

Marek Zirk-Sadowski

## Rządność sądów a zarządzanie przez sądy<sup>1</sup>

Sądy w pewnym fragmencie swej aktywności są administrowane. Choć istotą sądu jest osądzanie, administrowanie sądowe ma chronić sprawne sądenie, ale jednocześnie nie wolno sprowadzać problemu administrowania do problemu rządności. Problem dobrej administracji odnosi się do wewnętrznego zorganizowania sądowej kadry urzędniczej i biurowości sądowej. Dobre rządzenie dotyczy wykonywania trzeciej władzy przez sąd rozumiany jako wspólnota czy organizacja sędziów.

Samo osądzanie i związane z nim czynności sędziego lub sędziów nie mogą być regulowane administracyjnie. Są one oddane samorządowi sędziowskiemu i jego organom.

Z punktu widzenia ustrojowego nie ma podstaw, aby zastosować unijne zasady dobrej administracji (Europejski Kodeks Dobrej Praktyki Administracyjnej) do administracji sądowej. Można je wykorzystać tylko w niektórych wymiarach administracji sądowej (np. udostępnianie informacji o pracy sądu).

W niniejszej pracy głównym zagadnieniem jest relacja rządzenia sądami do unijnej kategorii dobrego rządzenia. W artykule zadano pytanie – jakie są niezbędne cechy rządności sądów i czy można do trzeciej władzy odnieść kategorię dobrego rządzenia? Z przeprowadzonych rozważań wynika, że odpowiedź jest uzależniona od koncepcji teoretycznych i filozoficznych samego osądzania.

Słowa kluczowe: rządność sądów, administracja sądowa, dobre administrowanie, władza sądownicza, pozytywizm prawniczy, prawo responsywne, aktywizm sędziowski.

### 1. Wstęp

Problem rządności sądów (*judicial governance*) jest rzadko przedmiotem osobnej refleksji teoretycznej i filozoficzno-prawnej. O wiele więcej uwagi poświęca się właściwej działalności sądów, czyli osądzaniu. Myślenie o sądeniu w ostatnich latach minionego wieku i na początku obecnego przeszło istotną ewolucję. Główną osią dyskusji stało się zagadnienie aktywizmu sędziowskiego i przeciwstawianego mu tekstualizmu. Okazało się, iż problemu nie można sprowadzić wyłącznie do stosunku sędziego do tekstu prawnego i zjawiska dyskrecjonalności, ale że za tym sporem kryje się szersza debata na temat sposobu uczestniczenia sędziów w kulturze, a w szczególności kształtowaniu przez nich normatywności społecznej (Zirk-Sadowski 1998,

rozdz. 7 i 8). W niniejszym artykule chciałbym przedstawić związki między różnymi koncepcjami sądenia a administrowaniem i rządnością sądów. Kanwą dla tych rozważań będzie unijna dyskusja na temat dobrego rządzenia oraz dobrego administrowania.

Postaram się wykazać, że ocena sądu jako dobrze czy źle rządzonego – co obejmuje ocenę administrowania sądami i tzw. rządności w zakresie orzekania – jest uzależniona od akceptowanych koncepcji filozoficzno-prawnych<sup>2</sup>. Ponadto zamierzam udowodnić, że jako forma sądenia pojawiają się dzisiaj nowe zjawiska, które nie dają się zredukować do dawnych koncepcji

Uniwersytet Łódzki.

<sup>1</sup> Praca naukowa finansowana ze środków na naukę w latach 2008–2010 jako projekt badawczy nr NN 110 196334.

<sup>2</sup> W języku polskim istnieje trudność w przetłumaczeniu angielskiego terminu *governance*. Tylko w odniesieniu do sądów używam w niniejszym tekście polskiego słowa „rządność”, czasami ze względów stylistycznych zastępując go terminem „rządzenie”. Najszerze omówienie problemów związanych z użyciem tego terminu w języku polskim można znaleźć w pracy Jerzego Hausnera (Hausner 2008, r. XV).

stosowania prawa, a mimo to w dalszym ciągu są badane tak jak klasyczne wyrokowanie.

## 2. Dobre rządzenie

Dobre rządzenie (*good governance*) jest jedną z najszerszych kategorii używanych w Unii Europejskiej w dyskusjach na temat doskonalenia sprawowania władzy. Mówi się o nim jako o tzw. prawie podstawowym trzeciej generacji obok podstawowych wolności i praw ekonomiczno-społecznych (Izdebski 2008, s. 286).

W literaturze podkreśla się, że nie ma jednoznacznej definicji „dobrego rządzenia”. Najszerzej zostało to omówione w trakcie dyskusji poprzedzającej wydanie w lipcu 2001 r. przez Komisję Europejską tzw. Białej Księgi zatytułowanej „Good Governance”. Konsultacje na jej temat zakończyły się w 2002 r. Najogólniej Księga określa rządność (*governance*) jako kategorię ujmowaną przede wszystkim na płaszczyźnie normatywnej, czyli jako znaczenie reguł, procedur i zachowań, które mają wpływ na sposób sprawowania władzy w Unii. Owa rządność jest tzw. dobrym rządzeniem (*good governance*), gdy przejawia: zauważalną otwartość (*regarded openness*), uczestniczenie (*participation*), obliczalność (*accountability*), efektywność (*effectiveness*) i spójność (*coherence*)<sup>3</sup>.

Wymienione cechy czy, jak się niekiedy mówi – zasady, mają ścisły związek z działaniem instytucji prawnych, choć samego pojęcia dobrego rządzenia nie uznaje się za kategorię prawną, lecz kategorię w prawie jedynie się przejawiającą.

Można zaryzykować tezę, że dobre rządzenie jest standardem Unii Europejskiej. Przez standard rozumiem tutaj pewien rodzaj aspiracji organizacyjnej, który może w przyszłości stanowić uporządkowaną bazę aksjologiczną dla nowych regulacji prawnych lub nowych interpretacji dotychczas istniejących rozwiązań prawnych. Standardy są więc wyrażane w języku aspiracji i dopiero od pewnego momentu ich utrwalenia się podejmowane zostają próby wyrażenia ich w języku deontycznym. Na trzecim etapie dopiero pojawia się próba konstruowania prawa podmiotowego<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Korzystam z pracy Deirdre Curtin i Ige Dekkera (Curtin, Dekker 2005, s. 4 i n).

<sup>4</sup> Inaczej nieco problem standardu ujmuje Andrzej Igor Jackiewicz (Jackiewicz 2008, s. 136–138).

Właśnie z tego powodu dobre rządzenie nie jest kategorią prawną, choć jego przejawy już są obecne w regulacjach prawnych. Należy wątpić, czy w przyszłości nastąpi przekształcenie tego standardu w prawo podmiotowe do dobrego rządzenia. Jak podkreślają D. Curtis i I. Dekker w cytowanej wyżej pracy, dobre rządzenie jest w rozumieniu Dworkinowskim tzw. pojęciem interpretacyjnym, czyli przypominającym strukturę drzewka (*treelike*). Członkowie wspólnoty zgadzają się co do najbardziej podstawowych i abstrakcyjnych cech danej idei. Cechy te tworzą jakby pień drzewka (*the trunk of the tree*), ale nie można osiągnąć porozumienia co do rozwinięcia tego pojęcia w bardziej szczegółowe podinterpretacje (sub-interpretations) – gałęzie drzewa (Curtin, Dekker 2005, s. 7–8; Dworkin 1998, s. 70).

## 3. Dobre administrowanie

Podobną ewolucję – od standardu do kategorii prawnej – przeszło pojęcie dobrej administracji. Wydaje się, że można postawić w tym miejscu tezę, że jest ono jedną z owych „gałęzi” dobrego rządzenia, ale jej treść odnosi się głównie do sprawowania władzy wykonawczej.

Swoistym podsumowaniem dorobku wspólnotowego w zakresie stosowania prawa człowieka w procedurach administracyjnych stał się Europejski Kodeks Dobrej Praktyki Administracyjnej. Zawiera on rozwinięcie zasad unijnych procedur administracyjnych. Został uchwalony 6 września 2001 r. przez Parlament Europejski, a opracowany przez Ombudsmana Unii Europejskiej Jacoba Sodermana, byłego ombudsmna Finlandii. Jest to akt wspólnotowy, a nie Rady Europy, i stanowi swoiste podsumowanie standardów ochrony praw człowieka w działaniu administracji wspólnotowej<sup>5</sup>. Zawiera 27 artykułów, w których sformułowano zasady działania administracji zgodnego ze standardami ochrony

<sup>5</sup> Dokument ten należy odróżnić od zalecenia 7/2007 Komitetu Ministrów Rady Europy wraz z załącznikiem w postaci Kodeksu Dobrej Administracji. Łączy się w tym akcie *good governance* z – jako jej elementem – dobrą administracją. Szczegółowe omówienie tych problemów zawarte jest w wymienionych w bibliografii pracach Huberta Izdebskiego.

praw człowieka. Są to: zasada praworządności (art. 4), zasada niedyskryminowania (art. 5), zasada współmierności (art. 6), zakaz nadużywania uprawnień (art. 7), zasada bezstronności i niezależności (art. 8), zasada obiektywności (art. 9), zasada czynienia zadość zgodnego z prawem oczekiwania obywatela oraz konsekwentne działanie organów administracji (art. 10), zasada uczciwości (art. 11), zasada uprzejmości (art. 12), zasada odpowiadania na pisma w języku obywatela (art. 13), potwierdzenie odbioru i podanie nazwiska właściwego urzędnika (art. 14), zobowiązanie do przekazania sprawy do właściwej jednostki organizacyjnej instytucji (art. 15), prawo wysłuchania i złożenia oświadczeń (art. 16), zachowanie stosownego terminu podjęcia decyzji (art. 17), zasada obowiązku uzasadnienia decyzji (art. 18), zasada udzielania informacji o możliwościach odwołania (art. 19), zasada przekazania podjętej decyzji do właściwego organu (art. 20), zasada ochrony danych (art. 21), zasada odpowiadania na prośbę o udzielenie informacji (art. 22), zasad rozpatrywania wniosku o umożliwienie dostępu do publicznych dokumentów (art. 23), prawo złożenia skargi do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich (art. 26).

Zasady dobrej administracji są chyba najbardziej rozwiniętą „gałęzią” dobrego rządzenia. Można było zaobserwować pełną ewolucję tej kategorii od standardu do prawa podmiotowego<sup>6</sup>.

Trzeba jednak podkreślić, że rozwinięcie się prawa podmiotowego nie likwiduje moim zdaniem samego standardu. Jest on dalej obecny niejako w tle wyprowadzonych praw i można się do niego odwoływać w dyskusji nad różnymi nowymi „gałęziami”, które próbuje się wyhodować z pnia „pojęcia interpretacyjnego”.

#### **4. Dobre rządzenie, dobre administrowanie a osądzanie**

W odniesieniu do sądów mówi się o właściwym rządzeniu sądami (*judicial governance*), które gwarantowałyby dobre działanie tej instytucji. W krajach przechodzących transformację ustrojową przejawia się to w sporach o rolę samorządu sędziowskiego, niezależność budżetową sądów,

wynagrodzenia sędziów, rolę prezesów, pozycję ministra sprawiedliwości wobec sądów itd.

Charakterystyczna jest jednak nieobecność tego terminu w dyskusjach o samym sądownictwie. Nie stanowi to tylko polskiego problemu. Terminu tego bardzo szeroko używa się w literaturze, ale rzadko w kontekście skutków samego osądzania.

Tymczasem Komisji chodzi o zbudowanie wielkiej platformy pojęciowej, obejmującej całość sprawowania władzy w Unii, do której muszą być również włączone sądy.

Prawnicy w zasadzie nie uczestniczą w unijnej dyskusji dotyczącej jakości rządzenia – nie uważają jej bowiem za kategorię prawną. Jak zostało wyżej wykazane, jest to jedna z kluczowych kategorii Unii i w związku z udziałem sądów w sprawowaniu w niej władzy należy uznać, że doktryna prawnicza pomija jeden z istotnych elementów składających się na unijną postawę wobec prawa.

Powstaje pytanie, czy można sensownie rozważać jakość rządzenia sądami tylko w kontekście dobrego administrowania. W znacznym stopniu odróżnienie dobrego administrowania i dobrego rządzenia to w wielu przypadkach kwestia konwencji terminologicznej, co daje się zaobserwować również w dyskusjach unijnych (Adding 2005, s. 28). Jednak w odniesieniu do sądownictwa są to dwa odrębne zagadnienia.

Oczywiście sądy w pewnym fragmencie swej aktywności są administrowane. Choć istotą sądu jest osądzanie, administrowanie sądowe ma chronić sprawne sądownictwo, ale jednocześnie nie wolno sprowadzać problemu administrowania do problemu rządności. Problem dobrej administracji odnosi się do wewnętrznego zorganizowania sądowej kadry urzędniczej i biurowości sądowej. Dobre rządzenie dotyczy wykonywania trzeciej władzy przez sąd rozumiany jako wspólnota czy organizacja sędziów.

Wolno zatem mówić o różnych potencjalnych zakresach terminu administrowanie sądami. Nieprzekraczalną granicą jest samo osądzanie i związane z nim czynności sędziego lub sędziów, które nie mogą być regulowane administracyjnie. Są one oddane samorządowi sędziowskiemu i jego organom.

Należy zauważyć, że często sam problem rządzenia sądem może być rozważany jednocześnie

<sup>6</sup> Pełny opis tej ewolucji w cytowanej w przypisie 2 pracy Andrzeja Igora Jackiewicza (Jackiewicz 2008).

w aspekcie administrowania sądem i w aspekcie rządności sądu, np. problem szybkości orzekania. W wymiarze administrowania sądem rozważamy wówczas czynniki sprawności sekretariatów sądowych, wpływu spraw itd. W wymiarze rządności rozważamy samą czynność sądenia, np. sprawność posługiwania się przez sędziów procedurami sądowymi w celu osiągnięcia właściwego tempa rozstrzygnięcia spraw.

Jeśli zgodzimy się co do potrzeby oddzielenia problemu administrowania sądami od zagadnienia rządności sądownictwa, pojawia się pytanie, jak obie te kategorie prezentują się odpowiednio na tle unijnego wymogu dobrej administracji (*good administration*) i dobrej rządności (*good governance*).

Odnoszenie do sądów kryteriów tzw. kodeksu dobrej administracji nie jest spotykane w literaturze. O dobrej administracji mówi się najczęściej w kontekście egzekutywy. Czy specyficzna administracja sądowa może być oceniana z punktu widzenia Europejskiego Kodeksu Dobrej Praktyki Administracyjnej? Znow trzeba podkreślić, że chodziłoby tylko o czynności administracyjne urzędników sądowych w literaturze anglosaskiej zwane czasami *administration of justice*.

Z pewnością negatywnie należy odpowiedzieć na to pytanie, jeśli uznać rozważany problem za ustrojowy. Administracja sądowa jest z tego punktu widzenia tylko rodzajem biurowości trzeciej władzy. Nie wydaje również decyzji administracyjnych, które byłyby zaskarżalne do sądów administracyjnych. Jednak w jej działaniu można wskazać na dwa aspekty. Pierwszy to biurowość obsługująca samo sądenie, np. czuwanie nad terminowym dostarczaniem sędziom akt spraw wylosowanych do osądenia, ułatwianie pracy sędziów, czuwanie nad obiegiem informacji wewnątrz sądu, organizowanie posiedzeń i ich obsługa. W tym zakresie w wielu systemach urzędnicy sądowi podlegają specjalnemu dyrektorowi (kierownikowi) administracyjnemu danego sądu, który z kolei ponosi odpowiedzialność przed prezesem sądu.

W tym aspekcie pracy sądu mieści się też jego administracja gospodarcza, planowanie i czuwanie nad inwestycjami sądowymi, planowanie i realizacja budżetu sądów. Tylko w zakresie działań budżetu i pochodnych od niego za-

dań gospodarczych administracja sądowa podlega kontroli jak administracja publiczna. Jest to też główny punkt sporu o charakterze ustrojowym pomiędzy trzecią władzą i egzekutywą. Chodzi o problem samodzielności budżetowej sądów. W krajach przechodzących transformację ustrojową rola ministra finansów i ministra sprawiedliwości w tym zakresie z reguły wzbudza kontrowersje. Dominuje przekonanie, że budżet sądownictwa powinien być ustalany przez parlament, a odpowiednie organy trzeciej władzy (np. samorząd sędziowski lub prezesa sądów) dokonywałyby podziału kwoty przyznanej przez parlament pomiędzy poszczególne sądy. Dopiero wykonanie budżetu podlegałoby normalnej kontroli, której poddawana jest administracja publiczna. W przypadku sądów administracyjnych podkreśla się szczególną wagę samodzielności budżetowej, skoro te sądy kontrolują swym orzecznictwem samą administrację publiczną. W tym aspekcie związek ustrojowy administracji sądowej i egzekutywy jest wyraźnie widoczny i z reguły ustalany na poziomie norm konstytucyjnych. Bardzo często uznaje się, że stanowi część przyjętej w danym państwie koncepcji trzeciej władzy.

Drugi aspekt działania administracji sądowej to obsługa relacji sądu z obywatelami. Przyjmowanie i ekspediowanie pism sądowych, organizowanie stron internetowych sądów, odpowiadanie na pisma niezwiązane z sądeniem, np. o przesłanie kopii niektórych dokumentów sądowych, często powierza się samej administracji. Jeżeli odbywa się to pod nadzorem prezesa sądu/izby lub przewodniczącego wydziału, to czasami trudno oddzielić w tych czynnościach aspekt administrowania sądem i rządności związanej z sądeniem (np. odpowiadanie na pisma zwracające uwagę na jakieś aspekty działania sądu – nieterminowość działań biurowych, zachowania urzędników sądowych w stosunku do obywateli). Jednak w tym aspekcie administrowania sądami związków ustrojowych pomiędzy administracją sądową i publiczną nie ma: nie byłoby zatem powodu do stosowania zasad Europejskiego Kodeksu Dobrej Praktyki Administracyjnej.

Jedyny, choć istotny wyjątek, to udostępnianie przez sądy informacji o sądzie i sądeniu zarówno obywatelom, jak i mediom. Odpowiedzialność

sądu – jako organu państwa – za udostępnianie informacji jest zbliżona do odpowiedzialności innych organów administracji publicznej.

Podsumowując, można stwierdzić, że patrząc z punktu widzenia ustrojowego na kwestię zastosowania unijnych zasad dobrej administracji do administracji sądowej, trudno wskazać podstawy do takiej uogólnionej oceny. Wolno ją stosować tylko w niektórych wymiarach administracji sądowej. Jak wspomniałem, w administracji sądowej należy odróżnić administrację wewnętrzną sądów (obejmującą biurowość sądową i gospodarkę sądów) oraz administrowanie zewnętrznymi relacjami sądów z obywatelami. W wymiarze wewnętrznej administracji sądowej tylko niektóre aspekty administrowania gospodarką sądów podlegałyby kryteriom dobrej administracji. Natomiast w wymiarze administracji zewnętrznej tym kryteriom podlegałaby informacja sądowa, czyli udostępnianie informacji obywatelom i mediom.

Mimo tych zastrzeżeń, należy powiedzieć, że z punktu widzenia ustrojowego administracja sądowa jest swoistą administracją trzeciej władzy i co do zasady nie podlega kryteriom tzw. dobrej administracji.

Jak natomiast ten problem przedstawia się z punktu widzenia funkcjonalnego? Europejski Kodeks Dobrej Praktyki Administracyjnej jest przecież zbiorem zasad dobrego funkcjonowania administracji i jego ewentualne odniesienie do sądownictwa nie zagrażałoby podziałowi władz. Innymi słowy, chodzi o pytanie, czy można krytykować funkcjonowanie administracji sądowej na podstawie wymogów tego Kodeksu? Odpowiedź na pytanie postawione w ten sposób nie jest już tak jednoznaczna. W zasadzie wszystkie wskazane w Kodeksie wymagania stawiane administracji można odnieść do administracji sądowej. Trudno sobie wyobrazić działania administracji sądowej, która nie spełniałaby wymogu praworządności, zasady przekazania podjętej decyzji do właściwego organu (art. 20), zasady ochrony danych (art. 21), zasady odpowiadania na prośbę o udzielenie informacji (art. 22), zasady rozpatrywania wniosku o umożliwienie dostępu do publicznych dokumentów (art. 23) itp. Niektóre zasady zawarte w Kodeksie nie mają zastosowania do administracji sądowej tylko ze względu na specyfikę przedmiotu jej działania, jak np. zasa-

da współmierności (art. 6) czy zakaz nadużywania uprawnień (art. 7), co wiąże się z faktem pośredniego tylko zarządzania życiem społecznym przez administrację sądową. Omówienie zagadnienia funkcjonalnych związków zasad dobrego administrowania i oceny administrowania sądami wymagałoby przygotowania osobnego studium.

Z punktu widzenia interesującego nas w tej pracy zagadnienia ważny jest natomiast drugi wskazany problem, czyli relacja rządzenia sądami (*judicial governance*) do unijnej kategorii dobrego rządzenia (*good governance*), o której mówi wspomniana wyżej Biała Księga. Kategoria dobrego rządzenia dotyczy sprawowania władzy przez organy unijne. Zadaliliśmy pytanie – czy można ją łączyć z trzecią władzą?

O ile w stosunku do sądów problem dobrej administracji odnosi się do wewnętrznego zorganizowania sądowej kadry urzędniczej i biurowości sądowej, o tyle dobre rządzenie – do wykonywania trzeciej władzy przez sąd rozumiany jako wspólnota lub zorganizowanie sędziów w związku z sądzeniem w sprawach. Sferą, w której ujawnia się sprawowanie władzy przez sądy, jest więc samo sądzenie.

Czy można zastosować standard dobrego rządzenia do organizowania tej czynności?

Już na pierwszy rzut oka widać filozoficzne uwikłanie odpowiedzi na to pytanie. W przeciwieństwie do kwestii administrowania sądami, pogląd na właściwe rządzenie sądami, czyli organizowanie wspólnot sędziów dla wykonywania przez nich czynności sądzenia, jest uzależnione od poglądów filozoficzno-prawnych na istotę tego typu sprawowania władzy. Pogląd na istotę tej czynności i co za tym idzie – na sposób sprawowania władzy przez sędziów uległ w ostatnim stuleciu znacznej ewolucji. Wybór filozofii sądzenia decyduje o przyjmowanej koncepcji rządzenia sądami.

## 5. Rządność sądów a pozytywistyczna koncepcja osądzania

Spór o relację między rządnością sądów i osądzaniem przejawia się głównie w różnych sposobach oceny odpowiedzialności prawnika za treść stosowanego prawa. W globalnym odczuciu jakość współcześnie tworzonego prawa nie jest

dobra, ale w opinii społecznej przeważa oczekiwanie większej aktywności sądów w naprawianiu złego prawa w procesie jego stosowania. Tradycyjny model wychowania prawnika oparty na radykalnym pozytywizmie prawniczym nie pozwala, by ten postulat zrealizować, a nawet uznać za uzasadniony. Z tego powodu bardzo często stawia się prawnikom, głównie sędziom, zarzut naruszania zasad etyki zawodowej, dostzegając w ich braku reakcji na mankamenty prawa uchylanie się od właściwego spełniania powierzonego im zadania sprawowania wymiaru sprawiedliwości.

Postulat zmiany postaw prawników wobec prawa w procesie jego stosowania i żądania wyraźnego przyjęcia przez nich odpowiedzialności za jego treść zderza się z radykalnym pozytywizmem, nakazującym prawnikom zajmowanie wobec prawa głównie postawy poznawczej. To przejaw nowej, aktywnej wizji stosowania prawa, która zaczyna torować sobie drogę w kulturze prawnej.

Ponieważ interesuje nas problem poglądów na istotę sądenia, ograniczę rozważania tylko do omówienia wpływu poglądu na to, czym jest prawo i jak jest poznawalne, na sposób postrzegania roli prawnika w kulturze.

W europejskim modelu kształcenia dominuje wizja prawa i pochodząca od niej koncepcja roli prawnika, którą w teorii i filozofii prawa nazywa się pozytywizmem prawniczym.

Pozytywizm prawniczy ma wiele odmian, ale łączy je przekonanie o społecznych źródłach obowiązywania prawa, a w związku z tym o możliwości odseparowania prawa i moralności oraz o istnieniu specyficznej metody prawniczej nazywanej czasami metodą formalno-dogmatyczną.

Choć pozytywizmowi prawniczemu zarzuca się, w szczególności z punktu widzenia filozofii prawa natury, że doprowadza do podporządkowania prawa zjawiskom politycznym przez zawarty w nim zakaz wartościowania prawa, to jednak metodologia pracy prawnika, którą wypracował pozytywizm, nie jest w zasadzie podważana (Morawski 2004, s. 10 i n.).

Pozytywizm jako metoda oferuje bowiem przekonanie o autonomii prawa, jego niezależności wobec zjawisk politycznych i ekonomicznych. Wykazuje on, że aparatura pojęcio-

wa prawa i prawoznawstwa, którą posługuje się prawnik, jest uniwersalna. Kształcenie tą metodą ochroniło w znacznym stopniu kulturę prawną przed przekonaniem, że prawo to pochodna ideologii lub zjawisk ekonomiczno-politycznych. Pozytywizm, przynajmniej w sensie metodologicznym, wykształcił wzór prawnika z łatwością zastosowany również w koncepcji państwa prawnego.

Mimo tych zasług pozytywizm, który zdominował europejską kulturę prawną, zaszczerpił w niej jednocześnie uproszczoną wizję prawa. Tę wersję pozytywizmu można nazwać pierwotnym pozytywizmem prawniczym.

Ujmuje on prawo jako rozkaz suwerena podawany przez prawnika dzięki metodzie prawniczej tylko formalnej analizie i porządkowany pojęciowo. Tą drogą prawo jako treść aktów woli suwerena staje się przedmiotem poznania prawniczego.

W pierwotnym pozytywizmie rola prawnika polega wyłącznie na relacji poznawczej. Prawnika określa się tutaj jako delegata suwerena (Cotterell 1989, s. 75 i n.). Każde legitymowane używanie tej delegacji musi opierać się na założeniu, że jest tylko realizowaniem rozkazu suwerena. Metoda formalno-dogmatyczna sprzężona z kodeksem wyłącza wpływ prawnika na wzorce kulturowe związane z prawem.

W pierwotnym pozytywizmie uczestniczenie w kulturze przez prawnika polega przede wszystkim na poznawaniu prawa za pomocą metody, której dostarcza mu nauka prawa. Pierwotny pozytywizm przedstawia zatem poznanie prawa jako proces oparty na metodach naukowych.

Istotą tak scjentystycznie ujmowanej koncepcji poznania prawa jest radykalne oddzielenie podmiotu i przedmiotu poznania. Prawnikiem nie konstytuuje prawa jako dobra kulturowego, zajmując wobec niego postawę bierną, wyłącznie poznawczą, taką samą, jaką zajmuje się wobec przedmiotów naturalnych. Pozytywizm sugeruje zatem możliwość w zasadzie obiektywnego poznania prawa. Fakt konstytuowania prawa przez ustalanie jego znaczenia w procesie stosowania prawa jest wręcz ukrywany przez pierwotny pozytywizm prawniczy.

Pierwotny pozytywizm wyznacza bardzo ograniczoną koncepcję udziału prawników w kulturze przez ich działania zawodowe, ale otwiera

pole polemiki, niezależne od argumentu prawnonaturalnego. Polemika ta dotyczy roli prawników, a nie miejsca prawa w kulturze.

Pierwotny pozytywizm doprowadza do instrumentalizacji czynności sądenia. Prawnik zostaje podporządkowany suwerenowi – prawodawcy, zaś jego pracę opiera się na przekonaniu o istnieniu prawa jako obiektu poznawanego niezależnie od samego prawnika.

W takim ujęciu sądenia nie ma miejsca na związki rządności sądów (*judicial governance*) i dobrego rządzenia jako wymogu stawianego wszelkiemu sprawowaniu władzy. W gruncie rzeczy rządność sądów jest określona przez przymioty trzeciej władzy. Polega na zapewnieniu sędziom niezawisłości, a sądom niezależności jako trzeciej władzy, aby umożliwić im poszukiwanie i systematyzację wzorców zachowań zawartych w tekście wydanym przez suwerena.

Dopiero pozytywizm Harta przedstawia poznanie prawa nie tylko jako zewnętrzne poznanie regularności zachowań związanych z prawem, lecz także uchwycenia tzw. wewnętrznego aspektu reguły, czyli zajęcie wobec niej „krytyczno-refleksyjnej postawy” (Hart 1961, s. 52). Hart wykazuje, że przez wewnętrzne podejście do prawa odsłania się jego normatywność. Normatywność nie sprowadza się tylko do wzorca zachowania zawartego w normie, do treści suwerennego aktu woli, lecz ukazuje się w poznaniu jako pewne znaczenie. Korzystając z analitycznej filozofii języka, Hart przyjmuje, że do istoty znaczenia należy to, iż nie daje się ono uchwycić bezpośrednio jak przedmiot naturalny. Na tej tezie opiera się wyrafinowany pozytywizm. Hart uchyla bowiem naiwność teoriopoznawczą pierwotnego pozytywizmu i jednocześnie pozwala odróżnić normatywność od zwykłych nawykowych reguł społecznych.

Ze względu na pojmowanie roli języka w osądzaniu można zaproponować ostatecznie odróżnienie pozytywizmu pierwotnego i wyrafinowanego. Pierwotny pozytywizm pomija zjawisko zapośredniczenia osądzania przez język. Pozytywizm wyrafinowany wprowadza tzw. wewnętrzny punkt widzenia (*internal point of view*), wprowadzając tym samym do pozytywizmu problematykę hermeneutyczną, czyli zrozumienie prawa.

Zrozumienie reguły zostaje oddzielone od jej poznania tylko jako bodźca. Jak zostało wyżej zauważone, reguła nie jest prawem, dopóki jej adresat nie zajmuje wobec niej postawy, nazwanej przez Harta krytyczno-refleksyjną, co oznacza w przybliżeniu, że adresat ją akceptuje lub wysuwa argumenty, którymi stara się uzasadnić jej określone znaczenie. Owego znaczenia nigdy nie podaje się wprost, lecz zostaje odsłonięte w procesie argumentacji.

Zmienia się istota sądenia, bo Hart wykazał, że uczestniczenie w kulturze jest dla prawnika zawsze refleksyjnym udziałem w pewnej wspólnocie językowej. Również i w tej wersji pozytywizmu rola prawnika ogranicza się wyłącznie do poznawania prawa, lecz przedstawianego jako proces kontrolowany przez wspólnotę językową sędziów. O treści prawa obowiązującego decyduje istnienie pewnej społecznej konwencji argumentacyjnej uznawania określonych norm za normy prawa obowiązującego (*rule of recognition*).

Istota sądenia nie ulega zasadniczej przemianie, bo jest nią nadal poznawanie prawa, ale zmienia się koncepcja struktury epistemologii prawa i to owa struktura ma wpływ na sposób rządzenia sądami. Sądy nie mogą być tak zorganizowane, aby zapewniać wyłącznie prawidłową relację między sędzią i suwerenem. Ponieważ poznanie prawa jest zawsze zapośredniczone przez język, sąd musi być tak rządzony, aby powstała w nim wspólnota komunikacyjna sędziów, bo tylko proces społeczny komunikowania umożliwia poznanie tekstu.

Pozytywizm nawet w wersji wyrafinowanej utrzymuje jednak ograniczoną rolę społeczną takich wspólnot, chroni sędziów przed wymogiem aktywizmu. Najlepiej przejawia się to w analizie dyskrecjonalności decyzji sędziowskich. Dostrzegając problem tzw. otwartej tekstowości generującej pewien zakres swobody decyzyjnej, Hart zaprzecza istnieniu standardu „poprawnej” decyzji sądowej (Hart 1961, s. 135). Jednocześnie jednak bardzo wąskie ujęcie roli prawnika w kulturze, sprowadzone do poznawania prawa w pewnej wspólnocie językowej, powoduje, że w tzw. trudnych przypadkach sędziemu pozostaje odnalezienie rozwiązania poza prawem i działa zatem tylko jako delegat suwerena (Hart 1961, s. 141). Jako konkretnej osobie

nie wolno mu zatem ujawnić swoich przekonań.

Ponieważ sędzia nie ma możliwości aktywnego wpływania na treść reguł, tworzy się antynomia charakterystyczna dla pozytywistycznej wizji kultury prawnej. Wzbogacenie epistemologii prawa o problemy językowe uświadamia z jednej strony dyskrecjonalność decyzji sędziowskich, a przyjęta koncepcja kultury prawnej nie pozwala z drugiej strony zaakceptować możliwości wprowadzania przez prawników rozwiązań będących rezultatem ich aktywności. W tej sytuacji jedynie odwołaniem się do autorytetu sądu – wynikającym z delegacji suwerena – Hart próbuje ratować tak zarysowaną koncepcję racjonalnej kultury prawnej. Zabieg wprowadzenia kategorii lingwistycznych, a przede wszystkim pojęcia otwartej tekstowości ujawnia niespójność wyrafinowanego pozytywizmu.

Zarówno w pierwotnym, jak i w wyrafinowanym pozytywizmie utrzymuje się przekonanie o konwencjonalnym charakterze aktów poznawczych sędziego. Prawnik w procesie poznawania prawa jest zamknięty w specyficznych wzorcach narzucanych mu przez kulturę prawną. Sądzenie w pierwotnym przypadku opiera się na konwencji politycznej, a w drugim na konwencji przyjętej przez wspólnotę językową sędziów.

Przedstawiona przez wyrafinowany pozytywizm prawniczy koncepcja kultury prawnej utrzymuje zatem ograniczony sposób uczestniczenia przez prawników w kulturze, a przez to i samego sądenia jako podstawowej roli sędziego.

W ujęciu pozytywistycznym uczestnictwo w kulturze poprzez prawo dokonuje się przede wszystkim w poznawaniu prawa. Prawo przedstawiane jako obiekt poznania odseparowany od poznającego go podmiotu musi być w dostatecznym stopniu „zobiektywizowane”, albo przez konwencję polityczną odwołującą się do przymusu (J. Austin), albo językowo-argumentacyjną (Hart). Z tego powodu w pozytywizmie podstawowy problem stanowi usuwanie z aktu poznania prawa elementów subiektywnych. Zachowanie granicy między subiektywnością i obiektywnością w poznaniu prawa jest jednym z fundamentów epistemologii pozytywistycznej (Zirk-Sadowski 2004, s. 21–35).

Choć pozytywizm zostaje wzbogacony o tzw. wewnętrzny punkt widzenia oraz lingwistyczną koncepcję języka, Hart zasadniczo nie zmienia koncepcji sądenia. W dalszym ciągu polega ona na poznawaniu prawa, odczytywaniu jego postanowień bez możliwości zasadniczego wpływania na zastane wzorce kulturowe. Wyrafinowany pozytywizm autonomizuje jednak proces sądenia. Odrzuca tezę, że sądenie jest procesem redukwalnym do innych wzorców kulturowych, takich jak polityczne czy gospodarcze.

Sądzenie jako autonomiczna czynność kulturową charakteryzuje niezależność prawa od polityki, legitymizowanie władzy państwowej przez prawo, kontrola przymusu i jego ograniczenie, akceptacja pluralizmu moralności tworzących tło aksjologiczne prawa, istnienie testu legalności aktów tworzenia i stosowania prawa oraz uzasadnienie decyzji prawnych na podstawie formalnej zgodności z prawem (Nonet, Selznick 1978).

W pozytywizmie wyrafinowanym istotą sądenia staje się budowanie sensu normatywnego przez sędziów. Pozytywizm pierwotny nie odnajduje komunikacyjnego charakteru prawa, zakładając, że treść prawa poznaje się dzięki poprawności językowej tekstu, która zapewnia w istotnym stopniu jego odczytanie w sposób zgodny z intencją prawodawcy. Przeciwnieństwem tego ujęcia jest koncepcja treści prawa jako wyniku argumentacji prowadzonej w ramach określonego kulturowo dyskursu.

Pierwotny pozytywizm prawniczy oparł konstrukcję prawa na redukcji prawa pozytywnego do milczącego rozkazu. Norma prawna w tym ujęciu jest fenomenem uzyskiwanym przez zewnętrzną obserwację aktywności społeczeństwa i jego reakcji na działania suwerena.

Choć wyrafinowany pozytywizm (Hart) oddziela obowiązywanie normy od reakcji na nią, to pozostaje jednak w dalszym ciągu społeczną teorią prawa (socjologią opisową). Również na tym etapie dla pozytywizmu najważniejsze są źródła norm prawnych. Zmienia się jednak zakres wymiaru społecznego prawa. Normatywność nie sprowadza się tylko do wzorca zachowania zawartego w normie, do treści suwerennego aktu woli, lecz ukazuje się w poznaniu jako pewne znaczenie. Do istoty znaczenia należy to, że nie można go uchwycić bezpośrednio, jak przedmiot



naturalny. Aktu woli suwerena nie poznaje się w relacji społecznej bezpośredniego podporządkowania się suwerenowi, ale jest on znaczeniem tworzoną przez pewnego typu społeczności. Jednak również w wyrafinowanym pozytywizmie relacja poznawcza podmiot–przedmiot pozostaje niepodważona. Prawo jest poznawane jako oddzielny od podmiotu przedmiot, gdyż do poznania prawa przez język wystarczy spełnienie przez podmiot pewnych konwencjonalnych kryteriów społecznych uznawania danej reguły za prawo.

Zakłada się i tutaj model dogmatyk oraz teorii prawa, który zakłada przeciwstawienie przedmiotu badanego i badającego podmiotu, dając złudzenie istnienia „punktu pierwotnego”, właściwego tekstu w argumentacji prawniczej (Zirk-Sadowski 2001, s. 83–97; 2004). Ukrywa się fakt, że prawo nie może być ujmowane wyłącznie jako przedmiot wytwarzany w rezultacie świadomego celowego tworzenia prawa, ale również jako specyficzny rezultat aktów komunikacji. Stwarza się złudzenie istnienia jakiegoś abstrakcyjnego podmiotu, np. obiektywnego obserwatora, który ma monopol na posiadanie wiedzy o rzeczywistości prawnej, ponieważ ta rzeczywistość jest konstytuowana w toku społecznych interakcji.

W wyrafinowanym pozytywizmie osądzanie ulega przemianie, bo opiera się już na dwóch relacjach: sędzia a suweren oraz sędzia a język jako zapośredniczenie aktów woli suwerena. Jak zostało zaznaczone wyżej, rządność sądów te dwie relacje musi umożliwiać. W dalszym ciągu rządność sądów odwołuje się do względnego izolacjonizmu. Sędziowskie wspólnoty komunikacyjne tylko przez uczestniczenie w aktach mowy wpływają na społeczeństwo i jego cele. Nie ma jednak miejsca na aktywne osądzanie, w którym sędziowie stają się pełnoprawnymi uczestnikami komunikacji kulturowej.

## 6. Rządność sądów a integrowanie społeczne

Tak szeroką koncepcję osądzania dostrzega dopiero integracyjna koncepcja sądenia, czyniąc z osądzania jeden z centralnych mechanizmów integrowania normatywności kultury. Zdaniem R. Dworkina cały wysiłek jurysprudencej powinien być nakierowany na osądzanie,

bo to jest problem przenikający prawo i jego instytucje. Dla prawnika istotne znaczenie ma tylko taka refleksja ogólna nad prawem, która pozwala sędziemu dokonać lepszego osądu na podstawie prawa. Ważna dla prawników ogólna refleksja nad prawem musi uczynić swym punktem centralnym osądzanie jako szeroko rozumiany proces argumentowania, umożliwiający nadanie prawu najlepszego sensu jako swoistej praktyce społecznej. Ogólnej refleksji nad prawem nie należy ograniczać tylko do opisu prawa i definiowania jego pojęcia, czy też nadawania znaczeń prawu przez izolowaną od praktyk społecznych wspólnotę komunikacyjną sędziów.

Wprowadzając kategorię zasad prawnych do osądzania, R. Dworkin uznaje je za czynnik integrujący kulturę. Osądzanie staje się przede wszystkim integrującą interpretacją. Jednocześnie jednak okazuje się, że interpretacja, choć w pewnych granicach, musi mieć charakter twórczy. Jak wiadomo, zasady nie są po prostu stosowane, tylko „ważone”. Zadaniem praktyki i nauki prawa jest właśnie osiągnięcie integracji całej normatywnej struktury społecznej, której część zaledwie stanowią reguły prawne.

Interpretacyjna jurysprudenceja uważa, że zadanie sędziów i nauki prawa polega na poszukiwaniu jak najlepszego rozumienia prawa w kontekście norm i wartości kultury (Dworkin 1986, s. 410–411). Trafna jest zdaniem Dworkina metafora porównująca konstytuowanie prawa do wspólnego budowania powieści przez pokolenia autorów, którzy dołączają do tekstu kolejne rozdziały.

W ten sposób władza sądownicza staje się realna, bo sędziowie przez osądzanie mają władzę nad integracją znaczeń normatywnych w kulturze.

Dzięki dyskursywności prawa nawet w sytuacji niejasności reguł prawnych dzięki kontekstowi normatywnemu życia społecznego uprawnienia stron są zawarte w prawie, choć nie w sposób bezpośredni. Sędzia nie buduje sensu normatywnego, określając, opisując obiekt, który istnieje obiektywnie jako prawo. Prawo nie jest dla niego gotowe, zakończone w momencie, gdy wypowie je prawodawca. W teorii integracyjnej sędzia formułuje argumenty wspierające twierdzenia na temat praw i obowiązków podmiotów prawa. Nie musi zatem opowiedzieć się za większością, bo

jest pełnoprawnym uczestnikiem argumentacji, który ma prawo wydać sąd. Jako uczestnik praktyki orzeczniczej nie formułuje deskryptywnych wypowiedzi o prawie, formułuje je jako uczestnik kultury normatywnie zaangażowany w wypowiedzi o prawach i obowiązkach. Argumentując, ustala prawa podmiotowe stron, biorąc pod uwagę moralne tradycje społeczeństwa. Jest zaangażowany aksjologicznie. Nie musi więc opowiadać się za poglądem popularnym, za poglądem większości. Na gruncie teorii integracyjnej orzecznictwa sędziego może odrzucić pogląd większości w sytuacji niejasnego prawa.

Poznanie prawa nie rozpoczyna się, wbrew tradycji pozytywizmu prawniczego, od jakiegoś pierwotnego momentu wyjściowego umożliwiającego poznanie za pomocą testu pochodzenia prawa. Zdaniem R. Dworkina, takiego neutralnego, pierwszego momentu uchwycenia prawa jako przedmiotu poznania nie ma i dlatego należy odrzucić tzw. semantyczne podejście do prawa.

Osądzanie w sytuacji uznaniowości nie opiera się na reprezentowaniu suwerena, bo istotą prawa nie jest semantyka stworzona przez suwerena.

Prawidłowe poznanie prawa osiąga się dzięki zintegrowaniu decyzji sądowej, przez którą Dworkin rozumie decyzję zgodną z całą tradycją prawną, przy czym jednocześnie decyzja ta opiera się na najbardziej zasadnej interpretacji owej tradycji (Dworkin 1986, s. 176–275). Nie jest tylko rozpoznawaniem przeszłości, ale też nie jest tylko rozważaniem celów, do której dąży dana społeczność. Integralność prawna żąda od sędziego, aby tak dalece, jak to tylko możliwe, zakładał w swym wyrokowaniu, że strukturę prawa konstituuje spójny zbiór zasad odnoszących się do sprawiedliwości, słuszności i rzetelnego procesu (Dworkin 1986, s. 243). Integralności prawnej nie osiąga się przez spójność wspólnoty komunikacyjnej sędziów.

Nowością jest koncepcja osądzania jako mechanizmu umożliwiającego negocjacje pomiędzy różnymi sferami normatywności społecznej. Istotą osądzania staje się relacja sędziego do kultury, która dzięki osądowi ma osiągnąć zintegrowanie.

Rządność sądów musi zatem „otworzyć” proces sądenia, udostępnić sędziemu całą normatywność danej społeczności. Sąd przestaje być

zamkniętym, tajemniczym zamkiem sędziów, staje się „stolicą prawa” (Dworkin 1986, s. 407).

Dopiero w takiej koncepcji pojawia się miejsce na otwartą rządność sądów, której przeciwieństwem jest pozytywistyczny izolacjonizm sędziów. Umożliwia się uczynienie z „konstruktywnej interpretacji” głównego narzędzia osądzania. Opiera się ona na najbardziej akceptowalnym politycznym uprawomocnieniu określonej tradycji, zawartym w dostępnym materiale prawnym z przeszłości.

Rządność sądu nie polega na umożliwieniu sędziom ich wewnątrzgrupowej konwersacji, ale ma doprowadzić do osądzania konstruktywnego, przez które Dworkin rozumie osąd narzucający cele integrujące praktyki społeczne (Dworkin 1986, s. 52).

Opisując typy wspólnot, Dworkin analizuje m.in. typ wspólnoty regulaminowej i wspólnoty zasad (Dworkin 1986, s. 209–215). Członkowie wspólnoty regulaminowej określają reguły działania wyczerpujące treść ich wzajemnych zobowiązań. Chcą tylko bez podstępu i uczciwie uzgodnić koncepcję sprawiedliwości i uczciwości oraz wyrazić ją w regułach sformułowanych w drodze negocjacji i kompromisu. Owe reguły mają konwencjonalny charakter, bo wynikają tylko z wzajemnych uzgodnień. W takiej grupie dominuje legalizm, a reguły są przestrzegane, aż do czasu ich zmiany.

Wspólnota zasad też opiera się na porozumieniu. Jednak podstawy porozumienia nie stanowią tylko konwencja wynegocjowanych reguł, lecz przekonanie o akceptacji wspólnych wartości, zasad integrujących wspólnotę. W takiej wspólnotie istnieje zatem miejsce na stałą debatę, nie nad znaczeniem „regulaminu”, ale nad rozumieniem zasad, które wspólnota powinna akceptować. Jest to wspólnota stałej debaty na temat sprawiedliwości, słuszności i rzetelności procesowej, bo te wartości nie są traktowane jako coś zastanego, lecz jako przekonania integrujące wspólnotę. Stałe ich rozważanie w zmieniających się okolicznościach to dyskusja utrzymująca stałe zaangażowanie w historię i dalsze losy wspólnoty.

Można postawić tezę, że rządność sądownictwa integrującego zdąża do stworzenia sędziowskiej wspólnoty zasad. Nie tylko ochrona niezawisłości, badanie konwencji języka, który wyra-

za prawo, ale przede wszystkim stworzenie mechanizmu debatowania sędziów nad prawem jako czynnikiem integrującym normatywności społeczne staje się głównym celem rządności sądowej.

## 7. Rządność sądów a dobre rządzenie

Jak wynika z naszych dotychczasowych rozważań, rządności sądów względnie izolowanych społecznie przeciwstawić można rządność otwarcia społecznego sądów. Okazuje się wówczas, że kategoria dobrego rządzenia, która została opisana na początku tych rozważań (pkt 2), daje się częściowo odnieść do rządności sądów.

Dwie wymienione cechy dobrego rządzenia, czyli sprawowania władzy, wydają się tutaj najistotniejsze: otwartość (*openness*) i spójność (*coherence*). Trzeba podkreślić, że jednoznaczne definiowanie tych kategorii w odniesieniu do instytucji UE nie jest łatwe i z pewnością proces ten nie został zakończony. Mówiąc o władzy sądowniczej, możemy zatem jedynie bardzo ogólnikowo nawiązywać do treści Białej Księgi.

Otwartość jako element dobrego rządzenia nie redukuje się w dyskusjach unijnych tylko do umożliwienia dostępu do dokumentów. W istocie rzeczy otwartość to dobre komunikowanie się unijnych ośrodków władzy między sobą i ze społecznością europejską. Trzeba podejmować wysiłki informowania i zdobywania wiedzy na poziomie zarówno lokalnym, jak i narodowym, a jeśli to możliwe, budować sieci komunikowania się, korzystać z wiedzy obywatelskich stowarzyszeń, a także miejscowych i narodowych autorytetów (Curtin, Dekker 2005, s. 14). Tak rozumiana otwartość mieściłaby się w Dworkinowskiej koncepcji rządności sądów. Skoro prawo zawiera obok reguł również zasady, które są ważne przez sędziów w trakcie sądenia, to nie sposób sobie wyobrazić, jak mieliby oni uzyskać tę umiejętność tylko w ramach izolowanych komunikacyjnych wspólnot prawniczych. Wycucie zasad i ich wagi nie ma pochodzenia indukcyjnego. Z natury rzeczy jest ono nabywane w toku interakcji społecznych i towarzyszącej im komunikacji. Otwartość sądownictwa oznacza zatem w tym modelu takie zorganizowanie sędziów i orzekania, aby było możliwe

wykorzystanie komunikacji społecznej do określania i ważenia zasad. Obecnie podstawowym sposobem komunikowania się sędziów ze społeczeństwem są uzasadnienia w formie pisemnej. W nowym modelu rządności sądów o wiele większą rolę muszą odgrywać ustne uzasadnienia, które wyjaśniają obywatelom argumentację sędziowską<sup>7</sup>. Ważny czynnik stanowi również udział sędziów w debatach obywatelskich. W Dworkinowskim modelu prawa i sądenia izolowany społecznie sędzia nie jest w stanie realizować swojej misji społecznej.

Podobnie rzecz się ma z problemem koherencji jako wymogu dobrego sprawowania władzy. Spójność była zawsze postulowaną cechą orzecznictwa sądowego w państwie prawnym. W koncepcji integracyjnej nabiera szczególnego znaczenia. Nie chodzi bowiem tylko o spójność samego orzecznictwa, lecz także o zgodność wyroków z odpowiednią tradycją prawną. Zadanie sędziego polega na ustaleniu, że jego wyrok jest zgodny z najlepszą interpretacją owej tradycji.

## 8. Rządność sądów a niezdeterminowanie (*indeterminacy*) osądzania

Trzeba dodać w tym miejscu, że koncepcje sądenia prezentowane przez Austina, Harta i Dworkina, mimo różnic, które dzielą te podejścia, nazywane bywają – szczególnie w literaturze amerykańskiej – ortodoksyjnymi ujęciami osądzania i są uznawane za część europejskiej tradycji filozoficznej<sup>8</sup>. Opozycyjne wobec nich mają być „heretyckie”, amerykańskie teorie sądenia reprezentowane głównie przez Critical Legal Studies (Lucy 1999, s. 7 i n.). Należy zwrócić uwagę na to przeciwstawianie dwóch grup filozofii prawa, aby uświadomić sobie problemy, na których ta opozycja się opiera. Jej szczegółowe opisanie nie jest przedmiotem niniejszej pracy.

<sup>7</sup> Podnosi się ten problem również w odniesieniu do judykatur przywiązanych do roli pisemnych uzasadnień. Por. na ten temat w polskiej literaturze bardzo ważną pracę Ewy Łętowskiej (Łętowska 1997, s. 3–17). W niemieckiej literaturze na ten temat zob. np. rozprawę Uwe Kischela (Kischel 2003, s. 39–63).

<sup>8</sup> Problem ten został opisany w pracy Williama Lucy (Lucy 1999, s. 1 i 7).

Zarówno zwolennicy pozytywizmu (Austin, Hart), jak i niepozytywizmu (Dworkin) uważają, że istotą osądzania jest poszukiwanie sensu normatywnego poprzez prawo, choć te poszukiwania różnie są przedstawiane. Według pierwotnego pozytywizmu umożliwia to relacja łącząca sędziego z suwerenem. Zgodnie z wyrafinowanym pozytywizmem pośredniczą w tym procesie zjawiska językowe ujawniające się w wewnętrznym punkcie widzenia. Wreszcie w ujęciu niepozytywistycznym, negującym tezę o separacji prawa i moralności, poszukiwanie sensu normatywnego odbywa się w procesie integrowania tradycji orzeczniczej. Ostatecznie zatem norma prawna, a raczej znaczenie normatywne staje się rezultatem osądzania i ono ostatecznie jest przejawem władzy sędziowskiej.

Tymczasem zwolennicy wspomnianych „heretyckich” poglądów ten właśnie pogląd odrzucają i stwierdzają, że to sami sędziowie, a nie normy rozstrzygają sprawy, legitymizując faktyczne przejawy władzy politycznej. Rządy prawa są mechanizmem służącym negowaniu sprzeczności społecznych, aby w ten sposób umożliwić trwanie określonych – opresyjnych w gruncie rzeczy – hierarchii w stosunkach międzyludzkich (Kennedy 1979, s. 213).

Podobne w swych skutkach są tezy postmodernizmu, które negują Hartowską ideę rdzeni znaczeniowych, bezpośredniego znaczenia wypowiedzi (*plane meaning*), uznając, że teksty nie mają znaczenia właściwego, niebędącego rezultatem opresyjnych konstrukcji ukrywających przemoc (Zirk-Sadowski 2008, s. 343–359).

Ostatecznie w tzw. „heretyckich” poglądach na osądzanie normy tylko pozornie wymuszają osądzanie, które w istocie jest niezdecydowane przez prawo.

W naszych rozważaniach o rzędności sądów odrzucamy tzw. tezę o niezdecydowaniu (*indeterminacy thesis*). W tym sensie te rozważania mieszczą się w ramach tradycyjnej liberalnej jurysprudencji. Jednak od problemu niezdecydowania trzeba odróżnić zagadnienie coraz szerszych obszarów aktywności sądów, w których sędzia nie osądza, ale w istocie zarządza poprzez prawo.

## 9. Zarządzanie przez sądy

Krytyka tradycyjnej jurysprudencji, która dokonała się w ramach tzw. „heretyckich” nurtów filozofii prawa, ma pozytywne następstwa. Pośrednio sygnalizuje nowe zagadnienia ujawniające się w dziedzinie osądzania przez sądy. Nie są one związane z niejasnością tekstu prawnego.

Skutki niejasności norm prawnych były już wielokrotnie opisywane w literaturze prawniczej i bardzo uelastyczyły liberalne podejście do problemów sądenia. W szczególności tzw. swobodne uznanie sędziowskie (*judicial discretion*) było szeroko dyskutowane w jurysprudencji, która w przeciwieństwie do nurtów krytycznych opiera się na założeniu determinowania przez prawo wyroków sądowych. W ustroju demokratycznym każdy obywatel ma uprawnienie, aby czytać prawo i przedstawiać jako argument znaczenie słów zawartych w prawie w takiej postaci, w jakiej jest ono przedstawiane w potocznym języku. Współcześnie przyjmuje się, że oznacza to tzw. język standardowy, który obsługuje wspólne potrzeby całej wspólnoty językowej (Gizbert-Studnicki 1979, s. 51). Język prawny w ograniczonym stopniu dysponuje odrębnymi środkami leksykalnymi (Gizbert-Studnicki 1979, s. 54). Tekst prawny jest zawsze sformułowany w języku naturalnym (etnicznym) i jednocześnie określającym adresatów w kategoriach generalnych, a przepisane zachowania w kategoriach abstrakcyjnych. Tekst ten po opublikowaniu odrywa się od jego twórców i może być zmieniany lub derogowany tylko przez osobne akty prawotwórcze.

Oczywiście dobry dyskurs legislacyjny może zmniejszyć wady medium językowego, w którym wyraża się prawo.

Postuluje się słusznie przestrzeganie prawa do przyzwoitej legislacji (Izdebski 2008, s. 285–288). Jednak tekst prawny stworzony w najlepszym dyskursie legislacyjnym ma wszystkie mankamenty języka naturalnego i aby mógł spełniać swoją rolę kulturową, musi być poddany opracowaniu w ramach kolejnego dyskursu zwanego sądowym stosowaniem prawa. W wymiarze politycznym tego zagadnienia stosuje się zasadę trójpodziału władz, zgodnie z którą na podstawie zbioru takich tekstów władza sądownicza samodzielnie i niezawisłe rozstrzyga konflikty

między podmiotami poddanymi władzy suwerena.

Zjawiska związane z koniecznością używania przez prawodawcę języka naturalnego i wyrażania za jego pomocą norm generalnych rodzą oczywiste luzy decyzyjne (*leeways*) w sądowym stosowaniu prawa (Vila 2001, rozdz. 1.).

Sytuacja sędziego zresztą w takich sytuacjach zbliża się do problemów, z którymi się boryka administracja publiczna korzystająca z tzw. uznaniowości administracyjnej (*administrative discretion*)<sup>9</sup>.

Problem dyskrecjonalności sędziowskiej w tradycyjnej jurysprudencji jest w istocie lustrzanym odbiciem krytyki osądzania jako ukrytej przemocy w ujęciach „heretyckich”. Teorie dyskrecjonalności odbijają w sobie zjawiska podobne do opisanych w teoriach krytycznych. Teorie dyskrecjonalności budowane w liberalnej jurysprudencji zawsze zakładają jednak tezę o zdeteterminowaniu osądzania przez normy prawne, teorie krytyczne ze zjawiska luzów decyzyjnych wyprowadzają tezę o niezdeteterminowaniu osądzania.

Należy podkreślić, że poza sporem o dyskrecjonalność i granice determinowania osądzania przez niejasne prawo pojawia się nowe zagadnienie, które powinno być w tych rozważaniach podniesione. Przedstawione dyskusje na temat osądzania i przyporządkowanej mu koncepcji rządności sądów nie obejmują bowiem zupełnie nowych zjawisk prawnych, rodzących potrzebę jeszcze innej koncepcji osądzania, nieznaney tradycyjnej wizji trzeciej władzy.

Są one rezultatem rozszerzenia się konsensu co do tego, co jest uznawane za prawo. Do tradycyjnych dziedzin prawa dodawane są nowe „pakiety normatywne” oparte są na bardzo słabej mocy deontycznej.

Znów nie chodzi tutaj o rolę klauzul generalnych, zasad czy dyskrecjonalności sędziowskiej.

Owe zjawiska wiążą się z szeroką zmianą mechanizmów sterowania społeczeństwem i gospodarką. Można te urządzenia określić jako pozapaństwowe. Pojawia się coraz więcej regulacji rozwiniętych poza instytucjami państwowymi, a z organy państwa korzystają coraz czę-

ściej z norm, których same nie stworzyły. Mówi się w tym kontekście o tzw. autonomizacji prawa (Raburski 2008)<sup>10</sup>.

Jak przedstawia to T. Raburski, w naszych czasach dochodzi do przeciwstawienia modelu prawa jako efektu społecznych interakcji dominującym do niedawna dwóm modelom porządku prawnego: modelowi prawa opartego na przekonaniu o działaniu uniwersalnego rozumu oraz modelowi prawa jako wyniku rozsądnej kalkulacji. W nowym ujęciu prawo jest ujmowane jako fakt społeczny, efekt interakcji społecznych. Zdaniem T. Raburskiego to pogląd charakterystyczny dla historycznie czy socjologicznie zorientowanej filozofii prawa, dla doktryny *common law* oraz komunikacyjnych teorii prawa (Raburski 2008, s. 57). Wydaje się, że źródłem prawa są procesy samoregulacyjne społeczeństwa (samosterowność). Czasami wyjaśnia się je w języku ducha narodu, a współcześnie w kategoriach kultury. Zamazuje się różnica między prawem a szerszym jego tłem społecznym, wobec którego prawo traci autonomię. Natomiast następuje autonomizacja prawa wobec państwa. Prowadzi to do godzenia się na zmienność i niepewność prawa. Dopuszcza się również pluralizm systemów prawnych.

Podkreślanie roli autonomizacji prawa jest najwyższe w teoriach gruntujących prawo w stosunkach społecznych (Raburski 2008, s. 66).

Podobne zjawiska można dostrzec w innych obszarach życia społecznego, a przede wszystkim w życiu gospodarczym. Następuje w nich oddzielenie się procesów sterowania tymi procesami od organów państwa. Tak jak w prawie pojawia się zjawisko wielocentryczności, alternatywnych sposobów rozwiązywania problemów gospodarczych. Głównym problemem w tej sytuacji staje się problem koordynacji. Nowością jest upowszechnianie się struktur zwanych sieciami społecznymi, które przeciwstawiane są dotychczasowym formom organizacji życia społecznego opartym na hierarchicznym zróżnicowaniu i rynku. Do czasu pojawienia się technik informatycznych ilość struktur społecznych opartych na sieciowości była stosunkowo ograniczona. K. Dobrzeniecki charakteryzuje społeczeństwa

<sup>9</sup> Problem ten opisał Bartosz Wojciechowski (Wojciechowski 2004, s. 88–107).

<sup>10</sup> Używając tego terminu, korzystam z pracy Tomasza Raburskiego (Raburski 2008).

sieciowe i informatyczne, wymieniając trzy cechy: przestrzeń przepływów informacji, która wypiera przestrzeń miejsc; „bezczasowy” czas, gdyż natychmiastowy przepływ informacji redukuje znaczenie tradycyjnego czasu; realna wirtualność, gdyż reprezentacje medialne stają się dla ich odbiorców rzeczywistością, a nie jedynie częścią symbolicznego otoczenia (Dobrzeński 2008, s. 48). W przeciwieństwie do hierarchii, sieci są bardziej innowacyjne, w stosunku do rynku bardziej nastawione na integrację, a nie na koordynację przez konkurencję (Dobrzeński 2008, s. 42 i n.).

Oczywiście są to zjawiska, które dopiero pojawiają się na horyzoncie życia społecznego, ekonomicznego i w porządkach prawnych, ale ujawnia się w nich dążenie do „miękkiej adaptacyjności”<sup>11</sup>. W wymiarze prawnym to zjawisko najsilniej ujawnia się w takich zjawiskach jak *Lex Mercatoria*, czyli ogół zwyczajów handlowych, uznawanych za nowy niepaństwowy porządek prawny (Fuchs 2000, s. 18). Również wiele organizacji międzynarodowych zdołało sobie wypracować obszar niezależności normatywnej, również wobec najsilniejszych państw systemu światowego (ONZ, MFW, Bank Światowy, WTO, UE). Negocjacje państwa, organizacji prawodawców i związków pracowniczych stają się źródłem nowych pojęć prawnych, a zadaniem dogmatyki jest przede wszystkim dostrzeganie tych procesów, ich racjonalizacja i uzupełnianie proponowanymi przez naukę koncepcjami polityki prawa. Rodzi to potrzebę nowego typu instytucjonalizacji prawa, opartego na społecznych mechanizmach samosteregujących i negocjacyjnym modelu relacji między poszczególnymi grupami społecznymi.

Z europejskiego punktu widzenia ważnym sygnałem zwiastującym opisywane zjawisko jest tzw. *soft law*, jako instrument działania instytucji unijnych (Jurewicz 1998, s. 111 i n.)<sup>12</sup>. Najogólniej rzecz biorąc, może ono być rozumiane jako „zasady postępowania”, które z mocy prawa nie są obowiązujące, ale mają istotne skut-

ki praktyczne. W takiej koncepcji prawa łatwiej omija się konsekwencje braku porozumień politycznych. Narzuca to w prawie unijnym aktywną i adaptacyjną formę rządzenia. Dzięki temu nie ma ostrej granicy między instytucjami prawnymi i społecznymi. Decydujący wpływ na wyznaczenie granic między tymi dwoma typami instytucji ma zastosowanie zasady subsydiarności.

Na obecnym etapie rozwoju kultury prawnej ujawnia się potrzeba rozwoju elementów tzw. prawa responsywnego (*responsive law*), w którym (Nonet, Selznick 1978, s. 14–15; Kustra 1994, s. 35):

- a) celem prawa jest adaptacyjne i zróżnicowane oddziaływanie na rzeczywistość społeczną – prawo jest „otwarte” na potrzeby i dążenia społeczne;
- b) przymus jest zastąpiony samoograniczającymi się zobowiązaniami;
- c) moralność ma charakter obywatelski, zakłada kooperację w społeczeństwie;
- d) reguły prawne są „otwarte”, często mają charakter klauzul generalnych i są podporządkowane zasadom prawa;
- e) uzasadnienie decyzji prawnych (tworzących prawo, stosujących prawo) ma charakter celowościowy (Nonet, Selznick 1978, s. 14–15; Kustra 1994, s. 35).

Zgłaszany jest postulat budowy nawiązującej do tego modelu tzw. responsywnej administracji publicznej (Stępień 2008). M. Stępień zwraca uwagę na istnienie koniecznych związków pomiędzy modelem administracji i modelem demokracji oraz tezy o konieczności zbudowania responsywnej administracji publicznej jako koniecznego warunku budowy demokracji deliberatywnej. Przyjmując tezę o związkach administracji z instytucjami politycznymi, wykazuje różnice w sytuacji administracji w różnych modelach porządków demokratycznych (Stępień 2008, s. 27), w związku z potrzebą odbudowy tzw. „miękkich zmiennych” życia społecznego takich jak zaufanie, społeczna odpowiedzialność, legitymizacja i responsywność. Tzw. demokrację deliberatywną stanowi zespół instytucji i praktyk, których zadaniem nie jest tylko wybieranie decydentów władzy politycznej, czy też tylko angażowanie obywateli w decyzje dotyczące wspólnoty. Ma ona za cel stałe dokonywanie w drodze dyskursu i komunikacji

<sup>11</sup> Uwagę tę i określenie zawdzięczam prof. Jerzemu Hausnerowi.

<sup>12</sup> Pomijam w tej pracy rolę *soft law* w prawie krajowym. Trzeba tylko podkreślić, że stanowi ono obecnie jeden ze składników *good public governance*.

transformacji społecznych preferencji/wartości/ interesów (Stępień 2008, s. 45). Możliwe są dwa ujęcia takiej demokracji.

W pierwszym celem dyskursu jest osiągnięcie racjonalnie uzasadnionego konsensu, drugi to model kognitywno-refleksyjny (Stępień 2008, s. 46). Zakłada on rozproszenie wiedzy społecznej. Celem tak rozumianej demokracji ma być „dialogiczna wymiana wiedzy pomiędzy podmiotami”, aby nie ograniczać przesłanek decyzji politycznych do jednej perspektywy, jednego zbioru wiedzy czy preferencji i aby stworzyć jakąś optymalną społeczną episteme (Stępień 2008, s. 46).

Jak w takiej wizji rozwoju zarządzania zjawiskami społecznymi i gospodarczymi można zarysować rolę sądownictwa i cele jego rządności? Nowość sytuacji polega na świadomym rezygnowaniu w takim modelu społeczeństwa i systemu politycznego z tworzenia silnych sfer normatywnych. Złożoność zjawisk, multicentryczność ośrodków decyzyjnych, dialogowa i responsywna forma działania instytucji powodują, że osądzenie traci jedną ze swych podstawowych właściwości, czyli odwoływanie się do tekstu prawnego. W przedstawionej episteme jest on co najwyżej zarysem celów społecznych, zbiorem postulowanych wartości. Nie ma zatem pola do badania i konstruowania sensu normotwórczego. W pewnym sensie znika pole do przyjmowania tzw. wewnętrznego punktu widzenia. Sąd musi stać się w tych sferach działania instytucją dialogującą i responsywną. Z pewnością najbliższe tego typu postawom byłyby dzisiejsze procedury mediacyjne, arbitrażowe, choć są to tylko ewentualne zapowiedzi przyszłych zjawisk w sądownictwie.

Oznacza to znaczne zwiększenie się roli tzw. postawy zewnętrznej w działalności sędziego. Można postawić tezę, że różnica między istotą responsywności sądowej i pozostałych mechanizmów „miękkiej adaptacyjności” nie byłyby zasadnicze. Różnica polegać będzie być może tylko na większej mocy normatywnej rozwiązań proponowanych przez sąd. Wiedza o zjawiskach, szerokie komunikowanie się z uczestnikami postępowań, dialogowe rozwiązywanie problemów musiałyby zapewniać rządność sądów w tych dziedzinach.

Główną trudnością rządności sądowej stanie się w takich sferach działania przewidywalność,

czyli kolejna cecha dobrego rządzenia wskazana w przedstawionych na początku koncepcjach. Wyraźnie bowiem widać odchodzenie od legalizmu jako kryterium końcowych rozstrzygnięć. W tej nowej otwartej przestrzeni działania może się okazać, że tradycyjna cecha sądownictwa, jaką jest jego niezawisłość, przy braku relacji łączącej osądzenie z tekstem prawnym stanie się podstawą do nieobliczalności sądów.

Prawdopodobnie opisane zjawiska nie zastąpią całkowicie istniejących obecnie form działania sądownictwa. Koncepcja sądu i sędziego jednak stopniowo się rozszerza, niejako wychodzi spod dominacji państwa. Jak proces ten się rozwinię, trudno przewidzieć. Widać tylko zwiastuny nowych rozwiązań.

Z filozoficzno-prawnego punktu widzenia można jednak przewidzieć przyszłe napięcia w kulturze prawnej, które opisał C. Schmitt. Przede wszystkim chodzi o napięcie między legalizmem i nadzwyczajnością, wyjątkowością konkretnych zjawisk społecznych (tzw. *emergencies*)<sup>13</sup>. Niewykluczone zatem, że odchodząc od legalizmu, sądy coraz częściej będą musiały podejmować działania zarządzające, choć w formie responsywnej, która została wyżej opisana. Granica między rządnością sądów i zarządzaniem przez sądy ulegać będzie powolnemu zatarciu. Tylko poprzez responsywność sądów można będzie przewyżczać wspomniane napięcie między legalizmem i wyjątkowością nowych stanów faktycznych.

## 10. Podsumowanie

Podsumujmy obecnie powyższe rozważania. Rozpoczęliśmy je od stwierdzenia, że sądy w pewnym fragmencie swej aktywności są administrowane. Choć istotą sądu jest osądzenie, administrowanie sądowe ma chronić sprawne sądownictwo. Jednocześnie nie można sprowadzać problemu administrowania do problemu rządności. Problem dobrej administracji odnosi się do wewnętrznego zorganizowania sądowej kadry urzędniczej i biurowości sądowej. Dobre rządzenie dotyczy wykonywania trzeciej władzy

<sup>13</sup> Ostatnio opis tego problemu w prawie administracyjnym przedstawił Adrian Vermeule (2009, s. 1098–1146, a w szczególności section A).

przez sąd rozumiany jako wspólnota czy organizacja sędziów.

Wolno zatem mówić o różnych potencjalnych zakresach terminu administrowanie sądami. Nieprzekraczalną granicą jest samo osądzanie i związane z nim czynności osoby sędziego lub sędziów. Zostało ono oddane samorządowi sędziowskiemu i jego organom.

Z punktu widzenia ustrojowego nie ma podstaw, aby zastosować unijne zasady dobrej administracji (Europejski Kodeks Dobrej Praktyki Administracyjnej) do administracji sądowej. Można je wykorzystać tylko w niektórych wymiarach administracji sądowej (np. udostępnianie informacji o pracy sądu).

W niniejszej pracy głównym zagadnieniem jest drugi wskazany problem, czyli relacja rządzenia sądami do unijnej kategorii dobrego rządzenia, o której mówi, rozważana na początku tego artykułu, Biała Księga.

Zadaliśmy pytanie, jakie są niezbędne cechy rządności sądów i czy można do trzeciej władzy odnieść kategorię dobrego rządzenia. Z naszych rozważań wynika, że odpowiedź na to pytanie zależy od koncepcji teoretycznych i filozoficznych samego osądzania.

Pierwotny pozytywizm (Austin) tak ujmuje sądenie, że nie ma w tej koncepcji miejsca na związki rządności sądów i dobrego rządzenia jako wymogu stawianego wszelkiemu sprawowaniu władzy. W gruncie rzeczy rządność sądów jest tutaj określona przez przymioty trzeciej władzy. Polega na zapewnieniu sędziom niezawisłości, a sądom niezależności jako trzeciej władzy, aby umożliwić im poszukiwanie i systematyzację wzorców zachowań zawartych w tekście wydanym przez suwerena w warunkach względnej izolacji społecznej.

Dopiero wyrafinowany pozytywizm Harta wykazał, że uczestniczenie w kulturze jest dla prawnika zawsze refleksyjnym udziałem w pewnej wspólnocie językowej. Również i w tej wersji pozytywizmu rola prawnika ogranicza się wyłącznie do poznawania prawa, lecz przedstawianego jako proces kontrolowany przez wspólnotę językową sędziów. O treści prawa obowiązującego decyduje istnienie pewnej społecznej argumentacyjnej konwencji uznawania określonych norm za normy prawa obowiązującego.

Istota sądenia nie ulega wówczas zasadniczej przemianie, bo jest nią nadal poznawanie prawa, ale zmienia się koncepcja struktury epistemologii prawa, i ta właśnie struktura ma wpływ na sposób rządzenia sądami. Sądy nie mogą być tak zorganizowane, by zapewniać wyłącznie prawidłową relację między sędzią a suwerenem. Ponieważ poznanie prawa jest zawsze zapośredniczone przez język, sąd musi być tak rządzony, aby powstała w nim wspólnota komunikacyjna sędziów, bo tylko proces społecznego komunikowania umożliwia poznanie tekstu.

Zarówno w pierwotnym, jak i w wyrafinowanym pozytywizmie utrzymuje się przekonanie o konwencjonalnym charakterze aktów poznawczych sędziego. Prawnik w procesie poznawania prawa jest zamknięty w specyficznych wzorcach narzucanych mu przez kulturę prawną. Sądenie w pierwotnym przypadku opiera się na konwencji politycznej, a w drugim na konwencji przyjętej przez wspólnotę językową sędziów.

W pozytywizmie rządność sądów odwołuje się do względnego izolacjonizmu. Sędziowskie wspólnoty komunikacyjne tylko dzięki uczestniczeniu w aktach mowy wpływają na społeczeństwo i jego cele. Nie ma jednak miejsca na aktywne osądzanie, w którym sędziowie stają się pełnoprawnymi uczestnikami komunikacji kulturowej.

Tak szeroką koncepcję osądzania dostrzega dopiero niepozytywistyczna, integracyjna koncepcja sądenia (R. Dworkin), czyniąc z osądzania jeden z centralnych mechanizmów integrowania normatywności kultury. Osądzanie staje się przede wszystkim integrującą interpretacją. W ten sposób władza sądownicza staje się realna, bo sędziowie poprzez osądzanie mają władzę nad integracją znaczeń normatywnych w kulturze.

Jako uczestnik praktyki orzeczniczej sędzia nie formułuje deskryptywnych wypowiedzi o prawie, buduje je jako uczestnik kultury normatywnie zaangażowany w wypowiedzi o prawach i obowiązkach. Osądzanie w sytuacji uznaniowości nie opiera się na reprezentowaniu suwerena, bo istoty prawa nie stanowi semantyka stworzona przez suwerena. Nowością jest koncepcja osądzania jako mechanizmu umożliwiającego negocjacje pomiędzy różnymi sferami normatywności społecznej. Istotą osądzania staje



się relacja sędziego do kultury, która dzięki osądowi ma osiągnąć zintegrowanie.

Dopiero w takiej koncepcji pojawia się miejsce na otwartą rządność sądów, przeciwstawianą pozytywistycznemu izolacjonizmowi sędziów.

Można postawić tezę, że rządność sądownictwa integrującego zdąża do stworzenia sędziowskiej wspólnoty zasad. Nie tylko ochrona niezawisłości, badanie konwencji języka, który wyraża prawo, ale przede wszystkim stworzenie mechanizmu debatowania sędziów nad prawem jako czynnikiem integrującym normatywności społeczne staje się głównym celem rządności sądowej.

Okazuje się wówczas, że unijna kategoria dobrego rządzenia, która została opisana na początku tych rozważań, daje się częściowo odnieść do rządności sądów. Dwie wymienione cechy dobrego rządzenia wydają się tutaj najistotniejsze: otwartość i spójność. W istocie rzeczy otwartość to dobre komunikowanie się unijnych ośrodków władzy między sobą i ze społecznością europejską. Tak rozumiana otwartość mieściłaby się w Dworkinowskiej koncepcji rządności sądów. Skoro prawo zawiera oprócz reguł również zasady, które są ważne przez sędziów w trakcie sądenia, to nie można sobie wyobrazić, jak mieliby oni uzyskać tę umiejętność tylko w ramach izolowanych, komunikacyjnych wspólnot prawniczych. Wycucie zasad i ich wagi nie ma pochodzenia indukcyjnego. Z natury rzeczy nabywa się go w toku interakcji społecznych i towarzyszącej im komunikacji. Otwartość sądownictwa oznacza zatem w tym modelu takie zorganizowanie sędziów i orzekania, aby było możliwe wykorzystanie komunikacji społecznej do określania i ważenia zasad. Również spójność w koncepcji integracyjnej nabiera szczególnego znaczenia. Nie chodzi bowiem tylko o spójność samego orzecznictwa, ale zgodność wyroków z odpowiednią tradycją prawną. Zadanie sędziego polega na ustaleniu, że jego wyrok jest zgodny z najlepszą interpretacją owej tradycji.

Przedstawione spory na temat osądzania i przyporządkowanej mu koncepcji rządności sądów nie obejmują jednak zupełnie nowych zjawisk prawnych, które rodzą potrzebę jeszcze innej koncepcji osądzania, nieznannej tradycyjnej wizji trzeciej władzy.

Są one rezultatem rozszerzenia się consensu, co do tego co jest prawem. Do tradycyjnych dziedzin prawa dodawane są nowe „pakiety normatywne”, oparte na bardzo słabej mocy deontycznej. Zamazuje się różnica między prawem a szerszym jego tłem społecznym, wobec którego prawo traci autonomię. Następuje natomiast autonomizacja prawa wobec państwa. Prowadzi ona do godzenia się na zmienność i niepewność prawa. Dopuszcza się również pluralizm systemów prawnych.

Oczywiście są to zjawiska, które dopiero pojawiają się na horyzoncie życia społecznego, ekonomicznego i w porządkach prawnych, ale ujawnia się w nich dążenie do „miękkiej adaptowności”.

Rodzi to potrzebę nowego typu instytucjonalizacji prawa, opartego na społecznych mechanizmach samosterujących i negocjacyjnym modelu relacji między poszczególnymi grupami społecznymi. Ujawnia się potrzeba rozwoju elementów tzw. prawa responsywnego, które byłoby częścią instytucji społecznych demokracji deliberatywnej.

Nowość sytuacji polega na świadomym rezygnowaniu w takim modelu społeczeństwa i systemu politycznego z tworzenia silnych sfer normatywnych. Złożoność zjawisk, multicentryczność ośrodków decyzyjnych, dialogowa i responsywna forma działania instytucji powodują, że osądzanie traci jedną ze swych podstaw, czyli odwoływanie się do tekstu prawnego. W nowej społecznej episteme jest on co najwyżej zarysem celów społecznych, zbiorem postulowanych wartości. Nie ma zatem pola do badania i konstruowania sensu normotwórczego. Sąd musi stać się w tych sferach działania instytucją dialogującą i responsywną. Głównym niebezpieczeństwem takiej koncepcji działania sądów będzie problem obliczalności ich decyzji.

## Bibliografia

Adding H. (2005). „Principles of Good Governance: Lessons form Administrative Law”, w: D. Curtin, R.A. Wessel (red.), *Good Governance and the European Union*. Antwerp–New York: Intersentia.

Cotterell R. (1989). *The Politics of Jurisprudence*. London: Butterworths.

- Curtin D., Dekker I. (2005). „Good Governance: the Concept and its Application by UE”, w: D. Curtin, R.A. Wessel (red.), *Good Governance and the European Union. Reflections on concepts, institutions and substance*. Antwerp–New York: Intersentia.
- Dobrzeńcki K. (2008). *Lex Informatica*. Toruń: TNOiK.
- Dworkin R. (1998). *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing.
- Dworkin R. (1986). *Law's Empire*. London: Fontana Press.
- Fuchs B. (2000). *Lex Mercatoria w międzynarodowym obrocie handlowym*. Kraków: Zakamycze.
- Gizbert-Studnicki T. (1979). „Czy istnieje język prawny?”, *Państwo i prawo*, nr 3.
- Hart H.L.A (1961). *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Hausner J. (2008). *Zarządzanie publiczne*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Izdebski H. (2008). *Elementy teorii i filozofii prawa*. Warszawa: Wydawnictwo LexisNexis.
- Izdebski H., Machińska H. (red.) (2007). *W poszukiwaniu dobrej administracji*. Warszawa: Wydział Prawa i Administracji UW, Biuro Informacji Rady Europy.
- Izdebski H. (2009). „Sędziowie w działalności Rady Europy”, w: H. Machińska (red.), *60 lat Rady Europy. Tworzenie i stosowanie standardów prawnych*. Warszawa: Oficyna Prawa Polskiego.
- Jackiewicz A.I. (2008). *Prawo do dobrej administracji jako standard europejski*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Jurewicz A. (1998). „Rola «miękkiego prawa» w praktyce instytucjonalnej Wspólnoty Europejskiej”, w: C. Mik (red.), *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*. Toruń: TNOiK.
- Kennedy D. (1979). „The structure of Blackstone's commentaries”, *Buffalo Law Review*, nr 28.
- Kischel U. (2003). *Die Begründung. Zur zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kustra E. (1994). *Polityczne problemy tworzenia prawa*. Toruń: Wydawnictwo UMK.
- Lucy W. (1999). *Understanding and explaining adjudication*. Oxford: Oxford University Press.
- Łętowska E. (1997). „Pozaprosesowe znaczenie uzasadnienia sądowego”, *Państwo i Prawo*, z. 5.
- Morawski L. (2004). *Wstęp do prawoznawstwa*. Toruń: TNOiK.
- Nonet P., Selznick P. (1978). *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*. New York: Harper&Row.
- Raburski T. (2008). „Autonomizacja prawa wobec państwa w kontekście globalizacji” (rozprawa doktorska).
- Stępień M. (2008). *Responsywna administracja publiczna*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Vermeule A. (2009). „Our Schmittian Administrative Law”, *Harvard Law Review*, luty.
- Vila M.I. (2001). *Facing Judicial Discretion*. Dordrecht–Boston–London: Kluwer Academic Publisher.
- Wojciechowski B. (2004). *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretyczno-prawne*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Zirk-Sadowski M. (1998). *Prawo a uczestniczenie w kulturze*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Zirk-Sadowski M. (2001). „Pozytywizm prawniczy a filozoficzna opozycja podmiotu i przedmiotu poznania”, w: J. Stelmach (red.) *Studia z filozofii prawa*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Zirk-Sadowski M. (2004). „Legal Epistemology and Transformation of Legal Cultures”, w: M. van Hoecke (red.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. London: Hart Publishing.
- Zirk-Sadowski M. (2008). „Post-modern jurisprudence?”, w: T. Biernat, M. Zirk-Sadowski (red.), *Politics of Law and Legal Policy. Between Modern and Post-modern Jurisprudence*. Warszawa: Wolters Kluwer.

## Judicial Governance and Governing through Courts

Courts are administered where a certain part of their activity is concerned. Although the process of arriving at judgments is the main assignment given to courts, judicial administration serves to protect efficiency of judging. At the same time, the problem of administration cannot be resolved by the problem of governance. The problem of good administration is here taken to refer to the internal organization involving judicial officials and judicial office administration. Good governance refers to the exercising of power by the judiciary, where this is understood as a community or organization of judges.

The boundary which "court administration" cannot cross relates to the judgment itself and the activities of the person of the judge or judges connected with it, who cannot be regulated in an administrative way, but only by means of powers assigned to self-governing authorities of the judiciary.

From a political point of view, there are no bases for applying EU rules of good administration (personified in The European Code of Good Administration) to judicial administration, and in fact such an effort would only be possible in regard to some dimensions of the judicial administration (e.g. where access to information concerning the activities of the court is concerned).

This work goes on to focus in particular on the other problem described, i.e. the relation between judicial governance and the EU category of good governance.

A question concerning the indispensable features of judicial governance was posed, as was one on whether the category of good governance can be taken to relate to judicial power. It emerges that, once account has been taken of the above deliberations, the answers to the questions are ultimately found to depend on the theoretical and philosophical concepts underpinning the activity of judging itself.

Key words: judicial governance, judicial administration, good administration, judicial power, legal positivism, responsive law, judicial activism.

