

JERZY ZAJADŁO

## SUMIENIE SĘDZIEGO

### I. AKTUALNOŚĆ PROBLEMU

W zbitce pojęciowej „sumienie sędziego” dosyć łatwo zdefiniować sędziego w znaczeniu osoby sprawującej urząd sędziowski. Z pozoru specjalnych trudności nie powinno nastęrczać również sumienie – zgodnie ze słownikiem języka polskiego to „właściwość psychiczna, zdolność pozwalająca odpowiednio oceniać własne postępowanie jako zgodne lub niezgodne z przyjętymi normami etycznymi, świadomość odpowiedzialności moralnej za swoje czyny, postępowanie”<sup>1</sup>. Połączenie tych dwóch pojęć w jedno powoduje jednak, że problem się komplikuje – po pierwsze, nie bardzo wiemy, jaką rolę w procesie stosowania i wykładni prawa może/powinno w ogóle odgrywać sumienie osoby sprawującej urząd sędziego; po drugie, czy tak pojęte sumienie sędziowskie wykazuje jakieś cechy specyficzne w porównaniu z sumieniem jednostki w ogóle. Tym bardziej że w potocznej świadomości źródłem tego wewnętrznego głosu człowieka ma być najczęściej albo jakaś religia, albo jakiś inny system przekonań moralnych niekoniecznie związany z wiarą w istnienie istoty nadprzyrodzonej.

Przypomina się w tym kontekście słynne zdanie Gustava Radbrucha:

Gardzimy kapłanem, który głosi kazanie wbrew swoim przekonaniom, ale szanujemy sędziego, który w swojej wierności ustawie nie daje się zwieść swojemu odmiennemu poczuciu prawa<sup>2</sup>.

Widać wyraźnie, że niemiecki filozof prawa nie proponuje jakiegos katerycznego i całkowitego wyłączenia sędziowskiego sumienia w konfrontacji z wiernością prawu, ostrzega nas tylko przed prymatem moralnego subiektywizmu i arbitralizmu nad obiektywnym sensem prawa. Nadal nie mamy jednak odpowiedzi na pytania ani o dopuszczalność, ani o ewentualną rolę tego wewnętrznego głosu w orzekaniu w ramach wymiaru sprawiedliwości. To, że jakaś jest/ może/powinna być, to fakt potwierdzony normatywnie – wystarczy spojrzeć na treść roty ślubowania sędziowskiego sformułowaną w przepisie art. 66 Prawa o ustroju sądów powszechnych:

Przy powołaniu sędzia składa ślubowanie wobec Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej według następującej roty: „Ślubuję uroczyście jako sędzia sądu powszechnego służyć wiernie Rzeczypospolitej Polskiej, stać na straży prawa, obowiązki sędziego wypełniać sumiennie, sprawiedliwość wymierzać zgodnie z przepisami prawa, bezstronnie według mego sumienia,

---

<sup>1</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t.: P-Ś, WN PWN, Warszawa 2008, s. 1450.

<sup>2</sup> G. Radbruch, *Filozofia prawa*, tłum. E. Nowak, WN PWN, Warszawa 2009, s. 93.

dochować tajemnicy prawnie chronionej, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości”; składający ślubowanie może dodać na końcu zwrot: „Tak mi dopomóż Bóg”<sup>3</sup>.

Analogiczne ślubowanie na podstawie przepisów odsyłających składają też sędziowie sądów administracyjnych, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Sądu Najwyższego. Zwraca jednak uwagę fakt, że do sumienia odwoływała się również rota ślubowania sędziów Trybunału Konstytucyjnego, ale w najnowszej regulacji usunięto ten element:

Ślubuję uroczyście przy wykonywaniu powierzonych mi obowiązków sędziego Trybunału Konstytucyjnego służyć wiernie Narodowi, stać na straży Konstytucji, a powierzone mi obowiązki wypełniać bezstronnie i z najwyższą starannością. Ślubowanie może być złożone z dodaniem zdania „Tak mi dopomóż Bóg”<sup>4</sup>.

Nie sądzę, by to pominięcie było jakimś świadomym zabiegiem legislacyjnym zmierzającym do tego, że oto sędziowie Trybunału Konstytucyjnego w odróżnieniu od wszystkich innych sędziów nie mogą odwoływać się do kategorii własnego sumienia. Powiązanie omawianego pojęcia z zasadą bezstronności w przepisie art. 66 p.u.s.p., podobnie jak w przepisie art. 21 ust. 1 poprzedniej ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, nie oznacza bowiem niczego innego, jak tylko to, że bezstronność powinna dotyczyć nie tylko stron postępowania, lecz także samej sprawy. Tym samym określony związek sędziego ze sprawą skutkujący jakimkolwiek podejrzeniem o brak obiektywizmu może być po prostu przesłanką jego wyłączenia na wniosek (*iudex suspectus*).

Wydaje się, że temat jest ważny, ponieważ ostatnio w przestrzeni publicznej pojawiły się np. dwa diametralnie różne głosy odwołujące się do pojęcia sumienia sędziego. Przeciętny obywatel gubi się w domysłach, co to właściwie oznacza, co kryje się pod tym z pozoru enigmatycznym i niejasnym sformułowaniem. A kryć się może rzeczywiście bardzo dużo – dwie różne koncepcje państwa i prawa, a w rezultacie dwie różne wizje naszych praw i wolności obywatelskich. Oto bowiem prasa doniosła („Rzeczpospolita” z 13 kwietnia 2016 r.), że w trakcie przesłuchania w komisji sejmowej kandydata na nowego sędziego TK prof. Zbigniewa Jędrzejewskiego doszło do następującej wymiany zdań:

W reakcji na kilkanaście pytań Kamili Gasiuk-Pihowicz [Nowoczesna] dotyczących stanowiska kandydata do sporu związanego z Trybunałem profesor powiedział: „Gdybym odpowiedział, pani ogłosiłaby, że jestem PiS-owskim kandydatem i będę orzekał tak czy inaczej; po co pani chce wykazać, że jestem niedobrym PiS-owcem?”.

I dodał, że będzie orzekać zgodnie z sumieniem, ważąc racje za i przeciw.

Mieliśmy więc do czynienia z przekazem negatywnym – prof. Jędrzejewski zamiast powiedzieć, że będzie się kierował postanowieniami konstytucji interpretowanymi zgodnie z powszechnie przyjętymi wskazaniem nauki prawa, w gruncie rzeczy unika jasnej odpowiedzi i kieruje nas do bliżej nieokreślonych zakamarków swojego sumienia. Nie wiemy bowiem, co się ostatecznie

<sup>3</sup> Ustawa z 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, t.jedn.: Dz. U. 2016, poz. 2062 (dalej jako: p.u.s.p.).

<sup>4</sup> Art. 4 ust. 1 ustawy z 30 listopada 2016 r. o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego, Dz. U. 2016, poz. 2073.

kryje w tych zakamarkach – czy jest to rzetelna wiedza prawnicza i wierność postanowieniom konstytucji czy też może zakamuflowane jednoznaczne poglądy polityczne i kontestacja obowiązującego porządku polityczno-prawnego?

Na przeciwnym biegunie znalazło się stanowisko pierwszego prezesa Sądu Najwyższego prof. Małgorzaty Gersdorf – ona również apeluje do sędziowskich sumień, ale w zupełnie odmienny sposób. W liście skierowanym do uczestników dorocznego Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK 20 kwietnia 2016 r. czytamy bowiem:

Moje wystąpienie zakończę apelem. Chciałabym prosić wszystkich polskich sędziów, aby mieli odwagę. Dzisiaj nie są oni jedynie „ustami ustawy”, lecz – powiem to bez cienia patosu i przesady – depozytariuszami wartości polskiej demokracji, a przy tym piastunami władzy publicznej. Tylko od nich zależy, czy polscy obywatele docenią wagę podziału władz oraz obowiązywania i przestrzegania prawa. Sędziowie muszą cierpliwie tłumaczyć zawiloci prawa i przez coraz lepsze uzasadnianie orzeczeń przybliżyć konstytucję obywatelom. Niech zatem sądy występują z pytaniami prawnymi, kiedy widzą złe prawo, i niech nie stosują tego prawa, jeśli otrzymają wyrok sądu konstytucyjnego stwierdzający jego niezgodność z konstytucją, choćby wyrok ten nie został promulgowany w Dzienniku Ustaw! Warto przypomnieć myśli świętego Tomasza z Akwinu, który przyznał, iż mogą być takie prawa, które „nie obowiązują w sumieniu”, a są w istocie bezprawiem. Nie może bowiem być nic ważniejszego niż obecność po właściwej stronie: po stronie własnego, prawnego sumienia.

W zależności od przyjętych założeń filozoficzno-prawnych (np. pozytywistycznych, niepozytywistycznych, prawnonaturalnych) można się z tym apelem zgadzać bądź nie. Nie ulega jednak wątpliwości, że w odróżnieniu od stanowiska prof. Jędrzejewskiego nie jest to ucieczka od problemu w mroczną sferę sędziowskiego subiektywizmu moralno-politycznego. Wręcz przeciwnie, mamy do czynienia z jednoznaczną deklaracją w formie przekazu pozytywnego kierowanego zarówno do indywidualnych sędziów, jak i do trzeciej władzy jako całości. W rezultacie nie musimy się gubić w domysłach, na czym polega konflikt sędziowskiego sumienia w wymiarze indywidualnym i instytucjonalnym.

O ile jednak politycy pozwalają sobie na dosyć dowolne zonglowanie tymi pojęciami, prawnikom wyposażonym w pewne podstawowe instrumentarium metodologiczne wypracowane w nauce prawa nie wolno, jak się wydaje, tego robić. W sumieniu sędziego chodzi bowiem w mniejszym stopniu o wierność własnym indywidualnym poglądom, daleko bardziej chodzi o wierność wartościom leżącym u podstaw demokratycznego państwa prawa. Jest ono kategorią szczególną i nabiera istotnego znaczenia dopiero wówczas, gdy te wartości są zagrożone. W przeciwnym wypadku staje się tylko pustym sloganem.

## II. CZTERY ŹRÓDŁA SĘDZIOWSKIEGO SUMIENIA

Omawiany w tym opracowaniu problem nazwałem w innym miejscu nieposłuszeństwem sędziów, ale wydaje się, że przy odpowiednim zdefiniowaniu kategoria sędziowskiego sumienia jest chyba bardziej adekwatna<sup>5</sup>. Na po-

<sup>5</sup> J. Zajadło, *Nieposłuszeństwo sędziów*, „Państwo i Prawo” 71, 2016, z. 1, s. 18-39.

trzeby tego opracowania przyjmuję więc nieco szersze jej rozumienie i tylko w jednym aspekcie łączę z problemem światopoglądu – bez względu na to, czy źródłem jest religia, czy inny system etyczny. Związki frazeologiczne, w jakie wchodzi pojęcie sumienia<sup>6</sup> – np. *sumienie mi nie pozwala, sumienie mnie gryzie, mieć czyste sumienie, mieć coś na sumieniu, zrobić rachunek sumienia* – pozwala sądzić, że mamy do czynienia z jakimś wewnętrznym głosem, który w określonej sytuacji coś nam podpowiada, a niekiedy wręcz o czymś alarmuje. W przypadku sędziego źródło tego głosu może być bardzo różne – nie tylko, czy może nawet nie przede wszystkim, światopogląd, lecz także wiedza prawnicza i niekiedy zawodowa rutyna, elementarne poczucie słuszności i sprawiedliwości, czy wreszcie swoista instytucjonalna tożsamość i identyfikacja z trzecią władzą, odrębną od władzy ustawodawczej i wykonawczej. Z punktu widzenia specyfiki zawodu sędziego ten wewnętrzny głos, jak twierdzi cytowany wyżej Gustav Radbruch, może być na co dzień zawodniczy i zabójczy dla idei prawa oraz sędziowskiego etosu, ale nie możemy wykluczyć istnienia sytuacji ekstremalnych i szczególnych, w których sędzia nie powinien go zagłuszać.

Po pierwsze, mówiąc o sumieniu sędziego, już *prima facie* narzuca się nam analogia z klauzulą sumienia lekarza, szeroko dyskutowaną w dyskursie bioetycznym i z tym też jest najczęściej kojarzone sumienie sędziego. Wprawdzie klauzula sumienia lekarskiego w odróżnieniu od sędziów ma swoje bezpośrednie uregulowanie w prawie pozytywnym<sup>7</sup>, ale w sensie mechanizmu działania można tutaj dostrzec pewne podobieństwa. Gdyby przyznać ustawowo sędziom prawo do powoływania się na klauzulę sumienia, to w praktyce oznaczałoby, że mogą z powodów światopoglądowych odmawiać rozpatrywania konkretnej sprawy *ad casum* lub konkretnej grupy spraw *in genere*. Typowym przykładem są dylematy moralne sędziego rodzinnego w sprawach rozwodowych czy w sprawach udzielania zgody na dokonanie zabiegu usunięcia ciąży. Problem jest oczywiście bardzo kontrowersyjny, ale w literaturze pojawiły się już pierwsze analizy określające warunki ewentualnej ustawowej regulacji i praktycznej dopuszczalności zastosowania klauzuli sumienia przez sędziego<sup>8</sup>. Są to m.in. doniosłość celu wyłączenia światopoglądowego, podatność na regulację, powszechność występowania, status normatywny, problem równouprawnienia zawodowego, skutki w sferze praktycznego funkcjonowania sądów itd.

<sup>6</sup> Por. *Wielki słownik frazeologiczny PWN z przysłowiami*, oprac. A. Kłosińska, E. Sobol, A. Stankiewicz, WN PWN, Warszawa 2010, s. 522 i n.

<sup>7</sup> Art. 39 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (t.jedn.: Dz. U. 2017, poz. 125): „Lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem, z zastrzeżeniem art. 30, z tym że ma obowiązek wskazać realne możliwości uzyskania tego świadczenia u innego lekarza lub w podmiocie leczniczym oraz uzasadnić i odnotować ten fakt w dokumentacji medycznej. Lekarz wykonujący swój zawód na podstawie stosunku pracy lub w ramach służby ma ponadto obowiązek uprzedniego powiadomienia na piśmie przełożonego” (por. jednak także wyrok TK z 7 października 2015 r., K 12/14).

<sup>8</sup> S. Mazurkiewicz, *Klauzula sumienia sędziego? – analiza z zakresu filozofii politycznej, filozofii prawa oraz prawa pozytywnego* [https://www.academia.edu/30463046/Klauzula\\_sumienia\\_s%C4%99dziego.\\_analiza\\_z\\_zakresu\\_filozofii\\_politycznej\\_filozofii\\_prawa\\_oraz\\_prawa\\_pozytywnego](https://www.academia.edu/30463046/Klauzula_sumienia_s%C4%99dziego._analiza_z_zakresu_filozofii_politycznej_filozofii_prawa_oraz_prawa_pozytywnego) [dostęp: 18.03.2017].

Po drugie, w literaturze anglosaskiej identyfikuje się zjawisko określane hasłowo jako „sędziowski opór wobec zmian legislacyjnych” (*judicial resistance and legal change*)<sup>9</sup>. Chodzi o sytuacje, w których projektowane lub wprowadzone zmiany legislacyjne wywołują wśród poszczególnych sędziów i/lub części/całości ich środowiska pewną niechęć motywowaną albo krytyczną oceną racjonalności tych propozycji, albo pewnymi przyzwyczajeniami i sceptycyzmem wobec wszelkich nowinek. Taka postawa niekoniecznie musi być manifestowana na zewnątrz w skali indywidualnej bądź zbiorowej, często przybiera właśnie postać pewnego wewnętrznego głosu sprzeciwu, który na potrzeby tego opracowania także nazwałem sumieniem. Jego źródłem nie jest jednak jak w przypadku klauzuli sumienia system indywidualnych przekonań religijnych lub etycznych, lecz raczej szeroko pojęty profesjonalizm – zarówno w sensie pozytywnym (wiedza i doświadczenie), jak i negatywnym (konserwatyzm i rutyna). Nie analizuję w tym miejscu bliżej mechanizmu i skutków tak pojętego sędziowskiego oporu – w praktyce przekłada się on prawdopodobnie na sposób stosowania i interpretację kontestowanych zmian legislacyjnych. W warunkach polskich typowym przykładem może być dyskusja, jaka toczyła się w środowisku prawniczym w sprawie zmiany modelu procesu karnego w kierunku kontrydiktoryjności. Wprawdzie problem jest już o tyle nieaktualny, że wkrótce zawrócono przeprowadzoną reformę, ale sugestywność tego przykładu pozostaje i dostarcza ciekawego materiału badawczego. Bliższe i bardziej szczegółowe studia empiryczne dowiodły, że ten wewnętrzny głos oporu był bardzo różny w różnych grupach wiekowych i wśród różnych zawodów prawniczych. Co ciekawe, akurat wśród sędziów nie był aż tak silny i jednoznaczny, jak sądzono na podstawie wiedzy *prima facie*<sup>10</sup>. Zdecydowaną większość sędziów od modelu kontrydiktoryjnego nie odstraszał ani racjonalny profesjonalizm, ani konserwatywna rutyna. Nie zmienia to jednak faktu, że ciągle pozostaje nam ta mniejszość i jej wewnętrzny głos oporu jako przykład tej odmiany sędziowskiego sumienia *sensu largissimo*.

Po trzecie, z problemem sędziowskiego sumienia możemy mieć także do czynienia w sytuacji pewnych konfliktów aksjologicznych, jednakże innych niż te, które opisaliliśmy wyżej jako analogiczne do klauzuli sumienia lekarza. Ich źródłem nie jest bowiem światopogląd religijny czy etyczny *sensu stricto*, lecz raczej to, co w literaturze filozoficznoprawnej określa się mianem tzw. trudnych przypadków (*hard cases*). Nie wchodząc bliżej w analizę różnych koncepcji trudnych przypadków, w tym swojej własnej<sup>11</sup>, skonkludujemy w pewnych uproszczeniu, że chodzi o sytuacje, gdy zastosowanie określonego przepisu zmusza sędziego do rozstrzygnięcia, z którym on sam się nie zgadza z punktu widzenia wyznawanych standardów słuszności. Sędzia nie mówi tutaj, że z powodów światopoglądowych nie może konkretnej sprawy

<sup>9</sup> M. Tokson, *Judicial resistance and legal change*, „The University of Chicago Law Review” 82, 2015, s. 901-973.

<sup>10</sup> M. Andrzejewska, M. Andrzejewski, *Reforma procedury karnej 2013-2015 w wypowiedziach środowiska prawniczego (analiza statystyczna)*, „Państwo i Prawo” 71, 2016, z. 11, s. 79-91.

<sup>11</sup> Szerzej na ten temat J. Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.

czy grupy spraw bezstronnie i obiektywnie osądzić. Pyta się raczej, co i jak ma zrobić, wykorzystując swoją prawniczą wiedzę i swoje życiowe doświadczenie, by jednocześnie nie popaść w konflikt ze swoimi intuicjami moralnymi. W cytowanym wyżej tekście na temat fenomenu nieposłuszeństwa sędziowskiego analizuję ten problem na przykładzie orzecznictwa sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa w pierwszej połowie XIX w. Z pozoru rzecz wydaje się mieć znaczenie wyłącznie historyczne, ale przy bliższym oglądzie może być podstawą rozważań paradygmatycznych i tak też traktuje się ten przykład we współczesnej światowej literaturze filozoficznoprawnej. Przyjmuje się, że w takich sytuacjach zderzenie sumienia sędziego i jego obowiązek posłuszeństwa ustawie może prowadzić do jednego z czterech następujących rozwiązań: 1) ucieczki w formalizm i stosowania ustawy niezależnie od jej moralnego bądź amoralnego charakteru lub skutków zastosowania; 2) odrzucenia ustawy niemoralnej i orzekania *contra legem* na podstawie nakazu sumienia; 3) rezygnacji ze stanowiska; 4) ucieczki w aktywizm sędziowski (oznaczający dynamiczną i twórczą, ale zgodną prawem wykładnię) lub w subwersję (oznaczającą nagięcie ustawy do wymogów własnego sumienia ze świadomością, że jest to działanie *contra legem*, aczkolwiek ukryte i zawołowane określoną argumentacją zmierzającą często do ukrycia rzeczywistych motywów)<sup>12</sup>. Rozwiązania drugie i trzecie niczego w gruncie rzeczy nie zmieniają, ponieważ w przypadku jawnej wykładni *contra legem* narażamy się na uchylenie wyroku przez sąd wyższej instancji, natomiast w przypadku rezygnacji – na przekazanie sprawy mniej wrażliwemu sędziemu. Pozostaje więc wybór między rozwiązaniem pierwszym i czwartym, ale trzeba podkreślić, że jest to wybór fundamentalny. W pierwszym przypadku bowiem sędzia ucisza swoje sumienie i ucieka od problemu, chowa się za autorytetem formalnej litery prawa i tak naprawdę nie wiemy, co rzeczywiście sądzi. W rozwiązaniu czwartym przeciwnie: słucha wewnętrznego głosu i wykorzystuje cały swój profesjonalizm, całą swoją prawniczą wiedzę i doświadczenie, by – na ile jest to możliwe – podążyć za nim bez naruszania istoty prawa.

Po czwarte, orzecznictwo sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa uwidoczniło jednak nie tylko konflikty sędziowskich sumień na poziomie indywidualnym, lecz także na poziomie instytucjonalnym. Cały problem sprowadzał się bowiem do pewnego kontekstu aksjologicznego, w którym przyszło amerykańskim sędziom funkcjonować: 1) aksjologicznego rozdźwięku pomiędzy ideami Deklaracji Niepodległości z 1776 r. i konkretnymi postanowieniami Konstytucji z 1787 r.; 2) bezpośredniej manipulacji tekstem prawnym przez eufemistyczne unikanie słowa *slavery* w tekście ustawy zasadniczej; 3) rozdwojenia jaźni takich ojców założycieli, jak np. Thomas Jefferson, rozdartego jako właściciel niewolników pomiędzy humanistycznym ideałem i ekonomicznym interesem; 4) diametralnie różnego ustawodawstwa w stanach

---

<sup>12</sup> Zdaniem P. Butlera (*When judges lie (and when they should)*, „Minnesota Law Review” 91(6), 2007, s. 1791 i n.) subwersja (*subversion*) tym różni się od orzekania kreatywnego (*creative judging*), że temu ostatniemu nie towarzyszy świadomość postępowania *contra legem*; wręcz przeciwnie, w przypadku orzekania kreatywnego sędzia działa w przekonaniu zgodności z prawem, nawet jeśli jego interpretacja nie ma oparcia we wcześniejszym orzecznictwie.

północnych i południowych, mimo że wszystko ma być spięte klamrą jednolitej aksjologii na poziomie prawa federalnego; 5) dylematów moralnego rozdarcia pomiędzy prawniczym formalizmem i humanistycznym abolicjonizmem; 6) możliwości zastosowania twórczej wykładni/subwersji w odniesieniu do prawa regulującego problem wydawania zbiegłych niewolników. U wielu sędziów budziło się w tym kontekście sumienie indywidualne, natomiast trudno twierdzić, że spowodowało to również głos sprzeciwu na poziomie instytucjonalnym w odniesieniu do trzeciej władzy jako całości. Wręcz przeciwnie, z różnych przyczyn politycznych, społecznych i ekonomicznych stan sędziowski jako całość uczestniczył raczej w petryfikacji instytucji niewolnictwa, ponieważ sankcjonowała ją również konstytucja.

### III. POLSKI KRYZYS KONSTITUCYJNY

We współczesnej filozofii prawa np. Ronald Dworkin podkreśla, że przy odpowiedniej moralnej interpretacji konstytucji poszczególni sędziowie (sumienie indywidualne) i trzecia władza jako całość (sumienie instytucjonalne) mogli zakwestionować konstytucyjność proniewolniczego ustawodawstwa, zwłaszcza ustaw o zbiegłych niewolnikach z 1793 i 1850 r.<sup>13</sup> Moim zdaniem, cały ten problem wykazuje zaskakującą aktualność z punktu widzenia dyskusji, jaka obecnie toczy się w Polsce wokół roli sędziów i sądów, także w kontekście możliwości bezpośredniego stosowania konstytucji i tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa. Z pozoru wydawać by się mogło, że te historyczne przykłady problemu sędziowskiego sumienia w wymiarze indywidualnym i, według interpretacji Dworkina, także instytucjonalnym, zaczerpnięte z innej epoki i z zupełnie innej kultury prawnej nie mają kompletnie nic wspólnego z polskim kryzysem konstytucyjnym. Są to jednak tylko pozory – potraktowane paradygmatycznie mogą dostarczyć interesujących argumentów w dyskusji wywołanej bieżącymi wydarzeniami. Tym bardziej że moje uwagi są formułowane z pozycji filozofa prawa, a nie z pozycji dogmatyka prawa konstytucyjnego czy politologa – analizując rzecz *more philosophico*, mogę sobie więc pozwolić na znacznie więcej, niż umożliwiałyby mi to argumentacja *more iuridico*, czy nawet *more politico*. Spróbujmy to rozważyć na ekstremalnym przykładzie, gdy problem sędziowskiego sumienia łączy się jednocześnie ze skomplikowanym problemem sędziowskiego nieposłuszeństwa. W sensie mechanizmu mamy do czynienia z sytuacją podobną do opisanego problemu amerykańskiego niewolnictwa – dysonansem pomiędzy konstytucyjną aksjologią oraz prawnymi i pozaprawnymi działaniami władzy ustawodawczej i wykonawczej, a także pytaniem, jak w takich warunkach ma się zachować trzecia władza. Nieprzypadkowo, jak sądzę, kiedy mówi się o moralnym wymiarze

---

<sup>13</sup> R. Dworkin, *The law of slavecatchers*, „Times Literary Supplement” December 5, 1975, s. 1437 – była to jednocześnie recenzja przełomowej pracy R. M. Covera, *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*, YUP, New Haven-London 1975.

sędziowskiej decyzji, mówi się jednocześnie o „sumieniu konstytucyjnym” (*constitutional conscience*)<sup>14</sup>.

Jeden z twórców amerykańskiej Deklaracji Niepodległości, Thomas Jefferson, pisał 22 lutego 1787 r. w liście do Abigail Adams, że trzeba być w ciągłej gotowości do oporu przeciwko władzom, zwłaszcza jeśli któraś z nich uzurpuje sobie zbyt dużo praw<sup>15</sup>. Powstaje pytanie, czy miał na myśli wyłącznie opór ludu czy też także opór jednej z władz, jeśli jest ona przedmiotem ataku ze strony dwóch pozostałych. We współczesnej literaturze przedmiotu podkreśla się, że ta ostatnia sytuacja jest wprawdzie rzadka, ale nie można jej całkowicie wykluczyć<sup>16</sup>, także w warunkach normalnie funkcjonującego systemu demokratycznego<sup>17</sup>. Nie jest to bowiem konflikt państwa prawa z demokracją *in genere*, lecz raczej konflikt państwa prawa z najgorszymi stronami źle pojętej demokracji *in specie*.

Po pierwsze, istnieje oczywiście bardzo istotna różnica pomiędzy obywatelskim i sędziowskim nieposłuszeństwem. W tym pierwszym przypadku mamy bowiem do czynienia ze świadomym złamaniem prawa w szeroko pojętym interesie publicznym z jednoczesną gotowością do poniesienia odpowiedzialności z tego tytułu. W tym drugim natomiast sędzia musi poszukiwać wyjścia z sytuacji na gruncie obowiązującego prawa – albo w drodze odpowiedniej interpretacji prawa w poszukiwaniu słusznego rozstrzygnięcia (wymiar indywidualny), albo w drodze bezpośredniego odwołania się do konstytucji w obronie konstytucyjnej aksjologii obejmującej także zasadę trójpodziału władzy (wymiar instytucjonalny). Tkwi w tym oczywiście pewien paradoks – o ile bowiem nieposłuszeństwo obywatelskie jest z natury rzeczy postawą alegalistyczną, o tyle nieposłuszeństwo sędziowskie wręcz przeciwnie – właśnie postawą legalistyczną.

Po drugie, o ile w przypadku obywatelskiego nieposłuszeństwa sytuacyjne spektrum jego możliwego zastosowania jest w gruncie rzeczy nieograniczone, o tyle do nieposłuszeństwa sędziowskiego można się odwoływać w niezwykle rzadkich, szczególnych, ekstremalnych przypadkach. Stąd, w odniesieniu zwłaszcza do wymiaru instytucjonalnego, niektórzy prawnicy skłonni są chętniej używać pojęcia oporu sędziowskiego (*judicial resistance*) niż nieposłuszeństwa sędziowskiego (*judicial disobedience*). Tak czy inaczej jednak, kryzys konstytucyjny polegający na niekonstytucyjnej ingerencji władzy ustawodawczej i wykonawczej w niezawisłość sądownictwa z naruszeniem zasady trój-

<sup>14</sup> Tak np. H. J. Powell, *Constitutional Conscience: The Moral Dimension of Judicial Decision*, The University of Chicago Press, Chicago-London 2008.

<sup>15</sup> Cytuję za: C. Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, OUP, Oxford 2013, s. 27.

<sup>16</sup> Por. np. T. Campbell, *Separation of Powers in Practice*, Stanford University Press, Stanford 2004, s. IX: „The arrogation of power by a branch in a manner crossing over those divisions exposes the comparative disadvantages of the arrogating branch and calls for vigorous resistance by the branch upon which the encroachment has occurred [wyróż. – J.Z.]”.

<sup>17</sup> J. Allan, *The activist judge – vanity of vanities*, w: L. P. Coutinho, M. La Torre, S. D. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Springer, Heidelberg-New York-Dordrecht-London 2015, s. 85 i n.: „It is a possibility that requires a theory of when judicial disobedience and lying are warranted in a generally well-functioning democracy [wyróż. – J.Z.]”.



podziału władzy po osiągnięciu pewnego poziomu intensywności jest właśnie taką szczególną i ekstremalną sytuacją. Niektórzy uczeni skłonni są w związku z tym postulować w takich okolicznościach nie tylko prawo, lecz wręcz obojętne oporu. Dotyczy to w szczególności sytuacji, kiedy nieposłuszeństwo sędziowskie zbiega się z jednoczesnym nieposłuszeństwem obywatelskim.

Po trzecie, sądy amerykańskie orzekające w omówionych wyżej sprawach, chcąc skorzystać z nieposłuszeństwa sędziowskiego w wymiarze indywidualnym i/lub instytucjonalnym, były skazane wyłącznie na określoną interpretację przepisów, ponieważ sama konstytucja, chociaż dosyć sofistycznie, sankcjonowała niewolnictwo. Sytuacja, z którą mamy obecnie do czynienia w Polsce, jest pod tym względem radykalnie odmienna. To nie ustrojodawca ograniczył niezawisłość sędziowską, próbuje w nią ingerować w sposób niekonstytucyjny ustawodawca i władza wykonawcza. Nie ma więc potrzeby, by poszukiwać oparcia dla sędziowskiego nieposłuszeństwa w wymiarze instytucjonalnym w drodze skomplikowanych figur interpretacyjnych, wystarczy odwołać się do konstytucji, jej szczególnego nadrzędnego charakteru normatywnego i jej bezpośredniego stosowania.

Po czwarte, analiza problemu nieposłuszeństwa sędziowskiego dostarcza paradoksalnie argumentów także w dyskusji nad materialnymi i proceduralnymi aspektami kreacji składu Trybunału Konstytucyjnego, a w szerszym aspekcie – w ogóle nad kwalifikacjami moralnymi, zawodowymi i organizacyjnymi sędziów. W ostatnich latach można obserwować narodziny nowego kierunku filozoficznoprawnego zwanego jurysprudencją cnót (*virtue jurisprudence*)<sup>18</sup>. Jego twórcy odwołują się bardzo chętnie do pewnego artykułu opublikowanego w 1958 r. przez Elizabeth Anscombe<sup>19</sup>. Słynna brytyjska filozofka dokonała tam krytycznej oceny stanu filozofii moralnej uwikłanej w spór pomiędzy etyką deontyczną a etyką konsekwencjalistyczną i wskazała na trzecią możliwą drogę – arystotelesowską etykę cnót. Podobną drogą idą twórcy wspomnianego nowego kierunku filozoficznoprawnego – alternatywą dla sporu pomiędzy formalizmem a realizmem prawniczym jest właśnie jurysprudencja cnót. Ten spór ma szczególne zastosowanie do wyborów członków Trybunału Konstytucyjnego. Specyfika sędziego konstytucyjnego polega bowiem m.in. na tym, że ogniskuje on w sobie wszystkie trzy postawy naraz. Jest formalistą, ponieważ musi się trzymać tekstu konstytucji. Skazany jest na konsekwencjalizm, ponieważ musi brać pod uwagę skutki swoich wyroków. Ale co najważniejsze – powinien mieć pewne szczególne cnoty, które pozwolą mu udźwignąć ciężar odpowiedzialności związany z jego funkcją. Dlatego skłonny jestem twierdzić, że procedura wyborów sędziów konstytucyjnych (*jak?*) ma charakter wtórny i drugorzędny wobec kryteriów doboru i selekcji kandydatów (*kto?*). Mówiąc językiem Pierre'a Bourdieu, sędziowie konstytucyjni poruszają się na szerokim polu wyznaczonym ustawą zasadniczą i nie jest bez znaczenia, jakim dysponują kapitałem oraz jakie mają habitusy. Analiza biografii i orzecznictwa

<sup>18</sup> Z bardzo bogatej już literatury por. szerzej na temat jego założeń np. L. B. Solum, *Virtue jurisprudence: towards an areaitic theory of law*, w: L. Huppes-Cluysenaer, N. M. M. S. Coelho (eds.), *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Springer, Dordrecht 2013, s. 1-31.

<sup>19</sup> G. E. M. Anscombe, *Modern moral philosophy*, „Philosophy” 33(124), 1958, s. 1-19.

niektórych sędziów amerykańskich orzekających w sprawach niewolnictwa w pełni potwierdza tę ocenę. To nie tryb nominacji sędziów w ogóle i tryb wyboru sędziów konstytucyjnych w szczególności, lecz wspomniane wyżej cnoty i pozycja ustrojowa trzeciej władzy jako całości decydują o tym, czy sędzia jest w stanie dostrzec problem nieposłuszeństwa sędziowskiego (lub szerzej – sędziowskiego sumienia *sensu largissimo*) i co ma z nim zrobić w wymiarze indywidualnym i instytucjonalnym.

W analizach teoretyczno- i filozoficznoprawnych problematyka sędziowskiego sumienia zajmuje stosunkowo dużo miejsca, chociaż nie zawsze jest artykułowana *explicite*. Dotyczy to w szczególności teorii rozumowań prawniczych. W koncepcjach takich autorów, jak np. Neil MacCormick, Deryck Beylveid i Roger Brownsword, Ronald Dworkin czy Richard Posner, trudno wprawdzie poszukiwać wprost pojęcia *judicial conscience*, ale jest ono tam mimo wszystko zawarte *implicit*e. W literaturze łączy się to jednak wyraźnie z trzema wspomnianymi wyżej podstawowymi teoriami etycznymi – etyką deontologiczną, etyką konsekwencjalistyczną i etyką cnót. Wprawdzie tę ostatnią identyfikuje się przede wszystkim z empatią/miłością, ale istota pozostaje taka sama jak w propozycjach współczesnej jursprudenckiej cnót<sup>20</sup>.

Czasami problem sędziowskiego sumienia wpleciony jest w bardziej generalne rozważania towarzyszące pytaniu: czy i w jakim stopniu kwestie moralne mogą w ogóle być przedmiotem sędziowskiej deliberacji i czy tych kwestii nie powinien rozstrzygać wyłącznie ustawodawca? Nie ma jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie, ponieważ po części zależy ona od przyjętego modelu relacji pomiędzy tworzeniem i stosowaniem prawa, *ergo* – relacji pomiędzy władzą ustawodawczą a władzą sądowniczą. Nic więc dziwnego, że problem pochłania przede wszystkim tych filozofów prawa, którzy wykraczają poza swoją dziedzinę w kierunku prawa konstytucyjnego, filozofii polityki i filozofii moralnej<sup>21</sup>. Mamy bowiem do czynienia z materią niezwykle skomplikowaną i wszelkie skrajności są niebezpieczne: z jednej strony grożą nadmierną symplifikacją i ignorancją moralną, z drugiej zaś – nadmiernym moralnym arbitralizmem i subiektywizmem.

To prawda, że prawodawcze *fiat* demokratycznie wybranego ustawodawcy ma większe szanse na obiektywizm oraz społeczną akceptację i że w jakiejś mierze chroni nas przed subiektywizmem moralnym indywidualnego sędziego. Większe szanse nie oznaczają jednak pewności i na demokratyczną legitymację ustawodawcy nakłada się jeszcze problem demokratyczności procedur parlamentarnych – czy są one czysto arytmetyczne i oparte na prostej większości z pominięciem opinii mniejszości czy też partycypacyjne i deliberatyw-

---

<sup>20</sup> Szerzej por. A. N. Shtyov, *Conscience and Love in Making Judicial Decisions*, Springer Science, Dordrecht 2001, zvl. s. 54-73.

<sup>21</sup> Por. materiały specjalnego sympozjum poświęconego tej problematyce opublikowane na łamach „International Journal of Constitutional Law” 7(1), 2009, z referatem głównym Jeremy’ego Waldrona (*Judges as moral reasoners*, s. 2-24) oraz koreferatami Wojciecha Sadurskiego (*Rights and moral reasoning: a unstated assumption – a comment on Jeremy Waldron’s „Judges as moral reasoners”*, s. 25-45), Davida Dyzenhaus’a (*Are legislatures good at morality? Or better at it than the courts?*, s. 46-52) i Oliviera Beauda (*Reframing a debate among Americans: contextualizing a mora philosophy of law*, s. 53-68), a także odpowiedzią Jeremy’ego Waldrona (*Refining the question about judges’ moral capacity*, s. 69-82).

ne z uwzględnieniem opinii wszystkich uczestników procesu prawotwórczego. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy prawodawcze *fiat* oznacza jednocześnie określony wybór moralny<sup>22</sup>.

Ale prawdą jest również to, że z pewnego punktu widzenia prawo jako decyzja ustawodawcy jest tylko pewną ilością papieru zapisanego sformalizowanym konwencjonalnym tekstem, jego prawdziwe oblicze odsłania się dopiero w procesie stosowania i wykładni. Ontologiczną istotą prawa, co zauważyli już na przełomie XIX i XX w. neokantyści, jest bowiem nie to, że „jest”, lecz to, że „obowiązuje”. Jednocześnie prawo jest wprawdzie bardzo ważnym, ale nie jedynym regulatorem życia społecznego; wręcz przeciwnie – jest raczej zatopione w innych systemach normatywnych. W procesie tworzenia, stosowania, wykładni i przestrzegania prawa często dochodzi do konfliktu i zderzenia – nie tylko prawa z samym sobą, lecz także z moralnością, obyczajowością, ekonomią, polityką, religią itd. We współczesnej filozofii prawa nazywamy to trudnymi przypadkami (*hard cases*) – po ich nieograniczonej przestrzeni porusza się wprawdzie także ustawodawca, ale przede wszystkim jednak sędzia ze swoim sumieniem instytucjonalnym<sup>23</sup>. Znajdujemy się więc w tym dyskursie pomiędzy Scyllą i Charybdą i najlepszym wyjściem jest oczywiście poszukiwanie złotego środka w rozumieniu Arystotelesa, a jeszcze lepiej refleksyjnej równowagi w znaczeniu Johna Rawlsa.

Filozofia prawa pomaga z pewnością sędziemu w odpowiedzi na pytanie, czy sumienie może/powinno odgrywać jakąś rolę w jego orzecznictwie i jak odwołać się do niego bez naruszania koniecznej refleksyjnej równowagi z ustawodawcą. Trafnie bowiem zauważa Aharon Barak, wieloletni prezes Sądu Najwyższego Izraela, że dzięki filozofii prawa sędzia „lepiej zrozumie rolę prawa w społeczeństwie i zadania sędziego w ramach prawa”. I dodaje: „Nie można zbyt wiele osiągnąć wyłącznie z dobrą filozofią, bez niej nie można osiągnąć nic”<sup>24</sup>.

prof. dr hab. Jerzy Zajadło  
Uniwersytet Gdański  
jzajadlo@poczta.prawo.ug.edu.pl

## JUDICIAL CONSCIENCE

### Summary

The subject of this paper is a philosophical-legal analysis of the concept of 'judicial conscience', recently a popular topic in public discourse. The author proposes a broad understanding of the term, and distinguishes four different sources of this conscience: (i) a judge's worldview, which most often has a religious basis; (ii) professionalism; (iii) axiological conflicts internal to the legal system; and (iv) awareness of belonging to the judiciary as an independent power (the third estate). The author illustrates his analysis of judicial conscience through the example of US case-law from the turn of the eighteenth and nineteenth centuries, when courts adjudicated on cases involving fugitive slaves. According to the author, it is possible, on this basis, to determine some paradigmatic attitudes available to judges facing axiological conflict. In the conclusion, the author applies his reflections to the present Polish constitutional crisis.

<sup>22</sup> R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.) – London 2011, s. 5.

<sup>23</sup> J. Zajadło, *Po co prawnikom...*, passim.

<sup>24</sup> A. Barak, *The Judge in a Democracy*, PUP, Princeton-Oxford 2006, s. 116.

