



Jerzy Zajadło

FORMUŁA „GESETZ UND RECHT”

SPIS TREŚCI

1. „Cum grano salis”	37
2. Art. 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej Niemiec	40
3. Od porządku ponadpozytywnego do aksjologii konstytucyjnej	43
4. Artur Kaufmann i Ralf Dreier	46
5. „Gdyby wszystko przebiegało normalnie” ...	48



JERZY ZAJADŁO

Urodzony w 1954 roku. Adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego Uniwersytetu Gdańskiego. Wykłada prawa człowieka, prawo międzynarodowe i protokół dyplomatyczny studentom prawa, administracji, ekonomii, handlu zagranicznego i marketingu. Swoje zainteresowania naukowe koncentruje przede wszystkim wokół problemu prawa naturalnego – początkowo w ramach tzw. nowożytnej szkoły prawa natury XVII i XVIII wieku, obecnie głównie na tle współczesnej niemieckiej filozofii prawa.

Autor m.in. *Formuła Radbrucha. Filozofia na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*.



WPROWADZENIE

Rozważany przez autora problem braku tożsamości „ustawy” z „prawem” został wywołany przez Radbrucha po II wojnie światowej i stał się osią, wokół której obraca się niemiecka powojenna filozofia prawa aż po dzień dzisiejszy. Myśl ta była również podstawą argumentacji w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 22 marca 2001 r., w sprawie tzw. strzelców przy Murze Berlińskim. Centralnym problemem filozofii Radbrucha było ukazanie i rozwiązywanie sprzeczności między trzema elementami idei prawa – bezpieczeństwem prawnym, celowością prawa i sprawiedliwością. Ta podstawa dalszych rozważań Zajadły, nawiązujących do wykładni artykułu 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej Niemiec i powstających przy niej kontrowersji, prowadzi do podkreślenia myśli Artura Kaufmanna i Ralfa Dreiera – autorów sięgających w swej argumentacji odpowiednio do szerszej myśli filozoficzнопrawnej oraz do rozróżnienia reguł i zasad prawnych.

1. „CUM GRANO SALIS”

Bohater *Lektora*, bestsellerowej powieści Bernharda Schlinka, wspomina, że na seminariu w czasie studiów prawniczych zajmował się głównie odpowiedzią na następujące pytania: „Czy wystarczy, że artykuł, na podstawie którego skazuje się strażników i oprawców obozów koncentracyjnych, występował w kodeksie karnym już w czasie ich przestępstw; czy ważne jest, jak w czasie ich przestępstw był rozumiany i stosowany, i że właśnie wtedy ich nie dotyczył. Czym jest prawo? Tym, co jest zapisane w kodeksie, czy tym, co w społeczeństwie jest rzeczywiście akceptowane i przestrzegane? A może prawem jest to, co niezależnie, czy jest zapisane w kodeksie, czy nie, należałoby akceptować i przestrzegać, jeśli wszystko przebiegałoby normalnie?”¹. Ustawa (*Gesetz*) nie jest więc tożsama z prawem (*Recht*). Ten problem, wywołany ze szczególną ostrością po II wojnie światowej, po części przez Gustawa Radbrucha, stał się osią, wokół której aż po dzień dzisiejszy obraca się niemiecka powojenna filozofia prawa².

¹ B. Schlink, *Lektor*, Warszawa 2001, s. 88.

² Dotyczy to zresztą nie tylko niemieckiej filozofii prawa: „Otóż na pewno nie jest przypadkiem, że *dike*, *ius*, *Recht*, *droit*, *prawo*, a nawet i *right* mają wyraźne konotacje wartościujące, natomiast *nomos*, *lex*, *loi*, *Gesetz*, *ustawa*, a nawet *law* odwołują się do faktu ustanowienia reguły, gdzieś, kiedyś, przez kogoś i dla kogoś. Od razu nasuwa to takie oto fundamen-

Wydawało się, że w miarę upływu czasu tzw. formuła Radbrucha straciła na aktualności i jej praktyczne zastosowanie było ograniczone do specyficznych problemów związanych z rozliczeniem bezprawia okresu Trzeciej Rzeszy. Tymczasem zagadnienia prawnokarne powstałe po upadku Muru Berlińskiego spowodowały, że nabrąła ona ponownego i nieoczekiwanej znaczenia w orzecznictwie niemieckich sądów³. 22 marca 2001 roku odwołał się do niej nawet Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w swoich wyrokach dotyczących członków byłego kierownictwa państwowego NRD a także jednego funkcjonariusza straży granicznej⁴.

Powojenna twórczość Radbrucha jest znana polskiemu czytelnikowi przede wszystkim z dwóch tekstów: *Pięć minut filozofii prawa*⁵ oraz *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*⁶. Zwłaszcza ten drugi artykuł ukształtował pewien stereotyp autora jako pozytywisty, który pod wpływem doświadczeń związanych z perwersjami nazistowskiego bezprawia przeszedł na pozycje prawnonaturalne. Nowe badania i interpretacje wykazały, że problem jest znacznie bardziej złożony, a prawda o życiu, działalności politycznej i twórczości Radbrucha jest zawsze prawdą *cum grano salis*⁷. Radbruch nigdy nie był skrajnym pozytywistą, nigdy też nie stworzył własnej doktryny prawa natury. Jego koncepcja ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa była raczej spontaniczną reakcją uczonego i humanisty na konsekwencje nieograniczonej instrumentalizacji prawa, niż jednoznaczną deklaracją prawnonaturalną. Zresztą, w powojennej twórczości Radbrucha w ogóle bardzo mało jest filozofii prawa (*Rechtsphilosophie*), znacznie więcej filozofii prawników (*Juristenphilosophie*)⁸, pró-

talne zagadnienie: jaki jest stosunek pomiędzy prawem i ustawą? Jest to jedno z najważniejszych pytań filozofii prawa” (J. Woleński, *Okolice filozofii prawa*, Kraków 1999, s. 10). J. Llompart zauważa jednak, że odróżnienie *ius* i *lex* wywodzi się przede wszystkim z tradycji prawa rzymskiego i dlatego jest czymś charakterystycznym przede wszystkim dla zachodnio-europejskiej kultury prawnnej. Jego zdaniem tego podziału nie znały cywilizacje Dalekiego Wschodu, koncentrujące się raczej na odróżnieniu prawa od moralności, a nie prawa od ustawy (tenże, *Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts*, Berlin 1993, s. 84–89).

³ J. Zajadło, *Formula Radbrucha – geneza, treść, zastosowanie*, „Państwo i Prawo” 2000 r., nr 6, s. 25–42.

⁴ *Case of Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* (Applications nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98) oraz *Case of K.H.W. v. Germany* (Application no. 37201/97).

⁵ *Colloquia Communia* 6(41) 1988–1(42) 1989 r., s. 61 i nast.

⁶ M. Szyszkowska, *Zarys filozofii prawa*, Białystok 2000, s. 256–266.

⁷ A. Kaufmann, *Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main 1984, s. 32 oraz tenże, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie* [w:] A. Kauffmann, W. Hassemer, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg 1985, s. 81.

⁸ Szerzej na temat pojęcia *Juristenphilosophie*, zob. E. Buchholz-Schuster, *Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechsel*, Berlin 1998.

bujących rozważyć *more philosophico* skomplikowane problemy z pogranicza prawa i moralności. Rozmiar i charakter nazistowskich zbrodni spowodował, że po wojnie sądy stanęły wobec problemu reinterpretacji podstawowej zasady prawa: *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori*. Stąd też w twórczości Radbrucha, zarówno w słynnym artykule o ustawowym bezprawiu i ponadustawowym prawie, jak i tekście *Gesetz und Recht*, drukowanym w niniejszym tomie, pojawia się tyle odesłań do bieżącego orzecznictwa.

Centralnym problemem Radbruchowskiej filozofii prawa było zawsze rozwiązywanie antynomii pomiędzy trzema elementami idei prawa – bezpieczeństwem prawnym, celowością prawa i sprawiedliwością. W normalnych warunkach prawnik powinien rozstrzygać te konflikty *in favorem* stałości i pewności porządku prawnego. Bywają jednak takie sytuacje, kiedy mamy do czynienia z ekstremalnymi wyjątkami normatywnymi – wówczas zasada bezpieczeństwa prawnego powinna ustąpić przed zasadą sprawiedliwości. W warunkach ustawowego bezprawia nawet ustanowiona prawnie uchwalona w sensie formalnym może być uznana za nieobowiązującą *ex tunc*, ponieważ, jak twierdził Radbruch, z uwagi na swoją treść nie zasługuje na miano prawa. Nie jest to filozoficzna spekulacja prawnonaturalna, lecz rozstrzygnięcie *par excellence* prawne, zarówno w warstwie przyczyn, jak i skutków. W wydaniu Radbrucha miało ono przede wszystkim stronę negatywną – autor nigdy nie sprecyzował, co jest pozytywną treścią sprawiedliwości, starał się raczej określić, co jest niesprawiedliwością tak rażąca, że aż zmuszającą do refleksji na płaszczyźnie walidacyjnej i mogącą prowadzić do skutków derogacyjnych⁹. Współczesność dopisała do jego formuły nowy rozdział – pozytywną przeciwwagą dla ustawowego bezprawia jest ochrona podstawowych praw człowieka. Stąd też, nawet jeśli Radbruch odwoływał się w swojej powojennej twórczości do prawa natury, to nie pojmował go w klasyczny sposób, w kategoriach systemu normatywnego złożonego z niezmiennych i absolutnych

⁹ Podobnie sądzi W. Hassemer, *Odpowiedzialność prawnokarna w odniesieniu do przestępcości państwownej w kontekście politycznej zmiany systemu w świetle okoliczności wyłączających bezprawność czynu* [w:] A. Eser, A. Zoll (red.), *Prawo karne a problem zmiany ustroju politycznego*, Kraków 1998, s. 90: „Osobiście skłaniałem się raczej ku temu, by za G. Radbruchem, za prawnie niewiążące uznać te akty prawa pozytywnego, które w rażący sposób naruszają prawa człowieka, powszechnie dzisiaj uznawane przez międzynarodową społeczność. Nie mamy tutaj do czynienia z jakimś nowym prawem naturalnym – przeciwnie, jeszcze po II wojnie światowej Radbruch dobrze bronił wartości prawa pozytywnego, rezygnując z zasady pewności prawnnej na rzecz sprawiedliwości jedynie w sytuacjach skrajnych z normatywnego punktu widzenia. Poza tym, jeśli w ogóle, to dopuszczał jedynie istnienie negatywnego «prawa naturalnego». W swej słynnej formule próbował określić nie to, co z punktu widzenia prawa naturalnego jest słusze, lecz to, co jest niesprawiedliwe, czyli ekstremalny wyjątek normatywny”.

zasad. Było ono dla niego raczej tym, co Bertrand Russell nazywał mądrością Zachodu, a co współcześnie określa się jako uniwersalizm praw człowieka¹⁰.

2. ART. 20 UST. 3 USTAWY ZASADNICZEJ NIEMIEC

Odźnianie prawa i ustawy w warunkach niemieckich nie jest tylko problemem filozoficznopravnym, ponieważ tzw. dyskusja prawnonaturalna pozostawiła trwałe ślady normatywne, zwłaszcza w treści Ustawy Zasadniczej z 1949 r. Typowym przykładem jest przepis art. 20 ust. 3, zgodnie z którym „władza ustawodawcza jest związana porządkiem konstytucyjnym, zaś władza wykonawcza i sądownictwo – ustawą i prawem”. Nie jest rzeczą łatwą określić, co w tym kontekście oznacza z jednej strony „ustawa” (*Gesetz*), z drugiej zaś „prawo” (*Recht*), a zwłaszcza jakie są wzajemne relacje pomiędzy nimi. W niemieckiej literaturze prawa konstytucyjnego i orzecznictwie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego zdecydowanie przeważa jednak pogląd, iż nie mamy tutaj do czynienia wyłącznie z tautologią – „prawo i ustanawia w sprawdzie w zasadzie ogólnie pokrywają się, ale niekoniecznie i nie zawsze”¹¹. Taka systemowa interpretacja, oparta na pewnym porządku aksjologicznym konstytucji¹², wydaje się odzwierciedlać intencje samego Radbrucha. Artykuł *Gesetz und Recht* wyraźnie wskazuje, że celem autora nie była prawnonaturalna substytucja pozytywizmu, lecz raczej wyznaczenie temu ostatniemu pewnych racjonalnych granic przedmiotowych.

Art. 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej był w niemieckiej doktrynie prawa konstytucyjnego i filozofii prawa od samego początku przedmiotem sporu. Szczególne trudności nastręcza zwłaszcza wykładnia użytej w nim formuły „ustawa i prawo”. Chodzi tutaj zresztą w mniejszym stopniu o znaczenie i treść terminu „ustawa”, a bardziej o niejasne w tym kontekście słowo „prawo”. Większość autorów wyraża bowiem pogląd, iż w art. 20 ust. 3 „ustawa” jest nie tyle synonimem aktu pochodzącego od parlamentu (ustawa w znaczeniu formalnym), ile raczej symbolem pozytywnego porządku prawnego czy systemu prawa stanowionego w ogóle (ustawa w znaczeniu materialnym). Sposób podejścia do znaczenia terminu „ustawa” nie rozwiązuje jednak całego szeregu problemów teoretycznych i praktycznych, występujących na gruncie wykładni omawianego

¹⁰ S. Tönnies, *Der westliche Universalismus. Die Denkwelt der Menschenrechte*, Wiesbaden 2001.

¹¹ Tak stwierdził Federalny Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 14 lutego 1973 r. – *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, tom 34, s. 286 i nast.

¹² G. Sprenger, *Legitimation des Grungesetzes als Wertordnung. Einige philosophische Anmerkungen* [w:] W. Brugger (red.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 1996, s. 219–247.

przepisu. Ciągle otwarte pozostaje bowiem zagadnienie odpowiedzi na pytanie o treść i znaczenie terminu „prawo”, a zwłaszcza o stosunek „ustawy” do „prawa” w zwrocie *Gesetz und Recht*. Zdaniem Ralfa Dreiera, kluczem do zrozumienia sensu przepisu art. 20 ust. 3 jest właśnie sposób podejścia do problemu znaczenia terminu „prawo”¹³.

Wszelkie próby rozstrzygnięcia sporu w drodze wykładni językowo-logicznej są w zasadzie z góry skazane na niepowodzenie – zarówno z uwagi na wieloznaczność użytych terminów, jak i znaczenie problemu (rzeczą dotyczy w końcu podstawowej zasady ustrojowej państwa). Niezadowalające rezultaty przynoszą też próby rekonstrukcji intencji tzw. historycznego ustrojodawcy. Z protokołów obrad konstytuanty (*Parlamentarischer Rat*)¹⁴ nie wynika bowiem jednoznacznie geneza użycia zwrotu *Gesetz und Recht*. Dlatego też podejmowane w niemieckiej nauce prawa próby interpretacyjne są zazwyczaj wielopłaszczyznowymi konstrukcjami teoretycznymi, które wnikają głęboko nie tylko w systematykę samej ustawy zasadniczej, lecz także w leżącą u jej podstaw aksjologię. Uwzględnienie tej ostatniej jest o tyle niezbędne, że wobec brzmienia przepisu art. 97 ust. 1 wykładnia systemowa prowadzi do ewidentnej, aczkolwiek w gruncie rzeczy tylko pozornej sprzeczności. Przepis ten określa bowiem zasadę niezawisłości sędziów i podporządkowuje ich „wyłącznie ustawie”. Pozorna sprzeczność między art. 20 ust. 3 i art. 97 ust. 1 nie powstaje właściwie jedynie wówczas, gdy uzna się, że w obu przepisach chodzi o ustawę w znaczeniu formalnym. W takim przypadku pojęcie *Recht* oznacza po prostu wszystkie normy pozaustawowe o charakterze norm prawnych (w tym także normy prawa zwyczajowego)¹⁵ lub jest czystą tautologią i synonimem pojęcia *Gesetz*¹⁶.

Taka interpretacja traci jednak bardzo mocno powrotem do klasycznego pozytywizmu, ponieważ nie uwzględnia całego historycznego i ideologicznego kontekstu towarzyszącego narodzinom Ustawy Zasadniczej i w konsekwencji jest w literaturze bardzo ostro krytykowana. Zdaniem Sternia, dostrzeganie w formule *Gesetz und Recht* „jedynie możliwości istnienia prawa nieisanego, prawa zwyczajowego” jest uproszczeniem

¹³ R. Dreier, *Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht* [w:] tenże, *Recht – Staat – Vernunft*, Frankfurt am Main 1991, s. 78 i nast.

¹⁴ Por. *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes*, „Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge” 1951, tom 1, s. 195–202.

¹⁵ Tak np. D. Merten, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung*, Deutsches Verwaltungsbllatt 1975, s. 677–684 oraz H. Hill, *Einführung in die Gesetzgebungstheorie*, Heidelberg 1982, s. 25 i nast.

¹⁶ H. W. Schrader, *Recht und Gesetze* [w:] H. Wandersleb (red.), *Recht, Staat, Wirtschaft*, tom 3, Düsseldorf 1951, s. 84; w późniejszym okresie podobnie K. Doebring (głos w dyskusji) [w:] T. Stein (red.), *Die Autorität des Rechts. Verfassungsrecht, Völkerrecht, Europarecht*, Heidelberg 1985, s. 132.

tego bardzo skomplikowanego problemu¹⁷. Dla wielu autorów niezadowalająca jest również interpretacja zaproponowana przez Kleina, współautora znanego w Niemczech komentatora do Ustawy Zasadniczej. Zdaniem Kleina, *Gesetz* i *Recht* stanowią jakby dwie strony tego samego zjawiska – *Gesetz* to „pozytywność bez zawartości aksjologicznej”, natomiast *Recht* to „zawartość aksjologiczna bez pozytywności”¹⁸. Ta pozornie bardzo „filozoficzna” interpretacja niczego w gruncie rzeczy nie wyjaśnia i prowadzi jedynie do pogłębienia wątpliwości powstających na tle interpretacji omawianego przepisu. Tym bardziej, że Klein bliżej nie precyzuje swojego stanowiska, a zwłaszcza nie określa pojęcia: „pozytywność” (*Positivität*) ani znaczenia zwrotu: „zawartość aksjologiczna” (*Wertgehalt*). Stąd też godne uwagi są, moim zdaniem, jedynie te próby interpretacyjne, które albo wnikają głęboko w problematykę pojętego materialnie państwa prawa, albo analizują formułę *Gesetz und Recht* w szerszym kontekście filozoficznoprawnym.

Dla większości autorów punktem wyjścia do dyskusji nad znaczeniem ustrojowym przepisu art. 20 ust. 3 jest następujące stwierdzenie Radbrucha: „Konflikt pomiędzy sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym należałoby rozwiązać w ten sposób, ażeby prawo pozytywne, zagwarantowane przez ustawodawstwo i władzę państwową, miało pierwszeństwo również i wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe, chyba że sprzeczność ustawy pozytywnej ze sprawiedliwością osiąga taki stopień, że ustanawia jako «prawo niesprawiedliwe» powinna ustąpić sprawiedliwości”¹⁹. Radbruch zdaje sobie oczywiście sprawę z tego, że w praktyce wyznaczenie ścisłej granicy między prawem niesprawiedliwym a ustawowym bezprawiem jest niezwykle trudne. Pod wpływem doświadczeń związanych z nazizmem uważa jednak za konieczne uznanie, że w pewnych okolicznościach naruszenie elementarnych zasad sprawiedliwości (*Recht*) podważa nawet formalną legalność określonych norm (*Gesetz*). Opinia ta, znana powszechnie pod nazwą „formuły Radbrucha” (*Radbruchsche Formel*), znalazła szeroki oddźwięk zarówno w niemieckiej nauce, jak i praktyce prawa²⁰.

Szczególnie często i chętnie sięgały do formuły Radbrucha najwyższe niemieckie instancje sądowe – z jednej strony Federalny Sąd Najwyższy (*Bundesgerichtshof*), z drugiej zaś Federalny Trybunał Konstytucyjny (*Bundesverfassungsgericht*). Szczegółowa analiza orzecznictwa tych organów

¹⁷ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tom 1, München 1984, s. 798.

¹⁸ H. v. Mangoldt, F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, Berlin – Frankfurt am Main 1957, tom 1, s. 603.

¹⁹ G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie..., op.cit.*, s. 262.

²⁰ J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.

przekraczałaby ramy niniejszego szkicu. Dlatego też, tytułem egzemplifikacji chciałbym zwrócić uwagę na pewną charakterystyczną ewolucję²¹ rozstrzygnięć sądu konstytucyjnego, potwierdzającą uniwersalność Radbruchowskiej propozycji. W początkowym okresie Federalny Trybunał Konstytucyjny stał na bliżej nie określonym stanowisku prawnonaturalnym. W jednym ze swoich pierwszych orzeczeń (tzw. *Süd-West-Staatsurteil* z 23 października 1951 r.) uznał bowiem wyraźnie i jednoznacznie „istnienie praw ponadpozytywnych, wiążących także ustawodawcę konstytucyjnego”. W późniejszym okresie Trybunał wykazywał już w tym względzie bardziej umiarkowane i wyważone stanowisko. Od przełomu lat 60. i 70., wobec konstytucyjnej pozytywizacji podstawowych zasad prawnonaturalnych – przeważała interpretacja w duchu „podstawowego porządku wartości” (tak np. w tzw. *Lüth-Urteil*), a następnie, od początku lat 70., w duchu „indywidualności każdej osoby” (chociażby w *Lebach-Urteil*). W wyroku z 1996 r. w sprawie strzelców przy Murze Berlińskim (tzw. *Mauerschützen-Urteil*) uznano z kolei, wykorzystując formułę Radbrucha, bezpośrednie obowiązywanie podstawowych praw człowieka. Potwierdza to jednak słuszność powszechnie akceptowanej już dzisiaj tezy, że podstawowym materialnoprawnym punktem odniesienia dla demokratycznego państwa prawa jest ochrona praw i wolności jednostki: „Niezależnie od tego, co uważamy za źródło wartości i czy postrzegamy je jako absolutne czy zmienne historycznie, zgadzamy się co do tego, że podstawowe wartości, które prawo powinno respektować, formułuje wspólnie doktryna praw człowieka. Przyjmuje się w niej, że każdemu człowiekowi przysługują określone prawa i wolności, niezależnie od woli prawodawcy. Rolą prawa jest poręczanie tych uprawnień i zabezpieczanie ich przed zagrożeniami ze strony innych jednostek oraz samego państwa”²².

3. OD PORZĄDKU PONADPOZYTYWNEGO DO AKSJOLOGII KONSTYTUCYJNEJ

Podobną, *mutatis mutandis*, ewolucję przeszła również doktryna, przy czym trudno w tym przypadku mówić o ewolucji w ujęciu chronologicznym, ponieważ przedstawiciele obu niżej scharakteryzowanych stanowisk występowali w okresie tuż powojennym, jak też występują współcześnie. Chodzi tutaj o ewolucję w znaczeniu merytorycznym, a ściślej mówiąc – o przesunięcie akcentu dyskusji z „ponadpozytywnego” charakteru niektórych zasad prawa na system wartości leżących u podstaw porządku polityczno-prawnego zapisanego w Ustawie Zasadniczej Nie-

²¹ H. Weber-Grellet, *Rechtsphilosophie*, Münster 1977, s. 111.

²² S. Wronkowska, *Kryteria oceny prawa* [w:] E. Kustra (red.), *Przemiany polskiego prawa (1989–1999)*, Toruń 2001, s. 35.

miec. Z tego punktu widzenia, moim zdaniem, można wyróżnić w niemieckim prawoznawstwie dwie zasadnicze grupy stanowisk.

Autorzy pierwszej grupy²³ skłonni są widzieć w zasadzie materialnego państwa prawa normę o charakterze ponadpozytywnym, ponieważ stoją konsekwentnie na gruncie prawnaturalnym. W konsekwencji, formuła *Gesetz und Recht* oznacza przeciwstawienie prawa pozytywnego prawa ponadpozytywnemu (prawu natury, materialnie pojętej sprawiedliwości). Nie oznacza to oczywiście, że konflikt między prawem a ustawą jest konfliktem koniecznym, lecz tylko to, że takiego konfliktu wobec istnienia prawa ponadpozytywnego nie można wykluczyć. Stąd też np. E. von Hippel, stojący na gruncie katolickiej nauki społecznej, zdawał się nie mieć żadnych wątpliwości, iż pod pojęciem „prawa” w art. 20 ust. 3 należy rozumieć po prostu „prawo natury” i to w znaczeniu pewnego porządku stworzenia²⁴. Z podobnych założeń ideologicznych wychodzi także Wipfelder, przy czym w jego koncepcji więcej jest może aspektów jurydycznych niż teologicznych. Stąd też, w opinii tego autora, formuła art. 20 ust. 3 powoduje legitymację „ponadpozytywnych źródeł prawa jako nieisanego prawa konstytucyjnego”²⁵. Prawnonaturalna interpretacja omarwianego przepisu nie musi jednak w sposób konieczny wiązać się z akceptacją konkretnej doktryny prawa natury czy nawet istnienia jakiegoś zwartego systemu normatywnego o charakterze ponadpozytywnym i konkurencyjnego w stosunku do prawa pozytywnego. Czasami chodzi raczej, na co zwraca uwagę Schneider²⁶, o pewne zasady podstawowe i elementarne. Wszystkich autorów tej grupy łączy nazywanie tych zasad „prawem natury” i przyznanie im ponadpozytywnego charakteru, nawet jeśli nie towarzyszy temu bliższe określenie ich treści.

Do drugiej grupy zaliczyłbym natomiast tych autorów, którzy skłonni są wprawdzie przyznać związanie organów państwa, w tym także ustrojodawcy, pewnymi zasadami ponadpozytywnymi, ale wobec ich pozytywizacji w prawie stanowionym – proponują rozwiązanie całego problemu wyłącznie na gruncie wykładni samej Ustawy Zasadniczej. Taka interpre-

²³ Np. F. Darmstaedter, *Der Begriff „Recht” in Artom 20 Abs. 3 des Grundgesetzes*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1957 r., s. 771; A. Hamann, H. Lenz, *Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, Neuwied – Berlin 1970, s. 345 i nast.; E. V. Hippel, *Elemente des Naturrechts*, Berlin – Frankfurt am Main 1969, s. 115 i nast.; E. Riedel, *Gesetz und Recht als gesetzliches Ordnungs und übergesetzliches Gerechtigkeitsprinzip*, „Deutsche Richter Zeitung” 1968, s. 167; H. J. Wipfelder, *Naturrecht und Gewohnheitsrecht als Quellen des Verfassungsrecht [w:] Das Naturrechtsdenken heute und morgenast. Gedächtnisschrift für Rene Marcic*, Berlin 1983, s. 947 i nast.

²⁴ E. von Hippel, *op.cit.*, s. 117.

²⁵ H. J. Wipfelder, *op.cit.*, s. 951.

²⁶ Por. głos w dyskusji [w:] *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” 1963, tom 20, s. 114.

tacja bliższa jest wprawdzie literalnemu brzmieniu przepisu art. 20 ust. 3, jednakże i ona wykracza poza zakres jego unormowania, skoro „prawo” wiązać ma także władzę ustrojodawczą i ustawodawczą, a nie tylko wykonawczą i sądowniczą. W warunkach niemieckich poszukiwanie materialnej legitymacji nowego porządku polityczno-prawnego miało swoje historyczne uzasadnienie i było reakcją na słabość formalnej demokracji okresu Republiki Weimarskiej. Radbruchowskie oskarżenie pod adresem pozytywizmu prawniczego, nawet jeśli uznać je za nieco uproszczone z historycznego punktu widzenia²⁷, wskazywało więc na konieczność przejścia od formalnego do materialnego państwa prawa. Zdaniem niektórych autorów, zasady, instytucje i mechanizmy ustrojowe zapisane w Ustawie Zasadniczej stanowią właśnie wyraz *materieller Rechtsstaat* i dlatego należy dokonywać wykładni formuły *Gesetz und Recht* wyłącznie w wyznaczonych przez nie ramach. Stąd też, zdaniem np. Schnappa²⁸, formuła „prawo i ustawa” jest wprawdzie wieloznaczna, ale nie daje to jeszcze podstaw do konstruowania subiektywnych teorii sprawiedliwości i zastępowania nimi porządku wartości spozytywizowanych w samej Ustawie Zasadniczej, zwłaszcza w art. 1 i art. 20 w zw. z art. 79 ust. 3. „Prawo” w rozumieniu art. 20 ust. 3 jest więc przez prawie wszystkich autorów tej grupy ujmowane jako „porządek wartości samej konstytucji”. System polityczno-prawy określony w Ustawie Zasadniczej oznacza bowiem – twierdzi się w literaturze²⁹ – przejście do nowego typu państwa prawa, do *materieller Rechtsstaat*. Również i tutaj, podobnie jak u przedstawicieli pierwszej grupy autorów, nie wyklucza się wprawdzie konfliktu pomiędzy ustawą i prawem, ale jego rozwiązanie możliwe jest jedynie na gruncie

²⁷ Obciążanie pozytywizmu prawniczego odpowiedzialnością za wynaturzenia nazistowskiego porządku prawnego należy do najbardziej kontrowersyjnych momentów Radbruchowskiej powojennej filozofii prawa – w literaturze znane jest jako tzw. *Wehrlosigkeitsthese*. Teza Radbrucha jest bardzo wątpliwa i właściwie sprzeczna z faktami historycznymi – w pierwszych latach po wojnie przyjmowano ją jakby „z dobrodziejstwem inwentarza”, ponieważ stanowiła dosyć wygodne alibi, zwłaszcza dla przedstawicieli nazistowskiego wymiaru sprawiedliwości. W ostatnich latach poddano ją bardzo krytycznej analizie historyczno-prawnej. W literaturze podkreśla się jednak, iż pomimo tych historycznych nieścisłości, w oskarżeniu Radbrucha pod adresem pozytywizmu tkwi pewne racjonalne jądro prawdy i to właśnie ono powinno decydować o uniwersalności tzw. formuły Radbrucha jako całości – tak np. M. Walther, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?*, „Kritische Justiz” 1988 r., nr 3, s. 263–280.

Problem pozytywistycznych postaw wobec systemu prawa w warunkach reżimów totalitarnych zasługuje jednak, moim zdaniem, na zupełnie osobne potraktowanie, które przekraczałoby, niestety, ramy tego krótkiego szkicu. Zwraca uwagę fakt, że w polskiej literaturze prawniczej brak właściwie opracowania, które podjęłoby próbę oceny, jaka była marksistowska nauka i praktyka prawa – pozytywistyczna czy antypozytywistyczna?

²⁸ I. von Münch (red.), *Grundgesetz – Kommentar*, tom 1, München 1985., s. 830.

²⁹ Zob. np. K. Stern, *Das Staatsrecht..., op.cit.*, s. 799.

„systemu wartości samej konstytucji”. R. Herzog³⁰ scharakteryzował to w następujący sposób: „Daleko idąca zasada materialnego państwa prawa Ustawy Zasadniczej przesuwa w pewnym stopniu konflikt z płaszczyzną prawa ponadpozytywnego czy idei sprawiedliwości na płaszczyznę pozytywnego prawa konstytucyjnego”. Owo „w pewnym stopniu” oznacza, jak sądzę, podkreślenie, iż chodzi tutaj może nie tyle o konkretne normy Ustawy Zasadniczej, co raczej o leżący u jej fundamentów „podstawowy porządek wartości” (*Grundordnung, Wertordnung*). Inni autorzy, np. Ch. Gusy³¹, są pod tym względem bardziej stanowczy: „prawo” w rozumieniu art. 20 ust. 3 jest właśnie owym „porządkiem wartości Ustawy Zasadniczej”. Jeszcze dalej zdaje się iść w tej interpretacji Doebring. Jego zdaniem, jeśli „prawo” w rozumieniu art. 20 ust. 3 jest „prawem natury”, to tylko w takim stopniu, w jakim to ostatnie uległo pozytywizacji w Ustawie Zasadniczej³².

4. ARTHUR KAUFMANN I RALF DREIER

We współczesnej niemieckiej filozofii prawa na osobne potraktowana nie zasługują, w moim przekonaniu, dwie propozycje interpretacji formuły *Gesetz und Recht*, sformułowane przez Arthura Kaufmanna i Ralfa Dreiera. Przemawia za tym kilka względów. Propozycja Kaufmanna odbiega od wyżej przedstawionych prób interpretacyjnych, ponieważ jest konstruowana konsekwentnie na płaszczyźnie filozoficzнопrawnej, a nie tylko w oparciu o analizę samej Ustawy Zasadniczej. Z kolei Dreier, odwołując się głównie do Ronalda Dworkina i Roberta Alexego, podkreśla metodologiczną zmianę paradygmatów pozytywizmu i prawnonaturalizmu, skutkującą koniecznością reinterpretacji formuły *Gesetz und Recht* w warunkach współczesnego państwa prawa.

Kaufmann interpretuje „prawo” i „ustawę” oraz wzajemne relacje pomiędzy nimi na gruncie tzw. hermeneutyki prawniczej, przy czym jego koncepcja daleka jest zarówno od prawnonaturalnej ortodoksyjnej, jak i od skrajności pozytywistycznego relatywizmu wartości. Jego zdaniem, nie można utożsamiać *Gesetz* i *Recht* (tak jak to czynił pozytywizm prawnicy), ponieważ *Gesetz* stanowi jedynie możliwość *Recht* w sytuacji konkretnego rozstrzygnięcia prawnego. Nie wolno jednak także rozdzielać dwóch pojęć (co było cechą klasycznych doktryn prawa natury), gdyż bez normy (*Gesetz*) nie można osiągnąć konkretnej słusznej decyzji prawnej (*Recht*)³³. Rzeczywistość prawa – twierdzi Kaufmann – jest sprzężeniem

³⁰ T. Maunz, G. Dürig, *Grundgesetz – Kommentar*, 1980, pkt 54.

³¹ Ch. Gusy, *Der Vorrang des Grundgesetzes, „Juristische Schulung”* 1983 r., s. 193.

³² K. Doebring, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt am Main 1984, s.130.

³³ A. Kaufmann, *Gesetz und Recht* [w:] tenże, *Rechtsphilosophie im Wandel*, Köln – Berlin – Bonn – München 1984, s. 152.

pozytywności i sprawiedliwości (prawnonaturalności): „Sprawiedliwość jako zasada ponadpozytywna jest rzeczywista tylko w prawie pozytywnym, a prawo pozytywne obowiązuje tylko pod warunkiem jego partycypacji w sprawiedliwości”³⁴. Mamy tutaj do czynienia jakby z połączeniem na płaszczyźnie filozoficzнопrawnej obu opisanych wyżej stanowisk – z nazwaniem rzeczy po imieniu (prawo natury), ale przy jednoczesnym uznaniu pozytywnego charakteru każdego prawa. Kaufmann zgadza się ze znana opinią Radbrucha, iż „każda epoka musi na nowo pisać swoją naukę prawa”³⁵. Teraźniejszość i przyszłość współczesnej filozofii prawa należą więc, jego zdaniem, do ontologii. Musimy zatem zmienić swoje tradycyjne wyobrażenia o relacji pomiędzy *Gesetz* i *Recht*. Chodzi bowiem nie o utożsamianie, czy też całkowite rozdzielenie tych dwóch pojęć, lecz o model rozumowania „prawo przed ustawą” (*Recht-vor-Gesetz-Denken*). Logicznie pierwsze jest *Gesetz*, ale ontologicznie i historycznie *Recht*. Zdaniem Kaufmanna, wystarczy „rzut oka w historię, by przekonać się, że prawo jest o wiele starsze niż to, co dzisiaj nazywamy «ustawą»”³⁶.

Z kolei, zdaniem Dreiera, zwrot *Gesetz und Recht* tylko wówczas ma charakter tautologiczny, gdy posługujemy się pozytywistycznym pojęciem prawa. Niewłaściwe jest jednak również utożsamianie pojęcia *Recht* z prawem natury: „Oznaczałoby to, że władza wykonawcza i sądownicza są związane prawem pozytywnym i prawem natury – taka formuła z uwagi na różnorodność teorii prawa natury prowadziłaby do naruszania obowiązowania ustawy i bezpieczeństwa prawnego”³⁷. Dlatego Dreier proponuje skonstruowanie „etyczne zmodyfikowanego pojęcia prawa pozytywnego” i dopiero na tej podstawie dokonywanie interpretacji przepisu art. 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej. Punktem wyjścia takiego niepozytywistycznego ujęcia prawa jest wprowadzone przez Dworkina i rozwinięte w niemieckiej nauce prawa przez Alexego – odróżnienie zasad i reguł prawnych³⁸. W pewnym sensie oznacza ono uniwersalizację Radbruchowskiej konsepcji ustawowego bezprawia. Podniesiony przez Radbrucha problem derogacji norm naruszających ostateczne granice sprawiedliwości dotyczył bowiem przede wszystkim ekstremalnych warunków państwa totalitarnego (tzw. *Hitler-Argument*); propozycja Dworkina odnosi się natomiast do konfliktów występujących w systemie prawnym w normalnym demokratycznym państwie prawa (tzw. *Prinzipien-Argument*). Dreier próbuje

³⁴ A. Kaufmann, *Die ontologische Struktur des Rechts* [w:] *ibidem*, s. 108.

³⁵ A. Kaufmann, W. Hassemer (red.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg 1985, s. 7 – por. G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1973, s. 222.

³⁶ A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, München 1997, s. 137.

³⁷ R. Dreier, *Das Spannungsverhältnis..., op.cit.*, s. 79.

³⁸ T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne, „Państwo i Prawo”* 1988 r., nr 3, s. 16–26.

połączyć nowoczesną metodologię racjonalnego dyskursu z Radbruchowską ideą prawa – także w warunkach demokratycznego państwa prawa dochodzi, jego zdaniem, do wewnętrznych konfliktów pomiędzy bezpieczeństwem prawnym, celowością prawa i sprawiedliwością i to zarówno w relacji państwo-obywatel, jak i obywatel-obywatel. Ich przejawem jest właśnie stan pewnego ciągłego napięcia (*Spannungsverhältnis*) pomiędzy *Gesetz* i *Recht*. Dopóki konflikty pomiędzy bezpieczeństwem, celowością i sprawiedliwością mieszą się w granicach pewnej homeostatycznej równowagi, dopóty zachowana jest równowaga systemu jako całości. Ważne jest jednak to, że ów stan napięcia pozostaje cały czas w ramach pozytywnego porządku prawnego, a nie w obrębie prowadzącego w ślepą uliczkę dylematu: „złe” prawo pozytywne – „dobre” prawo natury. Stąd zachowanie wspomnianej homeostazy systemu prawa powinno polegać na właściwym pojmowaniu relacji pomiędzy Dworkinowskimi zasadami i regulami, i to zarówno w procesie stanowienia, jak i stosowania prawa³⁹. W pewnym uproszczeniu można więc powiedzieć, że Dreier proponuje, by w zwrocie *Gesetz und Recht* pod pojęciem *Gesetz* rozumieć reguły prawne, natomiast pod pojęciem *Recht* – zasady prawne, zwłaszcza zasadę szeroko pojętej sprawiedliwości.

5. „GDYBY WSZYSTKO PRZEBIEGAŁO NORMALNIE”...

Trudno oczywiście w tym krótkim szkicu opisać całe bogactwo problemów występujących na gruncie wykładni formuły *Gesetz und Recht*. Przepis art. 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej jest z pewnością, w powiązaniu z innymi zasadami ustrojowymi, przejawem akceptacji przez ustrojodawcę określonej antypozytywistycznej ideologii stanowienia i stosowania prawa⁴⁰. Z równą pewnością można przyjąć, iż narodziny tej ideologii wiążą się bardzo ściśle z doświadczeniami wynikającymi z perwersji nazistowskiego bezprawia. Na tym tle powstaje jednak pytanie: jak dalece filozofia prawa może ingerować w proces ustawodawczy, w treść tekstu prawnego? Innymi słowy, gdzie jest granica między filozofią prawa jako nośnikiem niezbędnego dla każdego systemu normatywnego aksjologii a filozofią prawa jako zbędnym balastem utrudniającym proces wykładni? Na gruncie analizy przepisu art. 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej można ten skomplikowany problem dostrzec, trudno go jednak w sposób jednoznaczny rozwiązać. Maunz⁴¹ zauważa, że twórcy Ustawy Zasadniczej, decydując

³⁹ R. Dreier, *Das Spannungsverhältnis...*, op.cit., s. 85.

⁴⁰ J. Zajadło, *Überwindung des Rechtspositivismus als Grundwert des Grundgesetzes, „Der Staat”* 1987, s. 207–230.

⁴¹ T. Maunz, *Rechtsethische Positionen in den Nachkriegsverfassungen des Bundes und der Länder* [w:] A. Rauschner (red.), *Katholizismus, Rechtsethik und Demokratiediskussion*, Paderborn – München – Wien – Zürich 1981, s. 19.

się na pewne rozwiązania normatywne, nie bardzo sobie chyba zdawali sprawę z praktyczno-prawnych, a zwłaszcza ustrojowych konsekwencji. Nawet podzielając tę opinię, należy jednak podkreślić, że formułę *Gesetz und Recht* wprowadzono w niemieckiej konstytucji całkowicie świadomie jako wyraz konieczności uwolnienia państwa prawa z ciasnego gorsetu pozytywizmu. Podniesiony przez Radbrucha problem ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa był z pewnością istotną inspiracją do przyjęcia takich właśnie rozwiązań normatywnych.

Radbruch otworzył drogę do przezwyciężenia uproszczeń tradycyjnego sporu pomiędzy pozytywizmem i jusnaturalizmem. We współczesnej filozofii prawa próbuje się zupełnie inaczej określić paradymat tego dylematu – nie jest to już konfrontacja dwóch porządków normatywnych, lecz raczej określenie związków zachodzących pomiędzy prawem i moralnością⁴². Radbruchowska koncepcja ustawowego bezprawia stała się inspiracją dla podstawowych sporów filozoficzнопrawnych współczesności, np. debat Harta z Fullerem czy Harta z Dworkinem. Zrozumienie sensu jego powojennych koncepcji filozoficzнопrawnych wymaga jednak pogłębianych studiów nad całą twórczością autora i powstrzymania się od wyrywania pojedynczych myśli z kontekstu całego systemu filozoficzнопrawnego. Tym bardziej, że Radbruch „był mistrzem sytuacyjnej retoryki” i przy próbach interpretacji jego poglądów „jest rzeczą szczególnie niebezpieczną wyciąganie wniosków na podstawie prostego zestawiania lub przeciwstawiania tekstów lub wręcz ich fragmentów”⁴³.

Artykuł *Gesetz und Recht* kończy się dwoma cytatami ewangelicznymi. Mogłyby to sugerować, że – jak czasami twierdzi się w literaturze – autor po wojnie zblżył się do tomistycznej wersji prawa natury⁴⁴. Taki wniosek nie wydaje się jednak trafny. Radbruch nigdy nie zajął jednoznacznego stanowiska w kwestii prawa natury i cała jego filozofia prawa balansuje na granicy pozytywizmu i jusnaturalizmu. Pozytywizm stanowi naturalne instrumentarium codziennej pracy prawnika, o ile – jak stwierdza bohater powieści Schlinka – „wszystko przebiega normalnie”. Historia dostarcza jednak wiele dowodów na to, iż pozytywizm nie jest dostateczną gwarancją, że wszystko rzeczywiście „przebiegnie normalnie”.

⁴² R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg – München 1994, s. 39 i nast.

⁴³ W. Hassemer, *Einführung* [w:] G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, tom 3 – *Rechtsphilosophie III*, *op. cit.*, s. 8.

⁴⁴ Tak, moim zdaniem, np. *Encyklopedia prawa*, Wydawnictwo Beck, Warszawa 2000, s. 845–846.