting the legal tradition which gives legitimacy to the judiciary in a democratic system. The cornerstone of the system and the foundation of the role of judges in European democracies is the principle of separation of powers combined with safeguards of human rights which reaffirm inviolable and inalienable human dignity.³³ That principle is materialised in the independence of courts and judges.

The independence of judges precludes their appointment depending on political criteria, even if judges are, as a rule, appointed by the highest powers: presidents, kings, or parliaments. However, candidates for judges have to meet professional criteria, and judges cannot be removed from office for political reasons. In particular, changes of the retirement age of judges cannot be retroactive in effect. Another fundamental principle of a democratic system is that judges are answerable for their actions before the judiciary and not before the other branches. However, the judiciary reports on its activities to the highest authorities of the other branches. In democratic European states, judges are subject to laws, i.e. the constitution and acts of parliament, rather than political directives. Judgments are passed by judges, not by politicians. Judges have the exclusive power to resolve legal disputes, which may include all types of controversies.

It is a distinctive feature of European democracies that the judiciary can restrain the other branches by reviewing the constitutionality of laws and the legality of acts of the executive. Checks and balances in European states allow for only very limited dependence of the judiciary on the other branches. The more dependent the judiciary is on the other branches, the higher the risk of its excessive irresponsibility.³⁴

4. What is also typical of the European legal tradition is the current social sense of a deficit of justice.

It would seem that court judgments should be an expression of the continuous implementation of justice. However, courts cannot stop the perception of justice from evolving along with cultural shifts; neither can they lessen the tensions between changeability and permanence. The importance of the cultural margin of judgment in adjudication has been known to the European Court of Human Rights. A party which

³³ Cf. R. Piotrowski, *Separation of Powers, Checks and Balances, and the Limits of Popular sovereignty. Rethinking the Polish Experience*, *Studia Iuridica* 2019, No. 79, pp. 78 et seq.

³⁴ Cf. D. Smilov, *The Judiciary: The Least Dangerous Branch?*, [in:] M. Rosenfeld, A. Sajo (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford 2013, pp. 859 et seq.

loses its case before a court is hardly ever satisfied that justice has been done. Everyone has their own justice, which may be why people have always believed that only God is just, even if his justice is slow.

The key inventions of humanity in the development of abstract notions to control the world include the conclusion that God is the source of justice.³⁵ That truth can be found in the preamble to the Code of Hammurabi and in the Scriptures, where God so answers Solomon's request: "Since you have asked for this and not for ... the death of your enemies but for discernment in administering justice, I will do what you have asked. I will give you a wise and discerning heart." And the justice of Solomon's judgments came from his heart, not from his mind.


Sources of justice are also mentioned in the preamble to the Constitution of the Republic of Poland, which provides that God is the source of justice or, different to what people believed in ages long past, that the universal value of justice arises "from other sources," i.e. a transcendence other than divine. In any case, according to the Constitution, values are beyond the control of any sovereign. They stand high above the highest authorities, including the highest courts.

But what is law? It tends to be thought of in terms of an inscription which it is sufficient to read out, adding the words attributed to Ulpian Domitius: "dura lex, sed lex". In fact, however, the law in this day and age of liquid modernity is more like the words of Publius Iuventius Celsus: "ius est ars boni et aequi", the law is the art of the good and the equitable. Such understanding of the law transgresses the border between law-makers and judges, and it gives judges a special role in the democratic state.³⁶

The last century was an important period in the history of courts and of the democratic state. The tragic experience of the 20th century stemming from the weaknesses of representative democracy unable to stop totalitarianism brought to view the fundamental importance of safeguards of individual rights and freedoms. That experience confirmed the position developed in the 18th century: "Any society in which the guarantee of rights is not assured, nor the separation of powers determined, has no Constitution" (Article XVI of the 1789 Declaration of Rights of Man and of the Citizen). Furthermore, the

³⁵ Cf. R. Piotrowski: *Rola sądów najwyższych w ustroju demokratycznym*, [in:] A. Korobowicz (ed.), *Sąd Najwyższy Rzeczypospolitej Polskiej. Historia i współczesność*, Warszawa 2017.

³⁶ *Ibidem*.



experience of the last century made it clear that the rule of law in a democratic state relies on values consistent with human dignity which delineate the power of the majority and the powers of the sovereign. The guardians of those values and the guarantors of freedom are independent courts which can review the constitutionality of acts of the legislature and the executive. This is of fundamental importance to the role of the judiciary in a democratic state.³⁷

5. The growing importance of the judiciary is a part of a process initiated in democratic states in the mid-20th century, which reversed the 18th century trend of minimising the importance of the judiciary in the system of power, as expressed in opinions typical of legal illuminism: judges are but the mouthpiece of the law; they should speak when the law speaks and keep silent when the law is silent or imprecise; there should be no interpretation of the law and no place for legal authorities in the courtroom. The objective was to avoid divergences in case law, criticised by Voltaire. It seemed that the law could be rational, clear and concise, and the only acceptable interpretation of the law was a literal one. To limit the importance of judges, 19th century Europe barred other than literal interpretations of laws and forbade the publication of commentaries to the criminal code. However, a different approach eventually prevailed, as expressed in the Napoleonic Code, which provides that “[t]he judge who shall refuse to determine under pretext of the silence, obscurity, or insufficiency of the law, shall be liable to be proceeded against as guilty of a refusal of justice” (Article 4).

The conviction that prevailed is that the power of judges over laws of parliament through constitutional review is necessary if the constitution is to perform its functions in the system. That conviction is consistent with the legal culture of law made by judges.

The importance of the judiciary has been on the rise in contemporary democratic states, a trend often called the “government of judges”. The reasons include the growing role of judges: they resolve conflicts between rival politicians, disputes concerning competences between different segments of public authorities, disputes between proponents of secular and religious propositions; judges also address the universal demand for condemnation of the corruption and inefficiency of the

³⁷ *Ibidem.*

legislature and the executive. However, the importance of the judiciary has also been on the rise due to a crisis of the system of law.

The growing role of the judiciary is a consequence of the co-existence in Europe of the legal culture of laws made by the legislature and the legal culture of laws made by judges.³⁸ The phenomenon has accompanied European integration,³⁹ which has transformed the system of sources of law and the concept of sovereignty by positioning judges above the legislators. The power of judges is an inherent condition of a constitutional democracy, which presupposes the lack of a supreme authority in the state and imposes limits on power through human rights.⁴⁰

European democracy is, at its heart, a system of growing litigiousness of everyday life⁴¹ and litigiousness of politics⁴² founded on the aspiration to exercise effective review of the legality of the political branch and of the constitutionality of laws, in which political decisions are transferred to the courts; the role of the courts is growing since sovereignty is based on human rights and the rule of law, i.e. respect for the rights of minorities and the rights of the opposition.⁴³

Poland after 1989 has witnessed growing litigiousness in the state and in politics, a process accepted by the general public. Almost every major issue may be brought to a court of law or the Constitutional Court, and they are expected to take a position even if they have no “locus standi” in the matter.⁴⁴

The dilemma of the legitimacy of the judiciary in a democratic state may be resolved by an interpretation of the constitution which takes into consideration the mutual axiological relations between the underlying systemic principles: inalienable human dignity, sovereignty of the Nation, and the separation of powers. Those principles

³⁸ Cf. R.A. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Kraków-Lublin 1997, p. 143.

³⁹ Cf. M. Safjan, *Bez sędziów nie byłoby Unii Europejskiej*, *Rzeczpospolita*, 25th February 2009, <https://www.rp.pl/artykul/268116-Bez-sedziow-nie-byloby-Unii-Europejskiej.html> [accessed: 20.08.2019].


⁴⁰ Justification of the judgment of the Constitutional Court in case U 4/06.

⁴¹ Cf. A. Garapon, *La question du juge*, Pouvoirs 1995, No. 74, pp. 16 et seq.

⁴² C.N. Tate, T. Vallinder (eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York 1995, pp. 5 et seq. Cf. also R. Hirschl, *Towards Juristocracy*, Harvard 2004, pp. 221 et seq.

⁴³ Cf. R. Piotrowski, *Uwagi o roli opozycji w państwie demokratycznym*, [in:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (eds), *Nowe użyczenia i rozwiązania w powszechnym systemie ochrony praw człowieka*, Toruń 2018, p. 147.

⁴⁴ Cf. R. Piotrowski, *Wpływ orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na tworzenie prawa*, [in:] G. Polkowska (ed.), *Prawo i ład społeczny. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Turskiej*, Warszawa 2000, pp. 174 et seq.



position the judiciary as the guardian of human rights with particular legitimacy to protect those rights due to the guarantees of the right to a trial in a truly European democracy within the meaning of the Treaty on the European Union. The paradigm of a democratic system is the right to have rights,⁴⁵ but that right is ineffective without judges. Independence of judges in a democratic state implies independence of the one and only legitimate opinion of the majority and the one and only point of view. The culture of “one truth” may pose a serious risk to that independence. The autonomy and independence of courts represents a challenge to those who believe that a majority that wins the parliamentary election has an unfettered right to implement the projects of its leaders.

The principle of sovereignty of the Nation is often evoked in support of the claim that the parliament and the government as an emanation of the will of the sovereign are a power superior to courts and tribunals. However, that concept has no standing in the light of the values of European constitutional democracy, which do not justify any juxtaposition of democracy and the rule of law, national sovereignty and the constitution. In this system, the constitution as the supreme law of the state is intrinsically linked with the nation and its sovereignty but also with the independence of courts and judges because “in questions of power, let no more be heard of confidence in man, but bind him down from mischief by the chains of the constitution.”⁴⁶

6. An independent judiciary strengthens the state and its position among other states. When courts are controlled by the government, their credibility is compromised and they can no longer maintain the legality of the existing order through their own ability to perform constitutional functions independently of politicians. That would restrict the capacity of the sovereign to rule regardless of whichever political party wins the elections. It would eventually erode the boundary between political parties exercising public power and the state; instead of the common good, the objective of politics would be for political fractions to come to power. The independence of the judiciary of politicians is crucial in stopping a constitutional democracy

⁴⁵ Cf. S. Rodota, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, pp. 41 et seq.

⁴⁶ T. Jefferson, [in:] A.A. Lipscomb (ed.), *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. II, Washington 1903, p. 163.

from turning into the supremacy of the majority, which would turn the sovereignty of the Nation into just such supremacy.

The independence of the judiciary and its separation from the other branches is of fundamental importance to a democracy. The independence of the judiciary is a guarantee of individual rights and freedoms and a guarantee of respect for the common good, protecting it from particular interests. The importance of the judiciary is rising not least because of its role in protecting the rights challenged by the development of new information technology,⁴⁷ in particular protecting the right to privacy.⁴⁸

There can be no non-authoritarian state without independent courts and independent judges, who play a special role in giving legitimacy to power. In a system where the power of the majority is restricted by the rights of minorities, the legitimacy of the judiciary does not come from elections, in particular not from parliamentary elections, but from the ability to adjudicate irrespective of the will and interest of political parties.⁴⁹ Political parties control the legislature; they often control constitutional courts which are dependent on the parliamentary majority; and they also control the executive. Thus, citizens are in general dependent on politicians even if they do not vote for them in elections. Only the judiciary can protect citizens from such dependence, provided that judges and courts are independent. That very ability, stemming from the systemic position of the judiciary, inherently linked to the balance of the powers of politicians and judges in the process of judicial appointments, is what gives legitimacy to the judiciary.⁵⁰


The independence and impartiality of the judiciary is a pillar of a democratic state and the rule of law, and a lynchpin of contemporary constitutional democracies. Such judiciary relies on the principle of separation of powers, which significantly changes the traditional concept of national sovereignty and the corresponding principle of representation. Judges are not elected in the same way as parliaments

⁴⁷ Cf. M. Zubik, *Nowe technologie jako wyzwanie i zagrożenie dla prawa, statusu jednostki i państwa*, [in:] P. Girdwoyń (ed.), *Prawo wobec nowoczesnych technologii*, Warszawa 2008, pp. 37 et seq. Cf. also R. Piotrowski, *New Technologies or New Human Rights: The Right to a Government by Humans and the Right to One's Own Thoughts*, *Studia Iuridica* 2018, No. 76, pp. 283 et seq.

⁴⁸ Cf. R. Piotrowski, *Prawa człowieka wobec globalizacji*, [in:] M. Zubik (ed.), *XV lat obowiązywania Konstytucji z 1997 r.*, Warszawa 2012, pp. 69 et seq.

⁴⁹ Cf. R. Piotrowski, *The issue of the legitimation of the judicial power in a democratic state ruled by law*, [in:] A. Machnikowska (ed.), *The Legitimation of Judicial Power*, Gdańsk 2017.

⁵⁰ *Ibidem*.



or presidents are; yet, by passing judgments on behalf of the state, they become a representative of the sovereign.

The role of courts in a democratic state, especially in the context of judicial activism, raises doubts and questions about the legitimacy of their power. Almost any public matter may be acted on by the judiciary. Court judgments are not neutral to the legislature and the executive. Apolitical judges make decisions which could affect the outcome of elections.

In a democratic state, the constitution expresses the sovereignty of the nation while restricting it with values. The experience of the last century shows that those nations which believe in the unlimited powers of the majority as an expression of their sovereignty lose that sovereignty to the sovereignty of their leaders. From the perspective of that experience, respect for human rights is crucial to the legitimacy of power, including the power of the sovereign. Between the sovereignty of the nation and human rights, the latter are of primary importance: human rights give rise to sovereignty, which finds its expression and reaffirmation in respect for human rights.

In a democratic state, courts define the conditions of the implementation of national sovereignty. Nations without a judiciary with its legitimacy deriving from the constitution cannot have a legitimate legislature or executive. And a state whose authorities lack constitutional legitimacy is not a sovereign state.

Therefore, an independent judiciary in a democracy, on the one hand, requires rejection of the concept of unlimited power of the sovereign as the agent of state governance and, on the other hand, presupposes that expressions of the will of the majority are democratic only if they have constitutional legitimacy, i.e. correspond to a culture of human rights which is written into the constitution and accepted by judges when they adjudicate.

The question of the role of law in a democratic system, i.e. the relationship between a state of the rule of law whose principles have to be implemented by a judiciary that is independent of the other branches and democracy understood as the right of the parliamentary majority to develop the principles of a state of the rule of law, is closely linked to the limits of the power of the sovereign. That issue is reflected in contemporary studies as an antinomy of two constitutionalisms: legal and political. From the perspective of legal constitutionalism, the judiciary has a special role in the state as the highest guardian of

the legal system which regulates the functioning of the other branches and protects individual rights.⁵¹ From the perspective of political constitutionalism, the legal system is a time-bound system of rights, obligations and powers which change depending on the will of the majority representing the sovereign.⁵² In its orthodox interpretation, the principle of separation of powers could result in a stalemate restricting the ability of the majority to act.⁵³ It is not clear why judges rather than elected politicians should resolve disputes in which laws and politics are intrinsically linked.

Another interesting solution has been proposed in British constitutional studies as to the relationship between judges and the sovereign. In view of the special status of the parliament, named “direct sovereign”, the constitution is considered the “last-instance or normative sovereign”.⁵⁴ According to some researchers, the sovereignty of the British Parliament does, in fact, reflect the sovereignty of the unwritten constitution, from which it draws its extensive powers which underlie the supremacy of the legislature within the limits of the rule of law;⁵⁵ they are to be implemented by judges who rely not only on the will of the Parliament but also on common law, which requires judges to adjudicate according to their own concept of application of the ideal of the rule of law under specific circumstances. It has been argued that the British common law constitution reflects a compromise between the sovereignty of the Parliament and its limitations imposed by the principles of the rule of law. The experience of the British concept of parliamentarianism suggests an inherent relationship between the sovereignty of the nation, the parliament, and the constitution, a close link between the sovereignty of the nation and the sovereignty of the law, that is, the independence of courts and judges.

The values reflected in the constitution do not arise from the constitution; on the contrary, the constitution has to be an expression of such values. Experience shows that not every text named constitution (even if it is so called in judgments of constitutional courts and in textbooks) remains a constitution in the course of time and with changing perceptions of what is due to individuals, especially in their

⁵¹ Cf. T.R.S. Allan, *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution and Common Law*, Oxford 2015, p. 133.

⁵² Cf. A. Tomkins, *Our Republican Constitution*, Oxford 2005.

⁵³ Cf. for instance T.R.S. Allan, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁴ Cf. E. Barker, *Political Thought in England*, Oxford 1963, pp. 212 et seq.

⁵⁵ Cf. T.S. Allan, *op. cit.*, p. 133.

relations with power. It is not power that gives rise to values, even if it is partly up to such power to decide which values are put in the constitution. If a constitution ignores universal values of human dignity and freedoms or replaces them with anti-values, if it is a constitution “in which the guarantee of rights is not assured, nor the separation of powers determined,” then the society “has no Constitution.”⁵⁶

It has been argued that Europe has no constitution, which is relevant to the identification of restrictions imposed on constitution-makers in the legal system of the European Union.⁵⁷ On the contrary, it has also been argued that Europe has a functional constitution,⁵⁸ in particular one reflected in the case law of the Court of Justice of the European Union, which restricts the constitution-making powers of the Member States more clearly than their constitutions do. In the same vein, the importance of national constitutions is decreasing as the role of states is diminishing in the course of globalisation and the rising power of non-state entities, including transnational corporations.⁵⁹

The limits of constitution-making powers are delineated by universal constitutional values which define, notwithstanding any controversies surrounding their interpretations,⁶⁰ both the European constitutional identity and the constitutional identity of the European states. Limitations imposed on the European Union Member States in defining the content of their constitutions are not absolute. Apart from political and economic conditions and the impact of globalisation, the constitution-making powers of the Member States are restricted by their own constitutional traditions, as well as values of the legal culture which define their European identity.

The history of Europe seems to suggest the great importance of particular interests as a factor transforming aspirations of expansion and defence against expansion into a major component part of European identity. It has been argued that the history of Europe, in particular the experience of WWII, gave rise to distrust in the sovereignty of nations

⁵⁶ Cf. Article XVI of the Declaration of Rights of Man and of the Citizen of 26th August 1789, confirmed by the preamble to the Constitution of the French Republic of 1958.

⁵⁷ Cf. D. Grimm, *Constitutionalism. Past, Present and Future*, Oxford 2016, p. 372. Cf. also R. Piotrowski, *Globalizacja i konstytucja, Zagadnienia sądownictwa konstytucyjnego* 2011, No. 2, pp. 21 et seq.

⁵⁸ Cf. L.S.M. Besselink, *The Notion and Nature of the European Constitution After the Lisbon Treaty*, [in:] J. Wouters, L. Verhey, P. Kiver (eds), *European Constitutionalism Beyond Lisbon*, Antwerp-Oxford-Portland 2009, pp. 261 et seq.

⁵⁹ Cf. D. Grimm, *op. cit.*, p. 370.

⁶⁰ Cf. D. Davis, A. Richter, Ch. Saunders, *An Inquiry into the Existence of Global Values*, Oxford-Portland 2015, pp. 469 et seq.

as an absolute value, even distrust in the sovereignty of parliament.⁶¹ The masses which sacrificed pragmatism, utility and mutual benefits for the sake of political passions and national greatness⁶² impeded European integration even while serving as a factor determining European identity. The separation of European values from anti-values (both have shaped the history of Europe) and the proclamation of values could mitigate the risk of arbitrary decisions of majority governments.⁶³ The future of Europe, today as always, depends on the universality and permanence of human rights based not only on the letter of the law but first and foremost on invaluable and inalienable human dignity as a source of their strength⁶⁴ and timelessness.

The idea of Europe also involves awareness of one's distinctiveness and superiority, which requires and justifies expansion. The sense of European identity was not always stronger than attachment to one's own identity built on xenophobia and occasionally suicidal hostility to others.⁶⁵ In the 18th century, it gave rise to a sense of the uniqueness of Europe, which Voltaire believed to be "a kind of great republic subdivided into several states" and unified "by common principles of public law and of politics, unknown in other parts of the world".⁶⁶ However, the conviction of being special and superior to others did not foster a European nationalism despite Hegel's dictum that Europe is "the centre and end of the old world".⁶⁷ Notwithstanding its uniqueness, Europe could not save itself from the tragedy of wars, which were to be prevented by integration as a precondition of peace across the continent. Despite the tragic legacy of the past, the hope still remains that, as was first proposed in the 18th century and encapsulated in Kant's philosophy, European identity is defined by pacifism and by respect for morality and rights, which are the emanation of Reason.⁶⁸

Europe has been and still remains a place of paradoxical contradictions, which define the conditions under which European judges, and the judges of the Member States, pursue their mission under the Treaty and the constitution. Today's European Union

⁶¹ Cf. J.-W. Müller, *Contesting Democracy: Political Ideas in Twentieth-Century Europe*, New Haven 2011, pp. 128 et seq.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Cf. P.J. Lindseth, *Power and Legitimacy. Reconciling Europe and the Nation State*, Oxford 2010.

⁶⁴ Cf. J. Habermas, *Rzecz o kondycji i ustroju Europy*, Łódź 2017, p. 14.

⁶⁵ Cf. R. Piotrowski, *Europa a granice...*, p. 15.

⁶⁶ Quoted after D. Hay, *op. cit.*, p. 123.

⁶⁷ Cf. G.W.F. Hegel, *The Philosophy of History*, New York 1986, p. 86.

⁶⁸ Cf. A. Pagden (ed.), *op. cit.*, p. 175.

remains a constitutional hybrid, an intermediate step between a state and a confederation. There is no common understanding of human dignity in Europe; that value, which forms an axiological foundation of the Lisbon Treaty, is divisive as much as it is shared. There is no certainty that a democratic state ruled by law is a common value, and that human rights are more important than political and economic interests. What seems to be distinctive to Europe is its acceptance for a plurality of standards, reflected in the notion of cultural margin of appreciation in the case law of the European Court of Human Rights.⁶⁹ There is no guarantee that that notion does not weaken the axiological identity of Europe by replacing a community of values with a community of political and economic interests. It seems that the common experience of today's European Union is the merely declarative nature of those provisions of the Lisbon Treaty which proclaim attachment to common values. What also seems to be shared is passive acceptance of the destruction of values and the application of double standards;⁷⁰ the inability to reconcile a European and a national identity; the experience of fear of non-European influences, which puts democratically elected leaders in the face of a dilemma: either to ignore the opinions of their societies or to pander to them in opposition to European institutions.

7. A critique of an understanding of democracy as the rule of the majority stems from the 20th century experience of European countries. It is encapsulated in Jacob Talmon's concept of totalitarian democracy,⁷¹ opposed to liberal democracy and also known as elective dictatorship.⁷² Illiberal democracy rules out political pluralism because it is a system of the only truth, the foundation of "political Messianism in the sense that it postulates a preordained, harmonious and perfect scheme of things, to which men are irresistibly driven, and at which they are bound to arrive" which "widens the scope of politics to embrace the whole of human existence."⁷³ Liberal democracy is the


⁶⁹ Cf. L. Garlicki, *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny w orzecznictwie strasburskim?*, Europejski Przegląd Sądowy 2008, No. 4, pp. 4 et seq.

⁷⁰ Cf. R. Piotrowski, *Europa wobec uchodźców*, [in:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (eds), *Ochrona praw człowieka w Europie*, Toruń 2017, pp. 15 et seq.

⁷¹ J.L. Talmon, *Źródła demokracji totalitarnej*, Kraków 2015.

⁷² The notion was put in circulation by Lord Hailsham (Quintin Hogg). Cf. F.P. Miller, A.F. Vandome, J. McBrewster (eds), Q. Hogg: *Elective Dictatorship*, Beau Bassin 2010.

⁷³ J.L. Talmon, *op. cit.*, pp. 9 et seq.



belief that “in the absence of coercion men and society may one day reach through a process of trial and error a state of ideal harmony.”⁷⁴

Democracy understood as unlimited powers of the majority is, in fact, a tribal democracy based on exclusion; as such, it is a system where, contrary to Kant, the majority does not accept human rights as sacrosanct. On the contrary, in such democracy, political, economic, national and religious interests take precedence over human rights.⁷⁵ Unlike tribal democracy, integral democracy accepts the universal nature of human rights. Contemporary political culture is more and more a culture of tribal democracy which thrives on post-truths, double standards, the absolute primacy of own interests, rivalry of all against all, and social inequality. Constructive and effective cooperation between the majority and the opposition is possible only if the tribalisation of politics is stopped, which means that the minority must accept the majority and the majority must accept the minority as their legitimacy in a democratic system derives from respect of both for human rights as fundamental values of the system. The independence of courts and judges may significantly strengthen the democratic system and mitigate the risks of blurring the borderline between liberal democracy and its opposite, which is hard to reconcile with the cultural identity of Europe as the homeland of human rights and consequently with the identity of a Europe of homelands.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 10.

⁷⁵ Cf. R. Piotrowski, *Wybrane dylematy powszechności praw człowieka*, [in:] J. Jaskiernia (ed.), *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, vol. I, Warszawa 2014, pp. 52 et seq.

Mateusz Pilich*

Praworządność

– perspektywa prawa międzynarodowego

1. Wprowadzenie

Przyjęcie na siebie zobowiązania do wygłoszenia referatu na konferencji prawniczej poświęconej przyszłości Europy opartej na rządach prawa jest nie tylko wyróżnieniem, lecz i poważnym wyzwaniem dla każdego przedstawiciela środowiska nauki. Rozwój wydarzeń ostatnich trzech lat doprowadził polskie społeczeństwo do godnej pożałowania sytuacji, w której każdy głos na temat rządów prawa może być odebrany (przypadkowo lub nawet celowo) opacznie – jako opowiedzenie się w sporze za lub przeciw rządowi i popierającej go większości parlamentarnej. Nawet datę dzisiejszej konferencji, choć była ona zaplanowana dawno temu, łatwo tak przedstawić: oto jesteśmy w środku toczących się dwóch postępowań przed Trybunałem Sprawiedliwości w sprawach oceny przestrzegania przez Polskę zasady praworządności jako podstawowej zasady prawa unijnego¹, a bardzo wątpliwe, aby spodziewane wyroki TSUE (jakiegokolwiek one będą) zamknęły spory wokół reform polskiego sądownictwa. Ten ostatni wniosek wydaje się o tyle bardziej prawdopodobny, że przecież nie są to pierwsze sprawy, w których sytuacja wewnętrzna naszego kraju staje się przedmiotem oceny prawnej na forum międzynarodowym i europejskim² i z żadnego z dotychczas opublikowanych dokumentów międzynarodowych nie wynikała głębsza refleksja, a przynajmniej

* Dr. hab., profesor Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ Sprawy połączone C-585/18, A.K. *przeciwko Krajowej Radzie Sądownictwa*, C-624/18, C.P. *przeciwko Sądowi Najwyższemu*, oraz C-625/18, D.O. *przeciwko Sądowi Najwyższemu* (rozprawa przed Trybunałem odbyła się 19.03.2019 r.); sprawa C-619/18, *Komisja przeciwko Polsce* (11.04.2019 r. Rzecznik Generalny Evgeni Tanchev przedstawił opinię).

² Zob. wyrok TSUE z 25.07.2018 r., C-216/18 PPU, L.M., ECLI:EU:C:2018:586 (dopuszczający uprzednie badanie przez sąd wezwany do wykonania Europejskiego Nakazu Aresztowania bezstronności i niezależności wymiaru sprawiedliwości w państwie członkowskim). Jeśli chodzi o uchwały i raporty organów i gremiów międzynarodowych dotyczące przestrzegania zasad państwa prawa w Polsce, trudno byłoby je nawet wymienić; tytułem przykładu, zob. *Report of the Special Rapporteur to the 38th session of the UN Human Rights Council on the independence of judges and lawyers on his mission to Poland*, A/HRC/38/38/Add.1, https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/38/38/Add.1; *Venice Commission Opinion CDL-AD (2016)001 on the Amendments of the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland adopted at 106th Plenary Session, Venice (March 11–12, 2016)*, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)001-e); OSCE *Office for Democratic Institu-*

chęć do wszczęcia rzeczowej dyskusji nad kierunkiem zmian obranym przez partię „Prawo i Sprawiedliwość”. Jest ona jednak konieczna, bowiem w pewnym sensie – choć naprawdę trudno widzieć w tym powód do satysfakcji – Polska staje się poligonem doświadczalnym nowych koncepcji orzeczniczych, które mogą w niedługiej przyszłości zaowocować nowymi zasadami i normami prawa europejskiego i międzynarodowego. Kto wie, czy dopiero co wspomniane sprawy polskie nie zostaną za kilkanaście lub kilkadziesiąt lat potraktowane jako punkt zwrotny w przeobrażeniach organizacji międzynarodowych oraz w delimitacji domeny zastrzeżonej dla polityki wewnętrznej państwa?

Jednak wbrew pozorom nie jest w ogóle moim zamiarem odnośnienie się do bieżącej sytuacji politycznej oraz tzw. narracji towarzyszącej sporom przed sądami i trybunałami – zarówno krajowymi, jak i międzynarodowymi. W ramach niniejszego wystąpienia polska sytuacja wewnętrzna zostanie potraktowana jedynie jako przyczynek do postawienia fundamentalnych pytań o charakterze naukowym, które będą dotyczyły dowolnego państwa i dowolnego obozu rządzącego. Tak naprawdę kasus polskich reform sądowych jest wyjątkowy i niepowtarzalny tylko do pewnego stopnia, podczas gdy problem relacji świata polityki do tworzenia i stosowania prawa, a zwłaszcza do obsady sądów i sędziów, jest funkcją odwiecznych zmagania o pełnię władzy nad społeczeństwem. Można przypuszczać, że nawet w państwach demokratycznych o wysokiej kulturze politycznej nadużycia władzy nie są rzeczą nieznaną, a jedynie są głębiej ukryte przed oczyma opinii publicznej i przybierają formy bardziej wyrafinowane niż w państwach ustrojowo nieokrępyłych, natomiast z założenia wykazują te same symptomy i charakter³. Stąd wynika założenie, że stan idealny jest

tions and Human Rights: Opinion on Certain Provisions of the Draft Act on the Supreme Court of Poland (as of 26 September 2017), <https://www.osce.org/odihr/357621> [dostęp: 20.08.2019 r.].

³ Z annałów historii powszechnej państwa i prawa zwraca uwagę – być może nawet nieco nadużywany – przykład propozycji reform Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych F.D. Roosevelta, znany jako *Court-Packing Plan*. Po reelekcji w 1937 r. ówczesny prezydent USA zaczął forsować zwiększenie liczby sędziów federalnych, w tym najwyższej instancji sądowej: z dziewięciu do piętnastu. Choć publicznie wskazywano raczej na potrzebę wzmocnienia kadrowego SN z uwagi na niewydolność sądownictwa i wydłużający się czas postępowań, w istocie prezydentowi przypisywano nieczyste intencje, związane z zagrożeniem polityki „Nowego Ładu” (ang. *New Deal*) przez orzecznictwo niechętnych mu, konserwatywnych sędziów, co oczywiście najłatwiej byłoby obejść dobierając sobie swoich nominatów o demokratycznej afiliacji. O tym, że ten motyw mógł być nieodległy od prawdy, świadczyć może wypowiedź Roosevelta, iż dożywotni charakter urzędu sędziego „nie miał służyć stagnacji wymiaru sprawiedliwości. Stały i systematyczny dopływ świeżej krwi ożywi sądy”. Projekt ustawy federalnej o reformie postępowań sądowych (*The Judicial Procedures Reform Bill of 1937*) wzbudził bardzo duże kontrowersje w opinii publicznej

poza sferą obserwowalnej rzeczywistości. Nie ma państw ani ustrojów wolnych od prób uwolnienia się przez liderów ugrupowań politycznych od odpowiedzialności prawnej. Nie istnieją państwa, w których rządzący nie chcieliby odpowiadać tylko „przed Bogiem i historią”. Przeciwdziałanie takim mechanizmom wymaga świadomości zagrożeń oraz ustawicznego przekonywania społeczeństwa do tego, że nie istnieją bardziej efektywne środki zarządzania sprawami publicznymi niż system prawny respektujący zasady równości, pewności, powszechności i egzekwowalności.

Mówiąc o praworządności, stosunkowo rzadko myślimy o prawie międzynarodowym. Skłonni jesteśmy widzieć w niej raczej problem wewnętrzny, który należy rozpatrywać na płaszczyźnie stosunków regulowanych przez prawo krajowe, a zwłaszcza konstytucyjne. Nie jest to przypadek – praworządność zyskuje pierwszoplanowe znaczenie na płaszczyźnie stosunków państwo-jednostka, zatem nie powinno dziwić to, że prawo międzynarodowe nie wykreowało autonomicznej koncepcji praworządności, lecz jedynie przejęło ją „z dobrodziejstwem inwentarza” dla realizacji własnych celów. Pozycja omawianej zasady w dziedzinie prawa międzynarodowego wciąż nie jest dostatecznie jasno zdefiniowana. Dlatego też w pierwszej kolejności należy poddać analizie pojęcie praworządności w perspektywie prawno-porównawczej (2.), a dopiero w drugiej kolejności określić jej znaczenie w aktach i orzeczeniach prawnomiędzynarodowych (3.). Na tej podstawie będzie można podjąć nieśmiałą próbę nakreślenia przyszłego kierunku ewolucji międzynarodowych standardów rządów prawa oraz wymagań, jakie mogą stąd wynikać dla państw i ich rządów (4.).

2. Praworządność w systemach prawa krajowego. Spostrzeżenia historyczno- i prawno-porównawcze

Chociaż pojęcie praworządności nie jest obce współczesnemu prawu międzynarodowemu, niewątpliwie jednak stanowi w jego ramach element egzogeniczny, przyswojony z zewnątrz. Było ono najpierw – i przede wszystkim – przedmiotem refleksji w doktrynie zachodnie-

i ostatecznie ugrzązł w pracach parlamentarnych; szerzej na ten temat zob. W.E. Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, New York-Oxford 1995, s. 132 i n. Skądinąd to niepowodzenie, któremu prezydent musiał stawić czoła, świadczy nie tyle o zagrożeniu dla praworządności (zakładając, że było ono realne), ile raczej o ogromnej sile konstytucyjnego systemu *checks and balances*, w którym amerykańska administracja prezydencka dysponuje ograniczoną siłą oddziaływania na pozostałe władze. Bez takich gwarancji praworządność tak czy inaczej staje się iluzją.

go konstytucjonalizmu (w szczególności zaś angielskiej, amerykańskiej i niemieckiej), gdzie doczekało się niezliczonych analiz. Wysyp opracowań doktrynalnych nie powinien nikogo zaskakiwać; wszak chodzi o wyraz idei o podstawowym znaczeniu dla organizacji i funkcjonowania współczesnych państw. To, co na pierwszy rzut oka nieco dziwi, to partykularyzm koncepcji narodowych. Stanowią one zazwyczaj odbicie szczególnej drogi rozwoju systemów prawnych w poszczególnych państwach.

Koronnym przykładem potwierdzającym powyższe ustalenie jest ewolucja prawa angielskiego. Fundamentalna praca z zakresu tamtejszego konstytucjonalizmu – autorstwa Alberta V. Diceya, opublikowana po raz pierwszy w 1885 r. – identyfikuje „rządy prawa” jako specyficzną cechę angielskiego ustroju państwowego⁴. Opiera się ona na trzech, istotnych zasadach: suwerenności Parlamentu, powszechnej podległości prawom kraju oraz prawotwórczej roli odgrywanej przez wymiar sprawiedliwości. Wzajemna równowaga tych zasad gwarantuje zachowanie wolności jednostek przed nadmierną i arbitralną interwencją władzy wykonawczej. Szczególna rola w udzielaniu tej ochrony przypada z jednej strony ustawodawcy (Parlamentowi), z drugiej zaś strony – sądom. Uzasadnione wydaje się twierdzenie, że istota praworządności w angielskim systemie prawnym, jakim go widział autor wspomnianego traktatu naukowego, polegała z jednej strony na zabezpieczeniu wpływu narodu na stanowienie norm prawnych⁵, z drugiej natomiast strony – na możliwość obiektywnego zweryfikowania legalności działania rządu i jego funkcjonariuszy przez niezależne sądy⁶. Funkcja władzy sądowniczej na tle angielskiej koncepcji praworządności była zatem absolutnie kluczowa, gdyż to właśnie ich

⁴ „The rule of law, as described in this treatise, remains to this day a distinctive characteristics of the English constitution”; A.V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, wyd. 8, London 1915, s. 55.

⁵ “The existence of [...] a difference between the permanent wishes of the sovereign, or rather of the King [...] and the permanent wishes of the nation, is traceable in England [...]. The remedy for this divergence was found in a transference of power from the Crown to the Houses of Parliament [...]; the difference between the will of the sovereign and the will of the nation was terminated by the foundation of a system of real representative government. Where a Parliament truly represents the people, the divergence between the external and the internal limit to the exercise of sovereign power can hardly arise, or if it arises, must soon disappear.” (A.V. Dicey, *Introduction...*, s. 34).

⁶ “No man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary Courts of the land. In this sense the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint.” (A.V. Dicey, *Introduction...*, s. 110).

istnienie gwarantowało zarówno wolność jednostek, jak również ich formalną równość (*equality before the law*)⁷.

Koncepcja praworządności sformułowana w przywołanej wyżej pracy niewątpliwie nie jest ani do końca spójna, ani jednoznaczna. Zawiera w sobie rozmaite zasady szczegółowe, a w dodatku odzwierciedla specyficzne cechy angielskiego prawa państwowego – nigdy nie skodyfikowanego, a więc takiego, które formowało się w pewnym sensie oddolnie. Stąd pogląd, iż stanowi ona unikalny wyraz angielskiej tradycji prawnej⁸. Znacznie różni się ona nawet od dorobku innych jurysdykcji świata anglosaskiego, przede wszystkim Stanów Zjednoczonych Ameryki, gdzie przecież istnieje zarówno pisana konstytucja (federacji oraz stanów), jak i system kontroli jej przestrzegania w orzecznictwie sądów (stanowych oraz federalnych, na czele z Sądem Najwyższym USA)⁹. Niemniej jednak nawet na tle koncepcji angielskiej dostrzec można pewne cechy uniwersalne, wyrażające się zwłaszcza w zakazie arbitralnego działania władz publicznych, legitymizującej mocy prawa, zasadzie równości wszystkich wobec prawa oraz w niezależności sądownictwa. Te cechy, jak wynika z dalszych rozważań, wydają się charakterystyczne i powtarzalne również gdy chodzi o inne doktryny narodowe, więc ostatecznie muszą one posiadać również znaczenie z perspektywy międzynarodowej¹⁰.

Zupełnie inną koncepcję praworządności wypracowano w systemie prawa niemieckiego. Wyraża się ona w nazwie: „państwo prawne”

⁷ “No man is above the law, but [...] every man, whatever his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals” (A.V. Dicey, *Introduction...*, s. 114).

⁸ Zob. M. Loughlin, *The rule of law in European jurisprudence*, Venice Commission Study 512/2009, CLD-DEM(2009)006, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CLD-DEM\(2009\)006-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CLD-DEM(2009)006-e), s. 4-5 i cyt. tam dalsze pozycje literatury angielskiej [dostęp: 20.08.2019 r.].

⁹ Zob. H.J. Lauth, *Rechtsstaat, Rechtssysteme und Demokratie*, [w:] M. Becker, H.J. Lauth, G. Pickel (red.), *Rechtsstaat und Demokratie: Theoretische und empirische Studien zum Recht in der Demokratie*, Wiesbaden 2001, s. 27. W piśmiennictwie amerykańskim również podkreśla się potrzebę badania znaczenia praworządności w kontekście danego porządku prawnego, w sposób empiryczny, wskazując na takie generalne cechy jak zwłaszcza związanie władz publicznymi (government under law, government of laws and not of men), a także prawo do sądu (*due process of law*); specyfika polega tutaj z jednej strony na istnieniu fundamentu rządów prawa w postaci Konstytucji Stanów Zjednoczonych, z drugiej zaś strony na doniosłej roli Sądu Najwyższego USA, dokonującego nie tylko wykładni prawa, lecz również rozwijającego w sposób twórczy porządek konstytucyjny. Podkreśla się różnicę wobec Anglii, polegającą na wyposażeniu sądów amerykańskich w kompetencję do dokonywania rozproszonej kontroli konstytucyjności, przez możliwą odmowę stosowania norm prawa stanowionego z uwagi na ich sprzeczność z ustawą zasadniczą; zob. P.G. Kauper, *The Supreme Court and the Rule of Law*, Michigan Law Review 1961, nr 59, z. 4, s. 531 i n.; z perspektywy innych jurysdykcji świata anglosaskiego, zob. np. monografię australijską: G. De Q. Walker, *The Rule of Law: foundation of constitutional democracy*, Melbourne 1988.

¹⁰ A. Watts, *The International Rule of Law*, German Yearbook of International Law 1993, nr 36, s. 18.

(*Rechtsstaat*). Korzenie tej koncepcji, chronologicznie wcześniejszej od brytyjskiej, tkwią w dialektycznym konflikcie idei liberalnych i konserwatywnych, który ukształtował dzieje Niemiec w ciągu ostatnich kilku stuleci¹¹. Termin „państwo prawne” pojawia się w obiegu po raz pierwszy pod koniec XVIII w. w związku z tendencjami oświeceniowymi i antyabsolutystycznymi, wyrażając potrzebę ochrony osoby ludzkiej przed naruszaniem jej przyrodzonych praw oraz zapewnienia jej maksimum wolności¹². Wyrażenie *Rechtsstaat* miało wówczas oznaczać przeciwieństwo terminu *Polizeistaat* (państwo policyjne), określającego naturę rozwiniętego państwa absolutystycznego z rządami rozbudowanej biurokracji¹³. Początkowo zatem państwo prawne wiązano dość jednoznacznie z desakralizacją władzy na rzecz jej racjonalizacji, z zaprowadzeniem ustroju opartego na podziale i równoważeniu władz, a także z gwarancjami praw podstawowych (wolności, bezpieczeństwa osobistego oraz własności prywatnej). Choć zapewne można w tym dostrzec pewne elementy wspólne z anglosaską koncepcją *rule of law*, cechą charakterystyczną koncepcji niemieckiej była jednak afirmacja roli państwa jako upoważnionego do regulowania granic wolności i praw jednostek¹⁴.

Po upadku rewolucji Wiosny Ludów (1848 r.) niemieckie „państwo prawne” podlega coraz dalej posuniętej pozytywizacji; pod koniec XIX w. oznacza właściwie tyle co państwo, którego organizacja i funkcjonowanie są regulowane całkowicie przez prawo. Gwarancyjna rola prawa zostaje w relacji władza publiczna-jednostka sprowadzona już tylko do potrzeby wykazania podstawy prawnej ingerencji w prawa podmiotowe, przy czym – jako twór suwerenny – państwo nie może być uznawane za ograniczone przez prawa „przyrodzone”, skoro te ostatnie są czysto konwencjonalnym wytworem jego ustawodawstwa¹⁵. Tak rozumiane, „państwo prawne” oczywiście traciło wa-

¹¹ M. Loughlin, *The rule of law...*, s. 6 (z szerokimi odesłaniami do dorobku piśmiennictwa niemieckiego).

¹² Tak w pracy J.W. Petersena pt. *Literatur der Staatslehre* (opubl. w 1798 r.); zob. K. Wroczyński, *Pułapki państwa prawa*, [w:] P. Jaroszyński i in. (red.), *Człowiek i państwo*, Lublin 2006, s. 151; P. Tarasiewicz, *Państwo prawa i suwerenność człowieka*, [w:] S. Kowolik (red.), *Od sprawiedliwości do państwa prawa*, Tarnowskie Góry 2012, s. 11.

¹³ A. Dziadzio, *Koncepcja państwa prawa w XIX wieku – idea i rzeczywistość*, *Czasopismo Prawno-Historyczne* 2005, nr 57, s. 178.

¹⁴ Zob. M. Loughlin, *The rule of law...*, s. 6–7.

¹⁵ Obszernie na ten temat – włącznie z analizą oddziaływania koncepcji anglosaskich na poglądy nauki niemieckiej począwszy od XVIII w. – zob. S. Kirste, *Die Rule of Law in der deutschen Rechtsstaatstheorie des 19. Jahrhunderts*, *Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics* 2013, nr 21, s. 23 i n.

lor istotnej wartości konstytucyjnej, a stało się koncepcją opisową – „rządów przez prawo” (*rule by law*). Nietrudno dostrzec, jak bardzo taka sucha, formalistyczna koncepcja praworządności przyczyniła się do sukcesu totalitarnego systemu nazistowskiego, który z upodobaniem ubierał w szaty prawne dowolne instytucje, jawnie sprzeczne z godnością człowieka i elementarnym poczuciem sprawiedliwości. Furtkę do tych praktyk uchyliła zresztą konstytucja weimarska z 1919 r. (nie uchylona po 1933 r.), w art. 48 przewidując możliwość blankietowego upoważnienia rządu do działania bez szczegółowej podstawy ustawowej¹⁶.

Po II wojnie światowej w Niemczech koncepcja państwa prawnego została całkowicie przebudowana, w czym upatruje się szczególnej zasługi Federalnego Sądu Konstytucyjnego. Ustawa zasadnicza RFN z 1949 r. (*Grundgesetz*) wprost powołuje termin „państwo prawne” w zaledwie jednym przepisie – art. 28 ust. 1¹⁷; jednak zdaniem doktryny jako źródło ogólnej zasady konstytucyjnej należy brać pod uwagę również art. 20, art. 23 ust. 1 oraz art. 79 ust. 3 niemieckiej Ustawy Zasadniczej¹⁸; definiują one takie zagadnienia, jak chociażby zasady suwerenności narodu i podziału władz, a także wzajemne relacje władz federalnych i krajowych oraz pozycja ustawodawstwa zwykłego i umów międzynarodowych w niemieckim systemie prawnym. Sygnalizuje się wewnętrzną sprzeczność między formalnym i materialnym ujęciem zasady państwa prawnego. W znaczeniu formalnym chodzi o zachowanie podstawowych gwarancji spójności i prawidłowości stanowienia i stosowania prawa (m.in. zachowanie porządku systemu źródeł prawa, zakaz retroakcji, przestrzeganie wymagań poprawnej legislacji, promulgacja prawa, legalizm działania władz publicznych, respektowanie podziału i równoważenia władz, gwarancje prawa do sądu itp.); w znaczeniu materialnym chodzi natomiast o poszanowanie godności człowieka, praw podstawowych oraz zasady proporcjonalności. Prawidłowe rozumienie państwa prawnego we współczesnym

¹⁶ Były to tzw. ustawy o szczególnych pełnomocnictwach (niem. *Ermächtigungsgesetze*); zob. F. Ryszka, *Państwo stanu wyjątkowego. Rzecz o systemie państwa i prawa Trzeciej Rzeszy*, Warszawa-Wrocław 1985, s. 467 i n.

¹⁷ „Porządek konstytucyjny krajów związkowych powinien odpowiadać zasadom republikańskiego, demokratycznego i socjalnego państwa prawnego w rozumieniu tej Ustawy Zasadniczej” [*Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen*].

¹⁸ D. von der Pfordten, *On the foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat*, [w:] J.R. Silkenat, J.E. Hickey Jr., P.D. Barenboim (red.), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Basel 2014, s. 15.

porządku konstytucyjnym powinno obejmować oba aspekty praworządności – formalny i materialny¹⁹.

W innych państwach zachodniej Europy pojęcie praworządności również nie jest nieznanie, choć nie oznacza to, że stanowi ono kalkę podejścia niemieckiego. Nie zawsze jest ono wprost używane w konstytucji danego państwa²⁰; jeśli pojawia się w dyskursie naukowym, bywają mu przypisywane znaczenia niekiedy odległe od opisanego wyżej modelu niemieckiego²¹. Nie zawsze równą miarę w koncepcji praworządności spełnia zapewnienie hierarchicznej zgodności prawa: w przeciwieństwie do Niemiec, gdzie rola Federalnego Sądu Konstytucyjnego jest absolutnie wyjątkowa, w Holandii nie istnieje ani sąd konstytucyjny, ani nawet rozproszona kontrola konstytucyjności, zaś sądom wyraźnie zakazuje się niestosowania ustaw uchwalonych przez tamtejszy parlament (art. 120 Konstytucji Królestwa Holandii). Z pozoru osłabia to władzę sądowniczą w stosunku do legislatywy, jednak odnotowuje się, że sądy przewyżniają to ograniczenie przez wyjątkowo ekstensywną kontrolę zgodności ustaw z umowami międzynarodowymi, zwłaszcza z Europejską Konwencją Praw Człowieka²². Przy tak zasadniczej różnicy rozwiązań ustrojowych okazuje się, że w ostatecznym rozrachunku holenderski system prawny obejmuje gwarancje praworządności (w szerszym, materialnym znaczeniu) nie mniejsze niż obowiązujące u wschodniego sąsiada.

Jeśli chodzi o współczesny, polski ustrój państwowy, to recypował on zasadę państwa prawnego w kształcie formalnie bliskim konsty-

¹⁹ H.J. Lauth, *Rechtsstaat...*, s. 32-33; D. von der Pfordten, *On the foundations...*, s. 24.

²⁰ Tak np. w Konstytucji Republiki Włoskiej (art. 1 ust. 2) pojawia się zaledwie odwołanie do zasady suwerenności narodu, wykonywanej w formach i w granicach wynikających z teje Konstytucji, „[La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione]”; zob. D. von der Pfordten, *On the foundations...*, s. 15, przyp. 2.

²¹ Przykładem podejścia odbiegającego od niemieckiego *Rechtsstaat* jest francuska koncepcja *l'État du droit*, która rozwinęła się w reakcji na podstawowe wady funkcjonowania państwa w okresie postrewolucyjnym. Główny twórca tej doktryny, Raymond Carré de Malberg, rozróżniał pomiędzy „państwem legalnym” (*l'État légal*) a „państwem prawnym” (*l'État de droit*), gdzie to pierwsze miało zastosowanie głównie w odniesieniu do administracji publicznej i oznaczało jej związaną prawem (zatem nieodległe od koncepcji *rule by law*), natomiast to drugie miało wskazywać również na aspiracje jeśli chodzi o proces stanowienia prawa. W każdym razie zauważa się, że koncepcja „państwa prawnego” we Francji wywarła wpływ na myśl prawniczą, lecz już raczej nie na praktykę stosowania prawa; M. Loughlin, *The rule of law...*, s. 9-10.

²² G. Corstens, *Understanding the Rule of Law*, Oxford-Portland 2017, s. 57 i n. Inny głos w literaturze odnotowuje, że z uwagi na wspomniane niedostatki systemu ochrony praw podstawowych przed skutkami procesu politycznego, Holandia “...cannot be classified as marked by a well-developed constitutional and rule-of-law culture”; M. Adams, G. van der Schyff, *Constitutional Culture in the Netherlands: A Sober Affair*, [w:] M. Adams, A. Meuwese, E. Hirsch Ballin (red.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge-New York 2016, s. 380.

tucjonalizmowi niemieckiemu. Jednak w dyskursie naukowym oraz ewolucji orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego trudno dostrzec równie pogłębioną refleksję nad znaczeniem tego pojęcia jak w państwach „starej Europy”. W rozwoju polskiej myśli państwowej brak ciągłości, a przez to chyba trudno o wypracowanie autonomicznego i spójnego modelu rozumienia funkcji prawa w państwie. Wprawdzie zasadę „rządów prawa” akceptowała pierwsza, pozaborcza konstytucja polska z 1921 r., jednak system rządów demokratyczno-parlamentarnych był krótkotrwały. Jakkolwiek ustroj „autorytarnego liberalizmu”, ustanowiony po zamachu stanu z 1926 r., w dalszym ciągu uważa się za odzwierciedlający podstawowe założenia koncepcji państwa prawnego²³, z tą kwalifikacją można się zgodzić jedynie o tyle, o ile termin „państwo prawne” będzie rozumiany w sposób czysto formalny – jako synonim „rządów przez prawo”, a nie „rządów prawa”. Tak czy inaczej, okresu powojennego aż do roku 1989 już z całą pewnością nie sposób definiować jako sprzyjający tej liberalnej bądź co bądź koncepcji ustrojowej. Tak zwana praworządność socjalistyczna, wyrażona głównie w art. 4 ust. 2 Konstytucji PRL z 1952 r.²⁴, stanowiła może nie tyle kalkę, ile raczej karykaturę podstawowego założenia ustrojów państw Zachodniej Europy; wiadomo było bowiem, jak mało – wobec supremacji władzy Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej i jej ścisłego kierownictwa – znaczył formalny obowiązek ścisłego przestrzegania praw PRL przez wszystkie organy państwowe. Ustrojowi socjalistycznemu bliżej było do państwa policyjnego niż praworządnego.

Chociaż na tym tle okres po 1989 r. jawi się jako istotny postęp na drodze zbliżania Polski do standardów praworządności charakteryzujących świat zachodni²⁵, nie dopracowaliśmy się chyba spójnego modelu pojęciowego. Dorobek orzeczniczy Trybunału Konstytucyjnego na tle art. 2 Konstytucji z 1997 r. w ocenie jednego z autorów nadmiernie rozszerza ramy pojęciowe państwa (rządów) prawa, przez co powstała koncepcja jest zbyt obszerna i nieprzejrzysta. Krytycznie oceniono nieefektywność i nieadekwatność oddziaływania zasady państwa prawnego na życie prawne; akcentowanie w orzecznictwie konstytucyjnym zasady zaufania jednostek do państwa i prawa wcale

²³ Por. W. Kozyra, *Konstrukcja państwa prawnego w Europie i Polsce na przełomie XIX/XX wieku*, Res Historica 2011, nr 31, s. 47 i n.

²⁴ Zamiast wielu, zob. J. Ziemiński, *Zasada praworządności jako metoda realizacji funkcji państwa socjalistycznego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1968, z. 2, s. 285 i n.; J. Nowacki, *Praworządność: wybrane problemy teoretyczne*, Warszawa 1977.

²⁵ L. Morawski, *Spór o pojęcie państwa prawnego*, Państwo i Prawo 1994, z. 4, s. 3 i n.

nie przyczynia się do poprawy pewności prawa i poziomu polskiej legislacji²⁶. Bez względu na rozmaite wątpliwości trzeba jednak stwierdzić, że stanowisko polskiego ustrojodawcy wydaje się wystarczająco jednoznaczne – prawo polskie *de lege lata* niewątpliwie respektuje praworządność jako ogólną zasadę prawa, co niesie ze sobą określone konsekwencje jeśli chodzi o odpowiedzialność polskich władz na forum międzynarodowym.

Na koniec tego krótkiego omówienia wypada odnieść się do kwestii, czy i ewentualnie w jakim stopniu międzynarodowa koncepcja praworządności może być budowana w oparciu o metodę porównawczą, a jakim zakresie jest ona autonomiczna w stosunku do dorobku krajowych systemów prawnych? Odrębność prawa międzynarodowego od systemów prawa krajowego (współcześnie już nie tak wyraźna jak jeszcze w pierwszej połowie ubiegłego stulecia) nie stoi na przeszkodzie posiłkowaniu się argumentacją porównawczą w celu ustalenia, co stanowi „najniższy wspólny mianownik” jeśli chodzi o standardy praworządności. Posługiwanie się metodą porównawczą w celu wyjaśniania pojęć prawnomiędzynarodowych – szczególnie zaś przy wykładni traktatów – posiada już dość długą historię²⁷. Najczęściej przy pomocy tej metody są formułowane wytyczne, rekomendacje i inne dokumenty organizacji międzynarodowych odpowiedzialnych za promowanie praw człowieka, określane zbiorczo jako „miękkie prawo”, które dotyczą ustalenia standardów praworządności w państwach członkowskich; o niektórych będzie mowa w dalszym ciągu referatu. Można pokusić się o przypuszczenie, że gdyby nie prawo porównawcze, sformułowanie tego rodzaju dokumentów nie byłoby w ogóle możliwe. Międzynarodowe dokumenty wyjaśniające standardy praworządności budują pomost między prawami krajowymi a prawem międzynarodowym, prowadząc do swoistej sublimacji praworządności z poziomu krajowego na poziom międzynarodowy i konkretyzując wykładnię przepisów traktatowych, które – tak jak to się dzieje w przypadku praworządności – na pierwszy rzut oka wyrażają raczej ogólne zasady (*principles*) niż ścisłe normy postępowania (*rules*)²⁸.

²⁶ J. Sozański, *Zasada demokratycznego państwa prawnego w polskiej praktyce prawnej*, Kwartalnik Naukowy Uczelni Vistula 2014, nr 4, s. 32.

²⁷ Zob. chociażby E. Rabel, *Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung*, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1927, nr 1, z. 1–2, s. 5 i n.

²⁸ A.E. Boyle, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, International and Comparative Law Quarterly 1999, nr 48, z. 4. s. 901 i n.

W konsekwencji, nawet jeśli prawdą jest to, że pojęcie „praworządności” ujmowane z poziomu systemów prawnych poszczególnych państw nie wydaje się absolutnie jednoznaczne²⁹, można jednak wyrazić ostrożne przekonanie, że może ono zostać dostatecznie wyostrzone przez badania prawnoporównawcze. Konkretnie wymagania prawne – zakazy i nakazy pod adresem władz krajowych – wynikają z interpretacji pojęcia praworządności za pośrednictwem dokumentów o charakterze międzynarodowego *soft law*. Można pokusić się o postawienie tezy, że dynamiczna wykładnia obowiązujących traktatów w orzecznictwie trybunałów międzynarodowych może i powinna doprowadzić do nadania tym standardom charakteru prawnie wiążącego i egzekwowalnego wobec państw zobowiązania międzynarodowego.

Wskazywane w wyniku dotychczasowych badań, wspólne³⁰ elementy koncepcyjne praworządności dotyczą przede wszystkim postulatów: 1) autonomizacji porządku prawnego od norm i wartości pozaprawnych; 2) ustanowienia prawa jako sposobu komunikacji podmiotów społecznych; 3) ukonstytuowania się państwa jako zdolnego do zorganizowanego stanowienia norm prawnych i jego stosowania za pośrednictwem fachowego aparatu urzędniczo-sądowego; 4) samoograniczenia się państwa na rzecz jednostek za pośrednictwem prawa. Konkretny ustrój państwowy nie jest istotą formalnego rozumienia praworządności, teoretycznie bowiem nawet państwa niedemokratyczne mogą być praworządne w opisanym znaczeniu. Natomiast w aspekcie materialnym dodawane są dalsze wymagania, które ustrojom niedemokratycznym zdecydowanie trudniej spełnić, o ile jest to w ogóle możliwe: prawa jednostki i ich ochrona są w centrum zainteresowania państwa, które uznaje pluralizm interesów i wartości i stara się między nimi pośredniczyć za pomocą stanowienia i stosowania prawa³¹. W państwie praworządnym w pełnym tego słowa znaczeniu

²⁹ W kontekście prawa unijnego wyrażano sceptycyzm jeśli chodzi o horyzontalną jednolitość tego pojęcia między systemami prawnymi państw członkowskich, zob. W. Schroeder, *The European Union and the Rule of Law—State of Affairs and Ways of Strengthening*, [w:] W. Schroeder (red.), *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*, Oxford-Portland 2016, s. 10–11.

³⁰ Należy jednak zastrzec, że wspólnota elementarnych wartości i zasad składających się na praworządność może być uznana za obejmującą państwa zachodnie, podczas gdy pozostałe państwa albo ją z założenia odrzucają, albo modyfikują stosownie do własnych wyobrażeń odnośnie do roli i miejsca prawa w państwie; zob. R. Gosalbo-Bono, *The Significance of the Rule of Law and Its Implications for the European Union and the United States*, *University of Pittsburgh Law Review* 2010, nr 72 s. 229 i n., s. 288–290.

³¹ J. Przedzińska, *Ab ovo, czyli o koncepcji państwa prawa*, [w:] J. Korczak (red.), *Administracja publiczna pod rządami prawa. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin prof. zw. dra hab. Adama Blasia*, Wrocław 2016, <http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/publication/82629>, s. 403–404 [dostęp: 20.08.2019 r.].

wszystkie interesy jednostkowe muszą być należycie brane pod uwagę i ważne w procesie stanowienia i stosowania prawa³².

3. Prawo międzynarodowe wobec koncepcji praworządności

Zainteresowanie pojęciem praworządności w nauce prawa międzynarodowego istotnie wzrosło w ostatnich latach, choć tradycyjnie nie było to zagadnienie badane z taką intensywnością i sumiennością jak na tle prawie krajowego³³. Przyczyną zapewne jest specyfika samego prawa międzynarodowego, które jest zdecydowanie bardziej, niż prawo wewnętrzne państw, spolityzowane i mniej scentralizowane pod względem jego tworzenia i stosowania. Również sama społeczność międzynarodowa – zrzeszenie państw – nie przypomina jednak w takim stopniu społeczności ludzkiej rządzonej przez prawo; przez większość ery nowożytnej stanowiła ona raczej zbiorowość jednostek, funkcjonujących odrębnie i w sposób niepowiązany, które z przyczyn historycznych musiały żyć razem w niełatwej kohabitacji³⁴. W tych warunkach trudniej realizować typowe funkcje prawa jako regulatora zachowania podmiotów stosunków społecznych – i trudniej wobec tego przychodzi mówić o „rządach prawa”.

To stwierdzenie nie powinno jednak prowadzić do konkluzji, że współczesne prawo międzynarodowe nie jest zainteresowane praworządnością i że nie stanowi ona jednej z jego istotnych wartości. Nie oznacza ono również pozostawienia władzom suwerennych państw wolnej ręki jeśli chodzi o ich postępowanie. Nie jest wcale przypadkiem to, że termin „praworządność” od kilkudziesięciu lat stale zaznacza swoją obecność w aktach prawa międzynarodowego. Szczególny postęp na tym tle dokonał się po II wojnie światowej w systemie Organizacji Narodów Zjednoczonych. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (ang. *International Court of Justice*, ICJ) od początku deklaruje, że praworządność stanowi podstawową zasadę prawa,

³² D. von der Pfordten, *On the foundations...*, s. 21.

³³ Zob. zwłaszcza A. Watts, *The International...*, s. 15 i n.; I. Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, The Hague 1998; J. Crawford, *International Law and the Rule of Law*, *Adelaide Law Review* 2003, nr 24, s. 3 i n.; K.J. Keith, *The International Rule of Law*, *Leiden Journal of International Law* 2015, nr 28, s. 403 i n.; C. Villegas Delgado, *International Rule of Law or Rule of Law Among Nations? The General Assembly of UN and The Rule of Law*, *EAFIT Journal of International Law* 2016, nr 7, z. 2, s. 6 i n.

³⁴ A. Cassese, *States: Rise and Decline of the Primary Subjects of the International Community*, [w:] B. Fassbender, A. Peters (red.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford 2013, s. 51.

która może służyć jako podstawa rozwoju prawa międzynarodowego w orzecznictwie międzynarodowym z mocy art. 36 Statutu MTS. Praworządność jako właściwa zasada prawa międzynarodowego – a więc zasada dotycząca stosunków między państwami – wyraża poddanie stosunków międzynarodowych nie arbitralnemu dyktatowi mocarstw, lecz normom prawnym równym dla wszystkich uczestników wspólnoty międzynarodowej³⁵.

Zakładając zatem, że wzajemne zachowanie państw, tak jak zachowanie ludzi i wszelkich organizacji, jest poddane regulacji prawnej, można mówić o praworządności prawdziwie międzynarodowej – a więc takiej, która odpowiada zasadzie praworządności na poziomie prawa krajowego i dotyczy bezpośrednio organizacji i funkcjonowania społeczności międzynarodowej. Przenoszeniu praworządności na poziom międzynarodowy zdecydowanie sprzyja monistyczna wizja prawa międzynarodowego, zarysowana chociażby w pracach Hansa Kelsena; generalnie uważał on, że prawo międzynarodowe jako porządek prawny wykazuje charakter taki jak prawo państwowe, mimo że znajduje się dopiero na początku swojego rozwoju. Rozwój prawa narodów, według tej koncepcji, doprowadzi z czasem do wytworzenia się zorganizowanego systemu sankcji za naruszenie praw i obowiązków międzynarodowych, wraz z sądownictwem międzynarodowym. Kelsen uważał, że ostatecznym celem ewolucji prawa międzynarodowego, stanowiącego jego zdaniem istotną jedność z prawem krajowym, jest „wyształcenie światowego państwa”. Ta wizja – mimo upływu lat nadal niezrealizowana – wyklucza arbitralność postępowania państw oraz zakłada ograniczanie sfery ich dyskrecjonalności w stosunku do innych uczestników społeczności międzynarodowej³⁶.

Realizacja zasady praworządności w stosunkach międzynarodowych, którą możemy również nazywać „praworządnością na zewnątrz państw”, jakkolwiek *de lege lata* pożądana i bardzo ważna dla budowania pokojowych relacji międzynarodowych, schodzi na dalszy plan naszych rozważań. Jest tak dlatego, że temat przewodni konferencji – przyszłość Europy opartej na rządach prawa – dotyczy innej płaszczyzny stosunków społecznych niż stosunki wyłącznie między państwami (i innymi członkami społeczności międzynarodowej). W dalszym ciągu referatu będzie zatem chodziło raczej o takie znaczenie tytułowej za-

³⁵ P.C. Jessup, *The International Court of Justice and the Rule of Law*, World Affairs 1945, nr 108, z. 4, s. 234 i n.

³⁶ H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, w tłum. R. Szuberta i pod red. A. Bosiackiego, Warszawa 2014, s. 449 i n.

sady w normach prawa międzynarodowego, które funkcjonuje obok tego „prawdziwie międzynarodowego” pojęcia praworządności. Jako zasada prawnomiędzynarodowa, praworządność wewnątrz państw charakteryzuje się tym, że choć jest zasadą adresowaną bezpośrednio do władz suwerennych państw, to abstrahuje od ich bezpośrednich relacji z innymi podmiotami prawa międzynarodowego. Jakkolwiek na pierwszy rzut oka może dziwić, że prawo międzynarodowe jest zdolne ingerować w sprawy wewnętrzne państw, to jednak przynajmniej od czasów procesu norymberskiego wiemy już na pewno, że odpowiedzialność międzynarodowa osób sprawujących władzę w suwerennych państwach zdecydowanie wykracza poza sferę stosunków międzynarodowych i dotyka również sfery stosunków wewnętrznych: państwo-jednostka³⁷. To właśnie takie stosunki stają się dzisiaj przedmiotem pierwszoplanowego zainteresowania nauki prawa międzynarodowego. Przykłady oceny ustawodawstwa wewnętrznego państw, dokonywanej przez sądy międzynarodowe z perspektywy przestrzegania zasady praworządności, były znane już przed ostatnią wojną światową³⁸; natomiast to bezmiar jej okrucieństw uwrażliwił środowisko prawnicze na potrzebę silniejszej ochrony jednostek przed arbitralnością władz krajowych.

Można zatem powiedzieć, że dziedzictwo procesu norymberskiego polega właśnie na zwróceniu szczególnej uwagi przez prawo między-

³⁷ A. Bayefsky, *The Legacy of Nuremberg*, [w:] H.R. Reginbogin, C.J.M. Safferling (red.), *The Nuremberg Trials: International Criminal Law Since 1945. 60th Anniversary International Conference/Die Nürnberger Prozesse: Völkerstrafrecht seit 1945. Internationale Konferenz zum 60. Jahrestag*, München 2006, s. 251. Szczególnie ilustratywny w związku z tym wydaje się tzw. proces prawników, trzeci z kolei proces norymberski, obejmujący 16 prawników, z czego 9 zatrudnionych w Ministerstwie Sprawiedliwości III Rzeszy. Zarzuty przeciwko nim obejmowały zbrodnie wojenne, przeciw ludzkości oraz przynależność do organizacji przestępczych (SS), przy czym należy zwrócić uwagę, że osądowi podlegały bez różnicy zarówno czyny w odniesieniu do obywateli państw sprzymierzonych, jak i ludności Rzeszy. Na przykład Franza Schlegelbergera oskarżono m.in. o to, że jako urzędnik MS doprowadził do egzekucji przez Gestapo żydowskiego mieszkańca Berlina Markusa Luftglassa, którego sąd karny pierwotnie skazał na dwa i pół roku pozbawienia wolności za kradzież żywności. Wzmianka prasowa o tym wyroku wzbudziła wielkie niezadowolenie Hitlera z rzekomo zbyt łagodnego wyroku. Oskarżony działał więc na życzenie „wodza narodu niemieckiego”, rażąco naruszając w ocenie Trybunału nie tylko prawa oskarżonego, lecz również wymagania podziału władz i niezależności sądownictwa; H. Reicher, *The Jurists' Trial and Lessons for the Rule of Law*, [w:] H.R. Reginbogin, C.J.M. Safferling (red.), *The Nuremberg Trials...*, s. 176.

³⁸ Zob. frapujący przykład opinii doradczej Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie zgodności niektórych ustaw gdańskich z Konstytucją Wolnego Miasta Gdańska, gdzie zakwestionowano – w oparciu o powszechnie uznaną zasadę praworządności – zgodność z międzynarodowym porządkiem wersalskim gdańskich ustaw karnych, wprowadzających za wzorem hitlerowskich Niemiec odpowiedzialność na podstawie analogii; zob. *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City of Danzig, PCIJ Advisory Opinion of 4 December 1935*, Series A/B No. 65; szerzej na ten temat, zob. K.J. Keith, *The International Rule of Law...*, s. 404–406.

narodowe na praworządność wewnątrz państw jako jedną z gwarancji respektowania praw człowieka oraz utwierdzenia stosunków między państwami na fundamencie wyrzeczenia się wojny. Osoby sprawujące władzę mogą odpowiadać za naruszenie prawa międzynarodowego stanowiące refleks ich postępowania w imieniu państwa na forum krajowym. Rozwój prawa międzynarodowego po II wojnie światowej, naznaczony przez powstanie wyspecjalizowanych, międzynarodowych trybunałów karnych (dla Rwandy i b. Jugosławii), a następnie Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze, dowodzi, że granica między tym, co stanowi wyłączną domenę prawa międzynarodowego i wewnętrznego, systematycznie się zaciera. Prawo międzynarodowe w coraz większym stopniu zajmuje się kwestiami o charakterze wewnętrznym, jak prawa człowieka, ochrona środowiska, ochrona inwestycji, prawo karne, własność intelektualna, wolność handlu, zapobieganie konfliktom wewnętrznym itp.; trudno uznać za przesadę stwierdzenie, że w tych obszarach funkcją prawa międzynarodowego jest wzmacnianie praworządności w wymiarze wewnątrzpaństwowym³⁹. W konsekwencji dochodzi do dynamicznej reinterpretacji pojęcia suwerenności, coraz bardziej ograniczonego międzynarodową doktryną praw człowieka. O tym, czy państwo jest praworządne i jakie powinno w ogóle być jego prawo, przestają samodzielnie decydować władze publiczne w poszczególnych państwach.

Normy i dyrektywy wskazujące na znaczenie zasady praworządności są skierowane do państw tworzących liczne organizacje międzynarodowe.

W preambule Statutu Rady Europy⁴⁰ znajdziemy jednoznaczne potwierdzenie przywiązania umawiających się państw „do duchowych i moralnych wartości stanowiących wspólne dziedzictwo ich narodów i źródło zasad wolności osobistej, swobód politycznych i praworządności, które stanowią podstawę każdej prawdziwej demokracji”; zgodnie z art. 3 Statutu RE każdy członek Rady Europy uznaje zasadę praworządności oraz zasadę, iż wszystkie osoby pozostające pod jego jurysdykcją korzystają z praw człowieka i podstawowych wolności; musi też szczerze i wydatnie współpracować dla urzeczywistnienia celu Rady określonego w rozdziale I, jakim jest w szczególności „osiągnięcie większej jedności między jej członkami, aby chronić i wcielać w życie

³⁹ J. Crawford, *International law...*, s. 7–8.

⁴⁰ Dz. U. z 1994 r. Nr 118, poz. 565.

ideały i zasady, stanowiące ich wspólne dziedzictwo” (art. 1 lit. a Statutu RE). Należy również zaznaczyć, że wszystkie państwa członkowskie RE, w tym Polska, są stronami Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.⁴¹; w jej preambule również znajduje się deklaracja Rządów Państw-Sygnatariuszy – członków Rady Europy, iż uzgadniają treść umowy „...zdecydowane jako Rządy państw europejskich, działających w tym samym duchu i posiadających wspólne dziedzictwo ideałów i tradycji politycznych, poszanowania wolności i rządów prawa, podjąć pierwsze kroki w celu zbiorowego zagwarantowania niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji [Praw Człowieka z 1948 r.]”⁴².

Praworządność pojawia się w dokumentach Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (OBWE; ang. *The Organization for Security and Cooperation in Europe*, OSCE), jakkolwiek nie mają one charakteru prawnie wiążącego. Należy w tym miejscu w szczególności sposób wspomnieć o Karcie Paryskiej na rzecz Nowej Europy, przyjętej przez szefów państw i rządów ówczesnej Konferencji na rzecz Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie w dniach 19-21 listopada 1990 r. Powołując się na dziesięć zasad Aktu Końcowego z Helsinek (1975), państwa Konferencji zadeklarowały – w ramach rozdziału zatytułowanego ogólnie „Prawa człowieka, demokracja i praworządność” – swoje zobowiązanie do budowania, konsolidacji oraz umacniania demokracji jako jedyne systemu rządów. Stwierdzając wagę i znaczenie praw człowieka uznały, że ochrona i promowanie tych praw stanowią podstawowe zadanie rządów. Ich poszanowanie jest najistotniejszym zabezpieczeniem przed wszechwładnym państwem, zaś ich przestrzeganie i pełna realizacja tworzą podstawę wolności, sprawiedliwości i pokoju. Demokratyczna forma rządów opiera się, jak głosi Karta Paryska, na woli narodu, wyrażanej regularnie w wolnych i sprawiedliwych wyborach. Podstawą demokracji jest poszanowanie dla osoby ludzkiej i rządów prawa. W dalszej części dokumentu wyszczególniono konkretne wymagania adresowane do państw-sygnatariuszy Karty, w szczególności dotyczące równości wobec prawa oraz podstawo-

⁴¹ Tekst pierwotny: Dz. U. z 1993 r. Nr 30, poz. 284, ze zm.; dalej również jako „EKPC” lub „Europejska Konwencja Praw Człowieka”.

⁴² Należy odnotować, że tekst angielski preambuły konwencji różni się pod względem semantycznym od tekstu francuskiego; mianowicie, użytemu w tym pierwszym zwrotowi *rule of law* odpowiada w tym ostatnim przypadku *prééminence de droit*, co trzeba byłoby tłumaczyć raczej jako „prymat” lub też „dominację” prawa. Nie ma jednak bezpośrednich dowodów potwierdzających to, że z tej różnicy wynikają konkretne, możliwe do zidentyfikowania skutki prawne.

wych wolności i praw politycznych, przy jednoczesnym zagwarantowaniu skutecznych środków prawnych przeciwko naruszeniu tych praw na poziomie zarówno krajowym, jak i międzynarodowym⁴³. Aby zabezpieczyć realizację postanowień Karty, państwa Konferencji zdecydowały się na instytucjonalizację dotychczasowej współpracy, m.in. tworząc Biuro Wolnych Wyborów (ang. *Office for Free Elections*) z siedzibą w Warszawie, dwa lata później przemianowane na Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka (ang. *Office for Democratic Institutions and Human Rights*, ODIHR). Kompetencje tej instytucji OBWE objęły m.in. monitorowania praworządności w państwach zrzeszonych w organizacji⁴⁴.

Niniejszy krótki szkic byłby niepełny bez choćby pobieżnej prezentacji dorobku sądów międzynarodowych jeśli chodzi o przestrzeganie praworządności. Od razu należy wyraźnie zaznaczyć, że przedstawia on się niejednolicie. Najwięcej wypowiedzi dotyczących praworządności odnotowuje judykatura Europejskiego Trybunału Praw Człowieka; nieco rzadziej odwołuje się do tej zasady Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Natomiast jednostkowe wypowiedzi innych sądów międzynarodowych, które odnoszą się do praworządności w stosunkach międzynarodowych, zostaną w niniejszym referacie pominięte ze względu na jego ograniczenie do wymagania przestrzegania tej zasady „wewnątrz państw”.

Dorobek prawny sądów międzynarodowych w interesującym nas obszarze dotyczy przede wszystkim prawa do sądu, co wskazuje na istotną więź pomiędzy tym prawem – gwarantowanym m.in. przez art. 6 ust. 1 EKPC – a praworządnością. Jednym z pierwszych orzeczeń ETPC odnoszących się wprost do tytułowej zasady był wyrok w sprawie *Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*⁴⁵. U podstaw skargi leżało uniemożliwienie skarżącemu więźniowi przez pozwane państwo dostępu do adwokata w celu ewentualnego wniesienia pozwu przeciwko strażnikowi więziennemu. Cytując preambułę konwencji

⁴³ Tekst Karty Paryskiej, zob. <https://www.osce.org/mc/39516> [dostęp: 20.08.2019 r.].

⁴⁴ Zob. informacje na stronie <https://www.osce.org/pl/odihr/13704> [dostęp: 20.08.2019 r.]; zgodnie z dokumentem przyjętym na konferencji w Helsinkach z 1992 r., ODIHR stanowi wyspecjalizowaną instytucję wspierającą państwa uczestniczące w Organizacji w celu „zapewnienia pełnego poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności, przestrzegania praworządności, promowania wartości demokratycznych ... oraz budowania, wzmacniania i ochrony instytucji demokratycznych, a także promowania w społeczeństwie tolerancji [*ensure full respect for human rights and fundamental freedoms, to abide by the rule of law, to promote principles of democracy and... to build, strengthen and protect democratic institutions, as well as promote tolerance throughout society*]”.

⁴⁵ Wyrok z 21.02.1975 r., skarga nr 4451/70, <https://hudoc.echr.coe.int/> [dostęp: 20.08.2019 r.].

o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Europejski Trybunał Praw Człowieka dążył do wzmocnienia argumentacji przemawiającej za naruszeniem przez Wielką Brytanię art. 6 ust. 1 EKPC. Rozważając zasadność stanowiska procesowego rządu brytyjskiego zaznaczył, że chociaż konwencja bez wątpienia ma charakter selektywny, chroni bowiem tylko niektóre z praw i wolności człowieka oraz nie uwzględnia praworządności w ramach przedmiotu i celu regulacji, to jednak błędem byłoby uznanie tego passusu preambuły jedynie za „mniej lub bardziej retoryczne odniesienie”, pozbawione znaczenia dla podmiotów dokonujących wykładni. Jedną z przyczyn, dla których rządy Państw-sygnatariuszy podjęły „pierwsze kroki w celu zbiorowego zagwarantowania niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji”, była ich głęboka wiara w praworządność. Jest więc zdaniem Trybunału zarówno rzeczą naturalną, jak i zgodną z wymaganiami dobrej wiary (art. 31 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów) uwzględnienie tego szeroko ujętego motywu przy dokonywaniu wykładni art. 6 ust. 1 EKPC zgodnie z przedmiotem i celem konwencji. Nawiązując do art. 3 Statutu Rady Europy Trybunał doszedł do przekonania, że trudno wyobrazić sobie rozstrzygnięcie o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym z uwzględnieniem poszanowania praworządności, jeżeli nie można uzyskać dostępu do sądów⁴⁶.

Późniejsze orzecznictwo Trybunału strasburskiego potwierdziło oraz rozwinęło tę argumentację. Unikając szczegółowego przywoływania stanowisk zawartych w wyrokach, wystarczy zaznaczyć, że przedstawiają one praworządność jako jedną z fundamentalnych zasad „europejskiego porządku publicznego”, niezbędną w społeczeństwach demokratycznych. Z zasady praworządności są wyprowadzane zasady szczegółowe, takie jak chociażby zasady: legalizmu, przewidywalności, pewności prawa, równości jednostek wobec prawa, kontroli działań władzy wykonawczej, dostępności środka prawnego w razie naruszenia praw i wolności, a także rzetelnego procesu sądowego⁴⁷. W sprawie *Engel i inni przeciwko Holandii* praworządność nazwano częścią „ducha” Konwencji oraz podniesiono, że leży ona u podstaw licznych jej przepisów⁴⁸. Nie brakuje przykładów bardziej konkretnych decy-

⁴⁶ Tamże, pkt 34 motywów wyroku.

⁴⁷ D. Melkonyan, *Concept of the Rule of Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, [w:] G. Ghazinyan i inn. (red.), *Materials of conference devoted to 80th of the Faculty of Law of the Yerevan State University*, Yerevan 2014, s. 340 i cytowane tam orzecznictwo.

⁴⁸ Wyrok z 8.06.1976 r., skargi nr 100/71, 5101/71, 5354/72 i 5370/72, pkt 69.

zji wskazujących na takie związki. W sprawie *Winterwerp przeciwko Holandii* Trybunał powiązał praworządność z zakazem arbitralnego pozbawienia wolności (art. 5 ust. 1 EKPC)⁴⁹; w sprawie *Malone przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* – z nakazem poszanowania życia rodzinnego lub osobistego, które w tym wypadku zostało naruszone przez brak regulacji prawnej odnośnie do rejestracji przez policję rozmów telefonicznych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych (art. 8 EKPC)⁵⁰. Wyjątkowe znaczenie w judykaturze strasburskiej przypisuje się roli sędziów i sądów w praworządnym społeczeństwie; judykatura potwierdza intuicyjnie wyczuwalną, bliską relację między omawianą zasadą a art. 6 ust. 1 EKPC⁵¹. W związku z tym należy zwrócić uwagę na te wyroki, w których dość jednoznacznie wskazywano na wymaganie niezależności sądów od innych władz, zwłaszcza władzy wykonawczej. Kwestionowano m.in. status wojskowych jako sędziów, których niezawisłość może zostać łatwo podana w wątpliwość. Jako sprzeczne z zasadą praworządności uznawano postępowanie skarżonego państwa, które ignorowało prawomocne wyroki sądowe nakładające określone obowiązki na władze publiczne⁵². W sprawie *Kleyn i inni przeciwko Holandii* Trybunał podkreślił wymaganie niezależności sądu, które ocenić należy przez pryzmat wyznaczania jego członków oraz ich kadencyjność, istnienie gwarancji zapobiegania zewnętrznym naciskom, jak również przez to, czy sąd posiada atrybuty zewnętrznej niezależności⁵³.

Gwarancje niezależności sądownictwa odgrywają istotną rolę w dokumentach o charakterze międzynarodowego *soft law*. W tym miejscu należy w szczególności odnotować sformułowanie Podstawowych Zasad Niezależności Sądownictwa (ang. *UN Basic Principles on the Independence of Judiciary*), przyjętych przez VII Kongres Narodów Zjednoczonych w sprawie Zapobiegania Przemocy i Postępowania wobec Sprawców Przemocy, odbywający się w Mediolanie w dniach 26.08–6.09.1985 r. i zaaprobowanych przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w rezolucjach nr 40/32 z 29 listo-

⁴⁹ Wyrok z 24.10.1979 r., skarga nr 6301/73, pkt 39.

⁵⁰ Wyrok z 2.08.1984 r., skarga nr 8691/79, pkt 79.

⁵¹ Por. J. Schukking, *Protection of human rights and the Rule of Law in Europe: A shared responsibility*, Netherlands Quarterly of Human Rights 2018, nr 35, z. 2, s. 155.

⁵² D. Melkonyan, *Concept of the Rule of Law...*, s. 342–344 i cytowane tam orzecznictwo; zob. m.in. zob. wyroki ETPC: z 28.05.2002 r., *Stafford przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 46295/99, pkt 78; z 12.05.2005, *Öcalan przeciwko Turcji*, skarga nr 46221/99, pkt 112 i 114; z 30.03.2005 r., *Taşkın i inni przeciwko Turcji*, skarga nr 46117/99, pkt 136.

⁵³ Wyrok z 6.05.2003 r., skargi nr 39343/98, 39651/98, 43147/98 i 46664/99, pkt 190.

pada 1985 r. oraz nr 40/146 z 13 grudnia 1985 r.⁵⁴ Wiele z zapisanych w nim zasad ma charakter wręcz oczywisty, jak chociażby wyrażony w zasadzie nr 1 wymóg zabezpieczenia niezależności sądownictwa na poziomie konstytucji oraz respektowania jej przez wszelkie instytucje, zwłaszcza rządowe. W kontekście obecnych wydarzeń polskich na uwagę zasługuje zasada nr 8, zgodnie z którą w zgodzie z Powszechną Deklaracją Praw Człowieka członkowie organów władzy sądowniczej posiadają równe z innymi obywatelami prawo do wyrażania opinii, przekonań, zrzeszania się oraz zgromadzeń, jednak z zastrzeżeniem, że w wykonywaniu tych praw, sędziowie będą zawsze postępować w sposób gwarantujący godność ich urzędu oraz bezstronność i niezależność sądownictwa.

Z oczywistych powodów niezależność sądownictwa była przedmiotem licznych dokumentów w systemie Rady Europy. Przede wszystkim należy tutaj wymienić rekomendacje Komitetu Ministrów do państw członkowskich w sprawie sędziów⁵⁵, a także liczne opinie Europejskiej Komisji na rzecz Demokracji przez Prawo (Komisji Wenneckiej), która jest organem doradczym Rady Europy o charakterze eksperckim. Oprócz standardów ogólnych, uwagę zwraca strukturalny aspekt gwarancji niezależności sądownictwa. Polega on ogólnie rzecz biorąc na uniezależnieniu systemu nominacji oraz odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów od wpływów politycznych, co nie jest możliwe, kiedy organy odpowiedzialne za te sprawy są personalnie zależne od innych władz⁵⁶.

Respektowanie praworządności jako jednej z podstawowych zasad prawa Unii Europejskiej zasługiwałoby na zupełnie odrębne omówienie, na które – siłą rzeczy – w tak krótkim wystąpieniu brak jest miejsca. Stąd jedynie hasłowo można wskazać na szczególną rolę, jaką nadaje praworządności zarówno prawo pierwotne (traktaty założycielskie), jak i ustawicznie ewoluujące orzecznictwo Trybunału Spra-

⁵⁴ Basic Principles on the Independence of the Judiciary Adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx> [dostęp: 20.08.2019 r.].

⁵⁵ Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities, <https://rm.coe.int/16807096c1> [dostęp: 20.08.2019 r.].

⁵⁶ Wyrok ETPC z 9.01.2013 r., *Volkov p. Ukraina*, skarga nr 21722/11, pkt 112; G. Buquicchio, S.R. Dürr, *Volkov vs. Ukraine and the Venice Commission's Approach to structural Independence of the Judiciary*, [w:] G. Harutyunyan (red.), *New Millennium Constitutionalism: Paradigms of Reality and Challenges*, Yerevan 2013, s. 323 i n.

wiedliwości UE. Już w jednym z pierwszych, fundamentalnych orzeczeń w sprawie *Van Gend & Loos* Trybunał wskazał na nową jakość prawa ówczesnej Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, która stanowi prawo adresowane nie tylko do państw członkowskich, lecz również do jednostek⁵⁷; w tym samym wyroku podkreślono również prawo jednostek do współuczestnictwa w kształtowaniu wspólnotowego porządku prawnego oraz skutecznego dochodzenia ich praw podmiotowych przed sądami. Za absolutnie przełomowe uznaje się orzeczenie w sprawie *Les Verts*, gdzie zadeklarowano, iż „Europejska Wspólnota Gospodarcza jest wspólnotą prawa”, co oznacza, że „zarówno państwa członkowskie, jak i instytucje podlegają kontroli zgodności wydanych przez nie aktów z podstawową kartą konstytucyjną, jaką stanowi traktat”⁵⁸. Prawo unijne w jego obecnym kształcie posiada więc wszelkie cechy pozwalające na określenie go jako opartego na zasadzie praworządności, przy czym przestrzeganie tej ogólnej zasady jest adresowane tyleż do instytucji samej Unii Europejskiej, co i do państw członkowskich⁵⁹. W szczególny sposób dotyczy to sądów krajowych, które z racji stosowania prawa Unii również mogą być określane mianem „sądów unijnych” i tak jak Trybunał Sprawiedliwości oraz inne sądy na szczeblu ponadnarodowym (Sąd Pierwszej Instancji, Sąd Służby Publicznej oraz inne unijne sądy wyspecjalizowane) muszą cieszyć się pełną niezależnością. Sąd krajowy bowiem jest „sądem prawa powszechnego” (*juge du droit commun*) w porządku prawnym Unii Europejskiej⁶⁰.

W ostatnim czasie orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości w sprawach dotyczących zasady praworządności nabiera wyjątkowego znaczenia. W orzeczeniu ze skargi Stowarzyszenia Sędziów Portugalskich stwierdzono, że art. 19 TUE, w którym skonkretyzowano afir-

⁵⁷ Wyrok TS z 5.02.1963 r., 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos przeciwko Nederlandse administratie der belastingen (Holenderskiej Administracji Celnej)*, ECLI:EU:C:1963:1.

⁵⁸ Wyrok TS z 23.04.1986 r., 294/83, *Partie écologiste „Les Verts” przeciwko Parlamentowi Europejskiemu*, ECLI:EU:C:1986:166, pkt 23.

⁵⁹ T. von Danwitz, *The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ*, *Fordham International Law Journal* 2014, nr 37, z. 5, s. 1312 i n. i oficie cytowane tam orzecznictwo. Najpełniej wyraża te założenia art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE): „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”.

⁶⁰ K. Lenaerts, *The Rule of Law and the coherence of the judicial system of the European Union*, *Common Market Law Review* 2007, nr 44, z. 6, s. 1645.

mowaną w art. 2 TUE wartość państwa prawnego, powierza zadanie zapewniania kontroli sądowej w porządku prawnym Unii nie tylko Trybunałowi, ale również sądom krajowym, które pełnią, we współpracy z Trybunałem, wspólne zadania, służące zapewnieniu poszanowania prawa w wykładni i stosowaniu traktatów. Państwa członkowskie są zatem zobowiązane – między innymi zgodnie z zasadą lojalnej współpracy wyrażoną w art. 4 ust. 3 akapit pierwszy TUE – zapewnić na swym terytorium stosowanie i poszanowanie prawa Unii. Na tej podstawie i zgodnie z postanowieniem art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE państwa członkowskie ustanawiają środki niezbędne do zapewnienia jednostkom poszanowania ich prawa do skutecznej ochrony sądowej w dziedzinach objętych prawem Unii. Jak stwierdza Trybunał, „samo istnienie skutecznej kontroli sądowej służącej zapewnieniu poszanowania prawa Unii jest nieodłączną cechą państwa prawa”⁶¹.

W oczekiwaniu na wyroki Trybunału Sprawiedliwości dotyczące spraw „polskich” warto zwrócić uwagę na istniejące wskazówki świadczące o tym, że gwarancje niezależności sądów i niezawisłości sędziów, wynikające m.in. z ciągłości konstytucyjnej kadencji oraz gwarancji wieku spoczynku, były już przedmiotem orzecznictwa. W wyroku dotyczącym reformy wieku emerytalnego sędziów węgierskich dokonano negatywnej oceny czystki kadrowej w sądownictwie przez pryzmat przepisów unijnego prawa antidyskryminacyjnego⁶². Choć przyjęte rozwiązanie może wydawać się zaskakujące z uwagi na pozostawienie na uboczu kwestii naruszenia podstawowych zasad prawa unijnego, w tym oczywiście zasady praworządności, wydaje się, że ten zabieg ze strony Komisji był celowy – pozwalał uniknąć zarzutu ingerencji w sprawy wewnętrzne państwa członkowskiego i wykazać, że Unia ogranicza się tylko do stawiania konkretnych wymagań „technicznych”⁶³. Porównując przedmiot skargi Komisji w tamtej sprawie z bieżącym stanowiskiem w odniesieniu do Polski dość wyraźnie widać zmianę strategii; zarówno treść motywów wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-216/18 PPU, *L.M.*, jak i fakt udzielenia

⁶¹ Wyrok TSUE z 27.02.2018 r., C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses przeciwko Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, pkt 32 i n.

⁶² Wyrok TSUE z 6.11.2012 r., C-286/12, *Komisja Europejska przeciwko Węgrom*, ECLI:EU:C:2012:687; stwierdzone naruszenie zobowiązań wynikających z prawa UE ograniczało się do art. 2 i art. 6 ust. 1 dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. L 303, 2.12.2000, s. 16; Pol. Wyd. Specj. rozdz. 5, t. 4, s. 79).

⁶³ T. von Danwitz, *The Rule of Law...*, s. 1344.

zabezpieczenia w sprawie *Komisja przeciwko Polsce*⁶⁴, pozwalają dostrzec, że instytucje Unii przechodzą do bardziej zdecydowanej obrony podstawowych wartości unijnego systemu prawnego⁶⁵. Jest to ważna zmiana jakościowa, a nie tylko retoryczna.

Podsumowując dotychczasowe uwagi należy stwierdzić, że orzecznictwo sądów międzynarodowych: ETPC i TSUE (rzecz jasna przywołane jedynie przykładowo i niewyczerpująco) oraz „miękkie prawo” międzynarodowe nadaje zasadzie praworządności doniosłe znaczenie w systemie Rady Europy i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz w ramach Unii Europejskiej. Dowodzi to istotnych związków między tą zasadą a prawami i wolnościami chronionymi przez EKPC oraz prawo Unii. W judykaturze widać wyraźnie przypisanie podstawowego znaczenia prawu do sądu oraz gwarancjom rzetelnego procesu sądowego, co bynajmniej nie wyczerpuje treści omawianej zasady, wskazuje jednak na brak możliwości zrealizowania przez umawiające się Państwa postulatów materialnie pojmowanej zasady praworządności bez istnienia odpowiednio ukształtowanego wymiaru sprawiedliwości. Naruszanie zatem obowiązku realizacji zasady praworządności prowadzi w prosty sposób do stwierdzenia naruszania odpowiednio Konwencji lub zobowiązań nałożonych przez Traktaty unijne. W pełni uzasadnione jest nadawanie zasadzie praworządności znaczenia nadrzędnej zasady prawnej, która chroni pozycję jednostki względem państwa oraz ma zapobiegać staczaniu się ustroju politycznego w państwach narodowych w otchłań autorytaryzmu.

4. Podsumowanie: perspektywy kontroli praworządności wewnątrz państw za pośrednictwem instrumentarium prawnomiędzynarodowego

W ostatniej części referatu chciałbym podjąć temat niełatwy i kontrowersyjny, wymagający jednak w mojej ocenie namysłu: czy stosunek zachodzący między prawem międzynarodowym a prawem krajowym pozwala w ogóle interweniować w obronie wartości tak bardzo uwikłanych w kontekst prawa krajowego, jak zasada praworządności?

⁶⁴ Zob. postanowienie Wielkiej Izby TSUE z 17.12.2018 r., C-619/18 R, *Komisja przeciwko Polsce (niezależność Sądu Najwyższego)*, ECLI:EU:C:2018:1021.

⁶⁵ Taki zresztą wniosek stawia najnowsze opracowanie polskie, zob. M. Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia systemu międzynarodowego*, Warszawa 2019, s. 38–40.

Jeżeli zaś tak, to jak daleko może posunąć się taka interwencja? Należy odnotować, że każde państwo dokonujące ingerencji w organizację swojego wymiaru sprawiedliwości powołuje się na suwerenność i niezależność od wpływów zewnętrznych; nie inaczej jest również w interesującym nas przypadku Polski⁶⁶. Czy zatem w ogóle istnieje dostatecznie poważne uzasadnienie aksjologiczne wprowadzenia zobowiązań do respektowania zasady praworządności w umowach międzynarodowych konstytuujących najważniejsze organizacje europejskie, a jeśli tak, to czy są one czymś więcej niż formułą retoryczną lub niewiążącą w sposób stanowczy dyrektywą? Czy prawo do swobodnego kształtowania ustrojów państwowych, deklarowane w licznych dokumentach międzynarodowych, nie powinno być uznane za ważniejsze i silniej chronione niż obowiązek respektowania praworządności?

Wydaje się, że na tak postanowione pytania odpowiedź przynosi krytyczna lektura traktatu „O wiecznym pokoju” Immanuela Kanta⁶⁷. Pierwszy artykuł definitywny postulowanego przez królewieckiego filozofa traktatu wszechświatowego zakładał zobowiązanie każdego państwa do ustanowienia „konstytucji republikańskiej”⁶⁸. Co prawda wydaje się, że ustrój w państwach „związku pokojowego” (*foedus pacificum*) nie musiałby być *stricte* republikański, jednak na pewno musi on zdaniem Kanta gwarantować pewne minimum: wolność wszystkich jednostek, ich formalną równość oraz inne prawa. Państwo przynależące do związku, które zwiąże się owym traktatem, ma funkcjonować w oparciu o reguły racjonalności i przewidywalności. Tylko takie państwa mogą ze sobą współpracować i coraz bardziej rozszerzać „stan wolności”. Nie nazywając tego w ten sposób, Kant w istocie myśli i pisze o ustanowieniu współpracy państw świata zachodniego na podstawie kanonu wspólnych wartości, gwarantowanego przez respektowanie praworządności. W centrum ma stać człowiek wyposażony w przyznany mu status konstytucyjny. Co więcej, w art. 3 (definitywnym) swojego traktatu Kant pisze wyraźnie o „prawie gościnności” (*hospitalitas*) jako gwarancji poszanowania praw jednostek

⁶⁶ Zob. chociażby publiczne oświadczenie Prezesa Rady Ministrów Mateusza Morawieckiego w serwisie Twitter z 14.12.2017 r., którego zdaniem „Europa powinna być Europą suwerennych państw, a suwerenne państwa mają absolutnie prawo, aby reformować swoje wymiary sprawiedliwości [*Europe should be a Europe of sovereign states, and sovereign states absolutely have the right to reform their justice*]”; <https://twitter.com/PremierRP/status/941299483060645888> [dostęp: 20.08.2019 r.].

⁶⁷ I. Kant, *O wiecznym pokoju. Zarys filozoficzny*, tłum. F. Przybylak, wstęp i red. K. Bał, Wrocław 1995.

⁶⁸ „Konstytucja cywilna każdego państwa powinna być republikańska”.

przez wszystkich członków paktu⁶⁹. Równe wszędzie gwarancje praw i wolności jednostek kreują „prawo kosmopolityczne”, czyli – obrazowo mówiąc – katalog praw, na które jednostki mogą powoływać się wszędzie i egzekwować ich przestrzeganie wobec każdego suwerena.

Nam współczesnym łatwo przychodzi zauważyć, że Kantowska idea „wiecznego pokoju” została właśnie zrealizowana w formie europejskich organizacji integracyjnych, jak Unia Europejska oraz Rada Europy. To jednak, czego w kantowskim traktacie idealnym zabrakło, a co wydaje się konieczne, to wyposażenie pokojowego związku (konfederacji, organizacji integracyjnej) państw w skuteczne środki sprzyjające respektowaniu zasadniczych zobowiązań ciężących na jego członkach. Jak wskazuje Jürgen Habermas, niespójność kantowskiej koncepcji wieczystej federacji narodów polega na bezwzględnym respektowaniu suwerenności państw. Prawo kosmopolityczne musi zostać zinstytucjonalizowane w taki sposób, aby było wiążące dla poszczególnych rządów. Wspólnota narodów powinna mieć zdolność zapewnienia zgodności działania jej członków z prawem przez zagrożenie sankcjami⁷⁰. Zmiany w stosunkach międzynarodowych i normatywne ograniczenie pola manewru suwerennych państw oddziałują na koncepcję federacji narodów oraz porządek kosmopolityczny⁷¹. Cytowany autor popiera pozytywny charakter praw i wolności człowieka jako części obowiązującego porządku prawnego i uznaje – choć nie bez wahania – konieczność ich egzekwowanie wobec państw⁷². Wprawdzie teoretycznie ta koncepcja kłóci się z wywodzoną z koncepcji suwerenności zasadą nieinterwencji w wewnętrzne sprawy państwa, wciąż uznawaną za obowiązującą według Karty Narodów Zjednoczonych; Habermas jednak nawołuje do poszukiwania odpowiednich środków godzenia międzynarodowej interwencji w obronie praworządności z prawem do demokratycznego samostanowienia⁷³.

Powyższe stanowisko filozoficzno-prawne trafnie akcentuje i uzasadnia tendencję posuwania się prawa międzynarodowego od zasady nieinterwencji w kierunku aktywnej ochrony tych wartości porządku prawnego, które zapewniają pokojową współpracę państw. We

⁶⁹ „Prawo obywatelstwa świata powinno być ograniczone do warunków powszechnej gościnności”.

⁷⁰ J. Habermas, *Kant's Idea of Perpetual Peace: At Two Hundred Years' Historical Remove*, [w:] C. Cronin, P. De Greiff (red.), *The Inclusion of Other: Studies in Political Theory*, Cambridge 1998, s. 179.

⁷¹ J. Habermas, *Kant's Idea...*, s. 182–183.

⁷² J. Habermas, *Kant's Idea...*, s. 186 i n.

⁷³ J. Habermas, *On the Relation between the Nation, the Rule of Law, and Democracy*, [w:] C. Cronin, P. De Greiff (red.), *The Inclusion of Other...*, s. 147, 150.

współczesnym stanie prawa międzynarodowego na pewno nie istnieje już absolutny immunitet rządów państw od jakiegokolwiek ingerencji w sprawy przestrzegania praw i wolności człowieka, zaś doświadczenie wyniesione z kataklizmu dwóch wojen światowych oraz późniejszych wojen domowych (Jugosławia, Rwanda) dowodzi, że konflikty zbrojne najczęściej mają swoje źródła w istotnych naruszeniach praworządności. Obrona praworządności jest więc obroną pokoju społecznego, co leży w sferze interesów nie tylko poszczególnych społeczeństw, lecz również państw. Co więcej, jeżeli zasada praworządności jest zapisana w umowie międzynarodowej jako zobowiązanie wynikające z członkostwa organizacji międzynarodowej, to przecież przestaje ona być sprawą czysto wewnętrzną zainteresowanego państwa, a staje się przedmiotem roszczeń ze strony innych członków organizacji oraz – ostatecznie – również tej organizacji jako tworu prawa międzynarodowego (oczywiście z uwzględnieniem granic jej kompetencji). Ostatecznie przestrzeganie zobowiązania nałożonego przez umowę międzynarodową – którą państwo związało się dobrowolnie – jest również kwestią związania państwa traktatem i jego wykonywania w dobrej wierze, co nie jest prawnie obojętne z perspektywy pozytywnego prawa międzynarodowego⁷⁴. Istnieją zatem podstawy do tego, aby zakresem interwencji prawa międzynarodowego objąć kwestie należące do tzw. domeny zastrzeżonej państw.

Warto również postawić pytanie, czy w sytuacji, gdy w ramach jednego reżimu prawnomiędzynarodowego nie istnieją dostatecznie rozwinięte standardy prawne dotyczące praworządności, istnieją podstawy do tego, aby „zapożyczyć” je z innego podsystemu? Taka sytuacja ma miejsce w ramach prawa unijnego, które dotychczas nie wypracowało kompleksowego probierza oceny praworządności w państwach członkowskich. Nie oznacza to jednak bezradności i bezsilności organizacji międzynarodowej wobec państw podważających jej cele działania. Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 6 ust. 3 TUE prawa podstawowe, zagwarantowane w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych Państwom Członkowskim, stanowią część prawa Unii jako zasady ogólne prawa. Do takich praw należy m.in. prawo każdego do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia

⁷⁴ Zob. art. 26 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, sporządzonej w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r. (zał. do Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439; dalej jako „KWPT”).

jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzygnięciu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej, wyrażone w art. 6 ust. 1 EKPC. Analogiczne prawo jest wyrażone w art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, jednak z zastrzeżeniem zakresu zastosowania Karty uregulowanego w jej art. 51 zdanie pierwsze⁷⁵. Treść tego przepisu wywołuje wątpliwości – choć w ostatnim czasie coraz mniejsze – co do możliwości powoływania się na Kartę w odniesieniu do krajowych systemów sądownictwa, co nie w każdym wypadku można w sposób pewny potraktować jako objęte „stosowaniem prawa Unii”⁷⁶. Nawet jednak przy założeniu, że obowiązujący stan prawny nie pozwala na ekstensywną interpretację Karty Praw Podstawowych i jej stosowanie do sytuacji wewnątrz państw członkowskich, jest jednak możliwe skorzystanie przez instytucje unijne zajmujące się kwestią praworządności z bogatego dorobku prawnego ETPC na podstawie przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w związku z art. 6 ust. 3 TUE. Takiej możliwości nie można wykluczać zwłaszcza przy czekającej Trybunał ocenie zgodności z prawem unijnym reform polskiej Krajowej Rady Sądownictwa⁷⁷.

Konkludując dotychczasowe rozważania wypada stwierdzić, że spełnianie warunku „rządów prawa” w prawie międzynarodowym oznacza przede wszystkim jedną z przesłanek powstania stosunku członkostwa państwa w organizacjach międzynarodowych stawiających sobie za cel promowanie przestrzegania praw człowieka lub dalej idące cele – integracji regionalnej narodów i państw. Praworządność w ostatecznym rozrachunku chroni interes jednostek (prawa i wolności), a pośrednio również innych państw pozostających w stosunkach z państwem zobowiązanym do jej respektowania. Dlatego wła-

⁷⁵ „Postanowienia niniejszej Karty mają zastosowanie do instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii przy poszanowaniu zasady pomocniczości oraz do Państw Członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii”.

⁷⁶ Por. K. Lenaerts, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, *European Constitutional Law Review* 2012, nr 8, z. 3, s. 375 i n. (generalnie opowiada się za szeroką interpretacją zakresu zastosowania Karty Praw Podstawowych, polegającą na przyjęciu, że sfery zastosowania KPP i ogólnych zasad prawa unijnego pokrywają się).

⁷⁷ Zob. opinię Rzecznika Generalnego E. Tancheva z 11.04.2019 r. w sprawie C-619/18, ECLI:EU:C:2019:325, *ibidem* zob. zwłaszcza przyp. 52 i 53; do dorobku ETPC niekiedy nawiązywano w orzecznictwie dotyczącym prawidłowości ukonstytuowania sądów unijnych, zob. wyrok Sądu (Izby ds. odwołań) z 23 stycznia 2018 r., T-639/16 P *FV przeciwko Radzie Unii Europejskiej*, ECLI:EU:T:2018:22, pkt 71–74.

śnie państwo przystępujące do organizacji międzynarodowej, takiej jak Rada Europy lub – w stopniu jeszcze bardziej oczywistym – Unia Europejska przyjmuje na siebie ogólne zobowiązanie do urzeczywistnienia praworządności w swoim ustawodawstwie wewnętrznym oraz kierowania się nią we wszystkich swoich działaniach na płaszczyźnie stosunków regulowanych przez prawo wewnętrzne. Zobowiązanie to ma charakter międzynarodowy i jest zaciągane traktatowo – przez ratyfikację umowy międzynarodowej, która je wyraża. Należy zatem odrzucić jego definiowanie w kategoriach *legis imperfecta* oraz twierdzenie, że organizacje międzynarodowe nie posiadają interesu prawnego ani kompetencji do dokonywania oceny reform wewnętrznego systemu prawnego państw pod kątem ich zgodności z międzynarodowym standardem praworządności.

Zupełnie inną natomiast kwestią jest sankcja nieprzestrzegania zasady praworządności w prawie międzynarodowym. Sankcja w prawie międzynarodowym stanowi tzw. trudny temat⁷⁸, jak zresztą w każdym systemie zdecentralizowanym, który nie opiera się na ścisłej hierarchii norm prawnych, sądownictwie o obligatoryjnie wyznaczonej jurysdykcji oraz zinstytucjonalizowanych strukturach egzekwowania norm⁷⁹. Rozważając problem sankcji międzynarodowych za nieprzestrzeganie praworządności, należy odrzucić niemal odruchowe ich kojarzenie z powszechnym stosowaniem przymusu w celu zagwarantowania postępowania zgodnego z normą prawną⁸⁰. Sankcja międzynarodowa może przybrać postać sankcji zbiorowych lub indywidualnych, lecz użycie środków przymusu stanowi właściwie margines stosowanych środków, zarezerwowany w zasadzie jedynie dla Rady Bezpieczeństwa ONZ, postępującej zgodnie z przepisami rozdziału VII (art. 39–51)

⁷⁸ W prawie międzynarodowym szeroko rozumiane sankcje przybierają postać sankcji zorganizowanych (zbiorowych) w systemie ONZ, środków odwetowych (ang. *countermeasures*); wymienia się również tzw. represalia i retorsje. W żadnym wypadku nie chodzi tu o pojęcia jednorodne, które można byłoby kategoryzować jako posiadające wspólną im naturę, nawet jeśli w tle znajduje się dążenie do naklonienia państw do przestrzegania porządku prawa międzynarodowego; szerzej zob. J. Menkes, M. Menkes, *Sankcje w prawie międzynarodowym – wybrane zagadnienia prawa i doktryny*, Przegląd Prawa Publicznego 2017, nr 1, s. 37 i n.

⁷⁹ Zob. W. Czaplński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, s. 2.

⁸⁰ Daleko idące wątpliwości odnośnie do posługiwania się przymusem bezpośrednim w prawie międzynarodowym towarzyszą nawet dyskusjom nad tzw. interwencją humanitarną, jaką podejmują państwa z uwagi na rzekomą „odpowiedzialność za ochronę” pokoju oraz podstawowych praw człowieka (*vide casus* Rwandy, Kosowa lub też Iraku); zob. M. Byers, *International law and the responsibility to protect*, [w:] C. Chinkin, F. Baetens (red.), *Sovereignty, statehood and state responsibility: essays in honour of James Crawford*, Cambridge 2015, s. 23 i n.

Karty Narodów Zjednoczonych. Oczywiście naruszenie praworządności rzadko kiedy może być zakwalifikowane jako zagrożenie pokoju i bezpieczeństwa międzynarodowego, a zatem w praktyce nie spowoduje zastosowania tak zwanych sankcji zbiorowych na podstawie Karty Narodów Zjednoczonych.

Niewiele większe jest prawdopodobieństwo stosowania sankcji indywidualnych (środków odwetowych) przez poszczególne państwa, zainteresowane wymuszeniem przestrzegania zasad praworządności przez innych członków społeczności międzynarodowej; mimo to sankcją w bardzo szerokim (właściwie potocznym) znaczeniu tego słowa jest niewątpliwie utrata zaufania między państwami, która zachęca państwa trzecie do zakwestionowania aktów władzy suwerena, jeśli ten w oczywisty sposób narusza zasady praworządności: państwa trzecie mogą wówczas odmówić uznania i wykonania aktu na swoich terytoriach. Najprostszym przykładem jest oczywiście odmowa uznania i wykonania orzeczenia wydanego w owym państwie. Sankcja odmowy uznania i wykonania aktu obcej władzy należy do krajowego systemu prawa, głównie procesowego (cywilnego, karnego), jednak intensywność jej stosowania niewątpliwie zależy od stosunków między państwami. Można więc powiedzieć, że wiąże się ona dość ściśle z płaszczyzną prawa międzynarodowego⁸¹.

Jak wynika z dotychczasowych rozważań, konkretnych podstaw prawnych do zastosowania sankcji międzynarodowych należy poszukiwać na płaszczyźnie prawa organizacji międzynarodowych. W literaturze mówi się w związku z tym o tzw. sankcjach organizacyjnych, tj. o środkach stosowanych przez organizacje międzynarodowe w celu nakłonienia adresatów do respektowania zobowiązań wynikających z członkostwa, a w ostateczności – w celu pozbawienia korzyści ze statusu w ramach organizacji, jeżeli adresat trwale nie podporządkuje się prawu⁸². Sankcje w systemie prawa Unii Europejskiej mają charakter zorganizowany i systemowy; manifestują się one zarówno na poziomie sankcji politycznych (procedura art. 7 TUE)⁸³, jak i odpowiedzialności państwa w trybie postępowania skargowego przed Trybunałem Spra-

⁸¹ M. Weller, *Mutual Trust: In Search of the Future of European Private International Law*, Journal of Private International Law 2015, nr 11, z. 1, s. 64 i n.; M. Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności...*, s. 375 i n.; M. Zachariasiewicz, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialno-prawnych interesów i wartości fori*, Warszawa 2018, s. 87 i n.

⁸² J. Menkes, M. Menkes, *Sankcje w prawie międzynarodowym...*, s. 50.


⁸³ M. Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności...*, s. 103 i n.

wiedliwości (art. 258–260 TFUE)⁸⁴. Prawo Unii Europejskiej pozwala przenosić sankcje niezgodności prawa krajowego z międzynarodowym standardem praworządności na poziom sądów krajowych; ich kompetencje w tym zakresie wynikają wprost z *acquis* tej organizacji międzynarodowej i dopóki dane państwo pozostaje członkiem UE, nie mogą zostać skutecznie ograniczone nawet wobec sądów w państwie, które dopuszcza się naruszania praworządności⁸⁵.

Z ogólnej perspektywy dochodzi się do konstatacji, iż prawo międzynarodowe zdecydowanie sprzeciwia się despotyzmowi i arbitralności władzy, nakazując państwom przestrzeganie praworządności w znaczeniu formalnym i materialnym. Jest to obowiązek wynikający już nawet z powszechnych norm prawa międzynarodowego; ulega on jedynie dalszemu wzmocnieniu na skutek uczestniczenia państw w organizacjach międzynarodowych, które praworządność traktują jako jedno ze zobowiązań wynikających z członkostwa. Zobowiązanie do przestrzegania praworządności „wewnątrz państw”, jako zasady ogólnej prawa międzynarodowego, w polskim porządku konstytucyjnym oznacza obowiązek działania zgodnie z tym zobowiązaniem nałożony na wszystkie organy państwowe, nie wyłączając Sejmu, Senatu i Prezydenta Rzeczypospolitej. Państwa nie mogą zatem zasłaniać się suwerennością w celu niestosowania standardów, które zaakceptowały wiążąc się umową międzynarodową. Stanowienie i stosowanie prawa – również na poziomie krajowym, w odniesieniu do podmiotów przynależnych do zainteresowanego państwa jako jego obywatele lub osoby prawne – musi respektować minimalne wymagania, takie jak zakaz działania prawa wstecz, powszechna znajomość prawa, równość wszystkich wobec prawa czy też prawo do właściwego, bezstronnego, niezawisłego i niezależnego sądu. Respektowanie tego rodzaju zobowiązania znajduje podstawę zarówno w prawie krajowym, jak i międzynarodowym; w polskim porządku konstytucyjnym należy jej upatrywać w art. 9 Konstytucji RP, natomiast na poziomie międzynarodowym – w art. 26 KWPT. Wobec tego ustawy zwykle, których treść narusza zasadę praworządności, np. ograniczając prawo do sądu „właściwego, niezależnego, bezstronnego i niezawisłego” (art. 45 ust. 1 Konstytucji) lub ignorując zasadę równości wszystkich wobec prawa, w państwach przyjmujących tego rodzaju zobowiązanie są nie do po-

⁸⁴ *Ibidem*, s. 156 i n.

⁸⁵ Por. *ibidem*, s. 304.



godzenia z ważnym zobowiązaniem międzynarodowym, wynikającym z ratyfikowanej umowy międzynarodowej. Niezależnie od sankcji międzynarodowych istnieje podstawa do tego, aby przepisy takich ustaw były pomijane przez sądy krajowe w procesie stosowania prawa zgodnie z art. 91 ust. 2 Konstytucji.



Mateusz Pilich*

The Rule of Law from the Perspective of International Law


1. Introduction

To accept the commitment to deliver a paper at a law seminar dedicated to the future of Europe based on the rule of law is both an honour and a major challenge to any academic. The events of the past three years have brought Polish society to a miserable condition where any public address on the rule of law could be misunderstood (incidentally or even purposefully) as taking sides in the dispute for or against the government and the parliamentary majority that supports it. The very timing of this conference, though scheduled long ago, could be so misinterpreted: we are in the midst of two cases pending before the Court of Justice concerning the rule of law in Poland understood as a leading principle of Union law;¹ it seems doubtful whether the upcoming judgments of the CJEU (whatever they are) may put an end to the debate about the reform of the Polish judicial system. It seems improbable since those cases are not the first ones to subject internal affairs of Poland to a legal review in an international and European forum;² none of the previously published international documents have sparked an in-depth reflection or at least the will to initiate a concrete debate about the direction of changes chosen by the “Law

* Dr. hab., professor of the University of Warsaw.

¹ Joined Cases C-585/18, *A.K. v Krajowa Rada Sądownictwa*, C-624/18, *C.P. v Sąd Najwyższy*, and C-625/18, *D.O. v Sąd Najwyższy* (the hearing before the Court was held on 19th March 2019); Case C-619/18, *Commission v Poland* (Advocate General Evgeni Tanchev presented his opinion on 11th April 2019).


² Cf. CJEU judgment of 25th July 2018, C-216/18 PPU, *L.M.*, ECLI:EU:C:2018:586 (authorising a court called upon to execute a European Arrest Warrant to first examine the impartiality and independence of the issuing Member State’s judiciary). It would be difficult to enumerate all the resolutions and reports of international bodies concerning respect for the rule of law in Poland; for example: Report of the Special Rapporteur to the 38th session of the UN Human Rights Council on the independence of judges and lawyers on his mission to Poland, A/HCR/38/38/Add.1, https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/38/38/Add.1; Venice Commission Opinion CDL-AD (2016)001 on the Amendments of the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland adopted at 106th Plenary Session, Venice (March 11-12, 2016), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)001-e); OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights: Opinion on Certain Provisions of the Draft Act on the Supreme Court of Poland (as of 26 September 2017), <https://www.osce.org/odihr/357621> [accessed: 20.08.2019].



and Justice” party. Yet, a debate is necessary since, in a sense, sorry as we may be about such state of affairs, Poland has become a testing ground for new concepts of case law, which could soon produce new principles and norms of European and international law. Who knows, maybe Polish internal affairs will in a few or a dozen years be seen as a turning point in the evolution of international organisations and the delineation of the exclusive competences of member states.

However, against all appearances, I do not intend to speak about current political events or the narrative surrounding cases pending before courts and tribunals, both national and international. In this paper, the internal affairs of Poland provide but a starting point for fundamental questions of academic nature, which concern any state and any government. In fact, the case of Polish judicial reforms is special and unique only to a certain degree; the relations between politics and the making and enforcement of law, in particular the appointment of judges to courts, is a function of the perennial struggle for power over the people. It seems that the abuse of power is not uncommon even in democratic states with an advanced political culture; it may simply be better hidden from the public and more sophisticated compared to states with less established systems; yet, it has the same symptoms and the same nature.³ Hence, it follows that this world is not a perfect world. No state or system is free of political leaders who try to escape liability under the law. No state or system has no-one in government who wants to be accountable to “God and history” alone. To prevent such abuse, we need to be aware of the threat and constantly remind the general public that there are no better ways of managing public

³ The annals of world history of the state and law have recorded the story, which is quoted perhaps all too often, of the reform of the Supreme Court of the United States proposed by F.D. Roosevelt, known as the “Court-Packing Plan”. After his re-election in 1937, the U.S. President proposed to increase the number of seats of federal judges in the U.S. Supreme Court from nine to fifteen. While the reform was presented publicly as a plan addressing the staffing needs of the Supreme Court due to its backlog and protracted procedures, the President was accused of pursuing his own agenda in the face of risks to the New Deal policy posed by case law passed by hostile conservative judges; the easiest way to overcome the issue would be to appoint friendly Democratic judges. There could be some truth to that attributed motivation: Roosevelt himself said that the life-long mandate of a judge “was not intended to create a static judiciary. A constant and systematic addition of younger blood will vitalize the courts.” The draft Judicial Procedures Reform Bill of 1937 stirred great public controversy and eventually stalled in the legislative process; cf. W.E. Leuchtenburg, *The Supreme Court Reborn: The Constitutional Revolution in the Age of Roosevelt*, New York-Oxford 1995, pp. 132 et seq. Incidentally, the President’s failure was not a symptom of threats to the rule of law (if such threats were genuine) as much as a sign of the strength of the constitutional system of checks and balances which restricts the presidential administration’s influence on the other branches of power. In the absence of such safeguards, the rule of law becomes merely an illusion.



affairs than a legal system based on the principles of equality, certainty, universality, and enforceability.

When we speak about the rule of law, we seldom think of international law. We tend to consider the rule of law to be an internal matter, understood in terms of relations governed by national law, and in particular by constitutional law. This is not a coincidence: the rule of law is of utmost importance to relations between the state and individuals; therefore, it is no wonder that rather than producing an autonomous concept of the rule of law, international law has accepted it “as is” for its own purposes. The position of the rule of law in international law remains vaguely defined. Hence, in the first place, one needs to analyse the concept of rule of law from a legal comparative perspective (2.), and secondly, define its relevance to international laws and case law (3.). On that basis, one may try to make a modest attempt of outlining the future evolution of international standards of the rule of law and the resulting requirements for states and their governments (4.).

2. The rule of law in national legal systems. Historical and comparative observations

While the notion of the rule of law is not unknown in contemporary international law, it certainly is its exogenic element, that is to say, it has come from outside. The notion was, first and foremost, discussed in the theory of Western constitutionalism (in particular, English, American and German), where it is the subject of countless analyses. The abundance of legal writing is hardly surprising: after all, the concept is of primary importance to the organisation and functioning of contemporary states. What is somewhat surprising at first sight is the particularity of national concepts, which typically reflect the course of evolution of national legal systems.

The case in point is the evolution of English law. A fundamental work on English constitutionalism by Albert V. Dicey, first published in 1885, defines the “rule of law” as a distinctive characteristic of the English constitution.⁴ It relies on three fundamental principles: the sovereign powers of the Parliament, the universal application of

⁴ “The rule of law, as described in this treatise, remains to this day a distinctive characteristic of the English constitution”; A.V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 8th ed., London 1915, p. 55.

national law, and the law-making powers of the judiciary. The balance of those principles protects individual freedoms from excessive and arbitrary interference by the executive branch. A special role in such protection is that of the legislature (Parliament) on the one hand and the courts on the other hand. It seems that the gist of the rule of law in the English legal system, in the opinion of Dicey, is the guarantee that legal norms follow the wishes of the nation, on the one hand,⁵ and that independent courts review the legality of measures taken by the government and its officials, on the other hand.⁶ Thus, the function of the judiciary in the context of the English concept of the rule of law is absolutely crucial as it is a guarantee of both individual freedoms and equality before the law.⁷

The concept of the rule of law defined by Dicey is clearly neither fully consistent nor unambiguous. It is comprised of different specific principles, and it reflects specific characteristics of English national law, which has never been codified but has, in a way, emerged bottom-up. Hence, it is considered a unique expression of the English legal tradition.⁸ It is significantly different even from the traditions of other Anglo-Saxon jurisdictions, especially the USA, which has a written (federal and state) constitution as well as a system of constitutional review through case law (of federal and state courts, in particular the US Supreme Court).⁹ However, the English concept has some

⁵ “The existence of [...] a difference between the permanent wishes of the sovereign, or rather of the King [...] and the permanent wishes of the nation, is traceable in England [...]. The remedy for this divergence was found in a transference of power from the Crown to the Houses of Parliament [...]; the difference between the will of the sovereign and the will of the nation was terminated by the foundation of a system of real representative government. Where a Parliament truly represents the people, the divergence between the external and the internal limit to the exercise of sovereign power can hardly arise, or if it arises, must soon disappear” (A.V. Dicey, *Introduction...*, p. 34).

⁶ “No man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary Courts of the land. In this sense the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint” (A.V. Dicey, *Introduction...*, p. 110).

⁷ “No man is above the law, but [...] every man, whatever his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals” (A.V. Dicey, *Introduction...*, p. 114).

⁸ Cf. M. Loughlin, *The rule of law in European jurisprudence*, Venice Commission Study 512/2009, CLD-DEM(2009)006, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-DEM\(2009\)006-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-DEM(2009)006-e), pp. 4-5, and other English publications cited therein [accessed: 20.08.2019].

⁹ H.J. Lauth, *Rechtsstaat, Rechtssysteme und Demokratie*, [in:] M. Becker, H.J. Lauth, G. Pickel (eds), *Rechtsstaat und Demokratie: Theoretische und empirische Studien zum Recht in der Demokratie*, Wiesbaden 2001 p. 27. American researchers emphasise that the importance of the rule of law must be explored empirically in the context of a specific legal system; they point to its general properties, including government under law, government of laws and not of men, as well as due process of law; that approach is specific in that, on the one hand, the foundation of the rule of law is laid by the U.S. Constitution and, on

universal properties, including mainly the prohibition of arbitrary interventions by public authorities, legitimacy by law, equality before the law, and the independence of the judiciary. Those properties, as will be discussed later, seem to be typical of and shared by other national traditions; as such, they must be relevant to the international perspective, as well.¹⁰

A very different concept of the rule of law has emerged in the German legal system. It is encapsulated by the notion of “legal state” (*Rechtsstaat*). The concept, which precedes the British notion, goes back to the dialectic conflict between liberal and conservative ideas which has shaped the history of Germany over the past centuries.¹¹ The term “legal state” first appears in the late 17th century in the context of the Enlightenment and anti-absolutism, in view of the need to protect individuals against violations of their inalienable rights and to ensure individual freedoms.¹² The notion of *Rechtsstaat* is then understood in opposition to *Polizeistaat* (police state), representing an advanced absolutist state governed by a vast bureaucracy.¹³ Thus, legal state is clearly associated with the desacralisation and rationalisation of power, a system of checks and balances, and guarantees of fundamental rights (individual freedom, safety, personal property). While it shares some elements with the English concept of the rule of law, the German notion is special in its affirmation of the power of the state to impose limits on individual rights and freedoms.¹⁴

After the defeat of the 1848 Spring of the Nations revolution, the German “legal state” undergoes gradual positivisation; by the end of the 19th century, it is in fact tantamount to a state whose organisation and functioning are fully governed by law. The functions of the law as

the other hand, the U.S. Supreme Court plays a key role of interpreting the law and creatively developing the constitutional system. This stands in stark contrast to the English system as American courts exercise distributed constitutional review and may refuse to apply legislative norms which are unconstitutional; cf. P.G. Kauper, *The Supreme Court and the Rule of Law*, Michigan Law Review 1961, vol. 59, No. 4, pp. 531 et seq.; from the perspective of other Anglo-Saxon jurisdictions, cf. e.g. an Australian monograph by G. De Q. Walker, *The Rule of Law: foundation of constitutional democracy*, Melbourne 1988.

¹⁰ A. Watts, *The International Rule of Law*, German Yearbook of International Law 1993, nr 36, p. 18.

¹¹ M. Loughlin, *op. cit.*, p. 6 (including broad references to German literature).

¹² After J.W. Petersen, *Literatur der Staatslehre* (published in 1798); cf. K. Wroczyński, *Pułapki państwa prawa*, [in:] P. Jaroszyński et al. (eds), *Człowiek i państwo*, Lublin 2006, p. 151; P. Tarasiewicz, *Państwo prawa i suwerenność człowieka*, [in:] S. Kowolik (ed.), *Od sprawiedliwości do państwa prawa*, Tarnowski Góry 2012, p. 11.

¹³ A. Dziadzio, *Koncepcja państwa prawa w XIX wieku – idea i rzeczywistość*, *Czasopismo Prawno-Historyczne* 2005, vol. 57, p. 178.

¹⁴ Cf. M. Loughlin, *op. cit.*, pp. 6–7.

the guarantor of relations between public authorities and individuals are reduced to the requirement of providing a legal basis for any interference with subjective rights; as sovereign, the state cannot be limited by “inalienable” rights as those are but a conventional product of its legislation.¹⁵ So understood, “legal state” loses the quality of being a fundamental constitutional value, turning instead into a descriptive concept of “rule by law.” It is easy to see how that rigid, formalistic concept of the rule of law would contribute to the success of the totalitarian Nazi system, which gave the pretence of legality to institutions violating human dignity and the natural sense of justice. That door was opened by the Weimar constitution of 1919 (not repealed after 1933), whose Article 48 gave the government a blanket power to act without a specific legal basis.¹⁶

After WWII, the concept of state of law in Germany has been completely restructured, for which credit is mainly given to the Federal Constitutional Court. The 1949 constitution of the Federal Republic of Germany (*Grundgesetz*) expressly uses the term “legal state” in only one provision, Article 28 paragraph 1;¹⁷ however, according to legal science, Articles 20, 23 paragraph 1, and 79 paragraph 3 of the German Constitution¹⁸ should be considered as the source of general constitutional principle; they define the principles of sovereignty of the people and the separation of powers, as well as the relationship between federal and national authorities and the position of the legislation and international treaties in the German legal system. There seems to be an internal conflict between the formal and the substantive approach to the principle of the legal state. In formal terms, it provides the fundamental guarantees of consistent and appropriate making and application of laws (including the hierarchy of the sources of law, the prohibition of retroactive effect, the principles of proper law making,

¹⁵ More on this issue, including an analysis of the impact of the Anglo-Saxon concepts on German studies as of the early 18th century, see: S. Kirste, *Die Rule of Law in der deutschen Rechtsstaatstheorie des 19. Jahrhunderts*, Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics 2013, vol. 21, pp. 23 et seq.

¹⁶ So-called Empowerment Acts (German: *Ermächtigungsgesetze*); cf. F. Ryszka, *Państwo stanu wyjątkowego. Rzecz o systemie państwa i prawa Trzeciej Rzeszy*, Warszawa-Wrocław 1985, pp. 467 et seq.

¹⁷ “The constitutional system in the Federal Member Countries must correspond to the principles of the republican, democratic and social rule of law within the sense of the present Basic Law.” [*Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen.*]

¹⁸ D. von der Pfordten, *On the foundations of the Rule of Law and the Principle of the Legal State/Rechtsstaat*, [in:] J.R. Silkenat, J.E. Hickey Jr., P.D. Barenboim (eds), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Basel 2014, p. 15.

the promulgation of laws, the legality of acts of public authorities, the system of checks and balances, the guarantee of the right to a fair trial, etc.). In substantive terms, it ensures respect for human dignity, fundamental rights, and the principle of proportionality. The legal state in the contemporary constitutional system should be understood in both aspects of the rule of law: formal and substantive.¹⁹

The notion of the rule of law is not unknown in other Western European countries, either, but it is not necessarily a copy of the German concept. It is not always enshrined directly in the national constitution;²⁰ if used in academic discourse, it may be attributed meanings far removed from the German model.²¹ The hierarchy and consistency of laws are not always equally relevant to the concept of the rule of law: in contrast to Germany, where the Federal Constitutional Courts plays a unique role, the Netherlands neither has a constitutional court nor distributed constitutional review and its courts are explicitly barred from refusing to apply laws passed by national parliament (Article 120 of the Constitution of the Kingdom of the Netherlands). This may seem to weaken the position of the judiciary in favour of the legislature; however, the courts overcome this handicap by exercising extensive review of national laws against international treaties, in particular the European Convention on Human Rights.²² Notwithstanding those major differences between national systems, it seems in the final analysis that the legal system of the Netherlands provides guarantees of rule of law (in a broader, substantive meaning) which are no weaker than those of Germany.

¹⁹ H.J. Lauth, *Rechtsstaat...*, pp. 32-33; D. von der Pfordten, *On the foundations...*, p. 24.

²⁰ For instance, the Constitution of the Italian Republic (Article 1 paragraph 2) only refers to sovereignty of the people exercised in the forms and within the limits of the Constitution [*La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione*]; cf. D. von der Pfordten, *On the foundations...*, p. 15, footnote 2.

²¹ For instance, the French notion of *l'État du droit*, developed to address the key deficiencies of the state after the Revolution, departs from the German notion of *Rechtsstaat*. Its key proponent, Raymond Carré de Malberg, differentiated between the “legal state” (*l'État légal*) and the “state of law” (*l'État de droit*); the former refers mainly to the public administration, which is bound by law (similar to the notion of the rule of law); the latter speaks to aspirations in the making of laws. Nevertheless, it has been argued that the French notion of the “legal state” has influenced legal studies but not the practical administration of law; M. Loughlin, *op. cit.*, pp. 9–10.

²² G. Corstens, *Understanding the Rule of Law*, Oxford-Portland 2017, pp. 57 et seq. Another author notices that due to the mentioned deficiencies of the system of protection of fundamental rights and liberties against the products of the political system, the Netherlands “... cannot be classified as marked by a well-developed constitutional and rule-of-law culture”; M. Adams, G. van der Schyff, *Constitutional Culture in the Netherlands: A Sober Affair*, [in:] M. Adams, A. Meuwese, E. Hirsch Ballin (eds), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge-New York 2016, p. 380.

The contemporary Polish state system has embraced the principle of the rule of law that is formally similar to the German constitutional concept. However, in contrast to the countries of “old Europe,” neither the academic discourse nor the evolving case law of the Constitutional Court in Poland engage in an in-depth analysis of the notion. The development of notions pertinent to the Polish state has been discontinuous, which has prevented the emergence of an autonomous and coherent model of the functions of law in the state. The first Polish constitution of 1921, adopted after the period of partitioning, did accept the principle of the “rule of law”; however, the democratic parliamentary system of government was short-lived. It may seem that the system of “authoritarian liberalism” established after the 1926 coup d’état encompassed the key concepts of the legal state but only if the concept of “legal state” is understood in a purely formal sense, as synonymous to “rule by law” rather than “rule of law.”²³ Nonetheless, the post-war period up to 1989 cannot be seen as conducive to that liberal, after all, systemic concept. So-called socialist rule of law, enshrined mainly in Article 4 paragraph 2 of the 1952 Constitution of the People’s Republic of Poland,²⁴ was more a caricature than a copy of that fundamental systemic concept of Western European states; given the supreme powers of the Polish United Workers’ party and its top leadership, the requirement for all public authorities to strictly comply with the laws of the Republic was evidently a mere formality. The socialist system was more like a police state than a legal state. Against that backdrop, Poland made great strides after 1989 in adopting the Western standards of the rule of law;²⁵ however, it seems it has not developed a coherent conceptual model. In the opinion of one researcher, the case law of the Constitutional Court in the context of Article 2 of the 1997 Constitution stretches the conceptual framework of the legal state (rule of law); as a consequence, the resulting concept becomes overly capacious and non-transparent. Criticism has been voiced about the impact of the principle of the rule of law on legal practice as being ineffective and inadequate; the emphasis put in the constitutional case law on the principle of trust of individuals in the

²³ Cf. W. Kozyra, *Konstrukcja państwa prawnego w Europie i Polsce na przełomie XIX/XX wieku*, Res Historica 2011, vol. 31, pp. 47 et seq.

²⁴ For instance, cf. J. Ziemiński, *Zasada praworządności jako metoda realizacji funkcji państwa socjalistycznego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1968, vol. 2, pp. 285 et seq.; J. Nowacki, *Praworządność: wybrane problemy teoretyczne*, Warszawa 1977.

²⁵ L. Morawski, *Spór o pojęcie państwa prawnego*, Państwo i Prawo 1994, vol. 4, pp. 3 et seq.

state and the law does not help to improve legal certainty and the quality of Polish legislation.²⁶ Notwithstanding various doubts, the authors of the Polish constitution have made it clear that the Polish state *de lege lata* respects the rule of law as a general legal principle, which has specific ramifications when it comes to the liability of Polish authorities in the international forum.

At the end of this brief discussion, it is worth addressing the question whether and possibly to what extent the international concept of the rule of law can be built on the basis of the comparative legal method, and to what extent is it autonomous in relation to the *acquis* of national legal systems? The separation of international law from national law systems (currently not as pronounced as it was in the first half of the last century) does not prevent us from using comparative arguments to determine what constitutes the “lowest common denominator” in terms of the rule of law. Using the comparative legal method to explain international legal concepts – especially when interpreting treaties – already has a fairly long history.²⁷ Most often, with the help of this method, guidelines, recommendations and other documents of international organizations responsible for promoting human rights are formulated, collectively referred to as “soft law”, which concern the establishment of standards of legality in the Member States; some will be discussed later in the paper. One might be tempted to suppose that if it were not for comparative law, it would not be possible to formulate such documents at all. International documents explaining law and order standards build a bridge between national laws and international law, leading to a kind of sublimation of the rule of law from the national level to the international level and concretising the interpretation of treaty provisions, which – as is the case for the rule of law – at first glance, rather general rules (principles) than strict rules of conduct.²⁸


In summary, notwithstanding all differences in the evolution of academic legal discourse and case law from one country to the next²⁹,

²⁶ J. Sozański, *Zasada demokratycznego państwa prawnego w polskiej praktyce prawnej*, *Kwartalnik Naukowy Uczelni Vistula* 2014, No. 4, p. 32.

²⁷ See E. Rabel, *Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung*, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1927, vol. 1, Issue 1–2, pp. 5 et seq.

²⁸ A.E. Boyle, *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, *International and Comparative Law Quarterly* 1999, vol. 48, issue 4, pp. 901 et seq.

²⁹ It was first and foremost within the framework of the EU law that the horizontal unity of the notion among Member States’ nations has been questioned, cf. W. Schroeder, *The European Union and the Rule of Law---State of Affairs and Ways of Strengthening*, [in:] W. Schroeder (ed.), *Strengthening the Rule of*



one can, however, express a cautious belief that the notion of the rule of law can be sufficiently sharpened by comparative research. Specific legal requirements – prohibitions and orders addressed to national authorities – result from the interpretation of the concept of the rule of law through documents of an international soft law nature. One may be tempted to put forward the thesis that the dynamic interpretation of treaties in the jurisprudence of international tribunals may and should lead to the giving of these standards a character of a legally binding international obligation enforceable against nation states.

Common conceptual points³⁰ of the rule of law include³¹: (1) the autonomy of the legal order in relation to non-legal norms and values; (2) the law being a tool of communication between social subjects; (3) the powers of the state to establish legal norms and to enforce laws via a professional apparatus of civil servants and courts; (4) self-limitation of the state in favour of individuals by means of the law. A specific state system is not at the heart of the rule of law understood in the formal sense: theoretically, undemocratic states may subscribe to the principle of the rule of law in that sense. In substantive terms, additional requirements apply, which are much more difficult if not completely impossible to meet in undemocratic states: individual rights and their protection are a fundamental concern of the state, which respects the plurality of interests and values and mediates between them by making and enforcing laws. In a state of rule of law in the full sense of the word, all individual interests should be duly considered and balanced in the making and enforcing of laws.³²

3. International law and the concept of the rule of law


The interest in the rule of law has gone up in the recent years in the study of international law although traditionally it was studied less

Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation, Oxford-Portland 2016, pp. 10–11.

³⁰ However, it should be noticed that a community of elementary values and principles constituting the rule of law can be considered to include Western countries only, while other non-Western cultures either reject it by default or modify it according to their own ideas about the role and place of law in a state; see R. Gosalbo-Bono, *The Significance of the Rule of Law and Its Implications for the European Union and the United States*, *University of Pittsburgh Law Review* 2010, vol. 72, pp. 229 et seq., pp. 288–290.

³¹ J. Przedzińska, *Ab ovo, czyli o koncepcji państwa prawa* [in:] J. Korczak (ed.), *Administracja publiczna pod rządami prawa. Księga pamiątkowa z okazji 70-lecia urodzin prof. zw. dra hab. Adama Blasia*, Wrocław 2016, <http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/publication/82629>, pp. 403–404 [accessed: 20.08.2019].

³² D. von der Pfordten, *On the foundations...*, p. 21.



diligently than the national law.³³ This may be due to the specificity of international law, which is much more politicised and less centralised in the ways it is made and applied than national law. Furthermore, the international community – the community of states – is nothing like the community of individuals ruled by law; throughout much of the modern era, it was merely a collection of entities operating in separation and disconnection, which had to cohabitate for historical reasons.³⁴ Under such conditions, it is much more difficult to exercise the typical functions of law as a regulating tool of the behaviour of social subjects; consequently, it is much more difficult to speak about the “rule of law”.

The foregoing, however, need not lead to the conclusion that contemporary international law is disinterested in the rule of law or that the rule of law is not one of its fundamental values. Neither does it imply that the governments of sovereign states have a blanket permission to act as they will. It is no coincidence that the notion of the rule of law has been present in acts of international law for dozens of years. Great progress was made in the United Nations system after WWII. The International Court of Justice (ICJ) has always believed that the rule of law is a fundamental legal principle and may provide a basis for the development of international law through international case law under Article 36 of the ICJ Statute. The rule of law as a principle of international law – a principle applicable to relations between states – implies that international relations are not governed by the arbitrary dictate of the superpowers but by legal norms which are equal for all participants of the international community.³⁵

Therefore, if the mutual behaviour of states is, like the behaviour of individuals and organisations, governed by law, then there is a truly international rule of law, which corresponds to the principle of the rule of law in national law and directly pertains to the organisation and functioning of the international community. The rule of law

³³ There are few systematic studies in international law; cf. A. Watts, *op. cit.*, pp. 15 *et seq.*; I. Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, The Hague 1998; J. Crawford, *International Law and the Rule of Law*, *Adelaide Law Review* 2003, vol. 24, pp. 3 *et seq.*; K.J. Keith, *The International Rule of Law*, *Leiden Journal of International Law* 2015, vol. 28, pp. 403 *et seq.*; C. Villegas Delgado, *International Rule of Law or Rule of Law Among Nations? The General Assembly of UN and The Rule of Law*, *EAFIT Journal of International Law* 2016, vol. 7, No. 2, pp. 6 *et seq.*

³⁴ A. Cassese, *States: Rise and Decline of the Primary Subjects of the International Community* [in:] B. Fassbender, A. Peters (eds), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford 2013, p. 51.

³⁵ P.C. Jessup, *The International Court of Justice and the Rule of Law*, *World Affairs* 1945, vol. 108, No. 4, pp. 234 *et seq.*

can be taken to the international level based on the monist vision of international law, outlined for instance by Hans Kelsen, who believed that international law as a legal system has the same nature as national law, even if it is at an early stage of development. In line with this concept, the development of the law of the nations will with time give rise to an organised system of sanctions for violations of international rights and obligations, as well as an international judicial system. According to Kelsen, the ultimate objective of the evolution of international law, which he believes to be fully consistent with national law, is to “create a global state”. His vision, which remains unfulfilled to this day, precludes arbitrary behaviour of states and restricts their discretionary powers in relation to other participants of the international community.³⁶

The implementation of the principle of the rule of law in international relations, which may be called the “rule of law outside of states”, pertinent and necessary as it is *de lege lata* for peaceful international relations, remains in the background of this present discussion. The main topic of this seminar – the future of Europe based on the rule of law – concerns a section of social relations different from the relations between states (and other members of the international community) alone. The remainder of this paper focuses on a meaning of the rule of law in the norms of international law which is different from the “truly international” meaning of the notion in question. As an international rule, the rule of law in the states is characterised by the fact that although it is addressed directly to the authorities of sovereign states, it does not concern their direct relations with other subjects of international law. Surprising as it may seem that international law may interfere with internal affairs of a state, it has been certain at least since the Nuremberg trials that the international liability of those in power in sovereign states extends well beyond international relations and touches on internal relations between the state and individuals.³⁷

³⁶ H. Kelsen, *Czysta teoria prawa [Pure Theory of Law]*, R. Szubert (transl.), A. Bosiacki (ed.), Warszawa 2014, pp. 449 et seq.

³⁷ A. Bayefsky, *The Legacy of Nuremberg*, [in:] H.R. Reginbogin, C.J.M. Safferling (eds), *The Nuremberg Trials: International Criminal Law Since 1945. 60th Anniversary International Conference/Die Nürnberger Prozesse: Völkerstrafrecht seit 1945. Internationale Konferenz zum 60. Jahrestag*, München 2006, p. 251. Particularly instructive in this regard is the third Nuremberg trial of sixteen lawyers, including nine officials of the Ministry of Justice of the Third Reich. They were charged with war crimes, crimes against humanity, and membership of criminal organisations (SS); it should be noted that the trial included both crimes against citizens of the Allied countries and those against citizens of the Reich. For instance, one of the charges against Franz Schlegelberger was that his actions as an official of the Ministry of Justice


Those latter relations have become the primary focus of the study of international law. To be sure, examples of the assessment of internal legislation of states, made by international courts from the perspective of observing the rule of law, were known before the last world war³⁸; while the immensity of its atrocities made the legal environment more sensitive to the need to protect individuals against the arbitrariness of national authorities.

It seems that the real legacy of the Nuremberg trials is that international law pays special attention to the rule of law within states as a guarantee of respect for human rights and the foundation of relations between states based on rejection of war. Those in power may be liable for infringements of international law caused by their actions taken on behalf of the state in the national forum. The development of international law after WWII, marked by the emergence of specialised international criminal courts (the Rwanda and the former Yugoslavia criminal courts) followed by the International Criminal Court in the Hague, suggests that the borderline between the exclusive remit of international law and that of national law is disappearing. International law increasingly deals with internal matters of states, including human rights, environmental protection, protection of investments, criminal law, intellectual property, free trade, prevention of domestic conflicts, etc.; it would be no exaggeration to say that the function of international law in those fields is to reinforce the rule of law within states.³⁹ In consequence, the notion of sovereignty is being reinterpreted in new ways as it becomes ever more restricted by the international human rights doctrine. Public authorities can no longer

caused the execution by the Gestapo of a Jewish Berliner Markus Luftglass, who was initially sentenced by a criminal court to 2.5 years of imprisonment for stealing food. Press reports about the sentence made Hitler angry with the seemingly lax penalty. The official at trial acted according to the wishes of the “leader of the German nation” and, in the opinion of the Court, in gross violation not only of the rights of the defendant but also the requirements of the separation of powers and the independence of the judiciary; H. Reicher, *The Jurists’ Trial and Lessons for the Rule of Law*, [in:] H.R. Reginbogin, C.J.M. Safferling (eds), *The Nuremberg Trials...*, p. 176.

³⁸ See a particularly interesting example of the advisory opinion of the Permanent Court of International Justice regarding the compliance of certain legislative acts of the Free City of Danzig with its Constitution, being challenged because of its incompatibility with the universally recognized rule of law enshrined in the international Versailles system. The aforementioned Danzig criminal laws, modelled upon the Nazi patterns, had introduced responsibility by analogy; see *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Free City of Danzig*, PCIJ Advisory Opinion of 4 December 1935, Series A / B 65; more on this subject, see K.J. Keith, *op. cit.*, pp. 404–406.

³⁹ J. Crawford, *op. cit.*, pp. 7–8.



decide single-handedly whether their state is one ruled by law and what its laws should be like.

There are norms and directives which emphasise the importance of rule of law that are addressed to states which participate in many different international organisations.

The preamble to the Statute of the Council of Europe⁴⁰ expressly reaffirms the devotion of the contracting states “to the spiritual and moral values which are the common heritage of their peoples and the true source of individual freedom, political liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy”. According to Article 3 of the Statute of the Council of Europe, “[e]very member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and collaborate sincerely and effectively in the realisation of the aim of the Council as specified in Chapter I”, that is, “to achieve a greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage” (Article 1(a) of the Statute of the Council of Europe). Furthermore, all of the member states of the Council of Europe, including Poland, are a party to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, made in Rome on 4 November 1950;⁴¹ its preamble contains a declaration of the signatory governments of the member states of the Council of Europe “... being resolved as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration [of Human Rights of 1948]”.⁴²

The rule of law is present in documents of the Organisation for Security and Co-operation in Europe (OSCE), even though they are not legally binding, in particular, the Charter of Paris for a New Europe, adopted by the heads of state or government participating in the Conference on Security and Co-operation in

⁴⁰ Dziennik Ustaw (Journal of Laws) of 1994, No. 118, item 565.

⁴¹ Original text: Dziennik Ustaw (Journal of Laws) of 1993, No. 30, item 284, as amended; hereinafter, “ECHR” or “European Convention on Human Rights”.

⁴² It should be noted that the English version of the preamble to the Convention is semantically different from the French version: the former employs the term *rule of law* where the latter speaks of *prééminence de droit*, i.e. primacy or predominance of law. However, there is no direct evidence that the difference leads to specific identifiable legal consequences.

Europe on 19th – 21st November 1990. With reference to the Ten Principles of the Helsinki Final Act (1975), the states participating in the Conference declared, in the section under the general heading “Human Rights, Democracy and Rule of Law,” that they “undertake to build, consolidate and strengthen democracy as the only system of government”. In recognition of the importance of human rights, the Conference concluded that “[t]heir protection and promotion is the first responsibility of government. Respect for them is an essential safeguard against an over-mighty State. Their observance and full exercise are the foundation of freedom, justice and peace”. According to the Charter of Paris, “[d]emocratic government is based on the will of the people, expressed regularly through free and fair elections. Democracy has as its foundation respect for the human person and the rule of law”. The Charter defines specific requirements addressed to the signatory states, including equality before the law and fundamental political rights and freedoms, and it guarantees effective remedies against violations of those rights at the national and international level.⁴³ To ensure that the Charter is observed, the states participating in the Conference decided to institutionalise their co-operation and established the Office for Free Elections with its seat in Warsaw, which was two years later renamed the Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR). ODIHR is responsible among others for monitoring the rule of law in the OSCE member states.⁴⁴

This brief overview would be incomplete without a discussion of the case law of international courts concerning the rule of law. It should be noted at the very outset that the case law is rather fragmented. The case law of the European Court of Human Rights is most ample in matters of the rule of law while the Court of Justice of the European Union makes less frequent references to the rule of law. The case law of other international courts concerning the rule of law in international relations is scant and limited to the enforcement of the rule of law “within states”; as such, it will not be discussed here.

The existing body of international law in the area of our interest mainly concerns the right to a fair trial, which suggests there is

⁴³ Charter of Paris, cf. <https://www.osce.org/mc/39516> [accessed: 20.08.2019].

⁴⁴ Cf. <https://www.osce.org/pl/odihr/13704>; according to the 1992 Helsinki document, ODIHR is a specialised institution which helps the participating States to “ensure full respect for human rights and fundamental freedoms, to abide by the rule of law, to promote principles of democracy and... to build, strengthen and protect democratic institutions, as well as promote tolerance throughout society” [accessed: 20.08.2019].

a significant link between this right, which is guaranteed i.a. by Article 6 paragraph 1 ECHR, and the rule of law. Early judgments of the ECtHR which make direct reference to the principle of rule of law include the case of *Golder v the United Kingdom*.⁴⁵ The applicant was a prisoner who claimed that the state barred him from contacting a lawyer in order to file an action against a prison guard. With reference to the preamble of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Court of Human Rights accepted arguments to the effect that the United Kingdom violated Article 6 paragraph 1 ECHR. In its analysis of the pleas of the British government, the ECtHR noted that the Convention is indeed selective in that it protects only certain human rights and freedoms and “does not include the rule of law in the object and purpose of the Convention”; yet, “it would be a mistake to see in this reference a merely ‘more or less rhetorical reference’, devoid of relevance for those interpreting the Convention. One reason why the signatory Governments decided to ‘take the first steps for the collective enforcement of certain of the Rights stated in the Universal Declaration’ was their profound belief in the rule of law. It seems both natural and in conformity with the principle of good faith (Article 31 paragraph 1 of the Vienna Convention) to bear in mind this widely proclaimed consideration when interpreting the terms of Article 6 paragraph 1 according to their context and in the light of the object and purpose of the Convention”. With reference to Article 3 of the Statute of the Council of Europe, the Court concluded that “in civil matters one can scarcely conceive of the rule of law without there being a possibility of having access to the courts”.⁴⁶

Later case law of the Strasbourg Court reaffirmed and further developed this line of argumentation. Without quoting details of judgments, it should be noted that they present the rule of law as a fundamental principle of the “European public order”, necessary in a democratic society. The principle of the rule of law gives rise to specific principles, including the principle of legality, predictability, legal certainty, equality before the law, review of acts of the executive, remedies against violations of rights and freedoms, and a fair trial.⁴⁷

⁴⁵ Judgment of 21.02.1975, application 4451/70, <https://hudoc.echr.coe.int/> [accessed: 20.08.2019].

⁴⁶ *Ibidem*, paragraph 34.

⁴⁷ D. Melkonyan, *Concept of the Rule of Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, [in:] G. Ghazinyan et al. (eds), *Materials of conference devoted to 80th of the Faculty of Law of the Yerevan State University*, Yerevan 2014, p. 340 and the case law cited therein.

In the case of *Engel and others v the Netherlands*, the rule of law was named a part of the “spirit” of the Convention “from which the whole Convention draws its inspiration”.⁴⁸ In other judgments, the Court was more specific. In the case of *Winterwerp v the Netherlands*, the Court linked the rule of law with the prohibition of arbitrary deprivation of liberty (Article 5 paragraph 1 of the ECHR).⁴⁹ In the case of *Malone v the United Kingdom*, the Court linked the rule of law with the obligation to respect family and personal life, which is violated by the absence of regulations concerning the interception of telephone communications by the police in the context of criminal investigations (Article 8 of the ECHR).⁵⁰ The case law of the Strasbourg Court attaches special importance to the role of judges and courts in a society ruled by law; the case law reaffirms the intuitive close links between the rule of law and Article 6 paragraph 1 of the ECHR.⁵¹ ECtHR judgments expressly require that courts be independent of the other branches of power, especially the executive. The Court has questioned the status of military judges whose independence may be put in question. The Court considered that the state violated the principle of the rule of law as it ignored valid court decisions imposing specific obligations on public authorities.⁵² In the case of *Kleyn and others v the Netherlands*, the Court ruled that “in order to establish whether a tribunal can be considered ‘independent’ ... regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of safeguards against outside pressures and the question whether it presents an appearance of independence”.⁵³

The guarantees of independence of the judiciary play an important role in documents of an international soft law nature. The formulation of the Basic Principles on the Independence of the Judiciary Adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26th August to 6th September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions

⁴⁸ Judgment of 8.06.1976, applications 100/71, 5101/71, 5354/72 and 5370/72, paragraph 69.

⁴⁹ Judgment of 24.10.1979, application 6301/73, paragraph 39.

⁵⁰ Judgment of 2.08.1984, application 8691/79, paragraph 79.

⁵¹ Cf. J. Schukking, *Protection of human rights and the Rule of Law in Europe: A shared responsibility*, Netherlands Quarterly of Human Rights 2018, vol. 35, issue 2, p. 155.

⁵² D. Melkonyan, *Concept of the Rule of Law...*, pp. 342-344 and the case law cited therein; cf. ECtHR judgments of 28.05.2002, *Stafford v United Kingdom*, application 46295/99, paragraph 78; 12.05.2005, *Öcalan v Turkey*, application 46221/99, paragraphs 112 and 114; 30.03.2005, *Taşkın and others v Turkey*, application 46117/99, paragraph 136.

⁵³ Judgment of 6.05.2003, applications 39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99, paragraph 190.

40/32 of 29th November 1985 and 40/146 of 13th December 1985⁵⁴ should be noted here in particular. Many of the principles enshrined therein are obvious, for example, listed the requirement to safeguard the independence of the judiciary at the level of the constitution and to respect it by all institutions, especially government institutions (Principle [1]). In the context of current Polish events, Principle (8) deserves a special attention, as it stipulates that in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, members of the judiciary are like other citizens entitled to freedom of expression, belief, association and assembly; provided, however, that in exercising such rights, judges shall always conduct themselves in such a manner as to preserve the dignity of their office and the impartiality and independence of the judiciary.

For obvious reasons, the independence of the judiciary has been the subject of numerous documents in the Council of Europe system. First and foremost, the Recommendation of the Committee of Ministers to the Member States regarding judges should be mentioned here,⁵⁵ as well as the numerous opinions of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), which is an expert advisory body of the Council of Europe. In addition to general standards, attention is drawn to the structural aspect of the guarantee of independence of the judiciary. In general, it relies on the independence of the nomination system and disciplinary responsibility of judges from political influence, which is not possible when the bodies responsible for these matters are personally dependent on other authorities.⁵⁶

Respect for the rule of law as a fundamental principle of European Union law deserves a separate presentation, for which this paper is far too brief. Hence, what follows is a cursory discussion of the special role of the rule of law in primary law (establishing Treaties)

⁵⁴ Basic Principles on the Independence of the Judiciary Adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26th August to 6th September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29th November 1985 and 40/146 of 13th December 1985, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx> [accessed: 20.08.2019].

⁵⁵ Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities, <https://rm.coe.int/16807096c1> [accessed: 20.08.2019].

⁵⁶ ECtHR judgment of 9.01.2013, *Volkov v. Ukraine*, application No. 21722/11, paragraph 112; G. Buquichio, S.R. Dürr, *Volkov vs. Ukraine and the Venice Commission's Approach is a structural Independence of the Judiciary*, [in:] G. Harutyunyan (ed.), *New Millennium Constitutionalism: Paradigms of Reality and Challenges*, Yerevan 2013, p. 323 and n.

and the evolving case law of the Court of Justice of the European Union. In one of its early fundamental judgments in the case of *van Gend & Loos*, the Court pointed to a new quality of the law of the European Economic Community in that the law is addressed not only to the member states but also to individuals;⁵⁷ the judgment emphasises the right of individuals to participate in the development of the Community legal order and to enforce their subjective rights before courts. The judgment in the case of *Les Verts* is considered a watershed: it concludes that “the European Economic Community is a community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty”.⁵⁸ Union law as it stands has all the features necessary to conclude that it relies on the principle of the rule of law; the requirement to comply with this fundamental principle is imposed both on institutions of the European Union and to the member states.⁵⁹ It concerns in particular national courts, which apply Union law and as such may be considered “Union courts;” just like the Court of Justice and other supranational courts (the General Court, the Civil Service Tribunal and other specialised Union courts), they must enjoy full independence. National courts are “courts of common law” (*juge du droit commun*) in the legal order of the European Union.⁶⁰

Recent case law of the Court of Justice in matters concerning the rule of law is particularly relevant. In the case of the *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, the Court ruled that “Article 19 TEU, which gives concrete expression to the value of the rule of law stated in Article 2 TEU, entrusts the responsibility for ensuring judicial review

⁵⁷ Judgment of the Court of Justice of 5.02.1963, 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Nederlandse administratie der belastingen* (Netherlands Inland Revenue Administration), ECLI:EU:C:1963:1.

⁵⁸ Judgment of the Court of Justice of 23.04.1986, 294/83, *Partie écologiste “Les Verts” v European Parliament*, ECLI:EU:C:1986:166, paragraph 23.

⁵⁹ T. von Danwitz, *The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of the ECJ*, Fordham International Law Journal 2014, vol. 37, issue 5, pp. 1312 et seq. and the case law cited therein. The principle is most strongly expressed in Article 2 of the Treaty on the European Union: “The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail”.

⁶⁰ K. Lenaerts, *The Rule of Law and the coherence of the judicial system of the European Union*, CMLR 2007, vol. 44, issue 6, p. 1645.

in the EU legal order not only to the Court of Justice but also to national courts and tribunals, which in collaboration with the Court of Justice, fulfil a duty entrusted to them jointly of ensuring that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed ... The Member States are therefore obliged, by reason, inter alia, of the principle of sincere cooperation, set out in the first subparagraph of Article 4(3) TEU, to ensure, in their respective territories, the application of and respect for EU law ... In that regard, as provided for by the second subparagraph of Article 19(1) TEU, Member States are to provide remedies sufficient to ensure effective judicial protection for individual parties in the fields covered by EU law...”. As the Court stated: “the very existence of effective judicial review designed to ensure compliance with EU law is of the essence of the rule of law”.⁶¹


Pending the judgments of the Court of Justice in the “Polish” cases, one should take note of prior case law concerning guarantees of the independence of courts and judges, including an uninterrupted constitutional term of office and guarantees of the retirement age. In the case concerning the reform of the retirement age of Hungarian judges, the Court criticised the massive replacement of judges on grounds of Union anti-discrimination law.⁶² Surprising as the judgment may seem in that it leaves aside the matter of infringement of fundamental principles of Union law, including the rule of law, it seems that the Commission made a deliberate choice in order to avoid being accused of interfering with the internal affairs of a member state and to demonstrate that the EU simply imposes specific requirements that are “technical” in nature.⁶³ Comparing the subject matter of the Commission’s application in the Hungarian case with the Commission’s current approach in the Polish case, there has been a clear shift of strategy; the reasoning of the Court’s judgment in C-216/18 PPU, *L.M.*, and the interim relief granted in case *Commission v Poland*⁶⁴ suggest that the Union institutions are

⁶¹ CJEU judgment of 27.02.2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, paragraph 32 et seq.

⁶² CJEU judgment of 6.11.2012, C-286/12, *European Commission v Hungary*, ECLI:EU:C:2012:687; the only infringements found by the Court were infringements of Article 2 and Article 6 paragraph 1 of Directive 2000/78/EC of the Council of 27th November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (Official Journal L 303, 2.12.2000, p. 16; Special Polish Edition, chapter 5, vol. 4, p. 79).

⁶³ T. von Danwitz, *The Rule of Law...*, p. 1344.

⁶⁴ Order of the Court of Justice (Grand Chamber) of 15.11.2018, C-619/18 *Commission v Poland* (Indépendance de la Cour suprême), ECLI:EU:C:2018:910.



ready to defend the fundamental values of the Union legal system with more determination.⁶⁵ Rather than being a mere change of rhetoric, this creates a new quality.

In summary, the case law of both international courts, the ECtHR and the CJEU (quoted above by way of example only) as well as the “soft international law” amplifies the relevance of the principle of rule of law within the system of the Council of Europe and the European Convention on Human Rights and within the framework of the European Union. This corroborates the close links between the rule of law and the rights and freedoms protected by the ECHR and Union law. The case law attaches special importance to the right to and guarantees of a fair trial; far from exhausting the substance of the principle, it suggests that the contracting states cannot meet the criteria of the rule of law understood in substantive terms without having a properly organised judicial system. Therefore, non-compliance with the principle of the rule of law directly implies an infringement of the Convention and obligations under the Treaties. It seems reasonable that the rule of law should be understood as an overarching legal principle, which protects individuals in their relations with states and prevents the political systems of national states from falling into the abyss of authoritarianism.

4. Conclusions: Prospects of review of the rule of law within states through instruments of international law

The final part of this paper raises an issue which is complex and controversial yet deserving of reflection: Can the relations between international law and national law provide grounds for interventions in defence of values entangled in national law, such as the principle of the rule of law? And if so, then how far can such an intervention go? Every state which interferes with the organisation of its judicial system evokes its sovereignty and independence of external influence; this is also the case of Poland as discussed herein.⁶⁶ Are there solid

⁶⁵ That is, by the way, the conclusion of a recent Polish study, see M. Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia systemu ponadnarodowego*, Warszawa 2019, s. 38–40.

⁶⁶ Cf. for instance a public statement of the Prime Minister of Poland Mateusz Morawiecki on Twitter on 14th December 2017: “Europe should be a Europe of sovereign states, and sovereign states absolutely have the right to reform their justice”; <https://twitter.com/PremierRP/status/941299483060645888> [accessed: 20.08.2019].

axiological grounds to impose the obligation to respect the rule of law under international treaties establishing the leading international organisations; if so, are they more than mere rhetoric or a non-binding directive? Or perhaps the right to freely define the state system, enshrined in many international documents, should be given precedence and protection over the obligation to respect the rule of law.


These questions may be addressed based on a critical reading of Immanuel Kant's essay "Perpetual Peace".⁶⁷ The first Definitive Article of the peace treaty proposed by Kant requires every state to establish a "Republican Constitution."⁶⁸ The system of states of the league of peace (*foedus pacificum*) need not be republican strictly speaking; however, according to Kant, it must provide some fundamental guarantees: freedom of all individuals, formal equality, and other rights. A state which belongs to the league of peace and is bound by the treaty must follow the principles of rationality and predictability. Only such states can co-operate and further the "state of freedom." Without speaking in those very words, Kant in fact thinks and writes about the co-operation of Western states based on the canon of shared values guaranteed by respect for the rule of law. At its heart is the individual, granted a constitutional status. Furthermore, the third Definitive Article of Kant's treaty talks about the law of hospitality (*hospitas*) as a guarantee that all signatories of the treaty will respect individual rights.⁶⁹ Universal and uniform guarantees of individual rights and freedoms engender a "cosmopolitan law" or, to be more specific, a catalogue of rights which individuals may evoke everywhere and enforce from each sovereign.

In this day and age, one is quick to note that Kant's concept of "perpetual peace" has materialised in the form of European integration organisations: the European Union and the Council of Europe. What is missing in Kant's ideal treaty and yet seems necessary is that the league of peace (confederation, integration organisation) of states should be equipped with effective tools supporting respect for the fundamental obligations of its members. Jürgen Habermas is right to note that Kant's concept of a perpetual federation of nations is inconsistent in its absolute respect for the sovereignty of states. Cosmopolitan law must

⁶⁷ I. Kant, *O wiecznym pokoju. Zarys filozoficzny*, F. Przybylak, (transl.), K. Bal (ed.), Wrocław 1995.

⁶⁸ "The Civil Constitution of Every State Should Be Republican".

⁶⁹ "The Law of World Citizenship Shall Be Limited to Conditions of Universal Hospitality".



be institutionalised as binding on the governments. The community of nations must be able to ensure that its members follow the law or are otherwise sanctioned.⁷⁰ Shifts in international relations and normative restrictions imposed on the discretion of sovereign states influence the concept of a federation of nations and the cosmopolitan order.⁷¹ Habermas endorses the positive nature of human rights and freedoms as a part of the existing legal system and admits, albeit not without hesitation, that they must be enforceable against states.⁷² In theory, the concept stands in conflict with the principle of non-interference in the internal affairs of a state derived from its sovereignty, which still stands strong under the UN Charter; however, Habermas urges that we look for ways of reconciling international interventions in defence of the rule of law with the right to democratic self-determination.⁷³

This philosophical and legal concept highlights and justifies the shift in international law from the principle of non-interference to active defence of those values of the legal system which ensure the peaceful co-operation of states. Contemporary international law certainly no longer recognises the absolute immunity of the governments of states from any interference in matters of human rights and freedoms; the catastrophic experience of the two world wars and subsequent civil wars (Yugoslavia, Rwanda) proves that military conflicts are, more often than not, spurred by major violations of the rule of law. Therefore, to defend the rule of law is to defend social peace, which is in the interest of nations as well as states. Moreover, if the principle of the rule of law is enshrined in an international treaty as an obligation imposed on members of an international organisation, it is no longer a purely internal affair of a state and justifies claims raised by other members of the organisation and, in the final analysis, by the organisation itself as a subject of international law (within the limits of its powers). Last but not least, compliance with obligations imposed under international treaties, which states join voluntarily, is also a matter of being bound by a treaty and performing it in good faith, which is not without legal ramifications from the perspective of

⁷⁰ J. Habermas, *Kant's Idea of Perpetual Peace: At Two Hundred Years' Historical Remove* [in:] C. Cronin, P. De Greiff (eds), *The Inclusion of Other: Studies in Political Theory*, Cambridge 1998, p. 179.

⁷¹ J. Habermas, *Kant's Idea...*, pp. 182–183.

⁷² J. Habermas, *Kant's Idea...*, p. 186 et seq.

⁷³ J. Habermas, *On the Relation between the Nation, the Rule of Law, and Democracy* [in:] C. Cronin, P. De Greiff (eds), *The Inclusion of Other...*, pp. 147, 150.

positive international law.⁷⁴ Consequently, there are good reasons for interventions under international law to cover matters reserved for states.

Another interesting question is whether, if one system of international law contains no advanced legal standards of the rule of law, those could be “borrowed” from another subsystem. This is what happens in Union law, which has not yet developed a comprehensive litmus test to measure the rule of law in the member states. However, this does not mean that an international organisation is helpless and powerless against countries undermining its objectives. According to Article 6 paragraph 3 TEU, fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union’s law. Among others, in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law, as laid down in Article 6 paragraph 1 ECHR. The same right is established in Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, subject to the field of application of the Charter under the first sentence of Article 51.⁷⁵ This provision raises some doubts, less so in the recent time, as to the application of the Charter with respect to national judicial systems, which does not always clearly involve the “application of the Union’s law”.⁷⁶ However, even if the current legal status does not allow for an extensive interpretation of the Charter of Fundamental Rights and its application to internal affairs of the member states, the Union institutions responsible for the rule of law may avail themselves of the ample case law of the ECtHR under the European Convention on Human Rights in conjunction with Article 6 paragraph 3 TEU. This option cannot be ruled out, in particular, in

⁷⁴ Cf. Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties concluded at Vienna on 23rd May 1969 (Annex to Dziennik Ustaw [Legal Journal] of 1990, No. 74, item. 439).

⁷⁵ “The provisions of this Charter are addressed to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law”.

⁷⁶ Cf. K. Lenaerts, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, European Constitutional Law Review 2012, vol. 8, issue 3, pp. 375 et seq. (in general, Lenaerts argues in favour of a broad interpretation of the scope of application of the Charter of Fundamental Rights on the assumption that the fields of application of the Charter and the general principles of Union law overlap).

view of the Court's upcoming review of the reform of the National Council of the Judiciary of Poland under Union law.⁷⁷

In conclusion, it seems that compliance with the requirement of the "rule of law" in international law is a criterion of the membership of states in international organisations which promote respect for human rights and pursue other far-reaching objectives: regional integration of nations and states. In the final analysis, the rule of law protects the interests of individuals (individual rights and freedoms) and, indirectly, the interests of other states which maintain relations with the obliged state. This is why a state which joins an international organisation, such as the Council of Europe or, to an even greater degree, the European Union, commits itself to substantiating the rule of law in its national law and to respecting the rule of law in all relations governed by national law. Such obligations are international obligations assumed under an international treaty once it is ratified. Therefore, they cannot be defined in terms of *legis imperfectae*.

Quite a different issue is the sanction of non-compliance with the rule of law in international law. Sanctions are a 'hard case' for the international law⁷⁸ as a kind of a decentralized system, not based on a strict hierarchy of legal rules, lacking the centralized judiciary with obligatorily sphere of jurisdiction and institutionalized structures for enforcing legal standards of behaviour.⁷⁹ Considering the problem of international sanctions for non-compliance with the rule of law, it is necessary to reject its almost automatic association with the common use of coercion to ensure compliance with the law.⁸⁰ An international

⁷⁷ See Opinion by AG Evgeni Tanchev of 11.04.2019 in Case C-619/18, ECLI:EU:C:2019:325, cf. especially paras 52 and 53; ECtHR's achievements were sometimes referred to in the jurisprudence regarding the correctness of the constitution of EU courts, cf. judgment of the General Court (Appeal Chamber) of 23.01.2018, T-639/16 P *FV v. Council of the European Union*, ECLI:EU:T:2018:22, paragraphs 71 to 74.

⁷⁸ In international law, broadly understood sanctions assume the form of organised (collective) sanctions or countermeasures in the UN system, and so-called reprisals and retorsions. They are by no means a homogeneous concept that could be categorised as being of a common nature, even if they attain the objective of persuading states to comply with the international legal order.; cf. J. Menkes, M. Menkes, *Sankcje w prawie międzynarodowym – wybrane zagadnienia prawa i doktryny*, Przegląd Prawa Publicznego 2017, No. 1, pp. 37 et seq.

⁷⁹ See W. Czaplinski, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004, p. 2.

⁸⁰ Far-reaching doubts concerning the use of direct coercion in international law even accompany discussions about the so-called humanitarian intervention taken up by the states due to their alleged „responsibility to protect” peace and fundamental human rights (cf. the case of Rwanda, Kosovo or Iraq); zob. M. Byers, *International law and the responsibility to protect*, [in:] C. Chinkin, F. Baetens (eds), *Sovereignty, statehood and state responsibility: essays in honour of James Crawford*, Cambridge 2015, pp. 23 et seq.

sanction may take the form of either collective or individual sanctions, but the use of coercive measures is actually of a marginal application, in principle only for the UN Security Council actions in accordance with the provisions of Chapter VII (Articles 39-51) of the UN Charter. Of course, the violation of the rule of law can rarely be classified as a threat to international peace and security, so that in practice it will not lead to sanctions under the UN Charter.


The likelihood of individual sanctions (countermeasures, retaliatory measures) by the states interested in enforcing the rule of law by other members of the international community is not much more likely; nonetheless, the sanction in the very broad (actually colloquial) sense of the word undoubtedly is the loss of trust between states, which encourages third countries to challenge acts of a foreign sovereign, if the latter has manifestly violated the rule of law: under such a precondition, third countries can refuse to recognize and execute such acts on their own territories. The simplest example is, of course, the refusal to recognize and enforce a judgment issued abroad. The sanction of the refusal of recognition and enforcement of an act of foreign authority acting in breach of the rule of law belongs to the national legal system, mainly of procedural legal rules (in civil and commercial or criminal matters), yet the intensity of its application undoubtedly depends on relations between states. It can therefore be said that it is closely related to the system of international law.⁸¹

As it appears from the previous considerations, concrete legal grounds for applying international sanctions should be sought at the level of the law of international organizations. The mechanism of the so-called organizational sanctions⁸² belong to the most intensely discussed in the literature. Sanctions in the European Union law system are organized and systemic; they are manifested both at the level of political sanctions (cf. the procedure of Article 7 TEU)⁸³ and state responsibility for the breach of the Union law before the Court

⁸¹ M. Weller, *Mutual Trust: In Search of the Future of European Private International Law*, Journal of Private International Law 2015, vol. 11, issue 1, pp. 64 et seq.; M. Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności...*, pp. 375 et seq.; M. Zachariasiewicz, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, Warszawa 2018, pp. 87 et seq.

⁸² That is, measures used by international organizations to persuade the addressees to respect the obligations arising from membership, and ultimately – to deprive the benefit of the status within the organization, if the addressee permanently fails to comply with the law; J. Menkes, M. Menkes, *Sankcje w prawie międzynarodowym...*, p. 50, and further international sources cited therein.

⁸³ M. Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności...*, pp. 103 et seq.




of Justice (Articles 258-260 TFEU).⁸⁴ European Union law allows transferring sanctions for non-conformity of national law with the international rule of law standard to the level of national courts; their competence in this area stems directly from the *acquis* of this international organization and as long as a country remains a member of the EU, it cannot be effectively limited even to courts in a state that violates the rule of law.⁸⁵

From the general perspective, it may be summed up that international law strongly opposes the despotism and arbitrariness of power, obliging states to comply with the rule of law in both the formal and the substantive meanings of the term. Such an obligation is derived even from the general norms of international law; it is only further reinforced by the way of participation of states in international organizations making the rule of law as one of the obligations arising from the membership. In the Polish constitutional order, the obligation to comply with the rule of law “within states” as a general international law principle means the obligation to act in accordance with this obligation imposed on all state organs, including the Sejm (the lower House of Parliament), the Senate (the upper House), and the President of the Republic. States must therefore not use their sovereignty in order not to apply the standards which they have accepted through a binding international agreement. Laws, including laws at the national level which apply to subjects who are nationals or legal entities within the state, must be made and enforced in compliance with certain minimum requirements, including the prohibition of retroactive effect, universal awareness of laws, equality before the law, and the right to a fair trial by a competent, impartial and independent court or tribunal. This obligation is rooted in both national and international law; within the Polish constitutional system, it derives from Article 9 of the Constitution of Poland and, on the international level, from Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Hence, ordinary acts of Parliament of an obliged state which infringe on the principle of the rule of law, for instance by restricting the right to a fair trial by a “competent, impartial and independent court or tribunal” (Article 45 paragraph 1 of the Constitution) or by ignoring the principle of equality before the law, are in violation of important

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 156 et seq.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 304.



international obligations under a ratified international treaty. Regardless of international sanctions, there are good grounds for such acts to be ignored by national courts in the administration of justice in accordance with Article 91 paragraph 2 of the Constitution.

Włodzimierz Wróbel*

Podsumowanie konferencji

1. Moim zadaniem miało być podsumowanie dzisiejszej dyskusji oraz całej konferencji. Różnorodność poruszonych tematów i wątków sprawia, że wykonanie tego zadania przekracza moje kompetencje. Czas, jaki mi wyznaczono wykorzystam więc na podzielenie się kilkoma osobistymi refleksjami, które zrodziły się w trakcie wysłuchiwania znakomitych wystąpień referentów i uczestników dyskusji.


2. Tytuł naszej konferencji brzmi: „Przyszłość Europy opartej na rządach prawa”. Trudno mi powiedzieć, w jaki sposób uczestnicy tej konferencji, zwłaszcza ci, którzy przyjechali spoza granic Polski, oceniają atmosferę tego spotkania. Mieliśmy bowiem rozmawiać o przyszłości Europy, a gdy mowa o przyszłości to albo towarzyszy tej opowieści optymizm albo pesymizm. Jakie odczucie nam towarzyszyło?

Miejsce dzisiejszej konferencji jest szczególnie, choć równocześnie ambiwalentne. Nie chodzi przy tym wyłącznie o sam budynek i instytucję Sądu Najwyższego, ale wspólnotę polityczną i kulturową. Z jednej strony spotkaliśmy się w środku kryzysu, który tak szczegółowo diagnozował Pan Profesor Marek Safjan. Jesteśmy w Polsce, ale na mapie Europy jest kilka takich szczególnych miejsc zdefiniowanych przez kryzys – była o tym dzisiaj też mowa – to Bułgaria, Rumunia i Węgry. Mam jednak podejrzenie, że obecni na sali sędziowie z innych jeszcze krajów potrafiliby do owego krajobrazu kryzysu dodać nowe elementy i nowe miejsca. W perspektywie jednak analizy owego kryzysu, miejsce naszego spotkania jest w tym sensie ambiwalentne, że po dwóch latach, a może w istocie po czterech latach rozmontowywania przez władzę polityczną zasad funkcjonowania niezależnego sądownictwa, wciąż spotykamy się, w nadal funkcjonującym, konstytucyjnie legitymizowanym Sądzie Najwyższym. Fakt ten napawa optymizmem i zachęca do szukania odpowiedzi na pytanie, jak to się udało. Jakie mechanizmy zostały uruchomione, które pozwoliły przeciwstawić się kryzysowi, choć trzeba przyznać, że wielu innym konstytucyjnym instytucjom to się nie udało. Może analiza tego przypadku pozwoli na zrekonstruowanie pewnych wskazówek na przyszłość, do wykorzystania w innych miejscach i sytuacjach zagrożenia niezależnego sądownictwa?

* Sędzia Sądu Najwyższego, prof. Uniwersytetu Jagiellońskiego.

3. Subiektywnym *Leitmotivem* dzisiejszej konferencji są dla mnie słowa Pani Prezes niemieckiego Trybunału Federalnego o zaufaniu i kryzysie tego zaufania. Jeżeli ktoś przestaje spełniać nasze oczekiwania, robi coś z czym się nie zgadzamy, coś sprzecznego z wyznawanymi przez nas wartościami, tracimy do niego zaufanie. Zaufanie można też bardzo łatwo podważyć, jeżeli opowiada się o kimś złe rzeczy, jeżeli się go dyskredytuje, przedstawia jako wroga. Taki sposób niszczenia zaufania jest bardzo efektywny i jednocześnie bardzo prosty. Świadomość zagrożenia, jakie dziś występuje dla tej najbardziej fundamentalnej relacji, jaką jest zaufanie usłyszałem w wielu dzisiejszych wystąpieniach, w których sformułowano ostrzeżenia dla Europy i jej instytucji, ale także dla naszych wspólnot narodowych i ich instytucji, dla systemów sądownictwa. Wszystkim nam przecież towarzyszy świadomość doświadczeń europejskiej historii oraz szaleństw, do jakich w tej historii dochodziło. Przysłuchując się naszym obradom i tak często artykułowanemu przez wielu mówców niepokojowi, zadawałem sobie pytanie, czy taka konferencja mogłoby się odbyć w Berlinie w 1930 roku. I pewnie takie spotkanie, z takimi referatami, nie byłoby możliwe, co prowadzi do optymistycznej konkluzji, że po tych kilkudziesięciu latach jest na pewno lepiej. Możemy mieć poczucie, że historia czegoś nas nauczyła, uwrażliwiła i przez to przynajmniej w jakimś stopniu immunizowała. Przekonuje nas o tym często wieloletnie spokojne funkcjonowanie instytucji demokratycznego państwa prawnego, których załamanie wydaje się wręcz niewyobrażalne. Często posługujemy się frazą – to jest niemożliwe, bo przecież konstytucja, Konwencja Europejska czy prawo unijne tego zabrania. Poczucie stabilności może być jednak złudne. Historyczne szaleństwa nie odradzają się bowiem w tej samej postaci. Przyjmują nowe formy i twarze. W takiej sytuacji myślicym tropem w sytuacjach kryzysowych może być próba poszukiwania remediów w doświadczeniach historycznych.

4. Jeden z prelegentów mówił o zjawisku „post-prawdy”, w której dziś funkcjonujemy. Elementem owej post-prawdy, która w sposób fundamentalny podważa zaufanie – bo tam gdzie jest kłamstwo znika zaufanie – jest zjawisko tzw. *fake news (deep fake)*. Kryzys komunikacji i kryzys informacji niszczy zaufanie. Tymczasem środowisko post-prawdy, środowisko *fake news* zatacza coraz szersze kręgi. Atak na instytucje i procedury demokratycznego państwa prawa ma często postać tworzenia alternatywnej rzeczywistości. Dzisiaj musimy się już mierzyć ze zjawiskiem *fake-legislacji*. A także *fake-sądów* czy



fake-sędziów, udających tylko konstytucyjne instytucje. Jako prawnicy w zderzeniu z tą rzeczywistością jesteśmy często bezradni – bo brakuje nam języka do opisu rzeczywistości, w której ustawodawca przestaje być ustawodawcą a tworzone przez niego sądy przestają być sądami.

Pan Profesor Ryszard Piotrowski na początku swojego wystąpienia wspomniał o figurze sądu i sędziego jako podstawowym elemencie konstrukcyjnym kultury europejskiej. To sąd i sędzia jest instytucją tej kultury, której zdaniem jest też ochrona nas samych przed szaleństwem historii. Sąd i sędzia jako gwarancja nie tylko samych rządów prawa, ale także tego by owo prawo było sprawiedliwe i chroniło godność człowieka. Niestety w sytuacji kryzysu zaufania, figura sędziego i sądu nie może funkcjonować. Bo – nawiązując do słów Pani Profesor Gersdorf – sądy nie mają ani armii, ani pieniędzy dla wymuszenia posłuchu. Jedynym kapitałem jaki, posiadają sądy i sędziowie to zaufanie albo uznanie innych. Gdy owi inni nas uznają i rozpoznają w nas autorytet, możemy spełniać swoją kulturową rolę, o której wspominał Pan Profesor Ryszard Piotrowski.

Sądy i sędziowie zdani są więc na poszukiwanie uznania i zaufania. I kiedy nie znajdujemy ich u pozostałych władz – władzy wykonawczej czy ustawodawczej, gdy niekiedy te władze tworzą swoje własne „post-sądy” (bo przecież rzeczy można ponazywać w dowolny sposób), mamy ogromny kłopot z uzyskaniem owego uznania i zaufania u samych obywateli. Pamiętam doskonale ten moment, gdy dwa lata temu w dramatycznych okolicznościach ważyły się losy polskiego Sądu Najwyższego, a na ulice wyszli liczni obywatele tego kraju, w obronie niezależnego sądownictwa. Było to wyjątkowe wydarzenie – protesty uliczne w obronie sądów – z hasłami „To jest nasz sąd”. Ale nie możemy zapominać, że równie liczna część tego samego społeczeństwa chciała, by te bronione sądy i sędziowie zniknęli. Te właśnie sądy i sędziowie, którzy mieli stanowić element kultury europejskiej, czyli kultury tworzenia wspólnoty.

W czasie kryzysu w figurę sądu i sędziego wpisany jest dramat. Wymagamy od sędziego i sądu by bronił godności człowieka, sprawiedliwości, by chronił najsłabszych. Trzeba jednak zadać pytanie, kim są dzisiaj owi najsłabsi? W wielu krajach europejskich to imigranci i uchodźcy, osoby z mniejszości etnicznych, bezpaństwowcy, ludzie na marginesie życia społecznego. Ale dziś, także w Polsce ci „najsłabsi”, to mogą być osoby podejrzane o drobne przestępstwa, które to osoby aparat populistycznej władzy, dla społecznego poklasku, manipulacji

emocjami z naruszeniem wszelkich gwarancji procesowych, chce doprowadzić do zakładów karnych. Kim w takich sytuacjach stają się sędziowie? Wchodzą w rolę obrońców mniejszości przeciwko większości. Może być to większość partyjna, polityczna, ale może być to większość społeczeństwa. Pan Prezes Lozan Panow, Prezes Sądu Najwyższego Bułgarii, w jednym z wywiadów stwierdził niedawno, że sędziowie, kiedy zaczyna się kryzys konstytucyjny – a przecież kryzysem konstytucyjnym jest nie tylko przypadek, gdy wali się ustrój państwa, ale także sytuacja gdy większość chce mniejszość (religijną, polityczną, społeczną) pozbawić fundamentalnych praw – to sędziów broniących Konstytucji traktuje się jako sędziów angażujących się w świat polityki, w spór o władzę polityczną, w spór przeciwko władzy, przeciwko rządowi większości.

Dramat tej sytuacji polega na tym, że mają to być ci sami sędziowie, którzy następnie mają wyjść na salę rozpraw i pełnić rolę bezstronnych arbitrów wobec wszystkich, którzy na tej sali się znajdują. Także wobec ludzi władzy, czy tych którzy reprezentują większość. Czy w czasie kryzysu do tego dostateczny kapitał zaufania?

5. W czasie kryzysu sędziowie i sądy poszukują uznania. I nie znajdując go u innych władz, nie znajdując go we własnych społeczeństwach, uznania tego zaczynają szukać na poziomie ponadnarodowym, w trybunałach sprawiedliwości i sądach międzynarodowych. Zaczynamy szukać tego uznania w naszej wspólnocie kulturowej, a więc w innych sądach, także innych państw. Tutaj pojawia się kolejny problem. Czy można bowiem wychodząc poza ramy własnej wspólnoty państwowej, odwołać się przed tymi trybunałami i sądami do jakiegoś wspólnego standardu wyznaczającego cechy sędziego i sądu. Do wspólnego kryterium, które pozwoliłoby odróżnić sąd od *fake-sądu*? Do kryterium, które w czasie kryzysu nierzadko powiązanego ze starciem z innymi władzami i odmową uznania przez większość, pozwoliłoby sędziom i sądom uzyskać zewnętrzną legitymizację? Czy są takie standardy i kryteria, które można byłoby wypracować na tej ponadnarodowej płaszczyźnie i które powinny być respektowane we wszystkich państwach rodziny europejskiej?


Osobiście jestem w tym zakresie sceptykiem i bliższe mi jest przekonanie, że to sądy krajowe owych innych państw europejskich w konkretnych sprawach powinny oceniać, czy podejmują współpracę z sądem i rzeczywistym niezależnym sądowym wymiarem sprawiedliwości czy też raczej mają do czynienia z fantomem tych instytucji.

A więc myślę, że to Sąd Najwyższy Irlandii w sprawie C-216/18 PPU, LM dotyczącej Artura Celmera¹ odpowie na pytanie, czy sąd w Polsce, który miałby w tej sprawie orzekać jest sądem „praworządnym”, a więc sądem działającym zgodnie ze standardami wyznaczonymi przez polską konstytucję. Owa praworządność oceniana zarówno na szczeblu krajowym jak i unijnym jest fundamentem zaufania. Brak praworządności rodzi kryzys zaufania. To, czy sąd irlandzki może mieć zaufanie do sądu działającego w Polsce, nie będzie rozstrzygane przez instytucje unijne i unijny Trybunał Sprawiedliwości.

6. Wspomniałem już, że kryzys zaufania to kryzys komunikacji, którą musimy jako sędziowie zacząć postrzegać w zupełnie w nowym kontekście – po to by zachować swoją rolę w kształtowaniu europejskiej kultury. Trudno mówić o komunikacji wówczas, gdy ktoś do nas przychodzi z jakimś pytaniem, a my odpowiadamy wysyłając list albo maila z odpowiedzią – może i najmądrzejszą – ale po czterech latach (taki jest chyba średni czas orzekania Międzynarodowego Trybunału Karnego) albo po roku (rozpoznawanie sprawy w polskim SN) albo po dwóch latach (sprawa w Trybunale Sprawiedliwości UE). To dysfunkcja komunikacji i musimy mieć świadomość, że w tym też tkwią źródła kryzysu zaufania.


Powracając do owego 1930 roku w Berlinie, to ukazywały się wówczas niesamowicie finezyjne rozprawy prawnicze – przynajmniej w obszarze prawa karnego, co jest przedmiotem moich zainteresowań. Tworzone w tym czasie wysublimowane teorie dotyczące struktur prawa karnego do dziś są przedmiotem analiz i komentarzy. Wiemy dobrze, że nie zapobiegło to zbliżającemu się już wówczas szaleństwu. Na dzisiejszej konferencji wielu referentów przywoływało Immanuela Kanta, jako ostroję racjonalności w świecie post-prawdy. Powoływani też byli inni filozofowie tworzący racjonalną myśl europejską. Czy jednak, gdy dziś wyjdziemy na ulice, na fora internetowe i media społecznościowe, czyli na współczesną agorę, to będziemy argumentować cytując Kanta? Czy ktoś nas wtedy zrozumie? Musimy moim zdaniem szukać nowego języka, nowych sposobów zdobywania zaufania i uznania i nowych sposobów przekonywania, że jesteśmy potrzebni jako sądy i sędziowie we współczesnej kulturze europejskiej. Przecież ostatecznie nie chodzi o naszą niezawisłość jako sędziów albo o niezawisłość

¹ Wyr. TSUE z 25 lipca 2018 r., C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586. Polski obywatel przebywający w Irlandii podejrzany o popełnienie przestępstw narkotykowych, co do którego władze polskie wydały europejski nakaz aresztowania żądając wydania do Polski w celu osądzenia.



leżność sądów, bo to nie są wartości same dla siebie. Ostatecznie chodzi o to, by tej kulturze europejskiej chroniona była sprawiedliwość a przede wszystkim godność człowieka. To, jak mamy tę ochronę realizować, jest tylko funkcją tej podstawowej wartości. Dlatego potrzebny jest nowy język komunikacji.

5. Jestem przekonany, że każdy z nas wynosi z tej konferencji coś innego. I pewnie każdy sam oceni, czy więcej w tych refleksach optymizmu czy pesymizmu.



Włodzimierz Wróbel*

Conference summary


1. It is my responsibility to summarise today's debate and the entire conference. Given the diversity of discussed topics and issues, the task exceeds my best ability. Instead, I will use my time to share some personal reflections following the excellent presentations of speakers and contributions of participants.

2. The title of this conference is "The Future of Europe Based on the Rule of Law." I do not know what the participants, especially those who came from other countries, think about the atmosphere of the event. We were supposed to discuss the future of Europe and, when you discuss the future, you can be either optimistic or pessimistic. What was our prevailing impression?

The venue of this conference is special as much as it is ambivalent. What I mean is not simply the building and institution of the Supreme Court but our political and cultural community. On the one hand, we are meeting in the midst of a crisis, which has been diagnosed with acuity by Professor Marek Safjan. We are now in Poland but there are more spots on the map of Europe which are affected by a crisis, as we have heard today, including Bulgaria, Romania, Hungary. I am certain that judges from other countries present in the room could add other issues and other locations to this landscape of a crisis. However, from the perspective of a crisis analysis, the venue of our meeting is ambivalent in that after two years or even four years of the political branch's attempts to dismantle the independent judiciary, we are still meeting at an operational Supreme Court enshrined in the Constitution. That provides good grounds for optimism and poses the question how it was possible and what mechanisms have been deployed to prevent a crisis which many other constitutionally anchored institutions have not been able to evade. Maybe this case study could offer some guidance for the future to be followed in other cases where the independent judiciary is put at risk.

3. In my subjective opinion, the leitmotif of this conference is what the President of the German Federal Court said about confidence and a crisis of confidence. If someone no longer meets our expectations


* Dr habil., Judge of the Supreme Court of Poland, Criminal Chamber



and acts in a way that contradicts our beliefs and threatens the values we subscribe to, we lose confidence in them. Confidence can be easily undermined by badmouthing, discrediting, and victimising others. Those means of eroding confidence are very efficient and also very simple. Awareness of the threat posed to confidence, that most fundamental relationship, was voiced by many speakers today who sounded alarm for Europe and its institutions, for our national communities and their institutions, and for the judiciary. After all, we are all aware of the experience of European history and the madness it often fell prey to. As I was listening to our debate and concerns raised by many speakers, I asked myself whether such a conference would have been possible in Berlin in 1930. Most likely, such an event with such presentations would not have been possible, which leads to the optimistic conclusion that things have turned for the better after several dozen years. It seems that history did teach us a lesson, sensitising and immunising us to a certain degree. That is corroborated by the long-term efficient operation of the institutions of the democratic state of law whose collapse seems completely unthinkable. We tend to believe that a collapse would be impossible because the Constitution, the European Convention or Union law would bar it from happening. However, that sense of stability could be illusory. The madness of history never recurs in exactly the same guise. It always takes on a new form and a new shape. In this context, it could be misleading in a crisis to look to history and its experience for solutions.

4. One of the speakers talked about post-truth, which has become a wide-spread phenomenon. Fake news, which is a kind of post-truth, fundamentally undermines confidence because lies destroy confidence, as does a crisis of communication or a crisis of information. Meanwhile, post-truth and fake news becomes more and more prevalent. Attacks on the institutions and procedures of the democratic state of law are often launched by creating alternative realities. Today we are faced with fake legislation, fake courts, fake judges who only pretend to be constitutional institutions. As lawyers, we are often helpless in the face of such reality as we lack a language that could describe a situation where the legislature is no longer the legislature and the courts are no longer courts.

Professor Ryszard Piotrowski started his presentation by referring to the figure of courts and judges as a constitutive element of European culture. Courts and judges are institutions of that culture and it is their



responsibility to protect us from the madness of history. Courts and judges are not only guardians of the rule of law but also guarantors of law that is just and protects human dignity. Unfortunately, the figure of courts and judges no longer works in a crisis of confidence. As Professor Gersdorf mentioned, courts have no armies and no money to impose obedience. The only capital that courts and judges have is the confidence or recognition of others. If others recognise us as an authority, we can perform our cultural function described by Professor Piotrowski.

Courts and judges are, thus, forced to seek recognition and confidence. When we do not receive them from the other branches of government, the executive or the legislative, which sometimes create their own post-courts (after all, one may name things whatever one likes), we are hard pressed to get recognition and confidence from the citizens. I remember well when, two years ago, under dramatic circumstances, the fate of the Supreme Court of Poland was at stake and many citizens of our country took to the streets in defence of the independent judiciary. It was a unique event: street protests in defence of courts under the slogan “This is our court.” And yet let us not forget that just as many members of the same society wanted the courts and judges to go away: the very courts and judges that are to be a part of the European culture, the culture of community building.

At the time of a crisis, the figure of courts and judges is fraught with drama. We expect courts and judges to defend human dignity, justice, the weakest. The question is, however: Who are the weakest today? In many European countries, the weakest are migrants and refugees, members of ethnic minorities, the stateless, those on the margins of society. And in Poland today, the weakest may well be those accused of petty crimes whom the entire apparatus of a populist government wants to put behind bars to score points with the populace and to manipulate people’s emotions in breach of procedural guarantees. In that case, who are judges? They become defenders of minorities against the majority, be it a partisan or political majority or the majority of the population. Mr Panow, President of the Supreme Court of Bulgaria, has recently said in an interview that when a constitutional crisis breaks out – and after all a constitutional crisis emerges not only when the state system collapses but also when the majority wants to strip a (religious, political, social) minority of its fundamental rights – then judges who stand up for the constitution are said to meddle in politics,

interfere with and contradict the political authorities, the rule of the majority.


The real issue is that those very same judges are then expected to go into the courtroom and act as impartial arbitrators in respect of everyone else in the courtroom, including the authorities and the representatives of the majority. Do they enjoy a sufficient capital of confidence to do so in a crisis?

5. At the time of a crisis, judges and courts seek recognition. If they fail to get recognition from the other branches of government and from the general public, they seek it further, at the supranational level, in international courts and tribunals. We look for recognition within our cultural community: other courts in other countries. And then another problem arises: Can we reach over the heads of our state community and evoke before such courts and tribunals a common standard that defines courts and judges; a shared criterion differentiating between genuine courts and fake courts; a criterion which gives courts and judges external legitimacy at the time of a crisis which more often than not involves a confrontation with the other branches of government and a refusal of the majority to provide recognition? Can such standards and criteria be developed on the supranational plane and be respected in all countries of the European family?

Personally speaking, I am rather sceptical about it as I tend to believe that national courts of other European countries should decide, case by case, whether they are dealing with a genuine court and a genuine independent judiciary or but a phantom institution. I think that the Supreme Court of Ireland in the *Celemer*¹ case will decide whether the relevant Polish court is a court of the rule of law, operating in line with the standards laid down in the Polish constitution. The rule of law is the basis of confidence both at national and at Union level. In the absence of the rule of law, a crisis of confidence emerges. Whether an Irish court may put confidence in a Polish court will not be decided by Union institutions or the Court of Justice of the European Union.

6. I have said that a crisis of confidence is a crisis of communication which we, judges, must consider in a new light in order to play our role in the development of European culture. Communication is

¹ A Polish national staying in Ireland and suspected of drug crimes is subject to a European Arrest Warrant issued by Polish authorities which are requesting his transfer to Poland where he is to be brought to justice.



hardly what happens when someone asks a question and you reply by sending the answer, smart as it may be, by post or by email after four years (which seems to be the average waiting time in the International Criminal Court) or one year (in the case of the Supreme Court of Poland) or two years (Court of Justice of the European Union). Such communication is dysfunctional and only contributes to the crisis of confidence.

Going back to Berlin in 1930, it was when most sophisticated legal treatises were published, at least in the area of criminal law, which is my research focus. Advanced criminal law theories from those days are still widely discussed and revisited. We now know that they did not prevent the impending madness. Many speakers at this conference referred to Kant as the bulwark of rationality in the world of post-truth. Other philosophers of European rationalism have also been evoked. And yet, when you go out into the streets or visit online fora and the social media, our contemporary agora, will you argue by quoting from Kant? Will you even be understood? In my opinion, we need to invent a new language and deploy new ways of winning confidence and recognition, new ways of convincing others that courts and judges are needed in contemporary European culture. After all, it is now about the independence of judges or courts: that is not value of and by itself. In the final analysis, the point is to ensure that European culture protects justice and human dignity above all. How we ensure that protection is but a function of that fundamental value. This is why we need a new language of communication.

5. I am certain that we are all leaving this conference with a different message. Each of us will decide whether their reflections are more optimistic or rather pessimistic.

Wykaz skrótów

| | |
|--------|---|
| CMLR | – Common Market Law Review |
| EKPC | – Europejska Karta Praw Człowieka |
| ETPC | – Europejski Trybunał Praw Człowieka |
| KPP | – Karta Praw Podstawowych |
| KWPT | – Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów z 1969 r. |
| MTS | – Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości |
| OBWE | – Organizacja Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie |
| RE | – Rada Europy |
| poz. | – pozycja |
| TFUE | – Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej |
| TK | – Trybunał Konstytucyjny |
| TSUE | – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej |
| TUE | – Traktat o Unii Europejskiej |
| UE | – Unia Europejska |
| ze zm. | – ze zmianami |

Abbreviations

| | |
|-------|---|
| CJEU | – Court of Justice of the European Union |
| CMLR | – Common Market Law Review |
| ECtHR | – European Court of Human Rights |
| EU | – European Union |
| EUCFR | – Charter of Fundamental Rights of the European Union |
| ICJ | – International Court of Justice |
| KPP | – Karta Praw Podstawowych |
| N | – note |
| ODIHR | – Office for Democratic Institutions and Human Rights |
| OSCE | – Organization for Security and Cooperation in Europe |
| TEU | – Treaty on the European Union |
| TFEU | – Treaty on the Functioning of the European Union |

