


Michał Kaczmarczyk 

Uniwersytet Gdański



LEGITYMIZACJA ROLI SĘDZIOWSKIEJ

Zgodnie z postulatem Maksa Webera, socjologia może przewidywać i wyjaśniać działania pod warunkiem ich wcześniejszego zrozumienia. Prezentowany artykuł rozszerza ten postulat na zjawiska społeczne w makroskali, dla których socjologia może szukać sensu, nawet jeśli nie jest on widoczny dla działających podmiotów. Perspektywą, która umożliwia taki zabieg, jest teoria różnicowania funkcjonalnego. Została ona zastosowana do opisanego roli sędziowskiej, której znaczenie można właściwie skonceptualizować jedynie w kontekście relacji między systemami społecznymi. Autor wychodzi od koncepcji Niklasa Luhmanna, by zerwać z jego ujęciem i za Shmuelem Eisenstadtem zwrócić się w stronę systemu wartości, który mógłby legitymizować rolę sędziowską. Argumentacja autora podbudowana jest wynikami badań empirycznych i uzupełniająca je typologią procesów legitymizacji i delegitymizacji roli sędziowskiej. W konkluzji autor przedstawia konsekwencje teoretyczne sporów wokół roli sędziego oraz możliwości socjologicznego odczytania aktualnych wydarzeń politycznych w Polsce.

Słowa kluczowe: wymiar sprawiedliwości; różnicowanie funkcjonalne; rola sędziowska; podział władz; Niklas Luhmann

Michał Kaczmarczyk, University of Gdansk

Legitimizing the Role of the Judge

According to Max Weber's postulate, sociologists can predict and explain actions because they understand their subjective sense. The article suggests that this postulate can be extended onto macroscale, and sociology can search for meanings of processes that are beyond the grasp of the subjects participating in them. The perspective of functional differentiation that enhances this approach has been applied in order to describe the social role of the judges. While initially following Niklas Luhmann, the author abandons his theory at some point and draws on the ideas of Shmuel Eisenstadt to demonstrate the role of social values in the legitimization of the independent judiciary. The argumentation is based on a large-scale survey among the Polish judges as well as a typology of legitimization and delegitimization processes. In the conclusion, the attacks of the new authoritarian regimes on judges have been described from the functional perspective in order to demonstrate the real scale of their harm to modern societies.

Key words: judiciary; functional differentiation; judicial role; division of power; Niklas Luhmann

Wprowadzenie

Niniejszy artykuł traktuje o zjawiskach *in statu nascendi* – aktualnych formach delegitymizacji roli sędziowskiej i próbach jej legitymizacji przez sędziów. Są to procesy, których skutki trudno przewidzieć w chwili pisania tych słów, co już na wstępie rodzi pytanie o sens refleksji socjologicznej i możliwość socjologicznie uzasadnionej interwencji w toczące się przemiany ustrojowe. Zadanie socjologii nie musi wszakże polegać na prognozowaniu, a nawet wyjaśnianiu obserwowanych faktów. Wyjaśnienie pozostaje, rzecz jasna, zasadniczym celem nauki, ale w przypadku nauk społecznych poprzedza je zwykle faza niemal równie istotna: opis i zrozumienie przedmiotu wyjaśnienia. Opis zbyt uproszczony lub nieadekwatny z punktu widzenia stawianych pytań czy problemów społecznych, do których dany obiekt badawczy się odnosi, prowadzi może nie tylko do błędnie ukierunkowanych badań, ale także lekkomyślnych ocen politycznych.

Obserwowany współcześnie wzrost tendencji autorytarnych w Europie i na świecie (Heitmeyer 2018; Luce 2017; Mounk 2018; Runciman 2018), związany z próbami osłabienia lub podporządkowania sobie przez rządzących władzy sądowniczej, jest dobrym przykładem, jak duże znaczenie ma dla opinii publicznej i socjologii właściwy opis oraz diagnoza sytuacji. Działania rządów autorytarnych wywołują bowiem systematyczną dyskusję na temat statusu sędziów, ich społecznych zadań i wartości ich pracy. W odpowiedzi na stawiane argumenty i postulaty pojawiają się kontrargumenty, a debata na temat judykatury znajduje się często w centrum uwagi polityków, mediów i obywateli (Baer 2011). W tej sytuacji potrzebna jest socjologiczna analiza roli sędziowskiej, wsparta rzetelną wiedzą teoretyczną i empiryczną. Jak dowodzę w niniejszym artykule, istniejące ujęcia polityczne, prawnicze, a także niekiedy mikrosocjologiczne, mogą dawać błędne wyobrażenie zarówno o istocie roli sędziowskiej, jak też jej legitymizacji. Tymczasem, w moim przekonaniu, rola ta może być właściwie rozumiana jedynie jako centralny komponent społecznego systemu prawa, który, jako wyraźnie wyodrębniony system komunikacyjny, umożliwia integrację nowoczesnego społeczeństwa. Inne ujęcia systematycznie umniejszają znaczenie roli sędziowskiej, a tym samym także rozmiary i znaczenie współczesnej destrukcji władzy sądowniczej przez reżimy autorytarne.

Zacznę od charakterystyki roli sędziowskiej jako centralnego komponentu społecznego systemu prawa, by następnie pokazać, jak bywa ona dziś kwestionowana w różnych państwach – demokratycznych i autorytarnych. W części trzeciej przedstawiam różne formy presji, jakim poddawani są niezawisli sędziowie w Polsce przynajmniej od dziesięciu lat, co skutkuje delegitymizacją ich roli. Przedstawione wyniki empiryczne stanowiąc będą okazję do częściowej krytyki teorii Niklasa Luhmanna. W części czwartej przedstawione zostaną

różne formy delegitymizacji władzy sędziowskiej jako procesy ściśle związane z odpowiadającymi im postaciami legitymizacji. W konkluzji, odwołując się do przykładu Polski i nawiązując do funkcjonalistycznej tradycji myśli społecznej, pokazuję problem autolegitymizacji władzy sędziowskiej jako wyraz strukturalnych problemów społeczeństwa.

Charakterystyka roli sędziowskiej

Aby odpowiedzieć na pytanie, co to znaczy być sędzią, warto zacząć od historycznej ewolucji roli sędziowskiej. Fakt, że zmieniała ona swój charakter w zależności od epoki historycznej, rodzaju porządku społecznego i ustroju politycznego, może skłaniać do przypuszczenia, że trudno znaleźć jej uniwersalną definicję. Jakże odmienna jest bowiem rola sędziego-rozjemcy u przedpaństwowych zbieraczy-łowców od sędziego w procesie rzymskim czy sędziego Królestwa Pruskiego. Rozwój rozstrzygania konfliktów od mediacji, poprzez arbitraż, po orzekanie (Schellenberg 1996: 155–206) charakteryzuje się rosnącą kontrolą strony trzeciej nad uczestnikami sporu. Mylne byłoby jednak przypuszczenie, że ów podział form rozwiązywania konfliktów wskazuje na ewolucję, w której ludzie stopniowo tracą indywidualną wolność. Dominująca w danym społeczeństwie forma rozwiązywania konfliktów odzwierciedla raczej panujący porządek społeczny i typ solidarności społecznej. Dlatego właśnie w społeczeństwach zbieracko-łowczych i klanowych unika się za wszelką cenę konfliktu, aby nie naruszyć istniejących więzi, których znaczenie dla przetrwania jednostek i grup posiada kluczowe znaczenie (Wesel 1985). Panujący kolektywizm sprawia, że rozstrzyganie sporów nie pozostaje w gestii indywidualium, lecz jest domeną stosunków międzygrupowych: negocjacji, łagodzenia napięć, a jedynie w ostateczności samopomocy. W przypadkach kradzieży, gwałtu czy zabójstwa sankcje określone są albo przez zasady odpowiedzialności klanu albo (zwłaszcza u zbieraczy i łowców) przez spontaniczne reakcje wspólnoty plemiennej (por. szczegółowe opisy Colina Turnbulla; tenże 1961: 103–104).

Umocnienie się roli sędziego wiąże się historycznie przede wszystkim z powstaniem państwa i jest wypadkową dwóch procesów, które można zaobserwować na przykładzie starożytnych imperiów Wschodu (państwa Sumerów, Babilonii, Egiptu). Pierwszym jest indywidualizacja, stopniowe rozbieżności dawnych struktur pokrewieństwa i zastąpienie ich strukturami nowego typu, związanymi z podziałem pracy w centralistycznie zarządzanym państwie. Drugi proces to wyodrębnienie się centrów społecznych wokół charyzmatycznych władców, którzy za pomocą mitologii religijnych legitymizują swe władcze prerogatywy, w tym prawo do sądenia przestępstw (Eisenstadt 1963: 98). Powstaje zatem prawo karne, które w odróżnieniu od prawa deliktowego od początku pozostaje

domeną państwa i jego władzy symbolicznej. Jednocześnie już na wczesnym etapie, dochodzi do uniwersalizacji pojęć prawa cywilnego i związanej z tym profesjonalizacji jego stosowania. Toteż, jak zauważa Eisenstadt, „nawet gdy władcy odgrywali kluczową rolę w szerzeniu praktyk prawnych, organizacji i centrów kształcenia, często stawali się zależni od tych organów i ekspertów prawnych; tym samym władcy stawali przed problemem, jak ich kontrolować” (Eisenstadt 1963: 99).

Podział władz powoduje wzajemne ograniczanie i uzupełnianie się działań, zadań i ról wykonywanych w imieniu władzy państwowej i z taką zabezpieczającą funkcją, odpowiadającą angielskiej zasadzie *checks and balances* jest dziś zwykle kojarzony. Jego istotą jest jednak co innego – podział pracy, pozwalający wykonywać różne zadania kompetentnym i odpowiednio wykształconym osobom. W tym sensie podział władz jest tylko przejawem szerszego procesu zróżnicowania społecznego, dzięki któremu społeczeństwa radzą sobie z własną rosnącą złożonością. Dla Emile’a Durkheima głównym napędem zróżnicowania była konkurencja zmuszająca rosnące grupy społeczne do poszukiwania dla siebie nisz specjalizacyjnych (Durkheim 1999: 337–358). Dziś można wymienić jednak znacznie więcej sił napędowych procesu zróżnicowania, w tym między innymi: 1) pojawianie się nowych potrzeb, 2) wzrost wiedzy; 3) przeciwdziałanie niektórym skutkom wcześniejszych etapów różnicowania się społecznego, na przykład eliminowanie monopoli. W tym kontekście podział władz może być rozumiany jako odpowiedź zarówno na konkurencję między różnymi agendami władzy państwowej, jak też potrzebę ochrony praw obywatelskich, wzrost specjalistycznej wiedzy o zarządzaniu państwem oraz przeciwdziałanie nadmiernemu skupieniu władzy.

Ponieważ zróżnicowanie społeczne dotyczy całego społeczeństwa, błędem byłoby pojmowanie podziału władz jako procesu dotyczącego jedynie wąskiego kręgu elity politycznej czy prawniczej albo relacji między konkretnymi osobami czy nawet pozycjami społecznymi związanymi z wykonywaniem władzy państwowej. Teza, której chcę tu bronić i która jest niezwykle istotna dla właściwego rozumienia roli sędziowskiej, mówi, że podział władz jest odzwierciedleniem zróżnicowania społeczeństwa na funkcjonalne podsystemy komunikacyjne, które nie tyle wzajemnie ograniczają swoje kompetencje, ile wyodrębniają się od siebie ze względu na zasadnicze problemy, na które się orientują, co skutkuje powstaniem niewspółmiernych kodów komunikacyjnych.

Wyodrębnienie się systemu prawa od systemu polityki dokonało się w dwóch etapach, które sygnalizuje już Monteskiuszowska koncepcja podziału władz. Pierwszym jest przeciwstawienie „państwa prawa” „państwu policyjnemu”, a więc takiemu, w którym monarsze przysługuje nieograniczone *ius politiae* – tytuł do zastosowania wszelkich środków władczych zmierzających do zapewnienia dobrobytu obywateli. W ramach modelu policyjnego sędziego jest organem

władzy wykonawczej i realizuje jej wytyczne, czemu odpowiada najlepiej inkwizycyjny typ postępowania sądowego, a więc taki, w którym sąd zmierza do ustalenia prawdy materialnej za pomocą niezbędnych środków.

Zmienia się to zasadniczo za sprawą wprowadzenia zasady, że prawo wiąże tak poddanych, jak i rządzących. Już w XIII wieku Henry de Bracton napisał: *Non rex facit legem, sed lex facit regem*. W XIX wieku, spierając się z doktryną Bismarcka, podobny postulat wysunął Graf von Schwerin, mówiąc: „Prawo kroczy przed władzą: *iustitia fundamentum regnorum*”. Obie te formuły wyrażają zasadniczą cechę państwa prawa, jaką jest związanie samej administracji ustawą. Realność tej zasady wymaga faktycznego powstrzymywania się przez rządzących od działań niezgodnych z prawem, a jej gwarancją jest istnienie konstytucji ograniczającej ustawodawcę, a tym samym stabilizującej prawo i zapobiegającej jego częstym i arbitralnym zmianom.

Zasada praworządności nie wyczerpuje jednak pojęcia państwa prawa, nie pozwala bowiem w pełni wyodrębnić się społecznemu systemowi prawa. Zaczęto to stopniowo dostrzegać na przestrzeni XIX wieku w ramach różnych, niekiedy żywych do dzisiaj nurtów krytyki prawa i sądownictwa. Piętnowano sądownictwo jako bezrefleksyjne, wyobcowane i służące interesom klasowym. Sztynność ustawy nie licowała z rodzącą się wówczas także w socjologii ideą prawa jako żywego procesu społecznego, struktury społeczeństwa czy wyposażonego w sankcje obyczaju. Na gruncie tej idei powstała między innymi „szkoła wolnego prawa”, według której sędzia nie może być związany ustawą, skoro prawo jest dynamiczne i względne sytuacyjnie: „...gdy dany przepis stoi w tego rodzaju sprzeczności z obyczajowym odczuciem ogółu, że w razie jego dotrzymania autorytet prawa i ustawy zagrożony byłby dużo bardziej, niż w przypadku pominięcia tego przepisu” (Reichel 1915: 142).

O ile praworządność czyni życie społeczne przewidywalnym i dostarcza pewności co do możliwości spełnienia się powszechnych oczekiwań, o tyle mniej oczywista jest odpowiedź na pytanie, kryjące się za wyżej wymienionymi wątpliwościami dotyczącymi samodzielności sędziów, a mianowicie, na czym polega społeczna funkcja rozdziału ustawodawstwa i orzecznictwa? Innymi słowy, jakiego rodzaju problem rozwiązuje ten rozdział? Wymieniona już względna samodzielność i kreatywność sędziów w konstruowaniu normy prawnej dostarcza zaledwie pewnej istotnej wskazówki, jaką jest odmienny charakter kompetencji potrzebnych ustawodawcy i sędziemu. Istnieje różnica między ich zasadniczą orientacją poznawczą i postawą wobec systemu norm prawnych: jeden chce je zmieniać i poprawiać, biorąc pod uwagę potrzeby ogółu, drugi zaś zachować i zastosować w konkretnym przypadku zgodnie ze zdrowym rozsądkiem. Teoretycznie ową pracę mógłby jednak wykonać sędzia polityczny – formalnie podległy administracji państwowej. Aby zrozumieć, dlaczego tego rodzaju sytuacja prowadziłyby do problemów, trzeba pamiętać o wspomnianym

wcześniej ścisłym związku między wyodrębnianiem się systemu prawa a strukturą społeczeństwa jako całości. W im większym stopniu zależności hierarchiczne ustępują miejsca zróżnicowaniu horyzontalnemu, podziałowi pracy i instytucjonalizacji różnych domen komunikacyjnych zorientowanych na rozwiązywanie określonych problemów, tym bardziej złożone staje się społeczeństwo: mnożą się transakcje rynkowe, rośnie liczba negocjacji, sporów, wymiany informacji, kalkulacji skutków licznych przedsięwzięć zbiorowych. Prawo, które, zgodnie z zasadą praworządności, dostarczać ma w tych warunkach stabilnych orzeczeń, narażone jest w coraz większym stopniu na to, że konieczność szybkiego generowania rosnącej liczby decyzji zaburzy tę przewidywalność, ponieważ orzekaniu brakować będzie wyraźnych kryteriów decyzyjnych. Zwrócił na to uwagę Niklas Luhmann, pisząc: „Nie tyle wyodrębnienie się (*Ausdifferenzierung*), co przygodność wyodrębnionego już systemu stanowi problem, na który reaguje rozróżnienie ustawodawstwa i orzecznictwa” (Luhmann 1993: 302). Rozróżnienie to stwarza bowiem zasadnicze ograniczenie, a zarazem kryterium decyzyjne obu stronom: sędziemu i ustawodawcy: „Sędzia stosuje ustawy, jest posłuszny wskazówkom ustawodawcy. Z kolei ustawodawca «odjechałby w siną dal» (*Esser*), gdyby nie brał pod uwagę, że (i w jaki sposób) nowe ustawy dają się wkomponować w całokształt przesłanek decyzyjnych sądów” (Luhmann 1993: 302). Wzajemne ograniczenie polega na tym, że ani ustawodawca, ani sędzia nie patrzą na prawo własnymi oczami, lecz jako „obserwatorzy drugiego rządu” – ustawodawca stawia się na miejscu sędziego, a sędzia myśli kategoriami „racjonalnego ustawodawcy”. Mimo wzajemnej odrębności postrzegają prawo jako jedność. Jest to jednak jedność cyrkularna, ponieważ sędziowie tworzą tym więcej prawa, im więcej tworzy go ustawodawca, a ich wolność ograniczona jest z jednej strony ukształtowanymi przez orzecznictwo zasadami sprawiedliwego orzekania, a z drugiej koniecznością orzekania. Bez tej ostatniej rola sędziego byłaby nie do pomyślenia, lecz przymus orzekania stoi w pewnej sprzeczności z koniecznością sprawiedliwego rozstrzygnięcia poszczególnych spraw.

Sprzeczność, o której mowa, ujawnia w pełni funkcję społeczną sędziego: „Rozstrzygnięcia podejmowane są tylko wtedy, gdy istnieje zasadnicza nierozstrzygalność (nie tylko nierozstrzygnięcie!). W przeciwnym razie rozstrzygnięcie, decyzja byłyby już dokonane i należałoby je tylko «rozpoznać»” (Luhmann 1993: 308). Luhmann zwraca uwagę na fakt, że funkcją sędziego nie jest wcale dokonywanie sprawiedliwych rozstrzygnięć, nawet jeśli w praktyce trudno jest się z takim wnioskiem pogodzić zarówno prawnikom, podsądnym, jak i większości socjologów i badaczy sądownictwa. Jednak z obowiązku dokonywania rozstrzygnięć wynika jasno, że „sądy muszą podejmować decyzje także wtedy, gdy nie są w stanie decydować, w każdym razie nie w ramach wiarygodnych standardów racjonalności” (Luhmann 1993: 317). Jeśli postępowanie sędziego

wydaje się zbyt szybkie, „nietransparentne”, nieuwzględniające większości okoliczności istotnych dla stron, a sędzia wydaje się ignorować strony lub zniechęcać je do „partycypacji”, to przede wszystkim dzieje się tak dlatego, że jest do tego zmuszony przez swą pozycję w systemie prawa. Jak pisze Luhmann: „Niekończące się w swej istocie interpretowanie świata lub tekstów musi zostać przerwane. Trzeba w taki sposób działać przeciwko możliwości uzyskania lepszej wiedzy, jakby istniało coś, na czym można polegać, albo coś, co przynajmniej usprawiedliwiłoby dokonanie dalszych kroków” (Luhmann 1993: 312). Sędzia jest pod stałą presją czasu i decyzji, które musi podjąć. Jakkolwiek decyzja zostałaby podjęta i jakkolwiek byłaby sprzeczna z poczuciem moralnym podsądnych czy społeczeństwa, to i tak „zostanie uwolniona od ciągłego jej podważania poprzez swe prawne obowiązywanie” (Luhmann 1993: 316). Sędzia dokonuje więc swoistego gwałtu na strukturze zdarzeń, w której przeszłość determinuje teraźniejszość, a przyszłość pozostaje nieznaną. Wyrok jest niezdeterminowaną próbą określenia przez sędziego przyszłości – choćby wbrew woli stron czy niezgodnie z ewentualną (choć niemożliwą) całościową oceną zagadnienia. Sędzia musi selekcionować dostępne punkty widzenia, ograniczać uczestników procedury, brać pod uwagę tylko te informacje, które są mu niezbędne do zastosowania kodu prawnego: zgodności/niezgodności z prawem. Za sprawą tej działalności zapewne żaden z bezpośrednio zainteresowanych nie będzie zadowolony – nawet wygrywający proces, ponieważ czekał na rozstrzygnięcie, musiał brać udział w niezrozumiałej dla siebie procedurze, a zapewne też nie wzięto pod uwagę wszystkich jego argumentów i roszczeń. Poznawcze rozczarowanie jest nieodłączne od procedury sądowej, ale dzięki niemu sędzia wypełnia w imieniu prawa zasadniczą funkcję społeczną: dostarcza pewnej decyzji, do której można się odnieść, na którą można się orientować i do której można nawiązywać.

Z nakreślonego wyżej rozumienia roli sędziowskiej wynikają trzy bardzo istotne tezy, które w dalszych rozważaniach będą służyły do dokładniejszej diagnozy współczesnej sytuacji sędziów.

Po pierwsze, sędziowie zajmują centralną pozycję w systemie prawa, ponieważ przyjmując urząd poddają się szczególnej konstelacji uprawnień i ograniczeń, ściśle związanych ze społeczną funkcją prawa: są najściślej w całym systemie związani ustawą i przymuszeni do podejmowania decyzji, a zarazem przysługuje im uniwersalna kompetencja podejmowania tychże decyzji. Działalność sędziów wiąże się z jasno określonymi regułami inkluzji i wykluczania uczestników procedur sądowych, a orientacja na kod prawny najściślej odfiltruje nieistotne komunikacje. Biorąc pod uwagę te same kryteria, dodać należy, że ustawodawstwo czy doradztwo prawne to peryferia systemu, ponieważ w dużo większej mierze brane są tam pod uwagę inne racje niż prawne, brakuje też podobnego reżimu czasowego i przymusu działania (Luhmann 1993: 322).

Po drugie, zawód sędziego jest silnie profesjonalizowany, ponieważ wymaga kognitywnej orientacji na strukturę normatywną i odpowiedniego, długotrwałego treningu oraz współpracy ze środowiskiem prawniczym. Ponadto, wypełnianie roli sędziego wymaga szczególnej kombinacji postaw: pewności, odporności na presję, dystansu wobec rozstrzyganych spraw. Podtrzymanie tych postaw możliwe jest tylko wtedy, gdy sędzia „nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za skutki swych decyzji”, a jego rozstrzygnięcia kontrolowane są instancyjnie przez inne sądy. Innymi słowy, profesja sędziowska wymaga istnienia gwarancji niezawisłości sędziowskiej oraz istnienia niezależnej organizacji sądownictwa. Etos zawodu sędziego wymaga też istnienia znacznej solidarności zawodowej i poczucia lojalności wobec innych sędziów i prawników. Dzięki temu, sędziemu łatwiej jest odrzucać prośby stron, które wykraczają poza „wąskie ramy tego, co prawnie istotne” (Luhmann 1993: 331).

Po trzecie, trzeba wyraźnie odróżnić legitymizację roli sędziowskiej od akceptacji orzeczeń przez strony postępowania, opinię publiczną, media czy polityków. Jak już wyżej powiedziano, funkcja sędziego nie idzie bowiem w sukurs partykularnym oczekiwaniom, a nawet z konieczności musi się im przeciwstawić. Jak pisał Luhmann, „moralne przekonanie sędziego zdaje się dziś stanowić funkcjonalny ekwiwalent moralnych przekonań ludu” (Luhmann 1993: 315), a co za tym idzie, „«legitymizacja» w sensie transcendującego prawo odniesienia do wartości nie może w prawie odgrywać żadnej roli” (Luhmann: 317). Legitymizacji roli sędziowskiej nie będziemy tu więc rozumieć jako uznania tej roli przez jej „krąg społeczny”, czy też jako stopnia satysfakcji obywateli z pracy sądów i przebiegu procedur sądowych. Istocie roli sędziowskiej chybiamy też ujęcia, zgodnie z którymi sędzia stanowi jedynie część sędziowskiej „oligarchii”, broni interesu klasowego albo w najlepszym razie monopolu własnej grupy zawodowej na podejmowanie wiążących decyzji czy też wiedzę prawną. Ujęcia te, nawet jeśli słusznie punktuja istnienie wśród sędziów uprzedzeń czy dbałości o własne interesy, pozostawiają poza swym polem widzenia zasadniczą funkcję sędziego w różnicującym się funkcjonalnie społeczeństwie o rosnącej złożoności. Rzecz jasna, najbardziej radykalne formy krytyki prawa odmawiają legitymizacji nie tylko sędziom, ale całemu kapitalistycznemu porządkowi społecznemu. Zwykle jednak tego rodzaju całościowa krytyka nie jest artykułowana albo przyjmuje postać fatalistycznego pozbawiania złudzeń.

Dla przykładu, Pierre Bourdieu demaskuje gromadzenie przez sędziów kapitału w swoim „polu” (Bourdieu 1987), pisząc, że wyposażają jedynie w „pieczęć uniwersalizmu” własne interesy i „etnocentryzm grup dominujących” (Bourdieu 1987: 847), wytwarzając tym samym społeczną „doksę”, która obniża potencjalną mobilizację niezadowolonych. W ujęciu Bourdieu, funkcją prawa i działającego w jego służbie sędziego jest więc umacnianie dominacji. Pogląd ten jest jednak bardziej adekwatny w stosunku do starożytnych imperiów Wschodu

niż społeczeństw nowoczesnych charakteryzujących się powszechnym wzrostem aspiracji, mobilności i coraz intensywniejszą komunikacją pomiędzy różnymi sektorami społeczeństwa. W szczególności, należy zwrócić uwagę na to, że modernizacja wzmaga nacisk peryferiów na centra, poprzez wzrost inicjatywy tych pierwszych w zwiększaniu dostępności centrów, większego przenikania się centrów i peryferiów, zmniejszania symbolicznych różnic między centrami a peryferiami oraz traktowania samego uczestnictwa w grupie jako tytułu do dostępu do centrum (Eisenstadt 1971: 123).

Bourdieu nie podjął poszukiwań pozytywnego określenia funkcji sędziowskiej, ale zauważył, że legitymizacji tej roli nie można „rozumieć po prostu jako skutku ogólnego uznania” ani też „wyniku porozumienia”. Francuski socjolog rozumiał bowiem, że legitymizacja ta ma coś wspólnego z „całością obiektywnych relacji między polem prawniczym a polem władzy, a przez to, z całym polem społecznym” (Bourdieu 1987: 841). Doszedł do tego wniosku, zauważając „ciągłe napięcie między dostępnymi normami prawnymi, które wydają się uniwersalne, przynajmniej w swej formie, a z konieczności różnorodnymi, nawet skonfliktowanymi i sprzecznymi zapotrzebowaniami” (Bourdieu 1987). Obserwacje Bourdieu są więc w kluczowym aspekcie zbieżne z moimi.

Pojęcie „legitymizacji” okazuje się problematyczne w erze, gdy słuszności rozstrzygnięć nie uzasadnia ani prawo natury, ani inny rodzaj powszechnego konsensu aksjologicznego, a przymus państwowy nie jest w stanie owej zgody obywateli zastąpić. Legitymizacja nie może bowiem oznaczać akceptacji określonych decyzji z określonych motywów, lecz, jak pisze Luhmann, musi być rozumiana jako „zgeneralizowana gotowość akceptacji decyzji, które są jeszcze nieokreślone w ramach pewnych granic tolerancji” (Luhmann 1978: 28). Toteż legitymizacja roli sędziowskiej oznaczać musi uznanie ważności wyroku, zanim on jeszcze zapadnie i nie ze względu na sposób postępowania konkretnego sędziego, lecz ze względu na rolę, którą pełni w ściśle uregulowanej przez prawo procedurze. Nie występuje w niej jako osoba, podobnie jak depersonalizacji poddani są pozostali uczestnicy postępowania. Owa depersonalizacja jest w przypadku sędziego odwrotną stroną jego niezawisłości: „Sędzia nie powinien wnosić do postępowania swych osobistych uczuć i relacji, postaw lub informacji. Powinien nadać procedurze jej charakter systemu społecznego uregulowanego jedynie przez ustawę” (Luhmann 1978: 96). Z drugiej strony, gdyby sędzia był wyłącznie „ustami ustawy”, a uczestnicy zdani byliby na przewidywalny wyrok, a więc gdyby procedura była w istocie zbędna, to cała moc legitymizacyjna spoczywałaby na obowiązującym prawie, a tym samym na domniemanym konsensie co do wartości. Tymczasem rola sędziowska sprawia, że faktycznie wyrok nie jest przewidywalny, a strony postępowania wkraczają w role określone przez przepisy proceduralne i prowadzone są przez sędziego ścieżką

wzajemnego formułowania własnych stanowisk zgodnie z filtrami prawa proceduralnego. Otwartość postępowania, w połączeniu z niezawisłością i bezstronnością sędziego, legitymizują więc wyrok zanim jeszcze zostanie wydany.

Może to zakrawać na paradoks, ale legitymizacja roli sędziego poprzez jego funkcję w procedurze nie jest i (z punktu widzenia systemu) nie powinna być widoczna dla obywateli¹. Przejawia się jedynie w mechanizmach społecznych, poprzez które stanowiska stron postępowania ulegają selekcji i filtrowaniu, dając ostatecznie formalną podstawę wyroku. Uzasadnienie rozstrzygnięcia, mimo że dotyczy stron, nie odnosi się do nich jako do osób, ani nie bierze za podstawę ich osobistych przekonań czy cech, a jedynie przepisy prawa, stwarzając wszakże wszelkie pozory, jakoby rozstrzygnięcie było wynikiem postępowania. Wymiar osławający procedury jest zarazem jej wymiarem wyobcowującym, transformacja osobistej sytuacji w sytuację prawną powoduje, że uczestnicy mogą postrzegać dotyczącą ich decyzję jako konieczny rezultat własnych działań w systemie proceduralnym, w którym wyzbyli się swej osobowości.

Koncepcje legitymizacji proceduralnej skupiają się przeważnie na tym, co opisałem właśnie jako wymiar osławający, abstrahują jednak zwykle od wymiaru wyobcowującego, a więc od faktu, że tym, co legitymizuje wyrok jest nie tyle świadoma akceptacja sprawiedliwości procedury, ile niewidoczny proces dystansowania się wobec własnej osoby, sytuacji, a ostatecznie także rozstrzygnięcia, które jawi się jako skutek istnienia systemu prawa, a nie konsekwencja troski o satysfakcję stron. Zgodnie z tą koncepcją legitymizacja rozumiana jako miara stopnia satysfakcji z wyroku zależałaby w większej mierze od ogólnej akceptacji systemu prawa niż poczucia, że uczestniczyło się w sprawiedliwej procedurze. W pewnym stopniu wynika to z badań Stanisława Burdzieja, który *nota bene* reprezentuje psychospołeczne rozumienie legitymizacji proceduralnej i w odróżnieniu od proponowanej tu koncepcji za warunek legitymizacji uważa „subiektywne doświadczenie sprawiedliwości proceduralnej” wynikające z „bezpośredniej interakcji z *osobą* sędziego (czy też – z sędzią *jako osobą*)” (Burdziej 2017: 209–210). Burdziej podzielił badanych według kryterium postaw wobec prawa na legalistów, oportunistów i antylegalistów. Jak się okazało, „o ile w przypadku legalistów i oportunistów sprawiedliwość proceduralna nie odgrywa statystycznie istotnej roli jako predyktor poziomu legitymizacji sądów, o tyle jest ona czynnikiem determinującym legitymizację w przypadku antylegalistów” (Burdziej 2017: 160). Cytowane przez Burdzieja badania CBOS z 2014 roku (nr 131/2014) wskazują z kolei, że osobiste doświadczenie udziału

¹ Mamy tu zatem do czynienia z tzw. funkcją ukrytą w znaczeniu Mertona i Luhmanna. W empirycznych badaniach socjologiczno-prawnych zwracano już uwagę, że wzrost wiedzy, jaką obywatele posiadają o prawie, skutkować może spadkiem akceptacji dla prawa, procedur, w których się uczestniczy i prawników (Sarat 1975; Sarat, Felstiner 1989).

w postępowaniu sądowym nie ma negatywnego wpływu na ocenę sądów (Burdziej 2017: 157). Spośród respondentów 31% osób mających w poprzedzających badanie 5 latach kontakt z sądem oceniało sądy pozytywnie. Ocenę tę podzieliło tylko 26% tych, którzy takiej styczności nie mieli. Warto dodać, że dla proponowanej tutaj koncepcji legitymizacji istotne znaczenie ma jednak inna wartość, a mianowicie fakt, że aż 79% respondentów badania CBOS wyraziło gotowość zaakceptowania wyroku i wykonania orzeczenia, niezależnie od tego, jaka będzie jego treść.

Charakterystyczną cechą psychospołecznych czy argumentacyjnych (deliberacyjnych) koncepcji legitymizacji proceduralnej jest ich zasadniczo normatywny charakter. Niemal zawsze wskazują na deficyty procedur sądowych wynikające z depersonalizacji, selektywności i rygoryzmu, aby proponować rozwiązania alternatywne, które trudno jednak zastosować na szerszą skalę, zwłaszcza w procedurach cywilnych. W tle tych rozwiązań pojawia się zwykle utopia procedury sądowej jako egzemplifikacji interakcji prowadzącej do racjonalnego porozumienia. Na przykład, Jürgen Habermas nawiązując do Franka Michelmana, pisał: „Pojedynczy sędzia musi zasadniczo traktować swą konstruktywną interpretację jako przedsięwzięcie wspólne, odwołujące się do publicznej komunikacji obywateli” (1992: 274).

Odczuwany przez podsądnych brak dostatecznej partycypacji, oraz presja czasu, na którą skarżą się sędziowie, wydają się jednak nieodłącznie związane z naturą postępowania sądowego, które rozwiązuje raczej problemy czasowe niż społeczne w rozumieniu Luhmanna. Ceną istnienia systemu prawa jest w związku z tym napięcie obecne w roli sędziego – z jednej strony odczuwa on konieczność utrzymywania dystansu w celu reprodukcji systemu prawa w odpowiednim tempie, a z drugiej strony stale konfrontowany jest z oczekiwaniem sprawiedliwych wyroków. W tym sensie legitymizacja jego roli nie zależy od tego, jak bardzo będzie się troszczył o sprawy obywateli, ale od tego, w jakim stopniu poradzi sobie z tym napięciem i utrzyma równowagę między sprzecznymi wymogami.

Kwestionowanie roli sędziowskiej

Nowe autorytaryzmy, przyjmują wprawdzie bardzo różne formy, różnią się głównymi obszarami swej politycznej aktywności, jak też zakresem destrukcji instytucji państwa demokratycznego, niemniej wykazują pewne charakterystyczne cechy wspólne². Pierwszą jest swoisty makiawelizm, widoczny

² Definiowanie autorytaryzmu nastrocza dziś wielu problemów. Choć pod tym pojęciem rozumie się powszechnie rodzaj ustroju, w którym władza skupiona jest w ręku jednego przy-

w instrumentalizacji istniejących instytucji demokratycznych wraz z nadawaniem znanym pojęciom uproszczonych lub przeciwstawnych znaczeń. Po drugie, nowe autorytaryzmy eliminują lub umniejszają rolę wszelkich instancji pośredniczących między obywatelami a władzą państwową: konsultacji społecznych, ocen eksperckich, partycypacji w podejmowaniu decyzji dotyczących spraw publicznych. Po trzecie, z wymienioną tendencją idzie w parze nadawanie samemu pojęciu „demokracji” znaczenia plebiscytu wyposażającego rządzących we wszelkie możliwe kompetencje. Motywy makiaweliczne łączą się więc z Hobbesowskimi – wola suwerena wyrażona w wyborach ma się przekształcać w onnipotencję partii panującej nad egzekutywą. Dyskusje, głosy sprzeciwu, ważenie argumentów albo konsultacje z grupami interesu czy mniejszościami tylko hamowałyby skuteczność technokratycznego monopolu partii (Frankenberg 2020).

Elementem postrzeganym i przedstawianym przez reżimy autorytarne jako tego rodzaju przeszkoda jest w szczególności władza sądownicza, która, zgodnie z konstytucyjną zasadą podziału władz, cieszy się w ustroju demokratycznym niezależnością, pozwalającą jej kontrolować zgodność ustawodawstwa z konstytucją, jak też legalność działań władzy wykonawczej. Zasadniczymi wyróżnikami niezależności władzy sądowniczej są: niezawisłość sędziowska, niezależność sądów i organizacyjne zasady rekrutacji sędziów oparte na kompetencjach ocenianych przez przedstawicieli środowiska zawodowego. Ze względu na swą uprzywilejowaną a zarazem pasywną pozycję konstytucyjną sądy mogą pełnić przypisaną im funkcję ochrony obywateli przed opresyjnymi działaniami egzekutywy i legislatywy. To właśnie uwiera autokratów epatujących hasłem „silnej władzy”, dla której „stare elity” stanowią jedynie przeszkodę w realizacji woli „suwerena”.

Destrukcja władzy sądowniczej przybiera różne postaci – od ataków słownych po głębokie zmiany ustawowe i usuwanie sędziów ze stanowisk. Dezawuujące sędziów wypowiedzi polityków piastujących najwyższe stanowiska państwowe są zwykle przygotowaniem dalej idących działań, próbą obniżenia prestiżu władzy sędziowskiej i stworzenia wrażenia, że władza ta jest czymś w rodzaju „ciała obcego” w zdrowej tkance skutecznego państwa. W ostatnich latach szczególnie spektakularne w skali świata stały się ataki prezydenta Donalda Trumpa na cały amerykański system sądowniczy, jak też na konkretnych sędziów. Na przykład po schwytaniu sprawcy ataku terrorystycznego na Manhattanie, który miał

wódcy lub ośrodka politycznego, minimalizującego rolę podziału władz i naruszającego w istotny sposób standardy ustroju demokratycznego, to „nowe autorytaryzmy” kryją się często pod maską pozornej demokracji, przekształcając demokratyczne instytucje w wydumski (Frankenberg 2020: 65–66). W związku z tym istnieje spektrum stopni pośrednich między „demokracją” a „autorytaryzmem” i bardziej adekwatne, choć mniej precyzyjne wydaje się pojęcie „tendencji autorytarnych”.

miejsce 31 października 2017 roku, już 1 listopada Trump stwierdził na Twee-
rze w duchu populistycznego punitywizmu: „To było straszne zdarzenie, musi-
my to zakończyć, musimy to zakończyć bez ogródek. Musimy wymyślić karę
o wiele szybszą i większą niż ta, którą te zwierzęta otrzymują teraz. Będą lata-
mi wlec się przez sądy. A na koniec – nie wiadomo, co się stanie. Potrzebujemy
sprawiedliwości szybkiej, sprawiedliwości mocnej – znacznie szybszej i moc-
niejszej, niż ta, którą mamy obecnie. Ponieważ to, co mamy obecnie to żart i po-
śmiewisko. Nic dziwnego, że dzieją się takie rzeczy. I myślę, że mówię w imie-
niu wielu krajów, które są w takiej samej sytuacji”. Z kolei 4 lutego, odnosząc
się do decyzji imigracyjnej sądu, Trump napisał: „Sędzia otwiera drzwi poten-
cjalnym terrorystom i innym, którym nie leży na sercu nasz najlepiej pojęty
interes. Żli ludzie są bardzo szczęśliwi!”. Wreszcie 21 listopada 2018 roku, po
decyzji sądu apelacyjnego, nakazującej administracji uwzględnianie wniosków
azytowych niezależnie od miejsca przekroczenia granicy przez wnioskodawcę,
Trump stwierdził: „W karawanie jest mnóstwo kryminalistów! Zatrzymamy ich.
Łapać i zamykać! Aktywizm sędziowski w wykonaniu ludzi niemających poję-
cia o ochronie i bezpieczeństwie naszych obywateli naraża nasz kraj na niebez-
pieczeństwo. Niedobrze!”. Przytoczone wypowiedzi stanowią jedynie skromny
wybór z długiej serii tweetów podważających zarówno działania konkretnych
sędziów, jak i kompetencje oraz przydatność całego systemu sądownictwa.

Działania Trumpa wydają się zaledwie przygrywką do kroków podejmowa-
nych przez niektóre reżimy autorytarne w celu dezintegracji i przejęcia całej
systemu władzy sądowniczej, często wbrew obowiązującym konstytucjom.
Działania te przyjmują pewne typowe formy: obniżania wieku emerytalnego
sędziów, obsadzania sądów (zwłaszcza wyższych instancji) posłusznymi sobie
ludźmi, tworzenie sądów specjalnych, czy też nominowania dodatkowych sę-
dziów do już istniejących składów. Ta ostatnia metoda – słynny *court packing* –
zastosowana została już w 1937 roku przez prezydenta Roosevelta, który chciał
w ten sposób uratować politykę New Dealu przed orzeczeniami o jej niekonsty-
tucyjności. Ostatecznie poległa ona jednak za sprawą braku dostatecznego po-
parcia w Kongresie, a opinia publiczna odwróciła się od reform sądowniczych
Roosevelta (White 2000).

Ze względu na konstytucyjne umocowanie władzy sądowniczej, warunkiem
podporządkowania jej jest często zmiana samej konstytucji. Model ten przyję-
ły reżimy autorytarne na Węgrzech i w Wenezueli, a ich śladem poszły także
Bractwo Muzułmańskie w Egipcie i prezydent Turcji Recep Erdogan. Reżim
Victora Orbana rozpoczął reformę sądownictwa od zmiany konstytucji w 2012
roku, której szła w sukurs nowela z roku 2013 pozbawiająca sąd konstytucyj-
ny części kompetencji, w szczególności prawa stosowania swego orzecznictwa
dotyczącego praw podstawowych sprzed wejścia w życie nowej konstytucji,
jak też możliwości kontroli ustawodawstwa pod innymi względami niż czysto

proceduralne. Ponadto nowela stanowiła, że nominowana przez Orbana prezydentka Narodowego Urzędu Sądownictwa ma prawo zlecać określone sprawy wybranym przez siebie sądom. Choć Komisja Europejska poddała krytyce tę ostatnią regulację jako wprowadzenie *de facto* sądów specjalnych, władze Polski podjęły podobne kroki i to mimo braku możliwości zmiany konstytucji. Inaczej niż Hugo Chavez w Wenezueli czy Rafael Correa w Ekwadorze, którzy zmieniali konstytucję poprzez posłuszne sobie zgromadzenia konstytucyjne, polska partia rządząca nie dysponowała większością konstytucyjną w Zgromadzeniu Narodowym i musiała uciekać się do rozwiązań węgierskich, ubierając je w pozory konstytucyjności. Podobnie jak na Węgrzech, powołano w Polsce sąd specjalny (Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego). Tak jak na Węgrzech i w Egipcie za rządów Mursiego obniżono wiek emerytalny sędziów. I wreszcie tak jak na Węgrzech i w Turcji zmieniono organizację sądów oraz powołano od nowa ciało przedstawiające Prezydentowi RP kandydatów na sędziów (Krajową Radę Sądownictwa).

Odpowiedź na pytanie o powody silnej determinacji rządów autorytarnych w podporządkowywaniu sobie sądownictwa wydaje się oczywista. Sędziowie zależni od rządzących stanowią „przedłużone ramię reżimu”, pozwalają na zgodne z oczekiwaniami stosowanie prawa (lub jego niestosowanie – na przykład, gdy stosowanie konstytucji byłoby rządzącym nie na rękę), walkę z członkami opozycji politycznej i dodatkowe legitymizowanie działań rządu poprzez nadawanie im pozorów legalności. Dużo trudniej określić skutki negatywne niż motywy przejmowania przez egzekutywę kontroli nad władzą sądowniczą. Na pierwszy rzut oka może się wydawać, że polegają one po prostu na pogorszeniu sytuacji obywatela w konfrontacji z państwem. W istocie są one jednak niszczące dla struktury całego społeczeństwa.

Trzeba dodać, że reżimy autorytarne nie wszędzie i nie zawsze próbowały podporządkować sobie władzę sądowniczą. Niekiedy nie ma takiej potrzeby, ponieważ sędziowie nie wydają się wcale gotowi i chętni, by w jakikolwiek sposób przeciwstawiać się poczynaniom ustawodawcy bądź władzy wykonawczej albo ich własna tradycja orzecznicza nakazuje w różnych kontekstach umacniać hegemonię rządzących. Charakterystyczny jest przykład nazistowskich Niemiec, których kultura polityczna, przez dziesięciolecia kształtowana w duchu autorytaryzmu, nie dawała podstaw do oczekiwania, że sędziowie będą się na większą skalę przeciwstawiać bezprawnym działaniom reżimu. Sędziowie w dużej mierze zachowali więc niezależność i to mimo tego, że Hitler niejednokrotnie dawał wyraz swej pogardzie wobec prawa i sądownictwa, a w 1942 roku wygłosił mowę, która przekonała Reichstag do wyposażenia go jako dowódcę wojskowego w prawo do natychmiastowego pozbawienia urzędu każdego sędziego, urzędnika czy oficera, który, w jego przekonaniu, stwarza przeszkodę w działaniach wojennych. Lothar Gruchmann opisuje przypadek prezesa sądu

krajowego Paula Fabiga, który w 1937 roku odmówił członkini NSDAP prawa do zwrotu kosztów procesu. Ta napisała list do Hitlera, na który otrzymała odpowiedź od pracownika jego kancelarii, że „zwrot kosztów procesu jest jedynie sprawą sądu, a *führer* nie jest uprawniony do tego, by dawać sędziom takie polecenia ze względu na niezawisłość sędziów” (za: Gruchmann 2003: 512). Wytrwała członkini partii odesłała tę odpowiedź bezpośrednio Hitlerowi, który rozkazał szefowi swej kancelarii Philippowi Buhlerowi zwolnić Fabiga w ciągu 24 godzin. Zmienił jednak zdanie, gdy jego własny doradca prawny Heinrich Lammerers wyjaśnił mu, że minister sprawiedliwości nie posiada uprawnień do odwołania sędziego. Sprawa Fabiga na tym się wprawdzie nie zakończyła, ale zdołał on obronić swe stanowisko. Pokazuje to, że dla przywódców Trzeciej Rzeszy niezawisłość sędziowska stanowiła w dużej mierze czynnik legitymizujący ich „podwójne państwo” (Stolleis 1994), nawet jeśli odczuwali niejednokrotnie, że stają na drodze ich planom.

Nierównowaga funkcjonalna

Wszystko, co dotychczas powiedziano tu na temat charakteru roli sędziowskiej, wynika z jej usytuowania w określonym dynamicznym układzie odniesienia, a więc w społeczeństwie nowoczesnym, którego zasadniczą cechą jest funkcjonalne zróżnicowanie osiągające etap horyzontalnego wyodrębnienia się wyspecjalizowanych systemów. Mając na uwadze, że prawo rozwiązuje istotny problem nowoczesności, czyli zmniejsza rosnącą niepewność wynikającą z kolei z rosnącej złożoności, określiłem funkcjonalną podstawę jego legitymizacji. Następnie okazało się, że sędzia, który odgrywa centralną rolę w wypełnianiu przez prawo jego społecznej funkcji, jest też systematycznie narażony na delegitymizację wynikającą z wyobcowującego oddziaływania procedur. Zapewniają mu one niezawisłość i chronią jego bezstronność, ale zarazem stawiają w sytuacji kogoś, kto reprezentuje wobec jednostek niezrozumiałą logikę makrosocjologiczną, narzucają wymóg integralności – sędzia ma stosować normy i zasady, a nie zmierzać do kompromisów, ma być spójny w różnych orzeczeniach i z wypracowanymi liniami orzeczniczymi (Dworkin 1996: 83). Oznacza to, że legitymizacja roli sędziowskiej w społeczeństwie zróżnicowanym systemowo zależy zasadniczo od dwóch czynników: 1) stopnia i trwałości wyodrębnienia się prawa w stosunku do innych systemów i struktur hierarchicznych oraz 2) postaw i działań sędziów, którzy poprzez zachowywanie wspomnianej wyżej równowagi między sprzecznymi wymogami kręgu swej roli przyczyniają się zarówno do legitymizacji prawa, jak i centralnej pozycji, którą w nim zajmują.

Tu właśnie można zadać podstawowe pytanie dla artykułu: czy legitymizacja roli sędziowskiej jest możliwa w szczególnych warunkach zapadania

się systemu prawa, zanikania jego odrębności od systemu polityki, a więc gdy odpada pierwsza wymieniona wyżej przesłanka? Pytanie to można sformułować także praktycznie: czy sędziowie mogą odwołać się do praktyk i idei, które mogłyby im pozwolić na obronę swej roli w warunkach konfliktu między różnymi rodzajami władz? W odpowiedzi pomocny może być przykład Polski, która w latach 2015–2020 stała się areną systematycznej konfrontacji między władzami ustawodawczą i wykonawczą a sądowniczą (wspieraną przez znaczną część środowiska prawniczego).

Moje dotychczasowe rozważania nad legitymizacją roli sędziowskiej odwoływały się do tego, jak została ona funkcjonalnie usytuowana przez Luhmanna w systemie prawa. Teoria systemów przyjmuje jednak nieco uproszczoną wizję rzeczywistości społecznej, zakładając uniwersalizm i trwałość społecznego różnicowania się. W stosunkowo niewielkim stopniu dotyczy ona sytuacji, gdy proces różnicowania ulega zahamowaniu lub nawet odwróceniu, podkopując istniejącą strukturę oczekiwań i ról społecznych, a więc gdy w społeczeństwie dochodzi do funkcjonalnej nierównowagi. Role zdane są wtedy na mechanizmy autolegitymizacji, które jednak często wydają się niewystarczające, co jaskrawo uwidoczniają subiektywistyczne koncepcje legitymizacji³. Rola sędziowska zdaje się zawodzić, ponieważ jej zasadniczą funkcją nie jest wcale zaspokojenie interesów stron.

Korzystając z wyników badań empirycznych, przyjrzę się przypadkowi polskich sędziów, aby odpowiedzieć na pytania: 1) W jaki sposób postrzegają swoją rolę i funkcję społeczną?; 2) Co identyfikują jako podstawowe zagrożenia swojej roli? oraz 3) Co w ich przekonaniu legitymizuje lub może legitymizować ich rolę? Skorzystam z wyników badania, które przeprowadziłem wspólnie z Anną Machnikowską w roku 2015, w przededniu wyborów parlamentarnych, w których zwycięstwo odniosła koalicja partii prawicowych. Uzyskane wyniki uzyskane zostały na próbie losowej 833 osób reprezentującej populację 9677 sędziów z całej Polski przy założonym trzyprocentowym błędzie statystycznym⁴.

³ Do takich koncepcji zaliczymy wspomnianą tu koncepcję Burdzieja (2017), jak również wykorzystywany przezeń, solidnie podbudowany empirycznie model Tylera (1990). Z kolei tradycję obiektywistycznego rozumienia legitymizacji zapoczątkował Weber, wskazując, że ostatecznie obowiązywanie (empiryczna szansa uznania) porządku prawnego wynika albo z jego trwałej obecności (legitymizacja tradycyjna) albo wewnętrznych cech (racjonalności formalnej). Szerzej por. Kaczmarczyk (2003). Charakter obiektywistyczny posiada, rzecz jasna, także prezentowana na kartach niniejszego artykułu teoria Luhmanna wywodząca legitymizację z relacji między podsystemami społeczeństwa. Dla koncepcji obiektywistycznych charakterystyczne jest to, że wprawdzie nie negują znaczenia społecznego uznania prawa, ale postrzegają je tylko jako moment szerszego procesu i w czym innym upatrują zasadniczego sensu prawa.

⁴ Badanie przeprowadzone zostało metodą pocztowej. Uzyskano wysoki, ponad 80-procentowy stopień zwrotów i ponad 90-procentowy stopień kompletności wypełnień kwestionariuszy. Pytania kwestionariuszowe zostały przetestowane w badaniu pilotażowym, a treść

W skład badanej próby weszło 431 kobiet (51,7%) oraz 401 mężczyzn (48,1%) z sądów rejonowych (58,3%), okręgowych (33,8%) i apelacyjnych (6,9%). Pozostałe rodzaje sądów nie były brane pod uwagę w badaniu. Większość badanych (42,7%) miała od 40 do 49 lat, 29,4% miało od 50 do 51 lat, 19,3% od 30 do 39 lat, a 8,4% 60 lat lub więcej.

Wiarygodność i aktualność uzyskanych wyników wynika z dwóch okoliczności: 1) w okresie zbierania danych konflikt rodzajów władz nie miał jeszcze tak silnie politycznego, bezpośredniego i gwałtownego charakteru, jak obecnie, 2) pod pewnymi względami sytuacja sędziów już wtedy (mimo rządów innej koalicji politycznej) była podobna, ponieważ znaczna część badanych (82%) deklarowała, że niezawisłość sędziowska w Polsce jest coraz bardziej ograniczana, a 63% z nich uznawało działania ówczesnego Ministerstwa Sprawiedliwości za główny czynnik zagrażający niezawisłości sędziowskiej. Aż 91% respondentów uznało, że zapowiedziane wówczas zmiany ustawowe pozwalające ministrowi na szereg działań kontrolnych, stanowiłyby naruszenie niezawisłości sędziowskiej. Innymi słowy, badani wydawali się już identyfikować konflikt między rodzajami władz jako istotne zagrożenie dla swojej roli, a zarazem tego ich stanowiska nie można odbierać jako postawy politycznej, która bywa im zarzucana przez rządzących w Polsce od 2015 roku⁵.

Co do pierwszego pytania (o to, jak sędziowie postrzegają swoją rolę), wyniki naszego badania zdają się potwierdzać przypuszczenie, że jej znaczenie zamyka się dla nich właściwie w pojęciu niezawisłości – jest to z jednej strony wymagająca misja społeczna, a z drugiej obowiązek mierzenia się zarówno z przepisami, jak i szczególnymi rodzajami presji społecznej. 88% respondentów zadeklarowało, że nie zmieniliby swej pracy, gdyby zaproponowano im wyższe wynagrodzenie, 94% zgodziło się ze stwierdzeniem, że ich praca to „ważna misja społeczna”, a 99% potwierdziło, że zasada niezawisłości

kwestionariusza wynikała zarówno z pytań badawczych, jak i wstępnych badań jakościowych (wywiady grupowe z sędziami). Było to pierwsze, przeprowadzone na taką skalę badanie ankietowe wśród sędziów polskich i jedyne na losowej próbie reprezentatywnej dla populacji sędziów większości rodzajów polskich sądów (wyłączone zostały jedynie sądy administracyjne, Sąd Najwyższy i Trybunał Konstytucyjny).

⁵Warto zwrócić uwagę, że badanie ankietowe wśród polskich sędziów nieco później, w roku 2018 (ale w zupełnie odmiennej sytuacji politycznej) przeprowadziło stowarzyszenie Iustitia. Wyniki tego badania mogłyby być podstawą wartościowych porównań, ale niestety wiele wskazuje na to, że sondaż ten został wykonany zbyt pocięźnie. Nie zastosowano losowego doboru próby ani dodatkowych losowań, aby wypełnić założoną liczebność próby. W rezultacie kwestionariusze wypełniło jedynie 330 sędziów mających dostęp do poczty elektronicznej w tygodniu, w którym przeprowadzono badanie. Link do kwestionariusza rozsyłano tylko do sędziów zrzeszonych w stowarzyszeniu i tych, którzy podali swoje adresy elektroniczne. Do raportu niestety nie dołączono kwestionariusza ankietowego (por. https://www.iustitia.pl/images/pliki/Raport_Iustitia.pdf, dostęp: 4.05.2020).

sędziowskiej ma dla nich osobiście bardzo duże znaczenie. Jednocześnie 83% respondentów uważało, że zasada niezawisłości sędziowskiej jest w Polsce coraz bardziej ograniczana, a sędzia staje się w Polsce w coraz większym stopniu urzędnikiem (78%). Choć sędziowie utożsamiali się z państwem polskim, które w większości uznawali za państwo prawa (92%), to byli też wyraźnie zdystansowani wobec administracji, przychylając się w większości (59%) do opinii, że władzy nie sprawują najbardziej kompetentni obywatele oraz że władza nie wykorzystuje energii i zdolności obywateli (88%).

Wskazane napięcie między poczuciem państwowej misji a dystansem wobec władzy wykonawczej dało o sobie znać również w odpowiedziach na pytanie, co w największym stopniu determinuje treść orzeczeń sądowych. Oprócz ustaw, wskazywano na normy konstytucji (według ponad 70% badanych determinują one treść orzeczeń w dużym lub bardzo dużym stopniu), orzecznictwo Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego, a także doktrynę prawa. Wszystkie te wskazania są zasadniczo zgodne z ideałem niezawisłego wyrokowania. Duża część sędziów wskazywała jednak również na inne czynniki, niekiedy pozaprawne, mające duży wpływ na treść orzeczeń, mimo że zasada niezawisłości wymagałaby minimalizowania ich roli. W szczególności wielu badanych sędziów (63%) uznało, że przepisy prawne niższego rzędu w dużym lub bardzo dużym stopniu warunkują treść orzeczeń. 50% respondentów podobną rolę przypisało presji czasu. Jednocześnie ponad 63% przypisało niewielką lub bardzo niewielką rolę naciskom ze strony opinii publicznej. Można to w pewnym stopniu tłumaczyć mechanizmami atrybucji, pamiętając też o bardzo sceptycznym stosunku sędziów do tego, w jaki sposób media przedstawiają ich pracę – aż 63% badanych twierdziło, że działania mediów negatywnie wpływają na osobistą niezależność sędziów w orzekaniu, a 54% uważało wizerunek sądów w mediach za czynnik zagrażający niezawisłości.

Pytano również o znaczenie czynników subiektywnych w kształtowaniu treści orzeczeń sądowych. Ponad 76% badanych przypisało niewielką rolę światopoglądowi sędziowskiemu, niemniej, odpowiadając na pytanie o rolę „poczucia sprawiedliwości”, aż 75% respondentów uznało ją za dużą lub bardzo dużą. Wydawałoby się, że także i te wyniki można interpretować zgodnie z prawami atrybucji, niemniej logikę tę zaburza fakt, że według 80% badanych „zasady racjonalności społeczno-ekonomicznej” – tak istotne dla wielu doktryn prawa (choćby teorii racjonalnego wyboru Richarda Posnera) – nie były istotnym czynnikiem determinującym treść orzeczeń. Odpowiedzi te mogły być motywowane przesadnie normatywistycznym rozumieniem prawa albo sceptycznym stosunkiem do poglądu, że poza „poczuciem sprawiedliwości” istnieć może jakiś powszechnie akceptowalny zestaw reguł racjonalnego podejmowania decyzji. Być może za postawą tą kryje się formalizm sędziów, a więc skłonność do stosowania przepisów w ich możliwie dosłownym sensie, do minimalizowania

własnego wkładu interpretacyjnego. Podejrzenie to zdaje się potwierdzać fakt, że zdecydowanie więcej badanych stosuje często lub bardzo często wykładnię językową (92%) niż funkcjonalną i systemową (odpowiednio 64% i 68%).

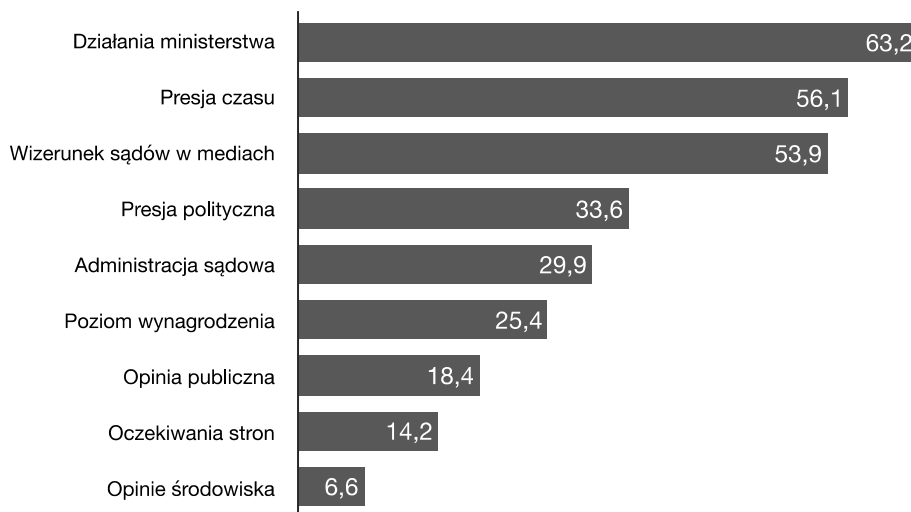
Ta ostatnia niejednoznaczność prowadzi do pytania, co sędziowie uważają za najważniejsze cele postępowania sądowego. Korzystając ze skali rang, zapytaliśmy badanych o uporządkowanie wybranych celów według preferencji. Na pierwszym miejscu uplasowała się „zgodność z literą prawa”, co można тракtować jako przejaw niezawisłości rozumianej jako obowiązek – sędzia podlega tylko ustawie, ale jest też przez nią związany, a więc jest zmuszony odsunąć inne możliwe uzasadnienia swych decyzji na dalszy plan. Drugie miejsce na skali preferowanych celów orzeczeń zajęła „sprawiedliwość wyrównawcza”, wartość łącząca zaspokojenie normatywnych oczekiwań stron z naciskiem na cnoty samego sędziego. Na trzecim miejscu uplasowała się „szybkość rozstrzygnięcia”, będąca w pewnym zakresie wartością konkurencyjną wobec sprawiedliwości wyrównawczej. Na przedostatnim miejscu znalazła się maksymalizacja użyteczności stron – zgodnie z naszą hipotezą, iż nie jest to zasadnicza funkcja roli sędziowskiej. Najniżej uplasował się cel określony jako „korzyść całego społeczeństwa” – bardzo ogólna formuła aksjologiczna, niezwiązana z rolą sędziowską.

Chociaż zdecydowanie więcej badanych uważa niezawisłość sędziowską za obowiązek niż przywilej, to nasze badanie ujawniło również, że za istotniejsze czynniki determinujące niezawisłość sędziowie uważają te zasady postępowania, które wiążą się z ich uprawnieniami. Tak więc na pierwszym miejscu znalazła się zasada swobodnej oceny dowodów, która według 90% respondentów w dużym lub bardzo dużym stopniu wpływa na niezawisłość sędziowską. Zaraz za nią znalazła się nieusuwalność sędziego (89% podobnych wskazań), a dalej: tajność narady i głosowania (81%), niezależność sądów (75%) oraz immunitet sędziowski (74%). Za czynniki mniej istotne uznawano zwykle te, które wiążą się z uprawnieniami stron do niezawisłego sądu: jawność postępowania (64%), instytucję wyłączenia sędziego (58%), formalną apolityczność sędziego (57%) czy kolegialność orzekania (34%). Uwidocznia się tu znaczenie perspektywy, z jakiej oceniana jest niezawisłość, choć zaskakująco niewielu respondentów uznało za ważne lub bardzo ważne czynniki niezawisłości instytucję zdania odrębnego (48%) i politykę personalną sądów (47%), traktując być może tę pierwszą jako gwarancję subiektywnej niezależności, a drugą jako przejaw niezależności sądów. Można więc wnosić, że sędziowie przykładają największą wagę do tych czynników niezawisłości, które odpowiadają wyżej określonym przez nas wymogom ich roli, w szczególności konieczności szybkiego podejmowania decyzji na podstawie niezdeteminowanej oceny argumentów stron.

Skoro wiadomo już, jak sędziowie postrzegają swoją rolę, pora przejść do drugiego pytania, które postawiliśmy, a więc o jej zagrożenia. Definiując rolę sędziowską za pomocą zasady niezawisłości, zapytaliśmy wprost o czynniki

ograniczające niezawisłość, proponując odpowiedzi, które były najczęściej wymieniane w trakcie wstępnych badań jakościowych (wykres 1). Najczęściej wymienianym czynnikiem (przez 63% badanych) okazały się działania ministerstwa sprawiedliwości, odzwierciedlając napięcie między władzą sądowniczą a wykonawczą. Na drugim miejscu znalazła się presja czasu (56%), wskazująca, jak pamiętamy, także jako czynnik określający treść orzeczeń sądowych. Jej obecność wśród zagrożeń niezawisłości świadczyć może o przekonaniu części sędziów, że konieczność szybkiego podejmowania decyzji uniemożliwia właściwe zastosowanie ustawy – wystarczające rozważenie sprawy i uzasadnienie procesu decyzyjnego. Jako trzeci w kolejności czynnik sędziowie wskazywali wizerunek sądów w mediach (54% wskazań), mając zapewne na myśli presję, jaką media wywierają na sądy poprzez własne oceny niektórych postępowań i kształtowanie opinii publicznej. Co ciekawe, opinia publiczna znalazła się na dużo niższym miejscu, otrzymując jedynie 18% wskazań, a więc niżej niż presja polityczna (34%), administracja sądowa (30%) czy poziom wynagrodzenia sędziów (25%). Nisko znalazły się w naszym zestawieniu oczekiwania stron (14%), co raz jeszcze wskazuje na fakt, że sędziowie w niewielkim stopniu odczuwają konieczność orientowania się na interesy uczestników postępowania. Za czynnik, który w niewielkim stopniu zagraża niezawisłości, uznano również opinie środowiska sędziowskiego (7%), co przeczy opinii, jakoby sędziowie poddani byli silnym naciskom własnej grupy zawodowej.

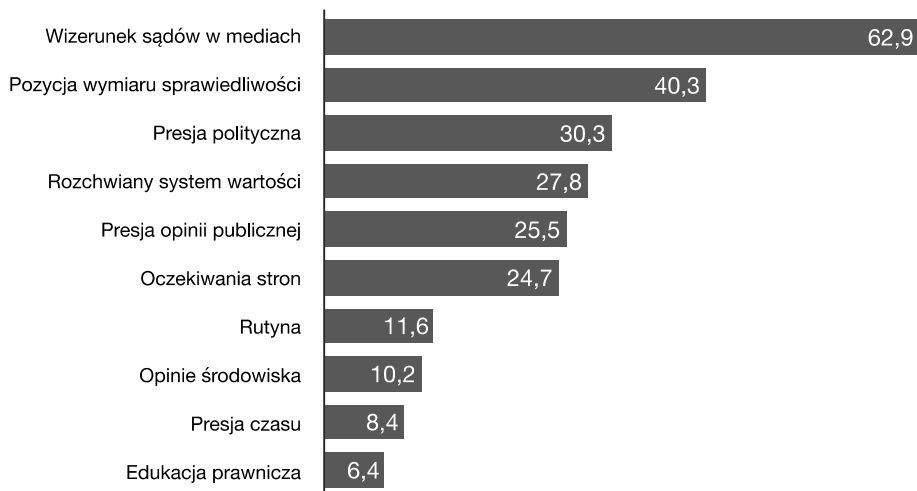
Wykres 1. Co przede wszystkim ogranicza stopień niezawisłości sędziów? (odpowiedzi w procentach)



n=833

Sędziów zapytano o czynniki ograniczające ich własną niezależność, a więc zdolność rozważnego i bezstronnego podejmowania decyzji, którą niezawisłość ma (w założeniu) chronić (wykres 2). Jako główne zagrożenie sędziowskiej niezależności badani wskazywali wizerunek sądów w mediach (63%), pozycję ustrojową wymiaru sprawiedliwości (40%) oraz presję polityczną (30%), a więc czynniki od samych sędziów niezależne oraz, co szczególnie ważne w naszym kontekście, związane z władzą sądowniczą jako funkcjonalną całością, a nie z działaniami czy postawami poszczególnych sędziów. Znacznie mniej wskazały: presja opinii publicznej (26%), oczekiwania stron (25%), a najmniej rutyna (12%), opinie środowiska (10%) czy edukacja prawnicza (6%). Stosunkowo niewielu badanych (tylko 8%) wskazało tym razem na presję czasu. Można przypuszczać, że gdy pytano o ten czynnik jako o potencjalne zagrożenie niezawisłości, był on traktowany jako zewnętrzne uwarunkowanie działalności sędziów, natomiast w kontekście pytania o niezależność, wiązany był z nieumiejętnością radzenia sobie z szybkim, a zarazem bezstronnym podejmowaniem decyzji.

Wykres 2. Co przede wszystkim ogranicza stopień niezależności sędziów?
(odpowiedzi w procentach)



n=833

Jedynie 69% badanych uważało, że stopień niezawisłości sędziów jest wysoki lub bardzo wysoki. Niewiele większy odsetek respondentów (72%) opowiedział się za opinią, że wystarczające są konstytucyjne gwarancje niezawisłości sędziowskiej. Aby zidentyfikować konkretne przyczyny, dla których sędziowie

mogą obawiać się o niezawisłość, zapytaliśmy ich także o to, czy sami doświadczali prób jej naruszenia. Pozytywnie odpowiedziało 23% respondentów, wymieniając najczęściej prywatne rozmowy czy próby kontaktu telefonicznego przez uczestników postępowania, jak również naciski przełożonych. Warto zauważyć, że na te ostatnie częściej skarżyły się kobiety, co nasuwa wniosek, że zagrożenia niezawisłości w pewnej mierze mogły się wiązać z relacjami służbowymi, w których kobiety w większej mierze niż mężczyźni narażone są na mobbing. O wewnętrznych, organizacyjnych zagrożeniach niezawisłości może także pośrednio świadczyć fakt, że kobiety oraz sędziowie sądów rejonowych częściej zgadzają się z opinią, że niezależność sędziowska jest w Polsce coraz bardziej ograniczana.

Spróbuję teraz odpowiedzieć na najtrudniejsze z trzech stawianych pytań: W jaki sposób sędziowie mogą bronić swej roli? Do jakich zasobów legitymizacyjnych mogą się odwołać? Odpowiedź, której można na to pytanie udzielić dzisiaj, po kilku latach mobilizacji środowiska sędziowskiego przeciwko daleko idącym zmianom w organizacji sądownictwa, może być znacznie bogatsza niż ta, która wyłania się z badań przeprowadzonych w 2015 roku. Dzisiaj sędziowie w dużo większej mierze występują wspólnie, jako grupa zawodowa i w większym stopniu odwołują się do funkcjonalnych aspektów swej roli. Jednak dzięki naszemu badaniu z 2015 roku można zwrócić uwagę na mechanizmy, które już wówczas były przez sędziów traktowane w ich praktyce orzeczniczej jako podstawy legitymizacji ich pracy. Były one zarazem załączkami obecnych form mobilizacji zbiorowej sędziów w ich otwartej konfrontacji z władzą wykonawczą. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na kontrolę instancyjną. Jej najistotniejszym aspektem nie wydaje się fakt, że nieusatysfakcjonowana strona procesu może liczyć na ponowne rozpatrzenie swojej sprawy, „naprawienie niesprawiedliwości” lub bardziej bezstronną decyzję. Istotniejsze jest raczej to, że sądy wyższych instancji 1) cieszą się autorytetem w systemie sądownictwa; 2) zapewniają stabilność i jedność systemu prawa oraz 3) gwarantują odrębność wymiaru sprawiedliwości od innych rodzajów władz. Autorytet sądów wyższych instancji przejawia się zwłaszcza w korzystaniu z ich orzecznictwa. Tak więc z orzecznictwa Sądu Najwyższego często lub bardzo często korzystało 83% badanych, a z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego 51%. Nawet jeśli ten ostatni odsetek wskazuje na to, że prawie połowa sędziów nie odwoływała się do wyroków TK, to bynajmniej nie świadczy to o jego niskim autorytecie w czasie prowadzonego przez nas sondażu. Wszak w odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu orzecznictwo TK determinuje treść orzeczeń sądowych, aż 77% odpowiedziało, że w dużym lub bardzo dużym. Ponadto 78% badanych nie zgodziło się z opinią, iż „pozycja Trybunału Konstytucyjnego ogranicza demokratyczne stanowienie prawa”. Biorąc pod uwagę, że Trybunał Konstytucyjny, oprócz zapewniania spójności systemu prawnego, dbał też o niezależność

władzy sądowniczej, wyraźnie wyrażane poparcie dla jego funkcji może świadczyć o tym, że sędziowie postrzegali mechanizmy kontroli ustawodawstwa i orzecznictwa w ramach samego systemu sądowniczego jako czynnik legitymizujący ich rolę. Niebagatelne znaczenie ma także fakt, że kontrola instancyjna nie ma charakteru wyłącznie wewnątrzpaństwowego, lecz również europejski. Co prawda do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości często lub bardzo często odwoływało się jedynie 20% badanych – tyle samo co do wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, ale nie jest to niski odsetek, biorąc pod uwagę liczbę spraw sądowych, w których orzecznictwo to mogło mieć bezpośrednie zastosowanie. O znaczeniu jedności systemu prawnego dla świadomości sędziów świadczyć może wreszcie to, że 69% respondentów uznało, że normy konstytucji w dużym lub bardzo dużym stopniu determinują treść orzeczeń sądowych.

Zarazem ujawnił się jednak pewien mankament autolegitymizacji w postaci słabej instytucjonalizacji grupy zawodowej sędziów. Okazało się, że jedynie 30% respondentów należy do jakiejś organizacji społecznej (z tego 78,5% do stowarzyszenia Iustitia), a 90% badanych uznało, że brakuje w Polsce podmiotu, który mówiłby w imieniu sędziów jednym głosem, a więc reprezentował ich poglądy i interesy, które, jak wynikało z wywiadów grupowych, często nie są brane pod uwagę przez ustawodawcę. W świetle wyników naszych badań, opinie, jakoby sędziowie stanowili silnie wyodrębnioną i broniącą własnych interesów „kastę”, wydają się zdecydowanie przesadzone.

Janusowe oblicze legitymizacji

Przedstawione wyniki sondażu dotyczącego oceny przez sędziów własnej roli zdają się potwierdzać nie tylko przypuszczenie o ambiwalencji wpisanej w rolę sędziego, lecz także o tym, że procesowi legitymizacji roli towarzyszy jej delegitymizacja, która po roku 2015 nie tylko nie ulega osłabieniu, lecz raczej przybiera na sile. Moje dotychczasowe rozważania dotyczyły ambiwalencji wynikającej z samej istoty roli sędziowskiej, czyli niezawisłości. Okazało się, że w braku równowagi między systemami prawa i polityki, trudno jest powstrzymać procesy delegitymizacji i sędziowie zmuszeni są odwoływać się do alternatywnych źródeł legitymizacji. Jak jednak zobaczymy, także w przypadku tych potencjalnych alternatywnych źródeł mamy do czynienia z odpowiadającymi im formami delegitymizacji. Legitymizacja i delegitymizacja to w przypadku roli sędziowskiej praktycznie dwie strony tego samego medalu, niemniej bardzo odległe od siebie w dyskursie publicznym.

Co zatem, poza niezawisłością, legitymizuje rolę sędziowską? Po pierwsze, demokratyczne państwo prawa, co wynika tak z demokratycznego ustawodaw-

stwa, jak i związania sędziów ustawą. Podstawą jedności systemu prawnego jest konstytucja, do której sędziowie odwołują się jako do istotnej determinanty treści orzeczeń sądowych, a w ostatnim czasie również jako do głównego symbolu walki o niezależność władzy sędziowskiej.

Po drugie, czynnikiem legitymizującym rolę sędziowską jest jej ekskluzywność – fakt, że stanowi ona ostateczną, społeczną instancję rozstrzygania konfliktów, której mobilizacja wiąże się z wysokimi kosztami w postaci czasu, napięcia emocjonalnego, nakładów finansowych. Im wyższe stają się progi dostępu do procesu sądowego, tym wyższy autorytet sędziego, ale tym bardziej istotne także istnienie mechanizmów filtrujących konflikty, takich jak mediacja. Nie może więc dziwić, że aż 87% badanych przez nas sędziów zgodziło się z opinią, że polski system prawny powinien w większej mierze wykorzystywać instytucję mediacji. Z kolei fakt, że 78% respondentów uważa, iż sędzia staje się w Polsce urzędnikiem, można interpretować jako wyraz przekonania, że sędziowie przytłoczeni są natłokiem zbyt wielu błahych spraw. Owa ekskluzywność jest pod wieloma względami cechą wyróżniającą system prawa a jej charakter legitymizacyjny jest niwelowany przez często niewidoczne, negatywne skutki wykluczenia (Winczorek 2019: 350–352).

Po trzecie, czynnikiem legitymizacji roli sędziego jest koncepcja sędziego jako kompetentnego interpretatora ustawy, bezstronnego tłumacza prawnego języka norm na język orzeczenia w konkretnej sprawie, albo, wyrażając się jeszcze inaczej, żywego przedłużenia porządku prawnego. Uznanie profesjonalizmu i wiedzy sędziego, wyrażone w słynnej paremii *iura novit curia*, nie może być traktowane jako skutek legitymizacji, lecz właśnie jej podstawa, domyślny powód, dla którego strony są skłonne uznać orzeczenie.

Czwartym czynnikiem legitymizacji roli sędziowskiej, kluczowym w oczach sędziów zdaje się być wspomniana kontrola instancyjna, dzięki której sędziowie postrzegani są jako ludzie podlegający ocenie, a orzeczenia jako elementy systemu prawnego podlegające korekcje, przy czym owe akty oceny i adaptacji systemu mają charakter profesjonalny, i tym bardziej formalny oraz ekskluzywny, im wyższy poziom kontroli instancyjnej.

Wreszcie po piąte, czynnikiem legitymizacji roli sędziego jest włączenie pracy sędziowskiej do międzynarodowego systemu prawnego. Dzięki temu, działalność sędziego może nie być postrzegana jako wyraz arbitralnej woli politycznej czy stronnicze orzekanie „w interesie narodowym”, lecz wkład do europejskiego dziedzictwa prawnego, podlegający ocenie z punktu widzenia zasad prawa łączących wszystkie narody europejskie. Dzięki sądownictwu międzynarodowemu odrębność systemów prawa i polityki staje się wyraźna i zyskuje dodatkową legitymizację w postaci międzynarodowego obrotu gospodarczego, któremu służy.

Opisanemu tu spektrum form legitymizacji roli sędziego odpowiadają procesy delegitymizacji. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że legitymizacja roli

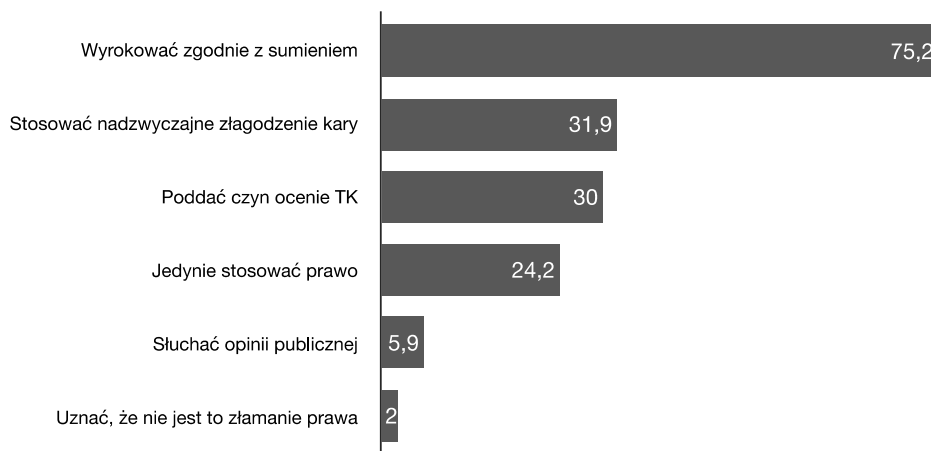
sędzię przez państwo prawa, które zapewnia mu konstytucyjne umocowanie, ma swoją odwrotną stronę, która polega na tym, że sędziowie nie pochodzą z demokratycznego wyboru, a ich orzeczenia sądowe nie podlegają demokratycznej konwalidacji. Okoliczność ta leży u podstaw typowej linii krytyki sędziów i sądownictwa, którzy z uwagi na brak demokratycznej legitymizacji mieliby nie być zainteresowani w realizacji interesu społecznego (w tym interesów stron, zwłaszcza społecznie dyskryminowanych). Wedle tej argumentacji orzeczenia sądowe wykazują systematyczne uprzedzenia o charakterze klasowym. Co więcej, nawet jeśli sędziowie nie kierują się uprzedzeniami wydając konkretne orzeczenie, to klasowy charakter może obciążać obowiązujący rodzaj wykładni (tak zwaną „opinię doktryny”), który zwykle z trudem dostosowuje się do zmian społecznych. Zapewnia systemowi prawa właściwy mu konserwatyzm, ale zarazem stanowić może słuszny asumpt do krytyki społecznej.

Po drugie, czynnikiem systematycznie pozbawiającym prawo legitymizacji jest wspomniany deficyt legitymizacji proceduralnej – to, że nigdy strony nie mogą zostać do końca wysłuchane, nigdy nie będą to wszyscy zainteresowani i nie wszystkie ważne argumenty mogą być wzięte pod uwagę. Jak wykazywaliśmy wyżej, ów brak dostatecznej otwartości na strony i brak jawności postępowania należą do natury prawa i w dużej mierze definiuje rolę sędziego, zarazem jednak przyczyniają się do ambiwalencji w postawach kręgu społecznego tej roli, stanowią jej koszt, który musi być stale rekompensowany lub zmniejszany. Jak znakomicie pokazał to Burdziej (2017), funkcję tę mogą pełnić alternatywne w stosunku do orzecznictwa sądowego formy rozwiązywania sporów, a także, w pewnym stopniu, reformy przepisów proceduralnych.

Po trzecie, wskazywano również, że przyczyną delegitymizacji roli sędziowskiej może być formalizm sędziów. Nie oznacza on, że sędziowie po prostu wyrokują na mocy przepisów – tego bowiem wymaga także szerzej rozumiane, pozytywistyczne rozumienie prawa – lecz że interpretują przepisy zasadniczo w sposób literalny, redukując konieczne narzędzia interpretacyjne i standardy wykładni prawa, jak również, że uważają swą pracę za wykonywanie operacji logiczno-technicznych, nie wymagających ocen i wyborów aksjologicznych (Maczak 2007: 64–70; Maczak 2020). Wyniki naszego badania wskazują, że nawet jeśli wziąć pod uwagę same deklaracje sędziów i nie badać treści orzeczeń, sędziowie przykładają w praktyce największą wagę do wykładni literalnej, natomiast rzadko odwołują się do podstaw aksjologicznych systemu prawa. Częste lub bardzo częste odwoływanie się w praktyce orzeczniczej do wartości deklaruje tylko 48% badanych w wieku od 31 do 39 lat. Choć czyni tak więcej respondentów, którzy przekroczyli sześćdziesiąty rok życia (67%), to fakt ten może odzwierciedlać ogólniejsze, związane z wiekiem zmiany postaw wobec integracji społecznej poprzez wartości, a nie sposób rozumienia własnej roli. Nasze badanie ukazało w istocie rodzaj ambiwalencji sędziów w odniesieniu

do formalistycznej wykładni prawa. Ujawniła się ona w odpowiedzi na pytanie o preferowany sposób traktowania nieposłuszeństwa obywatelskiego (wykres 3). Wprawdzie duża część sędziów (24%) uznała, że należy „jedynie stosować prawo”, lecz 30% wyraziło wątpliwości, chcąc „podać oprostowywany przepis ocenie TK”, a aż 75% wyraziło chęć wyrokowania „zgodnie z własnym sumieniem”.

Wykres 3. W jaki sposób należy oceniać przypadki nieposłuszeństwa obywatelskiego? (odpowiedzi w procentach)



n=831

Wynika z tego, że trudno uznać polskich sędziów za zdeklarowanych formalistów. Borykają się oni raczej ze sprzecznymi wymogami swej roli. Formalizm ma w istocie podwójne oblicze: z jednej strony pozwala na traktowanie sędziego jako obiektywnego poznawczo wykonawcę ustawy, a z drugiej ogranicza właśnie jego zdolność do zrozumienia sensu stosowanego przepisu i podważa jego rolę odpowiedzialnego decydenta.

Dodatковым powodem, dla którego stosowanie prawa, nawet jeśli nie wykazuje typowych cech formalizmu, może narażać rolę sędziowską na delegitymizację, jest istnienie wielu wad prawa materialnego w postaci luk, sprzeczności, nieproporcjonalności czy nadmiaru przepisów. Sędziowie, którzy zmuszeni są do stosowania tego prawa, narażeni są na zarzuty, które nie dotyczą bezpośrednio ich samych, lecz norm, które stosują. W pewnym sensie sędzia uosabia prawo, zlewa się z nim i ponosi w oczach stron oraz opinii publicznej odpowiedzialność za coś, co nie jest jego dziełem.

Po czwarte, nawet wykazując najlepsze chęci, sędziowie zmuszeni są używać języka prawniczego i komunikować się w sposób skrajnie zdepersonalizowany,

co pomaga im zachować wizerunek bezstronności. W wydawaniu orzeczeń i formułowaniu uzasadnień nie orientują się zresztą na strony, lecz potencjalną kontrolę instancyjną i starają się o jak największą precyzję i bogactwo odniesień tak do norm prawnych, jak i orzecznictwa wyższych instancji. Naraża ich to na tym większy krytycyzm ze strony mediów, opinii publicznej, a także władzy ustawodawczej, którym wyalienowanie stanu prawniczego może się wydawać zasłoną dymną bliżej nieokreślonych interesów lub, w najlepszym razie, rytualistycznym przeżytkiem. Po raz kolejny okazuje się więc, że czynnik legitymizacji jest zarazem potencjalnie delegitymizujący.

Po piąte, choć włączenie polskiego systemu prawnego do systemu prawa europejskiego poprzez mechanizm kontroli instancyjnej legitymizuje działania sędziów, to należy pamiętać, że polski obrót gospodarczy poddany jest także wielu formom międzynarodowego rozstrzygania sporów, które mogą rodzić podejrzenia o całkowicie niedemokratyczny charakter, mimo że często dotyczą dóbr publicznych (chodzi zwłaszcza o rozstrzygnięcia trybunałów arbitrażowych w sprawach inwestycyjnych). Podobnie jak trybunały handlowe nie podlegają one kontroli władzy państwowej, coraz bardziej wypierając jurysdykcję sądów krajowych (Alter 2018). Podważają legitymizację tych ostatnich stopniowo i dyskretnie, zmniejszając ich znaczenie gospodarcze.

Konkluzja

Procesy legitymizacji i delegitymizacji jawią się w moim opisie jako zarazem nieuniknione i ściśle ze sobą powiązane, a ich równoczesność wymaga stałego wysiłku utrzymywania między nimi równowagi. W tej mierze, w jakiej podobne są do opisywanego przez Roberta Mertona „konfliktu oczekiwań ze strony partnerów zestawu ról (z których każdy zakłada, że prawomocność jego własnych żądań nie podlega dyskusji)” (Merton 2002: 418), równowagę między oczekiwaniami zapewnić mogą stowarzyszenia zawodowe, które, wedle słów Mertona, „służą budowie systemu normatywnego, w którym się przewiduje, a tym samym osłabia, sprzeczne żądania stawiane ludziom o tym statusie” (Merton 2002: 418). Według amerykańskiego socjologa system wartości, który wypełnia ową funkcję łagodzącą, zdaje się być wtórny wobec oczekiwań rodzących się w interakcjach właściwych danej roli. Tymczasem w przypadku sędziów mamy do czynienia raczej z mechanizmem odwrotnym – funkcja, którą sędzia pełni w systemie, musi znaleźć wystarczającą legitymizację na poziomie interakcyjnym, na którym nie jest widoczna. Wartości, które reprezentuje, odnoszą się do mechanizmów strukturalnych i trudno je dostrzec w konkretnym sporze prawnym. Legitymizacja i delegitymizacja okazują się raczej podobne do znanych z dzieła Williama Thomasa i Floriana Znanieckiego organizacji

i dezorganizacji społecznej – procesów, które mogą dokonywać się równolegle na różnych poziomach życia społecznego: narodu, wspólnoty i rodziny. Jak dowodzili autorzy *Chłopa polskiego*, kryzys wartości, widoczny na poziomie życia indywidualnego lub rodzinnego, może nie ujawniać się na poziomie wspólnoty (Thomas, Znaniecki 1958 [1918]: 1129). W przypadku sędziów, delegitymizacja na poziomie postępowań sądowych również nie musi wiązać się z upadkiem systemu prawa, a delegitymizacja systemu prawa nie musi oznaczać zaniku funkcji procedur. Wiele wskazuje na to, że czynniki legitymizujące rolę sędziowską przyczyniają się także, w innych kontekstach, do jej delegitymizacji. Toteż, gdybyśmy chcieli wysunąć postulat „relegitymizacji” (przez analogię do „rekonstrukcji”), to musiałaby się ona odwoływać do tych samych czynników, które mogą negatywnie wpływać na postrzeganie roli sędziowskiej. Byłaby w tym sensie jedynie dyskursywnym przeniesieniem akcentów. Nie mogłoby się ono jednak dokonać poprzez całkowitą redefinicję, ponieważ odwrotnej strony legitymizacji nie można po prostu wyłączyć.

Trzeba natomiast zwrócić uwagę na rolę ogólnospołecznych wartości, które leżą u podstaw każdej formy legitymizacji roli sędziego. Wokół nich mobilizują się także grupy stojące w obronie tej roli rozumianej jako element ustroju. Taka mobilizacja wymaga wszakże motywów łączących całe środowisko sędziowskie ze względu na funkcję sędziowską. Można sądzić, że pojawiły się one z całą mocą w kontekście walki władzy sądowniczej o swą odrębność po 2015 roku. Integracja społeczna poprzez wartości staje się bowiem istotnym celem nie wtedy, gdy następuje różnicowanie się społeczeństwa, lecz wtedy, gdy jest podważane i delegitymizowane, gdy nie chodzi tylko o legitymizację roli sędziego, uczonego czy przedsiębiorcy, lecz o sens funkcjonalnego zróżnicowania – wartości, które leżą u jego podstaw.

Ponieważ teoria Luhmanna zakłada uniwersalizm funkcjonalnego zróżnicowania i abstrahuje od możliwości, że zasada ta może być odwracana, z pola widzenia niemieckiego socjologa umyka też mobilizacja po stronie zróżnicowania w imię wartości. Powracające fale autorytaryzmu każą tymczasem pytać wciąż na nowo, jak zróżnicowania bronić i jaki ma ono sens. Bez odpowiedzi na to pytanie łatwo jest tymczasem podważać wyodrębnianie się ról charakterystycznych dla wysoce złożonego społeczeństwa nowoczesnego. Niemal dwie dekady przed ukazaniem się *Das Recht der Gesellschaft*, Eisenstadt wydawał się lepiej widzieć problem zlekceważony przez Luhmanna i zastanawiał się nad motywami, dla których ludzie akceptują podziały społeczne w obliczu ich niefunkcjonalności czy nawet szkodliwości. Jak pisał, ludzkie cele nigdy nie mogą być z góry traktowane jako oczywiste, w związku z czym powstaje pytanie, jak jest możliwe, że zbiorowość narzuca zbiorowy cel wszystkim lub większości swych indywidualnych członków (Eisenstadt 1971: 34). Podnosząc dobrze znane w socjologii argumenty przeciwko tezom o „zewnętrzny przymusie, któremu nie

można się oprzeć”, jak też „porządku jako agregacji indywidualnych interesów”, Eisenstadt uważa, że socjologia powinna uznać „fakt, że we wszystkich społeczeństwach ludzkich zasadniczą troską było i jest poszukiwanie sensownego porządku społeczno-kulturowego” (Eisenstadt 1971: 35).

Eisenstadt częściowo akceptuje tezę Jamesa Colemana, że interes indywiduum w przyczynianiu się do powstania lub trwania określonego ładu społecznego może wynikać z jego wizji przyszłości (Eisenstadt 1971: 36). Teza ta nabrała szczególnego znaczenia w dobie rewolucji konstytucyjnych przełomu lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku, kiedy to, jak trafnie pisał Ulrich Preuss (1990), twórcy nowych konstytucji w Europie Środkowo-Wschodniej zrywali ze sztywnym planowaniem, charakterystycznym dla marksizmu. Konstytucje przełomu demokratycznego odpowiadały otwartej wizji przyszłości, która charakteryzuje społeczeństwa podlegające funkcjonalnemu zróżnicowaniu. Zwrócił uwagę na tę cechę zróżnicowania Eisenstadt, pisząc: „nieprzewidywalność mutacji [wytwarzających charyzmatycznych przywódców] może odzwierciedlać zagadkowo niezdeteminowany charakter różnicowania społecznego, a więc fakt, że w każdym danym czasie, instytucja zdaje się nie zawierać jednego, lecz kilka, często konkurencyjnych, możliwości rozwojowych” (Eisenstadt 1971: 47). Właśnie w tym sensie także Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku jest konstytucją społeczeństwa zorientowanego na funkcjonalne zróżnicowanie – jest ono samo w sobie jej nadrzędną wartością, pozostawiając logice rozwoju społecznego konkretne formy organizacyjne, do jakich to zróżnicowanie może doprowadzić. W tym właśnie sensie konstytucja stanowi plan rozwoju społecznego, a nie tylko zbiór norm⁶. Plan ten w dużej mierze został wprowadzony w życie, nawet jeśli pojawiają się tendencje przeciwstawne.

Dużo bardziej niejednoznaczna jest natomiast odpowiedź na pytanie, czy Konstytucja RP z 1997 roku jest wyrazem powszechnej zmiany świadomości społecznej, odpowiadającej logice zróżnicowania. Polityczne tendencje antykonstytucyjne sugerują negatywną odpowiedź na to pytanie. Być może więc, owa zmiana świadomości była dalece niepełna i dotyczyła jedynie grup najbardziej zaangażowanych w przemiany instytucjonalne, a poparcie dla konstytucji było w większej mierze pokłosiem ruchu reformistycznego niż demokratycznego, jeśli zastosować te dwa pojęcia do Solidarności (Kaczmarczyk 2010: 277–283). Czy oznacza to, że rewolucję demokratyczną przełomu lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych można także nazwać, parafrazując Andrzeja Ledera, „prześnioną”? Byłoby to, moim zdaniem, wyrazem zbytniego pesymizmu, biorąc pod uwagę potencjał indywidualnej inicjatywy, który konstytucja pozwoliła spożytkować polskiemu społeczeństwu w ostatnich dwudziestu

⁶ Podobnie orientację na przyszłość przypisuje prawu Mateczak (2019).

latach. Sytuacja, w której organizacja społeczna niejako wyprzedza przemiany świadomości społecznej, każe nam raczej powrócić do zasadniczego pytania Durkheima, które powtórzył, choć także pozostawił bez odpowiedzi Eisenstadt: czy zróżnicowanie funkcjonalne może samo wytworzyć podtrzymujący je system wartości?

Literatura

- Alter, Karen. 2018. *Theorizing the Judicialization of International Relations*. iCourts Working Paper Series 144.
- Baer, Jr. Harold. 2011. *Judges Under Fire. Human Rights, Independent Judges, and the Rule of Law*. Chicago: American Bar Association.
- Brodocy, André. 2009. *Die Macht der Judikative*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Brügemann, Dieter. 1962. *Die rechtsprechende Gewalt*. Berlin: Walter de Gruyter.
- Bourdieu, Pierre. 1987. *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*. Przekład R. Terdiman. *Hastings Law Journal*, 38: 814–853.
- Burdziej, Stanisław. 2017. *Sprawiedliwość i prawomocność. O społecznej legitymizacji władzy sądowniczej*. Toruń: Wydawnictwo UMK.
- Durkheim, Emile. 1999. *O podziale pracy społecznej*. Przekład Krzysztof Wakar. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Dworkin, Ronald. 1996. *Freedom's Law. The Moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.
- Eisenstadt, Shmuel N. 1963. *The Political Systems of Empires*. New York: Free Press.
- Eisenstadt, Shmuel N. 1971. *Social Differentiation and Stratification*. Glenview: Scott, Foresman and Company.
- Frankenberg, Günter. 2020. *Autoritarismus. Verfassungstheoretische Perspektiven*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Gruchmann, Lothar. 2003. „Generalangriff gegen die Justiz?” *Der Reichstagsbeschluss vom 26. April 1942 und seine Bedeutung für die Maßregelung der deutschen Richter durch Hitler*. *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 4: 509–520.
- Habermas, Jürgen. 1992. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Heitmeyer, Wilhelm. 2018. *Autoritäre Versuchungen*. Berlin: Suhrkamp.
- Kaczmarczyk, Michał. 2003. *O pojęciu racjonalizacji prawa w socjologii Maxa Webera*. *Studia Socjologiczne*, 4: 57–82.
- Kaczmarczyk, Michał. 2010. Wielowymiarowa teoria Solidarności. *Studia Socjologiczne*, 3: 263–288.
- Luce, Edward. 2017. *The Retreat of Western Liberalism*. New York: Abacus.
- Luhmann, Niklas. 1978. *Legitimation durch Verfahren*. München: Hermann Luchterhand Verlag.
- Luhmann, Niklas. 1993. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt A. M.: Suhrkamp.

- Matczak, Marcin. 2007. *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Matczak, Marcin. 2019. *Imperium tekstu. Prawo jako postulowanie i urzeczywistnianie świata możliwego*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Matczak, Marcin. 2020. *The Strength of the Attack or the Weakness of the Defence? Poland's Rule of Law Crisis and Legal Formalism*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3121611> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3121611>, dostęp: 10.02.2018.
- Merton, Robert K. 2002. *Teoria socjologiczna i struktura społeczna*. Przekład Ewa Morawska, Jerzy Wertenstein-Żuławski. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Mounk, Yascha. 2018. *Der Zerfall der Demokratie*. München: Droemer.
- Preuss, Ulrich K. 1990. *Revolution, Fortschritt und Verfassung*. Berlin: Wagenbach.
- Rasehorn, Theo. 1989. *Der Richter zwischen Tradition und Lebenswelt. Alternative Justizsoziologie*. Baden-Baden: Nomos.
- Reichel, Hans. 1915. *Gesetz und Richterspruch*. Zürich: Orell Füssli.
- Runciman, David. 2018. *The Confidence Trap. A History of Democracy in Crisis from World War I to the Present. Revised Edition*. Princeton: Princeton University Press.
- Sarat, Anton. 1975. *Support for the Legal System: An Analysis of Knowledge, Attitudes, and Behaviour*. *American Politics Quarterly*, 3: 3–24.
- Sarat, Anton, Felstiner W. L. F. 1989. *Lawyers and Legal Consciousness: Law Talk in the Divorce Lawyer's Office*. *Yale Law Journal*, 98: 1663–1688.
- Schellenberg, James A. 1996. *Conflict Resolution. Theory, Research, and Practice*. Albany: State University of New York Press.
- Stan niezależnego sądownictwa w Polsce. Raport z badań i analiz Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia”*, https://www.iustitia.pl/images/pliki/Raport_Iustitia.pdf.
- Stolleis, Michael. 1994. *Recht im Unrecht*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Thomas, William I., Znaniecki Florian. 1958 [1918]. *The Polish Peasant in Europe and America*. New York: Dover.
- Tschentscher, Axel. 2005. *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Turnbull, Colin. 1961. *The Forest People*. New York: Simon and Schuster.
- Tyler, Tom. 1990. *Why People Obey the Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Wassermann, Rudolf. 1972. *Der politische Richter*. München: Piper Verlag.
- Weber, Max. 1972. *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*. Tübingen: Mohr (Siebeck).
- Wesel, Uwe. 1985. *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Wesel, Uwe. 2016. *Aufklärungen über Recht. Zehn Beiträge zur Entmythologisierung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Winczorek, Jan. 2019. *Dostęp do prawa. Ujęcie socjologiczne*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- White, Edward G. 2000. *The Constitution and the New Deal Court: The Structure of the Constitutional Revolution*. Cambridge: Harvard University Press.