

II. ARTYKUŁY RECENZYJNE

DANIEL BOGACZ

FORMUŁA I FILOZOFIA PRAWA GUSTAVA RADBRUCHA

W związku z książką: Jerzy Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Wydawnictwo Arche, Gdańsk 2001, ss. 329

W informacji wydawniczej, zamieszczonej na obwolucie książki, czytamy, że jej autor, Jerzy Zajadło, „...analizuje tzw. formułę Radbrucha, jedną z najbardziej znaczących konstrukcji filozoficzno-prawnych XX w.” Gustav Radbruch (1878 - 1949), słynny niemiecki prawnik i filozof, był też badaczem kultury i sztuki, socjaldemokratycznym politykiem i (dwukrotnie) ministrem sprawiedliwości w rządach Republiki Weimarskiej. W roku 1933, pozbawiony przez nazistów stanowiska profesorskiego, odsunięty został od życia publicznego. Nie opuścił Niemiec, choć dwanaście lat reżimu narodowo-socjalistycznego spędził w stanie „wewnętrznej emigracji”. Dopuszczony ponownie do głosu po upadku Trzeciej Rzeszy, opublikował w 1946 r. artykuł, z którego dwa zdania przeszły do historii jako tzw. formuła Radbrucha. Stała się ona podstawą zarówno części orzecznictwa rozliczającego nazistowską i komunistyczną przeszłość Niemców, jak i szerokiej debaty w gronie filozofów i teoretyków prawa.

W pierwszym rozdziale omawianej książki poznajemy barwną sylwetkę i zmienne losy Gustawa Radbrucha. Miały one zapewne wpływ na jego intelektualną twórczość. Czy jednak odbiły się w sposób tak szczególny na jego filozofii prawa, jak nam to sugeruje Jerzy Zajadło¹? Radbruch był – jak głosi tytuł pierwszego rozdziału – prawnikiem czasu przełomu. Lecz, czy gwałtowne zmiany, które dokonywały się w jego otoczeniu, doprowadziły do przemiany wewnętrznej albo wręcz do przełomu w jego filozoficznym myśleniu? W tej i w innych kwestiach Jerzy Zajadło odwołuje się często do licznych interpretatorów Radbrucha. Sam unika jednoznacznych ocen, jakby antynomiczność, czy też pewien relatywizm zawarty w myślach filozofa, miały obowiązywać również w poświęconych mu rozprawach. Jeśli więc w niektórych fragmentach swej monografii Jerzy Zajadło potwierdza otwartość omawianego systemu filozoficzno-prawnego i niemożność jego prostej klasyfikacji w ramach pozytywizmu bądź jurnaturalizmu², to z drugiej strony – i ona w gruncie rzeczy przeważa – przychyliła się do popular-

¹ J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001 (praca dalej cytowana jako: FR), s. 41 i in.

² FR, s. 10 - 11, 172 - 173, 177 i in.

nej tezy o przemianie w filozoficzno-prawnych poglądach Radbrucha. Jej przyczyną miało być doświadczenie czasów narodowego socjalizmu, a polegać miała na przejściu, czy też „przesunięciu akcentów” z pozycji pozytywistycznych na prawno-naturalne³. Stawiane przez Jerzego Zajadłę pytanie o ewolucyjny bądź rewolucyjny charakter tej przemiany⁴ jest już wtórne, potwierdza tylko przychylność dla tezy o nawróconym na jusnaturalizm pozytywiście. Teza ta, choć ukryta w gąszczu rozmaitych – własnych i obcych – komentarzy, przebija się już we wprowadzającym szkicu biograficznym i pozostaje motywem wiodącym całej pracy. Argumenty, które ją popierają, budzą jednak wątpliwości.

Jak wynika z analizy Jerzego Zajadłę, interpretacje filozofii prawa i formuły Radbrucha obejmują szerokie spektrum między skrajnie przeciwnymi stanowiskami. Jeśli tak różne wnioski wyciągane są z twórczości Radbrucha, a uwaga poświęcana temu filozofowi jest tak duża, to nie pozostaje nam nic innego, jak zapoznać się z podstawowymi źródłami, wokół których prowadzona jest debata. Przy całej antynomiczności, otwartości i sytuacyjnej giętkości konstrukcji myślowych, zawartych w tych źródłach, wynika z nich, że Gustav Radbruch jest autorem jednego, na przestrzeni wielu lat w miarę stabilnego, systemu filozofii prawa. Podstawowe tezy swojej filozofii opublikował już w latach 1910 i 1914, a więc przed narodzinami Republiki Weimarskiej. Poprawiona, ale zasadniczo niezmienniona (przynajmniej w części ściśle filozoficzno-prawnej, obejmującej §§ 1 - 10) wersja jego filozofii prawa ukazała się w roku 1932, krótko przed dojściem Hitlera do władzy. Niedokończone posłowie do tego wydania dopisał Radbruch po klęsce Trzeciej Rzeszy, w roku 1947. W posłowie tym nie znajdziemy zasadniczych korekt wcześniej stworzonego systemu. Wręcz przeciwnie, dokonana tu analiza niektórych przykładów nazistowskiego „bezprawia” potwierdza jakby aktualność wcześniejszych założeń. Nie były one ani prawno-pozytywistyczne ani prawno-naturalne. Wywodziły się z intelektualnej tradycji, powstałej wokół krytycznej – zarówno wobec wyizolowanej metafizycznej spekulacji, jak i wobec nauki opartej tylko na doświadczeniu – filozofii Immanuela Kanta, filozofii, która zarazem – poszukując „warunków prawdziwego poznania”⁵ – stara się przezwyciężyć sprzeczność pomiędzy aprioryzmem i empiryzmem, wpleść metafizykę w tryby nauki⁶.

Związany z tzw. neokantyzmem Radbruch nie był ani pozytywistą, ani jusnaturalistą. Dystansując się od każdego z tych nurtów myśli prawniczej, starał się raczej stworzyć ramy systemowe, w których możliwe byłoby uzgodnienie (co nie znaczy wyeliminowanie) sprzecznych stanowisk. Kantowskie rozdzielenie bytu od powinności, które dalekie było od pozytywizmu (to, że coś jest nie znaczy, że jest słuszne⁷), choć może się kojarzyć z pozytywistyczną tezą o rozdziale prawa i moralności, przezwycięża Radbruch, określając i analizując prawo jako zjawisko kultury. Prawo jest więc

³ FR, s. 60, 161, 171, 184 i in.

⁴ FR, s. 275 - 283 i in.

⁵ S. K. Strömholm, *Geschichte der abendländischen Rechtsphilosophie*, Göttingen 1991, s. 245.

⁶ S. Filipowicz, *Historia myśli polityczno-prawnej*, Gdańsk 2001, s. 234 - 235.

⁷ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Leipzig 1932 (praca dalej cytowana jako: RPh.), s. 8.

tworem ludzkim, zorientowanym – jak każde dzieło (*Werk*) kultury – na określoną wartość. Ponieważ prawo nie jest jednak ani dziełem sztuki ani dziełem naukowym, wartość ta nie jest ani estetyczna ani logiczna. Najbardziej zbliżona jest do wartości etycznej⁸. Wartość tą, na którą prawo jest zorientowane, wyraża idea, której prawo ma służyć. Nie może to być żadna inna idea, jak tylko sprawiedliwość (*Gerechtigkeit*)⁹.

Choć idea ta jest niezbędna dla skonstruowania pojęcia prawa, nie jest jednak niezmienna. Tworzą ją bowiem trzy elementy, które się wzajemnie warunkują, uzupełniają i się sobie wzajemnie przeciwstawiają. Wzięta od Arystotelesa formalna *Gerechtigkeit* (sprawiedliwość w węższym znaczeniu), której rdzeniem jest zasada równości¹⁰, wypełniona zostaje treścią przez *Zweckmäßigkeit* (termin trudny do przetłumaczenia, gdyż nie jest identyczny z *Zielmäßigkeit*, czyli celowością w dosłownym znaczeniu) i zabezpieczona przez *Rechtssicherheit* (pewność, stałość prawa, bezpieczeństwo prawne). Istnieją wprawdzie regulacje prawne, których treść określona jest tylko przez samą formalną *Gerechtigkeit* (np. zdania mówiące o równości wobec prawa) lub przez samą *Rechtssicherheit* (np. tzw. normy kierunkowe, jak zasady ruchu drogowego)¹¹. W swej głównej masie treść prawa wypełniona jest jednak przez (w przeciwieństwie do generalizującej formalnej *Gerechtigkeit* i *Rechtssicherheit*) indywidualizującą *Zweckmäßigkeit*¹². Owa indywidualizująca a nie generalizująca *Zweckmäßigkeit* nie daje się uchwycić w jednoznaczną abstrakcyjną kategorię. *Zweck* prawa (a nie *Ziel*), mogący znaczyć w języku polskim zarówno „cel”, jak i „zamiar”, „intencję”, „powód”, „sens”, w każdym razie znaczący więcej, niż konkretny „cel”, określany jest bowiem przez zmieniające się poglądy partyjne, światopoglądy. Zgodnie z nimi dane prawo oceniane jest pod względem swej słuszności (*Richtigkeit*)¹³. Różnice w poglądach nie mogą jednak prowadzić do anarchii, do stanu pozbawionego prawa, do niebezpieczeństwa prawnego. Stąd tam, gdzie nie ma zgody co do tego, co jest słuszne czy sprawiedliwe, powinna być zagwarantowana przynajmniej *Rechtssicherheit* (pewność, stałość prawa, bezpieczeństwo prawne)¹⁴.

Rechtssicherheit jest wartością, ale nie wartością nadrzędną. Przez Radbrucha ujmowana jest jako jedna z trzech równych sobie wartości, składających się na ideę, której prawo ma służyć, ideę sprawiedliwości w szerszym znaczeniu. Wzajemny stosunek tych trzech elementów jest antynomiczny. W przypadkach konfliktu między nimi nie istnieje jednak żadne obiektywne kryterium wyboru. Wtedy rozstrzygająca jest tylko decyzja pojedynczego sumienia¹⁵. Radbruch

⁸ RPh., s. 50 - 51.

⁹ RPh., s. 30.

¹⁰ RPh., s. 30 - 31. „Sprawiedliwość jest równością, równość prawa żąda ogólności [generalności, powszechności obowiązywania - D.B.] przepisu prawnego” (*Gerechtigkeit ist Gleichheit, Gleichheit des Rechts fordert Allgemeinheit des Rechtssatzes*). Ibidem, s. 72.

¹¹ O tych przypadkach Radbruch wspomina już w *Rechtsphilosophie* z 1932 r., a nie dopiero w *Vorschule der Rechtsphilosophie* z roku 1947, jak podaje Jerzy Zajadło. Por. RPh., s. 74 i FR, s. 150.

¹² RPh., s. 72, 73.

¹³ RPh., s. 73.

¹⁴ RPh., s. 70.

¹⁵ *Die drei Seiten der Rechtsidee sind gleichwertig und in Fällen eines Widerstreits gibt es zwischen ihnen keine Entscheidung als die des Einzelgewissens*, RPh., s. 83

dopuszcza wprowadzić możliwość obowiązywania prawa niesprawiedliwego i niesłusznego. Możliwość ta pojawia się jednak tylko w określonych warunkach: gdy uzgodnienie tego, co słuszne i sprawiedliwe, wydaje się niemożliwe, a pozostawanie bez prawa zagrażałoby pokojowi¹⁶. Dopuszczalne przypadki obowiązywania prawa niesłusznego i niesprawiedliwego (tzn. prawa, którego stopień niesłuszności i niesprawiedliwości nie daje się wyraźnie określić, ale co do którego nie ma też zgody, że jest słuszne i sprawiedliwe) nie oznaczają jednak zdaniem Radbrucha koniecznego pierwszeństwa *Rechtssicherheit* przed *Zweckmäßigkeit* i *Gerechtigkeit*¹⁷. Innego zdania jest Jerzy Zajadło, który konsekwentnie podtrzymuje tezę o pierwszeństwie zasady bezpieczeństwa prawnego (*Rechtssicherheit*) w przedwojennych pracach Radbrucha¹⁸. Inaczej nie dałoby się uzasadnić przedwojennego wizerunku Radbrucha-pozytywisty. Rzecz w tym, że uzasadnienia tego nie da się wyprowadzić z *Rechtsphilosophie*.

Dwa fragmenty tego dzieła mają zdaniem Jerzego Zajadły szczególnie potwierdzać pozytywistyczną orientację Radbrucha. Chodzi o wypowiedź, że „bliższym” niż sprawiedliwość „zadaniem prawa” jest bezpieczeństwo prawne, pokój, porządek¹⁹ zwłaszcza zaś o postulat bezwzględnego związania sędziego literą prawa²⁰. Tak, jak „sprawiedliwość” (*Gerechtigkeit*) nie oznacza „słuszności” (*Richtigkeit*), tak „zadanie prawa” (*Aufgabe des Rechts*) nie oznacza „celu prawa” (*Ziel des Rechts*), którym nieustannie i niezmiennie jest służenie idei sprawiedliwości, w skład której wchodzi trzy równorzędne wartości: formalna *Gerechtigkeit*, *Zweckmäßigkeit* i *Rechtssicherheit* (tu w kolejności podawanej przez Radbrucha a odwracanej przez Zajadłę²¹). Ze swej definicji porządek prawny nie może być stanem niepewności, niebezpieczeństwa prawnego. Czy opowiedzenie się za porządkiem, bezpieczeństwem, pokojem prawnym w opozycji do chaosu, niepewności, wojny jest dowodem na pozytywizm prawniczy? Jeśli tak, to pozytywistami prawniczymi byli również klasycy nauki prawa natury i umowy społecznej z Lockiem na czele. Wszak to bezpieczeństwo prawne było tym dobrem, dla którego ludzie mieli zrezygnować z trwania w stanie natury. Problem – antynomicznego przecież – uwarunkowania, zachodzącego między bezpieczeństwem i wolnością przewija się w całej nowożytnej myśli politycznej i prawnej. Sam postulat bezpieczeństwa prawnego nie oznacza jeszcze postawy prawno-pozytywistycznej, choć przy lekceważeniu pozostałych elementów idei prawa, może do takiej postawy prowadzić. Radbruch sam wyraźnie dystansuje się od wszystkich jednostronnych ujęć trójelementowej idei sprawiedliwości, której prawo ma służyć. Do takich zalicza zarówno skoncentrowaną tylko na formalnej *Gerechtigkeit* klasyczną naukę prawa natury,

¹⁶ Wenn nicht festgestellt werden kann, was gerecht ist, so muß festgesetzt werden, was rechtens sein soll, RPh., s. 71; Vermag niemand festzustellen, was gerecht ist, so muß jemand festsetzen, was rechtens sein soll. (nicht: was richtig ist), RPh., s. 81.

¹⁷ Nicht dargetan ist der unbedingte Vorrang der durch jedes positive Recht erfüllten Forderung der Rechtssicherheit vor den von ihm vielleicht unerfüllt gelassenen Forderungen der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit, RPh., s. 83

¹⁸ FR, s. 60, 161, 171 i in.

¹⁹ RPh., s. 82.

²⁰ RPh., s. 83 - 84.

²¹ FR, s. 33, 57, 66, 91.

jak i nie widzący nic poza *Rechtssicherheit* pozytywizm prawniczy, jak wreszcie akcentujący tylko *Zweckmäßigkeit* model państwa policyjnego²².

Tak więc przy oczywistości stwierdzenia, że pierwszym „zadaniem” prawa jest zapewnienie bezpieczeństwa prawnego, nie traci ważności, a wręcz pozostaje nadal główną tezą Radbrucha, że celem prawa jest, służyć szeroko pojętej idei sprawiedliwości. Zorientowanie na tę ideę jest elementem konstytutywnym prawa w ogóle. Prawem jest tylko taka rzeczywistość, której sensem jest słuzenie idei sprawiedliwości²³. Wydaje się więc, że również drugi – podnoszony przez Jerzego Zajadłę – argument na rzecz pozytywizmu Radbrucha, oparty na jego tezie o bezwzględny związek sędziego literą prawa²⁴, jest dyskusyjny. Sędzia nie musi odwoływać się do własnego poczucia sprawiedliwości, gdyż to prawo ma służyć idei sprawiedliwości, a sędzia ma je stosować, nie stanowić. Gdy jednak sens przepisów wyraźnie przeczy tej idei, nie są one prawem. Sędzia związany jest natomiast tylko prawem a nie czymś, czego prawem nie można nazwać. Zdanie, że sędzia ma być związany prawem nie znaczy, że ma być związany ustawą. Radbruch nie twierdzi w własnym imieniu, że prawem jest ustawa, obojętnie jakiej treści. Wyraźnie dystansuje się od podobnych twierdzeń pozytywistów ustawowych również wtedy, gdy je cytuje dla zobrazowania postawy niemieckich prawników. Pozytywność prawa jest wprawdzie zazwyczaj warunkiem bezpieczeństwa prawnego (i w ten sposób paradoksalnie staje się elementem samej sprawiedliwości w szerokim znaczeniu). Nie zawsze jednak jest to warunek konieczny²⁵. Indywidualne przykłady przedawnienia, zasiedzenia, czy generalne (zwykle rewolucyjne) zmiany podstawowych zasad jakiegoś systemu prawnego mogą służyć pewności, stabilności prawa, bezpieczeństwu prawnemu w opozycji do porządku pozytywnego²⁶.

Radbruch jest w swojej *Rechtsphilosophie* przede wszystkim filozofem. Stąd rozważa, jakie prawo być powinno, a nie jakie prawo jest. Już na tym poziomie niemożliwe jest określenie go jako pozytywisty. Filozofia jego zdaniem (również filozofia prawa) nie powinna wybierać, lecz stawiać przed wyborem, nie powinna decydować, lecz dawać innym możliwość decydowania, nie powinna zamykać świata w żadnym niesprzecznym systemie rozumowym²⁷. Nie oznacza to jednak, że filozofia prawa ma być relatywistyczna, a więc obojętna wobec wartości. Byłoby to sprzeczne z samą istotą filozofii. Wydaje się, że Jerzy Zajadło świadomy jest antynomiczności filozoficznego myślenia Radbrucha, myślenia otwartego, choć niezwykle precyzyjnego i (z czym już nie zgodziłby się Zajadło²⁸) przejrzystego. Autor *Formuły Radbrucha* sam wielokrotnie podkreśla ową antynomiczność²⁹ i związaną z nią wolność niemieckiego filozofa od np. jednoznacznych,

²² RPh., s. 74 - 75.

²³ RPh., s. 29 - 30.

²⁴ FR, s. 20 - 21, 184.

²⁵ Por. FR, s. 158 - 160.

²⁶ RPh., s. 73.

²⁷ RPh., s. 75.

²⁸ FR, s. 169.

²⁹ FR, s. 23, 75 i in.

wąsko określonych pozycji teoriopoznawczych czy światopoglądowych. A jednak ulega on presji licznych komentatorów Radbrucha i w gruncie rzeczy powtarza utartą opinię o nawróconym na jusnaturalizm pozytywście. Wynika to być może z faktu, że – zgodnie z tytułem omawianej monografii – akcent położony został na formułę i jej późniejszą recepcję, a nie na system filozofii prawa, z którego ta formuła wynika.

Formuła Radbrucha jest tematem wiodącym i rzeczywiscie – ujmowana w różnych kontekstach – przewija się przez cały tekst książki Jerzego Zajadły. Interesujące i chyba pionierskie w polskiej literaturze są części poświęcone jej recepcji w niemieckim orzecznictwie i w świecie nauki. Podtytuł: *Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury* odnosi się więc być może bardziej do twórczości powojennych komentatorów Radbrucha, niż do jego własnego systemu. Rzeczywiście kontekst powojennych interpretacji jest w pracy Zajadły bardziej wyraźny niż kontekst filozoficzno-prawnych źródeł. Rozdział czwarty omawianej monografii poświęcony jest wprawdzie głównym elementom filozofii prawa, stworzonej przez Radbrucha przed rokiem 1933. Jerzy Zajadło wybrał z niej jednak i omówił (znowu opierając się po części na komentarzach innych autorów) fragmenty nie oddające w pełni istoty trójelementowej konstrukcji idei sprawiedliwości, której prawo ma służyć, jeśli ma być prawem. Omawiając ideę prawa, autor skoncentrował swą uwagę z jednej strony na wyjaśnieniu dwuznaczności używanego przez Radbrucha pojęcia *Gerechtigkeit* (sprawiedliwość jako ogólna idea prawa i sprawiedliwość formalna jako jeden z trzech elementów idei prawa)³⁰, z drugiej na *Rechtssicherheit*³¹, której rzekome szczególne znaczenie uzasadniać miało pozytywistyczne stanowisko Radbrucha. Trzeciemu elementowi idei prawa, wartości wyrażonej w *Zweckmäßigkeit*, poświęca Jerzy Zajadło kilka zdań wprowadzających, by przejść do związanego z nim zagadnienia relatywizmu³². Dziwi to tym bardziej, że wcześniej przychylił się autor do zdania Artura Kaufmanna, że to właśnie *Zweckmäßigkeit* stanowi „jądro Radbruchowskiej filozofii prawa”³³. Zrozumienie tego elementu idei sprawiedliwości, któremu Radbruch poświęca najwięcej uwagi w swojej *Rechtsphilosophie*, wydaje się być kluczem do zrozumienia jego, wyrażonej po wojnie, formuły. W paragrafie dziewiątym swego dzieła z 1932 r. stwierdza bowiem Radbruch, że „na podstawie *Gerechtigkeit* [sprawiedliwości w węższym znaczeniu – D.B.] można by zmierzyć (*ermessen*), czy dane zarządzenie (*Anordnung*) nosi w ogóle formę prawa, czy podchodzi ono w ogóle pod pojęcie prawa. Według kryterium *Zweckmäßigkeit* można by zdecydować, czy to zarządzenie jest słuszne (*richtig*) ze względu na swoją treść. W końcu według miary przyznanej *Rechtssicherheit* można by ocenić, czy zarządzeniu temu można przyznać cechę obowiązywania”³⁴. Według kryterium indywidualizującej, relatywnej, bo zależnej od światopoglądu ustawodawcy, *Zweckmäßigkeit*

³⁰ FR, s. 149 - 150.

³¹ FR, s. 158 - 161.

³² FR, s. 151 - 158.

³³ FR, s. 148.

³⁴ RPh., s. 73.

prawo oceniane jest więc jako słuszne (*richtiges Recht*) bądź jako niesłuszne (*unrichtiges Recht*).

W swojej formule z roku 1946 zawarł Radbruch dwa twierdzenia. Zgodnie z pierwszym z nich, prawo pozytywne w stopniu nie do zniesienia sprzeczne ze sprawiedliwością musi ustąpić jej jako prawo niesłuszne („*unrichtiges Recht*”³⁵), a nie jako „prawo niesprawiedliwe”³⁶. Według drugiego twierdzenia tam, gdzie do sprawiedliwości nawet się nie dąży (*wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird*) ustawa nie jest tylko „niesłusznym prawem” (*unrichtiges Recht*), o wiele bardziej pozbawiona jest ona w ogóle natury prawa (*vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur*)³⁷. Obydwa zdania są konsekwentnym spointowaniem myśli skryształizowanych w systemie filozofii prawa, stworzonym przez Radbrucha przed dojściem Hitlera do władzy. Jerzy Zajadło przeciwny jest jednak tej tezie. Powołuje się przy tym na polskie tłumaczenie formuły Radbrucha, w którym „niesłuszne prawo” („*unrichtiges Recht*”) zamienione zostało na „niesprawiedliwe prawo”, co w języku niemieckim musiałoby zostać zapisane jako *ungerechtes Recht*. Radbruch tego nie uczynił. Sam wszak wyjaśnił wcześniej różnicę między słusnością i sprawiedliwością, która opiera się na rozróżnieniu, omówionych wyżej, pojęć: *Zweckmäßigkeit* i *Gerechtigkeit*. Jak widać, wskazana tu nieścisłość w polskim tłumaczeniu formuły Radbrucha, choć może wydawać się drobna, zmienia sens całej konstrukcji, zamazuje istotną różnicę znaczeniową między jej częściami składowymi i w konsekwencji budzi wątpliwości co do zrozumienia jej filozoficzno-prawnych źródeł.

Podobny problem pojawia się w związku z przywołanym przez Jerzego Zajadłę polskim tłumaczeniem, opublikowanych przez Radbrucha w 1945 r., *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*. Zdaniem autora omawianej tu monografii „sformułowania użyte w *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* chyba nawet bardziej nadają się do roli podstawowego źródła Radbruchowskich tez i tylko sławie artykułu o ustawowym bezprawiu [gdzie wydrukowana została formuła Radbrucha – D.B.] można przypisać fakt, iż w praktyce to do niego sięga się w literaturze najczęściej”³⁸. Szkoda więc, że Jerzy Zajadło posłużył się tłumaczeniem fragmentów tak ważnego, choć bardzo krótkiego tekstu, tłumaczeniem znowu nieściśłym i zmieniającym sens oryginału. Prowadzi to autora ponownie do zacierania różnicy między prawem niesłusznym i niesprawiedliwym. Jeśli Radbruch pisze, że „mogą istnieć ustawy w takim stopniu niesprawiedliwe i dla ogółu szkodliwe [czyli niecelowe a więc niesłuszne – D.B.], że trzeba im odmówić obowiązywania, a nawet charakteru prawa”³⁹, to mieści się to w ramach wspomnianego wyżej rozróżnienia prawa niesłusznego i niesprawiedliwego. Polskie tłumaczenie tego samego zdania, przywołane przez Jerzego Zajadłę mówi tylko o usta-

³⁵ G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, w: Tenże, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, Heidelberg 1999, s. 216.

³⁶ FR, s. 110, 111.

³⁷ G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht...*, s. 216.

³⁸ FR, s. 120.

³⁹ *Es kann Gesetze mit einem solchen Maß von Ungerechtigkeit und Gemeenschädlichkeit geben, daß ihnen die Geltung, ja der Rechtscharakter abgesprochen werden muß.* G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, w: Tenże, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, Heidelberg 1999, s. 210.

wach „...o takim stopniu niesprawiedliwości i szkodliwości, że należy odmówić im charakteru prawa”⁴⁰. A więc różnica między prawem niesłusznym i niesprawiedliwym nie istnieje dla autora *Formuły Radbrucha*.

Jerzy Zajadło nie zauważa też tak ważnego wątku, zawartego w *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, jakim było nawiązanie do praw człowieka. W trzecim fragmencie tego źródła Radbruch stwierdza, że „jeśli ustawy świadomie zaprzeczają woli do sprawiedliwości, np. samowolnie przyznają i odbierają ludziom prawa człowieka, to nie obowiązują...”⁴¹. Użyty tu zwrot „prawa człowieka” (*Menschenrechte*) w cytowanym przez Zajadłę polskim tłumaczeniu zamieniony został na „ich prawa”⁴². Pomija też autor cały piąty fragment *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, w którym Radbruch wyraźnie powołuje się na deklaracje praw człowieka i obywatela, kodyfikujące podstawowe zasady, z którymi prawo nie powinno być sprzeczne⁴³. Jak widać, nieistniejąca wtedy jeszcze – w swej postaci z roku 1946 – formuła Radbrucha powiązana została z ochroną podstawowych praw człowieka już w *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, a nie dopiero w *Vorschule der Rechtsphilosophie* z 1947 r., jak twierdzi Jerzy Zajadło⁴⁴. Czytając *Rechtsphilosophie*, wydaje się, że powiązanie to sięga jeszcze głębiej w system filozofii prawa, stworzony przez Radbrucha przed erą narodowo-socjalistycznego wodzostwa. Wszak równość, która wg Radbrucha jest rdzeniem sprawiedliwości⁴⁵, określa i sama wyraża się w podstawowych prawach człowieka, skatalogowanych w tzw. deklaracjach praw człowieka i obywatela. Katalogi te, sporządzone w trwającej stulecia pracy, wyrażają zasady tak powszechnie akceptowane, że tylko zamierzony sceptycyzm mógłby utrzymać manifestowane wobec nich wątpliwości⁴⁶. Prawdą jest, że Radbruch nie wspominał tak wyraźnie o prawach człowieka i nie postulował tak wyraźnie nietolerancji wobec nietolerancji przed doświadczeniem narodowego-socjalizmu. W jego filozofii prawa kryje się jednak zarówno jeden, jak i drugi akcent, który po upadku trzeciej Rzeszy nie został przesunięty, lecz, na użytek konkretnej sytuacji, wyeksponowany.

Problemy z tłumaczeniem Radbrucha dotyczą nie tylko wspomnianych wyżej pojęć: *Zweckmäßigkeit*, związanej z nią *Richtigkeit* różniącej się jednak znacznie od *Gerechtigkeit*. Nieścisłości w polskich tłumaczeniach powojennych tekstów Radbrucha dotyczą nie tylko miejsc, gdzie jest mowa o prawach człowieka (*Menschenrechte*) lub gdzie rozróżnia się obowiązki (*Geltung*) i charakter prawny (*Rechtscharakter*) ustaw szczególnie niesprawiedliwych i szkodliwych dla ogółu, czyli niesłusznym. Centralne pojęcie powojennych pism Radbrucha: *gesetzliches Unrecht* tłumaczone jest przeważnie tylko jako „ustawowe bezprawie”. „Bezprawie” w języku pol-

⁴⁰ FR, s. 120.

⁴¹ Wenn Gesetze den Willen zur Gerechtigkeit bewußt verleugnen, z. B. Menschenrechte Menschen nach Willkür gewähren und versagen, dann fehlt diesen Gesetzen die Geltung..., G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie...*, s. 210.

⁴² FR, s. 120.

⁴³ G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie...*, s. 210.

⁴⁴ FR, s. 122.

⁴⁵ Zob. wyżej, przyp. 10.

⁴⁶ G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie...*, s. 210.

skim oznaczałoby stan pozbawiony prawa lub działanie pozbawione podstaw prawnych czy też niezgodne z prawem, co odpowiednio w języku niemieckim musiałoby zostać zapisane jako *Rechtslosigkeit* lub *unrechtmäßiges Handeln* czy też *rechtswidriges Handeln*. Sam Radbruch używa słowa „Unrecht” w wielu znaczeniach. Najczęściej oznacza ono dla niego stan będący zaprzeczeniem prawa, „nieprawo”. Występuje jednak i we wspomnianym znaczeniu „bezprawia”. Czasami oznacza również, „niesprawiedliwość”, „przestępstwo”, „krzywdę”⁴⁷.

Wieloznaczności pewnych pojęć nie sposób uniknąć, zwłaszcza, że czasami są one w swoich odmiennych znaczeniach nie do zastąpienia. Nie musi to jednak oznaczać nieściśłości wywodu. Zwłaszcza pisarstwu Radbrucha nie można postawić takiego zarzutu. Wręcz przeciwnie, oszczędność, precyzja i przejrzystość myśli tego uczonego budzą chęć obcowania z jego twórczością, w której przysłowiowa prawnicza rzeczowość łączy się z literackim i filozoficznym talentem i która przepojona jest duchem humanizmu. Dla Jerzego Zajadły „Przedwojenna filozofia prawa Radbrucha jest [jednak – D.B.] niestety bardzo niejasna i pełna nie tylko kontrolowanych antynomii, ale czasami niestety także nierozwiązywalnych sprzeczności”⁴⁸. Być może dlatego Jerzy Zajadło skierował swoje badania bardziej na recepcję niż na filozoficzno-prawne źródła formuły Radbrucha. Wartość jego rozważań nad miejscem formuły w powojennej nauce i stosowaniu prawa wydaje się niewątpliwa. Wątpliwości budzi jednak stosunek autora do materiału źródłowego. Jeśli książkę Jerzego Zajadły można określić jako zgrabną kompozycję, wyrażoną w przystępnym, zrozumiałym języku, przekonującą na poziomie literackiego stylu i erudycji, to należy dodać, że pozostawia ona czytelnika z wrażeniem po części niespełnionej obietnicy. Autor prezentuje wprowadzie szerokie spektrum interpretacji zaczerpniętych z obszernej (głównie niemieckojęzycznej) literatury poświęconej Radbruchowi, jego filozofii prawa i jego formule. Niektóre podstawowe dla omawianej tu pracy źródła pozostają jednak w pewnym stopniu zbagatelizowane. Formuła odrywa się od filozofii prawa Gustawa Radbrucha.

Widać to szczególnie we wspomnianej recepcji tej formuły w doktrynie i orzecznictwie. Zwłaszcza w odniesieniu do komunistycznego bezprawia podnosi się jej uniwersalny, ponadczasowy charakter. Ujęcie takie dalekie jest od powojennych wypowiedzi samego Radbrucha, który nie szukał kryteriów oceny całego „bezprawia” tego świata. W manuskrypcie swojego posłowa do *Rechtsphilosophie* (1947) pisze on wyraźnie tylko o „bezprawiu” narodowo-socjalistycznym. O uświadomionym przez każdego człowieka ponadustawowym prawie naturalnym wspomina tylko w odniesieniu do prawnomiędzynarodowej oceny przestępstw przeciwko człowieczeństwu (*Unmenschlichkeitsverbrechen*)⁴⁹. Normatywna działalność nazistów nie była – jego zdaniem – prawotwórcza nie tylko dlatego, że gwałciła formalną sprawiedliwość (*Gerechtigkeit*) i że przed nią stawiała „celowość” (*Zweck-*

⁴⁷ G. Radbruch, *Entwurf eines Nachworts zur „Rechtsphilosophie“*, w: Tenze, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, Heidelberg 1999, s. 198.

⁴⁸ FR, s. 169.

⁴⁹ G. Radbruch, *Entwurf eines Nachworts...*, s. 202.

mäßigkeit), zdefiniowaną przez politycznie manipulowany tzw. interes niemieckiego Volku. Nie spełniała ona również warunku bezpieczeństwa prawnego (*Rechtssicherheit*). Porządek narodowo-socjalistyczny był w wysokim stopniu niepewny, niestabilny, prawnie niebezpieczny. Nie mogło być inaczej, skoro jego źródłem była ostatecznie arbitralna wola wodza⁵⁰.

Zrozumiałe jest, że powojenne orzecznictwo anulujące z mocą wsteczną, bądź uznające za „nieprawo” niektóre nazistowskie postanowienia (*Maßnahmen*) nie podnosiło argumentu braku bezpieczeństwa prawnego. Chętniej odwoływano się do koncepcji nie dającej się znieść niesłuszności lub nieuwzględnionej w ogóle sprawiedliwości. Nie wszystkie przecież ustawy i rozporządzenia Trzeciej Rzeszy zostały anulowane, nie wszyscy donosiciele zostali po wojnie postawieni przed sądem. Słuszne wydają się spostrzeżenia Jerzego Zajadły na temat rozrachunku niemieckiego wymiaru sprawiedliwości z nazistowską przeszłością Niemców. Autor trafnie komentuje wielce dyskusyjny proces lustracji i rozliczenia nazistowskich zbrodni. Na olbrzymie deficyty w tym zakresie zwracała już uwagę Hannah Arendt w swojej relacji z procesu Eichmanna⁵¹. Ostatnie badania Daniela Goldhagena nad zjawiskiem „chętnych egzekutorów Hitlera”⁵² potwierdzają jednak, wyrażoną w roku 1983, tezę Hermanna Lübbe, że powojenna powściągliwość niemieckiego wymiaru sprawiedliwości w rozliczaniu nazistowskiej przeszłości była koniecznym medium w procesie przejścia do nowych reguł politycznej egzystencji⁵³. Z uwagi na masowe poparcie, którym cieszył się reżim nazistowski, rzetelne rozliczenie „egzekutorów Hitlera” okazało się zadaniem niemożliwym do wykonania.

Uświadamiał to sobie zapewne Radbruch, gdy próbował tłumaczyć bierną postawę niemieckich prawników wobec nazistowskiego „bezprawia” tradycją pozytywistyczną i gdy postulował, by proces denazyfikacji oparty został przede wszystkim na postępowaniu dyscyplinarnym, a nie karno-sądowym⁵⁴. Prawno-pozytywistyczna obojętność wobec wartości, na które prawo powinno być zorientowane, nie była wprawdzie – zdaniem Radbrucha – przyczyną nazistowskiego „nieprawo”, ale „dobrym”, bo neutralnym otoczeniem, w którym mogło ono powstać i się rozwinąć. Stąd dyskusyjna wydaje się również teza, do której przychyła się Jerzy Zajadły, że pozytywizm prawniczy służył jako narzędzie w obronie Republiki Weimarskiej⁵⁵. Jak mógł on być narzędziem obrony i jednocześnie powodować bezbronność niemieckich prawników wobec nazistowskiego „bezprawia”? Przed czym bronił pozytywizm prawniczy Republikę Weimarską, skoro wobec jej śmiertelnego wroga, czyli narodowego socjalizmu, był bezbronny. Na pewno nie był on przyczyną, ale nie był też sam w sobie znaczącą przeszkodą dla

⁵⁰ Ibidem, s. 194 - 195.

⁵¹ H. Arendt, *Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen*, Leipzig 1990, s. 84 - 88.

⁵² D. J. Goldhagen, *Hitlers willige Vollstrecker. Ganz gewöhnliche Deutsche und der Holocaust*, Berlin 1996.

⁵³ H. Lübbe, *Der Nationalsozialismus im politischen Bewußtsein der Gegenwart*, w: *Deutschlands Weg in die Diktatur. Internationale Konferenz zur nationalsozialistischen Machtübernahme im Reichstagsgebäude zu Berlin. Referate und Diskussionen. Ein Protokoll*, Berlin 1983, s. 334.

⁵⁴ G. Radbruch, *Entwurf eines Nachworts...*, s. 203.

⁵⁵ FR, s. 44, 148 i in.

tych, którzy chcieli prawo zastąpić „nieprawem”. W obliczu pozytywistycznej obojętności wobec treści prawa, jedynym mechanizmem chroniącym wartości republikańskie i liberalno-demokratyczne mogło być przywiązanie tzw. pozytywistów do formalizmu prawniczego. Walka o zachowanie konstytucyjnie określonych procedur prawodawczych i w ogóle o zachowanie zasad państwa prawnego wymagałaby jednak – zwłaszcza w obliczu nazistowskiego zagrożenia – zaangażowania w pewnym sensie ideowego, którego nie można było oczekiwać od przedstawicieli pozytywizmu ustawowego (*Gesetzespositivismus*). Nazistowski model „państwa stanu wyjątkowego” (F. Ryszka), poparty siłą masowego ruchu i *quasi* rewolucyjnej ideologii, mógł więc bez większych przeszkód zniweczyć misterną konstrukcję prawa pojmowanego tylko formalnie.

Jako nurt myśli prawniczej, uwięzionej – jak pisze Radbruch – w określonym porządku prawnym, który ma być przez tą myśl wyjaśniany a nie weryfikowany⁵⁶, nie nadaje się pozytywizm do równorzędnego traktowania z myślą polityczną. Stąd nie powinno się mieszać tych dwóch światów: neutralnego światopoglądowo pozytywizmu prawniczego i definiującej się przez światopogląd polityki. Jeżeli więc pozytywizm prawniczy mógł służyć jako narzędzie obrony, to nie w walce politycznej o wartości takiego czy innego ustroju, lecz jedynie w walce prawniczej, np. w procesie karnym, gdzie znaczenie mają argumenty formalne. Nie było przypadkiem, że na tak ważną dla pozytywizmu prawniczego zasadę: *nulla poena sine lege* powoływali się właśnie obrońcy w powojennych procesach, w których oskarżonymi byli niegdysiejsi twórcy i „wykonawcy” nazistowskiego „nieprawa”⁵⁷. W obliczu takiej przewrotności – wykorzystywania zasad państwa prawnego dla obrony tych, którzy sami zasady te deptali i zastąpili „państwem bezprawia” – przypominał Radbruch słowa Kanta, że brak pozytywnej karalności czynu (*Strafbarkeit*) nie wyklucza, że jest on karygodny (*strafwürdig*)⁵⁸. Zagadnienie to nie wiąże się już jednak bezpośrednio z filozofią prawa Gustava Radbrucha. Dotyczy raczej okoliczności zewnętrznych „czasu przełomu”, w którym Radbruchowi przyszło żyć.

⁵⁶ RPh., s. 77.

⁵⁷ Por. M. Zmierczak, *Pozytywizm prawniczy a prawnicy i prawo w Trzeciej Rzeszy – powojenna dyskusja niemieckich historyków i teoretyków prawa o przyczynach upadku prawa w czasach nazizmu*, Acta Universitatis Wratislaviensis No 2214, „Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi”, t. XXIV, Wrocław 2001, s. 28.

⁵⁸ G. Radbruch, *Entwurf eines Nachworts...*, s. 202.