

Andrzej Gomułowicz

SĄDOWNICTWO ADMINISTRACYJNE A ZASADA *DURA LEX SED LEX*

Sędzia a prawo

Historia sądownictwa jest w znaczącym zakresie historią związania sędziego prawem; to historia, która dowodzi, że norma prawna, surowa w swej treści, jest akceptowana dlatego, że jej dyspozycja nosi w sobie godność prawa. Ale jednocześnie jest to historia, która dowodzi, że surowa norma prawna, pozbawiona waloru i godności prawa, literalnie, skrupulatnie, wiernie i bezwzględnie stosowana może prowadzić do tragicznych następstw. A bezmyślność i bezdusność w procesie wykładni prawa, może owocować bezprawiem¹.

Historia sądownictwa wskazuje też, że z prawem, zamiast pewności i zaufania, wiąże się chwiejność aksjologiczna i mętność rozwiązań. Zawsze obecne w historii sądownictwa było pytanie: co decyduje o sile prawa, co decyduje o aurytecie prawa? Odpowiedź, aczkolwiek udzielana w różnych okresach historycznych i w różnych kulturach prawnych, zawsze sprowadzała się do tego, że siły prawa można dopatrywać się tylko w słuszności stanowionych norm².

¹ J. M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006; D. Lyons, *Etyka i rządy prawa*, Warszawa 2000.

² J. Raz, *Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności*, Warszawa 2000.

Poszukiwanie przez sędziego, roli i celu jakim prawo ma służyć jest oczywiste i zawsze uzasadnione. Uzasadnione, albowiem termin prawo – *ius*, jest wchłaniany przez słowo *iustitia*. Dowodzi to niezbitcie, że prawo wywodzi swoje imię, czerpie swój rodowód ze sprawiedliwości³.

W historii sądownictwa bardzo wczesnie pytano *Quid leges sine moribus?* No właśnie, co znaczą ustawy bez zwyczaju? Ten zwyczaj odnoszono do idei wartości. Wskazywano, że *leges* to jeszcze nie *lex*. I jeżeli *leges* odbiegało w treści od wartości mających charakter aksjologiczny, to odpowiadano w sposób następujący: *vanae proficiunt*, czyli takie ustawy nic nie znaczą i niczemu nie służą⁴.

Historia sądownictwa to przede wszystkim historia chłodnej, sędziowskiej sprawiedliwości. Historii ocieplanej przez sędziego wówczas, gdy sędzia kierując się zasadą *aequitas* odwoływał się do pozatekstowych, subiektywnie odczytywanych uwarunkowań, sensu przepisów prawnych. Odwoływał się do tych uwarunkowań, albowiem w procesie orzecznym sędzia prowadzi dialog z prawem. Zdarza się, że w następstwie tego dialogu, sędzia wydaje wyrok i przywołując treść maksymy *dura lex sed lex*, obarcza całkowitą odpowiedzialnością za jego treść prawodawcę. Dystansując się od treści wydanego przez siebie wyroku, sędzia faktycznie redukuje swoją pozycję do prostego wykonawstwa. Nieomalże do urzędniczej wręcz sprawności⁵.

A przecież funkcja sędziego, to nie jest tylko wybór jednego z możliwych sposobów zarabiania na życie. Ten zawód jest szczególny. Jest szczególny dlatego, że bardzo głęboko wkracza w osobowość. Sprawia, że życie zawodowe i prywatne zbliża się do siebie. Moralna wrażliwość sędziego, jego wiedza, podobnie jak i etyka, stają się integralnym elementem osobowości. Sędzia musi mieć charakter, aby nie ulec pokusie łatwego, prostego, mechanicznego odkodowania norm zawartych w przepisach prawa. Po to, aby nie traktować pozoru prawa za prawo, sędzia musi być wolny od jakiegokolwiek formy zawisłości.

I tu przypomnieć trzeba znaczenie wypowiedzianych w trakcie przysięgi sędziowskiej słów dotyczących sumienia. Te słowa są istotne. Przede wszystkim dlatego, że, po pierwsze, wskazują na sędziego jako na osobę, na której zawsze, i to nieodwołalnie, spoczywa ostateczny ciężar odpowiedzialności za sposób, w jaki sędzia rozumie prawo i prawo stosuje; po drugie, wskazują, że ostatnie słowo, zawsze należy do sędziego, a nie do ustawy, bo to sędzia, a nie ustawa składa swój podpis pod treścią wyroku; po trzecie, uzmysławiają, że sumienie odnosi się do liczby pojedynczej, a to znaczy, że sędzia nie może się z nikim podzielić odpowiedzialnością za swoje decyzje.

³ S. J. Karolak, *Sprawiedliwość. Sens prawa. Eseje*, Warszawa 2007.

⁴ *Ibidem*, s. 41 i nast.

⁵ T. Romer, M. Najda, *Etyka dla sędziów*, Warszawa 2007, s. 19–83.

Dzisiaj, w XXI w. wyjątkowo aktualnie brzmią przemyślenia filozofa francuskiego oświecenia P. H. Holbacha, dotyczące istoty sędziowskiej władzy⁶. Na pytanie o godność sędziego, odpowiada Holbach następująco – „godność sędziego tkwi w jego rozumności, cnotach charakteru i sprawiedliwości”. Natomiast pytanie o sędziowską sławę kwituje Holbach stwierdzeniem, że „sędzia czerpie sławę i tę sławę pomnaża nie z samej tylko możności sądenia, ale z sądenia zgodnie ze sprawiedliwością”. Oczywiście ma Holbach świadomość, że zdarza się sędzia niesprawiedliwy. Dlatego wypowiada następująca ocenę: „sędzia niesprawiedliwy byłby potworem w ładzie politycznym i społecznym, sprawowałby tyranie, a więc władze wstrętną, władzę wobec której tylko strach nakazywałby posłuszeństwo”.

Sędziowskie dylematy – stosowanie prawa

Sędzia w procesie stosowania prawa odnosi się do idei i sensu prawa. A to skłania do zadania trzech pytań. Po pierwsze, czy sędzia może pozostawić na uboczu niesporny katalog wartości aksjologicznych, często znajdujących umocowanie w wartościach i dobrach konstytucyjnie chronionych; po drugie, czy sędzia może wyłączyć sumienie i mieć na uwadze maksymę *dura lex sed lex*, po trzecie, kiedy jest możliwe, a nawet wręcz konieczne przełamanie przez sędziego zasady *dura lex sed lex*.

Odpowiadając na te pytania sędzia musi przede wszystkim sięgnąć do rodowodu maksymy *dura lex sed lex*⁷. Musi pamiętać, że jest to tylko i wyłącznie parafraza wypowiedzi rzymskiego prawnika Ulpiana, sformułowana przy ocenie ustawy dotyczącej odpowiedzialności za zdradę małżeńską żony. Ulpian ujął swoje stanowisko następująco – *Quod quidem perquam durum est, sed ita lex, scripta est*, czyli „to, co jest dolegliwe i twarde, to trzeba przyjąć, tak bowiem zapisane jest w ustawie”. Natomiast w wiekach średnich, glosatorzy oderwali tę maksymę od pojedynczego przypadku rozpatrywanego przez Ulpiana, czyli od podłoża, na którym została ona sformułowana i skrócili jej zapis literowy do czterech słów – *dura lex sed lex*. I ta maksyma, będąc jedną z najczęściej wypowiedzianych, zawiera zwodniczą argumentację, która od wieków deformuje kulturę prawną, także w Polsce.

Zapomina się przy tym, że Cyncero wskazywał, iż prawo musi być oceniane, albowiem zdarza się i tak, co prawda nie zawsze, ale często, iż o prawie można powiedzieć *summum ius summa iniuria*.

Prawo stanowić ma dla sędziego nieprzekraczalną granicę działania. I to jest oczywiste, ale pojawia się zawsze zasadnicze pytanie – co to jest prawo?

⁶ P. H. Holbach, *Teokracja*, Warszawa 1979.

⁷ Szerzej na ten temat zob.: S. J. Karolak, *op. cit.*, s. 117–123; R. Tokarczyk, *Etyka prawnicza*, Warszawa 2007, s. 119–127.

A wraz z nim kolejne pytanie, a mianowicie, czy taką samą nieprzekraczalną granicę działania stanowić ma dla sędziego prawo, które z winy prawodawcy jest dotknięte kwalifikowanymi błędami i ułomnościami. Są to błędy o charakterze i prakseologicznym, i aksjologicznym. Sędzia z istoty i charakteru funkcji jest władzą niezawisłą. A to oznacza, że jest władzą wolną w swoich wyborach. A zatem o tym, czy i w jaki sposób sędzia zastosuje „złe prawo”, decyduje zarówno sędziowska niezawisłość, jak i sędziowski rozum. Sędzia może uznać, że przekracza w konkretnym i w wyjątkowym przypadku granice prawa stanowionego po to, żeby zachować wierność wobec idei prawa. Dopuszczalne i wręcz konieczne jest odrzucenie przez sędziego zasady *dura lex sed lex*, wówczas, gdy norma odtworzona przy pomocy dyrektyw wykładni (językowej, następnie systemowej i wreszcie funkcjonalnej) naruszałaby zasady kultury prawnej państwa praworządneho. Jeśli tym samym burzyłaby powszechnie akceptowane społecznie wartości⁸.

Podstawą takiego działania sędziego jest uznanie, że prawo to fakt społeczny. Dzięki sędziemu prawo żyje, albowiem tylko wtedy może skutecznie spełniać funkcje regulatora stosunków społecznych. W treści prawa nie można pomijać i nie można nie zauważać aspektu aksjologicznego. Nie można negocjować znaczenia wartości aksjologicznych w rozumieniu idei prawa.

Kiedy prawodawca jest prawodawcą racjonalnym? Na to pytanie sędzia, który przełamuje zasadę *dura lex sed lex*, też musi odpowiedzieć. Czy prawodawca racjonalny to tylko i wyłącznie wzór pewnych umiejętności socjotechnicznych, dzięki któremu stanowione są normy tak, aby były adekwatne, skuteczne, jako środek realizacji założonych celów? Jeśli tak, to jest to jedynie wzorzec formalny. Ten standard formalnego prawodawcy jest wzbogacany poprzez formułowanie wymogu, by stanowić normy na gruncie słusznego systemu wartości. W ten sposób uzyskuje się konstrukcję prawodawcy doskonałego aksjologicznie⁹.

Natura prawa sprawia, że prawo musi mieć autorytet, a źródłem tego autorytetu powinna być treść prawa. Sędzia, który przełamuje zasadę *dura lex sed lex*, może przywracać prawu należne mu wartości aksjologiczne, czyli działać tak, jak powinien postępować racjonalny prawodawca. Sędzia, w procesie interpretacji, chcąc przełamać zasadę *dura lex sed lex*, odwołując się do katalogu uniwersalnych wartości aksjologicznych, tworzy aksjomaty, które pozwalają w procesie dekodowania tekstu prawnego, sformułować spójne, racjonalne aksjologicznie i prakseologicznie reguły postępowania. Sędzia, który poszukuje takiego kodu interpretacji, może także odwołać się do standardów wskazanych przez polski sąd konstytucyjny. TK wskazał, że w procesie interpretacji należy dążyć do „ustala-

⁸ W. Lang, *Prawo i moralność*, Warszawa 1989; H. Rabault, *Granice wykładni sędziowskiej*, Warszawa 1997; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999; Z. Ziemiński, *Etyczne problemy prawoznawstwa*, Wrocław 1972.

⁹ S. Wronkowska, *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego*, [w:] *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990, s. 133.

nia interpretowanych przepisów zgodnie z aksjologią naszego ustroju i zgodnie z aksjologią systemu prawa¹⁰, a ponadto „Konstytucja w całości kształci swych postanowień daje wyraz pewnemu, obiektywnemu systemowi wartości, którego urzeczywistnianiu powinien służyć proces interpretacji i stosowania poszczególnych przepisów”¹¹.

Sędzia staje przed koniecznością pogłębionej refleksji nad maksymą *dura lex sed lex*. Jest tak dlatego, że towarzyszy sędziemu świadomość, iż nie jest prawdą, że każde prawo wprowadza do stosunków społecznych ład i stabilność, choć tak właśnie być powinno. Ponadto towarzyszy sędziemu świadomość, że prawo ze swej istoty ma być nośnikiem określonych wartości, ale nie ma tu automatyzmu, co oznacza, że prawo może się tej funkcji sprzeniewierzać. Dlatego sędzia musi rozstrzygnąć dylemat zasadniczy, czy jest sprawiedliwy wtedy, gdy pozornie orzeka *contra legem*, a podstawę rozstrzygnięcia stanowi niesprawiedliwe w swej treści prawo, czy też jest sprawiedliwy wówczas, gdy orzekając ściśle trzyma się niesprawiedliwego w swej treści prawa? Te dylematy musi rozstrzygnąć sędzia samodzielnie. I może przyjąć, że maksymie *dura lex sed lex* trzeba nadać inne znaczenie niż to, które jest dotychczas powszechnie przyjmowane w kulturze prawnej. Maksymę tę rozumieć można jako ostrzeżenie przed bezzasadnym i mechanicznym stosowaniem prawa. Sędzia w procesie stosowania prawa może dokonać jego korekty aksjologicznej. Dlatego, że ważną funkcję spełnia czynnik uzasadnienia aksjologicznego norm. Norma prawna, w sposób oczywisty sprzeczna z systemem akceptowanych uniwersalnych wartości aksjologicznych, może w skrajnych wypadkach nie mieć mocy obowiązującej, albowiem przepisy, które są pozorem prawa, nie mają mocy wiążącej.

Wnioski

Co przemawia za koniecznością przełamania w pewnych szczególnych i wyjątkowych przypadkach zasady *dura lex sed lex*? Po pierwsze to, że przewodnikiem sędziego, w trakcie jego dialogu z prawem jest rozum i sumienie, dzięki czemu sędziowski wymiar prawa staje się, jak ujął to Cyncero – „myślą i rozumem mędrca”; po drugie, stosowanie prawa przez sędziego, dzięki temu, że jest myślą i rozumem mędrca, staje się – tak jak marzył o tym Ulpian – „umiejętnością tworzenia dobra w poszanowaniu słuszności”; i po trzecie, dzieje się tak dlatego, że sędzia w miejscu przeznaczonym na serce, ma serce, a nie paragraf.

¹⁰ Orzeczenie TK z 5 listopada 1986 r., sygn. akt U5/86, OTK 1986, poz. 1, s. 21.

¹¹ Wyrok TK z 23 marca 1999 r., sygn. akt K2/98, OTK ZU 1999, nr 3, poz. 38, s. 222.