

II. SYMPOZJUM POŚWIĘCONE PAMIĘCI PROF. MAŁGORZATY MATERNIAK-PAWŁOWSKIEJ

MARIA ZMIERCZAK

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska

Adam Mickiewicz University, Poznań, Poland

e-mail: maria.zmierczak@amu.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0003-1116-3561>

Sędziowie a prawo – debata XIX- i XX-wiecznych teoretyków i filozofów prawa o sędziach twórcach prawa

Judges and law:

The nineteenth- and twentieth-century debates of philosophers
and theorists of law on judges as creators of law

The article reviews various theses advanced by philosophers and theorists of law from the 1860s onwards, which challenged Montesquieu's famous theses that judges are only 'the mouth of the law' and that the judicial power is almost null. These theses, connected with the idea of the separation of powers, underpinned legal positivism, a theory that dominated the nineteenth century. Soon, however, the question arose whether every legal act or decree is law. The question was addressed by Rudolf Stammler (law must be just), Leon Duguit (law is law only if it accepts the principle of solidarity) and Hermann Kantorowicz (Gnaeus Flavius), who argued for free judicial decision-making: judges should be free to decide whether a decree or legal act should be treated as law. After World War II and the experience of legislation in the Third Reich, Gustav Radbruch argued that intolerably unjust laws should not be regarded as legally valid, even if properly promulgated. Many philosophers returned to the idea of natural law. The result was the introduction into many constitutional texts and into international law of such notions as human rights and equality before the law; this phenomenon was often called a legalisation (positive formulation) of natural law. Consequently, through the development of constitutional courts, judges became indirect legislators, since they can rule that the norms are not law because they contradict the constitution. The idea that judges are only the 'mouths of

the law', with no possibility of denying or questioning the legal character of decrees or norms enacted by the legislature, has been practically rejected.

Keywords: judges, legal positivism, judications of law, judicial activism

1. Monteskiuszowska idea „sędziowie ustami ustawy” i jej załamanie pod koniec XIX wieku

Po rewolucji francuskiej w teorii, a coraz częściej i w praktyce, zasada podziału władzy, połączona z przekonaniem, iż sędzia nie tworzy, ale stosuje prawo, zdominowała teorię prawa. Ponieważ prawo miało być równe dla wszystkich, a także miało wyrażać wolę suwerennego narodu, narastała – powszechna już w Oświeceniu – idea kodyfikacji prawa, co wzmacniało również tezę, że sędziowie są tylko ustami ustawy. W XIX wieku dominowała liberalna idea podziału władzy, a jej logiczną konsekwencją było to, że sędziowie nie są twórcami prawa. Poza nielicznymi wyjątkami – przykładem może być niemiecka szkoła historyczna – idea Monteskiusza przeważała. Teza Monteskiusza, jak się wydaje, wzmacniała pozytywizm prawniczy.

W swoim wielkim dziele *O duchu praw*, w którym Monteskiusz wyłożył liczne argumenty na rzecz podziału władzy, opisał on rolę sędziego następująco:

Mogłoby się zdarzyć, że prawo, które jest równocześnie jasnowidzące i ślepe, byłoby w niektórych wypadkach zbyt surowe. Ale sędziowie narodu to są, jak rzekliśmy, jedynie usta, które wygłaszają brzmienie praw; nieożywione istoty, które nie mogą złagodzić ani ich siły, ani surowości (Ks. 11, r. VI)¹.

Monteskiusz troszczył się przede wszystkim o wolność polityczną obywatela, a tej zabrakłoby bez podziału władz. Przypomnijmy tutaj rozważania Monteskiusza o władzy sądowniczej:

Nie ma również wolności, jeśli władza sądowa nie jest oddzielona od prawodawczej i wykonawczej. Gdyby była połączona z władzą prawodawczą, władza nad życiem i wolnością obywateli byłaby dowolną; sędzia bowiem byłby prawodawcą. Gdyby była połączona z władzą wykonawczą, sędzia mógłby mieć siłę ciemężyciela. Wszystko byłoby stracone, gdyby jeden i ten sam człowiek lub jedno i to samo ciało możliwych albo szlachty, albo ludu sprawowało owe trzy władze: tworzenie praw, wykonywanie publicznych postanowień oraz sądzenie zbrodni lub sporów między jednostkami. [...] Władza sądowa nie powinna być powierzona stałemu senatorowi, ale wykonywana przez osoby powołane z ludu, w pewnych okresach roku, w sposób przepisany prawem, aby tworzyć trybunał trwający tylko pół roku,

¹ Charles-Louis de Secondat Monteskiusz, *O duchu praw*, tłum. Tadeusz Boy-Zeleński (Vis-à-Vis, 2016), 179.

póki tego konieczność wymaga. W ten sposób owa tak groźna władza sądowa nie będzie przywiązana ani do pewnego stanu, ani do pewnego zawodu, staje się można rzec, niewidzialną i żadną. Nie ma się ustawicznie sędziów przed oczami; lęk budzi urząd, a nie urzędnicy².

Wydaje się, że uprawniona jest teza, iż przez większość XIX wieku dominowała teoria, że sędziowie nie tworzą prawa, tylko są „ustami ustawy”, która to teoria wspierała pozytywizm prawniczy. Pozytywizm prawniczy zakładał, że doskonała znajomość tekstów prawnych, analiza użytych w nich wyrażen i pojęć, przy zastosowaniu znanych od czasów rzymskich logicznych rozumowań prawniczych, takich jak *a maiori ad minus*, *a minori ad maius*, *argumentum a contrario*, sprawia, że sędzia zawsze potrafi rozstrzygnąć spór. Rozkwit pozytywizmu prawniczego skutkowało pogłębioną analizą pojęć prawnych, stąd określenia *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudencja pojęciowa) czy *Gesetzespositivismus* (pozytywizm ustawowy), popularne w nauce niemieckiej. Wiązało się to z odrzuceniem koncepcji prawnonaturalnych. Wybitny teoretyk i piewca pozytywizmu prawniczego Magnus Bergbohm zwalczał wszelkie odwołania do prawa natury czy – w bardziej zmodernizowanej formie – do „natury rzeczy”, którymi mieliby posługiwać się prawnicy-praktycy. Bergbohm dobitnie mówił:

Chwast prawa naturalnego bez względu na to, w jakiej przejawia się formie lub zasłonie, otwarcie lub skrycie, winien być wytępiony bez litości. Od wszystkiego, co się nazywa jurysprudencją, nauką o prawie, filozofią prawa i co pretenduje do naukowości, należy w sposób stanowczy odsunąć każdą myśl o tym, że coś mogłoby być prawem, nie będąc prawem pozytywnym lub dotyczyć by mogło prawa, nie znajdując potwierdzenia w prawie rzeczywistym³.

W niemieckiej cywilistyce do dziś jest pamiętany głośny wyrok sądu, który nie uznał za kradzież pobierania prądu bez zapłaty, ponieważ – jak stwierdził sąd – prąd nie mieści się w kodeksowej definicji „rzeczy”, a kradzież oznaczała przecież zabór rzeczy. Niemiecki autor, przypominając ten wyrok sądu karnego w Lipsku, nie powstrzymał się od stwierdzenia, że wyrok ten był „eine typisch deutsche dogmatische Spielerei”⁴, co należałoby przetłumaczyć jako „typowo niemiecką dziecinadę”. Wyobrażenie, że wyroki sądów są jak działania matematyczne, zdominowało – jak się wydaje – końcówkę XIX wieku.

² Monteskiusz, *O duchu praw*, 173–174.

³ Karl Magnus Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (Duncker & Humboolt, 1892), 118, tłumaczenie za: Antoni Peretiatkowicz, „Jellinek jako filozof prawa”, w: Antoni Peretiatkowicz, *Studia prawnicze* (Księgarnia Św. Wojciech; Dom Książki Polskiej, 1938), 198–199.

⁴ Hans Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte* (C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992), 646.

2. Argumentacja krytyków pozytywizmu i reakcja jego obrońców – normatywizm prawniczy

Pod koniec XIX wieku pojawił się jednak problem niedopasowania prawa do skomplikowanej rzeczywistości, starano się więc znaleźć jakieś zasady, nadrzędne wartości, które miały przesądzać o treści i sposobie interpretacji prawa stanowionego, a przede wszystkim o tym, że dana ustawa w ogóle jest prawem. Na tę zmianę wpłynęły rozmaite czynniki, wśród których wskazać należy także ekonomiczne, związane z rozwojem przemysłu, nowym kształtem społeczeństwa, rozwojem nauk ścisłych itd. Wiele nowych zjawisk wymagało zmiany, a nawet rozwoju nowych dziedzin prawa, takich jak prawo pracy czy ubezpieczeń. Wydaje się, że zwłaszcza w prawie cywilnym – wobec komplikacji i nowości w życiu społecznym, takich jak pojawienie się klasy robotników, industrializacji, masowej edukacji, urbanizacji etc., przy szybko pojawiających się nowych problemach społecznych – niektóre sprawy nawet nie były wzmiankowane w obowiązujących aktach prawnych. Zdawano sobie z tego sprawę, czego pośrednim dowodem może być art. 1 szwajcarskiego kodeksu cywilnego z 1912 r., który brzmiał:

Ustawa ma zastosowanie do wszystkich kwestii prawnych, dla których zawiera przepis według swego brzmienia lub wykładni. Jeżeli nie można znaleźć w ustawie żadnego przepisu, sędzia powinien rozstrzygnąć według prawa zwyczajowego, a gdzie i tego braknie, według reguły, którą by ustanowił jako ustawodawca. Przy tym powinien uwzględnić naukę ustaloną oraz tradycję.

Pytanie o to, jakie prawo powinno być, zadał po raz pierwszy Rudolf Stammler (1856–1938), autor wydanej w 1902 r. *Die Lehre vom richtigen Recht* (Nauka o słusznym prawie).

W 1903 r. pod pseudonimem Gnaeus Flavius wydał swoje dzieło Hermann Kantorowicz, który rozwinął koncepcję wolnego orzecznictwa. Stał się on ojcem ruchu wolnego orzecznictwa sędziów (*Freirechtssprechungsbewegung*), domagając się uznania twórczej roli sędziów w kształtowaniu prawa. Zaznaczmy, że Kantorowicz wyjechał do USA i stamtąd krytykował nazistowską zasadę *Recht ist was dem Volke nutzt*; był zresztą kandydatem do Nagrody Nobla w 1934 r. Pytanie, czy każda ustawa zasługuje na miano prawa, stawało się coraz bardziej naglące. Dotyczyło też różnych okoliczności. W wykładzie z 1956 r. zatytułowanym „Der Jurist und das unsittliche Gesetz” Helmut Coing podał dwa przykłady takiej „nieprzyzwoitej ustawy”. Jeden z nich dotyczył prawa cywilnego, a drugi prawa karnego. Wskazywał na galopującą w Niemczech po I wojnie światowej, w latach 1919–1923, inflację, która spowodowała, że przed wojną dolar amerykański wart był 4,20 marek, pod koniec wojny proporcja wynosiła 1:82, a jesienią 1923 r. miał wartość 4,2 biliona marek! Gdy jesienią rząd wprowadził

nową walutę, bilion marek dawał jedną nową reichsmarkę. Liczni dłużnicy, których zobowiązania z tytułu pożyczek zabezpieczone zostały hipoteką gruntową, spłacali podczas inflacji długi stale obniżającą swą wartość walutą i natychmiast żądali wykreślenia hipoteki. Było to oczywiście związane ze stratą wierzycieli. Doszło do procesów i wielu sędziów stanęło wobec dylematu, czy spłata długu w pieniądzu nieopartym na złocie w warunkach galopującej inflacji rzeczywiście jest sprawiedliwa? Z drugiej strony ustawa o pieniądzu z 1909 r. uznawała pieniądz papierowy za równoważny ze złotem i jeszcze w 1919 r. sędziowie trzymali się zasady, że skoro ustawa obowiązywała, to dług został spłacony. Dopiero w 1923 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że zapłata w markach papierowych nie była dopuszczalna. W uzasadnieniu tego wyroku Sąd uznał, że taka spłata naruszyła zasadę *Treu und Glauben* (założenie uczciwości i dobrej wiary stron umowy), która przewidziana jest w prawie umów w prawie cywilnym, i że zasada ta musi mieć pierwszeństwo przed ustawami o walucie. W gruncie rzeczy sąd odmówił ustawom o walucie miana prawa *Aufwertungsgesetzgebung*. Sędziowie wystąpili tutaj w roli ustawodawców pośrednich, odmawiając mocy prawnej aktom prawnym parlamentu.

Jako drugi przykład Helmut Coing podał jednozdaniową ustawę z 3 lipca 1934 r., która zawierała tylko jeden artykuł „Die zur Niederschlagung hoch- und landesverräterischer Angriffe am 30. Juni, 1. und 2. Juli 1934 vollzogenen Maßnahmen sind als Staatsnotwehr rechtens. Berlin, den 3. Juli 1934” (Działania podjęte w celu zwalczania zdradzieckich wobec państwa i landów zamachów w dniu 30 czerwca i 1 lipca 1934 r. są prawne jako obrona konieczna państwa. Berlin, 3 lipca 1934 r.). Ustawa ta legalizowała *ex post* likwidację tzw. puczu Röhma, w tym wiele zabójstw innych osób uznanych za przeciwników rządów Hitlera. Coing wskazuje, że cel tej ustawy był jasny – miała ona zakazywać jakichkolwiek postępowań karnych przeciwko sprawcom morderstw. Według niego ustawa naruszyła zasadę sprawiedliwości⁵.

Wybitnym prawnikiem francuskim, który także wspierał tezę, iż nie każda ustawa jest prawem, i starał się wskazać kryterium nadające rangę prawa aktom stanowienia prawa, był francuski myśliciel Leon Duguit. W 1901 r. opublikował on rozprawę *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (Państwo, prawo obiektywne i prawo stanowione). Duguit krytykował abstrakcyjne pojęcia prawne – uważał, że realną rzeczywistością nie jest państwo, ale społeczeństwo, solidarność społeczna i zasada solidaryzmu. Prawo stanowione tylko wówczas jest prawem, gdy jest zgodne z zasadą „postępuj solidarnie”. Zasada ta według Duguita stanowi bowiem obiektywny warunek istnienia społeczeństwa. Jerzy Kalinowski, wybitny znawca twórczości Duguita, stwierdził, że doktryna Duguita, a także Leona Borgeois, była próbą stworzenia odpowiednika prawa natury.

⁵ Hans Coing, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht 1947–1975*, t. 2 (Vittorio Klostermann, 1982), 50–54, art. „Der Jurist und das unsittliche Gesetz”.

W tej sprawie wypowiedział się także Antoni Peretiatkowicz, współzałożyciel Uniwersytetu Poznańskiego i jego rektor w latach 1936–1939. Nazwał on ten nurt „modernistycznym” lub modernizmem. Stwierdził:

Prawoznawstwo nowoczesne przechodzi pewien kryzys. Nie tylko znaczną jest ilość kwestyj spornych, nie tylko daleko idącą rozbieżność zajmowanych stanowisk. W prawie publicznym występują na widownię teorie, zmierzające do zupełnego przekształcenia obecnego pojmowania państwa i prawa (Duguit, Kelsen).

Wskazywał na ten nowy prąd we Francji i w Niemczech w wygłoszonym w 1912 r. referacie na Zjeździe prawników i ekonomistów polskich we Lwowie. Tekst był drukowany w *Przeglądzie Prawa i Administracji*, a w wersji uzupełnionej o nową literaturę znalazł się tomie *Studia prawnicze* w 1938 r.⁶ Peretiatkowicz podkreślał podległość sędziego ustawom, uważał, „że przepisy w ustawie zawarte obowiązują sędziego bezwzględnie, jest i zapewne zawsze będzie dla prawników pewnikiem niewątpliwym. Zachodzi jednak pytanie, co czynić należy w wypadkach przez ustawę nie przewidzianych”, i sprowadzał rzecz głównie do luk w prawie. Uważał zresztą, że problem niedopasowania dotyczy przede wszystkim prawa cywilnego. Peretiatkowicz wskazywał na pionierów nowego nurtu: jako pierwszych wymieniał Rudolfa von Iheringa i Rudolfa Stammlera, który w 1902 r. opublikował *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, a przede wszystkim *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (1901). Ponadto wymienił profesora Eugena Ehrlicha i jego *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (1903). Jego konkluzja była jednak ostrożna. Zakończył swój wywód następująco:

W wypadkach przez ustawę nieprzewidzianych winien sędzia swobodnie określić normę ze względu na potrzeby społeczne najwłaściwszą, uwzględniając stanowisko współczesnego ustawodawcy (*moderna ratio iuris*) oraz poczucie prawne społeczne⁷.

Poczucie prawne społeczne według Peretiatkowicza różniło się od indywidualnego poczucia prawnego, było podzielane i odzwierciedlało poglądy niemal całego danego społeczeństwa. Peretiatkowicz zajmował się tu przypadkiem braku unormowań, nie przyznawał natomiast sędziom możliwości nieuznania jakiegoś elementu prawa stanowionego za prawo. Jednakże rozwój filozofii i teorii prawa – szczególnie po doświadczeniach związanych z rozwojem prawodawstwa w III Rzeszy – poszedł w innym kierunku. Zwyciężyło przekonanie, że pewne normy ustanowione po prostu nie są prawem. Stało się to za sprawą tzw. formuły Radbrucha.

⁶ Antoni Peretiatkowicz, „Ustawa i sędzia. Problem społecznej wykładni ustawy”, w: Peretiatkowicz, *Studia prawnicze*, 82–125.

⁷ Peretiatkowicz, „Ustawa i sędzia”, 125.

3. Formuła Radbrucha – poszukiwanie kryteriów uznania ustawy za prawo. „Pozytywizacja” prawa natury

Pytanie, które bardzo szybko pojawiło się w okresie międzywojennym, o „poczucie prawne” społeczeństwa, zyskiwało rozmaite odpowiedzi, a nawet znajdowało wyraz w stanowionym prawie. *Freirechtssprechungsbewegung* – jak słusznie zauważono – było jednak czymś w rodzaju prawa natury, chociaż nie wskazywało, co jest treścią tego prawa. Szczególnie w XX wieku, skoro w narodowym socjalizmie hasłem było „prawem jest to, co służy narodowi”, a w komunizmie – to, co służy klasie robotniczej, co oczywiście pozwalało na stanowienie ustaw rasowych, mających zapewnić panowanie rasy aryjskiej, albo ustaw eliminujących ze społeczeństwa kułaków czy właścicieli środków produkcji. Poczucie prawne sędziów także było rozmaite. I to spowodowało poszukiwanie jakiejś zasady nadrzędnej, czyli nowocześnie rozumianego prawa natury. Najsłynniejsza stała się formuła Radbrucha: „jaskrawo nierówne prawo nie jest prawem”, wygłoszona wprawdzie dopiero w 1946 r., ale podchwyciona przez wiele umysłów. Gustav Radbruch przyznawał, że może istnieć prawo o niesprawiedliwej treści, jednakże stwierdzał stanowczo:

Przeprowadzenie ostrzejszej linii między przypadkami bezprawia ustawowego a ustawami obowiązującymi, pomimo niesprawiedliwej treści, jest niemożliwe. Można jednak z całą ostrością wytyczyć inną linię graniczną: tam, gdzie nigdy nie dąży się do sprawiedliwości, gdzie równość, będąca rdzeniem sprawiedliwości, odrzucana jest świadomie przy stanowieniu prawa stanowionego, tam trudno mówić, że ustawa jest jedynie „prawem niesprawiedliwym”, gdyż traci ona w ogóle naturę prawa. Nie można bowiem prawa w ogóle, w tym prawa pozytywnego, określić inaczej niż jako porządek i stanowienie, które zgodnie ze swą istotą są przeznaczone służyć sprawiedliwości⁸.

Nazywał je ustawowym bezprawiem, wymieniając m.in. „ustawy, które traktowały pewne grupy ludzi jako podludzi i odmawiały im praw człowieka”⁹. Tutaj z pewnością przełomowe znaczenie miała wypowiedź wybitnego niemieckiego prawnika i teoretyka prawa, który wprawdzie przed wojną podkreślał znaczenie pewności prawa, ale po upadku nazizmu wygłosił słynną formułę, wprowadzającą pojęcie „ustawowego bezprawia”, mówiąc, że w III Rzeszy

[...] wiele ustaw narodowosocjalistycznych nigdy nie osiągnęło godności prawa obowiązującego [gdyż] tam gdzie nigdy nie dąży się do sprawiedliwości, gdzie

⁸ Włodzimierz Bernacki et al., *Historia doktryn politycznych i prawnych. Wybór źródeł* (Wydawnictwo Prawnicze Lex, 1997), 367–368.

⁹ Bernacki et al., *Historia doktryn politycznych i prawnych*, 367–368.

równość, będąca rdzeniem sprawiedliwości, odrzucana jest świadomie przy stanowieniu prawa stanowionego, tam trudno mówić, że ustawa jest jedynie „prawem niesprawiedliwym”, gdyż traci ona w ogóle naturę prawa¹⁰.

Po II wojnie światowej poszukiwano formuły sprawiedliwości, a jednocześnie starano się ująć w konstytucjach, umowach międzynarodowych i ustawach takie elementy, które uznano za istotne dla równości. Można więc mówić o dążeniu do „pozytywizacji”, do ujęcia w ustawy tego, co uznano za warunki konieczne sprawiedliwości. Po wojnie pojawiło się wiele publikacji, które omawiały formułę sprawiedliwości, przypominały „naturalne” prawa człowieka, rozwijały teorię sprawiedliwości. Przypomnijmy tutaj takie publikacje, jak opublikowana w 1953 r. rozprawa Leo Straussa¹¹, Lona L. Fullera, Johna Finnis¹² czy wspomnianego Helmuta Coinga. Starano się również ująć postulaty w kształt prawa stanowionego, co przybrało postać przede wszystkim praw człowieka, do których zaliczono równość wobec prawa, wolność osoby, słowa, wyznania i sumienia. Pierwsza na tej drodze była Deklaracja Praw Człowieka ONZ, w Europie zaś Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. To, co uważano często za naturalne, niezbywalne, przyrodzone, stawało się prawem stanowionym, pozytywnym, najczęściej bowiem w konstytucjach państw europejskich uwzględniane były zasady równości wobec prawa, równej przyrodzonej godności, niedyskryminacji, wolności sumienia, wyznania etc.¹³ Stanowią one podstawę większości współczesnych konstytucji państw demokratycznych. Jednak pytanie o rolę sędziów w kształtowaniu prawa nie zniknęło.

¹⁰ Jest to fragment opublikowanego w 1946 r. artykułu Gustava Radbrucha, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, tu cytuję za: Bernacki et al., *Historia doktryn*, 367. Formuła Radbrucha i rozmaite jej interpretacje stanowią temat prac Jerzego Zajadły, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury* (Arche, 2001); *Dziedzictwo przeszłości. Gustaw Radbruch portret filozofa, prawnika, polityka i humanisty* (Arche, 2007) – jest to pierwszy tom *Współczesnej niemieckiej filozofii prawa*. Dodajmy, że współczesny niemiecki autor dość krytycznie odniósł się do stanowiska Radbrucha, warto więc przytoczyć fragment dotyczący formuły: „Damit beschritten die deutschen Juristen einen schlüpfrigen Weg. Wenn Radbruch auch davor warnte, daß nun nicht jeder Amtsrichter im Namen der Gerechtigkeit dem Gesetz den Gehorsam verweigern dürfe, wies seine Lehre doch in eben jene Richtung. Statt zurückzukehren zu strenger Begrifflichkeit, zum richterlichen Gesetzesgehorsam und zur Rationalität liberaler Rechtspflege, wurde Gesetzes-skepsis Mode”, zob. Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, 750.

¹¹ Leo Strauss, *Prawo naturalne w świetle historii*, tłum. Tadeusz Górski (Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1969).

¹² John Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, tłum. Karolina Lossman, wstęp Krzysztof Motyka (Dom Wydawniczy ABS, 2001).

¹³ Maria Zmierczak, „Renesans koncepcji prawa natury po II wojnie światowej”, w: *Prawo natury w doktrynach polityczno-prawnych Europy*, red. Maria Zmierczak (Wydawnictwo Naukowe UAM, 2006), 99–115.

4. Sędziowie a prawo w czasach współczesnych

Mogłoby się wydawać, że wobec postępującego uznania pojęcia sprawiedliwości, będącego podstawą prawa pozytywnego, ujmowania go w konstytucjach, kartach praw, rola sędziów sprowadzi się do stosowania prawa stanowionego i znów staną się „ustami ustawy”. Jest wręcz przeciwnie: przybrało to tylko odmienny charakter. Uznanie, że konstytucja zawiera wyliczenie praw i wolności człowieka, stawia pytanie o to, czy poszczególne ustawy są z nią zgodne. W Stanach Zjednoczonych już na początku XIX wieku sędzia Marshall stwierdził, że nie zastosuje ustawy, gdyż narusza ona zasadę podziału władzy, a ta wymieniona jest w konstytucji. Ten wyrok z 1803 r. dał początek amerykańskiemu modelowi kontroli zgodności ustaw z konstytucją: każdy sędzia w każdej sprawie mógł odmówić zastosowania ustawy czy innego aktu prawnego z powodu ich niezgodności z konstytucją. Jest to tzw. model rozproszonej kontroli zgodności z konstytucją¹⁴. W Europie wielkie zwycięstwo przypadło Hansowi Kelsenowi, który z jednej strony był skrajnym normatywistą i stanowczo odróżniał normy prawne od norm etycznych¹⁵, a z drugiej zabiegał o to, by prawo stanowione było zgodne z konstytucją, co miały kontrolować trybunały konstytucyjne. Swoje poglądy wyłożył w referacie wygłoszonym w 1928 r. „Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego”, zasiadał zresztą w Trybunale Konstytucyjnym Austrii¹⁶. Jednakże w okresie międzywojennym jedynie w Austrii, Czechosłowacji, Irlandii (1937) oraz w Republice Hiszpanii (1931) powołano takie sądy. Dziś natomiast – właśnie dlatego, że sądownictwo konstytucyjne jest w demokratycznych państwach oczywistością – sędziowie mają wielki wpływ na kształt prawa. Nawet jeśli – jak we Francji – Rada Konstytucyjna została powołana głównie po to, by ograniczać swobodę stanowienia prawa przez parlament, co miało przede wszystkim umocnić władzę prezydenta, a był nim w 1958 r. generał de Gaulle, to przecież ewolucja orzeczeń Rady sprawiła, że od lat 70 stała się sądem konstytucyjnym. Władza sędziów wcale się nie zmniejszyła – ponieważ rola sądów konstytucyjnych jest często rolą wręcz prawotwórczą. Jeden z uczonych włoskich, Mario Capelletti, mawiał, że „jak wiek XIX był wiekiem parlamentu, tak wiek XX jest wiekiem sądownictwa konstytucyjnego”¹⁷. Odwołując się do konstytucji, sędziowie mogą przecież odmówić statusu prawa ustawie, która narusza prawa człowieka, strukturę organów państwowych, podział władzy etc. W ten

¹⁴ Dominique Rousseau, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie*, tłum. Mirosław Granat (Wydawnictwo Sejmowe, 1999), 16–19.

¹⁵ Hans Kelsen dał temu wyraz w rozważaniach nad sprawiedliwością, zob. Kelsen, *Czym jest sprawiedliwość*, słowo wstępne i tłum. Edwin Rosenkranz (Uniwersytet Gdański, 1956).

¹⁶ Hans Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, tłum. Bogusław Banaszekiewicz, posłowie Sławomira Wronkowska (Biuro Trybunału Konstytucyjnego, 2009). W posłowie S. Wronkowska dokładnie analizuje poglądy Kelsena, 31–88.

¹⁷ Przytaczam za Rousseau, *Sądownictwo konstytucyjne*, 11.

sposób stają się często ustawodawcami pośrednimi, wpływają też na interpretację praw człowieka. Można i należy zadać sobie pytanie, czy nie jest tak, że „swobodne orzecznictwo sądów” – jak to postulował Gnaeus Flavius – zastąpione zostało swobodną interpretacją sędziów trybunałów konstytucyjnych? W minionych epokach można było odwołać się do prawa Bożego, do prawa natury, a teraz pozostaje sąd konstytucyjny. Dylemat „prawego prawa” zawsze będzie niestety aktualny, nawet jeśli prawa człowieka zostaną zapisane we wszystkich konstytucjach tak samo, nawet jeśli zostaną ujęte jako normy ustawowe, a normy ustawowe będą zawierać określone wartości, to przecież dylematy interpretacji tych norm, relacji między nimi, np. między prawem do wolności sumienia, wolności słowa a godnością każdego człowieka czy między prawem do życia a wolnością decydowania o sobie, zawsze będą przedmiotem interpretacji przez sędziów, szczególnie sędziów sądownictwa konstytucyjnego. Żadna bowiem konstytucja nie jest doskonała i nie odpowiada na wszystkie pytania, które pojawiają się zależnie od zmian w otaczającej nas rzeczywistości. Żaden też sędzia nie jest bezduszną istotą ani „ustami ustawy”, jak wyobrażali sobie Monteskiusz i rzecznicy pozytywizmu prawniczego.

BIBLIOGRAFIA

- Bergbohm, Karl Magnus. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Duncker & Humbolt, 1892.
- Bernacki, Włodzimierz, Krystyna Chojnicka, Michał Jaskólski i Bogdan Szlachta. *Historia doktryn politycznych i prawnych. Wybór źródeł*. Wydawnictwo Prawnicze Lex, 1997.
- Coing, Helmut. *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht, 1947–1975*. T. 2. Vittorio Klostermann, 1982.
- Finnis, John. *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*. Tłum. Karolina Lossman. Wstęp Krzysztof Motyka. Dom Wydawniczy ABC, 2001.
- Hattenhauer, Hans. *Europäische Rechtsgeschichte*. C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992.
- Kelsen, Hans. *Czym jest sprawiedliwość*. Słowo wstępne i tłum. Edwin Rosenkranz. Uniwersytet Gdański, 1956.
- Kelsen, Hans. *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*. Tłum. Bogusław Banaszekiewicz. Posłowie Sławomira Wronkowska. Biuro Trybunału Konstytucyjnego, 2009.
- Monteskiusz, Charles-Louis de Secondat. *O duchu praw*. Tłum. Tadeusz Boy-Żeleński. Vis-à-Vis, 2016.
- Peretiatkowicz, Antoni. „Jellinek jako filozof prawa”. W: Antoni Peretiatkowicz, *Studia prawnicze*. Księgarnia Św. Wojciech; Dom Książki Polskiej, 1938.
- Peretiatkowicz, Antoni. „Ustawa a sędzia. Problem społecznej wykładni ustaw.” W: Antoni Peretiatkowicz, *Studia prawnicze*. Księgarnia Św. Wojciech; Dom Książki Polskiej, 1938.
- Rousseau, Dominique. *Sądownictwo konstytucyjne w Europie*. Tłum. Mirosław Granat. Wydawnictwo Sejmowe, 1999.
- Strauss, Leo. *Prawo naturalne w świetle historii*. Tłum. Tadeusz Górski. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1969.

Zajadło, Jerzy. *Dziedzictwo przeszłości. Gustaw Radbruch portret filozofa, prawnika, polityka i humanisty*. Arche, 2007.

Zajadło, Jerzy. *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*. Arche, 2001.

Zmierczak, Maria. „Renesans koncepcji prawa natury po II wojnie światowej”. W: *Prawo natury w doktrynach polityczno-prawnych Europy*, red. Maria Zmierczak. Wydawnictwo Naukowe UAM, 2006.