

**Karolina M. Cern<sup>1</sup>**

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

**Barbara Janusz-Pohl<sup>2</sup>**

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

## „Tam i z powrotem” – *the Rule of Law* ujęte od źródeł aż po zastosowanie w orzecznictwie TSUE<sup>3</sup>

### 1. Wstęp: tezy badawcze

Podstawowym celem niniejszego artykułu jest zainicjowanie filozoficzno-teoretycznej dyskusji nad koncepcjami oraz pojęciami *the Rule of Law* oraz *Rechtsstaat*, jako historycznie kształtowanymi, zatem wymagającymi gruntowanego przemyślenia i przedyskutowania w aktualnym kontekście naszego, jak nazwał go Anthony Giddens, *Turbulent and Mighty Continent...*<sup>4</sup> Napięcie generowane z jednej strony przez ścieranie się – czy rywalizowanie ze sobą – tych dwóch koncepcji silnie osadzonych w ich szeroko rozumianych tradycjach (filozoficznych, politycznych, społecznych itd.), a także, po drugiej, napięcie właśnie pomiędzy t pewnymi normatywnymi oczekiwaniami teoretycznie artykułowanymi, a faktycznością (prawną empirią) napięcie, które jest oczywiście nieusuwalne – czy też może być usunięte wyłącznie na określonej historycznie chwilę. Każdorazowo kluczowe jest to, czy tego napięcia byliśmy świadomi czy staraliśmy się na nie prawomocnie, to jest: dyskursywnie, odpowiedzieć.

W niniejszym artykule dowodzimy dwóch tez badawczych prowadzących do hipotezy głównej:

Teza 1: Koncepcje *the Rule of Law* (dalej *RoL*) i *Rechtsstaat* (dalej *RS*) odpowiadały na specyficzne problemy nieco inaczej kształtujących się społeczeństw i czasów,

<sup>1</sup> Numer ORCID: 0000-0003-3162-6906. Adres e-mail: cern@amu.edu.pl

<sup>2</sup> Numer ORCID: 0000-0002-7135-4960. Adres e-mail: barbaraj@amu.edu.pl

<sup>3</sup> Autorki niniejszego artykułu bardzo serdecznie dziękują za wszystkie uwagi anonimowym Recenzentom. Nawet jeżeli nie wszystkie uwagi zostały uwzględnione w niniejszym artykule, ograniczonym liczbą znaków, to na wszystkie skrupulatnie udzieliłyśmy odpowiedzi Redakcji *Archiwum*, a ich przemyślenie – jak mamy nadzieję – korzystnie wpłynęło na sam tekst.

<sup>4</sup> A. Giddens, *Turbulent and Mighty Continent. What Future for Europe?*, Cambridge 2014, passim.

w których powstawały, a następnie były rozwijane. Tym samym te historycznie pojęcia nabywały innej treści i znaczenia po obu stronach Kanału La Manche.

Teza 2: Ujmowanie problemów politycznych przez pryzmat wyłącznie *RoL* w dyskusjach dotyczących Unii Europejskiej (dalej UE), może być związane z nakładaniem pewnych normatywnych oczekiwań związanych z ugruntowaniem pojęcia *RoL* w tradycji, (np. anglosaskiej) na społeczeństwa funkcjonujące zgodnie z normatywnymi wzorcami *RS*. W konsekwencji może to być konfundujące dla wszystkich uczestników dyskursu polityczno-prawnego: obywateli, urzędników, prawników, polityków czy wreszcie filozofów.

Kwestia odmiennych oczekiwań dotyczy na przykład różnie skonceptualizowanych w obydwu tradycjach – i na tej podstawie projektowanych na oczekiwania wobec zarówno państw członkowskich, jak i Unii Europejskiej jako tworu *sui generis* – ról sfery publicznej i prywatnej<sup>5</sup> oraz praw podmiotowych, w szczególności w prawie administracyjnym<sup>6</sup>, odmiennych interpretacji źródeł prawa, autorytetu prawa oraz oczekiwań zakorzenionych w modelu balansowania władzy bądź trójpodziału władzy czy odmiennego znaczenia kwestii ekonomicznych dla jednostek vs państw. Jak pisał Ryszard Małajny: „Zadanie współczesnego konstytucjonalisty nie polega bynajmniej na roztrząsaniu zagadnienia, czy istnieje jeszcze racja bytu dla zasady podziału władzy, lecz na ustawicznym rozwiązywaniu problemu, w jakim stopniu w danym okresie historycznym władza państwowa winna być jednolita, a w jakim — rozdzielona”<sup>7</sup>. To samo, naszym zdaniem, dotyczy władzy w kontekście UE oraz jej relacji wobec państw członkowskich.

Rozumienie procesów europeizacji oraz odpowiednio transformacji państw członkowskich UE przez pryzmat *RoL* rodzi odmienne oczekiwania wobec władzy niż interpretowanie tych procesów przez pryzmat *RS*. Naszym zdaniem to właśnie napięcie wypiera w UE dotychczasową relację między modelem demokratycznym, a republikańskim. Z uwagi na istotnie ograniczone rozmiary artykułu, w tekście zamieszczono jedynie pomocniczą hipotezę badawczą, wobec hipotezy głównej.

Hipoteza główna: Powyżej zasygnalizowane przeplatanie normatywnych oczekiwań może stanowić wyzwanie dla konceptualizacji samej Unii Europejskiej, opartej na systemie multicytrycznym<sup>8</sup>, w którym treści obu pojęć: *RoL* i *RS* właśnie się *ścierają*: to znaczy instytucje, rozwiązania prawne z różnych systemów prawnych, a także i modele uspołeczniania konkurują ze sobą. Tymczasem analiza porównawcza normatywnych implikacji *RoL* i *RS* mogłaby mieć korzystny wpływ na (re)konceptualizację europejską oraz na ukształtowanie krajowych sfer publicznych, choć nie tylko dla nich.

Zadaniem artykułu nie jest bynajmniej orzeczenie przez nas, „że” i „który” z tych dwóch modeli ma przewagę nad drugim, lecz że nie ma, póki co trzeciego modelu – a te dwa dotychczasowe obecnie ze sobą konkurują, ścierają się. W naszej ocenie może to się dziać tak, że nie będziemy tego świadomi. Możliwa jest jednak sytuacja, że będziemy tej konkurencji świadomi – i nie przypadkiem będziemy podejmować pewne decyzje *de facto* polityczne<sup>9</sup>. Do tego ostatniego zdecydowanie zachęcamy w tym artykule, nie przesądzając jednak o formie politycznego procesu, bo kwestia ta wykracza poza nasze rozważania.

<sup>5</sup> Zob. J. Veraldi, *Private Power, the Rule of Law and the European Union*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2023/15, s. 471–491.

<sup>6</sup> Por. K. M. Cern, *Deliberatywna filozofia nauk prawnych*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2022/4, s. 6–20.

<sup>7</sup> R. Małajny, *Doktryna podziału władzy „Ojców Konstytucji” USA*, Katowice 1985, s. 22.

<sup>8</sup> Zob. E. Łętowska, *Multicytryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005/4, s. 3–10; E. Łętowska, *Między Scyllą a Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005/1, s. 3–10.

<sup>9</sup> Słusznie wskazuje się: „To assert that «the rule of law» has nothing to do with special interest legislation is to admit, implicitly, that the rule of law has never existed anywhere at any time” – S. Holmes, *Lineages of the Rule of Law*, w: A. Przeworski, J.M. Maravall (red.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge 2003, s. 44.

Już w 2019 r. Melanie Smith celnie analizowała napięcie pomiędzy TSUE a ETPC odnośnie do interpretacji *RoL* i jego trzech funkcjonujących w prawie unijnym znaczeń: jako normy konstytucyjnej, narzędzia polityki publicznej oraz wartości<sup>10</sup>, Z uwagi jednak na ograniczenia formalne, w części czwartej artykułu odnosimy się już wyłącznie do drogi jaką w zakresie interpretacji *RoL* w latach 2018–2023 pokonała UE, z fundamentalnym udziałem organów sądowych, tak sądów krajowych państw członkowskich, przede wszystkim TSUE<sup>11</sup>.

Wskazane tezy są ze sobą skorelowane i dlatego zostają łącznie, w jednym artykule sformułowane i dowodzone. Ponieważ można założyć, że polski czytelnik z uwagi na osadzenie polskiego systemu prawnego w kulturze *RS* w większym stopniu jest zaznajomiony z tradycją niemieckiej historii teorii i filozofii prawa, toteż w tej pracy punkt ciężkości pada na historię teorii i filozofii *common law*.

W niniejszym artykule podejmujemy, zgodnie z postulatem zewnętrznej integracji prawa – współcześnie ujmowanych (jak zauważa Jakub Łakomy) jako postulat postdyscyplinarności<sup>12</sup> – problematykę z zakresu filozofii i teorii prawa, filozofii prawoznawstwa, studiów nad procesami integracji europejskiej oraz socjologii historyczno-porównawczej. Teza o historyczności pojęć prawnych oraz refleksji prawoznawczej, w ogólnym ujęciu przywołana za Gianluigim Palombellą, zostaje przez nas sproblematyzowana na przykładzie nade wszystko pojęcia *the rule of law (RoL)*. Z uwagi na formalnie określoną wielkość artykułu, skrótowe przywołanie kształtowania się pojęcia *RoL* w średniowieczu ma na celu i) przedstawienie genezy tego pojęcia, ii) celem egzemplifikacji tezy o historycznym kształtowaniu się koncepcji oraz pojęć z zakresu prawa i prawoznawstwa. Ponadto, iii) zgodnie z metodą porównawczą<sup>13</sup>, wydobywamy wspólne toposy historycznych trajektorii rozwojowych *RoL* w anglosaskim średniowieczu i dwudziestopiętnastowiecznej Unii Europejskiej. Podkreślamy, że celem nadrzędnym jest zademonstrowanie problematyczności pojęcia stanowiącego *lingua franca*<sup>14</sup> Unii Europejskiej i zainicjowanie pogłębionych interdyscyplinarnych badań nad założeniami i zapleczem pojęć *the rule of law* oraz *Rechtsstaat stato di dritto, etat du droit* etc.

## 2. Historia *common law* w pigułce: o znaczeniu XII i XIII wieku dla wytworzenia się *RoL*

Charles Howard McIlwain w swej pracy *Constitutionalism: Ancient and Modern* postawił tezę, że specyficznym dla prawa angielskiego jest ograniczenie władzy zawarte w pojęciu

<sup>10</sup> M. Smith, *Staring into the Abyss: A Crisis of the Rule of Law in the EU*, „European Law Journal” 2019/25, s. 561–576. W kontekście ujmowania *RoL* jako wartości, która może być „lamana” przez państwa członkowskie UE patrz na przykład: C.J. Moreira González, *Implementing the Rule of Law in the European Union: How Long Trapped in Penelope’s Spinning Wheel from Article 2 of the TEU?*, „Cambridge Yearbook of European Legal Studies” 2024, s. 1–13.

<sup>11</sup> Na progresywną judykalizację (*the progressive judicialization*) unijnej zasady *RoL* wskazuje w ostatnim czasie np. Polly R. Polak. Zob. P.R. Polak, *The Evolving Narrative of the Court on the Rule of Law in the EU and Potential Future Directions*, „Revista de Derecho Comunitario Europeo” 2024/77, s. 171–208.

<sup>12</sup> Por. J. Łakomy, *Pojęcie integracji zewnętrznej nauk prawnych*, w: M. Sadowski, P. Szymaniec (red.), *Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Prace prawnicze, administratywistyczne i historyczne*, Wrocław 2009, s. 52–65.

<sup>13</sup> Szczegółową dyskusję metody porównawczej, z uwzględnieniem jej trajektorii rozwojowej, prowadzi Krzysztof Brzechczyn. Zob. K. Brzechczyn, *Miejsce metody porównawczej w teorii rewolucji Thedy Skocpol. Próba eksplikacji w aparatury pojęciowej idealizacyjnej teorii nauki*, „Filozofia nauki” 2016/4, s. 49–72. Autorki nie stosują metody idealizacyjnej, ale analityczną.

<sup>14</sup> D. Dedov, *The Rule of Law and Legal State Doctrines as a Methodology of the Philosophy of Law*, w: J.R. Silkenat, J.E. Hickey Jr., Peter D. Barenboim (red.), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Springer 2014, s. 71–89; tutaj s. 78.

*RoL*. McIlwain ograniczenie to wywodził głównie, choć nie wyłącznie z zachowanych i przezeń przeanalizowanych prac Henry Bractona<sup>15</sup>, czyli już z czasów średniowiecznych, nade wszystko z okresu XII i XIII wieku<sup>16</sup>.

George L. Haskins w 1955 roku, czyli 15 lat po pierwszym wydaniu pracy McIlwaina, potwierdza te badania stwierdzając odnośnie do *RoL*, że już w XIII wieku „prawa i środki zaradcze prawa zwyczajowego zaczęły być utożsamiane z samymi rządami prawa”<sup>17</sup>.

To ta tradycja ograniczania władzy jest sercem angielskiego konstytucjonalizmu, z uwagi, na które nigdy nie wymagał ograniczenia władzy w postaci konstytucji skodyfikowanej<sup>18</sup>. Podkreślamy, że to ze względu na *RoL* anglosaski konstytucjonalizm nie ma charakteru ustawowego, typowego dla porządku identyfikowanego jako *RS*. *RoL* przez stulecia zsynchronizowało pracę instytucji korony tak, że kodyfikacja w postaci ustawy zasadniczej nie była do tej pory konieczna, a wręcz prawdopodobnie uniemożliwiłaby angielskie *RoL*.

Praktyka stosowania prawa wraz z kluczowym dla niej uznaniem tego, co jest prawem przez powszechne sądy (czyli oddolne i powszechne filtrowanie norm prawnych), sytuuje się w pewnej opozycji do pisanej tradycji prawa kontynentalnego i scentralizowanej kontroli norm prawnych – scentralizowanej normotwórczości. Związane jest to też z tym, że – jak podkreślał Albert V. Dicey – w *common law* termin „Rządy prawa” (*The ‘Rule of Law’*), może być użyty jako zasada artykułująca fakt, że u nas prawo konstytucyjne (*law of constitution*), te reguły, które w obcych krajach naturalnie stanowią część zapisu konstytucyjnego (*a constitutional code*), **nie są źródłem, ale konsekwencją praw jednostek**, określonych i egzekwowanych przez Sądy (wyróż. K.M.C., B.J.-P.)<sup>19</sup>. Innymi słowy, *RoL* charakteryzuje otwartość źródeł prawa, do których uprzywilejowany dostęp ma judykatura.

Dlatego też w badaniach McIlwaina silny akcent jest położony na pluralizm źródeł prawa, niesystemowość prawa oraz znaczącą rolę sędziów, w szczególności w XII i XIII wieku<sup>20</sup>. Autor ten podkreśla, że w średniowiecznym *common law* prawo prywatne i prawo publiczne były ze sobą ściśle związane<sup>21</sup>. W tym kontekście wskazuje na ograniczenie władzy króla przez osądzanie spraw władcy przez takie same sądy, jakie osądzały sprawy jego poddanych. Wobec tego sądy te określane jako „sądy powszechne” (*common*). W związku z tym powszechne sądy osądzały w sprawach dotyczących tego, co w prawie stanowiło jego istotę, wspólną każdemu podmiotowi prawa, mianowicie w sprawach własności<sup>22</sup> i zarazem wolności (*liberties*).

Zauważmy jednak, że konsekwencje owego wyjątkowo bliskiego powiązania prawa prywatnego i publicznego były szeroko, głęboko i krytycznie dyskutowane jeszcze na przełomie XX i XXI wieku w związku z procesami europeizacji oraz zjawiskiem

<sup>15</sup> Henry de Bracton jest autorem bodajże najbardziej znanego średniowiecznego traktatu o prawie angielskim *de Legibus* z 1256 r., po którym kolejnym systematycznym dziełem o tym prawie jest dzieło Sir Williama Blackstone’a z 1758 r. Por. J.W. Tubbs, *The Common Law Mind. Medieval and Early Modern Conceptions*, Baltimore–Londyn 2000, s. 7–22.

<sup>16</sup> C.H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Indianapolis 2007, s. 15–16. Dzieło było opublikowane po raz pierwszy w 1940 r. przez wydawnictwo Cornell University Press. Przywołany cytat pochodzi z wydania przejrzanego z 1947 r.

<sup>17</sup> G.L. Haskins, *Executive Justice and the Rule of Law: Some Reflections on Thirteenth-Century England*, „Speculum” 1955/4, s. 529–538.

<sup>18</sup> C.H. McIlwain, *Constitutionalism...*, s. 16.

<sup>19</sup> A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londyn 1915, s. 121.

<sup>20</sup> C.H. McIlwain, *Constitutionalism...*, s. 50.

<sup>21</sup> C.H. McIlwain, *Constitutionalism...*, s. 56.

<sup>22</sup> J.H. Langbein, R.L. Lerner, B. P. Smith, *History...*, s. 13.

Nowego Zarządzania Publicznego i Post-nowego Zarządzania Publicznego. Był to pewien nowy trend w zarządzaniu publicznym, który na Kontynencie został zapożyczony z tradycji anglosaskiej. W jego ramach kategoria efektywności działania była ekstrapolowana ze sfery prywatnej na publiczną, gdyż nie czyniono między nimi istotnych normatywnych rozgraniczeń<sup>23</sup>. W niniejszej pracy stawiamy zatem tezę interpretacyjną, że kolejną charakterystyczną cechą *RoL* jest ścisłe powiązanie prawa prywatnego i publicznego, jakże obce ustawowej kulturze *RS*<sup>24</sup>. Wszak w tej ostatniej legitymizacja sfery prywatnej, oparta o interesy; różni się od legitymizacji sfery publicznej, najczęściej zasadzającej się na pojęciu dobra wspólnego lub kategoriach deontologicznych, a tylko w wyjątkowych sytuacjach na formule interesu społecznego.

Według McIlwaina, konieczne jest wyeksponowanie powiązania narodzin angielskiego konstytucjonalizmu z procesem centralizacji prawa angielskiego. Jego zdaniem, aż do początku XVII wieku (w Anglii, jak i na Kontynencie) „konstytucja” zawsze oznacza konkretny akt administracyjny, podobnie jak dla rzymskich prawników<sup>25</sup>. Akty te były znaczące dla bardzo skutecznie i komparatywnie szybko przeprowadzonego procesu centralizacji prawa w Anglii, w szczególności z inkorporacją południowej Brytanii<sup>26</sup>.

W tym kontekście centralizacji władzy McIlwain twierdzi, że legitymizacja władzy królewskiej poprzez legitymację woli ludu, który „chce”, aby jego indywidualne prawa prywatne były efektywnie chronione, a pokój zachowany, jest kluczowa dla średniowiecznego konstytucjonalizmu angielskiego. Średniowieczny konstytucjonalizm angielski sankcjonował centralizację systemu prawnego w imię ochrony prywatnych praw jednostek.

Z perspektywy naszych rozważań kluczowe jest to, że osiem czy dziewięć wieków później podobne cechy można zaobserwować w trajektorii rozwojowej konstytucjonalizmu europejskiego. Istotą poszerzania kompetencji organów UE (i w tym sensie centralizacji systemu prawnego) jest ochrona praw podstawowych materializowanych w Karcie Praw Podstawowych UE.

Dochodzimy teraz do kluczowego zagadnienia, które od McIlwaina obecnie przejął i uczynił jednym z centralnych w swych publikacjach oraz gruntownie dyskutował Palombella. Otóż średniowieczny angielski konstytucjonalizm skorelowany był dla niego z charakterystyczną dualną conceptualizacją władzy. Ta dualna conceptualizacja władzy była odzwierciedlona w pojęciach *jurisdictio* i *gubernaculum*<sup>27</sup>. Krótko mówiąc, pojęcie *gubernaculum*, oznacza to co publiczne, czym zarządza władca, zaś pojęcie *jurisdictio*, to pojęcie tego, co prywatne i wymaga ochrony, którą władca ma zapewnić zarządzając tym, co publiczne. Tym samym, pojęcie władzy okazuje się być pojęciem dualnym. Odmienne zatem od trójpodziału władzy, będącego podstawą koncepcji *RS*.

Tymczasem z badań McIlwaina zapamiętajmy jeszcze, że odpowiednikiem dyskusji wokół *gubernaculum* i *jurisdictio* w Anglii, były na Kontynencie dyskusje wokół

<sup>23</sup> K.M. Cern, *The Counterfactual Yardstick. Normativity, Self-Constitutionalisation and the Public Sphere*, Frankfurt–Berlin–Berno–Bruksela–Nowy Jork–Osford–Wiedeń 2014, s. 96–98.

<sup>24</sup> J. Veraldi, *Private Power, the Rule of Law and the European Union*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2023/15, s. 479.

<sup>25</sup> C.H. McIlwain, *Constitutionalism...*, s. 23.

<sup>26</sup> J.H. Langbein, R.L. Lerner, B. P. Smith, *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions*, Aspen 2009, s. 12; R.C. Van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge 1988, s. 11, s. 23.

<sup>27</sup> C.H. McIlwain, *Constitutionalism...*, s. 75. Zachowujemy pisownię oryginalną, tj. stosowaną przez wymienionych autorów w przywołanych publikacjach.

„*merum et mixtum imperium et jurisdictio* źródeł prawa rzymskiego”<sup>28</sup>. Jego zdaniem, na Kontynencie odpowiednikiem anglosaskiego napięcia między tym, co prywatne, a tym co publiczne, było napięcie między władzą ustawodawczą, a władzą wykonawczą.

### 3. Typowe dla RoL napięcie między *gubernaculum* a *jurisdictio*, czyli zaakcentowanie historyczności pojęć prawnych

Palombella w swych pracach, przede wszystkim w *The Rule of Law and its Core*<sup>29</sup> czy też w *The Rule of Law Beyond the State: Failures, Promises, and Theory*<sup>30</sup> podejmuje i dyskutuje podział na *gubernaculum* i *jurisdictio* wskazany i przeanalizowany przez McIlwaina. Zasadniczo Palombella czyni to w ciekawy i inspirujący sposób, jakkolwiek pomija kilka zagadnień autorsko rozwiniętych w pracy McIlwaina.

Po pierwsze, Palombella pisze, że kluczowe dla wskazanej pary pojęciowej *jurisdictio* i *gubernaculum* jest produkowanie napięcia między nimi, czyli „napięcia między prawem sprawiedliwości (*law of justice*), a prawem z suwerenności (*the law from sovereignty*) (które dziś oznacza dla nas demokrację)”<sup>31</sup>. Dualne pojęcie władzy jest więc pojęciem relacyjnym i jako takie generuje napięcia.

Po drugie, włoski filozof dokonuje redefinicji władzy desygnowanej przez pojęcie *gubernaculum* z władzy nade wszystko wykonawczej na władzę ustawodawczą, bo tak suwerena w jego pracach należy rozumieć. Tymczasem McIlwain w pracy, z której Palombella wprost czerpie inspirację, nie tylko stawia oryginalną tezę o redefinicji źródeł prawa przez Bractona tak, że król ogłasza po konsultacjach, co zdaniem możliwych uchodzi za antyczny zwyczaj, ale też podkreśla, iż *gubernaculum* to pojęcie tego, co publiczne i czym władca zarządza gwoi ochrony praw i wolności (a zatem i przede wszystkim własności) indywidualnych, do czego w przysiędze koronacyjnej się zobowiązał. Zauważyć trzeba, że napięcie pomiędzy władzą sądowniczą, a demokratycznym procesem jest charakterystyczne, ale raczej współcześnie i to dla konstrukcji władzy w Stanach Zjednoczonych<sup>32</sup>.

Palombella pomija też i inne podkreślane przez McIlwaina, a dobrze znane z historii, charakterystyczne elementy *common law* oraz napięcie pomiędzy władzą ustawodawczą a wykonawczą charakterystyczne dla Kontynentu. Chodzi też tutaj na przykład o szybszą i sprawniejszą – w porównaniu znowuż z Kontynentem – centralizację władzy, a w szczególności systemu prawa, która nastąpiła właśnie już po najeździe Normanów, w dużej mierze dzięki Statutom Clarendońskim (1166 r.). Dla McIlwaina był to doniosły proces wprowadzania swoistego *ius gentium* w Anglii pod postacią angielskiego *common*

<sup>28</sup> C.H. McIlwain, *Constitutionalism...*, s. 83, przypis nr 36.

<sup>29</sup> G. Palombella, *The Rule of Law and its Core*, w: G. Palombella, N. Walker (red.), *Relocating the Rule of Law*, Londyn 2009, passim.

<sup>30</sup> G. Palombella, *The Rule of Law Beyond the State: Failures, Promises, and Theory*, „International Journal of Constitutional Law” 2009/3, s. 442–467.

<sup>31</sup> G. Palombella, *The Rule of Law...*, s. 21.

<sup>32</sup> Por. A. Scalia, *American and English Common Law Systems: Similarities and Differences*, w: *The English Legal System in the Twenty-First Century. The Inner Temple Millennium Lectures with an Introduction by Stanley Brodie QC*, The Honourable Society of The Inner Temple 2002, s. 73–86. Na temat współczesnych demokratycznych wyzwań RS patrz: o demokratyzacji ustawodawstwa zob. P.W. Juchacz, *Deliberative Law-Making: A Case Study of the Process of Enacting of a ‘Constitution of the Third Sector’ in the Polish Sejm*, „International Journal for the Semiotics of Law” 2020/33, s. 77–100; o demokratyzacji prawa uwzględniającego aspekty społeczne zob. B. Wojciechowski, S. Żalimienė, *The Role of Democratic Thinking in the Shaping of Legal Awareness and Legal Recognition*, w: S. Żalimienė, B. Wojciechowski (red.), *Constitutional Consciousness. In Search of a Remedy for the Crisis of Discourse and Democracy Deficit in the European Union*, „Dia-Logos” 2023/PLV, s. 23–47.

law. Ta centralizacja władzy, w szczególności systemu prawa, naszym zdaniem wieloaspektowe i zasadnicze znaczenie w kontekście sformułowanej przez Palombellę tezy o charakterystycznym dla *RoL* napięciu – w jego ujęciu dwubiegunowym – pomiędzy *gubernaculum* a *jurisdictio*. Istotą tego dualnego napięcia było generowanie *ograniczeń* i *kontroli* władzy królewskiej, królewskich prerogatyw związanych z *gubnaculum*, prawdopodobnie będących źródłami późniejszej konceptualizacji jako *checks and balances*.

W niniejszym szkicu zgadzamy się z tezą Palombelli o istotowym dualnym napięciu wpisanym w *RoL* – i to nie napięciu wertykalnym, z jakim mamy do czynienia w *RS*, w którym „prawo idzie z góry” od prawodawcy, ale napięciu horyzontalnym, członów „równych sobie”. Jakby tego dualizmu generowanego przez *gubernaculum* i *jurisdictio* nie interpretować, to pamiętać musimy, że *common law* i obserwowane przez nas wyłonienie się jemu właściwego *RoL*, związane jest z uznaniem pluralizmu i otwartości źródeł prawa, generujące dualne napięcie. Wszak konstytucyjne domknięcie owych źródeł istotnie napięcie obniża.

McIlwain wyraźnie zaznacza: „Na Kontynencie przejście od średniowiecznej teorii dominium do nowożytnej teorii suwerenności – teoretycznego towarzysza rozwoju nowoczesnego państwa narodowego – dokonało się w dużej mierze w formie zmiany interpretacji *merum et mixtum imperium et jurisdictio* źródeł prawa rzymskiego”<sup>33</sup>. Innymi słowy, przejście od średniowiecznej teorii dominium do nowożytnej teorii suwerenności dokonało się na Kontynencie przez zmianę interpretacyjną napięcia pomiędzy z jednej strony kompetencjami do stanowienia prawa (i wydawania rozkazów) oraz do wykonywania kary śmierci w konsekwencji przeprowadzenia należytego procesu sądowego. To wygenerowało potrzebę konceptualizacji podziału władzy innej niż potrzeba *checks and balances* zrodzona już w średniowieczu na Wyspach.

Wobec powyższego słusznie podkreśla Palombella, pojęcie *RoL* jest pojęciem historycznie ukształtowanym<sup>34</sup>: „(...) którego znaczenie zależy od trwałej ciągłości z własną przeszłością”<sup>35</sup>. Zatem odzwierciedlone przezeń napięcie pomiędzy uprawnieniami prywatnych osób a władzą publiczną są historycznie odzwierciedlone w instytucjach i kulturze anglosaskiej. Pojęcie „ukształtowane historycznie” nie jest utworzonym analitycznie, a zatem dla jego konotacji i interpretacji duże znaczenie mają wszystkie elementy kontekstualne – tradycja, kultura i język, instytucje, społeczeństwo, a także wiedza i wyobrażenia obywateli. W konsekwencji takie pojęcia jak *RoL* czy *RS* mają charakter historyczny, gdyż desygnują, jak w tym przypadku, zasady i sposób działania wielu instytucji bądź to krajowych, rządowych czy publicznych, społeczną wiedzę o tych zasadach oraz kompetencje obywateli do korzystania ze swych praw tymi instytucjami gwarantowanymi. Jak celnie zaznacza Jürgen Habermas: „prawne instytucje wolności upadają bez inicjatyw społeczeństwa *nawykłego* do wolności. Jego spontaniczności nie da się wymusić przez prawo; regeneruje się ona, czerpiąc z tradycji wolnościowych i utrzymuje w stowarzyszeniowych stosunkach liberalnej kultury politycznej”<sup>36</sup>.

Innymi słowy, o tyle można mówić o instytucjach prawnych, o ile są obywatele posiadający umiejętności i nawyk do kompetentnego korzystania z nich, a to kształtuje się

<sup>33</sup> C. H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, s. 83, przypis nr 36.

<sup>34</sup> G. Palombella, *The Rule of Law...*, s. 9.

<sup>35</sup> G. Palombella, *The Rule of Law...*, s. 8.

<sup>36</sup> J. Habermas, *Faktyczność i obowiązkiwanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, tłum. A. Romniuk, R. Marszałek, Warszawa 2005, s. 146 (kursywa w oryginale). W oryginalnym tytule państwo prawa to „*Rechtsstaat*”, a w rewelacyjnym tłumaczeniu Williama Rehg’a na język angielski to po prostu „Law and Democracy” – W. Rehg unika niefortunnego tłumaczenia państwa prawa na *the Rule of Law*, którym ono nie jest.

w toku spontanicznie – acz refleksyjnie – kształtowanej tradycji, której ujmując rzecz parabolicznie – jak wiemy z filmu *Miś*<sup>37</sup>, nie da się zaszczyć („na zawołanie”). Budując więc instytucje, trzeba wiedzieć i rozumieć w jaką tradycję się one wpisują i kto potencjalnie jest ich kompetentnym użytkownikiem, nie zaś tylko abstrakcyjnym adresatem.

#### 4. O nierozróżnianiu pojęć *RoL* i *RS* – egzemplaryczne studium przypadku

Powyższe przedstawienie trajektorii rozwojowej *RoL* – i tym samym nabywania definicyjnych cech przez to historycznie ukształtowane pojęcie – ma przyczynić się do pełnego zrozumienia jego obecnej aplikacji w Unii Europejskiej. Pełne zaś zrozumienie jest – z perspektywy filozoficznej – zawsze krytyczno-ugruntowujące.

Wyraźnie więc podkreślmy, iż pojęcie *RoL* wyrosło w systemie opartym na balansowaniu władzy sądowniczej i wykonawczej, będących funkcją z jednej strony prywatyzacji, a z drugiej upubliczniania obszarów działania prawa. Historycznie ukształtowane *RoL* odpowiadało na dualne napięcie generowane silną centralizacją władzy, a zatem było pojęciem w swym pierwotnym ujęciu heterogenicznym względem późniejszego tzw. klasycznego pojęcia balansowania i trójpodziału władzy znanego z Kontynentu. Tymczasem współcześnie to właśnie *RoL* jest częstokroć traktowane jako racja dla zasady trójpodziału władzy, zasady równoważenia władz<sup>38</sup>. Może to być wielce konfundujące, ponieważ w pojęciu *RoL* jest genetycznie zakodowany odmienny, otwarty, pluralistyczny względem *RS* system źródeł prawa, co wywołuje dualne, nie zaś troiste, napięcie. To właśnie dlatego w pojęciu *RoL* istotny akcent położony jest na aktywną i twórczą rolę sądów<sup>39</sup>, podczas gdy w *RS* kluczową rolę odgrywa koncepcja racjonalnego prawodawcy i zamknięty system źródła prawa<sup>40</sup>. Słusznie zauważa się przy tym, że to właśnie idea racjonalnego prawodawcy zabezpiecza aksjologiczny wymiar tak interpretacji prawniczej, jak i właściwego tworzenia prawa: „Z jednej strony chroni nas przed samowolą pojedynczych prawników, z drugiej — nie pozwala, by w praktyce prawniczej odzwierciedlały się polityczne koniunktury, kierujące postępowaniem realnych prawodawców”<sup>41</sup>.

Jak zauważono powyżej, w klasycznym pojęciu *RoL* centralizacja władzy jest legitymizowana ochroną interesów prywatnych. W *RS* – w płaszczyźnie argumentacji prawnej – interes indywidualny nie przeważa z założenia interesu społecznego<sup>42</sup>.

Zauważmy, że zupełnie niekontrowersyjne jest twierdzenie, iż w prawie UE, to właśnie termin *RoL* jest *expressis verbis* artykułowany w anglojęzycznych wersjach

<sup>37</sup> O filmie *Miś* (1980) Stanisława Barei zob. Wikipedia, hasło: *Miś (film)*, [https://pl.wikipedia.org/wiki/Miś\\_\(film\)](https://pl.wikipedia.org/wiki/Miś_(film)), dostęp: 30.01.2024 r.

<sup>38</sup> Cs. Varga, *Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques*, „Archives de Philosophie du Droit” 1973/43, s. 205; Cs. Varga, *Rule of Law – Contesting and Contested*, „Central European Journal of Comparative Law” 2021/1, s. 245; Cs Varga, *Rechtsstaat, Rule of Law – Expectations, Criticisms, and the Nature of Claims*, w: G. Pastuszko (red.), *Rule of Law*, Warszawa 2022, s. 13.

<sup>39</sup> Zob. G. Davies, *Legislative Control of the European Court of Justice*, „Common Market Law Review” 2014/51, s. 1579; P. Marcisz, *Koncepcja tworzenia prawa przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 15 i n.

<sup>40</sup> L. Nowak, *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, Warszawa 1973, s. 176; L. Nowak, *Spór o definicje legalne a sposób „pojmwania prawodawcy”*, „Państwo i Prawo” 1969/3, s. 512; K. M. Cern, *Pytanie o politykę prawa z perspektywy dyskursywnego modelu władzy*, w: G. Króliczak, K. Łastowski, Ł. Przybylski, P. Przybysz, M. Urbański (red.), *Profesorowi Andrzejowi Klawiterowi w darze*, Poznań 2018, s. 463–483.

<sup>41</sup> A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, Wrocław 2002, s. 154.

<sup>42</sup> Por. M. Wyrzykowski, *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Warszawa 1986; A. Żurawik, „*Interes publiczny*”, „*interes społeczny*” i „*interes społecznie uzasadniony*”. *Próba dookreślenia pojęć*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013/2, s. 57–69.

aktów prawnych UE oraz że to na ten właśnie termin powołują się organy UE, w tym Trybunał Sprawiedliwości UE (dalej TSUE). Jak wiadomo, w płaszczyźnie proklamacyjnej *RoL* zaanonsowane było już dawno temu. W tym miejscu przywołać należy fragment art. 2 TUE, na mocy którego: „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, **państwa prawnego** (*Rule of Law*) (...)” (podkr. K.M.C., B.J.-P.). W naszej ocenie na odrębną analizę zasługują kwestie semiotyczne i tłumaczenie pojęcia *the Rule of Law* (występującego tylko przecież w wersji anglojęzycznej) na języki narodowe. Jest to interesujące zwłaszcza wówczas, gdy dane tłumaczenie dotyczy języka państwa kultury *RS*.

Nie ulega jednocześnie wątpliwości, że zgodnie z przytoczonym przepisem termin *RoL* jest raczej figurą retoryczną niż „pełnokrwistym” pojęciem<sup>43</sup>, gdyż podstawowym jego zadaniem jest wskazanie określonych preferencji aksjologicznych ustawodawcy i odniesienie się do UE jako wspólnoty pluralistycznych wartości<sup>44</sup>. Wydaje się więc, że proklamacja wartości łączących się z terminem *RoL* nie przesądzała pierwotnie o tym, że sferę prawa UE zdominuje *anglosaskie pojęcie RoL*, a tym samym (w sferze koncepcyjnej), że praktycznie odrzucone zostanie typowe dla systemów kontynentalnych, a więc systemów większości państw członkowskich UE, pojęcie *państwa prawnego*, czyli *RS*.

W oficjalnych tłumaczeniach na język polski aktów prawa unijnego termin *the Rule of Law* oddawany jest jako „państwo prawa” bądź „państwo prawne”, czasami jako praworządność, ale nie jako „rządy prawa”. Pojawia się pytanie: dlaczego? Czy jest to sposób kształtowania nowej tradycji, w której oba pojęcia stają się równoważne; czy jest to jednak pozostałość po momencie wspólnego kształtowania przyszłości przez kraje Kontynentalne i Wyspy (czyli sprzed Brexitu), gdyż tłumaczenia – równoważne zgodnie z równoważnością wszystkich języków<sup>45</sup> – miały być wyrazem poszanowania dwóch różnych tradycji, w których funkcjonowały od wieków państwa członkowskie UE, czy też to po prostu konceptualne niedopatrzenie?

Jednocześnie warto zauważyć, że początkowa konstrukcja UE, w której dominowała władza wykonawcza, a strażnikiem praw była władza sądowa, przy (wstępnie) bardzo niewielkim znaczeniu organów legislacyjnych, działających raczej w formule opiniodawczej niż pro-kreacyjnej, stwarzała dogodne warunki dla recepcji właśnie *anglosaskiego pojęcia RoL*. Tezę taką potwierdza analiza treści traktatów, zachowanie podziału kompetencji pomiędzy UE a państwa członkowskimi, a także droga jaką w latach 2018–2023 pokonała UE, z fundamentalnym udziałem organów sądowych, tak sądów krajowych państw członkowskich, jak i TSUE.

#### 4.1. Proceduralne ramy transformacji pojęciowej – założenia

Kluczowe dla pojęciowej transformacji okazały się dwa mechanizmy przewidziane w traktatach, tzw. procedura prejudycjalna (art. 267 TFUE) oraz procedura antynaruszeniowa (art. 258 TFUE), uruchamiana przez Komisję Europejską w przypadku

<sup>43</sup> Nie brakuje jednak autorów, dla których pojęcie to jest klarowne. Zob. np. L. Pech, *The Rule of Law as a Well-established and Well-defined Principle of EU law*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2022/14, s. 107 i n.

<sup>44</sup> Zob. P. Burgess, *Neglecting the History of the Rule of Law. (Unintended) Conceptual Eugenics*, „The Hague Journal of the Rule of Law” 2017/2(9), s. 195–209.

<sup>45</sup> Zob. Rozporządzenie nr 1 w sprawie określenia systemu językowego Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (Dz.U. 17 z 6.10.1958, s. 385), dostęp: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:01958R0001-20130701>.

uznania, że państwo członkowskie uchybiło jednemu ze zobowiązań, jakie na nim ciąży na mocy ratyfikowanych Traktatów. Należy podkreślić, że początkowo nie traktowano ich jako mechanizmów ustanowionych dla ochrony *RoL*, gdyż *RoL* jako wartość wskazano w powyżej przytoczonym art. 2 TUE i uznawano, że sytuuje się w obszarze autonomii państw członkowskich<sup>46</sup>, tzn. ich autonomicznej interpretacji wartości. Przypomnijmy, że zgodnie z procedurą prejudycjalną to sąd krajowy kieruje pytanie prejudycjalne do TSUE; umacniając tym samym status sądów krajowych jako sądów europejskich.

Drugą procedurą jest procedura antynaruszeniowa, w której chodzi o zarzut naruszenia przez państwo członkowskie prawa UE (art. 258 TUE)<sup>47</sup>. Zaznaczmy, że zanim TSUE dookreślił swoją własną jurysdykcję operacyjnym ujęciem *RoL*<sup>48</sup>, to w sprawach dotyczących *RoL* zwykł był on reagować, na wniosek Komisji Europejskiej, w tym właśnie trybie art. 258 TUE.

Obecnie do dwóch podstawowych trybów, które posłużyły do transformacji, doprecyzowania i skonkretyzowania takiego operacyjnego ujęcia *RoL*<sup>49</sup> w ramach konstytucjonalizmu europejskiego, dołączył także trzeci mechanizm. Ten trzeci mechanizm, określony w art. 263 TFUE jest wprost wskazany w Rozporządzeniu (UE, Euratom) 2020/2092 z 16 grudnia 2020 r. w sprawie ogólnego systemu warunkowości służącego ochronie budżetu Unii (dalej zwanym Rozporządzeniem). Otóż w przypadku uruchomienia procedury sankcyjnej, przewidzianej w tym Rozporządzeniu, decyzja Rady UE zamrażająca fundusze unijne wobec państwa naruszającego zasadę praworządności może stać się przedmiotem skargi w procedurze określonej w art. 263 TFUE<sup>50</sup>.

Innymi słowy, w oparciu o wyżej wymienione dwa mechanizmy: pytań prejudycjalnych oraz procedurę antynaruszeniową, TSUE wypracowało operacyjne ujęcie *RoL*<sup>51</sup>,

<sup>46</sup> T. Württemberg, J. W. Tkaczyński, *Nowe ramy Unii Europejskiej na rzecz umacniania praworządności (analiza krytyczna)*, „Państwo i Prawo” 2017/9, s. 25; L. Pech, *Better Late than Never: On the European Commission’s Rule of Law Framework and Its First Activation*, „Journal of Common Market Studies” 2016/54, s. 1062; P. Van Elsuwege, F. Grimmelpré, *Protecting the Rule of Law in the EU Legal Order: A Constitutional Role for the Court of Justice*, „European Constitutional Law Review” 2020/16, s. 8; C. Rizcallah, V. Davio, *L’article 19 du Traité sur l’Union européenne: sesame de l’Union de droit*, „Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme” 2020/122(2) s. 155 i n.; D. Kochenov, P. Bård, *The Last Soldier Standing? Courts Versus Politicians and the Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU*, „European Yearbook of Constitutional Law” 2019/1, s. 243.

<sup>47</sup> P. Bogdanowicz, M. Taborowski, *Brak niezależności sądów krajowych jako uchybienie zobowiązaniu w rozumieniu art. 258 TFUE (cz. I)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018/1, s. 6. Nadmienić można, że także inne przepisy były rozważane jako źródło normatywne dla wzmocnienia praworządności. Zob. D. Kochenov, *Biting Intergovernmentalism: The Case for the Reinvention of Article 259 TFEU to Make It a Viable Rule of Law Enforcement Tool*, „Jean Monnet Working Paper” 2011/15, passim.

<sup>48</sup> Podobnie, aczkolwiek nie dostrzegając zagrożeń, pisze wspomniana już Polly R. Polak, używając określenia „operacyjny” (zoperacjonalizowany) *RoL*: „Both national judges – especially in Poland – and the European Commission – especially against Poland – were duly inspired to use this newly operationalised rule of law principle in its judicial independence facet to protect national courts under attack from national governments. The Court has since applied Article 19(1)(2) with regard to a panoply of national rules that could adversely affect the independence of national courts.” (Zarówno sędziowie krajowi, jak i Komisja Europejska, zwłaszcza w sprawach dotyczących Polski, skutecznie zainspirowały się by wykorzystać operacyjną formułę praworządności w kontekście ochrony niezawisłości sędziowskiej i niezależności sądów atakowanych przez rządy krajowe. TSUE zaczął stosować na mocy art. 19 TUE w odniesieniu do całego wachlarza krajowych zasad mogących wywrzeć negatywny wpływ na niezależność sądów – tłumacz. swobodnie) – P.R. Polak, *The Evolving...*, s. 178.

<sup>49</sup> Czy to ujęcie jest już pojęciem – to jest jedno z głównych pytań tego artykułu. Bo jeżeli odpowiedź jest twierdząca, to należy się zapytać o jego treść, odniesienie do innych pojęć, instytucjonalne odniesienie oraz społeczną wiedzę i obywatelskie umiejętności w zakresie posługiwania się tym pojęciem.

<sup>50</sup> Zob. np. J. Barcz, R. Grzeszczak, A. Nowak-Far, J. Truszczyński, *Praworządność a unijne fundusze. Prawne i praktyczne aspekty interpretacji ustaleń Rady Europejskiej z 10 grudnia 2020 r.*, „Państwo i Prawo” 2021/11, s. 140.

<sup>51</sup> Na temat ukształtowania się operacyjnego konceptu *RoL* zob. B. Janusz-Pohl, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in Criminal Matters in Relation to the Rule of Law Concepts – Example of the EAW Execution Refusal*, w: G. Pastuszko (red.) *Rule of Law*, Warszawa 2023, s. 59–124.

zaś w ostatnim kroku, na podstawie dorobku orzeczniczego, do unijnego prawa wtórnego wprowadzona została po raz pierwszy definicja legalna *RoL* (art. 2 Rozporządzenia). Z perspektywy też stawianych w niniejszym artykule, ten ostatni etap, a więc ustanowienie definicji legalnej, ma kluczowe znaczenie. Konceptualizacja *RoL* w UE początkowo wynikała z orzeczeń interpretacyjnych TSUE, była więc wytworem działań władzy sądowniczej, a przecież prawotwórcza rola sądów jest elementem tradycyjnego, anglosaskiego *RoL*. Ze względu jednak na zróżnicowane konteksty kulturowe państw członkowskich i silne normatywne oddziaływanie wzorców kulturowych *RS*, występowało dążenie do domknięcia „definicyjnego” w prawie stanowionym. Ostatecznie więc przyjęcie definicji legalnej *RoL* w Rozporządzeniu można – w naszej ocenie – postrzegać właśnie jako przejaw tarcia koncepcyjnego pomiędzy anglosaskim pojmowaniem *RoL* a formułą *RS*.

#### 4.2. Etapy rozwoju operacyjnego ujęcia *RoL*

Za orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości, które dokonało „poruszenia interpretacyjnego” konceptualizacji *RoL*, uznaje się wyrok wielkiej izby TSUE z 27.02.2018 r. (odsłanie prejudycjalne Associação Sindical dos Juízes Portugueses przeciwko Tribunal de Contas)<sup>52</sup>. Wskazano w nim wprost, że kwestie związane z ukształtowaniem wymiaru sprawiedliwości są objęte jurysdykcją Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Co więcej, to właśnie w tym orzeczeniu TSUE ustanowił podwaliny pod operacyjne ujęcie *RoL* stwierdzając, że w art. 19 TUE skonkretyzowano wartość *RoL* określoną w art. 2 TUE. Zgodnie z art. 19 ust. 1 TUE: „Każdy, kogo prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w niniejszym artykule”. Ujmując rzecz skrótowo, to właśnie w sprawie Associação Sindical dos Juízes Portugueses TSUE po raz pierwszy uznał, że prawo do skutecznego środka naprawczego materializujące się w art. 19 TUE zagwarantowane jest jedynie wówczas, gdy spełnione zostaną warunki określone w art. 47 Karty Praw Podstawowych (dalej KPP). Zgodnie z tym ostatnim: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony uprzednio na mocy ustawy”. W ten sposób na bazie odczytywanych łącznie art. 19 TUE oraz art. 47 KPP stworzone zostały podwaliny dla elastycznego ujęcia *RoL*. Przesądzono wówczas, że ochrona wartości leżących u podstaw *RoL* (aspekt materialny – art. 2 TUE) następuje przy spełnieniu formalnych (proceduralnych) gwarancji praworządności dekodowanych z art. 47 KPP (aspekt formalny praworządności).

Na podstawie powyższych przepisów Trybunał potwierdził, że prawo do skutecznego środka ochrony w przypadku naruszenia praw i wolności może być zagwarantowane jedynie przez bezstronny i niezawisły sąd. To prawo do skutecznego środka ochrony oraz jego gwarancje instytucjonalne zostały wprost powiązane z formułą *RoL*. Takie

<sup>52</sup> Wyrok Wielkiej Izby TSUE z 27.02.2018 r., sprawa C–64/16, EU:C:2018:117. Por. M. Bonelli, M. Claes, *Judicial Serendipity: How Portuguese Judges Came to the Rescue of the Polish Judiciary*, „European Constitutional Law Review” 2018/14, s. 620; P. Bogdanowicz, *Jak Trybunał Sprawiedliwości „aktywował” art. 19 ust. 1 TUE w kontekście praworządności: uwagi na tle sprawy C–64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, w: J. Barcz, A. Zawidzka-Łojek (red.), *Sądowe mechanizmy ochrony praworządności w Polsce w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, Warszawa 2018, s. 61; M. Taborowski, *Naruszenie elementów zasady państwa prawa (art. 2 TUE) jako ograniczenie zasady wzajemnego zaufania w prawie Unii Europejskiej (w świetle wyroku LM (Celmer))*, w: J. Barcz, A. Zawidzka-Łojek (red.), *Sądowe mechanizmy ochrony...*, s. 73.

operacyjne ujęcie *RoL* pozwalało objąć jednolitymi gwarancjami wszystkie sądy krajowe, postrzegane jako sądy wspólnego systemu sprawiedliwości, którego strażnikiem jest TSUE. Tym samym doszło do wyraźniejszej centralizacji sądownictwa unijnego w tym sensie, że przypięczętowano legitymację TSUE jako strażnika *RoL*.

Jak wprost stwierdził Trybunał, samo istnienie skutecznej kontroli sądowej służącej zapewnieniu poszanowania prawa Unii jest nieodłączną cechą *RoL* i wymaga niezawisłych sądów (formalna gwarancja praworządności)<sup>53</sup>. Trybunał rozwinął swoje wcześniejsze tezy dotyczące zakresu zastosowania prawa unijnego w kontekście kompetencji wyłącznych państw członkowskich, a skutkiem tego wyroku było stwierdzenie, że organizacja wymiaru sprawiedliwości poszczególnych państw nie jest wyłączną domeną państw członkowskich<sup>54</sup>. Zwracamy uwagę, że można to zinterpretować, z perspektywy części 2.i 3. niniejszego artykułu, jako polityczny ruch, charakterystyczny dla momentu zidentyfikowania napięcia pomiędzy *gubernaculum* i *jurisdictio*, w procesie transformacji *RoL*, podobnie jak to miało miejsce w średniowiecznym *common law*. Wszak prawo kontrolowane przez judykaturę jest bardziej elastyczne niż prawo usztywnione kontrolą legislatury. Wszelako pytanie, które wtedy się wyłania jest takie: jak dokładnie rozumieć *gubernaculum* w UE i z kim, z jakim organem czy organami należy kojarzyć figurę władcy/króla? Czy są to organy władzy wykonawczej poszczególnych państw członkowskich UE, czy jakieś inne organy stricte unijne? Jeżeli jednak jest to centralizacja przebiegająca z uwagi na prawo Simmel’a-Cosera, to identyfikacja „wroga” – w naszej ocenie – też byłaby tutaj ważna.

Odnotować można dalej całą serię orzeczeń Trybunału, dotyczących Polski, choć także Rumunii<sup>55</sup>, Malty czy Bułgarii<sup>56</sup>, w których operacyjne ujęcie *RoL* było uszczegółowiane (wzmocnieniu ulegały formalne kryteria praworządności). Dokonywano tego poprzez wskazywanie na konkretne cechy systemów sądowych i gwarancji niezawisłości, niezależności sądów oraz nieprzenaszalności sędziów czy pewnych zmian organizacyjnych w sądownictwie (np. w kontekście postępowań dyscyplinarnych wobec sędziów), przeprowadzonych przez państwa członkowskie, które Trybunał uznawał za obniżające standard praworządności względem momentu akcesji danego państwa do UE<sup>57</sup>.

Ze względu na niejednorodność ukształtowanych (w momencie akcesji) systemów sądowych państw członkowskich, Trybunał musiał się zmierzyć z zarzutem ustanawiania różnych standardów *RoL* dla poszczególnych państw członkowskich. Rozwiązaniem, które przyjął dla uzasadnienia swej linii orzeczniczej, była zasada *non regression*, wyinterpretowana z art. 2 i art. 49 TUE zastosowanego w wyroku z 20 kwietnia 2021 r., *Repubblica przeciwko Il-Prim Ministru* (sprawa C-896/19)<sup>58</sup>. TSUE udzielając odpowiedzi na pytania prejudycjalne zadane przez maltański sąd, a dotyczące krajowych

<sup>53</sup> Zob. wyrok Wielkiej Izby TSUE z 27.02.2018 r., sprawa C-64/16, ECLI: EU:C:2018:117, pkt 32–36.

<sup>54</sup> P.R. Polak *The Evolving...*, s. 179. Autorka wskazuje: „This case law on the newfound scope of application of Article 19(1)(2) was repeated in subsequent judicial decisions situated within the context of the reform of the Polish justice system”.

<sup>55</sup> O. Kadlec, D. Kosar, *Romanian Version of the Rule of Law Crisis Comes to the ECJ: The AFJR Case is Not Just About the Cooperation and Verification Mechanism*, „Common Market Law Review” 2022/6, s. 1823–1852.

<sup>56</sup> Orzeczenia te były przedmiotem imponującej liczby tak indywidualnych, jak i zbiorczych analiz, tytułem przykładu zob: D. Kochenov, L. Pech, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments Since the Portuguese Judges Case SIEPS Report*, Sztokholm 2021.

<sup>57</sup> Orzeczenia te były przedmiotem imponującej liczby tak indywidualnych, jak i zbiorczych analiz, tytułem przykładu zob. D. Kochenov, L. Pech, *Respect...*

<sup>58</sup> ECLI EU:C:2021:311. Zob. D. Kochenov, A. Dimitrovs, *Solving the Copenhagen Dilemma: The Repubblica Decision of the European Court of Justice*, Verf Blog, 28.04.2021 r.; A. Łazowski, *Strengthening the Rule of Law and the EU Pre-accession Policy: Repubblica v. Il-Prim Ministru*, „Common Market Law Review” 2022/6, s. 1803–1822.

przepisów powoływania sędziów, nie tylko po raz kolejny potwierdził swoją kompetencję do oceny zasad powoływania sędziów pod kątem ich zgodności z prawem Unii, lecz co ważniejsze, po raz pierwszy stwierdził, że państwo członkowskie nie może wprowadzać zmian w swoim ustawodawstwie, które obniżają – względem momentu akcesji danego państwa do UE – poziom ochrony niezawisłości sędziowskiej, a tym samym naruszają aspekt *RoL*. Narzędziem sprawdzania danej zmiany – i jej autoryzacji lub braku jej autoryzacji – jest dokonywana przez TSUE ocena „*case by case*” czyli pełna indywidualizacja autoryzacji w odniesieniu do każdego z państw członkowskich. Budziło to z oczywistych względów opór niektórych państw, artykułowany przez powołanie się na zarzut naruszenia równości państw oraz tworzenia podwójnych standardów dla nowych i starych członków UE.

Analiza kryteriów *RoL* była więc analizą *ad casum*, bo dotyczyła różnych systemów sądowych i różnych aspektów naruszeń, z uwagi na co jednolitość operacyjnego ujęcia *RoL* uznano za zagrożoną. Formalne gwarancje praworządności odniesione do ukształtowania systemów sądowych oraz formuł niezależności i niezawisłości sądów były bowiem ukształtowane partykularnie (odrębnie dla poszczególnych państw).

#### 4.3. Skodyfikowanie *RoL* – analiza Rozporządzenia

Przesłanek do podjęcia legislacyjnych prób definiowania *RoL* można upatrywać w tak zwanym „przebudzeniu systemu ponadnarodowego”<sup>59</sup>. Elementem tego zdiagnozowanego w literaturze prawnej zjawiska jest uznanie, że określone w art. 7 TUE mechanizmy gwarantujące *RoL* nie pozwalają na adekwatne reakcje wobec państw członkowskich. Jak bowiem słusznie wskazuje András Sajó: „Trudno będzie znaleźć systemowe naruszenie *RoL* (...) ponieważ: 1) UE brakuje jasnych wspólnych punktów referencyjnych (...); 2) Koncepcja prawna *RoL* jest niepewna, nawet jeśli ma wystarczającą spójność, aby znaleźć konkretne naruszenia z przyczyn formalnych (np. naruszenie zakazu retroaktywności itp., brak autoryzacji)”<sup>60</sup>.

András Sajó przywołuje problem enigmatyczności operacyjnego ujęcia *RoL*. Potrzeba jego zwerbalizowania doprowadziła wreszcie do prób legislacyjnych. Wraz ze wzmacnianiem kompetencji prawotwórczych organów UE stało się to możliwe dopiero na kanwie wspomnianego Rozporządzenia dotyczącego ochrony interesów finansowych UE<sup>61</sup>. Zastrzegamy jednak, że celem niniejszego opracowania nie jest wnikliwa analiza tych przepisów, a jedynie sprobrematyzowanie teoretyczno-filozoficzne (trafności i legitymizacji) legalnej werbalizacji (kodyfikacji) *RoL*.

W art. 2 Rozporządzenia wprost zaznacza się, że „Dla celów niniejszego rozporządzenia stosuje się następujące definicje”. Z perspektywy prawnej oznacza to, że w Rozporządzeniu skonstruowano tzw. definicję legalną, a dokładniej, definicję projektującą o ograniczonym zakresie zastosowania<sup>62</sup>. Nie jest to bowiem definicja

<sup>59</sup> M. Taborowski, *Mechanizm ochrony praworządności w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Studium przebudzenia systemu ponadnarodowego*, Warszawa 2019, s. 29.

<sup>60</sup> A. Sajó, *The Rule of Law as Legal Despotism. Concerned Remarks on the Use of «Rule of Law» in Illiberal Democracies*, „The Hague Journal of the Rule of Law” 2019/11, s. 371–376.

<sup>61</sup> G. Halmai, *The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2019/11, s. 186; N. Krist, *Rule of Law and Conditionality: The Long Awaited Step Towards Solution of the Rule of Law Crisis in European Union*, „European Papers” 2021/1, s. 103.

<sup>62</sup> O definicjach legalnych zob. A. Malinowski, *Definicje legalne w prawie polskim*, „Studia Iuridica” 2005/44; A. Halasz, *Stosowanie definicji stanowiących pojęć prawnych a zasada pewności w prawie podatkowym*, w: A. Kaźmierczyk, A. Franczak (red.), *Zasada pewności w prawie podatkowym*, Warszawa 2018, s. 113.

uniwersalna, ale definicja ustalona na potrzeby interpretacji tego jednego aktu prawnego. Nie ulega jednak wątpliwości, że skoro jest to pierwsza taka definicja ustanowiona w prawie unijnym (prawie wtórnym), to jej znaczenie będzie wzrastało. Tym bardziej, że art. 2 Rozporządzenia wprost wskazuje, że *RoL* „odnosi się do wartości Unii wymienionej w art. 2 TUE”. Zatem zacytowany przepis zarówno definiuje *RoL* na potrzeby Rozporządzenia, jak i egzemplifikuje oraz wprost delimituje treść terminu wyrażonego w prawie traktatowym. To czyni ów przepis doniosłym prawnie, gdyż po raz pierwszy wprost definiującym *RoL* w prawie wtórnym. Definicja ta zaś, w naszej ocenie, jest przejawem ścierania się tradycyjnego *RoL* z *RS*. Oto bowiem interpretacje znaczenia *RoL* w orzecznictwie TSUE (prawotwórcze interpretacje) zostają zaszczerpione w prawie stanowionym. Zgodnie z koncepcją *RS* system źródeł prawa ulega domknięciu.

Dla porządku wskaźmy, że zgodnie z art. 1 Rozporządzenia: „Niniejsze rozporządzenie ustanawia przepisy niezbędne do ochrony budżetu Unii w przypadku naruszeń zasad **państwa prawnego** (*the Rule of Law* – dop. K.M.C., B.J.-P.) w państwach członkowskich” (wyróż. K.M.C., B.J.-P.). Powtórzmy, że czynnikiem konfundującym w przypadku interpretacji pojęcia *RoL* w tym akcie prawnym (jak i zresztą innych), może być płaszczyzna językowa, gdyż w oficjalnych tłumaczeniach rozporządzenia na język polski termin „*the rule of law*” jest przetłumaczony jako „państwo prawne” (*RS*) a nie „rządy prawa” czy „praworządność”. To znaczy, termin ten jest przetłumaczony bez uwzględnienia historycznego oraz filozoficzno-metodologicznego aspektu tego pojęcia, a zatem bez uwzględnienia napięcia pomiędzy *gubernaculum* a *jurisdictio* – z pominięciem tego, że to napięcie pomiędzy władzą wykonawczą a sądowniczą jest kluczowe i instytucjonalnie, od setek lat, w tradycji anglosaskiej monitorowane. Przecież w *RS*, jak to zwięźle zauważa Carl Schmitt, „prawodawca spójnego państwa prawodawczego musi trzymać w rękę ‘monopol’ legalności”<sup>63</sup>. To przecież inny problem tak badawczy, jak i praktyczny.

Zgodnie z przyjętą definicją *RoL*, którą warto przytoczyć w tym miejscu *in extenso*:

**Państwo prawne** (*RoL* – dop. K.M.C., B.J.-P.) odnosi się do wartości Unii wymienionej w art. 2 TUE. Obejmuje ono: zasadę legalności, która oznacza przejrzysty, rozliczany, demokratyczny i pluralistyczny proces stanowienia prawa; zasadę pewności prawa; zakaz arbitralności w działaniu władz wykonawczych; zasadę skutecznej ochrony sądowej, w tym dostępu do wymiaru sprawiedliwości, zapewnianej przez niezależne i bezstronne sądy, również w odniesieniu do praw podstawowych; zasadę podziału władz; oraz niedyskryminację i równość wobec prawa. **Praworządność** (*RoL* – dop. K.M.C., B.J.-P.) jest rozumiana w sposób uwzględniający pozostałe wartości i zasady Unii zapisane w art. 2 TUE (wyróż. K.M.C., B.J.-P.).

Dla adekwatnego ustalenia definicji *RoL* z art. 2 Rozporządzenia konieczne jest także uwzględnienie kolejnych jego przepisów, zwłaszcza art. 3 i art. 4. Odpowiednio art. 3 aktu prawnego wskazuje, że: „na potrzeby niniejszego rozporządzenia na naruszenie zasad **państwa prawnego** (*RoL* – dop. K.M.C., B.J.-P.) **może wskazywać**” (wyróż. K.M.C., B.J.-P.). Zauważmy, że przyjęta definicja *RoL* również w tym przypadku ma elastyczny charakter. *Genus* definicji opiera się na formule słownej, zgodnie z którą „na naruszenie *RoL* może wskazywać...”. W tym sensie definicja ta ma charakter synoptyczny, niejako poglądowy. Nietrudno zauważyć, że powołane w niej kategorie są otwarte i dotyczą dalece niesprecyzowanych sytuacji tak w sensie podmiotowym, jak i przedmiotowym. Na równie elastyczną formułę wskazują także art. 4 ustęp 2 Rozporządzenia, który określa zasady przyjmowania środków reakcji na naruszenie *RoL*. Rozporządzenie to wprowadza siedem typów naruszeń

<sup>63</sup> C. Schmitt, *Legalność i prawomocność*, tłum. Bogdan Baran, Warszawa 2015, s. 33.

*RoL*, odnoszących się do zakresu przedmiotowego analizowanego Rozporządzenia, w więc ochrony interesów budżetowych UE. Rzecz w tym, że przyjęte rozwiązanie legislacyjne jest tylko pozornie szczegółowe, gdyż ostatnia z kategorii, zawarta w pkt h) i dotycząca „innych sytuacji lub działań organów, mających znaczenie dla należytego zarządzania finansami budżetu Unii lub ochrony interesów finansowych Unii” – wyraźnie przesądza, że dość obszerny katalog naruszeń nie ma enumeracyjnego charakteru, stanowiąc jedynie *numerus apertus*, a tym samym określa li tylko przykładowe naruszenia.

Ostatecznie, jak wynika z tej analizy, ustawodawca unijny, operacyjne ujęcie *RoL* ugruntowane w jurysprudencji, waliduje aktem legislacyjnym w postaci referowanego Rozporządzenia<sup>64</sup>. Jednakże definicje w nim zawarte jedynie pozornie przybliżają do odkodowania treści pojęcia *RoL*, albowiem mechanizmy nakładania sankcji określone w Rozporządzeniu przesądzą o dyskrecjonalności i autonomii uprawnionych organów Unii co do oceny zaistniałych naruszeń<sup>65</sup>. To zaś oznacza, że wracamy „do początku” historyczno-institutionalnego wykuwania pojęcia *RoL*, kiedy to władza wykonawcza ulega centralizacji dla ochrony praw jednostek, choć potencjalnie ma być jednak ograniczana przez władzę sądowniczą.

Nadmieśmy w tym miejscu, że wprowadzony mechanizm warunkowości wzbudzał wątpliwości w kontekście ryzyka jego instrumentalizacji. Podnoszone były one przede wszystkim przez dwa państwa, co do których już wcześniej zainicjowano pierwszy etap procedur z art. 7 TUE, Polskę i Węgry, które wnosząc skargi w oparciu o art. 267 TUE: C 156/21 oraz C 157/21 doprowadziły do wydania kolejnych wyroków TSUE, a jednocześnie do zastosowania trzeciej ścieżki aktywacji kompetencyjnej tego organu.

Na mocy dwóch wyroków Trybunału (orzekającego w pełnym składzie) z dnia 16 lutego 2022 r. (C-156/21, Węgry v. Parlament Europejski, Rada Unii Europejskiej oraz sprawa C 157/21, Rzeczpospolita Polska/Parlament Europejski, Rada Unii Europejskiej) obie skargi zostały oddalone. W kontekście niniejszej dyskusji wskazać można, że oba państwa kwestionowały samo prawo do zdefiniowania pojęcia *RoL*, a także prawo do uszczegółowienia, więc określenia poszczególnych kategorii naruszeń *RoL* określonych w Rozporządzeniu.

Podniesiony przez powyższe państwa zarzut dotyczył braku ważnej podstawy prawnej Rozporządzenia. Argumentowano, że Rozporządzenie przyjęte na podstawie art. 322 ust. 1 lit. a) TFUE nie może ustanawiać definicji pojęcia *RoL*, nie może określać przesłanek naruszenia zasad składających się na to pojęcie, ani też upoważnić Komisji i Rady do dalszego doprecyzowania wymogów związanych z przestrzeganiem *RoL*. Twierdzono także, że Rozporządzenie ustanawia nowy, nieprzewidziany w traktatach mechanizm kontroli przestrzegania przez państwa członkowskie *RoL*. Tym samym wywołuje skutki równoznaczne ze zmianą traktatów, która nie może zostać dokonana w drodze zwykłego przepisu prawa wtórnego. Nadmienić, wszakże trzeba, że twierdzenia te nie zostały uznane za trafne już przez Rzecznika Generalnego Manuela Campos Sánchez-Bordona<sup>66</sup>. Za nietrafne uznał je także Trybunał, jak wskazano oddalając obie skargi<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Por. P.R. Polak, *The Evolving...*, s. 171–208.

<sup>65</sup> Zob. także K. Lenaerts, *On Checks and Balances: The Rule of Law Within the EU*, „Columbia Journal of European Law” 2013/2, s. 25–64.

<sup>66</sup> Zob. Opinia Rzecznika Generalnego Manuela Campos Sánchez-Bordona przedstawiona 2.12.2021 r. Sprawa C-157/21 Rzeczpospolita Polska przeciwko Parlamentowi Europejskiemu, Radzie Unii Europejskiej Polska/Parlament i Rada (europa.eu), dostęp 13.01.2014 r.

<sup>67</sup> Por. C.J. Moreira González, *Implementing the Rule of Law in the European Union: How Long Trapped in Penelope's Spinning Wheel from Article 2 of the TEU?*, „Cambridge Yearbook of European Legal Studies”, 2024, w szczególności s. 4–5.

## 5. Konkluzje

W artykule wykazałyśmy, że tak szacowne pojęcia jak *RoL* czy *RS* mają charakter historyczny, a także iż desygnują zasady oraz sposób działania wielu instytucji bądź to krajowych, rządowych czy publicznych, jak i społeczną wiedzę o tych zasadach oraz kompetencje obywateli niezbędne do korzystania ze swych praw tymi instytucjami gwarantowanymi.

Zatem o tyle można mówić o prawnych instytucjach, o ile są obywatele posiadający umiejętności i nawyk do kompetentnego korzystania z nich, a to kształtuje się w toku spontanicznie – acz refleksyjnie – kształtowanej tradycji. Budując więc instytucje, trzeba wiedzieć i rozumieć w jaką tradycję się one wpisują i kto potencjalnie jest ich kompetentnym użytkownikiem, a nie tylko abstrakcyjnym adresatem tych instytucji. A instytucje ze sobą współdziałają, co stanowi opokę instytucjonalną ustroju, np. demokratycznego lub właśnie nie stanowi takowej opoki.

Z tej perspektywy istotne jest dostrzeżenie tego, że w pojęciu *RoL* jest genetycznie zakodowany odmienny, gdyż otwarty, pluralistyczny względem *RS*, system źródeł prawa, co generuje dualne, a nie troiste, napięcie. I to właśnie między innymi dlatego w pojęciu *RoL* istotny akcent położony jest na aktywną i twórczą rolę sądów, podczas gdy w *RS* kluczową rolę odgrywa koncepcja racjonalnego prawodawcy i zamknięty system źródła prawa.

Zauważmy również, że w świetle aktów fundacyjnych UE oraz orzecznictwa TSUE, termin *the Rule of Law* należy interpretować poprzez odwołanie do wartości wspólnych dla państw członkowskich, a wyrażonych w art. 2 TUE oraz ich interpretacji w orzecznictwie TSUE. Rzecz w tym, że tryb przyjęcia formuły, podobnie jak klasycznego, anglosaskiego *RoL*, wydaje się prowadzić do (i służyć) centralizacji władzy celem ochrony praw jednostek oraz legitymizuje prawotwórczą działalność sądów (TSUE). Stąd naszym zdaniem rodzi się pilna potrzeba zadania pytania, w duchu Małajnego, o to jak rozumieć tę władzę w perspektywie Unii Europejskiej oraz jak rozumieć jej współczesny podział władzy.

Można się też domyślać, że wytworzona jak dotąd ogólna definicja *RoL* nie spełniała oczekiwań przesiąkniętą kulturą *RS* (klasycznego pojęcia państwa prawnego) przedstawicieli państw członkowskich. Zapewne trudno jest im zaakceptować to, że pojęcie *RoL* niejako „genetycznie” zakłada kreatywną, lecz wektorowo ograniczoną do ochrony wartości i ograniczania władzy wykonawczej, aktywność sądów i trybunałów<sup>68</sup>. Tymczasem ta kreatywna, prawotwórcza działalność TSUE jest już od pewnego czasu diagnozowana przez badaczy prawa; a niewątpliwie począwszy od 2018 r. istotnie się umocniła i zmanifestowała w kontekście nadania treści pojęciu *RoL*<sup>69</sup>.

Na tle przytoczonych powyżej regulacji wyraźnie widać, że *RoL* desygnuje określone wartości<sup>70</sup>, które na gruncie operacyjnego ujęcia *RoL* podlegają konsolidacji w opar-

<sup>68</sup> G. Davies, *Legislative Control...*, s. 1579.

<sup>69</sup> Zob. P. Marcisz, *Koncepcja tworzenia...*, s. 167; J. Helios, *Sędziokracja w Unii Europejskiej? Uwagi w kontekście działalności interpretacyjnej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Wrocław 2014, s. 25; M. Koszowski, *Granice związania orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, w: S.M. Grochalski (red.), *Granice państwa jako granice jurysdykcji w Unii Europejskiej*, Dąbrowa Górnicza 2012, s. 35–54 wraz z przywołaną tam literaturą.

<sup>70</sup> Zob. K.L. Scheppele, D. Kochenov, B. Grabowska-Moroz, *EU Values Are Law, After All*, „Yearbook of European Law” 2020/39, s. 3; O. Mader, *Enforcement of EU Values as a Political Endeavour: Constitutional Pluralism and Value Homogeneity in Times of Persistent Challenges to the Rule of Law*, „The Hague Journal of the Rule of Law” 2019/11, s. 133.

ciu o to, co określamy w prawoznawstwie jako elementy tzw. praworządności formalnej, a związane z gwarancjami proceduralnymi wyrażonymi w art. 19 TUE w związku z art. 47 KPP. Jednocześnie jako wartości brzegowe i niedefiniowalne, nie mogą one zostać jednoznacznie, w sposób delimitacyjny określone. Zauważmy, że przywołane Rozporządzenie pomimo tego, że aż na trzy sposoby próbuje uściślić te wartości, mianowicie: 1) definicją legalną, 2) wskazanymi obszarami potencjalnych naruszeń, 3) egzemplifikacją naruszeń konkretnych – w ostatecznym rachunku i tak podkreśla, że ewentualne obszary i przykłady naruszeń są jedynie pogładowe.

Kluczowym jednak ustaleniem pozostaje to, że niezależnie formujące się koncepcje *RoL* i *RS* miały wpływ na ukształtowanie się pewnej hybrydyzacji pojęcia *RoL*. Przy czym hybrydyzację tę przypieczętowały tak zmiany legislacyjne w prawie wtórnym, jak i aktywizacja prawotwórcza TSUE. Konceptualizacje dotyczące *RoL* wymagają jednak dalszej interpretacji, jako że owa hybrydyzacja jest wynikiem nakładania się pewnych normatywnych oczekiwań dotyczących *RoL* heterogenicznych dla społeczeństw ukształtowanych w kulturze *RS*. Ujmując rzecz syntetycznie, rozważania nasze potwierdziły, że dotychczasowe interpretacje obciążone są nieklarownością wynikającą z braku świadomego operowania koncepcją *RoL* i jej rozgraniczania od *RS* (aspekt metodologiczny). W ocenie ten stan rzeczy jest wynikiem przeplatania normatywnych oczekiwań i konceptualnego ścierania się (nadal) multicentrycznej UE.

#### **„Back and Forth” – The Rule Rule of Law from Its Origins to Its Application in the Case Law of the CJEU**

In this paper, we set forth two research theses and one main hypothesis. In order to justify them, we summarily recall and discuss the theses regarding the origins of the emergence of the concept of the Rule of Law (hereafter the „RoL”) in common law in the 12<sup>th</sup> century, as formulated by the American historian of constitutionalism Charles Howard McIlwain. Since his thesis on the medieval distinction between *jurisdictio* and *gubernaculum* was taken up in the works of Gianluigi Palombella, we recall the main elements and points of the argumentation of this contemporary Italian philosopher and legal theorist regarding the RoL as different from *Rechtsstaat* (hereafter „RS”). Taking into account the features of the historically shaped concept of the RoL, we analyse the process of operationalization of the RoL by the CJEU, followed by the legal definition of the RoL in the Regulation (EU, Euratom) 202/2092 of 16 December 2020 of the European Parliament and of the Council.

**Keywords:** rule of law, the Rule of Law (RoL), common law, *jurisdictio* and *gubernaculum*, *Rechtsstaat* (RS), Court of Justice of the European Union (CJEU)

## BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Barcz J. & Grzeszczak R., Nowak-Far A., Truszczyński J., *Praworzędność a unijne fundusze. Prawne i praktyczne aspekty interpretacji ustaleń Rady Europejskiej z 10 grudnia 2020 r.*, „Państwo i Prawo” 2021, Nr 11;
- Bogdanowicz P. & Taborowski M., *Brak niezależności sądów krajowych jako uchybienie zobowiązaniu w rozumieniu art. 258 TFUE (cz. I)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, Nr 1;
- Bogdanowicz P., *Jak Trybunał Sprawiedliwości „aktywował” art. 19 ust. 1 TUE w kontekście praworzędności: uwagi na tle sprawy C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, [w:] Sądowe mechanizmy ochrony praworzędności w Polsce w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, red. J. Barcz, A. Zawidzka-Łojek, Wolters Kluwer, Warszawa 2018;
- Bonelli M. & Claes M., *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, “European Constitutional Law Review” 2018, Nr 14;
- Brzechczyn K., *Miejsce metody porównawczej w teorii rewolucji Thedy Skocpol. Próba eksplikacji w aparaturze pojęciowej idealizacyjnej teorii nauki*, „Filozofia nauki” Rok XXIV, 2016, Nr 4(96), ss. 49-72;
- Burgess P., *Neglecting the History of the Rule of Law. (Unintended) Conceptual Eugenics*, “The Hague Journal of the Rule of Law” 2017, Nr 2. Vol. 9.
- Cern K.M., *Deliberatywna filozofia nauk prawnych*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej”, 2022, Nr 4 (33), ss. 6-20.
- Cern K.M., *Pytanie o politykę prawa z perspektywy dyskursywnego modelu władzy*, [w:] Grzegorz Króliczak, Łastowski K., Przybylski Ł., Przybysz P., Urbański M. (red.), *Profesorowi Andrzejowi Klawiterowi w darze*, Wydawnictwo UAM, Poznań 2018, ss. 463-483.
- Cern K.M., *The Counterfactual Yardstick. Normativity, Self-*

- Constitutionalisation and the Public Sphere*, Peter Lang Edition, 2014;
- Davies G., *Legislative control of the European Court of Justice*, "Common Market Law Review", 2014, Nr 51;
- Dedov D., *The Rule of Law and Legal State Doctrines as a Methodology of the Philosophy of Law*, [w:] J. R. Silkenat, J. E. Hickey Jr., Peter D. Barenboim (red.), *The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)*, Springer 2014, ss. 71-89;
- Dicey A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, ed. by E.C. S. Wade, Macmillan, VIII ed., London 1915.
- Giddens A., *Turbulent and Mighty Continent. What Future for Europe?*, Polity Press, Cambridge 2014.
- Habermas J., *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, tłum. A. Romniuk, R. Marszałek, Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warszawa 2005;
- Halasz A., *Stosowanie definicji stanowionych pojęć prawnych a zasada pewności w prawie podatkowym*, [w:] *Zasada pewności w prawie podatkowym*, red. A. Kaźmierczyk, A. Franczak, Wolters Kluwer, Warszawa 2018;
- Halmi G., *The possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality*, "Hague Journal on the Rule of Law" 2019, Nr 11;
- Haskins G.L., *Executive Justice and the Rule of Law: Some Reflections on Thirteenth-Century England*, "Speculum", 1955, Nr 4, Vol. 30;
- Helios J., *Sędziokracja w Unii Europejskiej? Uwagi w kontekście działalności interpretacyjnej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - Repozytorium Uniwersytetu Wrocławskiego Wrocław 2014;*
- Holmes S., *Lineages of the Rule of Law* [w:] A. Przeworski, J.M. Maravall (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge University Press 2003;
- Janusz-Pohl B., *Mutual Recognition of Judicial Decisions in Criminal Matters*

- in Relation to the Rule of Law Concepts – example of the EAW execution refusal*, [w:] *Rule of Law*, red. G. Pastuszko, 2023, s. 59–124.
- Juchacz P., *Deliberative Law-Making: A Case Study of the Process of Enacting of a ‘Constitution of the Third Sector’ in the Polish Sejm*, “International Journal for the Semiotics of Law” 2020, Nr 33, ss. 77-100;
- Kadlec O., Kosar D., *Romanian version of the rule of law crisis comes to the ECJ: The AFJR case is not just about the Cooperation and Verification Mechanism*, “Common Market Law Review” 2022, Nr 59 (6), ss. 1823-1852.
- Kalisz A., *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, [in:], *Wykładnia prawa. Model ogólny a perspektywa Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Prawa Unii Europejskiej* red. A. Kalisz, L. Leszczyński, B. Liżewski, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2011;
- Kochenov D. & Bárd P., *The Last Soldier Standing? Courts versus Politicians and the Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU*, “European Yearbook of Constitutional Law” 2019, Nr 1;
- Kochenov D., *Biting Intergovernmentalism: The Case for the Reinvention of Article 259 TFEU to Make It a Viable Rule of Law Enforcement Tool*, “Jean Monnet Working Paper” 2011, Nr 15;
- Kochenov D., Dimitrovs A., *Solving the Copenhagen Dilemma: The Repubblica Decision of the European Court of Justice*, *VerfBlog*, 28 kwietnia 2021 r.
- Kochenov D., Pech L., *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case SIEPS Report* (Stockholm, 2021) bez numerów stron.
- Koszowski M., *Granice związania orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, [in:] *Granice państwa jako granice jurysdykcji w Unii Europejskiej*, red. S. M. Grochalski, Dąbrowa Górnicza 2012;

- Kozak A., *Granice prawniczej władzy dyskrecjonalnej*, Wydawnictwo Kolonia Limited, Wrocław 2002;
- Krist N., *Rule of Law and Conditionality: the Long awaited step Towards solution of the Rule of Law Crisis in European Union*, "European Papers" 2021, Nr 1 vol. 1;
- Langbein J.H., Lerner R.L., Smith B.P., *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions*, Aspen Publishers, Wolters Kluwer, Law & Business, 2009;
- Lenaertas K., *On checks and balances: The rule of law within the EU*, "Columbia Journal of European Law" 2013, Nr 29 (2), ss. 25-64.
- Łakomy J., Pojęcie integracji zewnętrznej nauk prawnych, [w:] M. Sadowski, P. Szymaniec (red.), *Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Prace prawnicze, administratywistyczne i historyczne*, Wrocław 2009, ss. 52-65;
- Łazowski A., *Strengthening the rule of law and the EU pre-accession policy: Repubblica v. Il-Prim Ministru*, "Common Market Law Review" 2022, Nr 59 (6), ss. 1803- 1822. Available at: <https://doi.org/10.54648/COLA2022119>;
- Łętowska E., *Między Scyllą a Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2005, nr 1;
- Łętowska E., *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo”, 2005, nr 4;
- Mader O., *Enforcement of EU Values as a Political Endeavour: Constitutional Pluralism and Value Homogeneity in Times of Persistent Challenges to the Rule of Law*, "The Hague Journal of the Rule of Law" 2019, Nr 11;
- Malinowski A., *Definicje legalne w prawie polskim*, „Studia Iuridica” 2005, Nr 44;
- Małajny R., *Doktryna podziału władzy „Ojców Konstytucji” USA*, Uniwersytet Śląski, Katowice 1985;
- Marcisz P., *Koncepcja tworzenia prawa przez Trybunał Sprawiedliwości Unii*

- Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, system lex;
- McIlwain C.H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Amagi, Liberty Fund Indianapolis, 2007;
- Moreiro González C. J., *Implementing the Rule of Law in the European Union: How Long Trapped in Penelope's Spinning Wheel from Article 2 of the TEU?*, "Cambridge Yearbook of European Legal Studies", 2024, ss. 1-13.
- Nowak L., *Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa*, PWN, Warszawa 1973;
- Nowak L., *Spór o definicje legalne a sposób „pojmwania prawodawcy”*, „Państwo i Prawo” 1969, Nr 3;
- Palombella G., *The Rule of Law and its Core*, [w:] *Relocating the Rule of Law*, Gianluigi Palombella, Neil Walker, eds., Hart Publishers, 2009;
- Palombella, G., *The rule of law beyond the state: Failures, promises, and theory*, "International Journal of Constitutional Law", 2009, Nr 3, Vol. 7;
- Pech L., *Better late than never: On the European Commission's Rule of Law Framework and its first activation*, "Journal of Common Market Studies" 2016, Nr 54;
- Pech L., *The rule of law as a well-established and well-defined principle of EU law*, "Hague Journal on the Rule Law" 2022, Nr 14;
- Polak P.R., *The evolving narrative of the court on the rule of law in the EU and potential future directions* "Revista de Derecho Comunitario Europeo", 2024, Nr 77, ss. 171-208.
- Sajó A., *The Rule of Law as Legal Despotism. Concerned Remarks on the Use of »Rule of Law« in Illiberal Democracies*, "The Hague Journal of the Rule Law" 2019, Nr 11.
- Scalia A., *American and English Common Law Systems: Similarities and Differences*, [w:] *The English Legal System in the Twenty-First Century. The Inner Temple Millennium Lectures with an Introduction by Stanley*

- Brodie QC, "The Honourable Society of The Inner Temple" 2002;
- Scheppele E.L., Kochenov D.; Grabowska-Moroz B., *EU Values Are Law, after All*, "Yearbook of European Law" 2020, Nr 39;
- Schmitt C., *Legalność i prawomocność*, tłum. Bogdan Baran, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2015;
- Taborowski M., *Mechanizm ochrony praworządności w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Studium przebudzenia systemu ponadnarodowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019;
- Smith M., *Staring into the abyss: A crisis of the rule of law in the EU*, "European Law Journal", 2019; 25:561-576.
- Taborowski M., *Naruszenie elementów zasady państwa prawa (art. 2 TUE) jako ograniczenie zasady wzajemnego zaufania w prawie Unii Europejskiej (w świetle wyroku LM (Celmer))*, [w:] Sądowe mechanizmy ochrony praworządności w Polsce w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, red. J. Barcz, A. Zawidzka-Łojek, Wolters Kluwer, Warszawa 2018;
- Tubbs J.W., *The Common Law Mind. Medieval and Early Modern Conceptions*, The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 2000;
- Van Caenegem R.C., *The Birth of the English Common Law*, Second Edition; Cambridge University Press; 1988;
- Van Elsuwege P & Grimmelprez F., *Protecting the Rule of Law in the EU Legal Order: A Constitutional Role for the Court of Justice*, "European Constitutional Law Review" 2020, Nr 16;
- Varga Cs., *Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques*, « Archives de Philosophie du Droit » 1973, Vol. XVIII;
- Varga Cs., *Rechtsstaat, Rule of Law –Expectations, criticisms, and the nature of claims* [w:] Rule of Law, red. G. Pastuszko, Wydawnictwo Naukowe

- IWS, Warszawa 2022;
- Varga Cs., *Rule of Law – Contesting and Contested*, “Central European Journal of Comparative Law” 2021, Nr. 1, Vol. 2;
- Veraldi J., *Private Power, the Rule of Law and the European Union*, “Hague Journal on the Rule of Law” 2023 Nr 15, ss. 471–491;
- Wojciechowski B., Žalimienè S., *The Role of Democratic Thinking in the Shaping of Legal Awareness and Legal Recognition*, [w:] Skirigailè Žalimienè, Bartosz Wojciechowski (eds.), *Constitutional Consciousness. In Search of a Remedy for the Crisis of Discourses and Democracy Deficit in the European Union*, Dia-Logos, PLV, 2023, ss. 23-47;
- Würtemberg T., Tkaczyński J.W., *Nowe ramy Unii Europejskiej na rzecz umacniania praworządności (analiza krytyczna)*, „Państwo i Prawo” 2017, Nr 9;
- Wyrykowski M., *Pojęcie interesu społecznego w prawie administracyjnym*, Wydawnictwo UW, Warszawa 1986;
- Żurawik A., *‘Interes publiczny’, ‘interes społeczny’ i ‘interes społecznie uzasadniony’. Próba dookreślenia pojęć*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, Rok LXXV, Zeszyt 2.

## **Akty prawne**

- TUE – Traktat o Unii Europejskiej (Dz. U. 2004, nr 90, poz. 864/830 ze zmianami; C 202/13 dostęp: [treaty\\_on\\_european\\_union\\_en.pdf](#) (europa.eu));
- Rozporządzenie nr 1 w sprawie określenia systemu językowego Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (Dz.U. 17 z 6.10.1958)
- TFUE – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U.2004 Nr 90, poz. 864/2) tekst skonsolidowany uwzględniający zmiany wprowadzone Traktatem z Lizbony.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2020/2092

z dnia 16 grudnia 2020 r. w sprawie ogólnego systemu warunkowości  
służącego ochronie budżetu Unii. Dz. Urz. UE 2020 L 433 I/1  
[REGULATION (EU, Euratom) 2020/2092 OF THE EUROPEAN  
PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2020 on a  
general regime of conditionality for the protection of the Union budget].  
Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, 26 X 2012, OJ C 326/02.