

## Nieposłuszeństwo sędziowskie

1. Pojęcie nieposłuszeństwa sędziowskiego (*judicial disobedience*) *prima facie* może się wydawać oksymoronem. Jeśli bowiem w obrębie prawoznawstwa i powiązanej z nim filozofii polityki mówi się o oporze przeciwko władzy, to raczej prawie wyłącznie w kontekście instytucji nieposłuszeństwa obywatelskiego (*civil disobedience*). Z pozorów wydaje się to logiczne – o jakim nieposłuszeństwie może być bowiem mowa, skoro sędziowie sami są władzą i to władzą zobowiązaną do posłuszeństwa prawu, a ściślej – do wierności wobec prawa (*fidelity to law*), które niemal w całości, przynajmniej w systemie kontynentalnym, powstaje bez ich udziału. Takie ujęcie wynika konsekwentnie z utrwalonego paradygmatu relacji między tworzeniem i stosowaniem prawa, nawet jeśli pewne korekty tego modelu mogą powstawać w procesie wykładni. Mimo tego pozornie absurdalnego charakteru pojęcie nieposłuszeństwa sędziowskiego pojawia się w literaturze prawniczej<sup>1</sup>, zwłaszcza anglosaskiej, w kontekście dylematów sędziowskiego sumienia. Nawet więcej, jest ono przedmiotem intensywnej debaty we współczesnej doktrynie funkcjonującej na styku filozofii polityki, filozofii prawa i prawa konstytucyjnego<sup>2</sup>. Większość autorów jest zgodna co do tego, że problem nieposłuszeństwa sędziowskiego ma charakter absolutnie ekstraordynaryjny<sup>3</sup>, ale to nie oznacza, iż należy go бага-

<sup>1</sup> W jurysprudencji amerykańskiej pojęcie to upowszechniło się za sprawą artykułu H. Laurence Ross, J.P. Foley, *Judicial Disobedience of the Mandate to Imprison Drunk Drivers*, *Law and Society Review* 1987, vol. 21, nr 2, s. 315–324.

<sup>2</sup> Por. np. J. Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, Cambridge 2010; T.R.S. Allen, *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford 2013. Co ciekawe, obaj ci autorzy polemizują ze sobą nie tyle co do zasadności istnienia fenomenu *judicial disobedience*, co raczej w odniesieniu do jego istoty i zakresu zastosowania. Nic dziwnego, skoro jeden pisze o suwerenności parlamentu, drugi natomiast o suwerenności prawa.

<sup>3</sup> Takie wąskie rozumienie nieposłuszeństwa sędziowskiego przyjęto też w niniejszym opracowaniu. Czasami można bowiem spotkać w literaturze opracowania łączące *judicial disobedience* w ogóle z niezależną praktyką orzecznictwiczną i niezawisłością sędziowską, a więc z aktywizmem sędziowskim – zob. np. S.B. Burbank, *The Courtroom as Classroom: Independence, Imagination and Ideology in the Work of Jack Weinstein*, *Columbia Law*

telizować; wręcz przeciwnie – im bardziej jest skomplikowany, tym na większą uwagę zasługuje. Dla potrzeb tego opracowania przyjmuję, że omawiane zagadnienie ma dwa różniące się od siebie aspekty. Pierwszy z nich, już dawno temu zidentyfikowany, dotyczy wymiaru indywidualnego i pojawia się na podstawie konkretnego rozstrzyganego przez sędziego przypadku (lub niekiedy konkretnej grupy spraw o podobnym charakterze). Drugi natomiast, wprawdzie mniej znany, ale znacznie poważniejszy, ma charakter instytucjonalny i dotyczy sędziów uosabiających całą trzecią władzę. Poza zakresem rozważań pozostawiam natomiast sytuacje pewnego rutynowego sędziowskiego oporu wobec planowanych lub rzeczywistych bieżących zmian w ustawodawstwie<sup>4</sup>.

W literaturze filozoficzno-prawnej koncentrowano się przede wszystkim na pierwszym aspekcie. Amerykańska specjalistka w dziedzinie prawa porównawczego i międzynarodowego prawa prywatnego L. Weinberg trafnie stwierdziła, że prędzej czy później zawsze istnieje możliwość powstania rażącego konfliktu między prawem a moralnością, ergo – stosowania prawa skrajnie niemoralnego (lub szerzej – skrajnie niesprawiedliwego). Jej zdaniem dla jurysprudencji ten problem jest tym samym, czym jest teodycea dla religii<sup>5</sup>. O ile teodycea w zasadzie nie zakłada nieposłuszeństwa wobec boskiej decyzji, jeśli wydaje się nam ona niesprawiedliwa, o tyle w sferze prawa jest to znacznie bardziej skomplikowane. W literaturze prawniczej najczęściej przywołuje się w tym kontekście właśnie instytucję cywilnego nieposłuszeństwa jako symbolu protestu jednostki wobec konieczności przestrzegania prawa prowadzącego do rażąco niesłusznych rezultatów. Cywilne nieposłuszeństwo dotyczy każdego obywatela jako adresata norm prawnych, natomiast w niniejszym tekście skoncentrowano się na jeszcze bardziej złożonym dylemacie sędziego stojącego w obliczu możliwości (konieczności?) stosowania oporu wobec prawa rażąco niesprawiedliwego. Wprawdzie z filozoficzno-prawnego punktu widzenia ten ostatni problem jest w gruncie rzeczy, zwłaszcza w obrębie pozytywizmu prawniczego, nierozwiązywalny, jednak we współczesnej literaturze ciągle jest przedmiotem zainteresowania ze strony etyków, filozofów czy prawników<sup>6</sup>.

Review 1997, vol. 97, nr 7, s. 1971–2009; S.B. Burbank, *The Architecture of Judicial Independence*, *Southern California Law Review* 1999, vol. 72, s. 315–371.

<sup>4</sup> Typowym przykładem może być przeprowadzona ostatnio reforma postępowania karnego; szerzej na temat tego typu oporu por. np. M. Tokson, *Judicial Resistance and Legal Change*, *The University of Chicago Law Review* 2015, vol. 82, nr 2, s. 901–973.

<sup>5</sup> L. Weinberg, *Of Theory and Theodicy: The Problem of Immoral Law*, [w:] *Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. Von Mehren*, red. J.A.R. Nafziger, S.C. Symeonides, Ardsley (N.Y.) 2002, s. 473–502.

<sup>6</sup> Z nowszej literatury por. np. J. Brand-Ballard, *Limits of Legality. The Ethics of Lawless Judging*, Oxford–New York 2010; D.E. Edlin, *Judges and Unjust Laws. Common Law and the Foundations of Judicial Review*, Ann Arbor 2008; W. Bradley Wendel, *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton–Oxford 2010.

Jest jednak drugi, instytucjonalny aspekt problemu, któremu poświęca się wprawdzie znacznie mniej uwagi, ale to nie oznacza, że nie dostrzega się go wcale. W najnowszej literaturze warto wskazać np. ciekawe opracowanie H.P. Gravera, w którym autor analizuje problem zachowań sędziowskich/sądowych w sytuacji, gdy to ustawodawca narusza reguły państwa prawa, zwłaszcza gdy występuje przeciwko pewnemu porządkowi wartości wyrażonemu w konstytucji, w tym także przeciwko zasadzie trójpodziału władzy<sup>7</sup>. Mamy tutaj do czynienia nie z konfliktami w wymiarze indywidualnym w odniesieniu do sędziego rozpatrującego konkretną sprawę lub pewien typ spraw, lecz z pewnym dylematem stojącym przed sędziami potraktowanymi jako zbiorowość ucieleśniająca trzecią władzę, atakowaną przez dwie pozostałe<sup>8</sup>. Nie jest to konflikt państwa prawa z demokracją *in genere*, lecz raczej konflikt państwa prawa z najgorszymi stronami źle pojętej demokracji *in specie*. Wprawdzie w literaturze prawa konstytucyjnego, zwłaszcza w literaturze anglosaskiej, wskazuje się, że taka sytuacja jest możliwa do wyobrażenia<sup>9</sup>, to jednak w warunkach polskich do niedawna wydawała się ona całkowicie nierealna. Tymczasem zawirowania (czytaj: kryzys konstytucyjny) wokół wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego i decyzji Prezydenta RP o ułaskawieniu w sprawie M. Kamińskiego pokazują dobitnie, że problem nie jest tylko mrzonką nadającą się na przedmiot filozoficzno-prawnych spekulacji akademickich. Poniżej omawiam go na pewnym historycznym przykładzie, który do pewnego stopnia łączy oba aspekty, indywidualny oraz instytucjonalny, i który może być, wbrew wszelkim pozorom, bardzo pouczający z punktu widzenia pozycji trzeciej władzy w Polsce.

2. Jeśli potraktować to zagadnienie paradygmatycznie, a nie wyłącznie historycznie, to okazuje się, że fundamentalne problemy moralno-prawne nie są wyłącznie udziałem sędziego funkcjonującego w ekstremalnych warunkach zbrodniczego reżimu o charakterze totalitarnym

<sup>7</sup> H.P. Graver, *Judges Against Justice. On Judges When the Rule of Law is Under Attack*, Heidelberg–New York–Dordrecht–London 2015.

<sup>8</sup> W tym sensie pewne prawo do oporu przysługuje w określonej sytuacji każdej z trzech władz – T. Campbell, *Separation of Powers in Practice*, 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 [podkr. J.Z.]”. W tym też sensie, jak pisał Thomas Jefferson w liście do Abigail Adams z 22.02.1787 r., trzeba być w ciągłej gotowości do oporu przeciwko władzom, zwłaszcza jeśli któraś z nich uzurpuje sobie zbyt dużo praw – cytuję za: C. Möllers, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford 2013, s. 27.

<sup>9</sup> J. Allan, *The Activist Judge – Vanity of Vanities*, [w:] *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, red. L.P. Coutinho, M. La Torre, S.D. Smith, 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 [podkr. – J.Z.]”.

czy autorytarnym, lecz mogą powstać także w warunkach reżimów demokratycznych, a nawet w systemach spełniających *prima facie* wszelkie wymogi demokratycznego państwa prawnego. Więcej, w odniesieniu do tych ostatnich ocena ewentualnych zachowań sędziów stojących w obliczu stosowania prawa rażąco niesprawiedliwego (wymiar indywidualny) i/lub opierających się niekonstytucyjnej ingerencji ze strony władzy ustawodawczej i wykonawczej (wymiar instytucjonalny) wydaje się bardziej racjonalna, ponieważ nie jest obciążona odium ewentualnej martyrologii. Przeżywająca w ostatnich latach nieoczekiwany renesans tzw. formuła Radbrucha<sup>10</sup> jest tego najlepszym przykładem. Oczekiwanie od sędziów w nazistowskich Niemczech aktów nieposłuszeństwa wobec prawa skrajnie niemoralnego musiałyby być bowiem jednoczesnym żądaniem gotowości do martyrologii i poświęcenia własnego życia w obronie uniwersalnego etosu. Radbruch, jak wiadomo, usprawiedliwiał do pewnego stopnia niemieckich sędziów i winą za ten stan rzeczy obciążał pozytywizm prawniczy. Nie rozwijając szerzej tego wątku, skonkludujmy jedynie, że teza o przywiązaniu nazistowskich sędziów do pozytywizmu prawniczego jest wprawdzie moralnie atrakcyjna, ale zupełnie nieprawdziwa z historycznego punktu widzenia. Wprawdzie zdarzały się rzadkie przypadki sędziowskiego oporu<sup>11</sup>, ale to nie pozytywizm prawniczy był główną przyczyną ich incydentalnego charakteru.

W związku z tym w dziejach prawa można znaleźć inny, bardziej adekwatny przykład konfliktu między sędziowskim sumieniem a jego ustawowym obowiązkiem posłuszeństwa wobec obowiązującego prawa – chodzi o orzecznictwo sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa w okresie półwiecza poprzedzającego wybuch wojny secesyjnej<sup>12</sup>. Paradoksalnie amerykańskie niewolnictwo funkcjonowało w sposób anachroniczny wbrew niektórym warunkom występującym w jego otoczeniu, zarówno międzynarodowym, jak i wewnętrznym. Właściwie jego rozwojowi sprzyjały wyłącznie interesy ekonomiczne stanów południowych wsparte niekiedy przekonaniem rasistowskimi elit politycznych, natomiast wszystkie inne czynniki ideologiczne, religijne, etyczne, gospodarcze czy polityczne podważały racjonalność jego istnienia. W otoczeniu zewnętrznym na poziomie prawa międzynarodowego na początku XIX w. panowała raczej powszechna tendencja zwalczania i wprowadzania za-

<sup>10</sup> Szerzej zob. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.

<sup>11</sup> Przykłady podaje I. Müller, *Furchtbare Juristen*, München 1989, s. 197–202.

<sup>12</sup> W literaturze niekiedy zestawia się mimo wszystko te dwa przykłady, tj. z jednej strony formułę Radbrucha i słynny spór Harta z Fullerem, z drugiej zaś – konflikt sumienia i prawnego obowiązku sędziów amerykańskich orzekających w sprawach niewolnictwa – tak np. J. Feinberg, *Natural Law. The Dilemmas of Judges Who Must Interpret Immoral Laws*, [w:] J. Feinberg, *Problems at the Roots of Law. Essays in Legal and Political Theory*, Oxford–New York 2003, s. 3–36; J.C. Oleson, *The Antigone Dilemma: When the Paths of Law and Morality Diverge*, *Cardozo Law Review* 2007, vol. 29, nr 2, s. 669–702.

kazu handlu niewolnikami i zdaniem niektórych współczesnych autorów to właśnie stanowiło do pewnego stopnia rzeczywisty początek rozwoju międzynarodowej ochrony prawa człowieka<sup>13</sup>. Jeśli zaś chodzi o otoczenie wewnętrzne, to przecież problem niewolnictwa stanowił w ostatniej instancji główną przyczynę wojny secesyjnej, której 150. rocznicę zakończenia niedawno obchodziliśmy<sup>14</sup>.

W przeciwieństwie do sędziów w nazistowskich Niemczech przedstawicielom amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości, zwłaszcza w stanach północnych, w gruncie rzeczy nic nie groziło za ewentualny opór wobec ustawodawstwa chroniącego instytucję niewolnictwa. Wręcz przeciwnie, w takich miastach jak np. Boston sędziowie orzekający w sprawach zbiegłych niewolników w celu ich wydania właścicielom ze stanów południowych spotykali się z protestami abolicjonistycznie nastawionej opinii publicznej. Czasami był to tylko bardzo silny nacisk ze strony tłumu obywateli, któremu sędzia wbrew swoim osobistym abolicjonistycznym przekonaniom mimo wszystko nie uległ. Typowym przykładem może być sprawa zbiegłego ze stanu Georgia niewolnika Thomasa Simsa z 1851 r. Nawet tak znany i radykalny przeciwnik niewolnictwa jak sędzia L. Shaw, prezes Sądu Najwyższego stanu Massachusetts, czuł się zobowiązany do przestrzegania postanowień tzw. Fugitive Slave Act z 1850 r. (radykalnie zmieniającego wcześniejsze regulacje z 1793 r.) i podtrzymał orzeczenie sędziego E.G. Loringa nakazujące wydanie Simsa jego właścicielowi. Wykonaniu wyroku towarzyszyły tak gwałtowne protesty tłumu oburzonych obywateli, że niewolnik musiał być odprowadzony pod eskortą marynarki wojennej na okręt mający go odwieźć do Georgii. Sprawa miała zresztą swój dalszy bardzo ciekawy ciąg – Sims został później sprzedany do stanu Mississippi, a następnie w 1863 r. w trakcie wojny secesyjnej ponownie zbiegł i powrócił do Bostonu. Więcej, kiedy w 1877 r. Ch. Devens, szeryf federalny, który dokonał aresztowania Simsa w 1851 r., został Prokuratorem Generalnym, był zbiegły niewolnik został zatrudniony w Departamencie Sprawiedliwości<sup>15</sup>. Czasami jednak dla sędziego konsekwencje orzeczenia nakazującego wydanie zbiegłego niewolnika wbrew żądaniom opinii publicznej były

<sup>13</sup> Szeroko na ten temat J.S. Martinez, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, Oxford–New York 2012; na temat oceny amerykańskiego niewolnictwa z punktu widzenia ówczesnego prawa międzynarodowego zob. także E. Dal Lago, *American Slavery, Atlantic Slavery, and Beyond: The U.S. „Peculiar Institution” in International Perspective*, Boulden 2011.

<sup>14</sup> Por. numer tematyczny OAH Magazine of History, *Civil War at 150: Origins*, 2011, vol. 25, nr 2 – zwłaszcza tekst P. Finkelmana, *Slavery, the Constitution, and the Origins of the Civil War*, s. 14–18.

<sup>15</sup> Szeroko na ten temat L.W. Levy, *Sim's Case: The Fugitive Slave Law in Boston in 1851*, *The Journal of Negro History* 1950, vol. 35, nr 1, s. 39–74; por. także S.W. Campbell, *The Slave Catchers. Enforcement of the Fugitive Slave Law 1850–1860*, Chapel Hill 1970, s. 117 i n.

znacznie dalej idące. Za sztandarowy przykład może służyć sprawa Anthony'ego Burnsa z 1854 r. Także w tym przypadku orzeczeniu, ponownie sędziego E.G. Loringa, nakazującemu wydanie zbiegłego niewolnika do Wirginii, towarzyszyły na ulicach Bostonu protesty kilkudziesięciu tysięcy obywateli i ponownie trzeba było skorzystać z pomocy marynarki wojennej. Po roku Burns powrócił do Bostonu, ponieważ został wykupiony za 1300 USD, zaś sędzia Loring w 1857 r. został zwolniony ze służby przez Gubernatora N.P. Banksa, aczkolwiek już w następnym roku Prezydent James Buchanan mianował go na inne stanowisko sędziowskie<sup>16</sup>. Pokazuje to, że problem niewolnictwa w przededniu wybuchu wojny secesyjnej wywoływał poważne konflikty nie tylko między stanami Północy i Południa, lecz także w strukturach władzy federalnej. Najlepszym przykładem wydają się dwie inne słynne sprawy – Priggs przeciwko Pennsylvanii z 1842 r. oraz Dred Scott przeciwko Stewart z 1857 r. Związczą wyrok w sprawie Dred Scotta, według niektórych najgorsze<sup>17</sup> i najbardziej bulwersujące orzeczenie w historii Sądu Najwyższego USA<sup>18</sup>, nie tylko radykalnie podzielił sędziów, ale w powszechnej opinii uchodzi wręcz za katalizator nieuchronnego konfliktu zbrojnego w ramach Unii.

Wyroki w sprawie Priggsa, Simsa, Burnsa czy Dred Scotta stanowiły jednak tylko stopniową eskalację pewnego procesu, który rozpoczął się znacznie wcześniej i miał swoje korzenie w latach 70. i 80. XVIII w., w okresie wojny o niepodległość oraz w trakcie uchwalania konstytucji USA. Problem niewolnictwa nie tylko podzielił Ojców Założycieli<sup>19</sup> i reprezentantów poszczególnych stanów, był także przyczyną brzemiennej w skutki sprzeczności między ideałami Deklaracji Niepodległości z 1776 r. a niektórymi proniewolniczymi postanowieniami konstytucji z 1787 r.<sup>20</sup> Przypomnijmy, że jedne z pierwszych słów Deklaracji Niepodległości brzmiały: „Uważamy za oczywiste następujące prawdy: że wszyscy ludzie stworzeni zostali równymi, że Stwórca obdarzył ich pewnymi

<sup>16</sup> Z bardzo bogatej literatury por. zwłaszcza S.W. Campbell, *The Slave Catcher...*, s. 124 i n.; A.J. von Frank, *The Trial of Anthony Burns. Freedom and Slavery in Emerson's Boston*, Cambridge (Mass.) – London 1999; E.M. Maltz, *Fugitive Slave on Trial. The Anthony Burns Case and Abolitionist Outrage*, Lawrence 2010.

<sup>17</sup> B. Schwartz, *A Book of Legal Lists. The Best and Worst in American Law*, Oxford University Press, New York–Oxford 1997, s. 69 i n.

<sup>18</sup> Wyrok w sprawie Dred Scott przeciwko Stewart do dzisiaj budzi ogromne emocje wśród amerykańskich prawników – z nowszych opracowań por. np. *The Dred Scott Case: Historical and Contemporary Perspectives on Race and Law*, red. D.T. König, P. Finkelman, Ch.A. Bracey, Athens 2010.

<sup>19</sup> Szeroko na ten temat P. Finkelman, *Slavery and the Founders. Race and Liberty in the Age of Jefferson*, Armonk (N.Y.)–London 2001.

<sup>20</sup> Z niezwykle obszernej literatury na ten temat por. D. Waldstreicher, *Slavery's Constitution. From Revolution to Ratification*, New York 2009; G.W. Van Cleve, *A Slaveholders' Union. Slavery, Politics, and the Constitution in the Early American Republic*, Chicago–London 2010.

nienaruszalnymi prawami; że do praw tych należy życie, wolność i swoboda ubiegania się o szczęście”. Tymczasem w konstytucji z 1787 r. unikano wprawdzie eufemistycznie słowa „niewolnictwo”, ale jednocześnie zawarto wiele postanowień odnoszących się bezpośrednio lub pośrednio do tej instytucji<sup>21</sup>, m.in.: „Mandaty w Izbie Reprezentantów i podatki bezpośrednie będą dzielone między poszczególne stany, które znajdują się w Unii stosownie do odpowiednich liczb otrzymanych przez dodanie do ogólnej liczby osób wolnych – licząc razem z osobami zobowiązanymi do przymusowej służby przez określoną liczbę lat, ale wyłączając nieopodatkowanych Indian – trzech piątych wszystkich innych osób” (art. I, sekcja 2, ust. 3 – tzw. Three-Fifth Clause); „Do roku tysiąc osiemset ósmego Kongres nie będzie mógł zakazać migracji lub przywozu osób wolnych przybycie uznaje za właściwe którykolwiek ze stanów teraźniejszych” (art. I, sekcja 9, ust. 1 – tzw. Slave Trade Clause); „Osoba, zgodna z prawem jednego stanu związana kontraktem świadczenia usługi lub pracy, nie będzie z tych obowiązków zwalniana na podstawie ustaw i przepisów stanu, do którego zbiegnie, lecz zostanie wydana na żądanie strony, której miała świadczyć służbę lub pracę” (art. IV, sekcja 2 – tzw. Fugitive Slave Clause).

W ten sposób to rzeczywiście *prima facie* pogodzić z ideałem wolności i Deklaracji Niepodległości, skoro „osoby zobowiązane do świadczenia pracy” (czytaj: niewolnicy) dla potrzeb parytetu wyborczego były liczone za trzy piąte wolnych obywateli, w razie ucieczki miały być przetrzymywane między stanami, a zewnętrzny handel nimi był dozwolony aż do początku lat do 1808 r. (natomiast handel wewnętrzny był legalny aż do uchwalenia XIII poprawki znoszącej niewolnictwo w 1855 r.). Dodajmy jednak, że przebieg Konwencji Konstytucyjnej<sup>22</sup> dowodzi, że bez tych postanowień konstytucja najprawdopodobniej nie zostałaby ratyfikowana, ergo – nie powstałyby Stany Zjednoczone w ich pierwotnym kształcie. To jednak powodowało, że powstały związek polityczny był od samego początku właśnie z uwagi na problem niewolnictwa, jak to się podkreśla w literaturze<sup>23</sup>, „Unią niedoskonałą” (*imperfect Union*). Wprawdzie Ojcowie Założyciele traktowali to w kategoriach przejściowego kompromisu i niektórzy z nich uważali, że niewolnictwo z czasem zaniknie samo, jednak historia nie potwierdziła ich prognoz i nadziei. Wręcz przeciwnie, problem niewolnictwa narastał, a nie malał – w okresie wojny o niepodległość w koloniach na terenie Ameryki Północnej było 600–700 tysięcy niewolników, zaś w dniu wybuchu wojny secesyjnej – 4,5 miliona, a więc prawie 8-krotnie więcej. Nawet jeśli uznać,

<sup>21</sup> F. O. Matthais, *Slavery and the Founders...*, s. 6–10.

<sup>22</sup> R. R. Beeman, *The Constitutional Convention of 1787. A Comprehensive Encyclopedia of America's Founding*, t. I-II, Santa Barbara-Denver-London 2005.

<sup>23</sup> F. O. Matthais, *Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*, Chapel Hill 1981.

że historia amerykańskiego konstytucjonalizmu była rzeczywiście, jak piszą obrazowo M.I. Urofsky i P. Finkelman<sup>24</sup>, stopniowym „marszem wolności”, to chociażby z uwagi na problem niewolnictwa i będącą jego późniejszą konsekwencją segregację rasową nie był to z pewnością marsz usłany różami.

3. W 1772 r. sędzia L. Mansfield orzekający w sporze R. przeciwko Knowles, *ex parte* Somerset (dalej: Somerset przeciwko Stewart, ponieważ pod taką nazwą funkcjonuje ona we współczesnej literaturze przedmiotu) użył formuły „niech się stanie sprawiedliwość, chociażby się niebo miało zawalić” (*fiat iustitia, ruat coelum*)<sup>25</sup>. W potocznym języku bardziej popularna jest inna wersja tej sentencji – *fiat iustitia, pereat mundus* („niech się stanie sprawiedliwość, chociażby miał zginąć świat”). Ta ostatnia paremia najczęściej jest pejoratywnym symbolem skrajnie formalistycznego legalizmu, ale może też występować w kontekstach aprobatywnych<sup>26</sup>. W tym ostatnim wypadku mogłaby ona oznaczać poszukiwanie sprawiedliwości wbrew wszelkim przeciwnościom losu i niezależnie od ewentualnych konsekwencji. Wówczas paremię *fiat iustitia, pereat mundus* można by przetłumaczyć w następujący sposób: „musi nastąpić sprawiedliwość i przezwyciężyć pychę wielkich tego świata”<sup>27</sup>. W takim aprobatywnym sensie posłużyli się również swoją formułą sędzia L. Mansfield w cytowanym orzeczeniu. Przywołuję je, ponieważ ma ono ogromne znaczenie dla ostatecznej oceny orzecznictwa sądów

<sup>24</sup> M.I. Urofsky, P. Finkelman, *A March of Liberty. A Constitutional History of the United States*, t. I-II, New York-Oxford 2011.

<sup>25</sup> Literatura dotycząca sprawy Somerset przeciwko Stewart jest tak ogromna, że trudno ją tutaj nawet pokrótce przytoczyć. Orzeczenie L. Mansfielda i jego wpływ na problem niewolnictwa w USA ciągle jest jednak przedmiotem sporów i analiz – z nowszych pozycji por. np. A.A.W. Blumrosen, R.G. Blumrosen, *Slave Nation. How Slavery United the Colonies and Sparked the American Revolution*, Naperville 2005; J.B. Dyer, *After the Revolution: Somerset and the Antislavery Tradition in Anglo-American Constitutional Development*, *The Journal of Politics* 2009, vol. 71, nr 4, s. 1422–1434; J. Oldham, *English Common Law in the Age of Mansfield*, Chapel Hill-London 2004, s. 305–323; R. Paley, *After Somerset: Mansfield, slavery and the law in England, 1772-1830*, [w:] N. Landau, *Law, Crime and English Society, 1660-1830*, Cambridge 2004, s. 165–184; D. Rabin, *'In a Country of Liberty': Slavery, Villeinage and the Making of Whiteness in the Somerset Case (1772)*, *History Workshop Journal* 2011, nr 72, s. 5–29; G.W. Van Cleve, *A Slaveholders' Unions...*, 31–40, 50–56, 169–172, 255–257; D.A. Webb, *The Somerset Effect: Parsing Lord Mansfield's Words on Slavery in Nineteenth Century America*, *Law and History Review* 2014, vol. 32, nr 3, s. 455–490; S.M. Wise, *Though the Heavens May Fall. The Landmark Trial That Led to the End of Human Slavery*, Cambridge (Mass.) 2005. Por. także numery tematyczne *Texas Wesleyan Law Review* 2007, vol. 13, nr 2: *Symposium Edition. Too Pure an Air: Law and the Quest for Freedom, Justice, and Equality*, s. 285–817 oraz *Law and History Review* 2006, vol. 24, nr 3: *Forum – Somerset's Case Revisited*, s. 601–671.

<sup>26</sup> Por. Łacińską terminologia prawnicza, red. J. Zajadło, Warszawa 2013, s. 39 i n.

<sup>27</sup> M. Kuryłowicz, *Słownik terminów, zwrotów i sentencji prawniczych łacińskich oraz pochodzenia łacińskiego*, Kraków 2002, s. 106.

amerykańskich w sprawach niewolnictwa. Stan faktyczny tego niezwykłego kazusu przedstawiał się następująco.

James Somerset był niewolnikiem przywiezionym z Afryki do Ameryki w 1749 r., następnie został sprzedany w Wirginii brytyjskiemu urzędnikowi celnemu Charlesowi Stewartowi. W 1769 r. Stewart powrócił do Londynu, a tam po dwóch latach jego niewolnik zbiegł. Somerset został jednak wkrótce pochwycony przez wynajętych przez Stewarta ludzi i odtransportowany na statek „Ann and Mary” cumujący na Tamizie, następnie miał być wywieziony na Jamajkę i tam sprzedany. W tym czasie w Anglii rozwijał się już bardzo silny ruch abolicjonistyczny, z wpływowym i opiniotwórczym G. Sharpem na czele. Uwięzienie niewolnika spotkało się z natychmiastową reakcją ze strony abolicjonistów, którzy przy pomocy wynajętych adwokatów złożyli wniosek o jego uwolnienie w ramach procedury *habeas corpus*. Sędzia L. Mansfield nakazał zwolnienie Somersetu do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy i rozpoczęły się kilkumiesięczne przygotowania do rozprawy. Formalnie stroną w procedurze *habeas corpus* był kapitan statku „Ann and Mary” J. Knowles, ponieważ to tam uwięziono niewolnika. W trakcie przygotowań do procesu adwokaci stron przedstawiali różnego rodzaju argumenty podczas posiedzeń incydentalnych, natomiast L. Mansfield nakłaniał strony do ugody, zwłaszcza próbował przekonać Stewarta do dobrowolnego wyzwolenia Somersetu. Zdawał sobie bowiem sprawę z konsekwencji, także ekonomicznych, ewentualnego wyroku podważającego legalność uwięzienia Somersetu, ponieważ precedensowy charakter takiego orzeczenia mógłby spowodować lawinę pozwów przeciwko kilkunastu tysiącom właścicieli niewolników na terenie Anglii. Kiedy próby skłonienia Stewarta do ugody zawiodły, miały paść wspomniane słowa: *fiat iustitia, ruat coelum*. W dniu 22.06.1772 r. L. Mansfield podjął ostatecznie decyzję *in favorem Somersetu* i niebo się wprawdzie nie zawaliło, ale rozpoczęła się legenda sprawy, która jakoby miała być końcem niewolnictwa w Anglii. W rzeczywistości prawny sens wyroku w sprawie Somerset przeciwko Stewart był nieco inny. Po pierwsze, orzeczenie w sprawie Somersetu nie było końcem niewolnictwa w Anglii, ponieważ zakaz handlu niewolnikami został wprowadzony dopiero w 1807 r., natomiast całkowity zakaz niewolnictwa w koloniach dopiero w 1833 r. Po drugie, w momencie orzekania w Anglii nie było już tego typu niewolnictwa, jakim był status prawny Somersetu na podstawie prawa Wirginii (tzw. *chattel slavery*), funkcjonowały natomiast instytucje podobne do niewolnictwa (tzw. *near slavery*) i różne formy pańszczyzny (tzw. *villeinage*). Po trzecie, z treści uzasadnienia wyroku nie wynika, że Somerset przestał być niewolnikiem w rozumieniu prawa Wirginii, ale tylko to, że nie mógł być przymusowo pozbawiony wolności na terenie Anglii, ponieważ brakowało ku temu podstawy prawnej. W tym aspekcie pojawia się w wyroku Mansfielda zdanie, które było później podstawą jego

legandy. Otóż według L. Mansfielda niewolnictwo samo w sobie jest tak odrażające, że nie znajduje oparcia ani w prawie natury, ani w *common law*, w rezultacie może być sankcjonowane wyłącznie przez prawo pozytywne. Ponieważ w Anglii nie istnieje takie prawo pozytywne, a z kolei prawo pozytywne Wirginii obowiązuje tylko na jej terytorium, Somerset powinien zostać zwolniony. Zwróćmy uwagę, że L. Mansfield nie odwoływał się w jakiś szczególny sposób do argumentów moralnych, uzasadnienie jego decyzji pozostaje od początku do końca w ramach argumentacji prawniczej *par excellence*. Podobnie było z orzeczeniami sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa.

Orzeczenie w sprawie Somerset przeciwko Stewart zapadło wprawdzie jeszcze w okresie kolonialnym przed wybuchem wojny o niepodległość, jednak we współczesnej literaturze przedmiotu powszechnie jest uznawane za bardzo ważny moment w historii amerykańskiego konstytucjonalizmu<sup>28</sup>. Wydaje się to słuszne, ponieważ miało ono duży wpływ nie tylko na debatę w Konwencji Konstytucyjnej, lecz także na późniejsze orzecznictwo sądowe, nawet jeśli towarzyszyła temu pewna nadinterpretacja słów L. Mansfielda. Pewien problem z ostateczną oceną znaczenia tego orzeczenia polega jednak na tym, że tak naprawdę nie wiemy, gdzie kończy się jego rzeczywisty wpływ, a gdzie zaczyna towarzysząca mu i ugruntowana przez dziesiątki lat legenda<sup>29</sup>. Lord Mansfield wygłosił bowiem uzasadnienie swojej przełomowej decyzji ustnie i w związku z tym znamy je tylko z przekazów pośrednich. W literaturze podkreśla się w związku z tym, że istnieje co najmniej pięć jego wersji, dosyć istotnie różniących się w szczegółach<sup>30</sup>. Nie ulega jednak wątpliwości, że w swoich późniejszych orzeczeniach sędziowie amerykańscy powołujący się na sprawę Somerset przeciwko Stewart przytaczali najczęściej ten fragment, w którym Mansfield podkreślał, iż niewolnictwo musi mieć oparcie pozytywno-prawne, ponieważ samo w sobie jest sprzeczne nie tylko z prawem natury, lecz także z tradycyjnym *common law*. Jak pisze K.M. Parker, „fundamentalne ustalenia Lorda Mansfielda co do relacji pomiędzy prawem natury, *common law* i prawem pozytywnym w istotny sposób ukształtowały późniejszą amerykańską debatę na temat prawnych źródeł niewolnictwa”<sup>31</sup>. Trzeba jednak podkreślić, że słowa L. Mansfielda przekazywane z pokolenia na pokolenie w różnych

<sup>28</sup> Por. np. kalendarium amerykańskiego konstytucjonalizmu zawarte w opracowaniu M.K. Curtis, J.W. Parker, D.M. Douglas, P. Finkelman, W.G. Ross, *Constitutional Law in Context*, Durham 2010–2011, t. I, s. XXXVI i t. II, s. XXXIV.

<sup>29</sup> J. Nadelhaft, *The Somerset Case and Slavery: Myth, Reality, and Repercussions*, *The Journal of Negro History* 1966, t. 51, nr 3, s. 193–208.

<sup>30</sup> Analizuje je szczegółowo J. Oldham, *New Light on Mansfield and Slavery*, *Journal of British Studies* 1988, vol. 27, nr 1, s. 45–68.

<sup>31</sup> K.M. Parker, *Common Law, History, and Democracy in America 1790–1900*, New York 2011, s. 176.

legendarnych wersjach były w gruncie rzeczy dalekie od prawniczej precyzji i rodziły szereg kontrowersji. Co bowiem oznaczało w tym kontekście np. prawo pozytywne – wyłącznie pisany akt ustawodawczy, czy też może także prawo zwyczajowe? Co miało oznaczać sformułowanie, że niewolnictwo musi mieć pozytywno-prawne podstawy – czy to, że musiało być w sposób pozytywno-prawny proklamowane, czy też także to, że prawo pozytywne mogło sankcjonować stan rzeczy istniejący w formie tzw. kodeksów niewolniczych (Slave Codes)?<sup>32</sup> Jeśli niewolnictwo jest sprzeczne z prawem natury, to jak może być sankcjonowane przez prawo pozytywne? Podniesiony przez Mansfielda problem był (i jest) wprawdzie fascynujący a fundamentalny z filozoficznoprawnego punktu widzenia, jednak amerykańscy sędziowie orzekający w konkretnych sprawach musieli się trzymać prawnych, w tym także konstytucyjnych, realiów i twardo stąpać po ziemi, nawet jeśli niekiedy próbowali dokonywać bardzo twórczej wykładni obowiązującego prawa. Jeśli kierowali się więc niekiedy maksymą *fiat iustitia, ruat coelum*, to raczej w jej aprobatywnym niż pejoratywnym sensie i w sposób bardzo wyważony. Specyficzne i ograniczone znaczenie wyroku w sprawie Somerset przeciwko Stewart potwierdziło niektóre późniejsze orzecznictwo. Typowym przykładem może być sprawa Slave Grace Case z 1827 r. Grace, uznawana za osobę wolną w Anglii, stała się decyzją Sądu Admiralicji ponownie niewolnicą, kiedy dobrowolnie powróciła na Antiguę, wyspę położoną na Karaibach, należąca do Wysp Nawietrznych<sup>33</sup>.

4. W literaturze filozoficznoprawnej<sup>34</sup> podkreśla się, że mając na uwadze sędziowskie dylematy moralne, sprawy niewolników przed sądami amerykańskimi można podzielić na dwie podstawowe grupy: tzw. *slaves in transit cases* dotyczące dobrowolnego wwiezienia niewolnika na terytorium stanu wolnego oraz tzw. *fugitive slaves cases* dotyczące sytuacji niewolnika schwytanego na terytorium stanu wolnego w celu jego zwrotu właścicielowi ze stanu niewolniczego. Sprawa Somerset przeciwko Stewart, mimo wszystkich różnic, w pewnym sensie łączyła oba te elementy – chodziło przecież o zbiegłego niewolnika, który został dobrowolnie przywieziony na terytorium Anglii. Podstawowa różnica między

<sup>32</sup> K.M. Parker, *Common Law...*, s. 177; szeroko na ten temat M. Wiecek, *The Sources of Antislavery Constitutionalism in America, 1760-1848*, Ithaca 1977; M. Wiecek, *Somerset: Lord Mansfield's and the legitimacy in the Anglo-American World*, *The University of Chicago Law Review* 1974, vol. 42, nr 1, s. 86-146.

<sup>33</sup> Szerzej na temat tego kazusu zob. S. Waddams, *The Case of Grace James (1827)*, *Texas Wesleyan Law Review* 2007 vol. 13, nr 2, s. 783-793.

<sup>34</sup> A.J. Sebok, *Legal Positivism and American Slave Law: The Case of Chief Justice Shaw*, [w:] *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, red. D. Dyzenhaus, Oxford-Portland (Oregon) 1999, s. 114.

dzy *slaves in transit cases*<sup>35</sup> i *fugitive slaves cases*<sup>36</sup> polegała na zupełnie innej podstawie prawnej i w rezultacie także innej filozofii ich rozstrzygnięcia. W odniesieniu do niewolników w tranzycie chodziło o problem stosowania reguł grzeczności (*comity*) w stosunkach między poszczególnymi stanami i wzajemne uznawanie na tej podstawie odrębnych regulacji prawnych. W przypadku zbiegłych niewolników sprawa była bardziej skomplikowana i dotyczyła istoty amerykańskiego federalizmu, a zwłaszcza podziału kompetencji między stanami a Unią. Powstało bowiem pytanie, która władza, stanowa czy federalna, jest odpowiedzialna za wykonywanie postanowień Fugitive Slaves Acts z 1793 i 1850 r. wydanych na podstawie art. IV, sekcja 2, ust. 3 konstytucji (tzw. Fugitive Slave Clause). Zarówno niewiążący charakter wspomnianych reguł grzeczności, jak i niejasny podział kompetencji stanowych i federalnych otwierały przed sędziami ze stanów północnych pewne możliwości rozstrzygnięcia sporów *in favorem* niewolników. Liczba orzeczeń w obu typach spraw jest jednak tak ogromna i tak różnorodna, że trudno je tutaj szczegółowo omawiać, chociażby z uwagi na ograniczone ramy edytorskie tego opracowania. Tytułem przykładu, skupmy się tylko na kilku wyrokach jednego sędziego – rozstrzygnięciach sędziego L. Shawa, ponieważ wydają się one najbardziej reprezentatywne z punktu widzenia problemu konfliktu sędziowskiego sumienia.

W sprawie Commonwealth przeciwko Aves z 1836 r. chodziło o losy sześciolatniej dziewczynki, Med, niewolnicy przywiezionej dobrowolnie do Bostonu przez jej właścicielkę Mary Slater. Osobą pozwaną przez środowisko abolicjonistów był Tomas Aves, ojciec Mary Slater, ponieważ to w jego domu przebywała młoda niewolnica. Sędzia L. Shaw, powołując się w dużym stopniu na wyrok w sprawie Somerset przeciwko Stewart (*sic!*), zastosował ciekawą konstrukcję prawną – otóż przyznając wolność dziewczynce, stwierdził, że nie może na podstawie reguł grzeczności uznać przepisów prawa własności stanu Louisiana, ponieważ jest ono sprzeczne z prawem karnym i prawem deliktowym stanu Massachusetts<sup>37</sup>. Nie ulega wątpliwości, że to orzeczenie, oparte na dosyć precyzyjnie przeprowadzonym wywodzie prawnym, ma jednak do pewnego stopnia swoje źródło w antyniewolniczych przekonaniach sędziego Shawa. Czołowy abolicjonista tego okresu, W.L. Garrison, określił je jako „mądrą, słuszną i szlachetną decyzję wybitnego sędziego”<sup>38</sup>. Późniejsze orzecznictwo sędziego Shawa w sprawach Commonwealth przeciwko Porterfield oraz Commonwealth przeciwko Fitzgerald z 1844 r.

<sup>35</sup> Ten typ spraw opisuje szeroko P. Finkelman, *Imperfect Union...*, *passim*.

<sup>36</sup> Zob. S.W. Campbell, *The Slave Catchers...*, *passim*; S. Lubet, *Fugitive Justice. Runaways, Rescuers, and Slavery on Trial*, Cambridge (Mass.) – London 2010, *passim*.

<sup>37</sup> A.J. Sebok, *Legal Positivism...*, s. 117 i n.

<sup>38</sup> Cyt. za: A.J. Sebok, *Legal Positivism...*, s. 119.

potwierdza linię rozumowania przyjętą w sprawie Commonwealth przeciwko Aves. Więcej nawet – ta linia orzecznicza wpłynęła także na wyroki sądów, a nawet na ustawodawstwo w innych wolnych stanach<sup>39</sup>. Nieco inaczej ukształtowały się natomiast decyzje sędziego Shawa w sprawach zbiegłych niewolników – tutaj możliwości jego proaboliconistycznego działania były jednak znacznie bardziej ograniczone. Wprawdzie w sprawie z 1836 r. udało mu się za pomocą zręcznego triku proceduralnego doprowadzić do faktycznego uwolnienia dwóch niewolnic, Elizy Small i Polly Ann Bates, zatrzymanych w Bostonie na statku „Chickasaw”, ale już w 1842 r. w sprawie George’a Latimera, trzymając się litery prawa, odmówił zwolnienia z aresztu zatrzymanego zbiegłego ze stanu Wirginia<sup>40</sup>.

5. Problem niewolnictwa i towarzyszące mu orzeczenia sądowe są oczywiście do pewnego stopnia zamkniętym w czasie i przestrzeni dramatycznym epizodem i z tego punktu widzenia mają znaczenie wyłącznie historyczne. Z drugiej jednakże strony, potraktowane paradygmatycznie, dostarczają fascynującego materiału do filozoficznoprawnych analiz zagadnienia ewentualnego sędziowskiego nieposłuszeństwa (*judicial disobedience*), zatem przysługuje im pewien walor uniwersalny. W takim ujęciu prezentuje się je we współczesnej jurysprudencji, dokonując typologii różnych możliwych zachowań sędziego stojącego w obliczu zastosowania ustawy rażąco sprzecznej z jego przekonaniami moralnymi<sup>41</sup>. Te dwie perspektywy, historyczną i uniwersalną, trudno oczywiście do końca od siebie oddzielać, ponieważ wzajemnie się one przecinają. Przykład amerykańskich sędziów orzekających w sprawach niewolnictwa zawsze bowiem implikuje pytanie, dlaczego w określonych historycznych okolicznościach, w ramach obowiązującego prawa i na bazie konkretnego stanu faktycznego sędziowie zachowywali się w taki, a nie w inny sposób. Widzieliśmy to już na przykładzie orzecznictwa sędziego L. Shawa – z jednej strony w sprawie Avesa, z drugiej zaś – w sprawie Simsa. Te dwa orzeczenia zapadły bowiem w różnym czasie (w 1836 i 1851 r.), na gruncie różnego prawa (*common law* i Fugitive Slave Act z 1850 r.) i w odniesieniu do różnych stanów faktycznych (niewolnik w tranzycie i niewolnik zbiegły). Z drugiej strony perspektywy historyczna i uniwersalna w istotny sposób różnią się od siebie, ponieważ dotyczą odmiennych pytań i wynikających z nich odmiennych odpowiedzi. W perspektywie historycznej są to pytania o to, co sędzia w konkretnej sprawie zrobił i z jakich hipotetycznych przyczyn postą-

<sup>39</sup> A.J. Sebok, *Legal Positivism...*, s. 120.

<sup>40</sup> A.J. Sebok, *Legal Positivism...*, s. 121 i n.

<sup>41</sup> Por. np. P. Butler, *When Judges Lie (and When They Should)*, *Minnesota Law Review* 2007, vol. 91, s. 1785–1828.

pił w taki, a nie w inny sposób. Z kolei w perspektywie uniwersalnej są to problemy związane z przyporządkowaniem konkretnej decyzji do jednego z elementów przyjętego modelu i w rezultacie z rekonstrukcją jej filozoficznoprawnych podstaw, ale z jednoczesnym uwzględnieniem kontekstu historycznego. Nie jest to więc tylko odpowiedź na pytanie, co i dlaczego sędzia faktycznie zrobił, ale także, a może przede wszystkim, na pytanie, co mógł zrobić, przyjmując określone założenia filozoficznoprawne. Pod tym względem za przełomową uznaje się w amerykańskiej jurysprudencji pracę R.M. Covera „Justice Accused” z 1975 r.<sup>42</sup> Do tego czasu badania nad prawnymi aspektami niewolnictwa były przede wszystkim przedmiotem zainteresowania ze strony historyków, natomiast książka Covera skierowała dyskusję na nowe tory teoretyczno- i filozoficznoprawne. Współcześnie jesteśmy już nawet o krok dalej, ponieważ problem niewolnictwa budzi zainteresowanie nie tylko z punktu widzenia *judicial disobedience*, lecz jest także przedmiotem zainteresowania przedstawicieli najnowszych kierunków filozoficznoprawnych, takich jak np. literacka szkoła prawa (*Law and Literature*) czy ekonomiczna analiza prawa (*Law and Economy*). Trudno się zresztą temu dziwić – problem niewolnictwa był bowiem z jednej strony motywem wielu dzieł literackich (np. w twórczości Harriet Beecher Stowe czy Hermana Melville’a), z drugiej zaś – poza aspektami moralnymi miał bardzo konkretny wymiar ekonomiczny. Te dwa aspekty z perspektywy filozoficznoprawnej analizuje np. M. Tushnet na przykładzie orzeczenia w sprawie State przeciwko Mann z 1830 r.<sup>43</sup> Nie wchodząc w szczegóły stanu faktycznego tej interesującej sprawy, skonkludujmy jedynie, że w tym wypadku chodziło o problem odpowiedzialności karnej za pozbawienie życia niewolnicy, która próbowała uciec przed chłostą. John Mann, skazany za ten czyn przez sąd pierwszej instancji na karę grzywny w wysokości pięciu dolarów, został następnie uwolniony od odpowiedzialności przez Sąd Najwyższy Północnej Karoliny. W uzasadnieniu tego ostatecznego orzeczenia sędzia T. Ruffin podkreślił, że wprawdzie jego sympatia jako człowieka leży być może po stronie zamordowanej niewolnicy imieniem Lydia, ale jako prawnik musi uznać absolutny charakter władzy pana nad niewolnikiem. W sensie moralnym sprawa ta była na tyle głośna i interesująca, że Harriet Beecher Stowe, autorka słynnej „Chaty wuja Toma”, uczyniła z niej kanwę swojej mniej w Polsce znanej noweli „Dred: A Tale of the Great Dismal Swamp”.

Ciekawe jest to, że od aspektu literackiego swoją książkę rozpoczyna również Robert M. Cover. Autor przywołuje postać kapitana Ve-

<sup>42</sup> R.M. Cover, *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*, New Haven–London 1975.

<sup>43</sup> M.V. Tushnet, *Slave Law in the America South. State v. Mann in History and Literature*, Lawrence 2003.

re z noweli „Billy Budd” Hermana Melville’a<sup>44</sup> jako klasyczny przykład funkcjonariusza państwa poświęcającego swoje materialne poczucie sprawiedliwości na rzecz formalnego posłuszeństwa obowiązującemu prawu pozytywnemu. Istnieje bardzo ciekawy związek między postacią Hermana Melville’a a omawianym tutaj orzecznictwem sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa. Otóż w powszechnej opinii najbardziej spektakularnym przykładem sędziego rozdartego między własnym antyniewolniczym sumieniem i obowiązującym prawem pozytywnym był z pewnością prezes Sądu Najwyższego stanu Massachusetts, Lemuel Shaw. W związku z tym warto przypomnieć, że L. Shaw był teściem Hermana Melville’a i dla historyków literatury nie ulega wątpliwości, że to właśnie on był metaforycznym pierwowzorem postaci kapitana Vere z noweli „Billy Budd”. Na podstawie analizy orzecznictwa sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa Cover dochodzi do wniosku, że zderzenie sumienia sędziego z jego obowiązkiem posłuszeństwa ustawie (*Moral-Formal-Dilemma*)<sup>45</sup> może prowadzić do jednego z czterech następujących rozwiązań<sup>46</sup>: 1) ucieczka w formalizm i stosowanie ustawy niezależnie od jej moralnego bądź amoralnego charakteru; 2) odrzucenie ustawy niemoralnej i orzekanie *contra legem* na podstawie nakazu sumienia; 3) rezygnacja ze stanowiska; 4) ucieczka w subwersję oznaczającą nagięcie ustawy do własnego sumienia ze świadomością, że jest to działanie *contra legem*, aczkolwiek ukryte i zawołowane określoną argumentacją<sup>47</sup>, lub orzekanie wprawdzie *secundum legem* bądź *praeter legem*, ale z jednoczesnym ukrywaniem rzeczywistych motywów leżących u podstaw przyjętego rozstrzygnięcia. We współczesnej amerykańskiej jurysprudencji istnienie tego fenomenu w obszarze orzecznictwa dotyczącego niewolnictwa jest powszechnie zaakceptowane, przy czym do jego opisu i oceny używa się bardzo różnych określeń: „dylemat moralności i formalizmu” (*Moral-Formal-Dilemma* – R.M. Cover)<sup>48</sup>, „bezstronność i formalizm” (*Fairnes and Formalism* – A.E. Keir Nash)<sup>49</sup>, „hu-

<sup>44</sup> R.M. Cover, *Justice Accused...*, s. 1–6; ciekawe jest to, że Cover zestawia przypadek kapitana Vere z innym klasycznym literackim przykładem, sporem Antygony z Kreonem z dramatu Sofoklesa.

<sup>45</sup> R.M. Cover, *Justice Accused...*, s. 197 i n.

<sup>46</sup> Tak Cover już w 1968 r. w recenzji książki R. Hildretha, *Atrocious Judges: Lives of Judges Infamous as Tools of Tyrants and Instruments of Oppression*, New York 1856, *Columbia Law Review* 1968, vol. 68, nr 5, s. 1003–1008.

<sup>47</sup> Zdaniem P. Butlera (*When Judges Lie...*, 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.

<sup>48</sup> R.M. Cover, *Justice Accused...*, s. 197 i n.

<sup>49</sup> A.E. Keir Nash, *Fairness and Formalism in the Trial of Blacks in the State Supreme Courts of the Old South*, *Virginia Law Review* 1970, vol. 56, nr 1, s. 64–100.

manizm i interes” (*Humanity and Interest* – M. Tushnet)<sup>50</sup>, „serce kontra rozum” (*Heart versus Head* – P. Karsten)<sup>51</sup>,

Rozwiązania 2 i 3 niczego w gruncie rzeczy nie zmieniają, ponieważ w razie jawnej wykładni *contra legem* narażamy się na uchylene wyroku przez sąd wyższej instancji, natomiast w przypadku rezygnacji – na przekazanie sprawy mniej wrażliwemu sędziemu. Pozostaje więc wybór między rozwiązaniem 1 i 4. Cover zarzuca amerykańskim sędziom orzekającym w sprawach niewolnictwa, że najczęściej wybierali niestety rozwiązanie 1 – uciekali w formalizm, nawet jeśli było to niezgodne z ich sumieniem<sup>52</sup>. Jeśli ta diagnoza Covera jest trafna, to powstaje oczywiście pytanie o przyczyny takiej, a nie innej postawy sędziów. We współczesnej jurysprudencji amerykańskiej nie ma jednak jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie. Ronald Dworkin w recenzji pracy Covera<sup>53</sup> napisał, że ucieczka w formalizm nie była jedynym wyjściem dla sędziów orzekających w sprawach niewolnictwa, zwłaszcza jeśli chodzi o *fugitive slaves cases* – mogli bowiem, przy odpowiedniej interpretacji, zakwestionować konstytucyjność *Fugitive Slave Acts* z 1793 i 1850 r. Natomiast zdaniem W.E. Nelsona<sup>54</sup> przyczyną takiego a nie innego orzecznictwa w omawianych sprawach nie był sędziowski formalizm, lecz wręcz przeciwnie – sędziowski pragmatyzm i instrumentalizm. W sędziowskich motywacjach tak naprawdę nie chodziło o to, czy w konkretnej sprawie decyzja była zgodna czy niezgodna z moralnością, lecz o to, w jaki sposób przy pomocy orzecznictwa uratować i zachować jedność Unii. Wreszcie A.J. Sebok<sup>55</sup> pisze, że nie zgadza się zarówno z formalistyczną interpretacją Covera, jak i z instrumentalną interpretacją Nelsona. Jego zdaniem u podstaw różnych orzeczeń sędziego L. Shawa leżała „subtelna forma prawniczego pozytywizmu”, pozwalająca na różnicowanie decyzji w zależności od stanu faktycznego i obowiązujących podstaw prawnych. Wydaje się, że dyskusja na ten temat jest kwestią otwartą w obu wspomnianych aspektach – historycznym i uniwersalnym.

<sup>50</sup> M. Tushnet, *The American Law of Slavery, 1810-1860: Considerations of Humanity and Interest*, Princeton 1981.

<sup>51</sup> P. Karsten, *Heart versus Head: Judge-Made Law in Nineteenth-Century America*, Chapel Hill-London 1997.

<sup>52</sup> Przypomina to po części cytowane wyżej Radbruchowskie oskarżenie pozytywizmu prawniczego.

<sup>53</sup> R. Dworkin, *The Law of Slavecatchers*, *Times Literary Supplement* z 5.12.1975 r., s. 1437.

<sup>54</sup> W.E. Nelson, *The Impact of the Antislavery Movement upon Styles of Judicial Reasoning in Nineteenth Century America*, *Harvard Law Review* 1974, vol. 87, nr 3, s. 513–566.

<sup>55</sup> A.J. Sebok, *Legal Positivism...*, s. 114; szerzej na temat tradycji pozytywistycznych w jurysprudencji amerykańskiej A.J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, Cambridge 1998 (w tym na temat znaczenia orzeczeń Lemueal Shawa, s. 48 i n.).

W nowszej literaturze przedmiotu J.M. Schmitt<sup>56</sup> powraca do tezy Dworkina i podnosi, że istota problemu orzecznictwa w sprawach niewolnictwa nie polegała na konflikcie między sumieniem indywidualnego sędziego a jego wiernością prawu. Biorąc pod uwagę treść i ducha Deklaracji Niepodległości z 1776 r. oraz Konstytucji z 1787 r., należało mimo wszystko powrócić do ich prawnonaturalnych<sup>57</sup> podstaw, ergo – podać w ogóle w wątpliwość legalność instytucji niewolnictwa. Abraham Lincoln, mówiąc o relacji między Deklaracją Niepodległości i Konstytucją, miał podobno przywoływać następujące zdanie z biblijnej Księgi Przysłów (rozdz. 25, 11): „Złote jabłka na sprzętach ze srebra – to słowo mówione w czasie właściwym”. W tej metaforze złote jabłka stanowi idea wolności ucieleśniona w Deklaracji Niepodległości, postanowienia Konstytucji są tylko jej srebrną oprawą. Taka interpretacja tej relacji powoduje, że staje się sprawiedliwość (*fiat iustitia*), a niebo mimo wszystko się nie zawala (*non ruat coelum*).

6. Problem orzecznictwa sądów w sprawach niewolnictwa w Stanach Zjednoczonych jest świetną egzemplifikacją wszystkich aspektów fenomenu określanego we współczesnej literaturze mianem neutralizacji aksjologicznej prawa<sup>58</sup>. Mamy tutaj właściwie wszystko, co jest charakterystyczne dla tego zjawiska: aksjologiczny rozdzwiek między ideami Deklaracji Niepodległości z 1776 r. i konkretnymi postanowieniami Konstytucji z 1787 r.; bezpośrednią manipulację tekstem prawnym przez eufemistyczne unikanie słowa *slavery* w tekście ustawy zasadniczej; rozdwojenie jaźni takich Ojców Założycieli, jak np. Thomas Jefferson, rozdarty jako właściciel niewolników między humanistycznym ideałem a ekonomicznym interesem; diametralnie różne ustawodawstwo w stanach północnych i południowych, mimo że wszystko ma być spięte kłamrą jednolitej aksjologii na poziomie prawa federalnego; dylematy moralne sędziów rozdartych między prawniczym formalizmem i humanistycznym abolicjonizmem; opisany wyżej proces subwersji w zakresie wykładni prawa regulującego problem zbiegłych niewolników. Ten ostatni problem dotyczy sędziowskiego sumienia zarówno w znaczeniu indywidualnym, jak i zbiorowym.

Co więc decyduje w ostatecznej instancji o tym, że sędziowie w obliczu konfliktu sumienia zachowują się tak różnie w sensie indywidualnym i zbiorowym? Legendarny amerykański sędzia O.W. Holmes napisał w 1881 r. na jednej z pierwszych stron swojego dzieła „The Common Law” następujące zdanie: „Życie prawa nie jest logiką; ono jest doświad-

zeniem”<sup>59</sup>. Ta opinia po dziś dzień jest przedmiotem bardzo różnych interpretacji. Dla potrzeb tego opracowania przyjmuję, że Holmes się pomylił – życie prawa jest jednym i drugim: i logiką, i doświadczeniem. Nie zmienia to jednak faktu, że jeśli podstawowy akcent położymy na doświadczeniu (socjologia prawa), a nie na języku (analityczna filozofia prawa), to niezwykle przydatna w zrozumieniu fenomenu obowiązującego prawa i wykorzystywania go przez zawodowych prawników może się okazać tzw. socjologia refleksyjna Pierre’a Bourdieu<sup>60</sup>. Holmesowskie doświadczenie należy bowiem rozumieć bardzo szeroko i w tym sensie jest ono synonimem praktyki jako podstawowej kategorii socjologii refleksyjnej. Nawet więcej, cały dorobek intelektualny Pierre’a Bourdieu jest w gruncie rzeczy próbą zbudowania teorii praktyki w różnych obszarach życia społecznego – ekonomii, kultury, polityki, religii itd.<sup>61</sup>

Gdybyśmy spróbowali przyłożyć do oceny omówionego orzecznictwa sądów amerykańskich w sprawach niewolnictwa metodologię francuskiego socjologa z jej charakterystycznymi kategoriami „poła”, „kapitału”, „habitusów” i „przemocy symbolicznej”, to można by dojść do ciekawych wniosków. Powyżej skupiłem się przede wszystkim na wyrokach jednego sędziego – rozstrzygnięciach znanego ze swych antyniewolniczych poglądów L. Shawa, ponieważ wydają się one najbardziej reprezentatywne z punktu widzenia problemu konfliktu sędziowskiego sumienia. Wprawdzie sędziowie o przekonaniach abolicjonistycznych zdarzali się, chociaż rzadko, także na Południu, ale działali w zupełnie innych warunkach – innymi słowy, mówiąc językiem Bourdieu, na odmiennym „polu”. I odwrotnie, nie brakuje w historii amerykańskiego sądownictwa przykładów sędziów z Północy, którzy nie kryli swojej akceptacji dla niewolnictwa. Z punktu widzenia socjologii refleksyjnej obie te linie podziału mają znaczenie – zarówno Północ-Południe (inne „pole”), jak i abolicjonizm-antyabolicjonizm (inny „kapitał” i inne „habitusy”). Oczywiście, dylematy sędziowskiego sumienia dotyczyły przede wszystkim sędziów o poglądach antyniewolniczych. Nie możemy jednak wykluczyć, że mogły się one pojawić, tyle że *à rebours*, także u sędziów o przekonaniach proniewolniczych, zwłaszcza na Północy. Wreszcie możemy mieć do czynienia także z inną jeszcze sytuacją – zróżnicowaniem orzecznictwa z powodu odmiennych „kapitałów” i „habitusów” w ramach pozornie jednorodnej grupy proniewolniczych sędziów z Południa. We współczesnej literaturze zestawia się ze sobą tytułem przykładu sylwetki dwóch sędziów Sądu Najwyższego Północnej Karoliny – Thoma-

<sup>56</sup> J.M. Schmitt, *The Antislavery Judge Reconsidered*, Law and History Review 2011, vol. 29, nr 3, s. 797–834.

<sup>57</sup> Na konieczność takiej interpretacji zwraca też uwagę J.B. Dyer, *Natural Law and the Antislavery Constitutional Tradition*, New York–Cambridge 2012.

<sup>58</sup> *Neutralization of Values in Law*, red. K. Patecki, Warszawa 2013.

<sup>59</sup> O.W. Holmes, *The Common Law*, Little–Brown–Boston 1881, s. 1.

<sup>60</sup> P. Bourdieu, L.J.D. Wacquant, *Zaproszenie do socjologii refleksyjnej*, Warszawa 2001.

<sup>61</sup> P. Bourdieu, *Zmysł praktyczny*, Kraków 2008; P. Bourdieu, *Rozum praktyczny. O teorii działania*, Kraków 2009.

sa Ruffina i Williama Gastona<sup>62</sup>. Pierwszy z nich był bardzo restrykcyjny w swoim orzecznictwie i uznawał całkowitą i niczym nieograniczoną władzę właściciela nad niewolnikiem, do możliwości pozbawienia go w pewnych okolicznościach życia włącznie – za przykład służy przede wszystkim cytowany już wyżej wyrok w sprawie State przeciwko Mann z 1830 r. Natomiast Gaston był znacznie bardziej liberalny i przyznawał niewolnikom przynajmniej częściową podmiotowość moralną, prawną i społeczną, z prawem do obrony koniecznej przed zbyt brutalnym właścicielem – przykładem może być orzeczenie w sprawie State przeciwko Will z 1834 r. Powstaje oczywiście pytanie, co spowodowało tak różną postawę dwóch sędziów działających w tym samym czasie i w ramach tego samego sądu (a więc, mówiąc językiem Bourdieu, poruszających się po tym samym „polu”) i zajmujących co do zasady to samo stanowisko w sprawie dopuszczalności niewolnictwa (obaj byli właścicielami około 100–200 niewolników). Współcześni amerykańscy autorzy analizujący ten problem wskazują na kilka czynników będących elementami szeroko pojętego „kapitału” i wpływających na odmienne „habitusy” – pochodzenie społeczne, wychowanie, wyznawana religia, system moralny, przebieg kariery politycznej, filozofia sędziowania. Przyłożenie do problemu dylematów sędziowskiego sumienia metodologii Bourdieu nie jest oczywiście panaceum na wszelkie metodologiczne i aksjologiczne bolączki prawoznawstwa, ale pozwala, być może, przynajmniej częściowo zrozumieć genezę i istotę pewnych fenomenów.

7. Wydawać by się mogło, że te historyczne przykłady problemu nieposłuszeństwa sędziowskiego w wymiarze indywidualnym i, według interpretacji Dworkina, także instytucjonalnym zaczerpnięte z innej epoki i z zupełnie innej kultury prawnej nie mają 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*.

Po pierwsze, istnieje oczywiście bardzo istotna różnica między obywatelskim a sędziowskim nieposłuszeństwem. W tym pierwszym przypadku mamy bowiem do czynienia ze świadomym złamaniem prawa w szeroko pojętym interesie publicznym z jednoczesną gotowością do

<sup>62</sup> T.C. Meyer, *Slavery Jurisprudence on the Supreme Court of North Carolina, 1828-1858: William Gaston and Thomas Ruffin*, *Campbell Law Review* 2011, vol. 33, nr 2, s. 313–339; por. także szerzej na temat postaw sędziów z Południa T.S. Heubner, *The Southern Judicial Tradition. State Judges and Sectional Distinctiveness, 1790-1890*, Athens-London 1999.

poniesienia odpowiedzialności z tego tytułu. W 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 rzeczą 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, kryzys konstytucyjny polegający na niekonstytucyjnej ingerencji władzy ustawodawczej i wykonawczej w niezawisłość sądownictwa z naruszeniem zasady trójpodziału władzy po osiągnięciu pewnego poziomu intensywności jest właśnie taką szczególną i ekstremalną sytuacją. Niektórzy uczeni skłonni są w związku z tym postulować nie tylko prawo do oporu, lecz wręcz obowiązek oporu. Dotyczy to w szczególności sytuacji, kiedy nieposłuszeństwo sędziowskie zbiega się z nieposłuszeństwem obywatelskim<sup>63</sup>.

Po trzecie, sądy amerykańskie orzekające w omówionych sprawach, chcąc skorzystać z nieposłuszeństwa sędziowskiego w wymiarze indywidualnym i/lub instytucjonalnym, były skazane wyłącznie na określonej interpretacji przepisów, ponieważ sama konstytucja, chociaż dosyć sofizmatycznie, sankcjonowała niewolnictwo. Sytuacja, z którą mamy obecnie do czynienia w Polsce, jest pod tym względem radykalnie odmienna. To nie ustrojodawca ograniczył niezawisłość sędziowską, to ustawodawca i władza wykonawcza próbują w nią ingerować w sposób niekonstytucyjny. 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.

<sup>63</sup> Tak np. H.P. Graver, *Judges Against Justice...*, s. 289 z powołaniem się na R. Dworkina, a zwłaszcza na następującą opinię E. Blankenbarga, *The purge of lawyers after the breakdown of the East German Communist Regime*, *Law and Social Inquiry* 1995, vol. 20, nr 1, s. 230: „Civil disobedience is not only a right of citizens in defending against infringements of governments; it becomes a commitment for public officials if government is infringing on citizens' basic rights”. Por. także *Civil Disobedience – The Role of Judges – Ninth Circuit Affirms Mandatory Sentence – Unites States v. Hungerford*, *Harvard Law Review* 2007, vol. 102, s. 1988–1995.

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>64</sup>. Jego twórcy odwołują się bardzo chętnie do pewnego artykułu opublikowanego w 1958 r. przez G.E.M. Anscombe<sup>65</sup>. Słynna brytyjska filozofka dokonała tam krytycznej oceny stanu filozofii moralnej uwikłanej w spór między etyką deontyczną oraz etyką konsekwencjalistyczną i wskazała trzecią możliwą drogę – arystotelesowską etykę cnót. Podobną drogą idą twórcy wspomnianego nowego kierunku filozoficznoprawnego – alternatywą dla sporu między formalizmem i 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. 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 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 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 i co ma z nim zrobić w wymiarze indywidualnym i instytucjonalnym.

Co więc stanowi ostateczną podstawę tak pojętego nieposłuszeństwa sędziowskiego? Na krótko przed proklamowaniem Deklaracji Niepodległości z 4.07.1776 r. Thomas Paine opublikował swój słynny pamflet polityczny „Common Sense” (Zdrowy rozsądek). Zadawał sobie tam pytanie – jeśli nie chcemy Króla Anglii, to kto ma być Królem Ameryki? I odpowiadał: „(...) w Ameryce prawo jest Królem. O ile w absolutnych

<sup>64</sup> Z bardzo bogatej już literatury por. szerzej na temat jego założeń np. L.B. Solum, *Virtue Jurisprudence: Towards an Aretaic Theory of Law*, [w:] *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, red. L. Huppes-Cluysenaer, N.M.M.S. Coelho, Springer, 2013, s. 1–31.

<sup>65</sup> G.E.M. Anscombe, *Modern Moral Philosophy*, *Philosophy* 1958, vol. 33, nr 124, s. 1–19.

ustrojach Król jest prawem, o tyle w krajach wolnych prawo powinno być Królem. I nie może być inaczej”. Na gruncie obowiązującej Konstytucji z 1997 r. tym metaforycznym „Królem” nie jest więc ani Sejm i Senat, ani Prezydent i Rada Ministrów, ani Trybunał Konstytucyjny i sądy, jest nim po prostu prawo.

W demokratycznym państwie tak pojętej „funkcji królewskiej” prawa nie można rozmiękczać i rozwadniać bliżej nieokreślonym dobrem narodu, ponieważ jest to zabieg stosowany przede wszystkim w reżimach totalitarnych. Zdanie: „Wszystko, co służy narodowi, jest prawem, wszystko, co mu szkodzi – jest bezprawiem” wypowiedział po raz pierwszy Hans Frank na zjeździe grupy niemieckich prawników w Monachium w 1926 r. Powtórzył je w 1935 r. w „Narodowosocjalistycznym podręczniku prawa i prawodawstwa”<sup>66</sup>.

## Judicial disobedience

The main purpose of this paper is the analysis of the notion „judicial disobedience”. The author describes two aspects (individual and institutional) and compares them with civil disobedience.

The author presents the problem in a paradigmatic manner upon the example of case law of American courts relating to slavery in the period of half of the century preceding the outbreak of the Civil War and, based on this, he constructs a typology assuming four possible opinions of an adjudicating judge based on provisions of law, which are contrary to the judge’s morality. The contemporary American jurisprudence assumes that, in this case, a judge may choose between the following: 1) resort for formalism and apply a given act regardless of its moral or immoral character; 2) reject an immoral act and adjudicate *contra legem* through his/her dictate of conscience; 3) resign from his/her office; 4) resort to subversion meaning adjustment to an act to requirements of his/her conscience, however being aware that he/she acts *contra legem*, albeit latently and obliquely, or adjudicate *secundum legem* or *praeter legem*, but with simultaneous concealing of real motives for the resolution assumed.

Słowa kluczowe: niesposłuszeństwo, sędziowie, niewolnictwo, konstytucja, filozofia prawa

Keywords: *disobedience, judges, slavery, constitution, legal philosophy*

<sup>66</sup> H. Frank, *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, München 1935, s. 4.