

Uczelniany wykład inauguracyjny na Uniwersytecie Gdańskim

29 września 2017

Sędziowie w ciężkich czasach

Magnificencjo Rektorze, Wysoki Senacie, nasi mili goście, ale przede wszystkim drodzy studenci, ponieważ to do Was jest kierowany każdy wykład uniwersytecki!

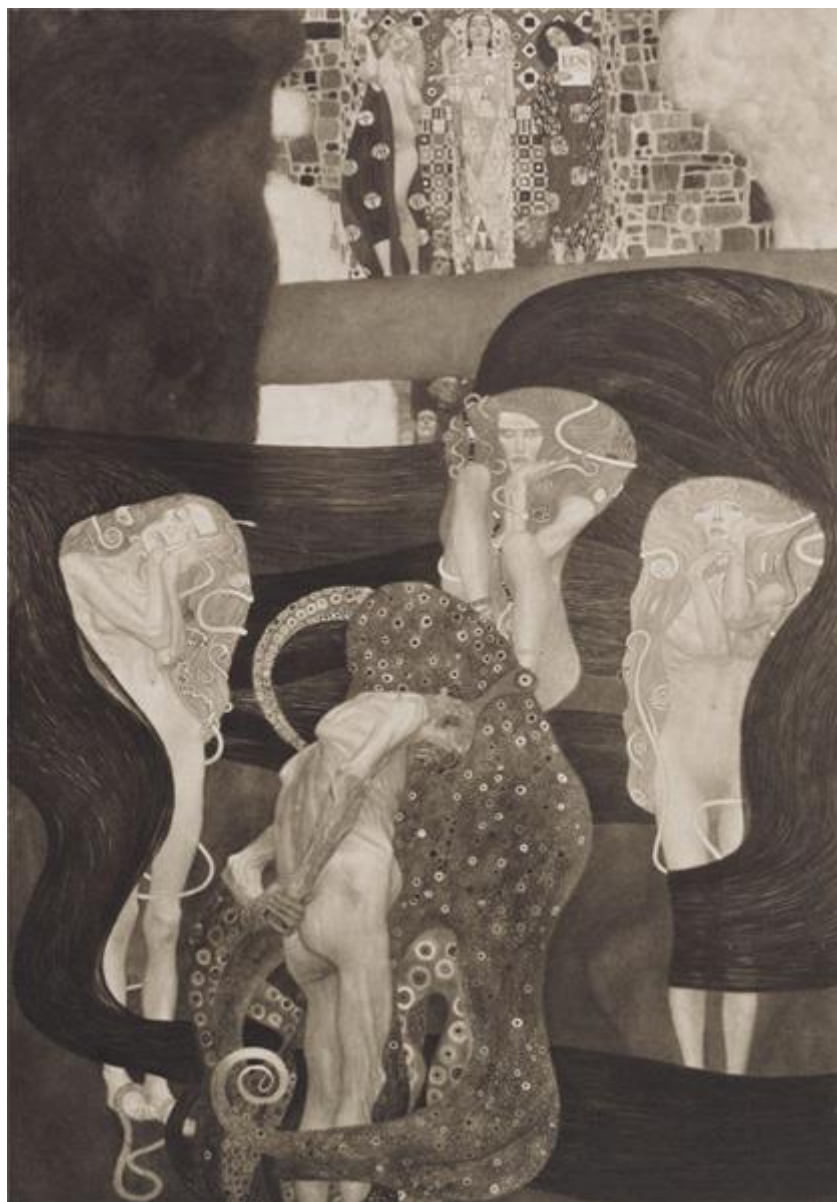
Uniwersytet to wszechnica wiedzy o bardzo szerokim spectrum – od matematyki, fizyki i chemii aż po historię, filozofię, socjologię czy wreszcie nauki prawne, które reprezentują. Uczelniany wykład inauguracyjny jest więc dosyć trudnym wyzwaniem – nie może być nazbyt profesjonalny, jednocześnie powinien dotyczyć problemu, który zainteresuje studentów bardzo różnych kierunków, a poza wszystkim – musi być krótki.

Kiedy trzy miesiące temu Pan Rektor powierzył mi ten zaszczytny obowiązek, zaproponowałem temat „Sędziowie w ciężkich czasach” – wówczas w najśmielszych snach nie mogłem przewidzieć, że jego główni bohaterowie, sędziowie, będą na ustach wszystkich i to w tak kontrowersyjny sposób. Ale proszę się nie obawiać – mój wykład nie będzie o bieżącej polityce, będzie raczej o wolnych od polityki filozoficzno-prawnych uniwersaliach.

Parę słów wyjaśnienia wymaga, jak sądzę, tytuł mojego wystąpienia. To pewna parafraza a właściwie odwołanie do tytułu powieści Edgara Doctorowa „Welcome to Hard Times”, na podstawie której nakręcono później znany film z Henrym Fondą w jednej z głównych ról. W oryginale „Hard Times” były nazwą niewielkiego miasteczka amerykańskiego pogranicza, a sama narracja – opisem klasycznego problemu walki dobra ze złem. W moim wystąpieniu „ciężkie czasy” mają charakter bardziej dosłowny – stawiam bowiem tezę, że sędziowie zawsze działają w ciężkich, raz mniejszych raz większych, czasach. W swoim wykładzie nie będę ich usprawiedliwiał, spróbuję raczej wyjaśnić pewien mechanizm powodujący, że zawsze działają w warunkach pewnego aksjologicznego konfliktu. Ale taka jest właśnie rola Uniwersytetu – mamy przede wszystkim identyfikować i analizować problemy, a następnie wyjaśniać i tłumaczyć ich istotę.

Kiedy w 1787 roku uchwalono amerykańską konstytucję, dosyć szybko zaczęły powstawać komentarze do tego aktu. Pierwszym z nich były tzw. Pisma Federalistów

(*The Federalist Papers*) autorstwa Johna Jaya, Jamesa Madisona i Alexandra Hamiltona. Miały specyficzną strukturę i kolejne tezy były numerowane. Pod numerem 78. Alexander Hamilton scharakteryzował pozycję ustrojową sędziów tworzących wymiar sprawiedliwości (*judiciary*). Jego zdaniem sądownictwo to „najmniej niebezpieczna władza” (*the least dangerous branch*), ponieważ „nie ma wpływu ani na miecz, ani na sakiewkę” (*has no influence over either the sword or the purse*). Od czasów Hamiltona sytuacja uległa jednak zasadniczej zmianie. Judykatura nie jest bowiem aż tak bezbronna, jak sądził Hamilton. Nie ma wprawdzie „miecza i sakiewki”, te dzierżą prezydent i kongres, ale ma inny bardzo istotny oręż – jest strażnikiem wartości konstytucyjnych. I właśnie dlatego sędziowie zawsze są w ciężkich czasach – zawsze bowiem działają w warunkach aksjologicznego rozwarcia, ponieważ nigdy wartości konstytucyjne nie pokrywają się w stu procentach z polityczną i społeczną rzeczywistością. To rozwarcie pomiędzy ideałem prawa i jego faktyczną realnością raz może być większe, raz mniejsze – zawsze jednak istnieje. By pokazać Państwu mechanizm powstawania i funkcjonowania tego fenomenu, odwołam się do pewnego obrazu – oto on:



Autorem był Gustav Klimt, a samo dzieło, namalowane w latach 1901-1907, było elementem większej całości i miało stanowić ozdobę auli uniwersyteckiej w Wiedniu. Kompozycja składać się miała z czterech obrazów symbolizujących cztery podstawowe fakultety oraz piątego uosabiającego ideę uniwersytetu jako całości. Klimt podjął się namalowania *Jurisprudenz*, *Medizin* oraz *Philosophie*, pozostałe dwa obrazy, *Theologie* i środek kompozycji, miały być dziełem Franza Matscha. Szczegółowy opis historii powstania poszczególnych elementów kompozycji i ich dalsze losy znacznie przekraczałyby ramy tego wykładu. Tym bardziej, że interesuje mnie bardziej paradygmatyczny niż historyczny wymiar wizji prawoznawstwa w obrazie Klimta. Pewne szczegóły historyczne mają jednak znaczenie dla zrozumienia tego paradygmatu.

Pierwotnie, jak wynika z zachowanych szkiców sporządzonych ok. 1897-1898 roku, Klimt chciał przedstawić nieco inną wizję prawoznawstwa - pojawia się tam postać kobiety z mieczem w dłoni: jasna, promienista, wzniosła, majestatyczna, optymistyczna. Była to więc stylizacja charakterystyczna do pewnego stopnia dla tradycyjnego obrazu Temidy i zupełnie inna niż ta, którą przyjął Klimt w mrocznej, tragicznej, pesymistycznej i fragmentami wręcz okrutnej symbolice dwóch pozostałych fakultetów - medycyny i filozofii.

Pod wpływem kontrowersji jakie wywołały pierwsze wersje *Philosophie* (1900) i *Medizin* (1901), zarówno we władzach Uniwersytetu jak i w opinii publicznej, artysta całkowicie zmienił jednak swoją koncepcję *Jurisprudenz*. W rezultacie powstał tak przedziwny i wstrząsający obraz prawa i prawoznawstwa, że po dziś dzień inspirował teoretyków i filozofów prawa i może być przedmiotem bardzo różnych interpretacji. Ostateczne odczytanie wszystkich trzech obrazów Klimta jest o tyle utrudnione, że uległy one zniszczeniu - w 1945 roku zostały spalone w zamku Immendorf w Górnej Austrii przez wycofujące się oddziały SS.

Pierwotna wizja prawoznawstwa w ujęciu Klimta wyglądała tak i nietrudno zauważyć, że różniła się w sposób istotny od zaprezentowanej wyżej wersji ostatecznej, na której skupię swoją interpretację:



Dla potrzeb tego wykładu, którego głównym przedmiotem jest problem sędziowskich dylematów moralno-prawnych, proponuję następującą interpretację zachowanej czarno-białej fotografii *Jurisprudenz*. W pierwotnym zamyśle Klimt patrzył na prawo ze wspomnianego wyżej poziomu idealizacyjnego, w ostatecznej wersji prawie całość obrazu zostaje sprowadzona do poziomu realnego. Trudno się więc dziwić, że taka wizja przypadła do gustu przedstawicielom rodzącego się wówczas realizmu prawniczego - zarówno w Europie (Eugen Ehrlich), jak i w Ameryce (Roscoe Pound). Poziom idealizacyjny schodzi tutaj na dalszy plan, co nie oznacza, że nie ma go w ogóle. W górnej części obrazu pojawiają się wprawdzie trzy piękne postacie kobiece symbolizujące prawdę (*veritas*), sprawiedliwość (*iustitia*) i prawo (*lex*), ale zdają się one nie mieć żadnego wpływu na to, co dzieje się na poziomie realnym. Tam króluje nie piękno systemowości prawa, lecz raczej brzydota jego opresyjności i przypadkowości. Nad nieszczęsnym grzesznikiem oplecionym mackami ośmiornicy unoszą się obojętne i wręcz znudzone boginie zemsty i nieuchronnego losu - Erynie. Pomiędzy tym wyeksponowanym na pierwszy plan poziomem realnym i odsuniętym

głęboko na dalszy plan poziomem idealizacyjnym widać w różnych miejscach głowy starców - to prawdopodobnie sędziowie, zawsze zawieszeni pomiędzy ideałem prawa jako uporządkowanym systemem a chaotyczną realnością prawa jako rozstrzygnięciem o losach konkretnego człowieka. Ten obraz wymiaru sprawiedliwości potwierdza jednak tylko główną tezę tego wykładu – sędziowie zawsze działają w sensie symbolicznym w ciężkich czasach.

Wśród historyków prawa panuje dosyć zgodne przekonanie, że *Jurisprudenz* była formą ataku na tradycyjny pozytywistyczny obraz prawa, natomiast historycy kultury idą jeszcze dalej i uznają w ogóle twórczość Klimta z tego okresu za kryzys liberalnej i racjonalnej wizji świata. W swoich rozważaniach pomijam jednak ten historyczny aspekt szczególnego klimatu intelektualnego panującego w Wiedniu na przełomie XIX i XX wieku, a zwłaszcza wpływ psychologii Zygmunta Freuda na umysłowość Gustava Klimta i erotyczny wydzźwięk jego malarstwa.

Prawnicy kochają język łaciński i da się to w prosty sposób wytłumaczyć – po pierwsze, współczesna jurysprudencja ma swoje korzenie w rzymskim antyku; po drugie, w łacińskich terminach, zwrotach i sentencjach łacińskich prawniczych jest zakumulowana przez wieki mądrość, do której chętnie się odwołują. Chciałbym zwrócić Państwa uwagę na dwie sentencje, które wyznaczają dwie skrajnie pewnej skali, po której poruszają się prawnicy, zwłaszcza sędziowie.

Na jednym biegunie znajduje się paremia *dura lex sed lex* (twarde (surowe) prawo, ale prawo). Współcześnie to powiedzenie stało się już tak wyświechtanym i banalnym sloganem, że żaden współczesny prawnik nie może, a właściwie nie powinien traktować go całkiem poważnie. Zwłaszcza że nie bardzo wiadomo, kto i kiedy sformułował tę zasadę w takiej postaci – w oryginale brzmiało to bowiem zupełnie inaczej. Takie zdanie rzeczywiście pojawia się w justyniańskich *Digestach*, gdzie Ulpian, rzymski prawnik z 2. wieku n.e. twierdzi: *durum sed ita lex scripta est* (surowo, ale tak została napisana ustawa). To jednak zupełnie co innego niż kategoryczne i generalizujące *dura lex sed lex*. Ulpian nie pisał bowiem o prawie w ogóle, lecz o bardzo konkretnej ustawie, którą uznał za surową. Chodziło o ustawę, która zakazywała kobiecie oskarżonej o cudzołóstwo (*adulterium*) wyzwalania swoich niewolników. Dlaczego? Głównie z tego powodu, że najczęściej niewolnik był świadkiem zdrady swojej pani i nie chciano się pozbywać tego źródła dowodowego. Niewolnika, w odróżnieniu od osób wolnych i wyzwolenców, wolno było bowiem

torturować w celu wydobycia zeznać. To surowe, pisze więc Ulpian, ale tak została napisana ta konkretna ustawa.

Na drugim biegunie tej skali znajduje inna znana sentencja – *lex iniusta non est lex* (prawo niesprawiedliwe nie jest prawem). Coś nas prawników ciągnie w kierunku tej paremii, ale tak naprawdę nie bardzo wiemy co z nią zrobić. Zdajemy sobie bowiem sprawę z niebezpieczeństwa sytuacji, w której każdy sędzia miałby prawo podważyć obowiązywanie prawa w oparciu o swoje subiektywne poczucie sprawiedliwości. Ale i w tym przypadku mamy do czynienia z pewnym zniekształceniem pierwowzoru. Podobne zdanie odnajdziemy bowiem wprowadzie u św. Augustyna w dialogu *De libero arbitrio* (O wolnej woli), ale brzmi ono mniej kategorycznie: *Nam mihi lex esse non videtur, quae iusta non fuerit* (Nie wydaje mi się, by prawem było coś, co nie zmierza do sprawiedliwości). Mamy tutaj do czynienia nie z kategoryczną tezą, lecz z wątpiącą hipotezą – Augustyn ma zastrzeżenia (*non videtur*) co do prawa, którego celem nie jest sprawiedliwość (*quae iusta non fuerit*). Różnica jest więc zasadnicza.

Ale sędziowie wiszą, jak powiedzieliśmy, pomiędzy pięknym ideałem prawa a brzydotą opresyjnej realności – jak w przejmującym obrazie Klimta. Jak zbliżą się przesadnie do formuły *dura lex sed lex* – zarzucimy im formalizm i bezduszność. Jak z kolei oscylują w kierunku *lex iniusta non est lex* – pojawi się oskarżenie o sędziowski aktywizm i arbitralizm. Tak źle i tak niedobrze. Zawsze pomiędzy mitycznymi Scyllą i Harybdą (lub bardziej swojsko – między młotem i kowadłem). Ciągłe trzeba szukać złotego arystotelesowskiego środka, a więc czasy ciągle ciężkie, chociaż raz mniej, raz bardziej – w zależności od stopnia rozwarcia pomiędzy wartościami prawdy, sprawiedliwości i prawa a oplecioną mackami morskiego stwora ofiarą realnego wymiaru.

Te sędziowskie dylematy mogą mieć dwie perspektywy – indywidualną i instytucjonalną. Zaczijmy od tej pierwszej – opisałem ją na przykładzie orzecznictwa sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa w książce „Sędziowie i niewolnicy”. Jakie możliwości ma więc sędzia stojący w obliczu stosowaniu ustawy, z którą się fundamentalnie nie zgadza w swoim sędziowskim sumieniu? Może pójść jedną z następujących dróg: po pierwsze, uciec w bezduszny formalizm formuły *dura lex sed lex*; po drugie, dać się uwieść głosowi swojego sumienia, odrzucić prawo i orzec *contra legem*; po trzecie, zrezygnować ze stanowiska; po czwarte, zastosować twórczą wykładnię z wiarą, że postępuje zgodnie z prawem; po piątą, uciec w tzw. subwersję

i zacząć w sposób zawołowany kłamać, że takie rozwiązanie nie jest sprzeczne z prawem.

To wszystko w wymiarze indywidualnym, pozostaje jednak jeszcze wymiar instytucjonalny i poczucie tożsamości bycia członkiem trzeciej władzy. Nakłada się na to problem trójpodziału władzy i stosunku władzy sądowniczej do dwóch pozostałych – ustawodawczej i sądowniczej. Najczęściej skłonni jesteśmy łączyć trójpodział władzy z epoką oświeceniową i nazwiskiem Monteskiusza. Nie bardzo wiadomo dlaczego – Monteskiusz bowiem wyznaczył sędziom dosyć pasywną rolę: mieli być jedynie *la bouche de la loi* (ustami ustawy). Dzisiaj już wiemy, że to bardzo mało, zdecydowanie za mało na to, czego współcześnie oczekujemy od sędziów. Sięgnąłem więc do mądrości swojego ukochanego rzymskiego antyku i tam u Cyncerona odnalazłem prawdziwą istotę podziału władzy, kilkanaście wieków przez Monteskiuszem. W *Oratio pro Cluentio* Cynceron mówił bowiem tak: *Legum ministri magistratus, legum interpretes iudices, legibus denique idcirco omnes servimus, ut liberi esse possimus* (Praw sługami urzędnicy, praw tłumaczami sędziowie, praw dlatego zatem wszyscy jesteśmy niewolnikami prawa, żebyśmy byli wolni). A więc sędzia jest czymś więcej niż tylko ustami ustawy, jest przede wszystkim jego interpretatorem z wszystkimi tego konsekwencjami. Ale zwróćmy też uwagę na rolę dwóch pozostałych władz – urzędnik (władza wykonawcza) to sługa (*minister*) prawa, natomiast ustawodawca ma tworzyć prawa, które stanowią podstawę naszej wolności, nawet jeśli z pozoru tą wolność ograniczają (*ut liberi esse possimus*).

Można jednak sięgnąć jeszcze głębiej w mądrość rzymskiej jurysprudencji i wskazać na pewne pojęciowe rozróżnienie. Otóż Rzymianie mówiąc o prawie używali dwóch pojęć – z jednej strony *lex* (ustawa, twarde prawo pisane – stąd *dura lex sed lex*), z drugiej zaś *ius* (wieloznaczne, w tym jednak także synonim idei prawa – stąd *lex iniusta non est lex*). Dzisiaj już wiemy, że te pojęcia nie są wobec siebie konkurencyjne, lecz raczej komplementarne – zawieszony pomiędzy nimi sędzia wprawdzie stosuje *lex*, ale po to, by w ostatecznej instancji osiągnąć w swojej decyzji *ius*. W 6. wieku n.e. Izydora z Sewilli zwrócił uwagę, że w języku łacińskim słowo *ius* miało jeszcze jedno, zupełnie nieoczekiwane znaczenie – obok prawa, to także zupa, polewka, sos. Sędzia jest więc, pisze Izydora, trochę jak kucharz – na bazie *lex* warzy pewną strawę, *ius*, a jej ostateczny smak zależeć będzie od dodanych ingrediencji – te ingrediencje to wiedza,

mądrość, roztropność, doświadczenie, a czasami po prostu zdrowy rozsądek sędziego.

Pan Rektor przypomniał, że patronem nagrody naukowej miasta Gdańska jest Jan Heweliusz – w tej postaci ogniskuje mi się wszystko to, co do tej pory powiedziałem. Pamiętamy najczęściej, że Heweliusz był wybitnym astronomem, ale warto też przypomnieć, że z wykształcenia był przede wszystkim prawnikiem – studiował prawo na znakomitym Uniwersytecie w Lejdzie, o i le dobrze pamiętam w latach 1630-1631. Był wreszcie także świetnym browarnikiem warzącym znakomite gdańskie piwo. Spina się nam to wszystko jedną klamrą – prawnik warzący jakąś strawę, ale jednocześnie patrzący w gwiazdy. To tylko metafora, ale bardzo symboliczna. Można by na jej podstawie zaapelować do współczesnych sędziów – warzcie swoją strawę na podstawie prawa (*lex*), ale przynajmniej czasami spójrzcie także w gwiazdy (*ius*).

Czas podsumować to jakimś morałem. Jak morał, to oczywiście bajka. Współcześni filozofowie prawa bardzo często odwołują się do pewnej przypowieści o starym arabskim szejku. Na łożu śmierci wyraził swoją ostatnią wolę – niech mój najstarszy syn otrzyma $\frac{1}{2}$, średni $\frac{1}{4}$, a najmłodszy $\frac{1}{6}$ część mojego majątku. Po śmierci szejka okazało się, że spuścizna po nim liczy tylko jedno stado jedenastu wielbłądów. Nietrudno się domyślać, że synowie szejka mieli spory kłopot z podziałem majątku przy tak określonych ułamkach. Najstarszy chciał sześć wielbłądów – ale dlaczego sześć, wszak jedna druga z jedenastu to zaledwie pięć i pół? Poszli więc do mądrego kalifa po radę, a ten rzekł im tak: Posłuchajcie, pożyczę wam jednego wielbłąda ze swojego stada, ale musicie mi go oddać z powrotem, jak już podzielicie swoje stado. Zagadka okazała się bardzo prosta do rozwiązania – jedna druga z dwunastu to 6, jedna czwarta to trzy, jedna szósta to dwa, a więc $6 + 3 + 2 = 11$, tego dwunastego pożyczonego synowie mogli oddać mądrymu kalifowi.

Jest w tym coś symbolicznego z punktu widzenia tematu mojego wykładu. Prawo ustanowione przez ustawodawcę (*lex*) zawsze jest równaniem niedoskonałym, ponieważ życie dostarcza nam nieograniczonej liczby stanów faktycznych. Sędzia zawsze jest w ciężkich czasach, ponieważ zawsze musi znaleźć dwunastego wielbłąda, który powoli znaleźć dopełnienie tego niedoskonałego równania (*ius*).

Obiecałem Państwu, że mój wykład nie będzie o bieżącej polityce. Mam nadzieję, że rzeczywiście nie był. Jeśli nawet zdarzyło się to czasami między wierszami, to proszę mi wybaczyć.