



Gustaw Radbruch

USTAWA I PRAWO

Tłumaczenie: Jerzy Zajadło

Źródło: G. Radbruch, *Rechtsphilosophie III* [w] *Gesamtausgabe*,
opr. W. Hassemer, Heidelberg 1990, s. 96–100.



GUSTAW RADBRUCH

Żył w latach 1878–1949. Przedstawiciel tzw. neokantyzmu heidelberskiego. Od 1914 roku profesor nadzwyczajny Uniwersytetu w Królewcu. W latach 1920–1924 poseł do Reichstagu. Trzykrotny minister sprawiedliwości Republiki Weimarskiej. W 1925 roku powrócił do nauki jako profesor Uniwersytetu w Heidelbergu. W 1933 roku jeden z pierwszych zwolnionych profesorów w Niemczech. W latach 1935–1936 wykładowca w Anglii. Od 1945 roku dziekan Wydziału Prawa Uniwersytetu w Heidelbergu i profesor filozofii prawa na tym uniwersytecie. Opublikował m.in. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, *Rechtsphilosophie*.



WPROWADZENIE

Prezentowany poniżej artykuł Gustawa Radbrucha ukazał się pierwotnie w styczniu 1947 r. w Stuttgarter Rundschau. Współcześnie wydano go wraz z objaśnieniami [w:] G. Radbruch, Gesamtausgabe; Rechtsphilosophie III, Heidelberg 1990, oprac. W. Hasssemer, s. 96–100. Niniejsze tłumaczenie opiera się na tym ostatnim wydaniu – przypisy w tekście bazują częściowo na uwagach edytora Winfrieda Hassemmera, a częściowo na własnych uwagach tłumacza. W tłumaczeniu zachowano kursywy i cudzośliwy występujące w oryginale.

Artykuł Gesetz und Recht należy – obok m.in. Fünf Minuten Rechtsphilosophie, Erneuerung des Recht, a zwłaszcza Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht – do serii niewielkich opracowań napisanych przez Radbrucha po zakończeniu wojny. Ich głównym celem była z jednej strony pełna emocjonalnego zaangażowania krytyka perwersji państwa i prawa w okresie narodowego socjalizmu, z drugiej zaś – postawienie szeregu problemów teoretycznych i praktycznych związanych z prawnokarną odpowiedzialnością zbrodniarzy nazistowskich. W artykule Gesetz und Recht Radbruch kontynuuje swoją wcześniej sformułowaną koncepcję ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa oraz oskarżenie pod adresem pozytywizmu prawniczego. Powojenna myśl Radbrucha wywarła wpływ na rozwiązania przyjęte w Ustawie Zasadniczej Niemiec z 1949 r. Widać to zwłaszcza w przepisie art. 20 ust. 3, w którym wyraźnie odróżniono od siebie pojęcia ustawy (Gesetz) i prawa (Recht).

Historyczne trzęsienie ziemi, które obecnie przeżywamy, przewraca gwałtownie nie tylko powierzchniowe warstwy, ujawnia także dotychczas ukryte, niewzruszone pokłady.

„Ustawa i prawo” – wierzyliśmy, że w tym sformułowaniu w dwóch słowach wyrażamy to samo. Każda ustawa była dla nas prawem i każde prawo ustawą; nauka prawa oznaczała tylko wykładnię ustawy, a orzecznictwo – wyłącznie stosowanie ustawy. Nazywaliśmy się pozytywistami i pozytywizm utożsamiający ustawę z prawem jest współwinny udziału niemieckiej nauki prawa w tworzeniu stanu prawnego lat narodowego socjalizmu.

Pozytywizm uczynił nas o tyle bezbronniymi wobec bezprawia, o ile przykładał wagę tylko do formy ustawy. Musieliśmy zrozumieć, że istnieje

bezprawie w formie ustawy – „ustawowe bezprawie”¹ – i że jedynie miarą prawa ponadustawowego możemy określać, czym jest prawo, bez względu na to, czy to prawo ponad wszelkimi ustawami nazwiemy prawem natury, prawem boskim czy prawem rozumu. Także to prawo ponadustawowe może przybrać formę ustawy. Jej cechą charakterystyczną jest, w normalnych warunkach zakazane, wsteczne działanie. W takich przypadkach niemieckie prawo nie jest skutkiem, lecz podstawą ustawy: ustawa określa tutaj tylko to, co już wcześniej było prawem. Taki charakter ma ustawa nr 10 Sojuszniczej Rady Kontroli w sprawie „ukarania osób odpowiedzialnych za zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko pokojowi i zbrodnie przeciwko ludzkości” oraz dwie bliźniacze ustawy niemieckie przyjęte w landach strefy amerykańskiej: „o ukaraniu narodowosocjalistycznych czynów karnych” oraz „o naprawieniu narodowosocjalistycznego bezprawia w zakresie karnego wymiaru sprawiedliwości”². Także tam, gdzie tego typu ustawy nie zostały wyraźnie wydane, obowiązują ich istotne postanowienia jako prawo ponadustawowe. Jeśli wskazujemy na cały szereg przykładów z orzecznictwa świadczących o przebijaniu się prawa ponadustawowego przez skorupę pozytywizmu, to będziemy musieli podawać związane z tym przypadki, w których orzeczenia są oparte na wstecznie działających ustawach.

To podwójne uzasadnienie występuje już w dwóch orzeczeniach dotyczących *konfiskaty majątków żydowskich*. W wyroku Sądu Rejonowego w Wiesbaden stwierdza się: „Ustawy, które wprowadzały przepadek własności Żydów na rzecz państwa, są sprzeczne z prawem natury i były nieważne już w momencie ich wydania”³. W orzeczeniu Wyższego Sądu Krajowego we Freiburgu uznano konfiskatę majątków żydowskich w 1940 r. przez organy państwa za zbrodnie przeciwko ludzkości w rozumieniu ustawy nr 10 Sojuszniczej Rady Kontroli.

Większy sprzeciw niż te orzeczenia wywoła wyrokowanie w *sprawach dezertarów*. Zapewne: po prawnym określeniu wojny napastniczej jako przestępstwa międzynarodowego, dezert, który wycofał się z tej wojny, nie może być dalej uznawany za działającego bezprawnie i podlegającego karze. Jeśli w Saksonii nie ukarano dezertera, który zastrzelił próbującego go zatrzymać strażnika, nie tylko za dezercję, lecz także za zabójstwo, to takie rozstrzygnięcie spotkało się z przeważającym sprzeciwem – jednakże można go bronić wobec takiego zasadniczego ujęcia wojny z punktu

¹ Koncepcję ustawowego bezprawia (*gesetzliches Unrecht*) Radbruch sformułował w swoim najsłynniejszym powojennym artykule *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, „Süddeutsche Juristen-Zeitung” 1946, nr 1, s. 105–108.

² Chodzi tu odpowiednio o ustawę nr 22 i nr 29 z 31 maja 1946 r. – teksty ustaw podaje W. Hassemer, *op.cit.*, s. 288–291.

³ Mowa o wyroku z 13 listopada 1945 r. – tekst wyroku podaje W. Hassemer, *op.cit.*, s. 283 i nast.

widzenia stanu wyższej konieczności (jeśli nie wręcz obrony koniecznej) dezertera. Akceptacji można natomiast oczekiwać w stosunku do orzecznictwa w sprawach *denuncjantów* z okresu nazistowskiego, jak np. zdrajców Gördelera⁴ czy rodzeństwa Scholl⁵. Sąd Krajowy we Freiburgu ukarał doniesienie do gestapo w sprawie wypowiedzi antynazistowskich jako zbrodnię przeciwko ludzkości: „Karalność nie jest wykluczona przez to, że oskarżona złożyła doniesienie w ramach wówczas obowiązującego porządku prawnego. Jej winy nie zmienia postępowanie podówczas formalnie zgodne z ustawą”. W znanej sprawie denuncjacyjnej Puttfarkkena Sąd Przysięgłych w Erfurt-Nordhausen nie musiał uciekać się do prawa ponadustawowego, skazał denuncjanta za pomocnictwo w „mordzie sądowym”. Taki charakter miał wyrok śmierci również wydany przeciwko zadenuncjonowanej osobie przez Wyższy Sąd Krajowy w Kassel, ponieważ czyn będący przedmiotem denuncjacji nie stanowił nawet zdrady stanu według wówczas obowiązującego prawa. „Jeśli Sąd Rzeszy i Wyższe Sądy Krajowe, wówczas i szczególnie w następnych latach, prawie każdą niechętną wypowiedź, zwłaszcza każdą zniewagę w stosunku do ówczesnie rządzących osób, uznawały i karały jako zdradę stanu, to nie zmienia to nic w ocenie wyroku Wyższego Sądu Krajowego w Kassel. Sędziowie Wyższego Sądu Krajowego nie byli związani jakimkolwiek prejudycjum innych sądów, lecz ustawą”.

Jeśli na tle tego wyroku w sprawie denuncjacji powstaje możliwość *pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sędziego* za wydane przez niego wyroki karne, to w Saksonii ta możliwość stała się już rzeczywistością. Saksoński Prokurator Generalny wszczął postępowanie karne w celu pociągnięcia do odpowiedzialności za nieludzkie orzeczenia sędziowskie, nawet jeśli orzeczenia zostały wydane na podstawie narodowosocjalistycznych ustaw. „Żaden sędzia nie może powoływać się na ustawę i wydawać na jej podstawie orzeczeń, jeśli jest ona nie tylko niesłuszna, lecz przestępcza. Powołujemy się na prawa człowieka stojące ponad wszystkimi pisanymi przepisami, na niezbywalne, aksjomatyczne prawo, które odmawia mocy obowiązującej przestępczym rozkazom nieludzkich tyranów”. Wyrok śmierci wydany na podstawie takiej ustawy byłby morderstwem i jego wydanie powinno być karane karą śmierci – jednakże tylko wówczas, gdy, do czego się przyłączamy, byłibyśmy w stanie udowodnić winę sędziemu. Każde ukaranie z powodu wydanego wyroku sędziowskiego zakłada bowiem, że wyrok ten był jednocześnie naginaniem prawa. Naginanie prawa wymaga jednak swia-

⁴ Carl Gördelner (1884–1945), jeden z przywódców antyhitlerowskiego ruchu oporu, był w latach 1930–1937 nadburmistrzem Lipska; po nieudanym zamachu na Hitlera został skazany i stracony.

⁵ Rodzeństwo Sophie i Hans Scholl zostało skazane i stracone w 1943 r. za udział w tzw. grupie Białej Róży.

domości bezprawności. Pozytywistycznie wychowani sędziowie, aby móc stosować ustawę, musieli przyjmować, że wiąże ona bezwarunkowo, nawet jeśli ma niegodziwą treść, a więc mogli urzeczywistniać ustawowe bezprawie bez świadomości bezprawia. Panujący przez dziesięciolecia niekwestionowany pozytywizm nie mógł być nagle odrzucony ze szkoda dla sędziów, którzy pozwalali się kierować temu panującemu w nauce stanowisku.

Jednoznaczne będzie natomiast poparcie dla powszechnego poczucia prawnego wyrażonego w orzecznictwie w sprawach instytucjonalnych mordów, zwanych upiększająco eutanazją. We frankfurckim procesie Eichberga miał miejsce wspaniały pojedynek słowny pomiędzy obrońcą, który wypowiedział się z pozycji bezpieczeństwa prawnego przeciwko przyjęciu ustawowego bezprawia oraz oskarżycielem, który zakończył słowami, iż sąd musi rozstrzygnąć, czy za ważniejszy uznaje kawałek papieru z rozkazem dyktatora, czy gromkie słowo wieczności: „Nie zabijaj!”. Sąd uznał, że owa tajna ustawa Hitlera o zinstytucjonalizowanych morderstwach była wprawdzie formalnie ustawą, treściowo jednak – bezprawiem; na tej podstawie skazał oskarżonych lekarzy.

Najsilniej poruszyło opinię publiczną uwolnienie we Freiburgu mordercy Erzbergera⁶, Tillessena⁷ na podstawie uznania obowiązywania narodowosocjalistycznej ustawy amnestyjnej z 1933 r. Przy pomocy tej ustawy Hitler spełnił swoją obietnicę uwolnienia morderców z Potempy⁸, czując się wobec nich związany nieograniczoną wiernością i uznając wówczas ich wolność za kwestię „naszego honoru”. Całej opinii publicznej wydawało się rzeczą nie pojętą, że freiburski sędzia nie uznał tej ustawy amnestyjnej za ustawowe bezprawie, zwłaszcza że takie stanowisko mógł oprzeć na podstawowych ideach ustawy nr 1 Sojuszniczej Rady Kontroli (art. 2) i obowiązującej w strefie amerykańskiej ustawy o ukaraniu narodowosocjalistycznych czynów karnych. Odrzucenie freiburskiego wyroku byłoby jeszcze bardziej bezwzględne, gdyby to nie władza okupacyjna wyciągnęła z tego błędnego orzeczenia konsekwencje, które są nie do pogodzenia z naszym ujęciem niezawisłości sądów. Nauka o ponadustawowym prawie występująca w orzecznictwie zdaje się odpowiadać powszechnym

⁶ Mowa o centrowym polityku Matthiasie Erzbergerze, zamordowanym w 1921 r. przez dwóch ówczesnych oficerów i członków *Freikorps*.

⁷ Heinrich Tillessen, jeden z morderców Erzbergera, w 1933 r. amnestionowany, w 1947 r. skazany na 15 lat ciężkiego więzienia, w 1952 r. ułaskawiony.

⁸ Tzw. sprawa Potempy dotyczyła głośnego w 1932 r. procesu. Jeden z sądów na Górnym Śląsku skazał na karę śmierci pięciu SA-manów za brutalne zamordowanie komunistycznego działacza w nocy z 9 na 10 sierpnia 1932 r. w miejscowości Potempa. Pod naciskiem nazistów kanclerz Franz von Pappen zmienił aktem łaski karę śmierci na karę dożywotniego więzienia, a po przejściu władzy przez Hitlera, sprawcy zostali amnestionowani.

wymogom czasu, chociaż nie jest niczym nowym. Formułowano ją przez tysiąclecia, od antyku, przez chrześcijańskie średniowiecze, aż po wiek oświecenia i kontynuuje się do dzisiaj w katolicko-tomistycznej filozofii prawa. Cóż oznacza niecały wiek pozytywizmu wobec tysiącleci! Można go [tj. pozytywizm – przyp. tłum.] wyprowadzać od Feuerbacha i Savigny’ego, którzy, każdy w innym duchu, rozwijali koncepcję bezwarunkowego obowiązywania prawa stanowionego: ten pierwszy w oparciu o krytyczną filozofię, ten drugi z punktu widzenia romantyzmu. Musiały jednak uschnąć i opaść filozoficzne i historyczne pędy i kwiaty, by został tylko suchy pień pozytywizmu.

Pozytywizm miał jednak swoje dobre strony i nie można pomijać go milczeniem. W zasadzie musi zachować aktualność pozytywistyczna teza, że ustawa powinna być uznawana za obowiązujące prawo bez względu na swoją treść. Państwo prawa i bezpieczeństwo prawne wymagają zasadniczego związania ustawą. Tylko w pojedynczych, wyjątkowych przypadkach można od niego odstąpić, tylko w przypadkach, które przeżyliśmy w okresie nazizmu i których, miejmy nadzieję, więcej nie będziemy przeżywać. Pewien narodowosocjalistyczny prawnik, w jakimś jasnowidzącym momencie, ostro zarysował granicę zastosowania idei prawa ponadustawowego: „Sędzia jest wprawdzie w zasadzie związany ustawą, ale jego rola i godność nie pozwalają, by musiał stosować ustawy, które są oczywiście i rażąco sprzeczne z ideą prawa, normą, która wprost obraża żyjące w narodzie poczucie prawa i bezprawia, narodową moralność”. W każdym razie, wydaje się nam ustawowym bezprawiem, gdy władza nie zmierza do stosowania idei prawa, sprawiedliwości i humanizmu; gdy – jak w przypadku ustaw norymberskich – świadomie odstępuje od idei równości wobec prawa, idei równych praw człowieka dla wszystkich noszących ludzkie oblicze; gdy wydaje rozkazy, a nie normy prawne – pojęcia prawa nie można bowiem określić inaczej, jak próbą urzeczywistnienia idei prawa.

Niebezpieczeństw uznania prawa ponadustawowego nie da się uniknąć także przy takim rozgraniczeniu. Wątpliwości nie pozwalają jednak na obojętność wobec problemu, na pozostawienie bez rozwiązania antynomii pomiędzy sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym, która jest wpisana w każde prawo i którą wyrażają dwa pozornie ze sobą sprzeczne zdania z Ewangelii – w słowach św. Pawła: „Każdy jest podległy zwierzchności, którą władza ma nad nim, jednakże nie ma zwierzchności niepochochącej od Boga” oraz w słowach św. Piotra: „Jesteśmy winni posłuszeństwo bardziej Bogu niż człowiekowi”⁹.

⁹ Te ewangeliczne cytaty podaję we własnym tłumaczeniu, ponieważ Radbruch – jak wskazuje W. Hassemer, cytowany edytor tomu 3 *Dzieł wszystkich* autora – niedokładnie podaje ich treść i źródło.