

Marcin Lubertowicz
(Kraków)

LEX INIUSTISSIMA NON EST LEX. FORMUŁA GUSTAVA RADBRUCHA JAKO ALTERNATYWA DLA MIĘDZYNARODOWEGO SYSTEMU OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

ABSTRAKT

Formuła Radbrucha daje się zamknąć w sentencji: *lex iniustissima non est lex*. Stosowanie tej formuły zarówno w procesach denazyfikacji, jak i dekomunizacji, stanowiło alternatywę dla nie zawsze skutecznego międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka. Formuła owa pozwalała na odstępianie od pozytywistycznego formalizmu doprowadzającego do niezrozumiałej sytuacji, w której głównymi beneficjentami praw człowieka stawały się osoby będące w przeszłości sprawcami ich łamania. Na gruncie norm prawa krajowego umożliwiała ona wyeliminowanie norm ewidentnie sprzecznych z zasadami sprawiedliwości, kiedy nie było możliwości stosowania reguł prawa międzynarodowego. W przeświadczeniu autora artykułu w przyszłości dyrektywy wyrażone sentencją *lex iniustissima non est lex* oraz normy międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka będą się wzajemnie uzupełniać.

SŁOWA KLUCZOWE: Gustav Radbruch, formuła Radbrucha, sprawiedliwość, prawa człowieka, prawo międzynarodowe, prawo naturalne, pozytywizm prawniczy, hitleryzm

Formuła Radbrucha – narodziny koncepcji

Począwszy od roku 1946, na łamach niemieckich periodyków prawniczych ukazała się grupa tekstów, które wstrząsnęły światem nie tylko niemieckiej, ale także europejskiej nauki prawa i doprowadziły do licznych

przewartościowań w jej obrębie. Artykuły *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, *Pięć minut filozofii prawa*, *Ustawa i prawo* rozpoczęły ogromnych rozmiarów dyskusję prawnonaturalną, która zaowocowała zjawiskiem określonym jako „II odrodzenie prawa natury”¹. Autorem tych publikacji był Gustav Radbruch – trzykrotny minister sprawiedliwości w Republice Weimarskiej, profesor Uniwersytetu w Heidelbergu, wybitny humanista, filozof prawa zdyskredytowany w czasie rządów narodowych socjalistów. Znamienny dla treści przekazanych przez Radbrucha poglądów stał się poniższy cytat: „Konflikt między sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym należałoby rozwiązać w ten sposób, ażeby prawo pozytywne zagwarantowane przez ustawodawstwo i władzę państwową miało pierwszeństwo również wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe, chyba że sprzeczność z ustawy pozytywnej ze sprawiedliwością osiąga taki stopień, że ustawa jako prawo niesprawiedliwe powinna ustąpić sprawiedliwości”². Przesłanie tych kilku powojennych niezbyt obszernych artykułów posłużyło do sformułowania teorii nazwanej przez doktrynę „formułą Radbrucha”. Termin ten jest utożsamiany z łacińską paremią *lex iniusta non est lex* – prawo niesłuszne nie jest prawem – której autorem jest św. Augustyn. W ujęciu Radbrucha ta paremia powinna zaś otrzymać brzmienie: *lex iniustissima non est lex*, czyli prawo rażąco niesłuszne nie jest prawem. Jednak jest to tylko ogólna orientacja, ponieważ formuła składa się trzech elementów, które mają postać osobnych tez³. Każda z tez zatem stanowi osobny fragment koncepcji, która jako całość nie posiada homogenicznego charakteru.

Pierwsza z tez nazywana jest „tezą o rażącej sprzeczności” (*Unerträglichkeitsthese*). Ma ona postać twierdzenia, że prawo, które jest w rażącym stopniu sprzeczne z zasadami sprawiedliwości, nie może być stosowane. Radbruch, formułując tę tezę, podkreśla: „Jedno musi utknąć w świadomości prawników: mogą istnieć ustawy o takim stopniu niesprawiedliwości i szkodliwości, że należy odmówić im charakteru prawa”⁴. Niektórzy badacze ograniczają rozumienie formuły tylko do tej

1 K. Opałek, *Studia z teorii i filozofii prawa*, Kraków 1997, s. 17.

2 G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, przekład: J. Stelmach, [w:] K. Pleszka, J. Sarkowicz, J. Stelmach (oprac.), *Współczesna teoria i filozofia prawa na Zachodzie Europy*, Kraków 1985.

3 Choć np. F. Saliger twierdzi, że mamy do czynienia z kilkoma odrębnymi formułami.

4 G. Radbruch, *Pięć minut filozofii prawa*, przekład: J. Stelmach, [w:] K. Pleszka, J. Sarkowicz, J. Stelmach (oprac.), *Współczesna...*

tezy, jednak w moim odczuciu powoduje to znaczącą lukę w rozumieniu myśli Radbrucha.

Teza druga to „teza o braku charakteru prawnego” (*Verleugnungsthese*). W *Ustawowym bezprawiu i ponadustawowym prawie* Radbruch stwierdza: „(...) tam, gdzie nigdy nie dąży się do sprawiedliwości, gdzie równość będąca rdzeniem sprawiedliwości odrzucana jest świadomie przy stanowieniu prawa pozytywnego, tam trudno jest mówić, że ustawa jest jedynie prawem niesprawiedliwym, gdyż traci ona w ogóle naturę prawa”⁵. Koresponduje ona z tezą pierwszą i można powiedzieć, że w pewien sposób ją konkretyzuje. O ile teza pierwsza odnosi się do pojedynczych norm, które są rażąco sprzeczne z zasadami sprawiedliwości, o tyle teza druga dotyczy regulacji od początku pozbawionych przymiotu prawa, ze względu na naganne motywacje ustawodawcy. Stąd niekiedy odnoszona jest do całego systemu reguł prawnych.

Tezę trzecią stanowi natomiast twierdzenie o bezbronności środowisk prawniczych (*Wehrlosigkeitsthese*). Mówi ona, że pozytywistyczny model kształcenia niemieckich prawników, z niezmiernym naciskiem na znaczenie ustawy, sprawił, iż byli oni niezdolni do stawienia oporu ustawom nieludzkim. Teza ta odnosi się zwłaszcza do skrajnych wersji pozytywizmu, np. pozytywizmu ustawowego. Literalnie nie jest ona składnikiem formuły, jednak pośrednio wkomponowuje się w jej treść, ponieważ na niej autor zbudował swoje wnioski⁶. Świetnie scharakteryzuje jej brzmienie bardzo często cytowany fragment *Ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa*: „Pozytywizm swoim przekonaniem »ustawa jest ustawą« obezwładnił niemieckich prawników i uczynił ich bezbronnymi wobec ustaw o treści samowolnej i zbrodniczej. Pozytywizm wierzy, że ważność ustaw jest dowiedziona już tym, że posiadają one moc obowiązującą. Jednakże siłą uzasadnić można, być może, przymus, nigdy jednak powinność i obowiązywanie”⁷. W podobnym tonie Radbruch wypowiada się w artykule *Ustawa i prawo*: „Nazywaliśmy się pozytywistami i pozytywizm utożsamiający ustawę z prawem jest współwinny udziału niemieckiej nauki prawa w tworzeniu stanu prawnego lat narodowego socjalizmu”⁸. Czy też w innym

5 *Idem*, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo...*

6 J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001, s. 115.

7 G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo...*

8 *Idem*, *Ustawa i prawo*, przekład: J. Zajadło, *Ius et Lex*, 2002, nr 1 (I), s. 159.

miejscu tej samej publikacji: „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 szkodą dla sędziów, którzy pozwalali się kierować temu panującemu w nauce stanowisku⁹”. Teza ta posiada również najmniej naukowy charakter i jest przedmiotem największych kontrowersji.

Dla potrzeb niniejszego artykułu powinniśmy jednak, analizując formułę Radbrucha, skupić się na *Unerträglichkeitsthese* i *Verleugnungsthese*. W odróżnieniu do tzw. tezy o bezbronności prawników, posiadają one charakter ponadczasowy i mogą być przedmiotem uniwersalnej refleksji, zwłaszcza w świetle problematyki ochrony praw człowieka. Koncepcja ustawowego bezprawia i ponadustawowego nie jest jedynie teorią zamkniętą w czasie. Formuła Radbrucha, choć wzbudzała zawsze wielkie kontrowersje, stała się jednym ze środków ochrony praw człowieka obok dopiero kształtującego się (począwszy od drugiej połowy XX wieku) i nie zawsze skutecznego międzynarodowego systemu ochrony. Jej założenia dają w wyjątkowych sytuacjach możliwość eliminowania aktów prawnych, które ewidentnie zaprzeczają elementarnym zasadom sprawiedliwości. Delegalizacja przepisów nieludzkich może być dokonana na gruncie norm prawa krajowego, bez uciekania się do norm prawa międzynarodowego, często dostarczających olbrzymich problemów podczas ich stosowania.

Formuła Radbrucha jako instrumentarium ochrony praw człowieka w okresie rozliczeń z narodowosocjalistycznym bezprawiem

Wydarzenia historyczne, które miały miejsce po najbardziej dramatycznym konflikcie zbrojnym XX wieku, w drugiej połowie lat 40. sprawiły, że formuła Radbrucha stała się koncepcją filozoficzno-prawną, jaka znalazła zastosowanie w praktyce stosowania prawa. Trzeba stwierdzić, iż jest to ewenement, ponieważ niezmiernie rzadko zachodzą wyraźne

⁹ *Ibidem*, s.162.

związki między warstwą teoretyczną, jaką zajmuje się filozofia prawa, a praktyką prawniczą. Odwrót od podstawowych założeń pozytywizmu, który postuluje koncepcja ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa, stał się nadbudową filozoficznoprawną do rozliczenia bezprawia hitlerowskich Niemiec i otworzył tym samym proces denazyfikacji. Należy podkreślić, iż był to proces pionierski. Nigdy wcześniej nie prowadzono procesu rozliczenia negatywnej przeszłości poprzedniego systemu na drodze prawnej. Wprawdzie podjęto pewne próby osądzenia zbrodni wojennych I wojny światowej na gruncie prawa międzynarodowego, jednak okazały się one nieefektywne. Liga Narodów w minimalnym stopniu skupiała uwagę na ochronie praw człowieka. System Ligi obejmował jedynie ochronę mniejszości narodowych w niektórych krajach Europy i ochronę rdzennych mieszkańców terytoriów mandatowych¹⁰. Powołany podczas paryskiej konferencji pokojowej Komitet do spraw Odpowiedzialności określił odpowiedzialność za pogwałcenie praw i zwyczajów wojny. Organ ten sporządził też zestawienie przestępstw wojennych, stworzył listy niemieckich zbrodniarzy wojennych, a także sprecyzował sposoby ich karania oraz zdefiniował zbrodnie wojenne w ramach VII części Traktatu wersalskiego¹¹. Pomimo tych działań nie podjęto dalszych kroków i ostatecznie przestępstwa wojenne nie zostały objęte sankcjami. Można na tej podstawie stwierdzić, że międzynarodowy system ochrony praw człowieka w Europie w okresie po I wojnie światowej posiadał wymiar jedynie symboliczny. Z tego powodu po upadku Trzeciej Rzeszy alianci stanęli przed problemami nierozwiązanymi dotąd w przeszłości. Ogrom niewyobrażalnych wcześniej zbrodni sprawił, że wymierzenie kary winnym całkowitego ignorowania elementarnych praw jednostki ludzkiej stało się niezwykle odpowiedzialnym historycznie zadaniem. Ze względu na fakt, iż organy państwa w Trzeciej Rzeszy stanowiły prawo z całkowitym naruszeniem elementarnych zasad moralnych, natomiast zgodnie z pozytywistycznymi kryteriami legalności, nie istniała droga do rozliczenia tego bezprawia przy odwołaniu się do prawa stanowionego. Jak słusznie zauważa M. Szyszkowska: „W żadnym przypadku nie można twierdzić, że ustawodawstwo, na przykład Niemiec hitlerowskich, było pozbawione ważności prawnej. Należy je oceniać negatyw-

¹⁰ R. Kuźniar, *Prawa człowieka – prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 31.

¹¹ T. Cyprian, J. Sawicki, *Ludzie i sprawy Norymbergi*, Poznań 1967, s. 17.

nie, ale nie pozbawia to mocy legalnej wydawanych przepisów prawnych (...) Nie można twierdzić *ex post*, że prawo pozytywne w jakimś ustroju nie jest w ogóle prawem ze względu na swój niesprawiedliwy charakter. Prowadziłoby to do zbyt daleko idącej wolności wyrokowania, do stanu zbliżonego do anarchii¹². Stanowisko takie jest od lat powszechnie podzielane. W związku tym, aby skutecznie prowadzić postępowanie karne w sprawach nazistowskich zbrodniarzy, Międzynarodowy Trybunał Wojskowy w Norymberdze musiał się opierać na racjach, które nie mieszczą się w pozytywistycznym spojrzeniu na prawo. Czerpały one z dorobku szkoły prawa natury. Nieoceniona stała się w prowadzeniu tych spraw koncepcja ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa. Zbrodnie popełnione w majestacie prawa mogły podlegać osądzeniu tylko z powodu stwierdzenia, że ustawy Trzeciej Rzeszy w rażącym, jaskrawym stopniu naruszały podstawowe zasady sprawiedliwości i wobec tego nie można ich nazwać prawem. W ten sposób przepisy dyktatury totalitarnej wyłączające bezprawność działań hitlerowskich funkcjonariuszy straciły znaczenie procesowe, uzyskując status bezprawia. Zajęcie takiego stanowiska spowodowało skazanie osób odpowiedzialnych za zbrodnie okresu hitleryzmu. Argumentacja prawnonaturalna, a w tym formuła Radbrucha, stanowiła mocną podbudowę uzasadniającą wszczęcie postępowań i wspierającą istnienie konstrukcji zbrodni przeciwko ludzkości. Należy stwierdzić, że było to oparcie ze strony doktryny umożliwiające dokonywanie orzeczeń sądom karnym, na podstawie konstrukcji prawnych, które na owy czas wydawały się dość karkołomne. Ustawa nr 10 Sojuszniczej Rady Kontroli z 20 grudnia 1945 r. „w sprawie ukarania osób odpowiedzialnych za zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko pokojowi i zbrodnie przeciwko ludzkości” była regulacją opartą na przełamaniu zasady *lex retro non agit*¹³. Oczywiście bezspornym faktem jest, że retroaktywność tej ustawy karnej była zarazem zaprzeczeniem zasad *nullum crimen sine lege* oraz *nullum poena sine lege poenali anteriori*. Było to zarazem paradoksalne rozwiązanie, które sankcjonowało swawolę prawną reżimu poniekąd tymi samym środkami, jakich używali naziści. Memoriał niemieckiego ministerstwa sprawiedliwości z 1933 roku, pod tytułem *Narodowosocjalistyczne prawo karne*, który był niejako programem nowej kodyfikacji prawa karnego, również nakazywał odejście od tego elementu

12 M. Szyzkowska, *Sędziowie*, Res Humana, 2001, nr 6, s. 43.

13 Właściwie: *lex severior non retro agit*.

gwarancyjnego prawa karnego¹⁴. Oczywiście, nadużyciem jest porównywanie nazistowskiego prawa karnego i Ustawy nr 10 Sojuszniczej Rady Kontroli. Tym niemniej mechanizm był w pewnym sensie podobny: aby możliwe było penalizowanie hitlerowskiego ludobójstwa, trzeba było zrezygnować z zasady „nie ma przestępstwa bez ustawy”, wprowadzając nowy akt prawny, obejmujący swoim obowiązaniem wcześniejsze stany faktyczne. Z tego powodu te przepisy były krytykowane (jak i inne ustawy sankcjonujące zbrodnie z przeszłości) przez obrońców osób ściganych w ich trybie, którzy określali je jako „sprawiedliwość zwycięzców”¹⁵. W doktrynie przetoczyła się ważna dyskusja. Podejście do tego problemu dobrze symbolizuje debata, która odbyła się w marcu 1947 roku na łamach *Süddeutsche Juristenzeitung* między Gustavem Radbruchem, Hodonem Freiherr von Hodenbergiem i Augustem Wimmerem, na temat Ustawy nr 10 oraz statutu Międzynarodowego Trybunału Wojskowego¹⁶. Twórca „formuły” wystąpił jako zdecydowany zwolennik sprawiedliwości norymberskiej, używając argumentacji prawnonaturalnej. Radbruch stwierdził, iż właściwie ustawodawstwo penalizujące zbrodnie nazistowskie nie wykracza poza zasadę *lex retro non agit*. Uregulowania te formalnie statuowały jedynie to, co obowiązywało w chwili popełnienia przestępstw reżimu, w postaci reguł prawa ponadustawowego. Pośrednią opinię sformułował Wimmer, uznając, że Ustawa nr 10 powinna być stosowana głównie ze względu na rozmiar zbrodni, do których ukarania została stworzona. Na całkowicie przeciwnym biegunie znalazł się Hodenberg. Jako znany przeciwnik alianckich przepisów denazyfikacyjnych dowodził, iż niemieckie sądy nie powinny orzekać na podstawie Ustawy nr 10. Wskazywał, że ze względu na retroaktywny charakter przepisy te stoją w sprzeczności z podstawowymi zasadami państwa prawa. Powoływał się przy tym na prawo ponadustawowe, zaliczając zasadę *lex retro non agit* do jego podstawowych i niewzruszalnych kanonów. Jak pałaca była to w owym czasie kwestia, dowodzi fakt, że alianci zmuszeni byli ocenzurować publikacje, które sprzeciwiały się ich ustawodawstwu denazyfikacyjnemu.

14 W. Wolter, *Prawo karne pod znakiem swastyki*, [w:] M. Maciejewski, M. Marszał (oprac.), *Pod znakiem swastyki, Polscy prawnicy wobec Trzeciej Rzeszy 1933–1939, wybór pism*, Kraków 2005, s. 341.

15 K. Jońca (red.), *Studia nad faszyzmem i zbrodniami hitlerowskimi*, tom 16, Wrocław 1993, s. 329.

16 J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur*, Gdańsk 2003, s. 96–97.

Ustawodawstwo alianckie oparte na założeniach zbieżnych z formułą Radbrucha było w latach 40. jedyną efektywną możliwością rozliczenia wynaturzeń nazistowskiego bezprawia. Międzynarodowy system ochrony praw człowieka zaczął kształtować się dopiero po wojnie i nie od początku dysponował skutecznymi instrumentami ścigania. Wystarczy wskazać, że Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa weszła w życie dopiero w styczniu 1951 roku, a jej zasady zostały wypracowane przez praktykę orzeczniczą Międzynarodowego Trybunału Wojskowego¹⁷. W świetle ciągle pojawiających się wątpliwości ukaranie winnych mogło nastąpić jedynie przy wsparciu w postaci pozaprawnych racji, przewyżających argument absolutnego charakteru zasady nieretrokacyjności prawa. Choć istniały nieliczne wyjątki, to jednak w zdecydowanej większości sądy niemieckie podążyły za argumentacją Radbrucha. Odpierano linię obrony oskarżonych, którzy zarzucali ustawodawstwu alianckiemu sprzeczność z zasadami pewności prawa i funkcjami gwarancyjnymi prawa karnego. Szczególnie często odnosił się do tych problemów Sąd Najwyższy dla Strefy Brytyjskiej, który pełnił funkcję najwyższej powojennej instancji sądowej, a potem Federalny Sąd Najwyższy, który przejął jego sprawy. Formuła pozwoliła zdelegalizować *ex tunc* wiele krzywdzących aktów prawnych, wyroków i decyzji wydanych w czasach Trzeciej Rzeszy. Stwierdzono bezprawność m.in. rozporządzenia nr 11 do Ustawy o Obywatelstwie Rzeszy z 25 listopada 1941 roku, pozbawiającego majątku i obywatelstwa emigrantów pochodzenia żydowskiego¹⁸. Stało się więc jasne, że litera prawa musiała ustąpić przed jego duchem, jak postulował filozof z Heidelbergu.

Formuła Radbrucha ostatecznie okazała się niezwykle skutecznym instrumentarium powojennego usankcjonowania przy użyciu prawa karnego praw człowieka. Była koncepcją dość charakterystyczną i szeroko zaakceptowaną. Niewątpliwie sprzyjał też temu wizerunek Gustava Radbrucha jako pozytywisty prawniczego, „nawróconego” po wojnie na prawo natury. Innym czynnikiem był antypozytywistyczny wydzźwięk tej koncepcji, zgodny z wielokrotnie powtarzającą się tendencją, że w czasach destabilizacji zazwyczaj do głosu dochodzi prawo natury¹⁹. Okres

17 R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2005, s. 276.

18 Orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 14 lutego 1968 r.

19 L. Falandysz, *Likwidacja filozofii prawa*, [w:] M. Szyszkowska (red.), *Nauka a polityka. Dziwne losy filozofii prawa w Polsce*, Warszawa 2001, s.125.

bezpośrednio po II wojnie światowej to zapewne wzorcowy przypadek zachwiania ładu politycznego. Procesy denazyfikacyjne przy przejściu od uwarunkowań dawnego państwa hitlerowskiego do zupełnie nowego ładu były początkiem drogi do stabilizacji. Z tego powodu jusnaturalizm znakomicie się komponował z realiami lat 40. i 50. w Europie Zachodniej. Podważenie pozytywistycznej koncepcji obowiązywania prawa, przez tezy formuły Radbrucha „o rażącej sprzeczności” i „braku charakteru prawnego”, pozwoliło wyjść poza paradygmat sporu: sprawiedliwość zwycięzców *versus* bezkarność oprawców. Rzecz jasna, konsekwencją takiego sposobu rozumowania musiało być zerwanie z pozytywistycznym sposobem orzekania, a przede wszystkim z twierdzeniem, iż „sędzia jest ustami ustawy”. Mimo że już na początku lat 50. liczba procesów zbrodniarzy nazistowskich wyraźnie spadła i właściwie procesy denazyfikacyjne nie zostały przeprowadzone do końca, a od 1955 roku znaczna część przestępstw lżejszego formatu uległa przedawnieniu, trzeba przyznać że formuła Radbrucha posłużyła dość skutecznie jako narzędzie do rozliczenia przeszłości. Zaaprobowana przez sądownictwo koncepcja pozwoliła w znacznie szerszym stopniu wymierzyć sprawiedliwość odpowiedzialnym za łamanie praw człowieka, niż dopiero kształtującemu się międzynarodowemu systemowi ich ochrony. Dlatego trzeba przyznać, że koncepcja ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa, stosowana przez sądy krajowe, była dobrą alternatywą dla sposobów zagwarantowania respektowania praw człowieka podejmowanych przez społeczność międzynarodową.

Koncepcja ustawowego bezprawia a usankcjonowanie łamania praw człowieka w byłej NRD

Pewnym paradoksem historycznym, a jednocześnie wyrazem uniwersalności koncepcji Radbrucha jest fakt, iż po prawie 50 latach stała ona się podbudową dla rozliczenia zbrodni zupełnie innego reżimu – komunistycznego. W dodatku zastosowanie formuły po raz kolejny stanowiło rozwiązanie, pozwalające uzupełnić luki systemu ochrony praw człowieka zapewnianego przez społeczność międzynarodową.

Analogicznie jak w przypadku procesów denazyfikacyjnych, przy rozliczaniu bezprawia byłej NRD koncepcja ustawowego bezprawia

i ponadustawowego prawa znalazła zastosowanie przy osądzaniu zbrodni popełnionych pod osłoną obowiązujących aktów prawnych. Chodzi tu przede wszystkim o sprawy tzw. „Strzelców przy Murze Berlińskim” (*Mauerschützenprozesse*), do których wrócono po wielu latach. Jest to zagadnienie aktualne, ponieważ ostatnie ze spraw zakończyły się dopiero w 2004 roku²⁰.

Granica między RFN i NRD stała się symbolem „żelaznej kurtyny”²¹. Była to niewątpliwie najbardziej strzeżona granica na świecie, a środki podejmowane przy ochronie tej linii były wręcz paranoiczne. Wyrazistą wizytówką tej granicy stał się jej odcinek na terenie Berlina, który początkowo był trudny do kontrolowania i stanowił „bramę na Zachód” dla wielu zdeterminowanych obywateli, nie tylko Niemiec, ale także Polski i Czechosłowacji. Już w sierpniu 1961 roku ten fragment zaczęto uszczelniać przez budowę muru wspartego systemem skutecznych zabezpieczeń²². Miał on powstrzymać *exodus* (głównie) obywateli NRD na zachód. W ten sposób zaczęła się tworzyć legenda Muru Berlińskiego, która towarzyszyła Europie przez prawie 30 lat. Na długości całej linii granicznej zainstalowano zaawansowane technologicznie systemy ochrony i monitoringu²³. Były wśród nich automatyczne urządzenia strzelające, wieże strażnicze, pola minowe oraz aparatura sygnalizacyjna. Służbę graniczną wyodrębniono z szeregów policji i włączono do sił zbrojnych. Funkcjonariusze graniczni byli doskonale uzbrojeni i przeszkoleni w kierunku bezwarunkowego udaremniania każdej próby nielegalnego przekroczenia linii granicznej. Zarządzenia Ministerstwa Obrony Narodowej NRD nakazywały, aby każdy, kto podejmie próbę ucieczki, został ujęty lub unicestwiony. Dyrektywy dotyczące reżimu granicznego nieoficjalnie dawały się sprowadzić do zasady, iż lepiej pozbawić uciekiniera życia, niż dopuścić do sforsowania granicy²⁴. Dla oddziału strażników udana ucieczka była nie tylko upokorzeniem, ale również wiązała ze sobą kroki prawne. Były stosowane środki, które pozwalały wykryć celową bierność

20 I.C. Kamiński, *Enerdowscy towarzysze skarżą się w Strasburgu*, www.policj.hu/kaminski/towarzysze.htm [dostęp: 30.04.2010].

21 B. Koszel, S. Wojciechowski, *Zimna wojna (1946–1989) i jej konsekwencje dla ładu międzynarodowego*, Poznań 2007, s. 33.

22 E. Cziomer, *Historia Niemiec 1945–1991: zarys rozwoju problemu niemieckiego od podziału do jedności*, Kraków 1992, s. 97.

23 T. Flemming, *The Berlin Wall: Division of a City*, Berlin 2000, s. 35.

24 J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur...*, s. 45.

funkcjonariuszy straży granicznej. Ślady na wygrabionym piasku w strefie ochronnej nie pozostawiały wątpliwości. Wobec strażników, którzy dopuścili do nielegalnego przekroczenia granicy, wszczynano postępowanie dyscyplinarne, procedury podejmowała także prokuratura wojskowa. Po 10 latach istnienia muru granica została uszczelniona z zaangażowaniem tak wielu środków technicznych, że praktycznie była nie do przejścia. Ogromny udział w tych „udoskonaleniach” miał Erich Honnecker, który doszedł do władzy w 1971 roku. Modernizacja i ochrona granicy wyczerpywały znaczną część produktu narodowego NRD. Możliwe, że u progu lat 80. utrzymanie tej budowli kosztowało nawet 1 mld marek, czyli 500 mln dolarów²⁵. Był to wysiłek, na który państwo nie bardzo mogło sobie pozwolić. Mimo to pod koniec trwania NRD planowano stworzyć ogromnym nakładem środków granicę *high tech*, gdzie urządzenia elektroniczne (m.in. podczerwień, lasery, wykrywanie wibracji połączone z systemem kamer) miały strzec pasa neutralnego z niewielkim wykorzystaniem czynnika ludzkiego. Polityka graniczna skumulowała się w Berlinie. System zabezpieczeń był tam najsilniejszy, a granica separowała zupełnie dwie części miasta, często dzieląc przy okazji rodziny. Na terenie stolicy zdarzyło się najwięcej prób ucieczek. Wskazuje się, że podczas usiłowania opuszczenia terytorium NRD zginęło nawet 960 osób (choć różne źródła podają dane o dość dużej rozbieżności)²⁶.

Mur Berliński istniał przez 28 lat, upadł równie szybko, jak powstał; ale krzywdy, jakie wyrządzono, stanowiły modelowy przykład podeptania podstawowych praw człowieka. Sprawy stosowania wyjątkowo okrutnych środków wobec osób próbujących nielegalnie przekroczyć granicę państwową byłej NRD są symbolicznie określane jako „procesy strzelców przy Murze Berlińskim”. Postępowania karne wykazały, że ugruntowaną praktyką było strzelanie do uciekinierów, całkowicie niezgodne z dzisiejszymi rygorami użycia broni palnej przez służby mundurowe²⁷. Środki stosowane w celu udaremnienia ucieczki w sposób nieproporcjonalnie drastyczny zagrażały życiu osób próbujących sforsować granicę. Oddawano strzały bez ostrzeżenia lub strzelano do osób uprzednio

25 F. Taylor, *The Berlin Wall*, London, 2009.

26 J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur...*, s. 67.

27 H. Roggemann, *Karnopravny stosunek do przeszłości NRD na przykładzie odpowiedzialności za strzały przy Murze Berlińskim i sądowe bezprawie jako obraz politycznego prawa karnego*, [w:] A. Esser, A. Zoll (red.), *Prawo karne a problem zmiany ustroju politycznego*, Kraków 1998, s. 93–120.

trafionych i tym samym niezdolnych do dalszej ucieczki, powodując niejednokrotnie skutek śmiertelny. Uciekinierzy ginęli także w wyniku działania specjalnie skonstruowanych i następnie zamontowanych min rozpryskowych²⁸. Bezpośrednimi sprawcami zbrodni wobec „uciekiniarów Muru Berlińskiego” byli żołnierze Wojsk Ochrony Pogranicza, którzy fizycznie dopuszczali się tych haniebnych czynów. Odpowiedzialni pośrednio byli także ich przełożeni oraz tzw. oprawcy zza biurka, czyli członkowie Narodowej Rady Bezpieczeństwa NRD²⁹ oraz kierownictwo Niemieckiej Socjalistycznej Partii Jedności wraz z wysokimi urzędnikami Ministerstwa Bezpieczeństwa i Ministerstwa Obrony. Skalę prześladowań wobec osób popełniających stosunkowo mało niebezpieczne społecznie przestępstwo nielegalnego przekroczenia granicy ukazuje liczba wszczętych postępowań. Jak pisze D. Liebermann: „(...) po zjednoczeniu Niemiec berlińska prokuratura prowadziła 6432 śledztwa w sprawie przestępstw popełnionych przez funkcjonariuszy państwa NRD-owskiego na granicy lub w związku z granicą. Jednak do sądu skierowano akty oskarżenia tylko w 112 przypadkach. Aktów oskarżenia nie kierowano w ogóle w sprawach, gdy uciekinier został ranny (postrzelony lub zraniony na minie)”³⁰.

Podobnie jak w wypadku rozliczania zbrodni funkcjonariuszy Trzeciej Rzeszy, mamy w sprawach Mauerschützen do czynienia z czynami legitymowanymi formalnie obowiązującymi ówczesnie przepisami prawnymi. Jeśli uznamy tę legitymację, opartą na pozytywistycznej koncepcji obowiązywania prawa, nie mamy możliwości rozliczenia tych zbrodni. Niemiecki wymiar sprawiedliwości mógł rozwiązać ten problem w sposób dwojaki.

Pierwszą drogą do rozliczenia bulwersujących wydarzeń na granicy było odwołanie się do międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka. Sądy mogły uznać szczególny reżim graniczny NRD za niezgodny z normami międzynarodowymi. Przy takiej interpretacji ustawodawstwo Wschodnich Niemiec okazuje się niezgodne z postanowieniami Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 roku, a także z regu-

28 D. Liebermann, *37 metrów. Jak sądzono „strzelców z muru berlińskiego” oraz ich zwierzchników*, [w:] W. Pięciak (red.), *Historia w Tygodniku: Niemcy na podstłuchu*, Tygodnik Powszechny, 2007, nr 18.

29 Było to główne gremium wojskowe w państwie.

30 *Ibidem*.

lacjami Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z roku 1966. Z powodu niezgodności z tymi aktami przepisy prawa NRD wyłączające bezprawność działań służb granicznych pozbawione by były mocy obowiązującej. To rozwiązanie dostarcza wątpliwości natury formalnej. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka nie jest aktem, który ma charakter wiążący. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych nie został z kolei w żaden sposób zaimplementowany do porządku prawnego NRD. Ten sposób postępowania wydawał się zatem mało skuteczny i dość kontrowersyjny. Warto także zwrócić uwagę, że działania opierające się na międzynarodowym systemie ochrony praw człowieka były w znikomym stopniu skuteczne w stosunku do NRD także przed 1990 rokiem. Członkowie Komitetu Praw Człowieka Narodów Zjednoczonych, który jest na podstawie art. 28 Paktów Obywatelskich i Politycznych upoważniony do zagwarantowania, iż akt ten jest przestrzegany, kilkakrotnie krytykowali władze NRD za zainstalowanie na granicy automatycznych systemów strzeleckich (naruszenie prawa do życia) oraz uniemożliwienie swym obywatelom opuszczenia kraju. Indywidualne skargi przeciwko NRD napływały też do Komisji Praw Człowieka. Na mocy Rezolucji 1503 Rady Ekonomiczno-Społecznej Narodów Zjednoczonych z 1970 r. mogła ona badać, czy skargi wskazują na istnienie „stałej praktyki poważnego i wiarygodnie udokumentowanego łamania praw człowieka oraz podstawowych swobód”. Sytuacja taka powstawała, gdy z danego kraju napłynęło ponad 50 skarg od osób prywatnych. NRD była ciągle poddawana krytyce za nierespektowanie praw człowieka zapisanych w Karcie Narodów Zjednoczonych. W latach 1981–1983 znalazła się na liście państw, które miały zostać poddane procedurze sprawdzającej. Nie doszło jednak do tego, gdyż władze NRD zezwoliły autorom kilku skarg na opuszczenie kraju, zmniejszając tym samym ich liczbę poniżej wymaganych 50³¹.

Drugim potencjalnym rozwiązaniem problemu spraw „strzelców” było posłużenie się koncepcją ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa. Umożliwiła ona delegalizację polityki granicznej reżimu bez uciekania się do norm prawa międzynarodowego. W ten sposób postąpił niemiecki wymiar sprawiedliwości. Przyjęto, iż obowiązujące w NRD przepisy prawne, jak i polityka władz legitymizowały skrajnie surowy reżim graniczny, jednak ten stan prawny i faktyczny był

31 J. Symonides, V. Volodine, *A guide to human rights*, Paris 2003, s. 48.

sprzeczny z uniwersalnymi, ogólnoludzkimi i powszechnie przyjętymi normami moralnymi. Dlatego przepisy prawne, które wyłączały bezprawność zachowań strażników granicznych stosujących ekscesywne środki, należy pozbawić mocy obowiązującej *ex post* lub *ex ante* zgodnie z formułą Radbrucha³². Co ciekawe, oparte o koncepcję ustawowego bezprawia orzecznictwo sądów niemieckich splotło się z problemem prawnym obowiązku wykonywania rozkazu przez funkcjonariusza służb mundurowych, zwłaszcza o charakterze wojskowym (trzeba pamiętać, że służby skierowane w NRD do egzekwowania reżimu granicznego były jednostkami Narodowej Armii Ludowej). Okazuje się, że sądy niemieckie podważyły nie tylko obowiązujące w przeszłości przepisy prawne i praktykę ich stosowania, ale także poddały w wątpliwość obowiązek wykonywania przez żołnierzy służb granicznych rozkazów przełożonych. Konsekwencją przyjęcia konstrukcji Radbrucha było w tym wypadku nie tylko uznanie, że ówczesnie obowiązujące przepisy nie posiadały charakteru prawa. Z racji tego, że na tych aktach opierały się rozkazy wojskowe, uznano je za nieważne i pozbawiono je własności wyłączających winę sprawców czynów popełnionych na granicach NRD. Ten problem wiąże się z faktem, iż przyjmując, że przepisy graniczne NRD oraz sposób ich stosowania były typowe dla ustawowego bezprawia (zgodnie z formułą Radbrucha), kwestionujemy w pewnym stopniu istnienie samego rozkazu. Jak zauważa J. Wilk: „(...) podstawowym warunkiem powstania rozkazu jest istnienie stosunku legalnej władzy (choć historia zna przykłady późniejszego uznania niektórych pierwotnie legalnych organizacji państwowych za przestępcze, co dotyczyło np. pewnych organizacji hitlerowskich)”³³. Biorąc pod uwagę ten fakt, można powiedzieć, że użycie formuły Radbrucha w odniesieniu do przepisów będących podstawą do działania strażników granicznych dyskredytuje rozkaz jako okoliczność wyłączającą winę. W tym wąskim obszarze nieludzkiej regulacji reżimu granicznego (wydawania aktów będących bezprawiem przez dyktaturę komunistyczną) trudno upatrywać działania legalnej władzy. W świetle niespełnienia tego podstawowego warunku można stwierdzić, że w wąskim rozumieniu trudno

32 J. Zajadło, *Krew u stóp muru*, [w:] J. Zajadło (red.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, Warszawa 2008, s. 157.

33 J. Wilk, *Nieposłuszeństwo rozkazowi wojskowemu*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, 2002, nr 1.

nakaz unicestwienia ludzi przekraczających nielegalnie granicę nazwać rozkazem. Każde działanie oparte na tak rażącym bezprawiu, trudno zakwalifikować do pojęcia aktywności legalnych organizacji państwowych, choć oczywiście porównanie NRD do państwa hitlerowskiego poza tym wąskim aspektem byłoby nadużyciem. Wykorzystanie formuły Radbrucha w zjednoczonych Niemczech jako narzędzia obrony praw człowieka splotło się zatem silnie z karnoprawnymi ocenami rozkazów określających drastyczne środki ochrony granicy państwowej. Są one dość skomplikowane, gdyż jak sam podkreślił niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny, nie jest do końca jasne, czy przeciętny żołnierz poddany indoktrynacji, określonego wychowaniu, naciskom systemu komunistycznego mógł bez żadnej wątpliwości rozpoznać granice naruszania prawa karnego³⁴.

Przedmiotem badania sądów w sprawach *Mauerschützen* był w szczególności § 27 Ustawy o granicach państwowych NRD z 27 marca 1982 r., który określał rygory dopuszczalności użycia broni palnej w sytuacji zapobiegania nielegalnemu przekraczaniu granicy. Regulacja ta tym samym tworzyła kontratyp wyłączający bezprawność zachowań służb granicznych³⁵. Zwłaszcza ten przepis podlegał ocenie z punktu widzenia formuły Radbrucha. Już w pierwszej grupie spraw Sąd Krajowy w Berlinie w wyroku z 20 stycznia 1992 r. uznał wyższość zasad sprawiedliwości nad innymi zasadami prawnymi. Z kolei w jednym z wyroków rewizyjnych z 3 listopada 1992 r. Federalny Sąd Najwyższy oparł uzasadnienie na argumentach zbieżnych z elementami formuły Radbrucha. Skład sędziowski uznał, że okoliczności wyłączających bezprawność czynów nie można wziąć pod uwagę, gdyż nie są one zgodne z zasadami pierwotnymi w stosunku do regulacji ustawowych³⁶. J. Arnold tak określa tę linię orzeczniczą: „Na pierwszej płaszczyźnie argumentacji odwołującej się do prawa naturalnego, a zwłaszcza do formuły Radbrucha, okoliczności wyłączające bezprawność przewidziane w prawie NRD uznaje się za nieobowiązujące”³⁷. Najbardziej wyraziście odwołuje się do formuły Rad-

34 J. Zajadło, *Odpowiedzialność za Mur...*

35 *Idem*, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy...*, s. 262.

36 J. Zajadło, *Formuła Radbrucha – geneza, treść, zastosowanie*, Państwo i Prawo, 2000, nr 6, s. 40.

37 J. Arnold, E. Weigend, *Prawo karne, zmiana systemu politycznego i obrachunek z przeszłością w Polsce i w Niemczech. Próba podsumowania* [w:] A. Esser, A. Zoll (red.), *Prawo karne a problem...*, s. 47.

brucha orzeczenie Federalnego Sądu Najwyższego z 20 marca 1995 r. Sąd określił w nim wydarzenia na granicy NRD i RFN jako skrajny przypadek zgodnie z rozumieniem formuły. Całościowy kształt reżimu granicznego został uznany za sprzeczną z prawami człowieka praktykę stosowania i wykładni norm, która nie może posiadać miana prawa³⁸. Mimo znacznej rozbieżności wyroków w omawianych procesach (podczas „prawno Karnego rozpracowywania przeszłości” zapadały zarówno wyroki skazujące, jak i uniewinniające), właściwie w większości postępowań przewinął się wątek ponadpozytywnej odpowiedzialności karnej³⁹. Formuła nie była tylko retorycznym ozdobiakiem orzeczeń. Stanowiła ważny element podczas podważenia legalności polityki granicznej systemu komunistycznego byłej NRD. Ze względu na ważny wymiar symboliczny wyroki w sprawach „strzelców” stanowiły wyraz niemieckiej polityki wobec przeszłości. Postulowane przez Gustava Radbrucha pozbawienie mocy wiążącej norm rażąco niesprawiedliwych stało się ponownie narzędziem realizowania sprawiedliwości przy wykorzystaniu prawa karnego. Jak się okazało, było to instrumentarium znacznie skuteczniejsze niż możliwości, jakie dawał międzynarodowy system ochrony praw człowieka.

Formuła Radbrucha, a międzynarodowy system ochrony praw człowieka w przyszłości. Wzajemne alternatywy czy model kooperacji?

Chociaż formuła Radbrucha powstała ponad pół wieku temu, niewątpliwie nie straciła swojego ponadczasowego charakteru. Bezpodstawnym byłoby stwierdzenie, że dziś ta teoria może być jedynie przedmiotem badań historycznych. Chociaż nie ma do niej bezpośrednich odwołań w orzecznictwie sądowym innych krajów niż Niemcy, koncepcja jest szeroko rozpowszechniona i wielokrotnie była przedmiotem wielu dyskusji naukowych. Występowały także orzeczenia uzasadniane w podobny sposób. Stosowanie formuły Radbrucha zarówno w procesach denazyfikacji, jak i dekomunizacji, stanowiło alternatywę dla

³⁸ J. Zajadło, *Formuła Radbrucha – geneza, treść...*, s. 41.

³⁹ *Ibidem*, s. 40.

nie zawsze skutecznego międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka. Tam, gdzie normy prawne stawały się bezradne, użyteczna stawała się filozofia prawa. Pozwalała ona na odstępianie od pozytywistycznego formalizmu doprowadzającego do niezrozumiałej sytuacji, w której głównymi beneficjentami praw człowieka stawały się osoby będące w przeszłości sprawcami ich łamania. Na gruncie norm prawa krajowego umożliwiała wyeliminowanie norm ewidentnie sprzecznych z zasadami sprawiedliwości, kiedy nie było możliwości stosowania reguł prawa międzynarodowego. Obecny proces doskonalenia międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka daje nadzieję, że w przyszłości nie będą dla niego potrzebne żadne alternatywy. Co więcej, punktów odniesienia dla konkretyzacji dość nieostrych przecież założeń formuły można obecnie poszukiwać właśnie w przyjętych przez społeczność międzynarodową standardach ochrony praw człowieka. W ten sposób uzupełniały już koncepcję ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa Federalny Sąd Najwyższy i Federalny Sąd Konstytucyjny⁴⁰. Na tej podstawie moglibyśmy wysnuć przeświadczenie, że w przyszłości dyrektywy wyrażone paremią *lex iniustissima non est lex* oraz międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka będą się wzajemnie uzupełniać. Wydaje się, że taka sytuacja w najpełniejszym wymiarze nastąpi w Europie, gdzie regionalny system ochrony rozwija się bardzo dynamicznie. Ze względu na fakt, że podstawowe zasady sprawiedliwości materialnej zostały spozytywizowane w aktach prawa międzynarodowego włączonych do porządków konstytucyjnych, normy prawne, które spełniają kryterium rażącej niesłuszności, mogą być usuwane w oparciu o orzeczenia odpowiednich sądów konstytucyjnych⁴¹. Jednak występują szczególne sytuacje, kiedy derogowanie określonego przepisu nie następuje tylko i wyłącznie na podstawie wyrażonej *explicite* konkretnej normy ustawy zasadniczej, lecz także przy odwołaniu się do pewnej aksjologii towarzyszącej podstawom ustroju konstytucyjnego państwa. W tym dość wąskim aspekcie można dostrzegać pole do stosowania formuły, w specyficznej kooperacji z międzynarodowym systemem ochrony prawa człowieka w nowoczesnych demokracjach.

⁴⁰ J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy...*, s. 262.

⁴¹ R. Grzeszczak, *Lepsze tworzenie prawa w Unii Europejskiej*, [w:] P. Mochnaczewski, A. Kociołek-Pęksa (red.), *Dobre prawo, złe prawo – w kręgu myśli Gustawa Radbrucha*, Warszawa 2009, s. 107.

SUMMARY

Marcin Lubertowicz

GUSTAV RADBRUCH'S FORMULA AS AN ALTERNATIVE
TO THE INTERNATIONAL SYSTEM OF HUMAN RIGHTS PROTECTION

Radbruch's formula is founded on three theses. The first claims that a law that is in flagrant violation of the precepts of justice must be disregarded. In accordance with the second thesis "(...) where there is not even an attempt at justice, where equality, the core of justice, is deliberately rejected in the issuance of positive law, there the statute is not merely unjust law, for it lacks the very nature of law altogether." While the first thesis refers to single norms that are strikingly at odds with the principles of justice, the second concerns regulations that have been devoid of the attribute of legality from the outset due to the reprehensible motivation of the legislator. The third one, on the other hand – whose significance is secondary to the prior two – is the so-called thesis of the defenselessness of the legal profession. Radbruch's formula may be encapsulated in the following maxim: *lex iniustissima non est lex*. The application of this formula in the processes of denazification and decommunization provided an alternative to the international system of human rights protection, which was not always effective. It permitted the abandonment of the positivist formalism that led to an absurd situation in which the main beneficiaries of human rights became the persons formerly responsible for breaches thereof. In the context of domestic law, the formula allowed for the elimination of norms that stood in clear contradiction to the precepts of justice at times when it was impossible to apply the rules of international law. In the Author's view, directives formulated by the maxim *lex iniustissima non est lex* and the norms of the international system of human rights protection will complete each other in the future.

Translated by Marzena Bąk

KEYWORDS: Gustav Radbruch, Radbruch's formula, legal positivism, natural law, human rights, justice, international law, Hitlerism