

TRÓJPODZIAŁ WŁADZY

Debata panelowa



Dagmara Pawełczyk-Woicka

Chciałabym, żebyśmy zaczęli tę dyskusję i debatę od pewnego wstępu. Chodzi o to, żeby wszyscy zrozumieli, o czym mówimy, bo poruszyliśmy bardzo istotne zagadnienia sporu między normatywizmem prawniczym i odwołaniem się do prawa natury. Zaczęłabym od tego, że, proszę państwa, nie ma sporu. Gdy kogokolwiek zapytamy, czy chcemy, żeby prawo, stosowane prawo, stanowione prawo było zgodne z tym, co uznajemy za moralne, żeby normy były ogólne i przewidywalne, żeby sędziowie wydawali sprawiedliwe wyroki, w tym nie ma sporu. Jak do tego doprowadzić? Zakończyłam poprzednią część naszej konferencji odwołując się do słów pana profesora Roberta Gwiazdowskiego o mózgu gadzim w naszym mózgu, części czołowej. I jak to wykorzystać? Żeby osiągnąć efekt, o który nam chodzi.

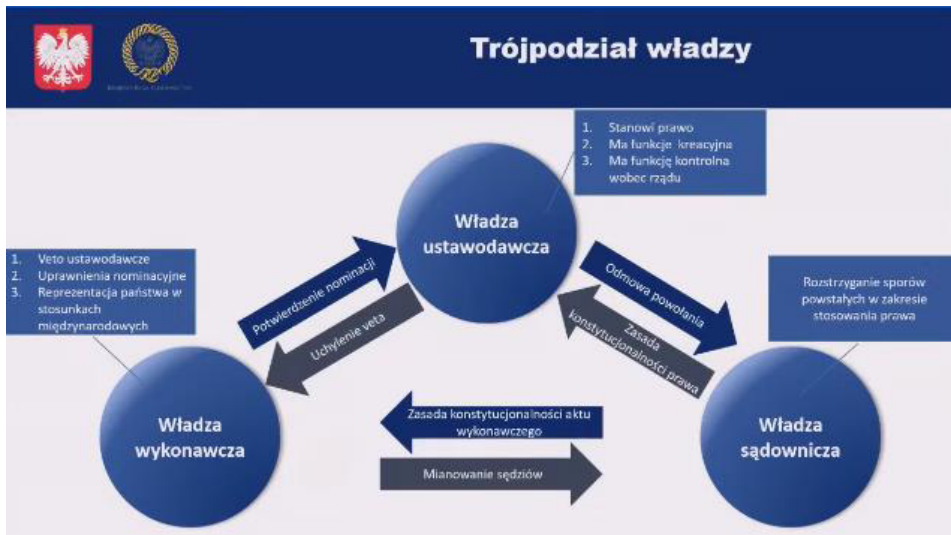
Proszę państwa, twórcy konstytucji amerykańskiej, którzy w może najbardziej klasyczny sposób ujmują to, o czym mówił Monteskiusz, odwoływali się do kilku zasad. One nawet nie zostały w sposób normatywny zapisane w tej konstytucji, w przeciwieństwie do naszej konstytucji, która deklaruje wprost zasadę trójpodziału władzy. W kwestii zasady równoważenia się

władz i kontroli, czy ją realizują, będziemy musieli w toku dyskusji do tego dojść. Zatem, na jakich koncepcjach zbudowana jest konstytucja amerykańska? Na zasadzie podziału władzy, która odwołuje się do pewnej funkcji państwa. Czyli mamy funkcję prawodawczą, wykonawczą i sądowniczą. Twórcy, myśliciele doszli do wniosku, że to jest najbardziej praktyczne rozwiązanie. Z tego punktu widzenia istotna jest specjalizacja władzy i to, żeby te władze nie wkraczały do nieswojej dziedziny. Jak to zapewnić? To są tzw. bezpieczniki, czyli *check and balances* i inne.

Kolejną zasadą, którą kierowali się twórcy konstytucji amerykańskiej, żeby zapobiec arbitralności władzy, jest zakaz łączenia stanowisk, skupiania władzy w jednym ręku, czyli nie można być jednocześnie prawodawcą, sędzią, a to jest coś innego niż zasada podziału władzy, bo ona mówi tylko o tej specjalizacji władzy, ale nie przesądza z góry o tym, że nie można pełnić jakichś urzędów, które są związane albo z jedną, albo z drugą gałęzią. I stąd bezpieczniki, czyli oddziaływanie na siebie poszczególnych organów państwa. To znaczy, jeżeli jeden organ podejmuje jakąś decyzję, to drugi może ją zawetować, jeden powołuje dany organ, drugi może go odwołać. Nigdy ten sam.

Takie zasady, stosowane również jak się okazuje w niektórych korporacjach jako efektywne zarządzanie, w którym kontrola sama się dzieje, mamy tu wyświetlane.

To jest właśnie odzwierciedlenie tej koncepcji.



W Stanach Zjednoczonych sędziów powołuje Prezydent za zgodą Senatu. Kto natomiast może odwołać sędziego federalnego i sędziego Sądu

Najwyższego? Jest przewidziana procedura impeachmentu, czyli usunięcia sędziego z urzędu. Dzieje się to w ten sposób, że Kongres rozpoczyna procedurę, a Senat ją kończy decyzją. To Kongres uchwała prawo w Stanach Zjednoczonych, ale prezydent może to prawo zawetować. To Kongres może zmienić konstytucję, co jest bardzo trudne, ale jej oceny, w kontekście zgodności prawa uchwalanego przez Kongres, dokonuje Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. Zresztą pierwotnie i sądy federalne nie miały takiej kompetencji.

Może pan profesor Robert Gwiazdowski o tym w dalszym toku debaty opowie, dlaczego system amerykański opiera się o silnego prezydenta – bardzo silnego – i o bardzo silne sądownictwo.

Pozwolę sobie na cytat. „Dla ustanowienia i zachowania wolności politycznej istotne jest, aby państwo było podzielone na trzy gałęzie lub departamenty, zwane organem ustawodawczym, organem wykonawczym i organem sądowniczym. Każda z trzech gałęzi odpowiada funkcji o tej samej nazwie. Każda gałąź państwa musi ograniczyć się do wykonywania swojej właściwej funkcji. Nie mogą ingerować funkcje pozostałych dwóch gałęzi. W ten sposób każdy z trzech oddziałów będzie kontrolował pozostałe dwa, a zarządzanie machiną państwową nigdy nie będzie w rękach jednej grupy osób”.

Żeby nie krzyżowały się te funkcje i sądy nie wkraczały w funkcję prawodawcy, prezydent nie wkraczał w funkcję prawodawcy czy sędziego, muszą właśnie istnieć te bezpieczniki. Odwołam się do prostego przykładu. Proszę sobie wyobrazić samorząd studencki. Przeprowadza się wybory do tego samorządu. Później samorząd uchwała regulamin w sprawie przyznawania nagrody przez rektora. Dalej, nie ma zakazu, a więc osoby, które są w tym samorządzie, mogą uczestniczyć w konkursie o nagrodę rektora. A jeszcze żeby bardziej system wynaturzyć, powiedzmy sobie, że raz wybrany samorząd, później sam się kształtuje, to znaczy nie wybierają wszyscy studenci, lecz samorząd sam sobie dobiera członków samorządu, wskazując moc podjętej uchwały. Jaki będzie wynik konkursu o nagrodę rektora? Czy jakiś student z zewnątrz może tę nagrodę uzyskać? Oczywiście nie ma takiej możliwości, ponieważ samorząd uchwali taki regulamin, aby decydowały punkty za to, że się zasiada w samorządzie itp. Twórcy konstytucji amerykańskiej przewidzieli, jak uchronić się przed podobnym niebezpieczeństwem. Gwarantuje to podział władzy, czyli władza prawodawcza jest czymś innym niż władza sądownicza i innym niż władza wykonawcza oraz funkcjonuje zakaz łączenia stanowisk.

Czy dobrze by było, gdyby parlament był sądem? Co by się wtedy działo? Gdyby, powiedzmy, władza ustawodawcza jednocześnie miała możliwość sądenia, jak państwo myślicie? Czy to prawo spełniałoby wymóg ogólności i zgodności z normami moralnymi? Byłoby podporządkowane temu np. pro-

cesowi, który ma się odbyć. Co się dzieje, kiedy sędzia staje się prawodawcą? To znaczy, nie odtwarza treści ustawy, nie dokonuje ich interpretacji, tylko prawo tworzy. Czy prawo wówczas spełniałoby wymóg przewidywalności? Oczywiście nie, ponieważ sędzia decydowałby, co jest zakazane, a co dozwolone w trakcie procesu. Stąd jest ten podział na specjalizację. Jeżeli chodzi o to, gdzie zaczyna się, a gdzie kończy interpretacja dyspozycji ustawy, a wreszcie gdzie zaczyna się prawotwórstwo sądu, to nie jest takie proste i o tym też powinniśmy podyskutować.

Jakob Maziarz

To wszystko, co powiedziała Pani Przewodnicząca, brzmi w sposób skomplikowany, bo na poziomie abstrakcji może być trudne. Ale jeżeli przeslibyśmy na poziom konkretów i posłużymy się przykładem: jeżeli prawodawca pozostawi sędziemu zbyt wielki luz decyzyjny albo też sędzia sam przydzieli sobie ten luz, sam sobie go wyrąbie, to do jakich to może prowadzić konsekwencji? Gdyby kiedyś przyszło państwu do głowy, że chcielibyście zostać producentami narkotyków i jeżeli wyprodukowalibyście kilogram marihuany w Gdańsku, wówczas popełnilibyście przestępstwo produkcji znacznej ilości, ale jeżeli wyprodukowalibyście je w Krakowie, wówczas już to nie będzie znaczna ilość. Problem polega na tym, że ustawodawca nie określił, co to jest znaczna ilość. Sędzia sam ma ocenić, ile to jest znaczna ilość marihuany, a ile to jest znaczna ilość mefedronu. Nie wiem, czy to akurat wchodzi do zakresu doświadczenia życiowego wymaganego od sędziego? Pewnie nie. Wiecie państwo, jakie to ma konsekwencje? W Krakowie grozi wam kara od 1 miesiąca do 3 lat pozbawienia wolności, a w Gdańsku od 3 lat do 15. Jest zasadnicza różnica, mimo że tu mamy kilogram i tu mamy kilogram tej samej substancji, w kraju, który nie jest przecież federacją.

Inny przykład, tym razem z prawa cywilnego. Jest taka instytucja, która nazywa się służebność gruntowa odpowiadająca służebności przesyłu.

Zastanawiałem się, jak wytłumaczyć osobom, które jeszcze nie mają nic wspólnego z prawem, co to jest? I przyszło mi do głowy, że to jest po prostu sposób na wyłączenie bez odszkodowania drobnych właścicieli na rzecz wielkich korporacji. Tego nie wymyślił ustawodawca. To jest koncepcja wyłącznie orzecznicza, która powstała w Sądzie Najwyższym kilkanaście lat temu i nawet trudno mi powiedzieć, jakie ona wartości reprezentuje, trudno bowiem znaleźć wartości konstytucyjne, których miałaby strzec ta koncepcja. Jej istnienie prowadzi jednak do sytuacji, w której bez decyzji ustawodawcy – i bez odszkodowania – dochodzi do pozbawienia własności. Jest to zatem najlepszy dowód tego, że sądy nie zawsze stoją na straży praw i wolności jednostki. Czasem mogą działać w sposób przeciwny.

Innymi słowy, ten tzw. aktywizm sędziowski to sytuacja, w której sędziowie wchodzą w rolę, która pozwala im wyjść poza obowiązujący system prawny i dokonywać oceny tego, co jest dobre, a co złe i implementować tę ocenę do systemu prawnego. Na pierwszy rzut oka: brzmi super. Możemy sobie pomyśleć: prawo jest złe, ale trafimy na dobrego sędziego i sprawa zostanie właściwie rozstrzygnięta. Problem jednak pozostaje, ponieważ raz trafimy na takiego sędziego, drugi raz na innego. W związku z tym to prawo z całą pewnością nie będzie równe wobec każdego. Wszystko zależeć będzie od tego, na jakiego sędziego trafimy. Nie wiemy, jak mamy się zachować, jeżeli nie wiemy, co nas czeka. Jak w takim razie mamy dać posłuch normie prawnej? To olbrzymi problem i to zjawisko tzw. aktywizmu sędziowskiego jest słusznie w wielu krajach krytykowane.

W Polsce ten aktywizm nie wszedł jeszcze w taką fazę, jak to ma miejsce np. w Stanach Zjednoczonych albo w Niemczech.

W Niemczech akurat sędziowie są trzymani na krótkiej smyczy i tam ten aktywizm raczej jest rolą Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w Karlsruhe, natomiast sędziowie jako tacy na niewiele sobie mogą tam pozwolić.

Inny przykład: Konstytucja Stanów Zjednoczonych, jak wiemy, została uchwalona pod koniec XVIII wieku. Czy myślicie państwo, że gdyby któremś z Ojców Założycieli Stanów Zjednoczonych powiedzieć, że po 200 latach, w 1973 roku, z tej konstytucji, która została uchwalona przez konserwatywnych protestantów, Sąd Najwyższy wywiedzie powszechne prawo do aborcji, to podejrzewam, że nikt z nich by się tego absolutnie nie spodziewał. Jeszcze bardziej nikt nie spodziewałby się tego, że po kolejnych 50 latach Sąd Najwyższy dowiedzie, że jednak tego prawa tam nie ma.

Dagmara Pawełczyk-Woicka

Ad vocem, skoro pan wspomniał o aktywizmie sędziowskim, który rzekomo u nas jeszcze nie jest dużym problemem, pozwolę sobie z tym się nie zgodzić. Oczywiście, o granicach tego aktywizmu możemy dyskutować. Czasem bowiem aktywizm jest potrzebny. A jakie warunki muszą być spełnione? Przede wszystkim musi on dotyczyć sprawy, czyli musi być nakierowany na to, żeby poszukiwać jakiejś normy zgodnej z moralnością, by rozstrzygnąć spór między obywatelami. Nie może być nakierowany na decydowanie o ustroju, o normach ustrojowych, na podstawie których sąd działa, bo jeżeli w naszym kraju prezydent powołuje sędziów, to jeżeli któryś sędzia na potrzeby rozstrzygnięcia sprawy wydaje orzeczenie, że inny sędzia nie jest sędzią, to już nie ma to nic wspólnego z aktywizmem dopuszczalnym.

Taki aktywizm powoduje, że sędzia mocą swojej władzy likwiduje jeden z bezpieczników ustrojowych, że nikt nie może decydować o wszystkim, bo władza bez ograniczeń jest władzą niekontrolowaną, absolutną i najbardziej

zdemoralizowaną. Muszą istnieć takie bezpieczniki. Niekoniecznie trzeba uruchamiać te bezpieczniki, bo skoro wiemy, że one są w systemie prawnym, raczej staramy się dostosować do tego, co nas obowiązuje. Gdy nie ma tych bezpieczników, to ludzie pozwalają sobie na coraz więcej i pytanie, jakie są bezpieczniki w konstytucji, np. amerykańskiej, a jakie są w konstytucji polskiej? Czy one działają?

Jan Majchrowski

Bardzo podobały mi się przykłady z narkotykami. Mam nadzieję, że Państwu – młodemu ludziom – też. Nie ze względu na przedmiot, tylko ze względu na treść, bo przemawiały do wyobraźni. Chciałbym odnieść się też aprobująco do zdania, które wypowiedział wcześniej profesor Robert Gwiazdowski. Dobrze, że padło: „Niezawisłość sędziowska jest stanem umysłu”. Jeszcze raz powtórzę to, co mówiłem w trakcie mojego referatu: możemy mieć bardzo dobre prawa, ale jeśli ten bardzo dobry system prawa oprzemy na nieodpowiednich ludziach, to nic z tego nie będzie.

Podam przykład. Dyskutujemy czasami o tym, co zrobić, żeby urzędnicy i sędziowie nie dali się korumpować, bo mogą być poddani takiej pokusie, prawda? Niektórzy mówią, że trzeba im dać więcej pieniędzy, to nie będą wyciągali ręki po jakieś drobne. To jednak zależy od ich stanu umysłu i woli. Od charakteru. Historia pokazuje, że ludzie, którzy zarabiali krocie i pełnili bardzo odpowiedzialne funkcje państwowe, wyciągali rękę po jeszcze, chociaż za życia jednego człowieka nie dałoby się tych pieniędzy skonsumować. Bywa, że ktoś jest bardzo dobrze sytuowany, a jeszcze wyciągnie rękę po przysłowiowe 50 zł. Bywa, bo to jest stan umysłu. Regulacje prawne są w tej materii oczywiście ważne, ale niemniej ważne – a może ważniejsze – są kadry, właściwy dobór właściwych ludzi.

Pani Przewodnicząca mówiła bardzo dużo o amerykańskiej konstytucji, wskazując, że podział władzy, który jest w niej zakotwiczony, ma być jakąś gwarancją. Mnie się to bardzo podoba, ale wolałbym przypomnieć polskie przykłady, znacznie starsze niż amerykańska konstytucja. Także Pan prof. Robert Gwiazdowski – jako znany liberał – historię polityczną w zakresie podziału władzy zaczął już od Monteskiusza i od Locke’a.

Proszę Państwa! My w Polsce mamy podział władzy przynajmniej od 1505 roku! Od samego początku XVI wieku, przynajmniej od konstytucji *Nihil novi*. Warto, żeby młodzież to wiedziała. Podział władzy wcale nie musi być trójpodziałem władzy. Już nie kłóćmy się o właściwe tłumaczenia Monteskiusza, czy o trochę odmienny podział z tą władzą federatywną u Johna Locke’a, bo istotą tego wszystkiego jest to, żeby tę władzę podzielić. Żeby nie było – jak to w dawnej Polsce mówiono – *absolutum dominium*, żeby nie było całej władzy w jednym ręku. Ta konstytucja sejmowa z 1505 roku (oczywi-

ście nie „konstytucja” w znaczeniu dzisiejszej ustawy zasadniczej) mówiła nam, że mamy być posłuszni prawom, które sami sobie stworzyliśmy. My – naród. Mówimy tu oczywiście o narodzie szlacheckim, bo tylko on wówczas miał prawa polityczne. Nie można było narzucić praw wolnym ludziom, których sami nie akceptowali. A jak mieli je akceptować? Ano, z jednej strony musieli się za tym prawem opowiedzieć przedstawiciele szlacheckiego narodu, ci wybrani na sejmikach i zasiadający w Izbie Poselskiej Sejmu. Musieli się za nim opowiedzieć również ci, którzy zasiadali w Izbie Senatorskiej, a byli to najwyżsi urzędnicy państwa nominowani przez króla dożywotnio, zatem król nie mógł ich odwołać. I wreszcie na prawo to musiał zgodzić się sam król. To był więc nasz pomysł na podział władzy i na monarchię mieszaną – *monachia mixta* to nazywano.

Pobrzmiwała w tym Arystotelesowska idea znalezienia złotego środka między monarchią – bo był król, między arystokracją – bo był Senat i byli najwyżsi urzędnicy państwa oraz między demokracją, którą uosabiał naród szlachecki, reprezentowany w Izbie Poselskiej. Tak było w Polsce od 1505 roku. Znacznie wcześniej, niż komuś śniło się o konstytucji amerykańskiej i o Ameryce, którą Kolumb ledwo co wówczas odkrył i jeszcze nawet nie wiedział, że ją odkrył.

Dlaczego ja o tym mówię? Bo naprawdę „Polacy nie gęsi i swój język mają” – a dopowiem brzydko i kolokwialnie: „Sroce spod ogona nie wypadliśmy”. Najwyższy czas, żeby polska młodzież też wiedziała, że ma za sobą pół tysiąca lat tradycji państwa prawnego w Polsce i ustroju opartego na podziale władzy. Ja oczywiście szanuję amerykańską tradycję ustrojową, ale my mamy starszą.

Ktoś może powiedzieć: „Co Pan mówi? I do czego to doprowadziło? Do rozbiorów”. Odpowiadam: Nie, to nie to doprowadziło do rozbiorów. Do rozbiorów doprowadziło to, że mieliśmy takich sąsiadów, jakich mieliśmy, i że nasz bardzo wolnościowy ustrój wewnętrzny został opanowany przez oligarchię magnacką, a wtedy litera prawa stała się tylko fasadą, bo władza znajdowała się zupełnie gdzie indziej niż wskazywało na to prawo.

Wyjątkowo mądry angielski pisarz (polecam jego książki) – Gilbert Keith Chesterton, napisał kiedyś o rozbiorach Polski, że zarzuty, iż to Polski ustrój – ten wolnościowy, w którym nie było miejsca na *absolutum dominium*, jak u wszystkich naszych sąsiadów – doprowadził do upadku Polski, to jest taki sam zarzut, jakby zarzucić profesorowi uniwersytetu, że został napadnięty przez trzech zbójów w ciemnej ulicy i dali radę go pobić.

Proszę Państwa! Możemy być z naszej historii dumni. Problem jest z sąsiadami i ten problem, jak wykazują dzieje, nie zmienia się, jest niestety stabilny w tej części Europy. Dlatego niektórzy mówią, że Polska musi być albo potęgą, albo nie będzie jej wcale.

Pani Przewodnicząca mówiła o niepołączalności urzędów. W dawnej Polsce również mieliśmy zasadę *incompatibilitas* – niepołączalności urzędów. Ona miała tendencję do rozszerzania się, bo i to prawo dawnej Polski było dynamiczne. Natomiast podział władzy, który był w dawnej Polsce, nie był podziałem monteskiuszowskim aż do czasu Konstytucji 3 Maja 1791 r., który ją wprowadził, właśnie w tej pierwszej europejskiej konstytucji.

We wcześniejszych wiekach nie wyodrębniano władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej. Notabene władzę sądowniczą rozumiano jako funkcję władzy wykonawczej, bo chodziło o wykonywanie prawa, tyle tylko, że w pewnym zakresie.

Jeszcze jedna rzecz należała do pewnych gwarancji praworządności w dawnej Rzeczypospolitej. Wszystkie urzędy w państwie powoływał król. W pewnym momencie szlachta wywalczyła sobie, że sędziów wybierano i dopiero wtedy powoływał ich król. To oznaczało, że ludzie oddawali władzę nad sobą, władzę sądenia ich, człowiekowi, którego znali, mieli do niego zaufanie, że będzie ich uczciwie sądził. To też jest pewne niesłychane osiągnięcie tej Pierwszej Rzeczypospolitej.

A Monteskiusz? No cóż, cytowany przeze mnie profesor Falandysz mówił: naiwny myśliciel. Z dzisiejszej perspektywy z Monteskiusza niewiele zostało. O jakim podziale władzy mówicie w dzisiejszej Europie? O systemie rządów parlamentarno-gabinetowych, gdzie rząd odpowiada przed parlamentem, a warunkiem, żeby ten gabinet powstał, jest posiadanie partyjnej większości w parlamencie? Jakie tu równoważenie się władz, jakie powściągnięcie władzy wykonawczej i ustawodawczej, skoro wszystko odbywa się i tak w strukturach partyjnych? I to nieważne, czy chodzi o rząd Mateusza Morawieckiego, Beaty Szydło, czy rząd Donalda Tuska, czy Ewy Kopacz, czy kogoś tam innego. Mechanizm jest przecież ten sam. Inaczej jest natomiast z władzą sądowniczą.

Ale rodzi się też inne pytanie. To pytanie przebija przez to, co mówiła Pani Przewodnicząca – jak powściągnąć sędziów, by to oni nie naruszali prawa? Gdzie tu jest „*check and balances*”? Ja bym na to pytanie odpowiedział tylko w jeden sposób. Przez rzeczywiście istniejące sprawne sądownictwo dyscyplinarne, które dyscyplinuje sędziów orzekających wbrew prawu. Jednak tego instrumentu dzisiaj chyba już nie mamy.

Jakob Maziarz

Jest kilka wątków, do których muszę się odnieść. Ten ściśle historyczny, który wiąże się z dziewiętnastowiecznymi sporami o przyczyny upadku Polski. Nie mogę się zgodzić z panem profesorem Janem Majchrowskim. Jak się jest profesorem, to albo się nie chodzi ciemnymi uliczkami w nocy, albo się kupuje broń. Można oczywiście liczyć na to, że wszyscy

pozostali, których spotkamy w ciemnej uliczce, będą uczciwi, tak jak być może liczyli na to władcy Rzeczypospolitej, ale niestety – jak wiemy – może się to źle skończyć. Zdecydowanie upatruję upadku Rzeczypospolitej w przyczynach wewnętrznych.

Wracając do aktywizmu sędziowskiego, czy można sobie wyobrazić państwo praworządne, które nie jest państwem, gdzie obowiązuje trójpodział władzy? Jakkolwiek zgadzam się, że współcześnie trudno mówić o monteskiuszowskim podziale władzy (już nic raczej z Monteskiusza faktycznie nie zostało), to chyba nie.

Nie umiem wskazać takiego państwa w historii dziejów, o którym można z całą pewnością powiedzieć, że było państwem praworządnym, a nie obowiązywał tam trójpodział władzy, bo brak trójpodziału władzy zawsze prowadzi do tyranii.

Pytanie, czy można sobie wyobrazić trójpodział władzy tam, gdzie mamy aktywizm sędziowski, ten dosyć ściśle rozumiany? Też chyba nie można sobie tego wyobrazić. Jeżeli mamy do czynienia z aktywizmem sędziowskim, z bardzo silnym wpływaniem jednej władzy na władzę ustawodawczą, to jaki to jest trójpodział władzy?

I *à propos* jeszcze tych hamulców systemu. Władza ustawodawcza jest hamowana np. przez istnienie Trybunału Konstytucyjnego, władza wykonawcza jest hamowana przez istnienie sądownictwa administracyjnego. W jaki sposób jest hamowana władza sądownicza? Abstrahując od Izby Dyscyplinarnej, wydaje mi się, że nie ma takiego hamulca instytucjonalnego. Jest jeden tylko hamulec, który nazywa się powściągliwość sędziowska. To nie jest moja koncepcja, to jest koncepcja amerykańska czy zachodnioeuropejska, że jedynymi osobami, które mogą powstrzymać sędziów przed wchodzeniem w nie swoją rolę, jest ich własna powściągliwość.

Robert Gwiazdowski

Niektórzy z państwa dostali moje książki, tam jest rozdział, pt. Nierządem Polska stoi, i ja w nim sięgam nieco głębiej, niż do konstytucji *Nihil novi*. Tak naprawdę wszystko zaczęło się w 1210 roku, już 5 lat przed Magna Charta Libertatum. W Borzykowie Leszek Biały, Konrad Mazowiecki i Władysław Odonic wydali przywilej, co prawda kościelny, polegający na tym, że osoby duchowne miały podlegać sądom duchownym, ale i tak jeden z najwcześniejszych w Europie, w którym władza monarsza się sama ograniczała. 18 lat później, w 1228 roku, Władysław Laskonogi w Cieni rozciągnął ten przywilej z osób duchownych na baronów, czyli podążaliśmy w kierunku wcześniej wytyczonym i jak najbardziej pożądanym. Byliśmy wówczas państwem praworządnym w rozumieniu takim, jakie nadano temu pojęciu dużo

wcześniej w Grecji i Rzymie i niedużo wcześniej w Anglii. Ale byliśmy tym państwem praworządnym do pewnego momentu.

Uczycie się o przywilejach szlacheckich jako przyczynie upadku Rzeczypospolitej. Otóż przywileje szlacheckie, które odbierały część władzy królewskiej i przenosiły ją w ręce szlachty, tworzyły moc Rzeczypospolitej. Przyczyną upadku były przywileje, które są tak samo nazwane przywilejami szlacheckimi, a które dawały szlachcie władzę w stosunku do mieszczan i chłopów. To była inna bajka. To była prawdziwa przyczyna upadku Rzeczypospolitej – nadanie jakichś praw jednym grupom kosztem drugich. Bo *de facto* to było nałożenie na te grupy obowiązków i odebranie im praw.

Co do aktywizmu sędziowskiego to przypomnę, że w roku 1610 w Anglii sędzia sir Edward Coke wydał słynny wyrok w sprawie Thomas Bonham kontra Królewskie Kolegium lekarskie. Bonham został ukarany za to, że wykonywał zawód lekarza bez zgody rzeczonoego Kolegium. A jeszcze Henryk VIII nadał Kolegium przywilej, by mogli kooptować sobie kolegów do zawodu lekarskiego. I rzeczony sędzia Coke stwierdził, że przywilej królewski naruszał prawo jednostki, więc nie był prawem! Czyli tak mniej więcej jak Święty Tomasz z Akwinu pisał 400 lat wcześniej. Już wówczas pojawił się mechanizm, który do dziś pozwala sędziom wywalić jakąś ustawę do kosza.

W Stanach Zjednoczonych stało się tak samo. Gdy była uchwalana konstytucja amerykańska, to Ojcowie Założyciele doskonale znali ten wyrok Coke'a. I wydawał się im dosyć oczywisty.

I teraz kilka słów *à propos* charakteru, który jest taki ważny dla niezawisłości sędziowskiej. Ja to nazywam „Marshal law”. Nie od stanu wojennego, o którym Anglicy mówili *Marshal law*, tylko od nazwiska sędziego Johna Marshalla. Marshal był – żeby tak rzec – kumplem prezydenta Johna Adamsa. Wywodził się z politycznego stronnictwa Federalistów. Po dwóch kadencjach prezydenckich Georga Waszyngtona prezydentem został właśnie John Adams, który po pierwszej kadencji przegrał w październiku 1800 roku wybory z Tomaszem Jeffersonem – Antyfederalistą. Zapowiadała się zmiana, jak – nie przymierzając – między Platformą a PiS-em w 2015 roku. Już po przegraniu wyborów Adams powołał wielu sędziów federalnych. Prezesem Sądu Najwyższego został zaś John Marshall, który wcześniej był Sekretarzem Stanu za czasów prezydentury Adamsa. Jednak wtedy nie było Internetu, więc żeby powołanemu sędziemu wręczyć nominację, trzeba było dyliżans wysłać.

I gdy w styczniu 1801 roku urząd objął Jefferson, to nowy sekretarz stanu, którym został James Madison, notabene, autor pierwotnego projektu amerykańskiej konstytucji, wstrzymał wysyłanie nominacji. Tych sędziów, których powołał Adams, nazwano „Midnight Judges”.

U nas też w 2015 roku funkcjonowało to określenie: „Nocni Sędziowie”. Mówiono tak na sędziów Trybunału Konstytucyjnego wybranych przez Sejm

VIII kadencji, od których ślubowanie przyjął prezydent Duda. Jeden z tych amerykańskich sędziów, niejaki William Marbury, zażądał od Sądu Najwyższego, żeby Madison wręczył mu nominację. I sędzia Marshall – dla przypomnienia – kumpel Adamsa, który tego Marbury'ego powołał, wzniósł się ponad „kolesiostwo”. Obronił konstytucję i Sąd Najwyższy, bo zdawał sobie sprawę, że to jest początek amerykańskiej państwowości, nie ma praktyki stosowania prawa i jeśli on wyda wyrok korzystny dla Marbury'ego, to nic nie powstrzyma Jeffersona, żeby nie uznać wyroku albo powołać nowych sędziów Sądu Najwyższego, bo przecież konstytucja nie wskazywała ich liczby. Żeby uniknąć konfliktu, który mógł zatrzęsnąć Sądem Najwyższym i całym Stanami Zjednoczonymi, Marshall znalazł pretekst do oddalenia roszczeń Marburego. Stwierdził, że dekret Waszyngtona, na podstawie którego swoje nominacje wydał Adams, był sprzeczny z konstytucją. I w ten sposób ustanowił precedens orzekania przez Sąd Najwyższy o zgodności prawa z konstytucją. Troszeczkę, jak Edward Coke w 1610 roku w Anglii.

U nas w 2015 roku zabrakło takiego sędziego Marshalla z jego mądrością. Co ciekawe, sędzia, który stworzył potęgę Sądu Najwyższego i w konsekwencji po trosze także Stanów Zjednoczonych, był odsądzany od czci i wiary przez politycznych przeciwników. Bo on konsekwentnie orzekał, nie bacząc na polityczne uwarunkowania. I Demokraci, którzy wyrosli z Antyfederalistów nie mogli mu tego wybaczyć. Punktem kulminacyjnym jego orzecznictwa była sprawa z roku 1832, dotycząca Indian Cherokee.

Władze stanowe Georgii, gdy odkryto na ich terenie złoto, postanowiły przenieść Indian z terenów, które im wcześniej nadano. I sędzia Marshall przyznał rację Indianom, i uchylił postanowienie legislatury stanowej. I wtedy stało się, proszę państwa, coś, co się mogło stać 30 lat wcześniej, przy okazji sprawy Marbury v. Madison. Prezydent Andrew Jackson powiedział tak: „Sędzia Marshall wydał wyrok, to niech go sobie teraz wykona”. Sąd Najwyższy nie mógł zrobić nic, żeby wykonać ten wyrok. W związku powyższym Indianie zostali „wygonieni w diabły” z ich ziemi i rozpoczęło się poszukiwanie złota. Sama istota orzekania przez sędziego o zgodności prawa z konstytucją i relacji między władzą ustawodawczą a wykonawczą tu wygląda idealnie. Jednak historia jest dlatego najlepszą nauczycielką, bo uczy nas najlepiej, że jeszcze nigdy nikogo niczego nie nauczyła.

Co do narkotyków w Krakowie i Gdańsku, to chcę zapewnić, że nie trzeba tak jeździć po całej Polsce, żeby znaleźć różne wyroki w takich samych sprawach w różnych apelacjach. Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie też wydaje wyroki sprzeczne ze sobą. Mimo że sędziowie siedzą pod jednym dachem. Zdaniem jednego składu sędziowskiego, gdy ktoś kiedyś miał 10 aptek, to po zmianie przepisów wprowadzających zakaz posiadania więcej niż 4 apteki, mógł je sprzedać, a zdaniem innego składu – nie.

Ja mam sposób, jak to uregulować. Prościuteńki. Zwłaszcza dziś, bo 30 lat temu to sędziowie w Krakowie nie wiedzieli, jak orzekają sędziowie w Gdańsku, ale dziś, w internetowej bazie orzecznictwa sądów powszechnych i administracyjnych można sobie wyroków poszukać.

Gdy znajdzie się wyrok wcześniejszy niż się samemu chce wydać, to z przyzwyczajenia powinno zwrócić się do Sądu Najwyższego albo do Naczelnego Sądu Administracyjnego o podjęcie uchwały w tej sprawie.

Prawo występowania o uchwały do Sądu Najwyższego czy Naczelnego Sądu Administracyjnego powinna mieć Krajowa Rada Adwokacka, Krajowa Izba Radców Prawnych, Krajowa Rada Doradców Podatkowych, Krajowa Rada Notarialna, czy Rady Wydziałów uczelni wyższych, które mają prawo nadawania stopnia doktora habilitowanego. W ten sposób mielibyśmy instrument do budowania pewności prawa. Żeby ktoś zamierzający wyprodukować 99 dag marihuany wiedział, czy pójdzie na trzy miesiące do więzienia, czy też może iść do niego na 15 lat.

Dagmara Pawełczyk-Woicka

Uważam, że ludzie są do siebie podobni. Zależy to trochę od warunków, w jakich przyszło nam żyć, sytuacji, pozycji, którą zajmujemy, stanowiska, po której stronie stołu jesteśmy. Czy jesteśmy podsądnymi, czy sędziami. Nie uważam, że jedynym bezpiecznikiem przed nadmiernym aktywizmem sędziowskim jest powściągliwość sędziowska.

Druga rzecz, która podczas tej dyskusji się pojawiła, to oczywista prawda, o której zapominamy i ona ma przełożenie na normy ustrojowe, to przywileje, które mogą zrujnować system. Każdy przywilej w jakiś sposób rujnuje system prawny i przywilejem tu wymienionym jest kooptacja.

Muszę przypomnieć o tym, co mówił pan prof. Jan Majchrowski, przedstawiając historię powstania sądownictwa, czy też reformy sądownictwa. Po zakończeniu pewnego okresu, czyli PRL, bo to się za nami ciągnie. Otóż istotą zła, które się stało wówczas, według mnie nie było to, że nie doszło do powszechnej weryfikacji sędziów, bo przecież nie obrażamy też tych ludzi za to, że przyszło im żyć w takich, a nie innych czasach. Wykonywali swoje funkcje niektórzy najlepiej, jak potrafili.

Natomiast źle się stało, że przewidziano z góry, iż tylko w systemie kooptacji będą wybierani sędziowie. Nie zapominajmy, że na przyszłość przewidziano, iż tylko kandydat przedstawiony przez Sąd Najwyższy może stać się sędzią.

Krajowa Rada Sądownictwa miała być wybierana przez sędziów, którzy zostali z PRL i jeszcze powołano przed demokratycznymi wyborami praktycznie cały Sąd Najwyższy. Ten Sąd Najwyższy później decydował,

kto będzie sędzią Sądu Najwyższego, więc mieliśmy przywilej czystej i domkniętej kooptacji.

Zwróćmy uwagę, że nasza konstytucja nie przewiduje czegoś takiego jak impeachment sędziego, czyli formy kontroli władzy sądowniczej przez władzę ustawodawczą. Istnienie takich bezpieczników, nawet jeśli nie są wykorzystywane w praktyce, ma kolosalne znaczenie dla powściągnięcia się władz. Jeżeli przyjmiemy, że treść merytoryczna orzeczenia nie podlega absolutnie odpowiedzialności i sędzia nie odpowiada za orzeczenie, chociażby najgłupsze, najdziwsze, to oczywiście pan profesor ma rację, że tutaj nie może dojść do żadnego czynu zabronionego.

Jan Majchrowski

Tak. Tylko, że na pobożnych apelach nic jeszcze nie zbudowano, a my mówimy o instytucjach prawnych i o charakterze ludzi.

Cieszę się, że Pan Doktor poniekąd się ze mną zgodził, mówiąc, iż ta wewnętrzna siła sędziego, ta powściągliwość, powinna decydować, ale dodał: „abstrahując od izb dyscyplinarnych”. A ja właśnie nie chcę od nich abstrahować.

Mowa też była o Stanach Zjednoczonych. Chciałbym, żeby jeszcze jeden sędzia się tutaj odezwał; najslynniejszy amerykański sędzia ostatniego czasu: Antonin Scalia, który już nie żyje. Chciałbym Państwu przeczytać to, co powiedział na temat aktywizmu sędziowskiego i jakie jest jego zdaniem na niego remedium. Niezwykle krytycznie traktował on aktywizm sędziowski. Uważał, że sędziowie nie mają prawa bawić się konstytucją i wymyślać rzeczy, których w niej nie ma, o czym zresztą dzisiaj była już mowa.

Onegdaj miał wykład na Uniwersytecie Warszawskim i krytykując ten aktywizm, powiedział na koniec tak:

„Przewidywałem taką samą polityzację europejskiego procesu sędziowskiego, jednak tak naprawdę nie wiem, jaki mechanizm mógłby to umożliwić. Jednym ze sposobów kontroli nad władzą sędziowską, którą projektodawcy umieścili w amerykańskiej konstytucji, było to właśnie, by nominowanie sędziów odbywało się w wysoce widoczny i wysoce polityczny sposób tak, by sędziowskie nominacje stały się ważną kwestią w wyborach prezydenckich.

Nie wiem, czy istnieją skuteczne polityczne sposoby kontroli w odniesieniu do europejskich sądów konstytucyjnych, Trybunału Sprawiedliwości czy Trybunału Praw Człowieka.

Nie cieszy mnie upolitycznienie procesu nominacji sędziowskich w moim kraju. Jednak szczerze wolę je od alternatywy, jaką są rządy sędziowskiej arystokracji”.

Tu niektórzy mogą wstawić słowo „kasty”, jeśli bardziej im odpowiada.

I na koniec: „Z zainteresowaniem będę zatem obserwował rozwój tego zjawiska w Europie”. Sędziego Scalii już nie ma. Rozwój zjawiska opisanego przez niego w Europie trwa.