

Jerzy Supernat

Uniwersytet Wrocławski

jesup@prawo.uni.wroc.pl

Rządy prawa. Uwagi o znaczeniu i ewolucji pojęcia

Summary

The rule of law. Remarks on the meaning and evolution of the concept

This article offers an analysis of the rule of law including its multiplicity of meanings, evolution and functions. The analysis confirms that the rule of law is an exceedingly elusive concept. However, its main role is unquestionable: it operates to ensure that governmental power is not abused.

Keywords: the rule of law, principles, administration, European Union

Koncepcja rządów prawa (*the rule of law*)¹ od zawsze przyciągała uwagę badaczy prawa i administracji w Polsce, ale w świetle członkostwa Polski w Unii Europejskiej

¹ Może nieco zaskakiwać, że fundamentalna dla struktury i funkcjonowania angielskiego systemu prawnego odwieczna koncepcja rządów prawa znalazła potwierdzenie w angielskim prawie stanowionym dopiero w ustawie the Constitutional Reform Act 2005, która w art. 1 jednoznacznie stanowi, że jej postanowienia nie naruszają zasady rządów prawa. Należy podkreślić, że rządy prawa mają silny wymiar międzynarodowy. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka uchwalona 10 grudnia 1948 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych mówi m.in.: „Jest rzeczą istotną, jeśli człowiek nie ma być zmuszony do uciekania się w ostateczności do buntu przeciwko tyranii i uciskowi, żeby prawa człowieka były chronione przez rządy prawa (*by the rule of law*)”. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. stanowi w preambule o podjęciu kroków na rzecz za-

(dalej UE) zasługuje na dodatkowe zainteresowanie, jako że UE jest unią opartą na rządach prawa², co oznacza, że integracja europejska (w tym integracja administracyjna) i władza publiczna w UE (w tym administracja UE) muszą pozostawać w zgodzie z zasadą legalności³. Notabene termin „rządy prawa” czy zasada rządów prawa w odniesieniu do Unii są jak najbardziej właściwe (Unia powstała na podstawie prawa i przez nie jest rządzona) i musi dziwić, że w literaturze polskiej rzadko używa się w różnych kontekstach w odniesieniu do UE tego terminu. Znacznie częściej stosuje się termin „zasada państwa prawnego”, a tymczasem UE nie jest państwem⁴, lecz szczególną organizacją międzynarodową z ponadnarodowym porządkiem prawnym, który szanuje wartości państwa prawnego. Termin „państwo prawne”, a nie termin „rządy prawa” pojawia się nawet w polskiej wersji językowej traktatów założycielskich. W zmienionym Traktacie o Unii Europejskiej (TUE), w celu wyraźnego wskazania wartości, na których opiera się Unia, czytamy w art. 2, że „Unia opiera się na wartościach [...] państwa prawnego [...]”, podczas gdy w wersji angielskiej mamy: „The Union is founded on the values of [...] the rule of law [...]”, czyli: „Unia opiera się na wartościach [...] rządów prawa” (które to wartości zgodnie z tymże artykułem są „wspólne Państwom Członkowskim”)⁵. Należałoby zatem w kontekście UE odejść od przyjętego w Polsce i w tradycji kontynentalnej terminu „państwo prawne” na rzecz terminu „rządy prawa”. Tłumaczenie *the rule of law* jako rządy prawa, a nie państwo prawne, byłoby uzasadnione jeszcze tym, że pomiędzy pojęciami państwa prawnego i rządów prawa można postawić znak równości⁶. Stanowisko takie spotkało się z krytyczną oceną Jana Jeżewskiego,

gwarantowania niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka przez „rządy państw europejskich działające w tym samym duchu i mające wspólne dziedzictwo tradycji politycznych, ideałów, wolności i rządów prawa (*the rule of law*)”.

² Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) w sprawie 294/83 *Les Verts v Parliament* [1986] ECR 1339, punkt 23 sformułował głośne stanowisko, zgodnie z którym Wspólnota Europejska (dzisiaj UE): „is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty”.

³ P. Craig za istotę idei rządów prawa uznaje poddanie działań (aktów) administracji sądowej kontroli legalności, *idem*, *EU Administrative Law*, Oxford 2012, s. 251. Takie rozumienie rządów prawa jest szczególnie istotne w sytuacji wyłonienia się unijnego (wcześniej wspólnotowego) porządku prawnego i konieczności zapewnienia, że szybko rosnąca władza (uprawnienia) podmiotów unijnych (wcześniej wspólnotowych) jest poddana kontroli prawnej.

⁴ UE nie jest klasycznym państwem narodowym, nie jest także państwem federalnym. Chociaż pewne „założenia federacyjne” w UE są dostrzegane, w tym w zasadzie pomocniczości, która „w Unii Europejskiej jest [...] narzędziem kształtowania państwa federalnego”, zob. K. Complak, *Normy pierwszego rozdziału Konstytucji RP*, Wrocław 2007, s. 142.

⁵ W preambule do TUE w wersji angielskiej jest mowa o przywiązaniu do zasady rządów prawa (*the rule of law*), a tymczasem w wersji polskiej mamy przywiązanie do zasady państwa prawnego.

⁶ Czyni tak J. Nowacki, *Rządy prawa. Dwa problemy*, Katowice 1995, s. 15 i n. Pogląd J. Nowackiego zdaje się podzielać K. Complak, uznając „anglosaską *rule of law*” za „narodową odmianę praworządności” (w Polsce zasadę praworządności proklamuje art. 7 Konstytucji), *idem*, *op. cit.*, s. 109. Na dokonującą się konwergencję konstrukcji rządów prawa i państwa prawnego wskazuje H. Izdebski,

którego zdaniem: „[...] uproszczony [...] pogląd, że oba pojęcia wyrażają te same wartości, usuwa w cień głębokie różnice, które do dziś determinują sens tych pojęć. Są to, w aspekcie praktyki prawnej — uwarunkowania historyczne udziału sądów w tworzeniu i stosowaniu prawa, w aspekcie doktrynalnym zaś (również filozoficznym) — zasadniczo odmienne pojmowanie istoty państwa oraz prawa. Kontynentalna wszechobecność państwa (prawnego) w regulacji życia zbiorowości i jednostek, dogmatyczne pojmowanie zasady prymatu ustawy i założenie dominującej roli ustawodawcy w tworzeniu prawa są odległe od idei prawa, które rządzi ludźmi, jest »odkrywane« przez sędziów i wiązane z utrwalonymi tradycją racjami aksjologii»⁷.

Zdaniem J. Jeżewskiego to „cechy [rządów prawa] są bliższe prawu unijnemu z jego bogactwem form normowania; bliższe są także idei prawa, która znalazła się u podstaw pojmowania misji sądownictwa europejskiego»⁸. Przywołane poglądy oraz wyekspozowanie rządów prawa wśród wartości i zasad UE zachęcają do bliższego przyjrzenia się znaczeniu i ewolucji pojęcia rządów prawa, co jest celem tego artykułu.

Rządy prawa stanowią symboliczny ideał, który przedstawicielom niekiedy całkowicie różnych przekonań i ruchów politycznych służy do oceny i krytyki niedostatków praktyki funkcjonowania współczesnego państwa⁹. Sytuacja taka jest możliwa dzięki brakowi jednoznacznego rozumienia koncepcji rządów prawa, jako że rozumienie to zmienia się z upływem czasu i odpowiednio do potrzeb tych, którzy do rządów prawa się odwołują, popierając je lub szukając ich poparcia. Forma i treść prawa oraz procedur prawnych istotnie zmieniły się zwłaszcza w ubiegłym i obecnym wieku, a to w następstwie zmian w zakresie i sposobach, w jakie współczesne państwo wkracza w codzienne życie gospodarcze i społeczne. W miarę tego, jak państwo przejęło regulację wielu dziedzin działalności gospodarczej i społecznej, delegowało daleko sięgające uprawnienia dyskrecyjne różnym podmiotom i jednostkom w celu zapewnienia skutecznej implementacji swoich polityk i programów. Zwiększona władza państwa (i jej delegowanie przez państwo) postawiło je w potencjalnym konflikcie z wcześniejszym rozumieniem koncepcji rządów prawa, które zakładało ściśle ograniczenie zakresu działalności państwa. Jednocześnie wskazana trudność uchwycenia istoty koncepcji rządów prawa nie oznacza braku prób zdefiniowania tejże. Przeciwnie, prób takich jest sporo, chociaż nie doprowadziły one

Fundamenty współczesnych państw, Warszawa 2007, s. 90 i n. Zgodność doktryny rządów prawa i zasady państwa prawnego zdaje się też przyjmować I. Dyrda, zob. *eadem*, *Podstawowe cechy nauki angielskiego prawa administracyjnego*, Wrocław 1979, s. 24 (przypp. 43).

⁷ J. Jeżewski, *Recenzja książki: Jerzy Supernat, Administracja Unii Europejskiej. Zagadnienia wybrane*, Wydawnictwo Kolonia Limited, Wrocław 2013, ss. 172, „Administracja. Teoria — Dydaktyka — Praktyka” 2013, nr 2, s. 97–98.

⁸ *Ibidem*, s. 98.

⁹ B. Tamanaha charakteryzuje rządy prawa jako najważniejszy we współczesnym świecie legitymizujący ideał polityczny, *idem*, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge 2004, s. 4. Jednocześnie wskazuje, że jest to pojęcie wyjątkowo trudne do zdefiniowania (*an exceedingly elusive notion*), *ibidem*, s. 3.

do jednolitego rozumienia koncepcji, a to z powodu różnego kontekstu społeczno-politycznego przyjmowanego przez ich autorów.

Niewątpliwie najbardziej znaną wersją rządów prawa jest koncepcja autorstwa Alberta V. Diceya, przedstawiona w pracy *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, opublikowanej po raz pierwszy w 1885 roku¹⁰, w której stwierdził, że Anglia nie ma czegoś takiego jak różne od prawa powszechnego (*ordinary law*) prawo administracyjne, które jest skierowane na osiągnięcie poszczególnych, dających się przewidzieć rezultatów i któremu właściwe są dyskryminacja i uznaniowość¹¹. Notabene opinia ta była wątpliwa już w momencie jej funkcjonowania¹², a dzisiaj na pewno już nie można zaprzeczyć istnieniu w Anglii znacznego obszaru prawa, które zasadnie może być nazwane prawem administracyjnym, to znaczy prawem powiązanym z realizacją poszczególnych polityk państwa, na ogół w ramach uprawnień ustawowych. Jeżeli chodzi o rządy prawa, to zdaniem A.V. Diceya były one tym, co odróżniało ustroj angielski (*the English constitution*) od ustroju państw kontynentalnych. Autor uważał, że mieszkańcy innych państw byli poddani władzy arbitralnej, podczas gdy Anglicy byli bezpieczni w ramach ochrony, jaką dają rządy prawa. W rozumieniu Diceya na rządy prawa składają się trzy odrębne, choć powiązane elementy:

1. Brak arbitralnej władzy państwa (*Absence of arbitrary power on part of the government*)¹³. Zakres władzy państwa i sposób, w jaki państwo korzysta z władzy, jest ograniczony i kontrolowany przez prawo. Kontrola ta ma uniemożliwić państwu uzyskanie i korzystanie z szerokich uprawnień dyskrecyjnych (*discretionary powers*). Jak podkreślał Dicey, uznanie (*discretion*) może być wykonywane w sposób arbitralny i należy się go obawiać¹⁴.

¹⁰ O pracy A.V. Diceya została sformułowana opinia, że udostępniła prawnikom amerykańskim i europejskim niepisana konstytucję brytyjską w formie, do której byli przyzwyczajeni, tzn. w formie pisemnej, zob. J. McEldowney, *Dicey in Historical Perspective — a Review Essay*, [w:] *Law. Legitimacy and the Constitution*, red. P. McAuslan, J. McEldowney, London 1985, s. 41.

¹¹ Za wyłączny cel pracy Dicey przyjął wyjaśnienie trzech najważniejszych elementów ustroju Anglii, do których oprócz rządów prawa zaliczył jeszcze zwierzchnictwo Parlamentu i konwencje konstytucyjne, A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1915, s. XVII. Analiza zasad rządów prawa i zwierzchnictwa Parlamentu jest do dzisiaj stałym sposobem badania ustroju Zjednoczonego Królestwa, zob. np. K. Syrett, *The Foundations of Public Law. Principles and Problems of Power in the British Constitutions*, Basingstoke 2011.

¹² Tak G. Slapper & D. Kelly, *The English Legal System*, London 2009, s. 16. Notabene o angielskim prawie administracyjnym przed ukazaniem się pracy Diceya pisał R. Gneist, *Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart*, Berlin 1883. Niemniej jednak opinia Diceya o nieistnieniu prawa administracyjnego w Anglii na wiele lat wstrzymała rozwój instytucji tego prawa w Anglii, zob. W. Wade, C. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford 2000, s. 7.

¹³ W sformułowaniu pełniejszym: „We mean, in the first place, that no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary Courts of the land. In this sense the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint”. A.V. Dicey, *Introduction...*, s. 183–184.

¹⁴ Zob. *ibidem*, s. 184.

2. Równość wobec prawa powszechnego (*Every man subject to ordinary law administered by ordinary tribunals*)¹⁵. Żadna osoba nie jest ponad prawem, niezależnie od jej pozycji czy przynależności klasowej. Funkcjonariusze państwa (*all persons employed in the service of the state*) są podporządkowani prawu i procedurom prawnym tak samo jak osoby prywatne (*private persons*).

3. Nadrzędność prawa powszechnego (*General rules of constitutional law are result of ordinary law of the land*)¹⁶. Ustrój angielski (*the English constitution*) jest wynikiem prawa powszechnego i opiera się raczej na decyzjach sądowych aniżeli na deklaracji praw w formie pisanej konstytucji.

Należy zauważyć, że Dicey pisał w szczególnym okresie historycznym i — co może jeszcze ważniejsze — ze szczególnej perspektywy politycznej, dla której utrzymanie indywidualnej własności i indywidualnej wolności korzystania z tej własności było absolutnie podstawowe. Sprzeciwiał się jakiemukolwiek wzrostowi aktywności państwa na rzecz interesów zbiorowych¹⁷. Analiza jego wersji rządów prawa wskazuje, że dawał pierwszeństwo równości formalnej przed równością materialną. Innymi słowy, uważał, że prawo i państwo powinny być ślepe wobec rzeczywistych, konkretnych różnic, jakie istnieją między ludźmi w kategoriach bogactwa, władzy lub koneksji, i powinny traktować wszystkich tak samo jako posiadaczy abstrakcyjnych praw i obowiązków. Druga kwestia, która wymaga podkreślenia w odniesieniu do rządów prawa w koncepcji Diceya, wynika z tego, że rządy prawa były dla niego tylko jedną z trzech fundamentalnych zasad angielskiego ustroju, wśród których oprócz konwencji konstytucyjnych znajdowała się jeszcze zasada zwierzchnictwa

¹⁵ W sformułowaniu szerszym: „We mean in the second place, when we speak of the »rule of law« as a characteristics of our country, not only that with us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals”. *Ibidem*, s. 189.

¹⁶ W sformułowaniu pełniejszym: „[T]he constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the Courts; whereas under many foreign constitutions the security (such as it is) given to the rights of individuals results, or appears to result, from general principles of the constitution”. *Ibidem*, s. 191. Wskazanie przez Diceya na prawo do wolności osobistej (*the right to personal liberty*) i prawo do zgromadzeń publicznych (*the right of public meeting*) jako przykładów ogólnych zasad ustroju wynikających z prawa powszechnego pozwala, zdaniem T. Allena, zaliczyć go do zwolenników materialnego rozumienia rządów prawa, zob. T. Allen, *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford 2001, s. 23 i n. Szeroko na temat materialnego i formalnego rozumienia rządów prawa zob. P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law. An Analytical Approach*, „Public Law” 1997, s. 467 i n.

¹⁷ Wskazując na skutki pozytywne i negatywne interwencji państwa, w szczególności prawodawczej, podnosił, że bezpośredniość i widoczność tych pierwszych przesłania te drugie, które charakteryzuje oddalenie, narastanie i mniejsza widoczność, co powoduje, iż większość społeczeństwa patrzy niejako z konieczności nadmiernie przychylnie na interwencję rządu. Przeciwdziałać temu może tylko istnienie w danym społeczeństwie postawy sprzyjającej wolności indywidualnej (*laissez-faire*). A.V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion during the Nineteenth Century*, London 1914, s. 257.

parlamentu (*parliamentary sovereignty*). Niestety możliwe napięcie pomiędzy tymi zasadami Dicey pozostawił bez odpowiedzi¹⁸. Tymczasem sytuacja wygląda w ten sposób, że wówczas gdy rząd dzięki większości parlamentarnej kontroluje proces prawotwórczy, zwierzchnictwo parlamentu jest zredukowane do niekwestionowanej supremacji rządu centralnego (*central government*). Wspomniane napięcie wynika z tego, że rządy prawa są skierowane na kontrolowanie władzy arbitralnej, a tymczasem parlament może w ramach istniejącego ustroju przyznać rządowi taką władzę przez przyjęcie odpowiednich aktów prawnych¹⁹.

Wskazane napięcie pomiędzy rządami prawa i zwierzchnictwem parlamentu jest specyficzne dla brytyjskiej wersji rządów liberalnych. Tam, gdzie podobne wersje rządów pojawiły się w Europie kontynentalnej, w szczególności w Niemczech, władza legislatury została poddana rządowi prawa. Ten stosunek podporządkowania państwa prawu jest zawarty w koncepcji państwa prawa (*Rechtsstaat*)²⁰. Koncepcja państwa prawa oznacza, że samo państwo jest kontrolowane przez prawo, które ograniczyło sferę jego prawomocnej aktywności. To, że koncepcja państwa prawa, będąca silniejszą wersją rządów prawa, nigdy nie pojawiła się w Anglii, wynika z jej szczególnej historii. Walki rewolucyjne w XVII wieku zapewniły skuteczną kontrolę angielskiej maszyny państwowej klasie średniej, która sprawowała swoją władzę za pośrednictwem parlamentu. Po wieku XVII angielska klasa średnia nigdy nie znajdowała się w obliczu zagrażającego państwa, przed którym musiała się bronić, jako że *de facto* to ona była państwem. Inaczej sytuacja wyglądała w Europie kontynentalnej, gdzie wyłaniająca się burżuazja musiała ugruntować swoją władzę i bronić jej przed władzą maszynierii państwowej, której nie kontrolowała. Rozwój koncepcji państwa prawa jako środka ograniczającego władzę państwa może być postrzegany jako jeden ze sposobów, w jaki burżuazja na kontynencie próbowała zapewnić sobie swoją pozycję. Tymczasem w Anglii w wiekach XVIII i XIX nie było takiej potrzeby, aby burżuazja musiała się chronić za rządami prawa w wersji państwa prawnego. Angielska klasa średnia, kontrolując skutecznie parlament, mogła korzystać ze stanowionych przez niego aktów prawnych o charakterze generalnym (nie kierowanych do poszczególnych osób), co notabene zakłada koncepcja państwa prawa.

Koncepcję rządów prawa autorstwa Diceya przyjął Friedrich A. Hayek, jako że dla tego autora istotnym elementem rządów prawa jest również brak arbitralnej władzy państwa²¹. W sformułowaniu F.A. Hayeka istota rządów prawa polega na tym,

¹⁸ Zdaniem Dicey zasady zwierzchnictwa Parlamentu i rządów prawa nie pozostawały w opozycji, zob. *idem*, *Introduction...*, s. 402.

¹⁹ Na temat możliwości pogodzenia „pozornie niekompatybilnych zasad rządów prawa i zwierzchnictwa Parlamentu” zob. K. Syrett, *op. cit.*, s. 96 i n.

²⁰ Na temat niemieckiej, a także brytyjskiej i francuskiej wersji rządów prawa zob. G. Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford 2013, s. 24 i n.

²¹ F.A. Hayek pisał z naciskiem, że nic nie odróżnia bardziej wyraźnie warunków w kraju wolnym od warunków w kraju z rządem arbitralnym aniżeli przestrzeganie w tym pierwszym wielkich zasad znanych jako rządy prawa. *Idem*, *The Road to Serfdom. Text and Documents, The Definitive Edition*, red. B. Caldwell, London 2007, s. 112.

że rząd we wszystkich swoich działaniach jest związany ustalonymi i ogłoszonymi wcześniej przepisami, które pozwalają jednostkom z dużym prawdopodobieństwem przewidywać, jak w danych okolicznościach rząd i administracja będą korzystały z władzy, i na podstawie tej wiedzy planować własne działania²². Jednocześnie Hayek poszedł dalej niż Dicey, odnosząc się do formy i treści przepisów prawnych zapewniających im kompatybilność z rządami prawa. Jego zdaniem rządy prawa oznaczają podwójne ograniczenie zakresu legislacji, a mianowicie oznaczają stanowienie jedynie przepisów generalnych znanych jako prawo formalne oraz wykluczają stanowienie przepisów skierowanych bezpośrednio do poszczególnych osób lub zezwalających komukolwiek na korzystanie z przymusu państwowego w sytuacji nieuzasadnionego różnicowania ludzi²³. Innymi słowy, prawo nie powinno być jednostkowe w treści i w stosowaniu, lecz powinno mieć charakter generalny, odnosząc się do wszystkich i nie przynosząc korzyści jedynie wybranym (przepisy, które nie są generalne, jeżeli zostały przyjęte w zgodzie z odpowiednią procedurą, są legalne, ale nie są zgodne z określonym rozumieniem zasady rządów prawa). Nadto zdaniem Hayeka prawo nie powinno być zorientowane na osiąganie poszczególnych celów, ponieważ jego funkcją jest ustalanie granic dla osobistych działań, a nie dyktowanie kierunku takich działań²⁴.

Przyjęcie przez Hayeka silniejszej wersji rządów prawa (wersji *Rechtstaat*) można oczywiście wiązać z jego austriacką narodowością, chociaż także ze szczególną perspektywą polityczną. Uważał, że rozumienie koncepcji rządów prawa w angielskiej jurejurisprudencji oznaczało zredukowanie jej oryginalnego znaczenia, które w jego przekonaniu było bliższe wersji państwa prawa. Według niego ostatecznym następstwem słabszej wersji rządów prawa było to, że dopóki działania państwa były należycie autoryzowane przez prawo, dopóty każde działanie państwa było praworządne, co dawało podstawy do używania argumentów o istnieniu rządów prawa. Stąd też brak akceptacji Hayeka dla zmiany znaczenia zasady rządów prawa z wersji silniejszej na słabszą.

Na stanowisko Hayeka w kwestii rozumienia rządów prawa miały wpływ także jego przekonania ekonomiczne i niemożność pogodzenia się z zastąpieniem wolnej gospodarki rynkowej gospodarką planową, regulowaną przez interwencjonistyczne państwo²⁵. Fakt, że współczesne państwo przestało stwarzać jedynie strukturę prawną do prowadzenia działalności gospodarczej, ale jest aktywnie zaangażowane w bezpośrednie koordynowanie i regulowanie działalności gospodarczej w dążeniu

²² Zob. *ibidem*.

²³ Zob. *ibidem*, s. 120.

²⁴ Nie dziwi zatem, że prawu publicznemu odmawiał statusu prawa w rozumieniu zbioru reguł określających, jaki rodzaj zachowania jest generalnie właściwy, zob. F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, t. 1. *Rules and Order*, Chicago 1973, s. 133.

²⁵ F.A. Hayek był zdecydowanym przeciwnikiem interwencjonizmu państwowego we wszystkich jego postaciach, a swój krytycyzm opierał na dwóch argumentach: ekonomicznym i moralnym (politycznym), zob. *idem*, *The Road to Serfdom...*, s. 114 i n.

do osiąganiu celów, które samo ustala, miał istotny wpływ na formę prawa. Jasno określone i trwałe akty generalne zostały zastąpione otwartą legislacją uznaniową. Nadto, gdy koncepcja rządów prawa w wersji Diceya posługiwała się kategoriami abstrakcyjnych praw i obowiązków, formalnej równości i formalnej sprawiedliwości, nowa wersja rządów prawa dotyczyła konkretnych spraw i odnosiła się do materialnej równości oraz materialnej sprawiedliwości.

Potrzeba interwencji państwa we współczesnym społeczeństwie została uznana przez niektórych filozofów prawa. Zaproponowali oni taką koncepcję rządów prawa, która pozwala kontrolować uznanie, a jednocześnie nie eliminuje go całkowicie. Należy do nich Joseph Raz²⁶, który widzi potrzebę zarówno rządów prawa, jak i rządów ludzi. Uważa również, że realizacja celów społecznych może wymagać stanowienia nie tylko aktów generalnych, lecz także konkretnych. Co więcej, twierdzi, że z praktycznego punktu widzenia nie jest możliwe, aby prawo składało się wyłącznie z przepisów generalnych. W rządach prawa J. Raz widział wartość, która ma zminimalizować niebezpieczeństwo, jakie mogłoby wypływać ze stosowania władzy dyskrecyjnej w sposób arbitralny. Przyjmuje zatem takie rozumienie rządów prawa, jakie wcześniej przyjęli Dicey i Hayek.

Joseph Raz uważał, że podstawowy wymóg, z którego wyłoniła się ogólniejsza idea rządów prawa, to wymóg, by prawo było w stanie sterować zachowaniem ludzi²⁷. Z idei rządów prawa wywodzi się jego zdaniem przynajmniej osiem następujących zasad (właściwości) prawa, warunkujących mu posłuszeństwo²⁸:

1. Prawo powinno być raczej prospektywne niż retroaktywne. Prawo nie będzie kierowało zachowaniami ludzi ani nie będzie przez nich przestrzegane, jeżeli nie zostanie wprowadzone (*introduced*). Prawo powinno być oczywiste i jasne, aby umożliwić ludziom zrozumienie go i kierować ich działaniami w zgodzie z nim.

2. Prawo powinno być stabilne i nie powinno być zmieniane zbyt często, ponieważ mogłoby to prowadzić do konfuzji odnośnie do tego, co jest faktycznie regulowane przez prawo.

3. Powinny istnieć jasne reguły i procedury stanowienia prawa.

4. Należy zagwarantować niezależność władzy sądowniczej, tak aby sądy mogły rozstrzygać sprawy w zgodzie z prawem, a nie pod wpływem nacisków zewnętrznych.

5. Należy zagwarantować przestrzeganie zasad sprawiedliwości naturalnej, umożliwiając otwarte i sprawiedliwe wysłuchanie wszystkim stronom postępowania oraz eliminując brak obiektywizmu.

6. Sądy powinny mieć prawo kontroli sposobu, w jaki stosowane są pozostałe zasady („the courts should have the power to review the way in which the other

²⁶ J. Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, „Law Quarterly Review” 1977, nr 93, s. 195 i n.

²⁷ Ze stanowiskiem J. Raza, że istotą rządów prawa jest idea, iż prawo powinno być w stanie sterować zachowaniami ludzi, nie zgodził się T. Allen, dla którego istotą rządów prawa jest bardziej fundamentalna zasada mówiąca o prawie ludzi do traktowania ich z szacunkiem, którego wymaga ich godność jako obywateli, zob. T. Allen, *op. cit.*, s. 1.

²⁸ J. Raz, *op. cit.*, s. 208.

principles are implemented”), aby zapewnić, że ich stosowanie odbywa się w zgodzie z wymogami rządów prawa.

7. Dostęp do sądów powinien być łatwy, gdyż to od nich przede wszystkim zależy poddanie uznania kontroli prawnej.

8. Uznanie, z jakiego korzystają organy ochrony prawnej, nie może prowadzić do nadużywania prawa.

Powyższe zasady²⁹ wskazują wyraźnie, że dla Raza warunkiem przestrzegania rządów prawa jest przestrzeganie proceduralnych reguł stanowienia prawa oraz że istotna rola w jego wersji rządów prawa przypada sądom³⁰. Jednocześnie zasady te pozostają w zgodzie z jego końcową konkluzją o tym, że rządy prawa są w istocie wartością negatywną, jako że pozwalają minimalizować niebezpieczeństwa (władzę arbitralną, a także niestabilność, niejasność, retrospektywność, naruszanie wolności i godności człowieka), które tworzy samo prawo: „[...] the rule of law is a negative value in two senses: conformity to it does not cause good except through avoiding evil and the evil which is avoided is evil which could only have been caused by the law itself”³¹.

Inne podejście do koncepcji rządów prawa zaproponował Roberto M. Unger³². W przedstawionej przez niego typologii porządku społecznego znajduje się kategoria, która jest w istocie systemem rządów prawa (prawo jako prządek prawny: *legal order*). R.M. Unger odróżnił ją od pozostałych form porządku społecznego (prawa zwyczajowo-interakcyjnego i prawa biurokratyczno-regulacyjnego), opierając się przede wszystkim na jego dwóch szczególnych i wyjątkowych cechach charakterystycznych, a mianowicie autonomii prawa (*autonomy of legal system*) i generalności prawa (*generality of law, generality in legislation*).

Autonomia prawa oznacza, że prawo ma własną sferę władzy i w ramach tej sfery funkcjonuje niezależnie, bez odnoszenia się do żadnego czynnika zewnętrznego³³. Unger wyróżnił cztery odrębne aspekty autonomii prawnej. Są nimi:

1. Autonomia materialna (*substantive autonomy*). Prawa nie da się wyjaśnić w kategoriach pozaprawnych, ponieważ prawo jest prawem (*the law is the law*). Innymi słowy, prawo jest samoreferencyjne (*law is self-referential*), nie jest o czymś innym, nie może być zredukowane do środka, do celu, jako że jest celem samym w sobie.

²⁹ W konkretnych przypadkach można zgłaszać uwagi czy zastrzeżenia pod adresem poszczególnych zasad, co jednak nie jest naszym zamierzeniem. Zatem jedynie dla przykładu powiedzmy, że zdaniem T. Endicotta rządy prawa, których celem jest przeciwdziałanie rządowi arbitralnym i anarchii, nie mogą się obejść bez regulacji niedookreślonych, zob. T. Endicott, *The Value of Vagueness*, [w:] *Philosophical Foundations of Language in the Law*, red. A. Marmor, S. Soames, Oxford 2011, s. 29.

³⁰ Katalog właściwości prawa, zbliżony do listy zasad autorstwa J. Raza, sformułował L.L. Fuller (*The Morality of Law*, New Haven 1969).

³¹ J. Raz, *op. cit.*, s. 206.

³² R.M. Unger, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York 1976.

³³ Szeroko na temat autonomii prawa zob. W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2001.

2. Autonomia instytucjonalna (*institutional autonomy*). Instytucje prawne (*a system of specialized legal institutions*), takie jak sądy, są odrębne od innych instytucji państwa (*non-legal state machinery*), a wyróżnia je fundamentalna zasada niezależności sędziowskiej.

3. Autonomia metodologiczna (*methodological autonomy*). Prawo ma własny, odrębny sposób rozumowania i uzasadniania swoich decyzji. A przynajmniej pretenduje do takiej metodologii.

4. Autonomia zawodowa (*occupational autonomy*). Dostęp do prawa (instytucji prawnych) nie jest bezpośredni, lecz odbywa się przez zawody prawnicze (*legal professions*), które działają jak „bramkarze” i dysponują znacznym stopniem niezależnej kontroli nad funkcjonowaniem systemu prawnego.

Generalność prawa oznacza, że prawo stosuje się do każdego, bez faworyzowania kogokolwiek z powodów osobistych lub klasowych. Każdy jest równy wobec prawa (chodzi o równość formalną — *the formal equality of the citizens*) i każdy jest traktowany w taki sam sposób, będąc uwolniony od arbitralnej kurateli państwa (*the arbitrary tutelage of government*). Przy czym generalność prawa może być zapewniona tylko przez autonomię porządku prawnego: „Administration must be separated from legislation to ensure generality; adjudication must be distinguished from administration to safeguard uniformity. These two contrasts represent the core of the rule of law ideal”³⁴. Unger, podobnie jak Dicey, uważał, że oparcie praw obywateli nie na zasadach ogólnych, lecz na rzeczywistych decyzjach sądów (prawie powszechnym) jest szczególną cechą prawa angielskiego³⁵. Twierdząc w tym kontekście, że we współczesnym prawie zachodnim można zauważyć próbę instytucjonalizacji rządów prawa, traktuje rządy prawa jako koncepcję homogeniczną, ignorując różnorodne odmiany, jakie może ona przyjmować w różnych systemach prawnych.

Konstruując swoją typologię porządku społecznego, Unger dostrzegał przewagę systemu rządów prawa nad systemem funkcjonującym na podstawie władzy arbitralnej, chociaż jednocześnie był sceptyczny co do realności równości, którą taki system wspiera, i kwestionował jej przyszłe trwanie. Zaproponowane przez niego cztery postacie autonomii prawnej niewątpliwie pozwalają na identyfikację i krytyczną analizę spotykanych w praktyce sposobów podważania rządów prawa.

Unger postrzegał rozwój rządów prawa jako produkt zachodniego społeczeństwa kapitalistycznego i wskazywał na odrębny charakter formy prawa w tym społeczeństwie, co pozwala postrzegać go jako następcę niemieckiego socjologa Maxa Webera³⁶. Ogólnym celem tego drugiego było zbadanie i wyjaśnienie struktury i rozwoju zachodniego społeczeństwa kapitalistycznego³⁷. Realizując swój cel, M. Weber interesował się tymi wyjątkowymi aspektami tego społeczeństwa, które odróżniały

³⁴ R.M. Unger, *op. cit.*, s. 54.

³⁵ Zob. *ibidem*, s. 273–274.

³⁶ Tak m.in. N.T. Duxbury, *Look Back in Unger: A Retrospective Appraisal of Law in Modern Society*, „The Modern Law Review” 49, 1986, s. 658 i n.

³⁷ M. Weber, *Gospodarka i społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej*, Warszawa 2002.

je od innych formacji społecznych. Jedną taką wyróżniającą cechą była forma prawa, które charakteryzował jako system racjonalny formalnie³⁸, co poprzedziło pojęcie autonomii prawa Ungera. Weberowskiemu autonomicznemu systemowi prawa towarzyszyło państwo, które ograniczało się do stworzenia jasnej struktury porządku społecznego, pozostawiając jednostkom decydowanie o własnym działaniu w systemie wolnego rynku. W XX wieku nastąpiło jednak przejście od wolnego rynku do gospodarki zasadniczo planowej z państwem odgrywającym aktywną rolę w działalności gospodarczej, co przyniosło zmianę zarówno formy, jak i funkcji prawa. Zatem dopóki państwo pozostawało z dala od społeczeństwa obywatelskiego, dopóty jego funkcje mogły być zamknięte w ramach ograniczonej sfery aktywności określonej przez doktrynę rządów prawa. Z czasem jednak, gdy państwo coraz bardziej angażowało się w bezpośrednie regulowanie działalności gospodarczej i społecznej, forma prawa z konieczności musiała ulec zmianie. Państwo, aby rozwiązywać problemy w miarę ich pojawiania się, nie mogło być rządzone przez przyjęte wcześniej trwałe reguły, lecz musiało przypisywać sobie władzę dyskrecyjną. Władza dyskrecyjna państwa jest oczywiście antytetyczna wobec tradycyjnej idei rządów prawa, która była oparta na ograniczeniu uznania państwa i w efekcie pojawiło się napięcie pomiędzy rządami prawa a potrzebami regulowania działalności gospodarczej i społecznej. Innymi słowy, prawo nie jest już, jak kiedyś, autonomiczne (prawo jako cel sam w sobie), lecz jest coraz bardziej postrzegane instrumentalnie w procesie osiągania ogólniejszego celu, który ustala państwo jako wyraziciel interesu powszechnego (prawo jako środek do celu). Prawo tak widziane jest *de facto* formą aktywności politycznej.

³⁸ Na temat formalnej i materialnej racjonalności tworzenia i stosowania prawa zob. *ibidem*, s. 501–502. Racjonalność materialna prawa oznacza, że to „normy o innej jakościowo wadze niż logiczne generalizacje abstrakcyjnych interpretacji sensu powinny mieć wpływ na rozstrzyganie problemów prawnych [...]”. Lecz „swoiście fachowa, prawnicza sublimacja prawa we współczesnym sensie możliwa jest tylko w tej mierze, w jakiej ma ono formalny charakter”. *Ibidem*, s. 501.

Єжи Супернат

Вроцлавський університет

jesup@prawo.uni.wroc.pl

Верховенство права. Примітки щодо значення і еволюції поняття

Концепція верховенства права (*the rule of law*)¹ завжди притягувала увагу дослідників права і адміністрації в Польщі, проте у зв'язку з членством Польщі в Європейському Союзі (далі ЄС) ця проблема заслуговує додаткової уваги, так як ЄС це союз, який спирається на принцип верховенства права², що означає, що європейська інтеграція (також адміністративна інтеграція) і публічна

¹ Може трохи дивувати, що фундаментальною для структури і функціонування англійської правової системи є споконвічна концепція правових урядів, котра була підтверджена аж в законі the Constitutional Reform Act 2005, котрий в статті 1 однозначно визначає, що її положення не порушують верховенства закону. Варто підкреслити, що верховенство закону має сильний міжнародний характер. Загальна декларація прав людини прийнята 10 грудня 1948 р. Генеральною Асамблеєю ООН каже: "Дуже важливо, щоб людина не була змушена вдаватися до останньої інстанції, для повстання проти тиранії і гноблення, щоб права людини охоронялися верховенством закону (*by the rule of law*)". Конвенція про захист прав людини і основних свобод від 4 листопада 1950р. говорить в преамбулі про вжиття заходів для гарантування певних прав, викладених в загальній декларації прав людини через "уряди європейських країн, діючих в тому самому дусі і маючих спільну спадщину політичних традицій, ідеалів, свобод і верховенства права (*the rule of law*)".

² Європейський Суд в справі 294/83 *Les Verts v Parliament* [1986] ECR 1339, пункт 23, сформулював гучне положення, згідно з котрим Європейська Спільнота (сьогодні ЄС): "is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty".

влада (також адміністрація ЄС) повинні відповідати принципу законності³. *Nota bene* термін “верховенство права” чи принцип верховенства права по відношенню до ЄС є якнайбільш актуальними (ЄС був створений у відповідності до норм законодавства і ним регулюється) і змушує дивуватися, що в польській літературі цей термін в різних контекстах рідко використовується по відношенню до ЄС. Набагато частіше використовується термін “принцип правової держави”, в той час коли ЄС не є державою⁴, тільки особливою міжнародною організацією з транснаціональним правопорядком, який поважає цінності правової держави. Термін “правова держава”, а не термін „верховенство права” з’являється навіть в польській версії засновницьких договорів. У зміненому Договорі про Європейський Союз, для чіткого вказання цінностей, на котрих спирається ЄС, читаємо в ст. 2, що “Союз засновано на цінностях [...] правової держави [...]”, в той час як англійською мовою: “The Union is founded on the values of [...] the rule of law [...]”, тобто “Союз засновано на цінностях [...] верховенства права” (які, згідно з тою самою статтею є “спільними для країн-членів”)⁵. Таким чином, в контексті ЄС слід було б перейти від прийнятого в Польщі і в континентальній традиції терміну “правової держави” до терміну “верховенство права”. Переклад *the rule of law*, саме як верховенство права, а не правова держава було б виправдано ще тим, що поміж поняттями правової держави і верховенства права можна поставити знак рівності⁶. Така точка зору зустріла критику зі сторони Яна Єжевського, який вважав: “[...] спрощений [...] погляд, обидва поняття відображають ті самі цінності, приховуючи глибокі відмінності, які до сьогодні визначають сенс

³ П. Крейг основою ідеї верховенства права вважає піддання дій (актів) судової адміністрації легальному контролю, там же, *EU Administrative Law*, Oxford 2012, с. 251. Таке розуміння верховенства права є особливо важливим в ситуації виникнення правової системи ЄС (раніше Співтовариства) і необхідності забезпечення того, щоб швидко зростаюча влада (компетенції) органів ЄС (раніше Співтовариства) піддавалася правовому контролю.

⁴ ЄС не є класичною національною державою, також ЄС не є федерацією. Хоча в ЄС і спостерігаються деякі “федеральні принципи”, в цьому принцип субсидіарності, котрий “в Європейському Союзі є знаряддям формулювання федеральної держави”, див. K. Complak, *Normy pierwszego rozdziału Konstytucji RP*, Вроцлав 2007, с. 142.

⁵ В преамбулі до Договору про Європейський Союз в англійській версії йде мова про дотримання принципу верховенства права (*the rule of law*), а тим часом в польській версії йде мова про дотримання принципу правової держави.

⁶ Так робив J. Nowacki, *Rządy prawa. Dwa problemy*, Катовіце 1995, с. 15 і наступні. Погляд Я. Новацкего здається поділяв K. Цомпляк, признаючи “англосаксонське *rule of law*” “національним варіантом верховенства права” (в Польщі принцип верховенства права проголошує стаття 7 Конституції), *idem*, *op. cit.*, с. 109. На процес конвергенції конструкції верховенства права і правової держави вказує H. Izdebski, *Fundamenty współczesnych państw*, Варшава 2007, с. 90 і наступні. Відповідність доктрини верховенства права і принципу правової держави, здається, також прийняла I. Dyrda, I. Dyrda, *Podstawowe cechy nauki angielskiego prawa administracyjnego*, Вроцлав 1979, вид. 43 на с. 24.

цих понять. До них належать, в правовому аспекті — історичні передумови участі судів в розробці і застосуванні законів, в доктринальному аспекті (також філософському) — принципово інше розуміння природи держави і права. Континентальна всюдисущість держави (правової) в регулюванні життя громад та окремих осіб, догматичне розуміння примату закону і припущення про домінуючу роль законодавця в творенні закону далекі від ідеї права, яке керує людьми, «відкривається» суддями і пов'язується з тривалими традиціями правильності аксіології»⁷.

З точки зору Є. Єжевського, «риси [верховенства права] є ближчими європейському законодавству з його багатством форм нормування; ближчими є також ідеї права, котрі знаходяться в основах розуміння місії європейського судочинства»⁸. Подані приклади і виділення верховенства права з інших цінностей і принципів ЄС заохочує до ширшого аналізу значення і еволюції поняття верховенства права, що і є метою цієї статті.

Верховенство права є символічним ідеалом, який інколи представникам абсолютно різних переконань і політичних сил служить для оцінки і критики недоліків функціонування сучасної держави⁹. Така ситуація стає можливою через відсутність однозначного розуміння концепції верховенства права, так як це розуміння змінюється з перебігом часу і відповідно до потреб тих, хто посилається на верховенство права, підтримуючи його або шукаючи в ньому підтримки. Зокрема, форма і зміст законів і юридичних процедур істотно змінилася в минулому і нинішньому столітті, що в свою чергу є наслідком змін в діапазоні і способах, якими сучасна держава втручається в повсякденне побутове і суспільне життя. В міру того, як держава взяла на себе регуляцію багатьох областей господарської і суспільної діяльності, надала далекосяжні дискреційні повноваження різним юридичним і фізичним особам з метою забезпечення ефективного здійснення своєї політики і програм. Збільшена влада держави (і її делегування державою) поставило її в ситуацію потенційного конфлікту з попереднім розумінням концепції верховенства права, яке передбачало чітке обмеження сфери діяльності держави. Водночас, труднощі з відображенням суті концепції права не означають відсутності спроб її визначення. Навпаки, таких спроб багато, хоча вони не привели до єдиного розуміння концепції, що обумовлено різним суспільно-політичним контекстом, прийнятим їхніми авторами.

⁷ J. Jeżewski, *Recenzja książki: Jerzy Supernat, Administracja Unii Europejskiej. Zagadnienia wybrane*, Wydawnictwo Kolonia Limited, Wrocław 2013, ss. 172, „Administracja. Teoria — Dydaktyka — Praktyka” 2013, № 2, s. 97–98.

⁸ Ibidem, s. 98.

⁹ Б. Таманага характеризує верховенство права, як найбільш важливий у сучасному світі правовий політичний ідеал, *ibidem*, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Кембрідж 2004, с. 4. Водночас вказує, що це поняття надзвичайно важко визначити (*an exceedingly elusive notion*), *ibidem*, с. 3.

Безсумнівно найбільш відомою версією верховенства права є концепція, автором якої був Альберт В. Дісей, представлена в праці *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, вперше опублікованій в 1885 р.¹⁰, у котрій він стверджував, що Англія не має чогось такого, як відмінне від загальноприйнятого (*ordinary law*) адміністративного законодавства, котре скеровується на досягнення індивідуальних, передбачуваних результатів і якому властива дискримінація і свавілля¹¹. *Nota bene* ця точка зору була сумнівною вже в момент її висловлення¹², а сьогодні вже точно не можна заперечувати існування в Англії значної області права, яку обґрунтовано можна називати адміністративним, тобто законодавства пов'язаного з реалізацією окремих державних політик, як правило, в рамках закону. Що стосується верховенства закону, то на думку А.В. Дісея, воно було тим, що відрізняло англійську юридичну систему (*the English constitution*) від систем континентальних країн. Автор вважав, що жителі інших країн піддавалися сваволі влади, в той час коли англійці були в безпеці, в рамках принципу верховенства права. В розумінні А.В. Дісея верховенство права складається з трьох окремих, хоч і пов'язаних елементів:

1. Відсутність сваволі з боку держави (*Absence of arbitrary power on part of the government*)¹³. Повноваження держави і те, яким чином держава використовує владу обмежується і контролюється законодавством. Цей контроль призначений для того, щоб запобігти в отриманні і використанні широких повноважень (*discretionary powers*) державою. Як підкреслював А.В. Дісей, визнання (*discretion*) може використовуватися в довільній формі і цього варто боятися¹⁴.

¹⁰ Про праці А.В. Дісея склалася думка, що вони дали американським і європейським юристам неписану британську конституцію в формі, до якої вони звикли, тобто, в письмовій формі, див. J. McDowney, *Dicey in Historical Perspective — a Review Essay*, [в:] *Law. Legitimacy and the Constitution*, red. P. McAuslan, J. McDowney, Лондон 1985, с. 41.

¹¹ Єдиною метою роботи А.В. Дісея було пояснення трьох найважливіших елементів політичної системи Англії, до яких, крім верховенства права, він ще зарахував суверенітет парламенту і конституційні угоди, A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Лондон 1915, с. XVII. Аналіз принципів верховенства права і суверенітету парламенту до сьогодні є постійним способом дослідження політичної системи Об'єднаного Королівства, див. напр. K. Syrett, *The Foundations of Public Law. Principles and Problems of Power in the British Constitutions*, Basingstoke 2011.

¹² Так G. Slapper & D. Kelly, *The English Legal System*, Лондон 2009, с. 16. *Nota bene* про англійське адміністративне законодавство перед появою праці А.В. Дісея писав R. Gneist, *Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart*, Berlin 1883. Однак, думка А.В. Дісея про неіснування адміністративного права в Англії на багато років вперед призупинила розвиток інститутів цього права в Англії, див. W. Wade, C. Forsyth, *Administrative Law*, Оксфорд 2000, с. 7.

¹³ При більш повному формулюванні: "We mean, in the first place, that no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary Courts of the land. In this sense the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint". A.V. Dicey, *Introduction...*, с. 183–184.

¹⁴ Див. *ibidem*, с. 184.

2. Рівність перед загальним законом (*Every man subject to ordinary law administered by ordinary tribunals*)¹⁵. Жодна особа не може бути вище закону, незалежно від її положення або приналежності до класу суспільства. Державні посадові особи (*all persons employed in the service of the state*) підкоряються закону і юридичним процедурам так само, як і фізичні особи (*private persons*).

3. Верховенство загального права (*General rules of constitutional law are result of ordinary law of the land*)¹⁶. Англійська система (*the English constitution*) є результатом загального права і базується скоріше на судових рішеннях, а не на декларації прав у вигляді письмової конституції.

Варто зазначити, що Альберт В. Дісей писав в специфічний історичний період, і що може навіть більш важливо — із своєрідної політичної перспективи, для якої володіння приватною власністю та особистою свободою користування цією власністю було взято за абсолютну основу. А.В. Дісей був противником будь-якого розширення державної діяльності для підтримки колективних інтересів¹⁷. Аналіз його версії верховенства права вказує на важливість формальної рівності над матеріальною. Іншими словами, вважав, що право і держава повинні бути сліпими до реальних конкретних відмінностей, котрі існують між людьми в категоріях багатства, влади чи зв'язків, і повинні відноситися до кожного так само як власники абстрактних прав і обов'язків. Друге питання, яке слід підкреслити в проблемі верховенства права в концепції А.В. Дісея, випливає з того, що верховенство права було для нього тільки од-

¹⁵ При більш широкому формулюванні: "We mean in the second place, when we speak of the »rule of law« as a characteristics of our country, not only that with us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals". Ibidem, c. 189.

¹⁶ При більш повному формулюванні: "[T]he constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the Courts; whereas under many foreign constitutions the security (such as it is) given to the rights of individuals results, or appears to result, from general principles of the constitution". Ibidem, c. 191. Індикація А.В. Дісеєм права на особисту свободу (*the right to personal liberty*) і права на публічні збори (*the right of public meeting*) як прикладів загальних принципів політичних систем, що виводиться з загальних законів дозволяє, на думку Т. Аллена, зарахувати його до прихильників матеріального розуміння верховенства права, див. Т. Allen, *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Оксфорд 2001, с. 23 і наступні. Більш ширше на тему матеріального і формального розуміння верховенства права див. Р. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law. An Analytical Approach*, „Public Law” 1997, с. 467 і наступні.

¹⁷ Вказуючи на позитивні та негативні наслідки впливу державного інтервенціоналізму, особливо законодавчого, підкреслював, що безпосередність і видимість перших двох затуляє друге, котре характеризується віддаленістю, збільшенням і меншою видимістю, що спричиняє, що більшість суспільства дивиться з розумінням необхідності державних інтервенцій. Проти-стояти цьому може лише існування в даному суспільстві відносин, котрі сприятимуть індивідуальній свободі *laissez-faire*), A.V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion during the Nineteenth Century*, Лондон 1914, с. 257.

ним з трьох фундаментальних принципів англійської системи, серед яких разом з конституційними угодами знаходився принцип суверенітету парламенту (*parliamentary sovereignty*). На жаль можливу напруженість поміж цими принципами А.В. Дісей залишив без відповіді¹⁸. Тим часом, ситуація виглядала таким чином, що коли уряд через парламентарну більшість контролює законодавчий процес, верховенство парламенту зменшується до незаперечного верховенства центральної влади (*central government*). Ця напруга пов'язана з тим, що верховенство права спрямоване на боротьбу з свавіллям влади, в той же час як парламент може в рамках існуючої правової системи надати уряду таку владу через прийняття відповідного законодавства¹⁹.

Описане протиріччя поміж верховенством права і суверенітетом парламенту є притаманним для британської версії ліберальної влади. Там де схожі версії ліберальної влади з'явилися в континентальній Європі, особливо в Німеччині, законодавча влада була підпорядкована верховенству права. Ці взаємини підпорядкування держави законам містяться в концепції правової держави (*Rechtsstaat*)²⁰. Концепція правової держави означає, що сама держава контролюється законами, які обмежують її в сфері її законотворчої активності. Те, що концепція правової держави, будучи сильнішою версією верховенства права, ніколи не з'явилася у Англії є результатом її особливої історії. Революційна боротьба в XVII столітті забезпечила ефективний контроль над державою середньому класу, який здійснював свою владу через парламент. Після XVII століття англійський середній клас ніколи не опинявся в ситуації загрози зі сторони держави, перед якою мав би захищатися, так як *de facto* це він був державою. Інакшою була ситуація в континентальній Європі, де буржуазія, яка тільки зароджувалася, мусила зміцнити свою позицію і захистити її перед владою державного апарату, якої не контролювала. Розвиток концепції правової держави як засобу обмеження державної влади можна розглядати, як один із способів, яким буржуазія на континенті пробувала забезпечити собі своє становище. Тим часом, в Англії в XVIII і XIX столітті не було такої потреби, щоб буржуазія захищала себе верховенством права в версії правової держави. Англійський середній клас, успішно контролюючи парламент, міг використовувати прийняті ним правові акти загального характеру (не скеровані до конкретних осіб), що *nota bene* передбачає концепція правової держави.

¹⁸ З точки зору А.В. Дісея принципи суверенітету парламенту і верховенства права не залишалися в опозиції, див. *idem, Introduction...*, с. 402.

¹⁹ На тему примирення "надзвичайно несумісних принципів верховенства права і суверенітету парламенту" див. K. Syrett, *op. cit.*, с. 96 і наступні.

²⁰ На тему німецької, а також британської і французької версії верховенства права див. G. Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Оксфорд 2013, с. 24 і наступні.

Концепцію верховенства права, автором якої був Альберт В. Дісей, перейняв Фрідріх А. Хаєк, так як для цього автора важливим елементом верховенства права була також відсутність сваволі з боку держави²¹. В формулюванні Ф.А. Хаєка суть верховенства права полягає на тому, що влада у всіх своїх діях зв'язана встановленими і оголошеними раніше положеннями, котрі дозволяють людям з високою ймовірністю передбачати, як в певних ситуаціях, уряд і адміністрація буде користуватися владою, і на основі цих знань плануватиме власну діяльність²². Одночасно Ф.А. Хаєк зайшов значно далі від А.В. Дісея, посиляючись на форми і зміст законодавства, яке забезпечує сумісність з верховенством права. На його думку верховенство права означає подвійне обмеження обсягу законодавства, а саме означає встановлення лише загальних законів, котрі більш відомі, як формальне законодавство і виключає установа законів, скерованих на пряму до конкретних осіб або дозволяючих кому-небудь користуватися державним примусом в ситуаціях необґрунтованої диференціації людей²³. Іншими словами, право не повинно бути індивідуальним у своєму змісті та застосуванні, але повинно мати загальний характер, стосуючись усіх і не приносячи користі тільки обраним групам (закони, які не є загальними, якщо вони були прийняті згідно з відповідною процедурою, є законними, але не є сумісними з розумінням принципу верховенства права). Крім того, з точки зору Ф.А. Хаєка законодавство не повинно бути скерованим на досягнення індивідуальних цілей, так як його функцією є встановлення меж для особистої діяльності, а не нав'язування напряду такої діяльності²⁴.

Прийняття Ф.А. Хаєком сильнішої версії верховенства права (версії *Rechtstaat*) можна звичайно пов'язувати з його австрійською національністю, але і певною мірою з визначеною політичною точкою зору. Так чи інакше, він вважав, що розуміння концепції верховенства права в англійській юриспруденції означало зменшення її оригінального значення, яке з його точки зору було ближчим до версії правової держави. На його думку, в кінцевому підсумку слабшої версії верховенства права було те, що поки дії держави були належним чином уповноважені правом, кожна дія держави була законна, що давало підстави стверджувати про існування аргументів підтверджуючих існування верховенства права. Звідси також відсутність схвалення Ф.А. Хаєком зміни верховенства права з сильнішої на слабшу версію.

²¹ Ф.А. Хаєк писав з акцентом на тому, що ніщо так чітко не розрізняє умов у вільній країні від умов в країні з свавіллям уряду, як дотримання у першій великих принципів, відомих нам як верховенство права, *idem*, *The Road to Serfdom. Text and Documents, The Definitive Edition*, ред. В. Caldwell, Лондон 2007, с. 112.

²² Див. *ibidem*.

²³ Див. *ibidem*, с. 120.

²⁴ Не дивує те, що публічному праву відмовили в статусі права в розумінні набору правил, які визначають тип поведінки, що загалом доцільно, див. F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I: *Rules and Order*, Чикаго 1973, с. 133.

На точку зору Ф.А. Хаєка стосовно розуміння верховенства права також впливали його економічні переконання і нездатність погодитися з заміною вільної торгівлі центрально планованою економікою, яку регулює держава²⁵. Факт того, що сучасна держава перестала створювати виключно правову структуру для ведення господарської діяльності, але є активно задіяна в прямій координації і регулюванні господарської діяльності в гонитві за досягненням цілей, котрі сама встановлює, мав істотний вплив на форму законодавства. Чітко визначені і стабільні правові акти були замінені відкрито дискреційним правом. Крім того, коли концепція верховенства права в версії А.В. Дісея використовувала категорії абстрактних прав і обов'язків, формальної рівності і формальної справедливості, нова версія верховенства права пов'язувалася з конкретними справами і відносилася до матеріальної рівності і матеріальної справедливості.

Необхідність втручання держави у сучасному суспільстві була визнана деякими філософами права, які в результаті запропонували таку концепції верховенства права, котра дозволяла контролювати визнання, але одночасно не виключала його повністю. Одним з них був Йосиф Раз²⁶, який бачив необхідність, як верховенства права, так і верховенства народу, а також вважав, що реалізація соціальних цілей може вимагати створення законів, як загального, так і конкретного характеру. Більше того, він вважав, що з практичної точки зору, не буде можливим, щоб законодавство складалося лише з загальних положень. У верховенстві права Й. Раз бачив цінність, яка мала б мінімізувати небезпеку, яка могла б виникати з використання дискреційних повноважень у свавільній формі. Таким чином, він приймає таку позицію щодо розуміння права, яке раніше займали А.В.Дісей і Ф.А. Хаєк.

Йосип Раз вважав основною вимогою, з якої виникла більш загальна ідея верховенства права, вимогу того, щоб законодавство було в стані керувати людьми²⁷. З його точки зору, з ідеї верховенства права, випливає принаймні вісім принципів (властивостей) права, який забезпечують його дотримання²⁸:

1. Закон має бути передбачуваним, а не нести зворотної дії. Право не буде керувати поведінкою людей, і не буде ними дотримуватися, якщо не буде введено (*introduced*). Право повинне бути чітким і ясным, щоб дозволити людям його розуміння і керівництво своїми діями відповідно до нього.

²⁵ Ф.А. Хайек був рішучим противником державного інтервенціоналізму у всіх його формах, а його критицизм спирався на двох аргументах: економічному і моральному (публічному), див. *idem, The Road to Serfdom...*, с. 114 і наступні.

²⁶ J. Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, „Law Quarterly Review” 1977, № 93, с. 195 і наступні.

²⁷ З точкою зору Д. Раза, про те що суттю верховенства права є ідея про те, що закони повинні бути в змозі контролювати поведінку людей, не погодився Т. Аллен, для якого суттю верховенства права є більш фундаментальний принцип, котрий каже про право людини до ставлення до неї з повагою, якого вимагає їх громадянська гідність, див. Т. Аллен, *op. cit.*, с. 1.

²⁸ J. Raz, *op. cit.*, с. 208.

2. Право повинно бути стабільним і не повинно занадто часто змінюватися, так як це може призвести до плутанини відносно того, що насправді регулюється законами.

3. Повинні існувати чіткі правила і процедури законотворення.

4. Потрібно гарантувати незалежність судової системи, так щоб суди могли вирішувати справи відповідно до законів, а не під впливом зовнішнього тиску.

5. Необхідно забезпечити дотримання принципів природної справедливості, забезпечуючи відкрите і справедливе слухання точок зору усіх сторін та усуваючи необ'єктивність.

6. Суди повинні мати право перегляду способу застосовування інших принципів ("the courts should have the power to review the way in which the other principles are implemented"), щоб забезпечити їх застосування згідно з вимогами верховенства права.

7. Доступ до судів повинен бути легким, так як саме від них залежить передача визнання правовому контролю.

8. Визнання положення, яким користуються правоохоронні органи, може призвести до надуживання права.

Вище перераховані²⁹ принципи чітко вказують, що для Й. Раза умовою дотримання верховенства права було дотримання процесуальних правил становлення законодавства і значна роль верховенства права в його версії надається судам³⁰. У той же час ці правила відповідають його остаточному висновку про те, що верховенство права за своєю суттю є поняттям з негативним характером, так як вони дозволяють звести до мінімуму небезпеку (свавілля влади, а також нестабільність, двозначність, ретроспективність, порушення свободи та людської гідності), яку створює саме законодавство: "[...] the rule of law is a negative value in two senses: conformity to it does not cause good except through avoiding evil and the evil which is avoided is evil which could only have been caused by the law itself"³¹.

Інший підхід до концепції верховенства права запропонував Роберто М. Унгер³² в представленій ним типології права (законодавство як правопорядок: *legal order*). В.М. Унгер відділив її від інших форм суспільного порядку (звичаєво-інтерактивне право і бюрократично-регуляційне право), спираючись передусім на його двох конкретних і унікальних ознаках, а саме автономії правової системи (*autonomy of legal system*) і її всеохоплюючого характеру (*generality of law, generality in legislation*).

²⁹ В конкретних випадках можна висловити свої уваги чи зауваження на адресу окремих принципів, що однак не є ціллю цього тексту. Тому тільки для прикладу можна сказати, що на думку Т. Ендікотта верховенство права, котрого ціллю є запобігання свавіллю уряду і анархії, не може обійтися без неповного регулювання, див. Т. Endicott, *The Value of Vagueness*, [в:] *Philosophical Foundations of Language in the Law*, ред. А. Marmor, S. Soames, Оксфорд 2011, с. 29.

³⁰ Каталог властивостей права, наближений до списку принципів авторства Д. Раза, сформулював L.L. Fuller, *The Morality of Law*, Нью-Хейвен 1969.

³¹ J. Raz, *op. cit.*, с. 206.

³² R.M. Unger, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, Нью Йорк 1976.

Автономія правової системи означає, що право має власну сферу повноважень і в рамках цієї сфери функціонує незалежно від будь-якого зовнішнього чинника³³. Роберто М. Унгер виділив чотири окремі аспекти автономії правової системи. До них належать:

1. Матеріальна автономія (*substantive autonomy*). Правову систему не можна пояснити неправовими поняттями, так як закон є закон (*the law is the law*). Іншими словами, право посилається само на себе (*law is self-referential*), в ньому не йде мова про щось інше, не може бути зведене до метода, цілі, так як є ціллю саме по собі.

2. Інституційна автономія (*institutional autonomy*). Система спеціалізованих правових інститутів (*a system of specialized legal institutions*), таких як суди, відокремлені від інших державних інститутів (*non-legal state machinery*), а відрізняє їх основоположний принцип незалежності суддів.

3. Методологічна автономія (*methodological autonomy*). Юридична наука має власний окремий спосіб мислення і обґрунтування своїх рішень. Або, принаймні претендує на таку методологію.

4. Професійна автономія (*occupational autonomy*). Доступ до права (правових інституцій) не є прямим, хоча відбувається через юридичні професії (*legal professions*), які діють як “воротарі” і володіють істотною частиною незалежного контролю над функціонуванням правової системи.

Загальність права означає, що закон поширюється на всіх, не виділяючи будь-кого з особистих або класових причин. Перед законом всі рівні (мова йде про формальну рівність — *the formal equality of the citizens*) і всі розглядаються таким самим чином, будучи вільними від свавілля представників держави (*the arbitrary tutelage of government*). При цьому загальність права може бути забезпечена тільки шляхом автономії законопорядку: “Administration must be separated from legislation to ensure generality; adjudication must be distinguished from administration to safeguard uniformity. These two contrasts represent the core of the rule of law ideal”³⁴. Роберто М. Унгер, так як Альберт В. Дісей вважав, що ситуація коли права громадян опираються не на загальних принципах, а на конкретних рішеннях судів (буденне право) є особливістю англійського права³⁵. Міркуючи в цьому контексті, він стверджував, що в сучасному західному законодавстві можна побачити спробу інституціоналізації верховенства права, трактує верховенство права, як однорідну концепцію, не звертаючи уваги на його різноманітність, яка може проявлятися в різних юридичних системах.

Створюючи свою типологію суспільного порядку, Р.М. Унгер вбачав переваги у системі верховенства права над системою яка діє на основі свавілля влади, але в той же час він скептично ставився до реальності рівності, яка підтримує

³³ Ширше на тему автономії права див. W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Вроцлав 2001.

³⁴ R.M. Unger, op. cit., с. 54.

³⁵ Див. *ibidem*, с. 273–274.

таку систему, і ставив під сумнів її майбутнє існування. Запропоновані ним чотири форми правової автономії безсумнівно дозволяють визначити і критично оцінити практичні способи підриву верховенства права.

Роберто М. Унгер вбачав розвиток верховенства права як продукту західного капіталістичного суспільства і вказував на особливий характер форм права у цьому суспільстві, що дозволяє вважати його наступником німецького соціолога Макса Вебера³⁶. Головною метою Вебера було визначення і пояснення структури і розвитку західного капіталістичного суспільства³⁷. Переслідуючи свою мету, М. Вебер цікавився унікальними аспектами цього суспільства, яке відрізнялося від інших соціальних утворень. Однією з таких відмінностей була форма права, яку він характеризував як формальну раціональну систему³⁸, що передувало концепції автономії правової системи Р.М. Унгера. Автономній системі права Вебера кореспондувала держава, діяльність якої обмежувалася створенням чіткої структури соціального порядку, залишаючи суб'єктам свободу прийняття рішення в системі вільного ринку. В XX столітті, однак, наступив перехід від вільної ринкової економіки до планованої державою, яка відіграє активну роль в господарській діяльності, що принесло зміну, як форми, так і функції закону. Таким чином, поки держава залишалася здаля від громадського суспільства, її функції могли бути обмежені певною сферою діяльності, встановленою доктриною верховенства права. З часом, однак, коли держава більше втручається в пряме регулювання господарської і економічної діяльності, у зв'язку з необхідністю форма права повинна була змінитися. Держава, щоб розв'язувати проблеми в міру їх виникнення, не могла керуватися прийнятими раніше постійними правилами, а була змушена призначити собі дискреційні положення. Дискреційна влада держави суперечить традиційній ідеї верховенства права, котра спиралася на обмеженні свободи дій держави і в результаті з'явилася певна напруженість між верховенством права і потребами регулювання економічної та соціальної діяльності. Іншими словами, право більше не є таким як колись, автономним (закон як ціль сама в собі), однак все частіше розглядається як інструмент в процесі досягнення більш широкої мети, яку встановлює держава як представник загального інтересу (право як засіб досягнення мети). Право, яке так розглядається є *de facto* формою політичної активності.

³⁶ Так між іншим N.T. Duxbury, *Look Back in Unger: A Retrospective Appraisal of Law in Modern Society*, „The Modern Law Review” 1986, т. 49, с. 658 і наступні.

³⁷ M. Weber, *Gospodarka i społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej*, Варшава 2002.

³⁸ На тему формальної і матеріальної раціональності створення і застосування закону див. *ibidem*, с. 501–502. Матеріальна раціональність права означає, що це “норми іншої якісної ваги, ніж логічні узагальнення абстрактних інтерпретацій сенсу повинні мати вплив на врегулювання правових питань[...]”. Однак “своєрідна фахова, юридична сублімація права у сучасному сенсі можлива тільки в такій мірі, в якій вона має формальний характер”, *ibidem*, с. 501.