

**Martin Krygier**

Uniwersytet Nowej Południowej Walii w Sydney

## Cztery zagadki o rządach prawa: Dlaczego? Co? Gdzie? I kogo to obchodzi? Część II\*

### 1. Co?

Koncepcje rządów prawa mnożą się i znacznie różnią od siebie. Niektóre, jak widzieliśmy, są instytucjonalnie „cienkie”, inne merytorycznie „grube”<sup>1</sup>. Pierwsze są często zbyt proste, aby coś osiągnąć, te drugie zbyt bogate, aby pozwolić utrzymać jakiegokolwiek użyteczne rozróżnienie pomiędzy rządami prawa a czymkolwiek innym, co chciałoby się znaleźć w społeczeństwie<sup>2</sup>. Jednak złoty środek jest możliwy. Musi on zasadać się na specjalnym związku z „prawem”, tak żeby rządy prawa nie zaczęły oznaczać rządów czegokolwiek, co dobre, gdyż w takim przypadku nie ma potrzeby tworzenia ich teoretycznej koncepcji; widzieliśmy już, że istnieją takie wartości, w specyficzny sposób związane z prawem<sup>3</sup>. Owa koncepcja „złotego środka” musi określić, co może być potrzebne prawu, aby „rządziło” w sposób, który przyczyni się do osiągnięcia poszczególnych *telos* przypisywanych rządowi prawa.

W poprzedniej części pochwaliłem stan rzeczy, w którym władza może być skutecznie wykonywana, ale możliwość jej arbitralnego wykonywania jest ograniczona. Mało prawdopodobne jest urzeczywistnienie się tego stanu rzeczy, szczególnie w dużych i złożonych społeczeństwach, chyba że ograniczenia i sposoby sprawowania władzy są zinstytucjonalizowane. W przypadku gdy te instytucje mają charakter prawny, sztuką jest, aby prawo rządziło nimi w znacznym stopniu. Musi to obejmować (choć nie powinno się ograniczać tylko do tego) kontrolę nad dzierżycielami władzy politycznej, nawet jeśli prawo jest instrumentem tej właśnie władzy politycznej. Jeśli myśli się, że rządzący rządzą prawem, prawo musi też być w stanie nimi rządzić. Próba dokonania tych poszczególnych niemożliwych rzeczy jest próbą instytucjonalizacji rządów prawa.

Prawnicy i filozofowie prawa sugerowali wiele sposobów, na które prawo może zostać przygotowane do tej próby. Wspomnę o trzech. Pierwszy polega na istnieniu

\* Część I artykułu została opublikowana w „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2011/2.

<sup>1</sup> Zob. R. Peerenboom, *Varieties of rule of law: an introduction and provisional conclusion*, w: R. Peerenboom (red.), *Asian Discourses of Rule of Law*, Londyn 2004, s. 1–10.

<sup>2</sup> Zob. J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, w: J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, s. 210.

<sup>3</sup> ianluigi Palombella ma szczególnie rację w wyróżnieniu rządów prawa jako prawnego, a nie tylko politycznego czy moralnego ideału; zob. G. Palombella, *The Rule of Law as an Institutional Ideal*, „Comparative Sociology” 2010/1.

prawa, które posiada wiele szczególnych cech formalnych. Drugi, to taki, w którym prawo zawiera wiele proceduralnych gwarancji. Filozofowie prawa mają tendencję do podkreślania aspektów formalnych, prawnicy – proceduralnych. Od kiedy J. Waldron dołączył do prawników, jest prawdopodobne, że procedurze poświęci się więcej filozoficznej uwagi. Trzecia droga, zasugerowana przez G. Pallombello, to instytucjonalizacja specyficznego dualizmu wewnątrz prawa, dualizmu utrzymującego w równowadze prawo jako instrument rządzenia za pomocą prawa, gdy nie zawiera ono uprawnień do jego zmieniania przysługujących nawet władcy, a przynajmniej zmieniania rutynowego, łatwego lub arbitralnego. Naszkicuję je po kolei.

Prawo wykorzystuje swoją siłę w jednym z dwóch lub w dwóch kierunkach jednocześnie. Jednym z nich jest kierunek odśrodkowy. Prawo nadaje różnego rodzaju sygnały do całego społeczeństwa lub jego części, niezależnie czy istnieje jakikolwiek kontakt pomiędzy obywatelami a światem urzędników. Drugi kierunek jest dośrodkowy, magnetyczny. Przyciąga ludzi do bezpośredniego kontaktu z organami państwa, które w taki czy inny sposób bezpośrednio się nimi zajmują. Oczywiście występuje wzajemne nachodzenie na siebie i zależność między tymi dwiema funkcjami. Prawdopodobieństwo bezpośrednich kontaktów ludzi z urzędnikami i ich rozumienie, z czym mogą się takie kontakty wiązać, łączy się z sygnałami wysyłanymi przez instytucje prawne i tym, w jaki sposób są one rozumiane i interpretowane przez obywateli. I odwrotnie, to, co dzieje się w instytucjach prawnych – w sprawach, procesach, zachowaniu policji, w sposób oczywisty dotyka tych, którzy stykają się z nimi bezpośrednio: strony procesu, wnioskodawców, zniesławionych, zatrzymanych, którzy poddają się zatrzymaniu dobrowolnie lub zostają sprowadzeni przez funkcjonariuszy, w tym policję (która sama jest wysyłana do wspólnoty w celu rozszerzenia owego magnetycznego zasięgu prawa). Jednakże prawo wysyła także sygnały do wielu innych, którzy nigdy nie weszli do sądu czy nawet nie spotkali policjanta, a pomimo tego prawo podlegają, są nim objęci w swoim jego rozumieniu.

Jeden ze sposobów rozumienia „wewnętrznej moralności prawa” L. Fullera to widzieć ją jako skierowaną przede wszystkim na odśrodkowe funkcje prawa. Jeżeli sygnały mają być wysyłane do nieokreślonej liczby osób, zakładając, że chcą i mogą one uporządkować swoje sprawy w ramach i zgodnie z nakazami prawa, to muszą one znać to prawo i na nim polegać. Na prawach, które spełniają te osiem warunków, są skuteczne oraz co do których wydaje się, że są znane, można bardziej polegać niż na prawach lub wykonywaniu władzy, które tych cech nie posiadają. Nie zdają tego testu arbitralne uniesienia suwerennej władzy lub kierunki zarządzania, które traktują cechy wymienione przez L. Fullera jako przypadkowe, wymagane jedynie wtedy, kiedy są potrzebne sprawującym władzę.

Ostatnio J. Waldron próbował uzupełnić listę formalnych cech L. Fullera o kolejną grupę, którą nazwał „proceduralną”. Jego motywacja odpowiada każdemu, kto ceni rządy prawa bardziej niż tylko akademicką lub luksusową rozrywkę. Ma ona dwa aspekty, oba moim zdaniem bardzo ważne, choć często zaniedbywane przez akademików, nawet pomimo tego, że później zapytam, czy konkretne odpowiedzi J. Waldrona je uwzględniają:

„Dochodzenie do Rządów Prawa nie oznacza tylko składania im głośnych deklaracji poparcia w poczuciu bezpieczeństwa nowoczesnej demokracji: oznacza promowanie ich w społeczeństwach, które niekoniecznie muszą być zaznajomione z tym ideałem; a w tych społeczeństwach, które go znają, oznacza to również rozszerzanie ich na mniej oświecone zakątki rządzenia.

Kiedy zwracam uwagę na roszczenia, które są wysuwane wobec Rządów Prawa na całym świecie, uderza mnie fakt, że te ich cechy, na które ludzie zwracają uwagę, nie są konieczne tymi samymi cechami, które filozofowie prawa podkreślali w swoich naukowych koncepcjach tego ideału”<sup>4</sup>.

Lista proceduralnych elementów J. Waldrona podpira się normatywną ambicją, o której mówiłem wcześniej, w celu zapewnienia, że w razie styczności z instytucjami prawnymi ludzie będą traktowani jak istoty ludzkie. Mają oni, i tak domniemujemy, własne życie wewnętrzne i własne „spojrzenie na świat”<sup>5</sup>, które prawo musi uwzględniać. Takich proceduralnych wartości jest wiele, ale obejmują one z jednej strony prawo do rzetelnego procesu przed bezstronnym sądem działającym na podstawie dowodów i argumentów, z drugiej zaś szereg praw do obecności, głosu, reprezentacji podczas procesu, przesłuchania świadków, prezentowania dowodów, wysłuchania motywów rozstrzygnięcia, odwołania.

Trzecim sposobem uchwycenia tego kompleksowego pragnienia ograniczenia i kanalizowania władzy, w tym władzy legalnej, przez prawo, które jednocześnie jest narzędziem tej władzy, jest bardzo stara angielska tradycja rządów prawa, ostatnio przeniesiona w inne miejsca wraz z obowiązującymi konstytucjami. Jego uzasadnienie zostało ostatnio wydobyte i ponownie przedstawione przez G. Pallombellę. Według tej tradycji sednem rządów prawa jest „zapobieżenie przekształceniu prawa w narzędzie czystej dominacji, posłusznego służę politycznego monopolu i instrumentalizmu”<sup>6</sup>. Warunkiem, poza przepisami prawa, które poddają się woli rządów, jest, że „«inne» pozytywne prawo powinno być dostępne, takie, które znajduje się w pewien sposób poza zasięgiem (legitymowanego) rządu, stworzone czy to przez długą tradycję *common law* czy też przez utworzenie «konstytucyjnej» ochrony wyższego prawa, i tak dalej”<sup>7</sup>. *Common law* jako prawo wyższe (choć wciąż jest to prawo, a nie moralność), które chroni prawo (*jurisdiction*) przed zawładnięciem przez władców realizujących cele rządu (*gubernaculum*), jest najstarszą instytucjonalizacją tego ideału. Spisane i wiążące konstytucje są bardziej aktualnym przykładem. W nich wszyscy rządzący są ograniczeni przez coś, co naprawdę jest prawem, ale czym nie mogą rządzić ani nagiąć do swojej woli. Takiej koncepcji, tego dualizmu, podkreśla G. Palombella, brakowało od europejskiego *Rechtsstaat*, które wielu, jego zdaniem niesłusznie, przyrównuje do rządów prawa, aż do rozpowszechnienia się konstytucji w ostatnim stuleciu. Bez tego dualizmu państwo może przyjąć kryteria niearbitralności L. Fullera jako swoją „formę” rządów, bez żadnych fundamentalnych ograniczeń, które byłyby ponad jego władzę. Jego główne cele mogą nie mieć wiele wspólnego z ograniczeniem dominacji, strachu, niegodności lub zagubienia. Mogą po prostu być równoznaczne z uporządkowanymi, niezawodnymi i kontrolowanymi sposobami rozszerzenia władzy państwa i załatwiania spraw państwowych przez urzędników. Tak oto, w dużym skrócie, M. Weber widział korzyści nowoczesnych państw z prawa racjonalnego formalnie.

Wybrałem trzy koncepcje tego, czym mogą być rządy prawa, ponieważ każda z nich ukazuje ważny sposób, w jaki prawo wpływa na rządy prawa, a także najważniejsze stanowiska w zróżnicowanych tradycjach myślenia o rządach prawa oraz to, w jaki sposób uczynić je korzystnymi. Co więcej, każda z nich uznaje wybrane właściwości „za

<sup>4</sup> J. Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, „Public Law Research Paper” 2010/73.

<sup>5</sup> Raimond Gaita podkreśla fakt istnienia naszego „życia wewnętrznego” jako elementu definiującego człowieczeństwo; Simone Weil, inspirująca R. Gaitę, podkreśla „spojrzenie na świat”; zob. R. Gaita, *Good and Evil: An Absolute Conception*, Londyn 2004; R. Gaita, *A Common Humanity. Thinking About Love and Truth and Justice*, Londyn 2000.

<sup>6</sup> G. Palombella, *The Rule of Law...*, s. 4.

<sup>7</sup> G. Palombella, *The Rule of Law...*, s. 31.

zasadę”, a nie jedynie przypadkowe „przewidywania”, wyrażającą wartości, którym powinny służyć rządy prawa. W istocie każda z tych koncepcji wystrzega się zajmowania instytucjonalnymi szczegółami na rzecz teleologicznego testu, który muszą przejść poszczególne porządki prawne: niezbędne jest rozpoznanie prawa podczas działania; chociaż w poszczególnych przypadkach te cele mogą zostać osiągnięte, to prawo musi traktować każdego jak człowieka obdarzonego godnością i własnym spojrzeniem na świat; każde prawo powinno instytucjonalizować równowagę pomiędzy dążeniem do osiągania korzyści (*the good*) a ochroną tego, co słuszne (*the right*) przez prawo jako takie. Wyobrażam sobie te trzy ujęcia jako oferujące wspólny bogaty obraz tego, co jest stawką w rządach prawa i jakie są niektóre rodzajowe cechy prawa, które mogą pomóc nam ją wygrać. Jednakże wydaje się, że wciąż brakuje jakiegoś fundamentalnego elementu rządów prawa. Pomimo tego, że koncentruję się na tych trzech ujęciach jako najbardziej eleganckich, wiele innych koncepcji rządów prawa cierpi na ten sam brak.

## 2. Gdzie?

Niedawno zauważyłem tendencję, czy może raczej zauważyłem niedawną tendencję, do włączania w prace o rządach prawa terminologii geograficznej. Na przykład G. Palombella i N. Walker dążą do „relokacji” rządów prawa<sup>8</sup>. Książka, w której pierwotnie ukazał się niniejszy tekst, ma nadzieję „dotrzeć do rządów prawa”. To tak, jakby badacze przez cały ten czas spoglądali we wszystkie standardowe miejsca i nie byli w stanie odnaleźć rządów prawa w żadnym z nich. Być może powinni spojrzeć gdzie indziej.

Nie powinno dziwić, że dla najbardziej znaczącej większości zagadnień to, czy prawo może rządzić, zależy od tego, co jest zewnętrzne wobec instytucji prawnych. Obejmuje to wiele źródeł rządów prawa, wiele zagrożeń oraz wiele korzyści, których dostarczają rządy prawa. Spotykamy koncepcje rządów prawa poświęcone wyłącznie samym regułom i praktykom, jak również te, które postrzegają je jako antidotum na trucizny wydzielane jedynie przez tych, którzy władają prawem. Takie koncepcje mogą przegapić wiele z tego, co czyni rządy prawa możliwymi, co im zagraża i co sprawia, że są cenne.

Jest to szczególnie przykład mądrego zastrzeżenia, które L. Fuller uczynił do nazwy ruchu „Prawo i Społeczeństwo” oraz ogólnie do studiów nad „prawem i społeczeństwem”: powinno się mówić nie o „prawie i”, ale o „prawie w”<sup>9</sup>. Nie jest to wyłącznie kwestia semantyczna.

### 2.1. Źródła

Podstawową prawdą o rządach prawa jest to, że niektórych z ich najważniejszych warunków, a nawet ich najpoważniejszych konsekwencji, nie można odnaleźć w instytucjach

<sup>8</sup> Zob. G. Palombella, N. Walker (red.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford 2009.

<sup>9</sup> Zob. L.L. Fuller, *Some Unexplored Social Dimensions of the Law*, w: A.E. Sutherland (red.), *Path of the Law from 1967*, Cambridge 1968, s. 57: „Wzmózione zainteresowanie socjologią prawa, mające miejsce w ostatnich latach, przybrało rozmiary czegoś na kształt ruchu intelektualnego. W Stanach Zjednoczonych ten ruch znalazł odzwierciedlenie w nieco hasłowym wyrażeniu zawartym w tytule *Prawo i Społeczeństwo* (...). Byłoby to małostkowe, gdyby z niewinnej zmiany nazwy tego, co znajome, próbować wyciągać poważne spory (...). Jednocześnie jednak, jak sądzę, zdaje się to implikować pewne nowe niebezpieczeństwa wynikające z tej nowej nazwy i miejsca energii intelektualnej. Mówiąc o prawie i społeczeństwie możemy zapomnieć, że prawo samo w sobie stanowi część społeczeństwa, że procesy, jakim podlega, są procesami społecznymi, że obejmuje swoim działaniem wymiary społeczne godne najwyższej uwagi socjologów”.

prawnych. Rozpocznę od warunków. Rządy prawa rozwijają się, potrzebują pielęgnacji i muszą być zsynchronizowane z lokalnymi systemami. Nie mogą po prostu zostać wkręcone (*screwed in*), pomimo że mogą zostać przez to zepsute (*screwed up*) i zależy to w równej mierze od tego, co dzieje się wokół nich, w poszczególnych elementach tej ekologicznej niszy, jak i od ich własnych właściwości. Jest to prawda powszechnie ignorowana przez tych, którzy nie zauważają różnicy zgrabnie uchwyconej w tytule eseju R. Coopera – *The Rule of State Law versus the Rule-of-Law State*<sup>10</sup>. Tym, czego chcemy, jest państwo rządów prawa, a tym, co często dostajemy w czasach „nie-rządów” prawa, są rządy prawa państwowego.

Jeżeli chodzi o rządy prawa, to wiele zależy od tego, co dzieje się dokładnie poza oficjalnymi praktykami i instytucjami, a wiele z tego, od czego one zależą, nie jest czymś zwyczajowo uważanym za mające prawny charakter. A. Sen w swojej znanej mowie dla Banku Światowego zauważył:

„Nawet jeśli zastanawiamy się nad rozwojem w konkretnej sferze, jak na przykład rozwój gospodarczy czy rozwój prawny, instrumenty, które są potrzebne do wzmocnienia rozwoju w tej określonej sferze, nie mogą ograniczać się tylko do instytucji i polityk tej sfery (...). Jeżeli brzmi to trochę zbyt skomplikowanie, to muszę podkreślić, że skomplikowanie to ostatecznie związane jest ze współzależnościami w świecie, w którym żyjemy. To nie ja stworzyłem ten świat, więc wszelkie zarzuty należy kierować gdzie indziej”<sup>11</sup>.

Nie jest to prawda ograniczona do krajów z trudem usiłujących dostrzec ślady rządów prawa. Jest ona uniwersalna, chociaż nie zawsze zauważana przez prawników lub filozofów prawa. Tak oto J. Waldron chce zachować wiarę w sposób, w którym „termin jest normalnie używany” i twierdzi, że „prawo budzi się do życia” w instytucjach, w centrum których znajdują się instytucje sądowe. Z kolei dzieło T. Tylera sugeruje, że gdy ludzie udają się do sądu, szczególnie wysoko cenią wartości podkreślane przez J. Waldrona<sup>12</sup>. Jednakże wielu zwykłych ludzi ma niewiele wspólnego z takimi instytucjami, a powołaliby się na prawo dla uzyskania pożytecznych efektów w ich codziennych relacjach zarówno między sobą, jak i z urzędnikami. Podczas gdy działanie prawa na wiele sposobów wyraźnie zależy od instytucji, to znaczna część jego życia, nawet – a może zwłaszcza – w porządnie urządzonych domach ich eksporterów, toczy się bardziej poza instytucjami niż w ich ramach<sup>13</sup>. I wtedy jest to żywe prawo.

Wiele ważnych efektów centralnych instytucji prawnych i tam gdzie mają one poważne rezultaty (co dalekie jest od stwierdzenia, że jest tak wszędzie), pojawia się poza

<sup>10</sup> R. Cooper, *The Rule of State Law versus the Rule-of-Law State*, w: W.E. Buscaglia, W. Ratliff, R. Cooper (red.), *The Law and Economics of Development*, Greenwich 1997, s. 101–148.

<sup>11</sup> A. Sen, *What is the role of legal and judicial reform in the development process?*, Waszyngton 2000, s. 10. Zob. także B.Z. Tamanaha, *The Primacy of Society and the Failures of Law and Development*, „Cornell International Law Journal” 2011/2, s. 209–247.

<sup>12</sup> Zob. T. Tyler, *Why People Obey the Law*, Princeton 2006.

<sup>13</sup> Zob. M. Krygier, *The Rule of Law and „the Three Integrations”*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2009/1, s. 21–27. Tu i ówdzie byłem pod znacznym wpływem dwóch klasyków socjologii prawa, którzy doskonale zwrócili na to uwagę. Zob. S. Falk Moore, *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field As An Appropriate Subject of Study*, w: S. Falk Moore, *Law as Process*, Londyn 1978, s. 54–81; M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, „Journal of Legal Pluralism” 1981/19, s. 1–47. „Główny nurt nauki prawa ma tendencję do patrzenia z perspektywy oficjalnego porządku prawnego, wspomagając pretensje oficjalnego prawa do pozostawania w relacji hierarchicznej kontroli z innymi porządkami normatywnymi w społeczeństwie. Społeczne badania prawa są charakteryzowane jako powtarzające się odkrycie drugiej półkuli świata prawa. To spowodowało powracające ponowne odkrycie, że prawo w nowoczesnym społeczeństwie jest raczej pluralistyczne niż monolityczne, że ma zarówno prywatny, jak i publiczny charakter, i że narodowy (publiczny, oficjalny) system prawa jest częściej raczej drugim niż podstawowym miejscem regulacji” – M. Galanter, *Justice in Many Rooms...*, s. 20.

instytucjami prawnymi. Efekty te z kolei są w różnym stopniu i na różne sposoby zależne od tego, jak państwo jest z nimi związane, i sposobów, w jakie są one wzmocniane i unieważniane przez istniejące niepaństwowe struktury, normy, sieci i postawy. Nie ma takiego miejsca, gdzie każdy wytycza słuch na to, co ustawodawca i sądy mają do powiedzenia o najbardziej aktualnych lub potencjalnych źródłach konfliktów. Nawet jeśli ludzie zobaczyli specjalny powód, aby poświęcać szczególną uwagę tym źródłom, to istnieje o wiele więcej generatorów szumu, niektóre nawet głośniejsze niż ten wytworzony przez prawo państwa. Same państwa też robią wiele szumu i to często poza prawem lub w sprzeczności do rządów prawa.

Zawsze gdy państwo wysuwa roszczenie do rządu, istnieje wiele potencjalnych źródeł normatywnej, strukturalnej, kulturowej i instytucjonalnej współpracy i rywalizacji w każdym społeczeństwie i one oraz ich wzajemne oddziaływanie różnią się znacznie między społeczeństwami (a często w ich ramach). Jak ludzie będą interpretować prawo państwa i reagować na nie, jak wysoko będą je oceniać w porównaniu z innymi wpływami – to zależy tylko częściowo od tego, co ono głosi, jak to głosi i co prawo ma w zamierzeniu jego twórców sprawić. Ludzkie reakcje na prawo państwa zależą w różnym i zmiennym stopniu od tego, w jakiej formie, jak dalece i z jaką siłą prawo jest w stanie przedrzeć się przez wszystkie stojące na przeszkodzie media, jak są one dostrojone do swoich przypuszczalnych odbiorców i na ile mogą się okazać poważne, konkurencyjne, odporne lub nieprzyjazne dla jego przesłania.

Nie oznacza to, że prawo państwa nie jest ważne. Ma ono często zasadnicze znaczenie dla rządów prawa, ale to, jak bardzo jest ważne, a nawet, czy w ogóle jest ważne, oraz w jaki sposób jego skutki będą działać w świecie, w znacznym stopniu zależy od złożonych społecznych, ekonomicznych i politycznych kontekstów, w które ingeruje.

## 2.2. Niebezpieczeństwa

J. Raz opisuje rządy prawa jako „wartość z konieczności negatywną (...) zaprojektowaną jedynie po to, aby minimalizować szkody, jakie dla wolności i godności może poczynić prawo w swoich wysiłkach realizacji własnych celów, jakkolwiek godne pochwały mogłyby one być”<sup>14</sup>. To podejście wydaje mi się podwójnie błędne. Szkody, dla których rządy prawa mają być antidotum, stanowią nadużycia władzy, a nie wyłącznie prawa. Istnieje wiele sposobów, na które władza może być wykonywana, używana i nadużywana bez udziału prawa, czy nawet państwa, dopóki z definicji uznajemy, że wszystko, co czyni państwo, jest czynione przez prawo. Rządy prawa mają na celu wyeliminowanie od początku wszystkich tych innych sposobów. W odniesieniu do arbitralności władzy potrzeby są oczywiście większe, ale to wyłączenie nie jest kwestią błahą.

Co więcej, istnieje wiele innych źródeł nadużycia władzy zupełnie poza państwem i prawem. J. Raz wyraźnie myśli tylko o władzy państwowej i nawet ci, którzy mogą się nie zgadzać z nim i z jego negatywnym opisem rządów prawa, wspólnie spoglądają na zagrożenie ze strony państwa jako na zagrożenie podstawowe, na które rządy prawa mają stanowić odpowiedź. Jest to pogląd rozpowszechniony. Ale co ze źródłami władzy? Czy test nie powinien obejmować nie tylko tego, za co jest odpowiedzialna, ale i tego, skąd pochodzi?

<sup>14</sup> J. Raz, *The Rule of Law...*, s. 228.

Jak już powiedziałem i jak często to obserwujemy, wielkie zagrożenia i niepokonanie arbitralne wykonywania władzy, mogą nie mieć nic wspólnego z państwem. Rzeczywiście, wymagają one efektywnej interwencji państwa, aby je kontrolować, interwencji dla realizacji rządów „bardziej prawa niż ludzi” tam, gdzie są one możliwe i osiągalne. Oto sedno zacieklej odpowiedzi R. Westa udzielonej J. Waldronowi:

„Prawo działa na wiele sposobów, ale jedną z jego podstawowych funkcji jest ochrona jednostek przed tym, co inaczej byłoby niepowstrzymany ingerencjami w ich życie – nie ze strony nadmiernie liczonych urzędników państwa, lecz ze strony osób prywatnych, osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych. Prawo, jak twierdzi Jeremy [Waldron] piętnuje, karze, nakłada odpowiedzialność i tak dalej. Jednak prawo także kompensuje jednostkom prywatne krzywdy i chroni je, przynajmniej przez większość czasu, przed prywatną przemocą. Czasami robi to dobrze, czasami jedynie sporadycznie, a czasem wcale. Moim zdaniem, społeczeństwo, które domaga się uregulowania postępowania zgodnie z ideałem „Rządów Prawa” – jako przeciwnym rządom silniejszych, rządom bardziej zakłamanym, rządom lepiej sytuowanych lub rządom bardziej mściwych, większych manipulatorów, bardziej fałszywych lub bardziej brutalnych, i tak dalej – powinno wymagać od prawa, aby czyniło jak najwięcej. Mogłoby się wydawać, że studia nad Rządami Prawa powinny odzwierciedlać te ideały (...). Od liberalnego państwa przestrzegającego rządów prawa oczekujemy nie tylko systemu prawa, który nie będzie narzucał nam swojej woli, bez respektowania naszej rozumności i bez akceptacji naszego współdziałania. Od liberalnego państwa przestrzegającego rządów prawa chcemy także pewnego poziomu bezpieczeństwa od prywatnej przemocy w naszych domach i sąsiedztwie, pewnego poziomu uczciwości w naszych kontaktach handlowych, pewnego poziomu dobrego samopoczucia w życiu prywatnym, wolnego od niedogodności ze strony silniejszych prywatnych podmiotów”<sup>15</sup>.

Stanowisko R. Westa sprawdza się w każdym społeczeństwie, włączając w to moje (i wasze), w którym państwo jest względnie skuteczne. Wszystkie pozostałe państwa: w stanie konfliktu, post-konfliktowe, w okresie transformacji oraz podupadłe, dla których wybawienie stanowić mają rządy prawa, są bliższe tym wyobrażonym przez T. Hobbesa niż tym przedstawionym przez J. Locke’a.

### 2.3. Korzyści

Prawo nigdy nie rządzi naprawdę, jeżeli nie rządzi w otaczającym je świecie. Jeśli tak się nie dzieje, to jakkolwiek wewnętrzna konstrukcyjna elegancja nie jest nic warta. Oczywiście, jak słusznie podkreśla J. Waldron, właściwe traktowanie stron procesu, gdy podlegają one osądzeniu, jest warte bardzo wiele. Jednakże jego społeczne znaczenie z pewnością wydaje się mniejsze ilościowo i zapewne także jakościowo mniej istotne, w porównaniu do wagi tego, co prawo czyni dla lub przeciw ludziom, którzy nigdy nie weszli do kancelarii prawnej, a tym bardziej do sądu. To, czy rządy prawa mają poważanie w społeczeństwie, zależy od rozmiaru oraz jakości zasięgu ich oddziaływania oraz wpływu nie tylko na relacje między obywatelami i państwem, ale również (a może bardziej) na relacje między samymi obywatelami.

Są to zjawiska dobrze znane socjologom prawa, choć czasami mają oni zbyt skłonność do wyolbrzymiania znaczenia państwa i jego prawa. Kimś, kto nie popełnił tego błędu, ale wciąż rozumiał to zagadnienie, był historyk E.P. Thompson. E.P. Thompson, jako człowiek lewicy i był marksista, rozwścieczył swoich niedydysiejszych kolegów pa-

<sup>15</sup> R. West, *The Limits of Process*, w: J. Fleming (red.), *Getting to the Rule of Law*, Nowy Jork 2011, s. 18, 20.

negirykiem na rzecz rządów prawa na końcu swojej kontrowersyjnej z tego powodu książki *Whigs and Hunters*<sup>16</sup>. W tej kwestii stoję całkowicie po jego stronie, ale chciałbym wspomnieć mniej podkreślany aspekt jego głośnej konkluzji z *Whigs and Hunters*, w której zastanawia się on nad:

„różnicą między władzą arbitralną a rządami prawa. Powinniśmy ujawniać oszustwa i nierówności, które mogą być ukryte pod osłoną prawa. Ale same rządy prawa, nakładanie na władzę skutecznych mechanizmów hamujących oraz obrona obywateli przed typowo ingerującymi w ich życie roszczeniami, wydaje mi się bezwarunkowym dobrem ludzkim”<sup>17</sup>.

Zauważmy, od czego E.P. Thompson zaczyna: od celu rządów prawa, a nie od ich anatomii. Być może szczęśliwie E.P. Thompson nie był prawnikiem i w przeciwieństwie do wielu, którzy piszą o rządach prawa, nie próbował jedynie wyjaśniać, jakie prawne elementy rzekomo wywołały pozytywne rezultaty, które tak chwalił. Kładł raczej nacisk na „oczywistą kwestię”, że „istnieje różnica między arbitralną władzą a rządami prawa”, a te drugie identyfikuje się raczej z tym, co mają osiągnąć, niż przez jakiś przepis czy wyliczenie składników. E.P. Thompson identyfikuje rządy prawa przez dobro, które czynią – „nakładanie na władzę skutecznych mechanizmów hamujących oraz obrona obywateli przed typowo ingerującymi roszczeniami”. Miałoby to miejsce tylko wtedy, i tylko w takim zakresie, w jakim prawo i rządy prawa wprowadziłyby tak nową jakość, że byłaby ona odczuwalna społecznie.

A gdzie poszukiwał dowodów na istnienie tej różnicy? Nie w poszczególnych formach prawnych i instytucjach, bo o tych sądził, że były ciągle „tworzone (...) i naginane” przez „oligarchię Wigów (...) w celu legitymizacji ich własności i statusu”<sup>18</sup>. Mimo to oligarchia ta nie mogła zrobić tego, co zamierzała; jej ręce często były związane przez prawo, które chciała wykorzystać. Jak E.P. Thompson to wykazał? Opisując charakter instytucji prawnych i norm, czy doświadczenia stron procesowych, czy też wewnętrzną równowagę prawa? Nie. Przywołał raczej fakty takie, jak ten:

„To, co często było sporne, to nie własność chroniona przez prawo, przeciwna brakowi własności, lecz alternatywna definicja prawa własności (...) prawem były definicje aktualnych praktyk wiejskich, jak to się działo «od niepamiętnych czasów» (...) «prawo» było głęboko wrośnięte w podstawy relacji wytwórczych, które byłyby niesprawne bez tego prawa. I (...) temu prawu, rozumianemu jako definicje lub jako reguły (niedoskonale wdrażane przez formy instytucjonalne), zostało udzielone wsparcie przez normy wytrwale przekazywane w ramach wspólnoty”<sup>19</sup>.

Takie fakty społeczne doprowadziły E.P. Thompsona do stwierdzenia: „pojęcie regulacji i godzenia konfliktów przez rządy prawa – i szczegółowe opracowanie reguł i procedur, które przy okazji zbliżyły się do ideału – wydaje mi się osiągnięciem kulturowym o uniwersalnym znaczeniu”<sup>20</sup>. „Osiągnięcie kulturowe” jest właściwie dobranym określeniem, chociaż chodzi tu o coś więcej niż kultura<sup>21</sup>. E.P. Thompson miał rację, szukając dowodów w tej sferze, a nie w opisach często przypadkowych, partykularnych historycznie, instytucjonalnych szczegółów. Więcej, miał rację, unikając identyfikowania tych szczegółów jako uniwersalną istotę rządów prawa.

<sup>16</sup> E.P. Thompson, *Whigs and Hunters. The Origin of the Black Act*, Harmondsworth 1977.

<sup>17</sup> E.P. Thompson, *Whigs and Hunters...*, s. 266.

<sup>18</sup> E.P. Thompson, *Whigs and Hunters...*, s. 260–261.

<sup>19</sup> E.P. Thompson, *Whigs and Hunters...*, s. 261.

<sup>20</sup> E.P. Thompson, *Whigs and Hunters...*, s. 266.

<sup>21</sup> Zob. M. Krygier, *Approaches to the Rule of Law...*



### 3. Kogo to obchodzi?

Jak dotąd zestawiałem moje celowościowo-socjologiczne podejście do rządów prawa z tym, które uważam za bardziej dotyczące zagadnień anatomiczno-instytucjonalnych, przeważające w literaturze. Jednakże podkreślałem także, że w literaturze obecnych jest wiele konkurujących poglądów. W rzeczy samej, uczestnicząc przez lata w seminariach i konferencjach poświęconych rządowi prawa, często przypominałem sobie te wyświechtane sceny z gangsterskich filmów z Chicago, gdy policjanci walą w drzwi i pytają „czy jest tam Pan Capone?“, na co rozbrzmiewa wykrzyczana odpowiedź: „A kto pyta?”. Mam następujące odczucia odnośnie do dyskusji o rządach prawa. Sędzia będzie wskazywał jeden kierunek, ustawodawca inny, prawnik zajmujący się podatkami trzeci, obrońca czwarty, ofiara afgańskich watazków lub rosyjskich oligarchów wskaże jeszcze inny, a wszyscy będą twierdzić, że mówią o tym samym. Można to częściowo wytłumaczyć poprzez różnice lokalnych problemów i ograniczony ogląd całej rzeczywistości; jak w opowieści o ślepcach i słoni. Oto konkurencja między koncepcjami, którą już omówiliśmy.

Myszę jednak, że istnieje jedno systemowe rozróżnienie między podejściami do takich idealów jak rządy prawa, a więc mających powszechną doniosłość. Sugeruje ono różne akcenty i priorytety, grę o różne stawki i wymaga oraz pozwala na różne strategie instytucjonalne. Rozróżnienie, które mam na myśli, przebiega między tymi, dla których priorytetem jest wciąż uniknięcie niepokonowanego zła, a tymi, którzy mają szczęście żyć tam, gdzie zło zostało w dużej mierze powstrzymane lub jest trzymane na dystans i którzy dążą do zabezpieczenia i prawdopodobnie do rozszerzenia posiadanych korzyści. Istnieją tu dwa poziomy. Jednym z nich jest ogólne rozróżnienie między sposobami osiągnięcia ideału; mogą być one nieco mylnie nazywane podejściami „negatywnymi” i „pozytywnymi” lub „defensywnymi” i „ekspansywnymi”. Drugi istnieje między dwoma rodzajami okoliczności, w których można myśleć o celach rządów prawa i ich poszukiwać. Jeden z nich występuje, gdy trzeba wprowadzić rządy prawa, aby ograniczyć panowanie arbitralnej władzy tam, gdzie to jeszcze nie nastąpiło. Drugi ma miejsce, gdy ma się na celu poprawę lub rozszerzenie rządów prawa tam, gdzie prawne ograniczenia arbitralności są stosunkowo dobrze zakorzenione.

#### 3.1. Unikanie zła, dążenie do korzyści

Jednym ze sposobów osiągnięcia ideału jest próba uchwycenia, w jaki sposób można go poprawnie i zupełnie zoperacjonalizować. J. Rawls doskonale uczynił to ze sprawiedliwością i nie jest jedynym przykładem. Jak zauważyli J. Shklar i A. Sen, o ile dzieła filozoficzne dotyczące sprawiedliwości wypełniają biblioteki, o tyle te o niesprawiedliwości nie zapełnią nawet jednej półki. Dlatego też J. Shklar nie jest usatysfakcjonowana i zwraca uwagę na niezliczone dzieła filozoficzne i artystyczne poświęcone portretom sprawiedliwości:

„Gdzie jest niesprawiedliwość? Dla jasności, kazania, teatr i literatura radzą sobie z tym nieco inaczej, ale sztuka i filozofia zdają się unikać niesprawiedliwości. Przyjmują jako pewne, że niesprawiedliwość to po prostu brak sprawiedliwości i kiedy wiemy, co jest sprawiedliwe, wiemy wszystko, co powinniśmy wiedzieć. To przekonanie nie może jednak być prawdziwe. Zajmując się jedynie sprawiedliwością, wiele się traci. Sens niesprawiedliwości, trudności ze zidentyfikowaniem jej ofiar i wielość sposobów, na które musimy się uczyć żyć z własnymi niesprawiedliwościami, wydają się ignorowane (...). Dlaczego nie powinniśmy myśleć o tych

doświadczeniach, które nazywamy wprost niesprawiedliwością, jako niezależnym fenomenem? Rzeczywiście, według wszelkiego prawdopodobieństwa większość z nas wypowiada słowa «to jest niesłuszne» czy «to jest niesprawiedliwe» częściej niż po prostu «to jest sprawiedliwe». Czy nie można nic więcej powiedzieć o sensie niesprawiedliwości, którą znamy tak dobrze, kiedy ją czujemy? Dlaczego więc tak wielu filozofów odmawia myślenia o niesprawiedliwości tak głęboko lub subtelnie jak o sprawiedliwości? Nie wiem, dlaczego istnieje taki osobliwy podział, dlaczego filozofia ignoruje nieprawość, podczas gdy historia i literatura ma do niej stosunek nieco odmienny, ale pozostawia to lukę w naszym myśleniu<sup>22</sup>.

Innym punktem wyjścia, który preferuje J. Shklar, jest ujęcie wartości lub ideału nie tyle poprzez badanie tego, do czego może nas przywieść, jeśli jest dobrze zoperacjonalizowany, lecz raczej tego, od czego może nas on uchronić i w jaki sposób można tę ochronę zapewnić. Choć P. Pettit nie koncentruje się na tym, to wyraźnie ukazuje „nie-dominację” jako cel republikanizmu: „stan wolności jest wyjaśniany jako status kogoś, kto, w przeciwieństwie do niewolnika, nie jest podporządkowany arbitralnej władzy drugiego: to znaczy kogoś, kto nie jest zdominowany przez nikogo innego<sup>23</sup>”.

A. Sen zbliża się do „idei sprawiedliwości”, rozpoczynając w podobny sposób. Większość z nas, jak twierdzi, jest poruszona nie przez „świadomość, że świat nie jest całkowicie sprawiedliwy – czego niektórzy z nas oczekują – ale że są wokół nas niesprawiedliwości, którym w oczywisty sposób można zaradzić i które chcemy wyeliminować<sup>24</sup>”. Teoria, jak twierdzi, powinna poświęcić więcej uwagi tej postawie.

W podobnym duchu A. Margalit bada naturę przyzwoitego społeczeństwa. Jego wyjaśnienie przyzwoitości jest celowo negatywne; przyzwoite społeczeństwo nie jest charakteryzowane jako takie, którego instytucje traktują obywateli z szacunkiem; jest to takie, którego instytucje nie poniżają nikogo od nich zależnego. A. Margalit celowo i konsekwentnie unika sformułowania pozytywnej wersji tych celów. Wykonuje ćwiczenie z zakresu polityki negatywnej, określając wartości poprzez zaprzeczanie ich przeciwności. Przyzwoite społeczeństwo to takie, które nie jest nieprzyzwoite.

A. Margalit mówi o tym zupełnie otwarcie. Pyta, „dlaczego należy charakteryzować przyzwoite społeczeństwo w sposób negatywny, jako nieupokarzające, a nie pozytywnie, jako to, które, przykładowo, szanuje swoich obywateli?”. Podaje on trzy powody: jeden moralny, jeden logiczny i jeden epistemologiczny. Ten pierwszy wydaje mi się najważniejszy i najbardziej podatny na uogólnienie w odniesieniu do innych pojęć moralnych. Polega on na tym, że „istnieje poważna asymetria między zwalczaniem zła a promowaniem dobra”. Dużo pilniejsze jest usunięcie bolesnego zła niż stwarzanie przyjemnych korzyści<sup>25</sup>.

Niezależnie od tej asymetrii pilności, dodałbym to, co można nazwać rodzajem asymetrii poznania. Doniosłość wolności od arbitralnej interwencji i opresji jest często najlepiej rozumiana w świetle doświadczenia lub refleksji nad życiem bez wolności. Tam gdzie fundamentalne zło zostało poskromione, tam trudno jest je sobie przypomnieć. Ludzie żyjący w społeczeństwach obywatelskich, rządzonych przez prawo, żeby nie wspominać tylko o jednym, mogą słusznie mieć ochotę na więcej i lepiej, ale często przekonują się, że trudno jest wyobrazić sobie mniej i gorzej. Tak jak powiedział – jak sądzę – H. James, ci, którzy są pozbawieni „wyobraźni katastrofy”, skazani są na bycie

<sup>22</sup> J. Shklar, *Faces of Injustice*, New Haven 1990, s. 15–16.

<sup>23</sup> P. Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford 1997, s. 31.

<sup>24</sup> A. Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge 2009, s. vii.

<sup>25</sup> A. Margalit, *The Decent Society*, Cambridge 1996.

zaskakiwanymi przez świat. Część z tego, co wartościowe w rządach prawa, zawiera się w prawdopodobieństwie, że mogą one osłabiać skutki pewnych katastrof. Aby zmniejszyć nasze zaskoczenie i dla ogólnego zrozumienia tej wartości dobrze będzie zastanowić się, co może to spowodować.

Uważam, że jest to dobry punkt wyjściowy; nie dojścia, ale wyjścia. T. Hobbes rozpoczął w ten sposób, aby zrozumieć wartość suwerennego państwa: próbował sobie wyobrazić życie bez niego. Możemy się nie zgadzać z tym, do czego go to doprowadziło, i tak zrobił J. Locke, ale tak jak J. Locke możemy uczyć się z tego, od czego zaczął T. Hobbes. Obaj, podobnie jak J. Shklar, byli ekspertami w dziedzinie zagrożeń. Jest to umiejętność godna szacunku, być może jedyna, której potrzebujemy.

Można się wiele nauczyć o rządach prawa, wyobrażając sobie życie bez nich lub doświadczając go. Czego brakowałoby wówczas? Co rządy prawa mogą wnieść do poprawienia biegu spraw? Czego potrzebuje prawo, aby oddawać nam to, czego od niego potrzebujemy? Łatwo jest przegapić to, co dają rządy prawa; łatwiej jest stwierdzić, jak są korzystne, jeżeli ich brakuje. Jest także łatwiej uchwycić ich wartość przy ich nieobecności, nawet jeśli wypełnianie tej nieobecności sprawi, że chcemy jeszcze więcej. Jeśli tak, to powinniśmy dążyć do owego czegoś więcej. Nie powinniśmy jednak godzić się na mniej.

Może się okazać, że niezależnie od tego, czy zaczyna się od pozytywnej, czy negatywnej definicji, można dojść do wartości cenionych przez ludzi, którzy przyjęli inny punkt wyjścia. Błędem jest myślenie, że tam, gdzie się zaczyna, tam należy skończyć. Sprawiedliwe społeczeństwo to takie, które unika wyraźnej niesprawiedliwości, ale też takie, które czyni sprawiedliwość, a skoro nie jest to nigdy zadanie ukończone, zawsze można zrobić więcej.

Ostatecznie, moje własne konceptualne nastawienie to podążenie za P. Selznickiem, który, choć głęboko zainteresowany identyfikowaniem warunków społecznego i instytucjonalnego rozkwitu, zaczyna, choć nie zatrzymuje się, w tym samym miejscu co J. Shklar, A. Sen i A. Margalit, twierdzi, że zanim przejdziemy do rozkwitu, musimy zapewnić podstawowe warunki przeżycia czy istnienia. Kiedy takie warunki są zapewnione, powinniśmy mierzyć wyżej i mamy już do tego lepsze warunki. Ryzyko się zmniejsza. Nie powinniśmy, z melodramatyczną złą wiarą, godzić się na mniej, ponieważ zawsze może być jeszcze mniej, jeżeli to „jeszcze mniej” realnie nam nie zagraża. W stanie idealnym społeczno-instytucjonalny układ w społeczeństwie nie będzie spełniał wyłącznie minimalnych warunków dla rządów prawa, można powiedzieć gwarantujących istnienie, ale pozwoli także na ich rozkwit. Gdy takie minimalne warunki są spełnione, to fakt, że może być gorzej, nie stanowi żadnej odpowiedzi na bodziec, że możemy coś zrobić lepiej. Z drugiej strony, kiedy te warunki nie są spełnione, unikanie gorszego jest najważniejszym, natychmiastowym i bezwarunkowym celem; reszta musi poczekać. Wszystko po kolei<sup>26</sup>.

### 3.2. Znać swoje miejsce

W tym miejscu należy zauważyć, że bez względu na to, jaki punkt wyjścia zostanie obrany w kwestiach pojęciowych, problemy z rządami prawa mają często charakter praktyczny. Na poziomie praktyki ważne jest, aby dostrzegać różnice między imperatywami dążenia do ustanowienia, posługując się terminologią P. Selznicka, podstawowych

<sup>26</sup> Rozróżnienie to dominuje w pismach P. Selznicka; zob. P. Selznick, *The Moral Commonwealth*, Berkeley 1992.

punktów, warunków istnienia i przetrwania i tych właściwych dla rozkwitu. Cele są różne i w różnym stopniu naglące, natomiast podobne jest to, co im zagraża; różnic będzie się to, co należy zrobić, aby chronić się przed takimi zagrożeniami; instytucjonalne środki zabezpieczenia przed najgorszym złem mogą się zupełnie różnić od właściwych dla zwiększenia dobrze zabezpieczonych korzyści. Poszczególne sposoby rozumienia sukcesu także będą się różnić. Minimalne osiągnięcia nie wydają się wielkie w porównaniu z tymi maksymalnymi, ale mogą wydawać się niezwykle cenne, jeżeli porównamy je z pełnym brakiem osiągnięć, i mogą być one konieczne do wszelkich dalszych osiągnięć. Istnieją samonakręcające się spirale w rozwoju instytucjonalnym: dalszy rozwój i poprawa jakości rządów prawa są dużo łatwiejsze do osiągnięcia, jeżeli niektóre z ich elementów już istnieją. W przeciwnym razie, wobec ich braku, trudno może być je rozwinąć, czy nawet czasami wyobrazić sobie cokolwiek innego niż to, co istnieje. I tak sukcesy „negatywnego” rodzaju mogą mieć ogromną wagę dla zainteresowanych ustanawianiem podstawowych punktów, a raz ustalone mogą pozwolić na grę o bardziej pozytywne ambicje.

Oczywiście, tam gdzie jest to możliwe (bez pogarszania spraw), powinniśmy dążyć zarówno do zabezpieczenia podstaw, jak i ułatwienia rozkwitu – a jeszcze ludzie często wyobrażają sobie, że obydwu zagraża to samo, te same cele są obu właściwe, a więc potrzebne są do ich realizacji te same narzędzia. Czy są powody, by tak myśleć? To, czego możemy potrzebować, aby uniknąć najgorszego, czy, jak nalega J. Shklar, zaangażować się w „ograniczenie zniszczeń”, może bardzo się różnić od tego, co jest potrzebne do sięgnięcia po coś lepszego.

Porządki prawne różnią się istotnie w zakresie, w jakim wartości i praktyka rządów prawa są w nich obecne. Nie każdy porządek prawny jest silnie zakorzeniony w instytucjach, profesjach, kulturze i strukturze społecznej itd. i nie każdy sposób ich wprowadzenia jest tego samego rodzaju. Sugeruje to dwie rzeczy. Po pierwsze to, co S. Holmes zaobserwował w Rosji i uogólnił odnośnie do pozostałych społeczeństw ubogich w rządy prawa:

„Prawnicy są przygotowani do rozwiązywania rutynowych problemów zgodnie z rutynowymi procedurami. Nie są przygotowani do twórczej refleksji nad powstawaniem i stabilizacją złożonych instytucji, które wykonywanie zawodu prawnika po cichu zakłada. Dlatego też zwykłe kształcenie prawników nie jest adekwatne do nadzwyczajnych problemów, z którymi mierzy się manager projektu rozwoju prawnego w Rosji. Problem nie jest wyłącznie rosyjski. W Rosji, jak wszędzie indziej, reforma prawa nie zakończy się sukcesem, jeżeli nie zwraca się uwagi na kontekst społeczny, lokalną infrastrukturę, umiejętności zawodowe, możliwości logistyczne i wsparcie polityczne (...). Tak więc sama wiedza prawnicza nigdy nie wystarcza”<sup>27</sup>.

Z tego powodu może być tak, że w myśleniu o rządach prawa waga przywiązywana do czynników innych niż prawo jest odwrotnie proporcjonalna do jego siły w społeczeństwie.

Jednakże, i to jest druga kwestia, w zakresie, w jakim spostrzeżenia prawników są relewantne w krajach „ubogich w rządy prawa”, mogą one sprzyjać popieraniu dokładnie tych pozbawionych niuansów koncepcji legalności, z których konserwatyści wywodzą tak wiele, a postępowcy wyśmiewają w mniej zagrożonych miejscach i czasach. Jak argumentuje P. Selznick:

<sup>27</sup> S. Holmes, *Can Foreign Aid Promote the Rule of Law?*, „East European Constitutional Review” 1999/8, s. 71.

„Instytucjonalna autonomia jest rzeczywiście głównym bastionem rządów prawa. Sądzenie, działalność prawników, śledztwa, tworzenie prawa, wszystko to wymaga izolacji od nacisków, które mogłyby je zaburzyć. Wiek dwudziesty przypominał wielokrotnie, że taka lub inna prawna autonomia jest koniecznym warunkiem sprawiedliwości. Jak pokazały dyktatury naszych czasów, prawo represyjne trudno nazwać historią starożytną. W tych reżimach główną ofiarą była integralność procesów prawnych. Wśród priorytetów walki o wolność – przykładowo w Europie Wschodniej lub w Południowej Afryce – znajduje się budowa lub przebudowa instytucji prawnych zdolnych do odparcia politycznej manipulacji. Krytyka rządów prawa jako «sprawiedliwości burżuazyjnej» lub «liberalnego legalizmu» przez tych, którzy cierpią ucisk, może być postrzegana tylko jako naiwna lub pozbawiona serca, albo taka i taka jednocześnie»<sup>28</sup>.

Z drugiej strony, w silnych porządkach prawnych, jak na przykład w zachodnich demokracjach liberalnych, istnieją dobre kadry biegłe w silnych tradycjach prawnych, kształtowanych przez silne instytucje prawne, pracujących w silnych profesjach prawniczych, stowarzyszeni poprzez dzielenie silnych wartości prawnych. Zachodnie porządki prawne są nosicielami tradycji, znaczeń i wartości stanowionych i przekazywanych przez stulecia. Najważniejsze spośród wartości głęboko zakorzenionych w tych porządkach prawnych są wartości rządów prawa i te wartości pokazały znaczną odporność i zdolność oparcia się próbom zachwiania nimi.

Obywatele państw, w których rządy prawa mają silną pozycję, mogą – w przeciwieństwie do tych, gdzie praworządność jest wszechogarniająco słaba – nie odczuwać tak bardzo lub pilnie potrzeby zainteresowania pozaprawnymi podstawami tego, co mają, ponieważ zostały one objęte opieką wielu pokoleń, które z nich korzystają. Mogą oni oczywiście chcieć udoskonalać to, co mają i dopóki podstawowe warunki skuteczności prawa są w znacznym stopniu spełnione, dopóty często mają rację, koncentrując się na instytucjach prawnych. Nie dzieje się tak, ponieważ żyją w innym świecie, ale ponieważ z pewnymi uniwersalnymi problemami w ich części świata sobie poradzono, a to, jakie jest prawo, liczy się tam o wiele bardziej niż gdzie indziej. Priorytetowe są inne problemy lub możliwości. Być może dlatego tak wiele twierdzeń o rządach prawa pochodzących z takich miejsc, w tak niewielkim stopniu odnosi się do pozaprawnych warunków skuteczności prawa. Nie jest jednak jasne, dokąd zawiedzie ich to rozumowanie.

Co więcej, w tych okolicznościach względnego luksusu możliwości dostępne zwoleńnikom rządów prawa są nawet szersze niż się to czasami przyznaje. Jak stwierdził P. Selznick:

„Stabilność rządów prawa tam, gdzie została ona osiągnięta, czyni możliwymi jeszcze szersze wizje i większe aspiracje. Nie lekceważąc (żeby nie mówić o mieszanju z błotem) naszego prawnego dziedzictwa, możemy spokojnie zapytać, czy odpowiada ono w pełni potrzebom społeczności (...). Tak długo jak system jest zasadniczo bezpieczny, uzasadnione jest przyjęcie pewnego instytucjonalnego ryzyka w interesie sprawiedliwości społecznej»<sup>29</sup>.

Sugeruje to, że nie każde potencjalne źródło zagrożenia będzie tak samo istotne w różnych porządkach prawnych: niektóre z nich będą bardziej zagrożone, inne mniej. Sugeruje także, że różne zagrożenia mogą wymagać różnej obrony. Nie mówiąc już o tym, że możemy chcieć zrobić więcej niż tylko odpierać zagrożenia. Oczywiście, rządy prawa mogą być poważnie zagrożone nawet tam, gdzie wydają się być w dobrej formie.

<sup>28</sup> P. Selznick, *The Moral Commonwealth...*, s. 464.

<sup>29</sup> P. Selznick, *The Moral Commonwealth...*, s. 464.

Jeśli potrzebowaliśmy przykładu, to wojna z terrorem przypomina nam na swój sposób o niebezpieczeństwie samozadowolenia w takich okolicznościach. Jednak nawet tam wciąż można się do wielu rzeczy zbliżyć, co jest niemożliwe w tyranii, państwie upadłym, nieliberalnej demokracji itd.

Konserwatyści w krajach z dobrze funkcjonującymi rządami prawa, podejrzliwi wobec każdej wersji odbiegającej od wyidealizowanej wizji takich rządów, często przesadnie reagują na – powiedzmy – wprowadzanie jakichkolwiek istotnych zmian w wymiarze sprawiedliwości czy władzy dyskrecyjnej w administracji publicznej, a w rzeczy samej na każdą ingerencję państwa opiekuńczego w wyidealizowane rządy po fullerowsku w pełni formalnego prawa<sup>30</sup>. Są one prezentowane jako zagrożenia dla istnienia takich rządów prawa, jakimi je znamy, podczas gdy mogą one być zagrożeniem wyłącznie w okolicznościach, gdy praworządność jest słaba i nie ma żadnych innych środków, przy użyciu których może się bronić. Świadczy to o ich niewielkiej refleksji nad tym, od czego tak naprawdę zależą rządy prawa, jak to będzie, gdy zagrożone zostanie to, co dzięki nim otrzymują i co tak naprawdę oznaczałby ich brak. Z drugiej strony, w tych samych społeczeństwach radykałowie, którzy traktują pewną nieokreśloność w podejmowaniu decyzji w postępowaniu odwoławczym jako dowód fałszywego charakteru ideału rządów prawa lub przynajmniej nieobecności rządów prawa, wykazują podobną beztroskę w myśleniu o tym, co mogłaby oznaczać konieczność życia bez dobrej ich miary<sup>31</sup>. Wszystko zależy od przyjętej perspektywy.

L. Fuller mówił o prawnikach jako architektach społecznych. Wydaje się, że myślał zarówno o projektowaniu przez prawników – powiedzmy – umów dla klientów, jak i projektowaniu publicznych instytucji prawnych. W odniesieniu do tego ostatniego, określenie to jest często przesadą, ponieważ mowa tu o najwyżej dwóch projektach. Orędownicy rządów prawa w państwach pokonfliktowych i w okresie transformacji zbyt często myślą o rządach prawa, jakby ustanowienie ich tam, gdzie nie istniały lub rozpadły się na kawałki, czasami dosłownie, jest w zasadzie tym samym rodzajem pracy, chociaż trudniejszym i bardziej niebezpiecznym, niż pielęgnowanie ich tam, gdzie się rozrosły i mają głębokie korzenie, i gdzie nikt nie zastanawia się nad ich obecnością w życiu codziennym. Jednak są oni rzeczywiście zaangażowani w społeczną architekturę, często podejmując to zadanie na wrogim terenie<sup>32</sup>. Ci, którzy mają szczęście żyć tam, gdzie rządy prawa są silne, mogą mieć wiele do zrobienia dla ich obrony, zabezpieczenia, utrzymywania, poprawy i rozszerzenia, ale w porównaniu przedsięwzięcia te mają charakter raczej rutynowych napraw. Mogą to być znaczne naprawy, jednak jest coś, często bardzo wiele, w strukturze i materiale, co pomaga nad tym pracować. Ostateczne cele tych działań i wspólnych ambicji – zmniejszenie możliwości nadużycia władzy – nie pozostają bez związku z tymi różnymi okolicznościami, ale środki odpowiednie do tego, aby im służyć, mogą się ogromnie różnić.

<sup>30</sup> Zob. przykładowo G. de Q. Walker, *The Rule of Law, Foundation of Constitutional Democracy*, Melbourne 1988; F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, t. 1–3, Chicago 1973–1979; E. Kamenka, A.E.-S. Tay, *Beyond Bourgeois Individualism. The Contemporary Crisis in Law and Legal Ideology*, w: E. Kamenka, R.S. Neale (red.), *Feudalism, Capitalism and Beyond*, Canberra 1975, s. 127–144. A z innej politycznej perspektywy zob. B. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Nowy Jork 2006. Bardziej złożoną ocenę takich rozwojów zob. P. Nonet, P. Selznick, *Law and Society in Transition: Towards Responsive Law*, New Jersey 2001.

<sup>31</sup> Mam na myśli zwłaszcza Critical Legal Studies, nowy ruch, którego sporadyczne echa czasem słychać; zob. M. Krygier, *Critical Legal Studies and Social Theory – A Reply to Alan Hunt* „Oxford Journal of Legal Studies” 1987/7, s. 26.

<sup>32</sup> Omówiłem pewne trudności tego zadania w M. Krygier, *Hart, Fuller and Law in Transitional Societies*, w: P. Cane (red.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford 2010, s. 107.

Wskazuje to na jeszcze jedną różnicę pomiędzy dwoma kontekstami, które naszkicowałem. W społeczeństwach, w których rządy prawa od dawna były bezpieczne, fakt, że nie są one poddane refleksji, nie jest tak bardzo istotny, ponieważ w znacznym zakresie działają one siłą własnego rozpędu. Jednak w społeczeństwach w stanie konfliktu, okresie transformacji lub pokonfliktowych, gdzie czyni się wysiłki na rzecz stworzenia, czy lepiej: przyspieszenia rządów prawa, takie problemy mogą być katastrofalne. Bo ci, którzy najpilniej poszukują rządów prawa, są ostatecznie zorientowani nie na pakiet prawniczych technik, ale na rezultat: zbawienny stan rzeczy, w którym prawo liczy się w społeczeństwie jako godne zaufania ograniczenie możliwości arbitralnego wykonywania władzy.

Mówiąc ogólniej, i jest to konkluzja całego artykułu, a nie tylko tego fragmentu, w odniesieniu do rządów prawa opłaca się być kontekstualnym uniwersalistą: uniwersalistą odnośnie do ich wartości i głęboko kontekstualnym odnośnie do tego, jak je osiągnąć. To, co jest cenne w rządach prawa i jest racją za rozpoczęciem w określonym miejscu, to nie ten czy tamten kawałek prawniczego sztafażu, lecz rezultat, stan rzeczy, w którym prawo liczy się w określony sposób. To, co przyczynia się do wprowadzenia takiego stanu rzeczy, jest złożone i często tajemnicze i będzie się różnić w zależności od miejsca i czasu. W szczególności będzie znacznie różnić się okolicznościami, gdy rządy prawa muszą jeszcze zostać wprowadzone, i tymi, w których ambicją jest ich ulepszenie. To, co się nie zmienia, to to, że będą one zależały od wielu czynników zewnętrznych, które powszechnie uważamy za instytucje prawne.

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 authors 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.

## BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Cooter, R. (1997). The Rule of State Law versus the Rule-of-Law State. In W.E. Buscaglia, W. Ratliff, R. Cooter (Eds.), *The Law and Economics of Development*. Greenwich: JAI Press.
- Falk Moore, S. (1978). *Law as Process*. London: Routledge.
- Fuller, L.L. (1968). Some Unexplored Social Dimensions of the Law. In A.E. Sutherland (Ed.), *Path of the Law from 1967*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Gaita, R. (2000). *A Common Humanity. Thinking About Love and Truth and Justice*. London: Routledge.
- Gaita, R. (2004). *Good and Evil: An Absolute Conception*. London: Routledge.
- Galanter, M. (1981). Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law. *Journal of Legal Pluralism* 13/19, 1–47.
- von Hayek, F.A. (1983). *Law, Legislation and Liberty, v. 1: Rules and Order*. Chicago: University of Chicago Press.
- von Hayek, F.A. (1978). *Law, Legislation and Liberty, v. 2: The Mirage of Social Justice*. Chicago: University of Chicago Press.
- von Hayek, F.A. (1981). *Legislation and Liberty, v. 3: The Political Order of a Free People*. Chicago: University of Chicago Press.
- Holmes, S. (1999). Can Foreign Aid Promote the Rule of Law? *East European Constitutional Review* 8/4, 68–74.
- Kamenka, E., Tay, A.E.-S. (1975). Beyond Bourgeois Individualism. The Contemporary Crisis in Law and Legal Ideology. In E. Kamenka, R.S. Neale (Eds.), *Feudalism, Capitalism and Beyond*. Canberra: St. Martin's Press.
- Krygier, M. (1987). Critical Legal Studies and Social Theory – A Reply to Alan Hunt. *Oxford Journal of Legal Studies* 7/1, 26–39.
- Krygier, M. (2010). Hart, Fuller and Law in Transitional Societies. In P. Cane (Ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Oxford: Hart Publishing.
- Krygier, M. (2009). The Rule of Law and „the Three Integrations”. *Hague Journal on the Rule of Law* 1/1, 21–27.
- Margalit, A. (1996). *The Decent Society*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Nonet, P., Selznick, P. (2001). *Law and Society in Transition: Towards Responsive Law*. New Jersey: Transaction Publishers.
- Palombella, G. (2010). The Rule of Law as an Institutional Ideal. *Comparative Sociology* 9/1, 4–39.
- Palombella, G., Walker, N. (2009). (Eds.) *Relocating the Rule of Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Peerenboom, R. (2004). Varieties of rule of law: an introduction and provisional conclusion. In R. Peerenboom (Ed.), *Asian Discourses of Rule of Law*. London: Routledge.
- Pettit, P. (1997). *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press.



- Selznick, P. (1992). *The Moral Commonwealth*. Berkeley: University of California Press.
- Sen, A.K. (2009). *The Idea of Justice*. Cambridge (Mass.): Belknap Press of Harvard University Press.
- Sen, A.K. (2000). *What is the role of legal and judicial reform in the development proces?* Washington (D.C.): The World Bank Legal Review.
- Shklar, J. (1990). *Faces of Injustice*. New Haven: Yale University Press.
- Tamanaha, B.Z. (2006). *Law as Means to an End: Threat to the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press.
- Tamanaha, B.Z. (2011). The Primacy of Society and the Failures of Law and Development. *Cornell International Law Journal* 2, 209–247.
- Thompson, E.P. (1977). *Whigs and Hunters. The Origin of the Black Act*. Harmondsworth: Penguin Books.
- Tyler, T. (2006). *Why People Obey the Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Waldron, J. (2010). The Rule of Law and the Importance of Procedure. *Public Law Research Paper* 73, 10–36.
- Walker, G. de Q. (1988). *The Rule of Law, Foundation of Constitutional Democracy*. Melbourne: Melbourne University Press.
- West, R. (2011). The Limits of Process. In J. Fleming (Ed.), *Getting to the Rule of Law*. New York: New York University Press.