

*Jan Woleński*

## O formule Radbrucha

Tzw. formułę Radbrucha (dalej będę posługiwał się oznaczeniem FR) niekiedy przedstawia się przy pomocy zdania:

(1) *lex iniustissima non est lex* (prawo w najwyższym stopniu niesprawiedliwe nie jest prawem).

Nawiązuje ona do rzymskiej sentencji:

(2) *lex iniusta non sed lex* (prawo niesprawiedliwe nie jest prawem)<sup>1</sup>.

Z czysto logicznego punktu widzenia, (2) pociąga (1), ale nie na odwrót. Inaczej mówiąc, (2) jest mocniejsze od (1). W samej rzeczy, *gradus positivus* w (2), w którym przymiotnik *iniusta* został zastąpiony w (1) przez *gradus superlativus*, to jest *iniustissima*<sup>2</sup>.

O ile mi wiadomo Radbruch w swoich rozważaniach nie używał łacińskich sformułowań dla wyrażenia swej zasady. Z drugiej strony można znaleźć u niego fragmenty wyraźnie odpowiadające (1). Oto one:

[...] czy prawu, które jest niesprawiedliwe, szkodliwe lub po prostu złe wolno przypisać moc obowiązująca, aby uczynić w ten sposób zadość wymaganiom bezpieczeństwa prawnego? Czy może trzeba mu tej mocy odmówić, jeśli pomogłoby to zapobiec niesprawiedliwości i szkodliwości społecznej? Prawnicy i obywatele muszą w swojej świadomości głęboko zakonotować, że *możliwe* są prawa przechodzące wszelką miarę niesprawiedliwości i szkodliwości społecznej, prawa, którym należy odmówić nie tylko mocy obowiązująca, lecz także wszelkiego charakteru prawnego<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Pewna wersja tej formuły znajduje się u św. Augustyna (por. *O wolnej woli* [w:] *Dialogi filozoficzne*. T. III. Tłum. Trombala A. Warszawa: PAX, 1953, s. 86 „Moim zdaniem, prawo niesprawiedliwe przestaje być prawem”. Oryginalne sformułowanie jest takie *Nam mihi lex esse non videtur, quae iusta non fuerit* i jest słabsze (Augustyn powiada „wydaje się”) niż zacytowane tłumaczenie. Dziękuję J. Zajadłe za informację o pochodzeniu (1) i zwrócenie uwagi na problem tłumaczenia.

<sup>2</sup> Sformułowania (1) i (2) są tymczasowe.

<sup>3</sup> Radbruch Gustav. 2009. „Pięć minut filozofii prawa” [w:] Radbruch G. *Filozofia prawa*. Tłum. Nowak E. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, s. 242-243.

[„prawo” narodowego socjalizmu] wyłamywało się spod wymogu sprawiedliwości nakazującego mierzyć równych równą miarą. W rezultacie utraciło ono wszelką naturę prawną: nie było już nawet prawem niesprawiedliwym, lecz przestało być w ogóle prawem<sup>4</sup>.

Drugi z zacytowanych fragmentów pochodzi z artykułu zatytułowanego „Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo”. Znajdujemy w nim jeszcze inne sformułowanie FR. Jest ono takie:

Konflikt między sprawiedliwością a bezpieczeństwem prawnym dałby się rozstrzygnąć w ten sposób, że prawo stanowione, gwarantowane przez ustawy i władzę zachowałoby prymat nawet mimo niecelowości i niesprawiedliwej treści – z wyjątkiem sytuacji, kiedy ustawa w stopniu tak nieznośnym przeczy sprawiedliwości, że ta ostatnia musi ostatecznie przeważać nad „prawem niesprawiedliwym”. Nie da się ostrzej odgraniczyć przypadków ustawowego bezprawia od praw, które obowiązują mimo niesprawiedliwej treści; da się jednak przeprowadzić ścisłą granicę tam, gdzie nikt nie dąży do sprawiedliwości i gdzie ustawodawstwo świadomie ignoruje równość, która jest jądrem sprawiedliwości; wówczas bowiem ustawa nie jest li tylko „prawem niesprawiedliwym”, lecz traci w ogóle rangę i charakter prawa<sup>5</sup>.

Ten ostatni fragment daje podstawę dla

(3) Ustawowe bezprawie nie jest prawem.

Można przyjąć, że (1) i (3) ekwiwalentnie wyrażają główną myśl FR (bardziej formalne uzasadnienie tej równoważności zostanie podane niżej).

FR nasuwa cały szereg problemów historycznych i interpretacyjnych<sup>6</sup>. Moje dalsze uwagi dotyczą tylko tych drugich. Nie będę więc dyskutował tego, czy Radbruch zmienił swoje wcześniejsze poglądy filozoficzne czy też je kontynuował z pewnymi zastrzeżeniami. Inaczej mówiąc, nie będę odpowiadał na pytanie, bardzo często stawia-

Niemiecki oryginał tej rozprawki Radbrucha ukazał się w 1945 r., a książka *Filozofia prawa* w 1932 r.; pierwsze polskie wydanie ukazało się w 1938 r.

<sup>4</sup> Radbruch G. 2009. „Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo” [w:] Radbruch G. *Filozofia prawa*. Tłum. Nowak E. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, s. 251. Niemiecki oryginał tej rozprawki Radbrucha ukazał się w 1946 r.

<sup>5</sup> Radbruch G. „Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo”, op. cit., s. 250.

<sup>6</sup> Są one szczegółowo omówione w monografii J. Zajadły. 2001. *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*. Gdańsk: Arche. Por. też teksty wprowadzające do Radbruch G. *Filozofia prawa*, op. cit., s. IX-CXI, autorstwa J. Zajadły, E. Kurek oraz R. Dreiera i S. Paulsona oraz książkę Zajadło J. 2016. *Radbruch*. Sopot: Arche (książka ta zawiera także teksty Radbrucha, m.in. artykuły cytowane w przypisach 3 i 4).

ne w literaturze filozoficzno-prawnej, mianowicie, czy Radbruch był najpierw pozytywistą prawniczym a dopiero później przeszedł na pozycje prawno-naturalne odrzucając, z powodu doświadczeń związanych z narodowym socjalizmem, swoje wcześniejsze zapatrywania na to, czym jest prawo. W związku z tym pomijam, poza incydentalnymi wzmiankami, polemiki pomiędzy H. Hartem i L. Fullerem, które można uznać za dotyczące FR. Pomijam też kwestię recepcji FR w orzecznictwie sądów Republiki Federalnej Niemiec. Moim zamiarem jest, po pierwsze, analiza FR z punktu widzenia pojęć w niej użytych, a po drugie, wskazanie, że FR wyraża podstawowy problem filozofii prawa związany z dyskusją pomiędzy pozytywizmem prawniczym a doktrynami prawno-naturalnymi, a także otwiera drogę dla możliwego pewnego racjonalnego kompromisu pomiędzy tymi oboma stanowiskami.

Dla dalszych rozważań pomocne jest zwrócenie uwagi na pewien interesujący fakt lingwistyczny. Rozważmy następujące pary słów (ręczowników): *dike* – *nomos* (język grecki), *ius* – *lex* (język łaciński), *Recht* – *Gesetz* (język niemiecki), *droit* – *loi* (język francuski) i *prawo* – *ustawa* (język polski). Grupa {*dike*, *ius*, *Recht*, *droit*, *prawo*} ma wyraźny związek ze sprawiedliwością lub prawością. W samej rzeczy, *dike* to sprawiedliwość, *ius* – *iustitia*, *Recht* – *Gerechtigkeit*, *droit* (nie *justice*) – *loi*, *prawo* – *ustawa* (tutaj kursywa jest użyta wyłącznie w celu uzyskania jednolitości kaligraficznej w pisowni słów polskich odpowiadającym *Recht* i *Gesetz*; z oczywistych powodów chodzi przede wszystkim o relację pomiędzy stosownymi nazwami polskimi i niemieckimi. Natomiast elementy grupy {*nomos*, *lex*, *Gesetz*, *loi*, *ustawa*} odnoszą do ustawy, czyli tego, co ustanowione<sup>7</sup>. Nie ma w tym wykazie pary zaczerpniętej z języka angielskiego, gdyż słowa *right* i *law* nie do końca korespondują z *dike*, etc. i *nomos*, etc. Pierwsze, tj. *right*, znaczy uprawnienie czy wskazuje na prawość, słuszność, etc., natomiast drugi to nie tylko prawo ustanowione. Anglik może użyć zwrotu *natural law* jako odnoszącego się do prawa naturalnego, ale też *statut law* ozna-

<sup>7</sup> Nawiasem mówiąc, zwyczajowe polskie tłumaczenie dzieła Monteskiusza, jako *O duchu praw*, nie jest najlepsze. Powinno być *O duchu ustaw*, gdyż o to właśnie chodziło Monteskiuszowi. Oczywiście, można przyjąć, że „prawo” w tym kontekście, znaczy to samo, co „ogół ustaw”, ale to wymaga dodatkowej konwencji. Zbiory praw polskich od XIV w. do końca I RP nieprzypadkowo nazywają się *Volumina Legum*.

czającego prawo ustawowe, natomiast Niemiec powie odpowiednio *Naturrecht* i *Gesetz* w takiej sytuacji<sup>8</sup>. Tak czy inaczej, w każdym notujemy różnicę kontekstu odwołującego się do wartości z jednej strony i do kontekstu wskazującego na ustanowienie. Ogólny postulat z tego wypływający jest taki, że ustawa jest o tyle dobra, o ile wyraża prawo. FR może być tak rozumiana, że jeśli ustawa rażąco narusza prawo jest ustawowym bezprawiem. I tutaj znajduje się naturalne miejsce dla ponadustawowego prawa czyli *dike*, *ius*, *Recht*, *droit*, czy też *natural law*.

Już etymologia wskazuje na związek prawa ze sprawiedliwością. FR zasadza się na odróżnieniu niesprawiedliwości zwykłej i niesprawiedliwości kwalifikowanej (rażącej). Oba te rodzaje są odstępstwem od sprawiedliwości respektującej zasadę równości. Z drugiej strony, sprawiedliwość nie jest dzielona, także przez Radbrucha, na zwykłą i kwalifikowaną<sup>9</sup>. Jeśli ustawa jest, by tak rzec, zwyczajnie niesprawiedliwa, np. wprowadza podatki uznawane za niesprawiedliwe, nie traci charakteru prawa, natomiast staje się ustawowym bezprawiem w przypadku, gdy sankcjonuje rażącą niesprawiedliwość.

Powyższe uwagi prowadzą do pewnego wniosku w związku z funkcjami przymiotników *iniusta* i *iniustissima* (1) i (2). Jasne jest, że pierwsze nie może być determinatorem, tj. przymiotnikiem wyznaczającym podklasę ze zbioru praw. Jest to raczej tzw. modyfikator, tj. przymiot-

<sup>8</sup> Są tutaj pewne zawilości terminologiczne. *Naturgesetze* to prawa przyrody w terminologii niemieckiej, a więc coś w rodzaju praw ustanowionych. Jest to zapewne refleks tradycji religijnej, wedle której przyroda działa wedle zasad ustanowionych przez Boga. Niemieccy filozofowie XIX w. przedstawiali nauki idiograficzne (opisujące fakty) i nauki nomologiczne (formułujące prawa). Wszelako jeśli rzecz traktować źródłowo, *nomos* to raczej ustawa niż prawidłowość. Dalej, *Recht*, *droit* czy *prawo* także mogą oznaczać (i faktycznie, oznaczają uprawnienie. Instytut Yad Vashem w Jerozolimie przyznaje medal dla osób określanych po angielsku jako *Righteous among Nations*, co znaczy *Prawy wśród Narodów*, a nie *Sprawiedliwy wśród Narodów*. U Tomasza z Akwinu mamy *lex divina* (prawo Boże), *lex naturalis* (prawo naturalne), ale *ius civilis* (prawo stanowione dla obywateli, niekoniecznie cywilne). Ta terminologia brała się stąd, że *lex divina*, etc. zostało ustanowione przez Boga dla ludzi. Sprawa *ius civilis* jest bardziej skomplikowana i wiąże się z tomistyczną koncepcją relacji prawa stanowionego do porządku moralnego nadanego przez Boga.

<sup>9</sup> Mrozek w jednym ze swych utworów zauważył, niewątpliwie szyderczo, że tzw. prawdziwa sprawiedliwość pojawia się wtedy, gdy nie ma zwykłej. Przez sprawiedliwość prawdziwą można np. rozumieć, dziejową, klasową, rasową, społeczną itp.

nik zmieniający znaczenie słowa *lex*. Modyfikacja jest tutaj radykalna, gdyż przekształca *lex* w jego zaprzeczenie. Stosownie do tego mamy (od razu w wersji polskiej):

(4) ustawa niesprawiedliwa nie jest prawem.

(4) jest jednak negatywne i domaga się jakiegoś pozytywnego dopełnienia. Jest ono takie:

(5) ustawa rażąco niesprawiedliwa jest bezprawiem<sup>10</sup>.

Tedy, kontekst „nie jest prawem” jest dwuznaczny. Może znaczyć, że nie ma żadnej ustawowej regulacji danej kwestii lub wyrażać to, co Radbruch miał na myśli mówiąc o ustawowym bezprawiu, ubranym w kostium przepisów zawartych w ustawie. Inaczej mówiąc, bezprawie jest czymś, co jest pozbawione konstytutywnych (istotowych) cech prawa. Powyższe rozumowanie formalnie uzasadnia równoważność (1) i (3)<sup>11</sup>. Z uwagi na odróżnienie prawa i ustawy (5) jest najbardziej adekwatnym sformułowaniem FR.

Natomiast słowo *iniusta* w (2) jest determinatorem lub modyfikatorem w zależności od tego, jak rozumieć słowo *iniusta*. Pierwszy wypadek zachodzi wtedy, gdy oznacza ono niesprawiedliwość zwyczajną, a więc taką, która nie dyskwalifikuje ustawy jako prawa. Jeśli jednak przyjmujemy, że przymiotnik *iniusta* jest tak rozumiany, iż *lex iniusta* nie jest prawem, jest on modyfikatorem<sup>12</sup>. W ten sposób, można uchylić pewien paradoks, dostrzeżony zresztą przez Radbrucha, że (1) i (2) są wewnętrznie sprzeczne, przynajmniej przy założeniach pozytywnizmu prawniczego. Nie jest to jednak żaden paradoks ponieważ problem wypływa w związku z dwojaką funkcją niektórych przymiotników, np. „fałszywy”, „rzekomy”, „pozorny” itp. W szczególności fałszywy przyjaciel nie jest przyjacielem, fałszywy pieniądz nie jest pieniądzem, fałszyfikat dzieła sztuki nie jest dziełem sztuki, umarły

<sup>10</sup> Liczba pojedyncza jest o tyle istotna, że niesprawiedliwość jakiegoś fragmentu porządku prawnego nie przesądza, że każdy inny fragment jest niesprawiedliwy.

<sup>11</sup> Jeszcze innym rozwiązaniem, niekiedy stosowanym, jest traktowanie ustaw jako prawa w sensie formalnym i prawa w sensie *iuris* jako prawa w sensie materialnym. Pomijając fakt, że przymiotniki „formalny” i „materialny” są stosowane w odróżnieniu, np. prawa karnego (materialnego) i procedury karnej (prawa karnego formalnego), rzeczona innowacja terminologiczna nie wnosi niczego nowego w perspektywie filozoficzno-prawnej.

<sup>12</sup> Wtedy jednak od razu pojawia się problem, czy niesprawiedliwość ma być rozumiana jednolicie czy też jest stopniowalna i w pewnym punkcie osiąga wymiar rażącej.

człowiek nie jest człowiekiem itp. Podobnie rażąco (pomijam kwestię zaznaczoną w przypisie 8) niesprawiedliwa ustawa nie jest prawem, ale bezprawiem. Inaczej mówiąc, gdyby przymiotniki *iniusta* i *iniustissima* były determinatorami odpowiednio w (2) i (1), mielibyśmy oczywisty paradoks, gdyż to implikowałoby, że ustawa może nie być ustawą. Tak więc, odróżnienie ustawy i prawa, jest związane z tym, czy przymiotniki kwalifikujące pewne atrybuty *lex* są determinatorami czy modyfikatorami<sup>13</sup>. Rzecz dotyczy przy tym kwalifikacji silnie wartościujących, m.in. przy użyciu kategorii sprawiedliwości. Sumując, dla pozytywizmu prawniczego, *iniusta* i *iniustissima* są determinatorami (to uzasadnia, że prawo jest prawem), natomiast dla reprezentantów rozmaitych szkół prawa natury – przymiotnik ten jest modyfikatorem, co sprawia, że (1) (a nawet (2)) są uznane jako fundamentalne założenia. W kontekście FR jest tak, że *iniusta* jest determinatorem a *iniustissima* – modyfikatorem.

Spór pomiędzy pozytywizmem prawniczym i szkołami prawa natury nie sprowadza się rzecz jasna do semantyki, w tym wypadku, do logicznych funkcji pewnych przymiotników. Problem główny polega na przyjęciu jakiegoś materialnego kryterium dla rażącej niesprawiedliwości (od razu odnoszę się do FR). Radbruch zakłada, że istnieje jakieś ponadustawowe prawo, które musi być respektowane, aby ustawa nie była bezprawiem podając dwa dodatkowe warunki funkcjonalne, mianowicie, że prawo ma zapewniać bezpieczeństwo i być celowe. Nawet jeśli zgodzimy się na te wyjaśnienia, od razu powstaje problem, czy sprawiedliwość, zapewnienie bezpieczeństwa i celowość kształtują warunek wystarczający dla tego, aby ustawa była prawem czy też jest to tylko warunek konieczny. Literalne rozumienie (1), (3) i (5) w świetle dodatkowych wyjaśnień Radbrucha w materii bezpieczeństwa i celowości sugeruje, że sprawiedliwość jest wprawdzie najważniejszym, ale tylko koniecznym atrybutem prawa. I tutaj dochodzimy do podstawowej kwestii, mianowicie ustalenia katalogu warunków, które ma spełniać ustawa, aby była prawem. Tak więc mamy:

<sup>13</sup> Można oczywiście pytać, dlaczego Rzymianie używali tylko *lex*, a nie *lex i ius*. Nie potrafię na to odpowiedzieć. Być może, i jest to aktualne także i obecnie, praktyka prawnicza bardziej zwraca uwagę na ustawę niż na prawo. Nawiasem mówiąc, sam Radbruch używał terminów *gesetzliches Unrecht* i *übergesetzliches Recht*, a więc odwoływał się do odróżnienia *ustawy* i *prawa*.

(6) ustawa jest prawem wtedy i tylko wtedy, gdy spełnia warunki  $W_1, \dots, W_n$ .

Dla pozytywisty prawniczego, wystarczy tylko jeden warunek, mianowicie to, że ustawa jest wydana w sposób zgodny z procedurą ustawodawczą. To sprawia, że zdania „prawo jest prawem” i „ustawa jest ustawą” są dla niego równoważne. Literalnie rozumiane wyrażają tautologie, ale bywa, że traktowane są jako emfaticzne równoważniki postulatu przestrzegania prawa. Dla zwolennika prawa natury, katalog  $W_1, \dots, W_n$  zawiera dodatkowo warunki aksjologiczne, np. dla Radbrucha obejmuje sprawiedliwość (z pewną tolerancją dla przepisów jakoś, ale nie rażąco, niesprawiedliwych w pewnych przypadkach, bezpieczeństwo prawne i celowość. Dalej dla pozytywisty, zdanie „ustawa nie jest ustawą” (lub „prawo nie jest prawem”) jest wewnętrznie sprzeczne), a koncepcje prawno-naturalne uważają, że jeśli jest spełniony warunek wymagający stosownej procedury, ale nie są spełnione warunki aksjologiczne, to ustawa jest bezprawiem.

Znana dyskusja pomiędzy Herbertem L.A. Hartem a Lonem L. Fullerem wokół tzw. odrodzenia prawa natury w II połowie XX w. dotyczyła tego, czy trzeba postulować warunki aksjologiczne po to, aby móc kwalifikować ustawę jako prawo, a jeśli tak, to jak to czynić, tj. przy pomocy jakiego katalogu postulowanych wartości aksjologicznych<sup>14</sup>. FR była niejako tłem tego sporu. Fuller zaproponował kategorię wewnętrznej moralności prawa i ujął jej zasady w następujących punktach:

- (a) prawo powinno być ogólne;
- (b) prawo powinno być promulgowane;
- (c) prawo powinno być prospektywne, nie retroaktywne (*lex retro non agit*);

<sup>14</sup> Por. Hart H.L.A. 2004. *Eseje z filozofii prawa*. Przeł. Woleński J. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC („Pozytywizm i oddzielenie prawa od moralności”, s. 49-87; oryginał ukazał się w 1956 r., „Problemy filozofii prawa”, s. 88-118, Fuller L.L. *Moralność prawa*, s. 350-371; oryginał angielski ukazał się w 1965), Hart H.L.A. 1998. *Pojęcie prawa*. Przeł. Woleński J. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN (oryginał ukazał się w 1958 r., II wydanie w 1994 r., przekład polski jest z II wydania), Fuller L.L. 1978. *Moralność prawa*. Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy (oryginał angielski ukazał się w 1964 r., wydanie II w 1972 r.; przekład polski jest z II wydania). Wydanie II książki Fullera zawiera odpowiedź na krytyczne uwagi Harta. Dalsze szczegóły bibliograficzne i systematyczne dotyczące tej polemiki można znaleźć w moim wprowadzeniu do *Esejów* Harta i w poszczególnych jej rozdziałach.

- (d) prawo powinno być jasne;
- (e) prawo powinno być koherentne;
- (f) prawo nie powinno wymagać rzeczy niemożliwych;
- (g) prawo powinno być stabilne;
- (h) działanie urzędowe nie powinno być sprzeczne z prawem.

Każda z tych zasad może być traktowana jako aksjologiczna, ale także jako reguła racjonalnej legislacji. Nie ma w tych regułach niczego, co sprzeciwiałoby się duchowi pozytywizmu prawniczego. Co więcej, punkty (a)–(h) kształtują pewien i to wcale nie minimalny model bezpieczeństwa prawnego, jeśli rozumieć przez nie przewidywalność sposobu stosowania prawa z punktu widzenia jego adresatów.

Hart określał pozytywizm prawniczy przy pomocy następujących punktów:

- (i) prawo jest rozkazem suwerena;
- (ii) związek pomiędzy prawem a moralnością nie jest konieczny;
- (iii) analiza pojęć prawnych jest ważną metodą prawoznawstwa; badania historyczne, socjologiczne i ocena prawa są czymś innym od analizy pojęć prawnych;
- (iv) system prawa jest logicznie zamknięty w tym sensie, że całkowicie wystarcza dla wyprowadzania konkluzji w sprawach dotyczących konkretnych zdarzeń;
- (v) przekonania moralne nie są uzasadniane tak, jak zdania o faktach, tj. na podstawie doświadczenia lub dowodu.

Sam Hart miał niejaki zastrzeżenia do wszystkich tych punktów z wyjątkiem (ii). Uważał, że prawo jest nie tylko rozkazem suwerena, ale zawiera także tzw. reguły wtórne, tj. wskazujące na kompetencje (możliwości prawne) adresatów prawa. Był wprawdzie przedstawicielem tzw. jurysprudencki analitycznej, ale nie wykluczał uzupełniania analizy pojęć studiami historycznymi, socjologicznymi a nawet etycznymi, o ile są prowadzone z punktu widzenia aksjologii utylitarystycznej, a także dopuszczał korzystanie z przesłanek pozaprawnych w rozstrzyganiu konkretnych przypadków. To ostatnie jest oczywiście zważywszy, że system *common law* był praktyczną bazą dla filozofii prawa w ujęciu Harta. Niemniej jednak, Hart sugerował ostrożność w korzystaniu z argumentacji moralnych w stosowaniu prawa. Nie zgadzał się też na totalną dyskwalifikację rozumowań normatywnych (moralnych i prawnych) jako nieracjonalnych. Biorąc to pod uwagę, Hart reprezentował tzw. miękki pozytywizm (*soft positivism*) prawniczy, bardziej zgodny z brytyjską tradycją jurysprudencki analitycznej



(Jeremy Bentham, John Austin) niż z wersją kontynentalną pozytywistycznej filozofii prawa, zwłaszcza w wersji Hansa Kelsena. Niemniej jednak, rozmaite zastrzeżenia Harta wobec twardego pozytywizmu (*hard positivism*) sprawiają, że własna koncepcja jest nieco rozmyta.

Hart oponował przeciwko koncepcji Fullera, głównie z uwagi na możliwe wyjątki od zasady (b), natomiast nie kwestionował zasad (a), (c)–(h). Opór Harta wobec idei Fullera ma związek z FR (nie jest jasne, czy Hart był świadom, że taka koneksja miała miejsce) o tyle, że została sformułowana po to właśnie, aby zdyskredytować ustawy nazistowskie jako bezproblematyczny przykład ustawowego bezprawia i jako taki wyłączający zasadę *lex retro non agit*. Sam Fuller dopuszczał pewne wyjątki od reguły, że prawo nie działa wstecz, gdy dotyczyły one np. korekty wysokości podatków wymierzonych w przeszłości, ale Hart jako miękki pozytywista prawniczy mógłby się z tym zgodzić. Rzeczywista kość niezgody dotyczyła prawa karnego i jego stosowania, np. karania krytyki Hitlera i jego rządów na podstawie donosów do władz. Radbruch kwestionował także ustawodawstwo norymberskie (tzw. ustawy rasowe) pozbawiające praw (nawet obywatelstwa) Żydów i umożliwiające zabór ich majątku czy przykłady polegające na usprawiedliwianiu zabójstw politycznych (np. w związku z tzw. puczem Röhma) przez ich późniejszą legalizację<sup>15</sup>. Mimo akceptacji miękiego pozytywizmu, Hart twierdził, że z uwagi na brak koniecznego związku pomiędzy prawem a moralnością, nie można twierdzić, że niemoralna (nawet rażąco) ustawa nie jest prawem.

Czy można jakoś pogodzić Harta z Radbruchem i Fullerem? Moja odpowiedź jest pozytywna<sup>16</sup>. Przede wszystkim zauważę, iż teza o ko-

<sup>15</sup> Tak więc dyskusja dotyczyła w miarę zwyczajnych spraw karnych, cywilnych lub administracyjnych, a nie sądenia za zbrodnie wojenne w głównym procesie norymberskim lub innych tego rodzaju postępowań w wielu krajach, także w Polsce. obrońcy oskarżonych w takich procesach często powoływali się na zasadę *lex retro non agit*. Sądy różnie reagowały na takie argumenty. Wskazywano na prawo międzynarodowe jako podstawę procesów, *common law* umożliwiające stosowanie zasad słuszności czy sprawiedliwości czy też zasadność porządku prawnego poszczególnych krajów dla karania nazistów. Niewątpliwie było tak, że argumentacja aksjologiczna silnie wspierała podstawy prawne.

<sup>16</sup> Korzystam tutaj z moich wprowadzań do książek Harta cytowanych w przypisie 6 oraz z mojego artykułu o pozytywizmie prawniczym, w: 1998. *Etyka a prawo i praworządność*. Pod red. J. Pawlicy. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, s. 9-16.

niecznym związku pomiędzy prawem a moralnością domaga się doprecyzowania niezależnie od tego, czy jest proponowana jako element doktryny prawa natury czy też jest krytykowana przez pozytywizm prawniczy. Przyjmijmy, że FR wyraża tę tezę. Pytamy, na czym owa konieczność polega. (1) i (3) nie są tautologiami logicznymi, a więc zdaniem wobec których pojęcie konieczności ma jasny sens. Konieczność, o której powiada Hart jest raczej podobna do tzw. konieczności nomologicznej (por. przypis 6), tj. wyznaczonej przez strukturę świata i ujmowanej w prawach nauki. Można więc powiedzieć, że jest to jakaś konieczność pojęciowa, ale relatywna do postulatów aksjologicznych, nawet jeśli przyjąć, że definicyjnie ustalamy, że ustawa jest prawem, tylko wtedy, gdy spełnia warunki  $W_1, \dots, W_n$ . W tym punkcie jeszcze raz pojawia się pytanie o treść kolekcji warunków  $W_1, \dots, W_n$ . Wiemy już, że moralność wewnętrzna w sensie Fullera, czyli warunki (a)–(h) nie wystarczają. Trzeba więc korzystać z czegoś, co, stosując analogię do nazewnictwa wprowadzonego przez Fullera, można nazwać zewnętrzną moralnością prawa. Z drugiej strony, historia poucza, że propozycje kodeksów etycznych ustalających moralne powinności dla prawa nader różnią się od siebie. Dla jednych dopuszczenie, by odwołać się tylko do aktualnych sporów, aborcji, eutanazji, zapłodnienia *in vitro* czy małżeństw homoseksualnych stanowi rażącą niesprawiedliwość, ale dla innych jest to całkowicie zgodne z tym, co aksjologicznie uprawnione a nawet godziwe. Jedni powiadają, że powinniśmy respektować *prawa* zwierząt, inni, że nasz szowinizm gatunków usprawiedliwia aby je wykorzystywać dla zdobywania pożywienia i ubiorów, nawet ze znacznym okrucieństwem.

Hart sam zaproponował kompromis pomiędzy pozytywizmem prawniczym a doktryną prawno-naturalną, polegający na tzw. koncepcji minimum treści prawa natury. Jego zdaniem można pokusić się o wyselekcjonowanie kilku podstawowych interesów człowieka, np. do życia, zdrowia, godności czy współpracy w ramach realizacji tego, co bezspornie niezbędne dla życia społecznego i postulować, aby każde prawo zabezpieczało te potrzeby. Co najmniej trzy argumenty wspierają tę koncepcję. Po pierwsze, katalog podstawowych interesów i obowiązków, aczkolwiek zapewne nigdy nie będzie przedmiotem powszechnej akceptacji, jest łatwiejszy do uzgodnienia niż obszerniejsze zestawy aksjologicznych postulatów. Po drugie, ten w miarę wąski katalog można uzasadniać naturalistycznie (a nie tylko ideologicznie lub reli-

gijnie), tj. odwołując się do tego, co wiemy o naturze człowieka na podstawie biologii, w szczególności, teorii ewolucji, oraz antropologii kultury. Po trzecie, im mniej postulatów aksjologicznych, tym łatwiej je legalizować, tj. *explicite* wprowadzać do systemu prawa. Tak też dzieje się w wielu współczesnych systemach prawnych oparty na idei praw człowieka. Nie ma więc powodu, aby ponadustawowe prawo (lub jakieś jego elementy) w sensie Radbrucha nie stanowiło(y) części prawodawstwa.

Pozytywista prawniczy, zwłaszcza miękki, nie ma żadnego powodu, aby kwestionować minimum treści prawa natury. W samej rzeczy, zarówno (a)–(h) jak i z jednej strony, punkty określające wewnętrzną moralność w rozumieniu Fullera, jak i założenia (i)–(v) kształtujące pozytywizm prawniczy wedle jego rozumienia przez Harta, operują na różnych poziomach. Z równości głoszącej, że ustawa jest prawem i na odwrót nie wynika, że ustaw należy przestrzegać. Trzeba do tego dodać regułę (może być emfaticznie podkreślona tautologia, że prawo jest prawem; patrz wyżej) przestrzeganie prawa jest nakazem i to prawnym. Podobnie z (1) lub (3) nie wynika, że ustawowego bezprawia można nie respektować. To, że nie ma koniecznego (w sensie logicznym) związku pomiędzy prawem a moralnością nie implikuje, że prawo może mieć dowolną treść z aksjologicznego czy jakiegokolwiek innego punktu widzenia. Nikt z pozytywistów nie głosił, że aksjologiczna krytyka prawa jest niedopuszczalna. Tezą pozytywizmu jest natomiast to, że ustawa obowiązuje, jeśli jest prawomocnie okrojowana. Ale i z tego nie wynika, że każda ustawa ma być przestrzegana. Ani pryncypia pozytywizmu prawniczego ani pryncypia prawa natury nie przesądzają automatycznie, że to, co obowiązuje ma być respektowane lub, przeciwnie, może nie być przestrzegane przez adresatów ustaw. O ile przyjmuje się ideę minimum treści prawa natury, zasada, że prawo nie działa wstecz jest cały czas w tle całego sporu. Gdyby nie ona, spór pomiędzy miękkim pozytywizmem prawniczym a doktryną prawa natury byłby bezprzedmiotowy w kontekście FR.

Nie jest rzeczą przypadku, że FR pojawiła się zaraz po II wojnie światowej, właśnie w związku z jej dramatycznymi doświadczeniami, od razu nasuwającymi ideę rażącej niesprawiedliwości. Trudno rozstrzygać kwestię kontrfaktyczną, tj. ustalać, czy pojawiłaby się, gdyby nie było nazizmu i tego, co ten ruch spowodował w przestrzeni społecznej. Być może praktyka innych reżimów totalitarnych doprowa-

dziłaby do sformułowania podobnej zasady. W samej rzeczy, doktryny prawa natury zawsze były związane z konkretnymi faktami historycznymi, negatywnie ocenianymi przez tych, którzy proponowali, że to a to jest ustawowym bezprawiem czy ponadustawowym prawem. I zawsze, prędzej czy później padało pytanie, czy poczynania jakobinów, aparatu stalinowskiego czy frankistów w Hiszpanii były, przynajmniej po części rażącą niesprawiedliwością. Mocny argument za jednym jedynym aksjologicznym kodeksem, skierowanym do prawodawców i mającym być respektowanym przez nich zawsze i wszędzie, polega na wskazaniu, że tylko prawo (*ius*) zapobiega zbrodniom i innym rażącym niegodziwościom. Problem jednak w tym, że wielokrotnie zdarzało się, że takie lub inne *lex* usprawiedliwiane jako *ius* było oceniane (z reguły *ex post*) właśnie jako niegodziwe. Arnaud Amaury wzywał „Zabijcie wszystkich [katarów]! Bóg rozpozna swoich”, zdobycie Ameryki Południowej przez konkwistadorów kosztowało życie kilkudziesięciu milionów Indian, pobożni farmerzy amerykańscy nie widzieli niczego złego w niewolnictwie, jakobini zabijali w imię wolności, równości i braterstwa, reżim hitlerowski odwoływał się do narodu jako wartości nadrzędnej usprawiedliwiającej eksterminację innych, a reżim stalinowski usprawiedliwiał swoją represyjność przez realizację interesu klasowego. Oczywiście można zawsze powiedzieć, że zbrodnie te były popełniane w imię sprawiedliwości prawdziwej (por. przypis 9), ale rzecz w tym, że ma ona niejedno imię i na ogół wypiera sprawiedliwość zwykłą. Tedy, rażąca zbrodnia może być popełniona nie tylko w oparciu o *lex*, ale także przez aplikację *ius*.

Powyższe uwagi mogą skłaniać do pesymistycznych wniosków wskazujących, że FR jest konstrukcją ideologiczną i zależną od konkretnych okoliczności. Ponoć Hermann Goering miał powiedzieć w Norymberdze, że gdyby Niemcy wygrały wojnę, kto inny siedziałby na ławie oskarżonych. Czy zatem da się jakoś uprawomocnić FR? Zważmy, że teza (ii) nie implikuje, że ocena prawa w kategoriach aksjologicznych jest bezzasadna, o ile tylko przyjmie się, że związek prawa z moralnością nie polega na zachodzeniu konieczności logicznej. Przyjmijmy, że stosowna relacja ma charakter faktyczny (z punktu widzenia logiki, konieczność nomologiczna jest faktualna). Rozważmy jeszcze raz kombinację FR i punktu (c) z listy Fullera. Znaczy to, że zasada *lex retro non agit* może być ograniczona w przypadku, gdy dotyczy ustaw i ich stosowania prowadzących do rażącej niesprawiedliwości.

Wymaga to oczywiście ustalenia, czym jest owa niesprawiedliwość kwalifikowana. Przypuśćmy, że daje się to rozstrzygnąć, nawet przy wątpliwościach w przypadkach szczegółowych. Druga strona medalu polega na pytaniu, jaki model organizacji społeczeństwa sprzyja temu, aby FR nie musiała być stosowana. Patrząc na historię współczesnych systemów politycznych, nie ma wątpliwości, że państwo prawa jest rozwiązaniem optymalnym<sup>17</sup>. Ucieranie kompromisów społecznych przy pomocy rozmaitych poczynań negocjacyjnych, ograniczona roszczeniowość jednostek i grup społecznych, uznanie zaufania społecznego za jedną z podstawowych wartości społecznych czy tolerancja wobec innych stanowią kontekst dla FR, która w takich warunkach jest ostrzeżeniem, że niegodziwości niekoniecznie zostaną zapomniane. Wszelako, gdy już zajdzie potrzeba jej aplikacji, demokracja w zwyčajnym rozumieniu stanowi jej najlepsze środowisko.

Nie ukrywam, że powyższa obrona FR, a dokładniej mówiąc, optymalnego kontekstu dla jej funkcjonowania jest ideologicznym i aksjologicznym wyznaniem wiary. Nie ma wątpliwości, że modele polityczne zawsze mają charakter idealizacji. Zawsze więc jest tak, że rzeczywistość każdego państwa prawa nie odpowiada ideałowi i jest od niego jakoś odległa. Winston Churchill powiedział, że demokracja to najgorszy system, ale nic lepszego nie wymyślono. To samo można orzec o państwie prawa. Dlatego kwestia odstępstw od tego modelu nie jest bagatelna, nawet przy zgodzie, że zawsze jest to przedmiotem oceny warunkowanej rozmaitymi czynnikami. Trudno nie zauważyć, że enuncjacje czołowych polskich polityków prawicowych wskazujące, że naród stoi ponad prawem a my (tj. owi politycy) realizujemy jego wolę, mogą być tylko niegroźną retoryką, ale niewykluczone, że doprowadzą do poważnych skutków. Gustaw Radbruch otrzymał w 1933 r. pismo stwierdzające, że jego:

cała osobowość i dotychczasowa działalność polityczna [...] nie dają rękojmi opowiedzenia się za narodowym państwem.

Było to uzasadnienie zwolnienia Radbrucha ze stanowiska profesora uniwersytetu w Heidelbergu. Jestem daleki od snucia analogii pomiędzy Niemcami na początku lat trzydziestych XX wieku i Polską *Anno domini* 2016, ale nie zawadzi dmuchanie na zimne.

<sup>17</sup> Radbruch był jednym z pierwszych propagatorów państwa prawa w XX w.

## Bibliografia

- Św. Augustyn 1953. *O wolnej woli* [w:] *Dialogi filozoficzne*. T. III. Tłum. Trombala A. Warszawa: PAX.
- Fuller L.L. 1978. *Moralność prawa*. Warszawa: PIW.
- Hart H.L.A. 2004. *Eseje z filozofii prawa*. Przeł. Woleński J. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Radbruch G. 2009. *Filozofia prawa*. Tłum. Nowak E. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Pawlica J. (red.). 1998. *Etyka a prawo i praworządność*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Zajadło J. 2001. *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*. Gdańsk: Arche.

**Streszczenie**

Celem artykułu jest analiza formuły Radbrucha (*lex iniustissima non est lex*) z punktu widzenia pojęć w niej użytych, oraz wskazanie, że formuła ta wyraża podstawowy problem filozofii prawa związany z dyskusją pomiędzy pozytywizmem prawniczym a doktrynami prawno-naturalnymi. W oparciu o przeprowadzone analizy przedstawiona jest także pewna propozycja możliwego racjonalnego kompromisu pomiędzy tymi oboma stanowiskami. Główny problem sporu pomiędzy konkurencyjnymi doktrynami sprowadza się do przyjęcia jakiegoś materialnego kryterium dla określenia rażącej niesprawiedliwości, tłem tego sporu jest natomiast funkcjonowanie zasady mówiącej, że prawo nie działa wstecz.

Słowa kluczowe: prawo a moralność, konieczność nomologiczna, zewnętrzna moralność prawa, prawo ponadustawowe, państwo prawa

**On Radbruch's formula****Summary**

The aim of this article is to analyse Radbruch's formula (*lex iniustissima non est lex*) with regard to the notions it contains and to indicate that it expresses a basic problem of philosophy of law linked to the discussion between legal positivism and the doctrines of natural law. That analysis underpins the proposal for a possible rational compromise between the two standpoints. The main problem in the dispute between the rival doctrines amounts to the adoption of some material criterion for defining gross injustice, whilst the background to the dispute is the functioning of the principle which states that law is not retroactive.

Keywords: law and morality, nomological necessity, external morality of law, supra-statutory law, law-governed state

Prof. dr hab. Jan Woleński  
Instytut Filozofii  
Uniwersytet Jagielloński

Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania  
w Rzeszowie