

**Martin Krygier**

Uniwersytet Nowej Południowej Walii w Sydney

## Cztery pytania o rządy prawa: Dlaczego? Co? Gdzie? I kogo to obchodzi?\* Część I\*\*

Wydaje się, że nadszedł wreszcie czas rządów prawa. W ciągu ostatnich około 20 lat pojęcie to przyniosło się z często lekceważonego, a częściej wręcz ignorowanego marginesu spraw publicznych do otaczanego wciąż – choć czasem pustego – ich centrum. Kiedyś był to quasi-techniczny termin, interesujący jedynie prawników i filozofów prawa, współcześnie wydaje się zadomowiony na całym świecie, pośród takich Niepodważalnych Wartości jak demokracja, równość i sprawiedliwość.

Rządy prawa to obecnie międzynarodowe słowo-wytrych – posługuje się nim każda agencja rozwoju, przedstawia się je jako wspierające wzrost gospodarczy, demokrację, prawa człowieka i wiele innych. Trwa promocja rządów prawa. W prace nad nią zaangażowanych jest wiele osób i organizacji, wydano na nią wiele pieniędzy, wielu akademików studiuje to zagadnienie. Dla zwolennika rządów prawa, do których należą, powinna to być dobra wiadomość i w pewnym sensie tak jest. Ale tylko „w pewnym sensie”, ponieważ tak naprawdę trudno jest pochwalić się sukcesem w ich promowaniu, nie mówiąc już o pewności, że rozumiemy, czym one są. Z powodu coraz większej liczby osób angażujących się w tę kwestię nie jest już tak jasne, jak kiedyś, do czego rządy prawa miałyby służyć. Niektórzy wciąż wątpią, czy w ogóle służą czemukolwiek.

Przez około 30 lat starałem się przybliżyć nieco zagadnienie rządów prawa oraz wyjaśnić, dlaczego, jak wierzę, są one tak ważne. Niniejszy tekst wskaże powody podjęcia tego wysiłku, pozwoli też odpowiedzieć na pytanie, dlaczego mimo upływu tylu lat wydaje się, że światło wciąż znajduje się na samym końcu długiego tunelu.

Wśród wielu niejasności, które wiążą się z problemem rządów prawa, zasadnicze miejsce zajmują te, które wskazałem w tytule niniejszego tekstu. Zajmę się nimi w kolejności, w jakiej zostały one w nim wymienione. Można, co prawda, zmienić tę kolejność, tak jak wielu to czyni, jednak nie jest to moim zdaniem rozsądne posunięcie. Rodzi się refleksja, którą jednocześnie pragnę zakończyć ten wstęp, że punkt patrzenia na rządy prawa najczęściej zależy od punktu siedzenia. Pojęcie rządów prawa przybiera obecnie tak rozmaite formy po części dlatego, że ludzie mogą mieć wiele różnych powodów, aby się nim interesować. Może to prowadzić do nie-

\* Artykuł ten powstał jako doroczny wykład dla Center for Law and Society w Edynburgu w 2010 r. Jestem wdzięczny Neilowi Walkerowi za zaproszenie do wygłoszenia wykładu i wyjątkowo pomocne do niego komentarze. Wiele dowiedziałem się też od uczestników dyskusji po wykładzie. Szkice skorzystały na kilku długich i długodystansowych rozmowach przez Skype z Gianluigim Palomebellą.

\*\* Druga część artykułu zostanie opublikowana w kolejnym numerze „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” – przyp. red.

porozumień, ale pozwala też dostrzec prawdziwe różnice między odmiennymi perspektywami. Wyróżniam dwie takie perspektywy, które mają znaczenie w szerszym kontekście. Pierwsza jest właściwa dla wysiłków ustanowienia rządów prawa tam, gdzie trudno je dostrzec, a próby ich wprowadzenia zawsze są trudne i często bezowocne. Druga ma miejsce, gdy rządy prawa są już lepiej lub gorzej ustanowione. Ludzie starają się je analizować i mogą chcieć ich bronić, krytykować je lub doskonalić. Chociaż mają<sup>1</sup> rządy prawa i mogą z nich korzystać, to jednak mogą chcieć ich w szerszym zakresie lub lepszej jakości. Zanim jednak powiemy, czym są rządy prawa, od czego zależą i ile są warte, pomocne będzie wyjaśnienie kwestii, kto zadaje to pytanie i w jakich okolicznościach.

## 1. Dlaczego?

Często dyskusje nad rządami prawa rozpoczyna się od stwierdzenia, czym one są, zamiast od pytania, w jakich okolicznościach – jeśli kiedykolwiek – mogą być dobre i wartościowe. Nacisk kładziony jest na ogół na jeden lub więcej zestawów cech rzekomo definiujących samo zjawisko. Te zestawy składają się zwykle z instytucji i reguł prawnych. Ich opisy różnią się od siebie na wiele sposobów. Niektóre są abstrakcyjne, inne są ściśle związane z jedną konkretną postacią rządów prawa. Są też takie, które stanowią po prostu wykazy infrastruktury prawnej, w szczególności sądowej, i to pomyślanej jako nadająca się na eksport.

Dla przykładu, na poziomie najbardziej abstrakcyjnym filozofowie prawa zazwyczaj identyfikują formalne aspekty prawa. Tak oto najbardziej wpływową z tych koncepcji, „wewnętrzna moralność prawa” L. Fullera, składa się z ośmiu formalnych cech reguł prawa, które mają być:

- 1) ogólne,
- 2) jawne,
- 3) nieretroaktywne,
- 4) zrozumiałe,
- 5) niesprzeczne,
- 6) możliwe do zrealizowania,
- 7) względnie stabilne,
- 8) stosowane w sposób przystający do ogłoszonych reguł.

Porządek prawny, który w ogóle nie obejmuje któregoś z tych wymiarów, nie zasługuje – zdaniem L. Fullera – na miano prawa. Natomiast taki, który uzyskuje wysoki wynik, prawdopodobnie będzie dobry, chociaż istotne są także inne aspekty, bo życie jest skomplikowane i nie zawsze doskonałość w którymkolwiek z wymienionych wymiarów jest pożądana czy możliwa<sup>2</sup>.

A.V. Dicey<sup>3</sup> w swojej niezwykle wpływowej koncepcji rządów prawa bardziej konkretnie i niemal „zaściankowo”<sup>4</sup> skoncentrował się na trzech elementach charakterystycznych dla brytyjskiego ładu instytucjonalnego – jest to niemożność stosowania przez władze „szerokich, arbitralnych lub

<sup>1</sup> W tym miejscu używam skrótu. Rządy prawa nie są czymś, co można posiadać lub nie. Zachodzą one stopniowo, mniej lub bardziej, i to nie tylko na jednej skali. Istotne jest, aby o tym pamiętać. Kiedy używam tego skrótu, mam tylko na myśli, że społeczeństwo jest stosunkowo dobrze uposażone w rządy prawa. Inne społeczeństwa są tak słabo uposażone w rządy prawa, że mówimy, także skróto, że brakuje im rządów prawa.

<sup>2</sup> Zob. L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven 1969.

<sup>3</sup> *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1959, s. 195–196 (wydanie 10., pierwsze wydanie w 1885).

<sup>4</sup> Zob. J. Shklar, *Political Theory and the Rule of Law* w: S. Hoffman (red.), *Political Theory and Political Thinkers*, Chicago 1998, s. 26, o “niefortunnym wybuchu Diceya o anglosaskiej zaściankowości [...] Rządy Prawa zostały zarówno strywializowane jako swoiste dziedzictwo jednego i tylko jednego porządku narodowego, jak i sformalizowane przez twierdzenie, że tylko jeden zestaw odziedziczonych procedur i praktyk sądowych mógł je utrzymać”.

dyskrecjonalnych uprawnień władczych”, podporządkowanie wszystkich obywateli, niezależnie od ich „pozycji społecznej czy stanu”, temu samemu powszechnemu prawu, stosowanemu przez te same powszechne sądy, oraz zasady konstytucyjne, które wynikają raczej z orzeczeń sądowych w poszczególnych sprawach niż z dokumentów konstytucyjnych. Prawnicy często idą za przykładem A.V. Diceya, niezależnie czy pozostają pod jego wpływem, czy nie, i utożsamiają rządy prawa z tym, co podoba im się w ich własnych porządkach prawnych.

Wkrótce liczni orędownicy rządów prawa odwiedzą prawdopodobnie zacofane części świata, ponieważ modne stało się wierzenie, oparte na spornej<sup>5</sup>, ale niebłahej podstawie, że rządy prawa stanowią niezbędny środek do osiągnięcia różnych wartościowych celów poza samymi rządami prawa. Jak zauważył Ch.T. Call:

„Pośród nadmiaru agencji rozwoju i bezpieczeństwa pojawił się nowy »konsensus rządów prawa«. Konsensus ten składa się z dwóch elementów: 1) przekonania, że rządy prawa są niezbędne dla każdego niemalże celu polityki zagranicznej zachodnich demokracji – praw człowieka, demokracji, stabilności politycznej, międzynarodowego bezpieczeństwa od terrorystów i innych ponadnarodowych zagrożeń oraz ponadnarodowej swobody handlu i inwestycji; oraz 2) przekonania, że międzynarodowe interwencje, dokonywane za pomocą pieniędzy, ludzi czy idei, muszą zawierać element rządów prawa”<sup>6</sup>.

Rządy prawa podczas tych interwencji są utożsamiane z „wymiarom sprawiedliwości”, w szczególności z sądownictwem i prawnikami. Jak zauważył T. Ginsburg, „Programowanie rządów prawa stało się skrótowym określeniem dla wszystkich ingerencji w instytucje prawne, synonimem pracy nad »wymiarom sprawiedliwości«. Określenie to, używane we współczesnej praktyce, jest w istocie skrótem oznaczającym raczej rządy prawników niż rządy prawa w klasycznym rozumieniu, chociaż te dwa projekty mogą się oczywiście ze sobą pokrywać”<sup>7</sup>. Taki porządek i styl interwencji rządów prawa – w którym nawet nie są uwzględniane „nieprawnicze aspekty [państwa], takie jak administracja publiczna czy nie-państwowy wymiar sprawiedliwości”<sup>8</sup> – ma dwie konsekwencje. Z jednej strony, reformatorzy rządów prawa starają się tę koncepcję stale rozwijać, ponieważ uznają za wartościowe pojawiające się nowe cele, których osiągnięcie mają one umożliwić; z drugiej strony, cele te same w sobie pozostają poza domeną reformatorów rządów prawa. Jako prawnicy wprowadzamy rządy prawa, to znaczy tworzymy instytucje, które składają się na formalny wymiar sprawiedliwości; ekonomiści,

<sup>5</sup> Zob. R. Peerenboom, *Human Rights and Rule of Law: What's the Relationship?*, „Georgetown Journal of International Law” 2005/36, s. 809; D. Trubek, A. Santos (red.), *The New Law and Economic Development: A Critical Approach*, New York 2006; S. Golub, *A House Without Foundations* w: Carothers (red.), *Promoting the Rule of Law Abroad*, Washington 2006, s. 105–136.

<sup>6</sup> *Introduction* w: Ch.Call (red.), *Constructing Justice and Security after War*, Washington 2007, s. 4.

<sup>7</sup> *In Defense of Imperialism? The Rule of Law and the State-building Project* w: J. Fleming (red.), *Getting to the Rule of Law*, NOMOS 54, New York 2011. Zob. E. Jensen, T. C. Heller (red.), *Beyond Common Knowledge. Empirical Approaches to the Rule of Law*, Stanford 2003, s. 1–2: „W kręgach prawnych państw rozwijających się oraz w międzynarodowych kręgach na rzecz rozwoju, rządy prawa stały się niemalże synonimem dla reformy prawa i sądów. Podstawowe pytania o to, co systemy prawne w różnych krajach faktycznie czynią, dlaczego tak czynią i z jakim skutkiem, są albo niewłaściwie postawione, albo totalnie ignorowane. W krajach rozwiniętych i rozwijających się bardziej znaczące pytania o związek pomiędzy rządami prawa a prawami człowieka, demokracją, społeczeństwem obywatelskim, rozwojem ekonomicznym i rządzeniem często ograniczają się do suchego doktrynerstwa braci prawniczej. A w praktyce międzynarodowej społeczności »dawców« rządy prawa ogranicza się do sektorów wsparcia, z których najważniejszy jest sektor sądownictwa. W ciągu ostatnich siedmiu lat byliśmy świadkami gwałtownego rozkwitu literatury związanej z reformą prawa i sądów. Jednak bardzo mało uwagi poświęcono poszerzeniu się luki między teorią a praktyką lub oddzieleniu założonych celów od rzeczywistocie wspieranych działań”.

<sup>8</sup> R. Sannerholm, *Rule of Law after War: Ideologies, Norms and Methods for Legal and Judicial Reform*, „Örebro Studies in Law” 2009/1, s. 131 i n.

socjologowie i politolodzy robią resztę, będąc jednak uzależnionymi od tego, co zrobiliśmy my – prawnicy.

Jakkolwiek te trzy perspektywy i wiele innych pozostających pod ich wpływem i sprzęgniętych z nimi różnią się od siebie w sposób zasadniczy, wszystkie łączą dwa podstawowe założenia:

- a) składnikami rządów prawa są instytucje prawne, reguły oraz urzędowe praktyki oraz
- b) jesteśmy w stanie określić, w mających ogólne zastosowanie terminach, jakie aspekty i elementy tych instytucji, reguł i praktyk włączać do rządów prawa. Wiele innych ujęć rządów prawa – pośród nich „grube” wersje, które zawierają istotne gwarancje, na przykład dotyczące praw człowieka, i bardziej oszczędne „cienkie” wersje, które koncentrują się raczej na formach prawnych niż merytorycznej zawartości – charakteryzuje wielka szczegółowość. Podkreślają one poszczególne konfiguracje instytucji, obecność lub nieobecność karty praw i tak dalej. Ponownie więc nacisk położony jest na cechy centralnego porządku prawnego i tego, co on proklamuje.

Wierzę, że istnieją problemy rozpatrywane osobno w każdym z tych ujęć, ale uważam także, i uzasadniłem to gdzie indziej, że to, co mają wspólnego, jest tak samo złudne jak to, czym się różnią. Rozpoczynają one od źle postawionego pytania, a więc i odpowiedzi, a te, jakkolwiek wnikliwe, nie są tymi, o które chodzi.

Właściwym punktem wyjścia jest, jak sądzę, postawienie pytania: dlaczego, po co należy chcieć rządów prawa, nie zaś: z czego się one składają? Jest to istotne, ponieważ nie można udzielić żadnej sensownej odpowiedzi na drugie z tych pytań, jeżeli nie ma się poglądu na pierwsze. Ponadto to, co można uznać za sensowną odpowiedź w jednym przypadku, nie musi być równie sensowne w innym. Długo o tym myślałem i często to uzasadniałem<sup>9</sup>. Moje argumenty w tym zakresie ewoluowały i obecnie pozostają przy trzech: jednym konceptualistycznym, jednym empirycznym i jednym praktycznym.

Argument konceptualistyczny jest następujący: rządy prawa nie są zjawiskiem naturalnym, jak kamień czy drzewo, które można określić niezależnie od pytania, do czego są nam potrzebne. Nie można nawet wskazać, że są one wytworem człowieka w takim samym sensie, jak np. ogłoszenie reguły prawnej, chociaż realizacja rządów prawa lub przybliżenie do nich może zależeć od takich wytworów kultury. Rządy prawa występują, o ile istnieje pożądany stan rzeczy, ten, który wyrażamy poprzez stwierdzenie, że prawo rządzi (nie jako proste pojęcie i nie takie, które można wyjaśnić przy pomocy prostego słownika, ale tę kwestię zostawmy jeszcze na chwilę). To, co uważamy za ich elementy, powinno coś wносить, być dobre dla tworzenia lub zapewnienia tego stanu rzeczy. Jest to pojęcie *celowościowe*, innymi słowy, rozumiane powinno być przez pryzmat jego celów, a nie jako *anatomiczne*, związane z morfologią poszczególnych struktur prawnych i praktyk, jakakolwiek byłaby ich funkcja. Jeżeli nawet struktury te są takie, jak chcemy, a prawo wciąż nie rządzi, nie mamy rządów prawa. I odwrotnie, jeżeli instytucje nie są takie, jak byśmy oczekiwali, ale wykonują to, czego oczekujemy od rządów prawa, wtedy zapewne te rządy mamy. Szukamy rządów prawa w jakiś celach, korzystamy z nich z określonych przyczyn. Dopóki więc nie postaramy się wyjaśnić tych

<sup>9</sup> Ostatnio w *The Rule of Law: Teleology, Legality, Sociology*, w: G. Palomella, N. Walker (red.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford 2009, s. 45–69.

przyczyn i nie ocenimy, w jaki sposób można osiągnąć cele, dopóty jesteśmy zmuszeni poruszać się po omacku.

Dziwne mogłoby się wydać stwierdzenie, że dane społeczeństwo znajduje się pod rządami prawa, jeżeli realizuje oktet Fullera, trio Diceya lub księgę rządów prawa Banku Światowego, ale nie służą one w danym społeczeństwie żadnym pożytecznym celom lub służą im źle, inaczej niż zwykliśmy uważać, że powinny działać rządy prawa, lub też wreszcie zostały zawłaszczone przez wrogie siły. W każdym razie trudno byłoby znaleźć nie-akademika, który pomyślałby w ten sposób. Powód jest prosty i wydaje się oczywisty: można wówczas powiedzieć, że mamy prawo, ale jednak w takich przypadkach nie ono rządzi.

Przywykliśmy traktować rządy prawa jako osiągnięcie i możemy powiedzieć z przekonaniem, że funkcjonują dobrze, przykładowo, w Szkocji, gorzej w Rosji, a ślady ich obecności trudno znaleźć, powiedzmy, na Białorusi czy w Birmie. Możemy to ocenić nie posiadając wielkiej wiedzy o prawnych i technicznych zawiłościach. Wiedza o tym, czy rządy prawa są realizowane w społeczeństwie, nie jest zatem w pierwszej kolejności pytaniem o morfologię instytucji prawnych, ale o okoliczności, w których przybliżono się do wartości rządów prawa.

W odmiennym kontekście G. Poggi wypowiedział się, że w durkheimowskiej koncepcji społeczeństwa o jego istnieniu decyduje to, że jest ono „prawdziwe *na tyle, na ile* trwają określone stany rzeczy”<sup>10</sup>: wzory zachowań społecznych, wspólne i zinternalizowane normy, i tak dalej. Owa właściwość decyduje, że jest ono rzeczywiście istniejącą grupą, a nie zwykłą masą ludzką. W ten sam sposób myślę o rządach prawa. Jest to osiągnięcie względne i zmienne, a nie działające na zasadzie wszystko albo nic. Można jednak powiedzieć, że istnieją one w dobrym kształcie czy formie, jeśli istnieje pewien ceniony stan rzeczy, na który prawo wpływa w szczególny sposób. W tym miejscu nie chciałbym argumentować za określonym rozumieniem tego stanu rzeczy właściwym dla rządów prawa, chciałbym jedynie wskazać kierunek myślenia. Mówiąc w uproszczeniu: rządy prawa są w relatywnie dobrym stanie na tyle, na ile niektóre możliwe zachowania, wśród których centralne miejsce zajmuje sprawowanie politycznej, społecznej i ekonomicznej władzy, są skutecznie ograniczane i doprowadzane do stanu zgodnego z prawem tak, aby niearbitralne sprawowanie władzy stało się rutyną, podczas gdy bezprawne, nagle, samowolne jej użycie występowało rzadziej.

Istnieje oczywiście spór, w jaki sposób taki stan rzeczy scharakteryzować, w jaki sposób prawo może się do tego przyczynić oraz jak sprawić, aby było ono w tym efektywne. Te kontrowersje nie są jednak typowe wyłącznie dla rządów prawa. Przypomnijmy sobie demokrację, sprawiedliwość, równość. Pojęcia sporne, nawet „zasadniczo sporne”<sup>11</sup>, nie są wyłącznie z tego powodu pozbawione znaczenia lub bezużyteczne. Wręcz przeciwnie, niektóre z nich są najważniejszymi, jakie mamy.

Oczywiście moja próba uporządkowania wspomnianych problemów nie położy kresu kontrowersjom, a różnice zdań na temat celów i środków pozostaną. Chcę tylko zasugerować, że rządy prawa należy ujmować przede wszystkim poprzez pytanie o ich *telos*. Cele, które się postuluje, nie muszą być celami moralnymi (choć w moim rozumieniu rządów prawa mają one wartość moralną); wszystko zależy od tego, w jaki

<sup>10</sup> G. Poggi ukuł to określenie do opisanie koncepcji społeczeństwa Durkheima. Zob. Tenże, *Durkheim*, Oxford 2000, s. 85.

<sup>11</sup> Zob. J. Waldron, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida?)*, „Law and Philosophy” 2002/21, s. 137.

sposób się je charakteryzuje. Nie można jednak w sposób użyteczny opisać lub zbadać rządów prawa przed wyjaśnieniem, do czego są one potrzebne. Oczywiście, ci, którzy tworzą wykazy prawnych składników rządów prawa, myślą, że to także czemuś służy. Zbyt łatwo jednak zakładają tożsamość celów i aparatu instytucjonalnego rządów prawa. Mają zdecydowanie więcej do powiedzenia o aparacie niż o celach.

Powyższe uwagi pozwalają mi przejść do argumentu empirycznego, skierowanego zarówno do analityków, którzy dążą do oceny zasięgu rządów prawa w różnych społeczeństwach, jak i orędowników rządów prawa, którzy dążą do ich wprowadzenia. Socjologowie, którzy badają rządy prawa, szukają ich oznak na wielu poziomach. Może się to przejawiać w skomplikowanych badaniach, polegających na gromadzeniu wskaźników, zestawów danych i tak dalej. Ale o czym świadczą wskaźniki? Często teoria nie poświęca temu zagadnieniu wiele uwagi. Weźmy jeden ze standardowych wskaźników rządów prawa – niezależność sędziowska. Wiemy, dlaczego ludzie uważają, że ważne jest, aby sędziowie nie ulegali pysznym władcom lub osobom postronnym. Sądownictwo jest instytucją, na której – przynajmniej, co do zasady – spoczywa prawna odpowiedzialność, ponieważ wykładnia sądowa rozstrzyga ostatecznie, czym prawo jest lub czym się staje. Stąd też wydaje się oczywiste, że im lepiej jest ono chronione, instytucjonalnie, kulturowo i finansowo, od zewnętrznych nacisków, tym lepiej dla rządów prawa. W rezultacie, niezależność sędziowska jest standardowym wskaźnikiem rządów prawa. Jednakże, dopóki niezależność jest przyjmowana *a priori* jako korzystna dla rządów prawa, dopóty związek między wskaźnikiem a tym, na co on wskazuje, jest o wiele bardziej problematyczny niż może się wydawać na pierwszy rzut oka.

Niezawisłość sędziowska jest w najlepszym wypadku niczym więcej jak częścią tego, co jest niezbędne do sędziowskiej integralności i kompetencji. Co ważniejsze jednak, są okoliczności, w których działa ona zupełnie przeciwnie. Może być skuteczną zasłoną dla niekompetencji, przynależności politycznej i korupcji, zwłaszcza w społeczeństwach, w których zjawiska te szerzyły się, zanim niezależność została zinstytucjonalizowana, a przekonanie, że sędziowie powinni być istotą i głosem prawa, było ostatnią rzeczą, która przyszlaby komukolwiek do głowy. Dlatego też niektóre kraje postkomunistyczne szybko zinstytucjonalizowały samorządność sędziowską i niezależność od zewnętrznych wpływów, tak jakby ideał sądownictwa oddanego prawości i rządowi prawa najlepiej można było osiągnąć poprzez wyobrazenie sobie, że został on już zrealizowany. Dało to przymiot nieusuwalności starym, niekompetentnym, skorumpowanym, źle uformowanym „spadochroniarzom” z wcześniejszych czasów. Rzeczywiście, wydaje się, że w niektórych porządkach prawnych „w transycji” uczynienie sędziów nieusuwalnymi było w rzeczywistości *zamierzone* przez pierwszych, niezreformowanych, byłych komunistycznych przywódców, którzy chcieli, w przypadku gdy przegrają w wyborach, wciąż mieć w sądownictwie swoich ludzi, niezależnych od nacisków ich przeciwników<sup>12</sup>.

Pisząc o pewnej naiwności programów Technical Legal Assistance [TLA], S. Holmes wskazał, że niezależność sędziowska jest osiągnięciem ambiwalentnym. Nie jest nigdy wszystkim, czego chcemy i w pewnych aspektach nie jest tym, czego powinniśmy chcieć. Sędziowie, jak wskazuje, słusznie są zależni od państwa, które im płaci, utrzymuje sądowe budynki, wyposażenie itp. oraz sumiennie i skutecznie egze-

<sup>12</sup> Zob. P. Magalhães, *The Politics of Judicial Reform in Eastern Europe*, „Comparative Politics” 1999/1, s. 32, 43 oraz moje *The Rule of Law: An Abuser’s Guide*, w: A. Sajó (red.), *The Dark Side of Fundamental Rights*, Utrecht 2006, s. 129.



kwuje sądowe decyzje. Żadne z tych zadań nie jest nieważnym przedsięwzięciem i nie chcielibyśmy wcale, aby to sędziowie szukali dróg samodzielnego ich wykonywania. Oczywiście, oczekujemy od sędziów, że będą podejmowali decyzje suwerennie i istnieją instytucjonalne środki, aby ich do tego zachęcić. Jednakże, jeśli niezależności sędziów nie towarzyszy prawdziwy szacunek dla czegoś poza ich własnym interesem – czyli np. szacunek dla prawa – może być ona lekarstwem równie złym jak każda choroba. Są to oczywiste prawdy, które – jak zauważa S. Holmes – stają się szczególnie dramatyczne w reżimach postautorytarnych, gdzie:

„sądownictwo jest «osieroconą instytucją», nagle uwolnioną spod wpływu nieistniejącej już władzy politycznej, do której kiedyś zwracało się na kolanach. Takie ocalałe fragmenty martwego systemu autorytarnego są zwykle zaludnione przez sklerotycznych przedstawicieli zawodu przywiązanych do staromodnych metod prowadzenia spraw. Ideologia niezależności sędziowskiej, jeśli jest akceptowana bez namysłu, może zostać użyta do zablokowania lub odroczenia ich reedukacji”<sup>13</sup>.

Holmes dodaje, że:

„w rzeczywistości poważnym zagrożeniem podczas tranzycji jest połowiczna reforma. Połowiczna reforma występuje, kiedy sądownictwo potrafi uwolnić się od autorytaryzmu bez przystosowania do demokracji. Sędziowie mogą odmówić wykonywania zaleceń władzy wykonawczej bez żadnego szczególnego poszanowania interesów społeczeństwa wyrażonych w konstytucji lub zwykłych aktach wybranego ustawodawcy. Postautorytarne sądownictwo może zamiast tego pracować wyłącznie nad zachowaniem i rozszerzeniem własnych przywilejów korporacyjnych. Gildia sędziów może odmówić jakiegokolwiek kompromisu z ogólnym interesem społeczeństwa i, co dość niezwykle, może bronić tej krnąbrności językiem liberalizmu [...] Unikanie takiego autystycznego korporacjonizmu, przebranego za liberalną normę, coraz powszechniejszego w ustrojach przejściowych, powinno być, a nadal nie jest, jednym z głównych celów TLA [Technical Legal Assistance]”<sup>14</sup>.

Jeśli te patologie towarzyszą sędziowskiej niezależności, samo jej istnienie może być niejako tylko automatycznym „wskaźnikiem” rządów prawa, ujmowanym jako element definicji. Okazuje się więc, że podstawa wyboru empirycznych wskaźników rządów prawa sama z siebie nie może być po prostu empiryczna. Musi być ona wyznaczona teoretycznie, a centralna dla tej teorii musi być jakaś koncepcja związku pomiędzy wskaźnikiem a tym, co ma on wskazywać, czyli – innymi słowy – czy wspiera on rządy prawa, czy nie.

Mój trzeci, praktyczny powód podejrzliwości wobec ujęć rządów prawa, które wychodzą raczej od instytucjonalnych środków niż od pożądanego celu, wynika z tendencji do zbyt łatwego rozumienia rządów prawa w kategoriach instytucjonalnych elementów, często o znakomitym, ale równie często różnorodnym pochodzeniu. Promowanie rządów prawa wiąże się często z patologią, dobrze rozpoznaną przez teoretyków organizacji, polegającą na przesunięciu celu. Dzieje się tak, gdy mówiąc w prostych słowach, środki są zastępowane przez cele (często nieświadomie), a ludzie wymachują

<sup>13</sup> *Judicial Independence as Ambiguous Reality and Insidious Illusion* w: R. Dworkin (red.), *From Liberal Values to Democratic Transition. Essays in Honor of János Kis*, Budapest 2004, s. 8.

<sup>14</sup> *Judicial Independence as Ambiguous Reality...*, s. 9.

przepisami, projektami wziętymi „z półki”<sup>15</sup>, często wzorowanymi na obcych i odległych oryginałach, z nikłą refleksją nad celem (celami) rządów prawa czy właściwymi celami ich własnego projektu. Czy są one po to, aby zaopatrywać sędziowskie biblioteki, zwiększać liczbę komputerów na sędziowskich biurkach, uczyć sędziów takich czy innych sposobów prowadzenia spraw wyłącznie dla ich własnej korzyści, czy też dla promocji rządów prawa? Oczywiście wiemy, co odpowiedziałby każdy zapytany. Jednakże związek pomiędzy tym, co promują orędownicy rządów prawa, a rządami prawa jest zbyt często raczej zakładany niż przejawiany lub chociaż będący przedmiotem refleksji. Poszczególne instytucje i formy instytucjonalne mają przyczyniać się do rządów prawa, ale zainteresowanie raczej ogranicza się do samych tych instytucji, a nie celów, które, w mgliście pamiętanej lub po prostu zapomnianej przeszłości, zainspirowały rozwój tych właśnie instytucji i które równie dobrze wcale nie muszą im służyć.

W przypadku gdy rządy prawa są w dobrej kondycji, a zwłaszcza, gdy jest tak od pokoleń, w zasadzie nie musimy wiedzieć, z jakiej przyczyny istnieją, a i tak możemy wciąż czerpać z nich korzyści. P. Selznick cytuje obserwację K. Winstona, że „często nie wiemy, co to znaczy być oddanym wartościom z pominięciem ich form”, żeby stwierdzić, że „często mamy większe zaufanie do określonej formy lub praktyki zakorzenionej w doświadczeniu niż do abstrakcyjnego twierdzenia, dlatego forma istnieje lub na straży jakich wartości stoi”<sup>16</sup>. W takich okolicznościach należy powiedzieć o przedkładaniu przez M. Oakshotta „pogoni za oznakami”<sup>17</sup> tradycji nad próby potwierdzenia jakiegoś racjonalnego planu.

Inaczej jest wówczas, gdy ludzie próbują instytucjonalizować rządy prawa tam, gdzie wcześniej nie miało to miejsca i gdzie lokalne tradycje – choć nadal mają istotne znaczenie, bo istnieją i będą musiały być negocjowane – są niesprzyjające dla wartości, które chce się wprowadzić. Wtedy pogoń za oznakami nie wystarcza. Należy zastanowić się głębiej nad pierwszymi zasadami. Rządy prawa zaproponowane tym społeczeństwom, w których nie były one mocno lub długo osadzone, najczęściej spotykają się z zażartą konkurencją ze strony sił, które nie są nimi zainteresowane i których zasadnicze interesy nie przewidują dla nich miejsca w nowym porządku. W takiej sytuacji moja teza brzmi: przyjęcie propozycji zaczynających się od tego, co jest uważane za prawnoinstytucjonalną opowieść o sukcesie to zły sposób, żeby rozpocząć rządy prawa. Musimy zapytać, jakim wartościom one służą i jakim powinny – czy nawet, przede wszystkim powinny – służyć.

Oczywiście, nie wszyscy zgadzają się co do treści tych wartości, a termin „rządy prawa”, jak zobaczymy, jest używany przez tak wielu ludzi, aby wyrazić tak wiele różnych pragnień, że tak samo ważne jest, aby uporządkować stanowiska, jakie oni reprezentują. Biorąc pod uwagę to, że termin ten jest w powszechnym użyciu, bezcelowe jest proponowanie jego ekscentrycznego lub solipsystycznego rozumienia. Jednakże z uwagi na fakt, że jest ono w tak powszechnym użytku, trudno jest – w pewnym stopniu – uniknąć arbitralności. Poniżej prezentuję niektóre z moich nie-ekscentrycznych, lecz konkretnych przekonań.

<sup>15</sup> W. Jacoby, *Priest and Penitent: The European Union as a Force in the Domestic Politics of Eastern Europe*, “East European Constitutional Review” 1999/8, s. 62.

<sup>16</sup> Ph. Selznick, *The Moral Commonwealth*, Berkeley 1992, s. 454.

<sup>17</sup> „W polityce więc każde przedsięwzięcie jest przedsięwzięciem skutkowym, a nie pogonią za marzeniem, ogólną zasadą czy oznaką”. M. Oakshott, *Political Education w: Rationalism in Politics and Other Essays*, Indianapolis 1991, s. 57. Zob. także M. Oakshott, *The Pursuit of Intimations*, tamże, s. 66–69.



*Zewnętrzne i immanentne cele*

Obecnie istnieje jedno audytorium dla rządów prawa, gdzie moje rady mogą się spotkać z odzewem. Jest to świat międzynarodowych agencji zaangażowanych w promocję rządów prawa w krajach w procesie tranzytji, „postkonfliktowych” i „rozwijających się”. Rządy prawa są obecnie tak popularne wśród tych agencji nie ze względu na nie same, ale – jak zauważyliśmy – dlatego, że uważa się, że niosą ze sobą inne dobra: rozwój ekonomiczny, prawa człowieka, demokrację i im podobne zjawiska.

Jednakże, choć byłbym zadowolony z każdego wsparcia, a upowszechnienie rządów prawa jest mile widziane, mam co innego na myśli. Jak wspominałem przed chwilą, rodzaje wymienionych celów są *zewnętrzne* w stosunku do samych rządów prawa, są oczekiwanymi korzyściami z nich płynącymi, a nie ich częścią. Co więcej, cele te nie wpływają na rozumienie przez orędowników rządów prawa, czym rządy prawa są i gdzie się znajdują. Rządy prawa traktowane są jak rodzaj technologii, której właściwości można określić niezależnie od celów mających z nich wynikać<sup>18</sup>.

Rzeczywiście, w literaturze rozważającej, czy rządy prawa służą takim celem, zazwyczaj przeskakuje się od takiego rozumienia rządów prawa, które identyfikuje je z poszczególnymi instytucjami prawnymi, do poszukiwanych zewnętrznych celów. Pomija się przy tym, że w obszarze pomiędzy nimi pozostaje pytanie, czy samoistne cele rządów prawa zostały osiągnięte, choćby częściowo. Widać to szczególnie wyraźnie w momentach rozczarowań, które w promowaniu rządów prawa są bardzo częste. Podejmowane są działania promocyjne, wydawane są pieniądze, szkoli się sędziów, a mimo to gospodarka kuleje, despoti dochodzą do władzy, ponownie wybucha wojna domowa, a prawa człowieka są deptane. „Co rządy prawa zrobiły dla nas?” – będą prawdopodobnie narzekać niezadowoleni reformatorzy. W ten sposób lamentuje F. Upham:

„Istnieje prawdopodobieństwo, że typowa dla Zachodu niewłaściwa interpretacja odpowiednich funkcji prawa zostanie zaakceptowana przez kraje rozwijające się, powodując w ten sposób błędne ulokowanie wewnętrznych wysiłków oraz uwagi i, być może co najważniejsze, ostateczne, głębokie rozczarowanie potencjałem prawa. Jeśli zmiana kodeksu karnego nie powstrzyma watażków przed dokonywaniem spustoszenia w Afganistanie, a szkolenie chińskich sędziów przez amerykańskich profesorów prawa nie zapobiega zatrzymywaniu politycznych dysydentów – a nawet przewrotnie, umożliwi podanie przekonujących prawnych powodów ich zatrzymania – polityczni liderzy wszystkich opcji mogą zupełnie odwrócić się od prawa i może ono utracić tę skromną rolę, jaką mogłoby odegrać w rozwoju politycznym i gospodarczym”<sup>19</sup>.

W charakterystyczny dla siebie sposób F. Upham za źródło swoich obaw uznaje raczej rządy prawa i wyolbrzymione oczekiwania wobec nich niż nieprawidłowe ich rozumienie. Jednak co wtedy, gdy problem nie polega na tym, że wprowadzono rządy prawa i nie udało się przy ich pomocy uczynić wiele dobrego, lecz na tym, że to, co zostało wprowadzone, nie było rządami prawa, tylko niesamodzielnymi elementa-

<sup>18</sup> Zob. moje *Approaching the Rule of Law*, w: W. Mason (red.), *The Rule of Law in Afghanistan: Missing in Inaction*, Cambridge 2010, w druku.

<sup>19</sup> *The Illusory Promise of the Rule of Law*, w: A. Sajó (red.), *Human Rights with Modesty: The Problem of Universalism*, Leiden-Boston 2004, s. 281.

mi prawniczej aparatury? Przedstawię mój pogląd na tę sprawę. Kiedy majstrowanie przy instytucjach prawnych nie zapobiega chaosowi, kiedy ludzie, którzy naginają lub ignorują prawo oraz ci, którzy tego nie robią, muszą zaledwie je tolerować lub znosić sprawowanie władzy na nim nieoparte, oznacza to, że rządy prawa są w złej kondycji, jeżeli w ogóle istnieją, niezależnie od tego, jak wyglądają prawo i struktury instytucjonalne. Z powodów, do których zaraz dojdziemy, nie powinno być to zaskoczeniem. Samodzielnie ujmowane prawne cechy instytucji często utożsamiane z rządami prawa nie nadają się do tego, aby spełnić zadania rządów prawa. Takie oderwanie nigdy nie powinno mieć miejsca.

Jeśli wprowadza się rządy prawa, można spodziewać się, że przyniosą one korzyści, ponieważ niosą one ze sobą dalsze korzyści. Z powodu tego, co rządy prawa *oferują* lub na co *pozwalają*, oczekujemy pozytywnych rezultatów dla gospodarki, demokracji, praw człowieka i tak dalej. Te nadzieje mogą się spełnić bądź nie. Można będzie to jednak stwierdzić, gdy będziemy mieć osiągnięcia, a nie tylko jakieś instytucje, co do których mamy nadzieję, że do tych celów doprowadzą. Rozważmy poglądy M. Webera na prawo i kapitalizm. Wierzył on, że formalnie racjonalne prawo jest bardziej przewidywalne niż inne jego rodzaje i że z *tej przewidywalności* wypływają dalsze korzyści dla nowoczesnych kapitalistów. Mógł być w błędzie co do powiązań, ale twierdzenie to jest logiczne. W pierwszej kolejności musimy skoncentrować się na *immanentnych* celach rządów prawa, ich własnych *telos*, sensie projektu, celach dla niego wewnętrznych. Wtórny wpływ na demokrację, prawa człowieka i gospodarkę może z rządów prawa wypływać lub nie i należałoby to zbadać, ale nie jest on nierozzerwalnie z nimi związany. Inaczej mówiąc, rozwój gospodarczy czy nawet demokracja nie są dla rządów prawa najważniejszymi celami. Jeżeli rządy prawa są dla nich korzystne, to dlatego, że korzystne są dla nich immanentne właściwości tego, czym rządy prawa są, wówczas, gdy są tym, czym powinny być.

Jakie cele są immanentne w tym sensie? Pierwsze i prawdopodobnie najgłębiej zakorzenione w tradycji rządów prawa ujęcie celów nierozzerwalnie z nimi związanych jest takie, że pociągają one za sobą ograniczenie możliwości arbitralnego sprawowania władzy przez tych, którzy są w stanie zdobyć władzę znaczącą<sup>20</sup>. Muszę jeszcze podać lub znaleźć wystarczająco kompleksową i ustrukturalizowaną analizę tego, co jest arbitralne (jaki stopień samowoli? kaprysu? braku rozsądku? dyskrecjonalności? jeżeli nie całkowicie, to w jakim stopniu? itd.), a co nie jest. Jednakże, na poziomie ogólnym, jestem zadowolony z definicji Ph. Pettita:

„Możemy powiedzieć, że działanie ma arbitralną podstawę, jeżeli podlega wyłącznie *arbitrium*, decyzji lub osądowi jednostki; jednostka mogła wybrać je lub nie wybrać, według własnego uznania. Kiedy mówimy, że akt ingerencji jest dokonywany na arbitralnej podstawie [...], dajemy do zrozumienia, że jest on wybrany lub odrzucony bez odniesienia do interesów, opinii, osób nim dotkniętych. Wybór nie jest podyktowany tym, czego wymagają interesy innych stosownie do ich osądów”<sup>21</sup>.

Co więcej, jakkolwiek trudno może być w szczegółach rozróżnić arbitralne i niearbitralne wybory, to nie jest trudno z grubsza odwzorować ich obszary i znaleźć przykłady,

<sup>20</sup> Zob. J. Ph. Reid, *Rule of Law*, DeKalb 2004.

<sup>21</sup> Ph. Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford 1997, s. 55.

w szczególności całkowitej arbitralności, jeśli nie jej pewnego doskonale wyobrażonego przeciwieństwa. Choć krawędzie pojęcia są nieostre, znaczenie arbitralności jako antywartości<sup>22</sup> wśród tych, którzy przez stulecia pisali o rządach prawa, nie jest podawane w wątpliwość.

Kiedyś uważałem, że redukcja prawdopodobieństwa arbitralności wystarczy, aby zlokalizować *telos* rządów prawa, i wciąż w to wierzę, ale należy to jednak trochę lepiej objaśnić. Jeśli jest on pojmowany zbyt prosto, może wydawać się niespójny z głęboko osadzonymi elementami porządków prawnych, i to z ważnego powodu. N. MacCormick i J. Waldron przypomnieli nam, że „prawo jest dyscypliną argumentacyjną”<sup>23</sup> i to nieprzypadkowo. Ludzie z zagrożonymi interesami prawnymi muszą być zdolni do przemówienia za tymi interesami, bez względu na to, czy oskarżają, czy są oskarżani. Wymaga to gwarancji od porządków prawnych. J. Waldon podkreśla:

„głębokie i istotne poczucie, fundamentalnie związane z ideą systemu prawa, że prawo jest sposobem rządzenia ludźmi, który polega na traktowaniu ich z szacunkiem, chociaż mają własny pogląd lub perspektywę do przedstawienia na zastosowanie norm do ich postępowania i sytuacji. Stosowanie norm do jednostki ludzkiej nie jest podobne do decydowania o tym, co zrobić ze wściekłym zwierzęciem lub zniszczonym domem. Wymaga to zwrócenia uwagi na punkt widzenia i poszanowania osobowości jednostki, którą się zajmujemy [...] W ten sposób urzeczywistnia się kluczową ideę poszanowania godności tych, wobec których stosowane są normy, jako *istot zdolnych objaśniać same siebie*”<sup>24</sup>.

Jest to wartość moralna, ale nie stanowi fragmentu moralności jako całości, ponieważ nie jest to wyłącznie losowo lub przypadkowo związane z prawem. Jest przede wszystkim wartością *prawną*, fundamentalną dla moralnej integralności rządzenia *zgodnego z prawem*, co L. Fuller scharakteryzował jako „projekt podporządkowania ludzkiego postępowania regułom”<sup>25</sup>. Używając ponownie słów L. Fullera, jest to część „wewnętrznej moralności” prawa. I ponownie cytuję J. Waldrona:

„Argumentacja (odnośnie do tego, czym jest dany przepis albo co w efekcie daje szeroki wachlarz precedensów) jest w prawie *zwykłą sprawą*. Czuliśmy się nieswojo, uznając za system prawa system, który nie okazywałby jej zainteresowania i nie zapewniał jej rutynowych gwarancji [...] Sądy, rozprawy i argumenty – te aspekty prawa nie są opcjonalnymi dodatkami; są integralnymi składnikami funkcjonowania prawa; są niezbędne w pakiecie szacunku prawa dla ludzkiej podmiotowości. Powiedzieć, że powinniśmy cenić aspekty rządzenia, które promują jasność i określoność reguł ze względu na wolność indywidualną, ale bez możliwości argumentowania, której wolna i opanowana jednostka prawdopodobnie będzie się domagać, oznacza przecięcie na pół, ścięcie tego, na czym opierają się Rządy Prawa: szacunku dla wolności i godności każdej osoby jako żywej inteligencji”<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Sprowokowany przez G. Palombellę, nie jestem pewien, czy arbitralność prowadzi nas wystarczająco daleko, ale tak daleko, jak dotąd to przemyślałem, nie jestem pewien, czy musimy iść dalej.

<sup>23</sup> *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford 2005, s. 14.

<sup>24</sup> J. Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure* w: J. Fleming (red.), *Getting to the Rule of Law*, NOMOS 54, New York 2011, s. 19 (podkreślenie w oryginale).

<sup>25</sup> L.L. Fuller, *The Morality...*, s. 96.

<sup>26</sup> J. Waldron, *The Rule of Law and the Importance...*, s. 29–30 (podkreślenie w oryginale).

Czy jest to jednak kolejna wartość prawna, konkurencyjna wobec redukcji arbitralności, czy jest to raczej wzbogacenie naszego rozumienia przeciwieństwa władzy arbitralnej?

Przeciwieństwo dla prawnej arbitralności jest często identyfikowane z dążeniem do pewności prawa. Jeżeli rozumiemy sukces tego poszukiwania jako identyczny ze wzrostem pewności i myślimy w ten sposób, że im więcej pewności, tym lepiej, wtedy argumentacyjna natura prawa zdaje się poważnym problemem lub co najmniej inną, być może niespójną wartością dla prawa. Argumentacja prawna często podważa panujące pewniki, a często także jest konstruowana w celu ich podważania. Im więcej oferowanych przez prawo możliwości możemy poddać sporom, tym, mogłoby się wydawać, mniej pewne ono się staje i przez to cierpią rządy prawa.

Jednak dążenie do pełnej pewności jest próżne i błędne. Przede wszystkim, prawo nie może jej zapewnić, bo z każdą prawniczą interpretacją zawsze związana jest niepewność, a także ponieważ czyni to nieosiągalnym również tak wiele innych źródeł niepewności w świecie. Z kilku powodów, do których jeszcze wrócę, lepiej jest mówić o redukcji niepewności do znośnego poziomu niż o osiągnięciu coraz wyższych stopni pewności. W tej kwestii, tak jak zawsze, mądrością wykazał się N. McCormick. Przywołując czasy, gdy był szkockim posłem do Parlamentu Europejskiego, pisze:

„Jako filozof prawa pośród prawodawców, zawsze miałem pewną skłonność do przypominania kolegom, że pewność jest nieosiągalna i że najwięcej, co można zrobić, to dążyć do zmniejszenia niepewności do akceptowalnego poziomu. Jaki stopień jest akceptowany, zależy od tego, jakie wartości są zagrożone, włączając w to sprawiedliwość, w świetle rozwijających się, ale obecnie nieprzewidzianych sytuacji”<sup>27</sup>.

Mądrość N. McCormicka, podobnie jak wiele innych jego zalet, nie jest powszechnie uznawana. Prawo może zmniejszyć wiele niepewności, które wynikają z arbitralnego wykonywania władzy, zapewnić istotne *progi* bezpieczeństwa, nawet wtedy, gdy całkowita pewność nie da się osiągnąć<sup>28</sup>, i tego powinniśmy wszyscy oczekiwać.

Co więcej, *niepewność* jest tylko jednym ze wskaźników arbitralności w sprawowaniu władzy. Innym, jak wynika z definicji Ph. Pettita, jest ten, że sprawujący władzę mogą w sposób swobodny wolny ignorować tych, na których oddziałują, nie muszą pochyłać się nad nimi jako podmiotami zainteresowanymi własnym „spojrzeniem na świat”, według stwierdzenia S. Weil. Jeszcze bardziej istotne jest, aby brali tę perspektywę pod uwagę ci, którzy są odpowiedzialni za to, jakie jest prawo. Pewność, że ignorowanie ciebie i twoich poglądów nie będzie miało miejsca podczas sprawowania władzy nad tobą, nie czyni tego sprawowania niearbitralnym. Ponownie, nie można zrobić nic lepszego niż pozwolić N. McCormickowi przedstawić jego uwagi:

„Jeżeli Rządy Prawa rzeczywiście mają być ochroną przed arbitralną ingerencją w życie ludzi, to wydaje się oczywiste, że w praktyce nie wystarczy żądać, żeby fakty będące podstawą działania władzy niekiedy naprawdę występowały. Konieczne jest, aby wobec jednostki

<sup>27</sup> *Rhetoric and the Rule of Law*, s. 11.

<sup>28</sup> O znaczeniu zabezpieczania progów w odróżnieniu od dążenia do formalistycznej pewności zob. moje *Ethical Positivism and the Liberalism of Fear*, w: T. Campbell, J. Goldworthy (red.), *Judicial Powers, Democracy and Legal Positivism*, Aldershot 2000, s. 59, a zwłaszcza s. 73 i n.

zagrożonej tym działaniem wytaczane były specjalne i zaskarżalne akty oskarżenia lub inne twierdzenia faktyczne. To z kolei musi być poparte dowodami w otwartym postępowaniu, w którym strona może zakwestionować każdy z nich [...] i móc przedstawić wybrany przez siebie odpowiedni dowód przeciwny. Ponadto, musi istnieć możliwość podważenia zasadności oskarżenia lub roszczenia”<sup>29</sup>.

Istnieje więc silny związek między opozycją wobec arbitralnego sprawowania władzy, przez co niektórzy zaczęli proponować jako kryterium istnienie niezmiennych, niepodważalnych przepisów i interpretacji prawa, a argumentacyjnym charakterem prawa, który domaga się możliwości podważania, reinterpretacji i prawnie ograniczonego i metodycznego sporu, prowadzonego przez tych, których dotyczy działanie władzy. Na etapie zaskarżania sposobu stosowania prawa do faktów, co swoją drogą *nie* jest sytuacją typowego oddziaływania prawa na życie, przepisy muszą uwzględniać, że działanie władzy będzie uznane za arbitralne dopóty, dopóki ci, których ono dotyczy, nie będą traktowani jak ludzie, różniący się w poglądach na rozumienie prawa, istnienie i interpretację faktów i stosowanie tego prawa do tych faktów. Z tego powodu, ze względu na ich racje, decyduję się podążyć za N. MacCormickiem i J. Waldronem w pojmowaniu otwartości na argumentację jako uzupełnienia i dopełnienia przeciwieństwa arbitralnego sprawowania władzy. Zarówno nieprzewidywalność i zawadność działania władzy, jak i niemożność jej zakwestionowania są ohydne z tych samych powodów, dla których wygłusza lub ignoruje się czyjaś odmienną perspektywę widzenia świata. Oto cztery takie powody.

Pierwszym podstawowym powodem, aby pragnąć możliwości znacznego ograniczenia arbitralnej władzy, jest to, że zagraża ona naszej wolności. Dzieje się tak w wielu ujęciach wolności, ale chyba najwyraźniej w republikańskiej koncepcji wolności jako nie-dominacji. Koncepcja ta jest w sposób szczególnie związana z prawem, a nawet zależna od prawa. Ph. Pettit<sup>30</sup> podkreślał, że jest ona najważniejszym republikańskim wkładem do teorii polityki, zaś dla G. Palombelli stanowi ona kluczowe osiągnięcie rządów prawa<sup>31</sup>. Tak rozumiana wolność nie jest naruszona przez jakiegokolwiek rodzaju ingerencje, lecz jedynie przez „arbitralne (niezależne od rozumu) ingerencje”, to znaczy dokładnie tego rodzaju, które są przeciwne ideałowi rządów prawa<sup>32</sup>. Jak ujął to Ph. Pettit: „korzystać z nie-dominacji oznacza [...] cieszyć się nie tylko nie-ingierencją arbitralnej władzy, ale też bezpiecznymi lub odpornymi odmianami tej nie-ingierencji<sup>33</sup>. Takie bezpieczeństwo i odporność nie pojawiają się przypadkiem, ale wymagają instytucjonalnego wsparcia. Jest to zadanie dla rządów prawa. W istocie, związek między prawem a wolnością w jej republikańskim rozumieniu zasada się na prawie zaprzeczającym możliwości arbitralnego użycia władzy; „słuszne prawo postrzegane jest jako źródło wolności”<sup>34</sup>. Tylko wtedy i tylko w stopniu, w jakim „słuszne prawo” przyczynia się do zapobieżenia arbitralnemu wykonywaniu władzy, obywatel republikański jest wolny, nie podlega specyficznemu złu dominacji.

<sup>29</sup> Rhetoric and the Rule of Law, s. 25–26.

<sup>30</sup> Ph. Pettit, *Republicanism...*, s. 86.

<sup>31</sup> *The Rule of Law as an Institutional Ideal* w: G. Palombella, L. Morlino (red.), *Rule of Law and Democracy: Internal and External Issues*, Leiden 2010, s. 3–37.

<sup>32</sup> *The Rule of Law...*, s. 24.

<sup>33</sup> Ph. Pettit, *Republicanism...*, s. 69.

<sup>34</sup> Ph. Pettit, *Republicanism...*, s. 39.

Drugą i być może najbardziej elementarną konsekwencją arbitralnych zagrożeń dla wolności jest zwyczajny strach przed potencjalnie niszczycielskimi działaniami władzy niehamowanej potrzebą namysłu nad czymkolwiek, kierowanej jedynie wolą i kaprysem będącego u władzy. Zagrożenia dla wolności są ohydne, niezależenie od tego, czy wywołują strach, czy nie, ale jeżeli tak się dzieje, to są podwójnie ohydne. Strach jest słabością, co J. Shklar podkreśla w swoim „liberalizmie strachu”<sup>35</sup>, i to wielką słabością. Redukcja jego przyczyn jest wybawieniem. Dodajmy, nie wystarczy, co podkreśla tradycja republikańska, że szczęśliwie nie jest się aktualnie podległym aktom arbitralnej władzy, mimo że w każdej chwili można się znaleźć w takiej sytuacji. Przeciwnie, jak zauważył Priestley, „ciągły strach przed nieznanym złem, mimo że nie powinno ono nigdy nadejść, nie pozwala w pełni cieszyć się sobą i jakimkolwiek szczęściem w życiu”<sup>36</sup>. By zmniejszyć strach przed władzą (i zaprzeczeniem przez nią wolności, godności i pewności), ograniczenia tej władzy muszą być solidne i tak postrzegane. Sposobem na poszukiwanie takiego stanu jest instytucjonalizacja.

Bardzo podobną szkodą, która jest konsekwencją arbitralności, jest *poniżenie* polegające na byciu przedmiotem władzy. Polega ono na tym, że trzeba zgadywać, w jaki sposób można zostać potraktowanym przez władzę nie mając sposobu manifestowania, bronięcia i domagania się wzięcia pod uwagę własnego punktu widzenia<sup>37</sup>. Całe to pochlebstwo, kłanianie się, bycie pełnym uniżonego szacunku, nadszkalowanie grzecznością (wyliczam za Ph. Pettitem – M.K.), to tylko niektóre z bardziej sugestywnych zwrotów językowych dla określenia życia pozbawionego godności. Prawo unikające arbitralności lub ograniczające ją i pozwalające obywatelom mieć własny punkt widzenia, który należy uwzględniać, traktuje ich jako aktywne, samodzielne *podmioty*, a nie zwykłe przedmioty suwerennej woli. Przy pomocy takiego prawa rządy wspierają zdolność podmiotów do promowania własnych projektów i dążenie do realizacji samodzielnie wybranych interesów, bez strachu, że w którymś momencie reguły mogą zmienić się bez ostrzeżenia lub zadośćuczynienia, lub zwyczajnie mogą przestać się liczyć.

Ostatni i dobrze znany powód ograniczania możliwości arbitralnej władzy jest taki, że w obliczu systematycznej arbitralności obywatelom brakuje wiarygodnych źródeł koordynacji wobec państwa oraz wobec siebie nawzajem. Tylko w tańcu „wspólne kołysanie” jest pożądane. Skuteczna koordynacja społeczna zależy od wielu czynników oprócz jasnych ram prawnych, które dają wskazówki nawet tym, którzy niewiele wiedzą o sobie nawzajem. W dużych, złożonych i mobilnych społeczeństwach na dowolnym poziomie trudno jest sobie nawet wyobrazić brak takich ram. Między innymi, istnienie Fullerowskich czystych, perspektywnych, etc. wspólnych norm może (i często przyjmuje się, że tak jest) ułatwiać tę koordynację. Jest to korzyść, którą podkreślał również F. von Hayek. W dużych, nowoczesnych, mobilnych i złożonych społeczeństwach zadaniem prawa jest realizować ją w jak największym stopniu.

Te cztery wartościowe efekty – redukcja dominacji, strachu, upokorzenia i niepewności – to ważne powody, aby cenić rządy prawa. Można oczywiście chcieć czegoś więcej lub czegoś innego. Ale w świecie, który znamy, nie jest to zły punkt wyjścia. Jedną z dróg dojścia do tego wniosku to pomyślenie o życiu, które jest pozbawione korzyści płynących z rządów prawa. Dochodzi do tego, gdy prawo jest irrelevantne

<sup>35</sup> W jej *Political Thought and Political Thinkers*, s. 3–20.

<sup>36</sup> P.N. Miller (red.), *Political Writings*, Cambridge 1993, s. 35 (cytowane w: Ph. Pettit, *Republicanism...*, s. 86).

<sup>37</sup> Por. moje *The Grammar of Colonial Legality: Subjects, Objects, and the Australian Rule of Law*, w: G. Brennan, F.G. Castles (red.), *Australia Reshaped: 200 Years of Institutional Transformation*, Cambridge 2002, s. 220–260.



dla sposobów wykonywania władzy lub dlatego, że jest ono tego rodzaju, że występuje przeciw celom rządów prawa, lub dlatego, jak ma to często miejsce, że rządy prawa są nierówno dystrybuowane w społeczeństwie i rzadko faworyzują tych, którzy mogliby z nich najwięcej skorzystać. Wśród przykładów państw, gdzie prawo nie rządzi, znajdują się tyranie, nieliberalne demokracje, państwa upadłe, państwa wystarczająco silne, aby działać arbitralnie, ale za słabe, by kontrolować siłę, społeczeństwa, w których dzieją się potworności, pozostające poza kontrolą prawa. Nawet tam, gdzie prawo jest istotne, gdzie istnieją, jak się to zwykle wyraża, raczej rządy *poprzez* prawo (*by law*), a nie rządy prawa (*of law*), prawo jest tylko instrumentem sprawowania władzy, ale jej nie ogranicza<sup>38</sup>. Ponownie mówimy o różnicy stopnia, ale stopnie się liczą, a zróżnicowanie funkcji, które pełni prawo, może być znaczne, podobnie jak związane z nimi patologie. Istnieje wiele powodów, dla których chcemy uniknąć tych patologii. W czym więc może wesprzeć nas prawo?

Tłumaczenie: Katarzyna Mikołajczyk-Graj

### Summary

Martin Krygier

Four puzzles about the rule of law: why, what, where? And who cares?

Central among the many obscurities that attend the rule of law are those named in the title of the article. The first part contains some preliminary remarks and attempt to answer the first question. This attempt is based on distinguishing to ways of understanding what rule of law is. By the first way rule of law is a theological concept, i.e. to know what it is we have to know its aims and by the second, anatomical one, the most important thing to understand it are rules and institutions that are usually conceived as its part. The author holds a position that only the first way is appropriate and gives his own interpretation of aims of rule of law. This aim is legal reduction of the possibility of *arbitrary* exercise of power that is connected with four important reductions – of domination, of fear, of indignity, and of confusion.

<sup>38</sup> Omawiam to w moim *Approaching the Rule of Law...*