

Sebastian Kubas

Autorytarna praworządność.
Uwagi na tle książki Jensa Meierhenricha
The Remnants of the Rechtsstaat.
An Ethnography of Nazi Law

Interpretowanie nazizmu jest zadaniem tak delikatnym – wskazuje Jean-Louis Vullierme – że kto zamierza podjąć się go publicznie, już na wstępie powinien określić swe intencje¹. Odwołania do nazizmu mają moc argumentu ostatecznego, utrudniającego rozpoznawanie złożoności zdarzeń i procesów. Łatwo mogą być też wykorzystywane jako tezy dyskredytujące, czego typowym przejawem jest podkreślanie „socjalistycznego” wymiaru narodowego socjalizmu lub rzekomo „demokratycznego” przejścia władzy przez Adolfa Hitlera. David Runciman, który przekonuje, że Stanom Zjednoczonym Ameryki nie grozi los Weimaru², zwraca uwagę, że wspomnianie mroku Holocaustu przez autorów zatroskanych erozją demokracji podnosi stawkę w dyskusji, ale jednocześnie zwiększa ryzyko fałszywego alarmu³. Dla kontrastu Henry A. Giroux argumentuje, że Stany Zjednoczone rządzone przez prezydenta Trumpa nie są może dokładną kopią Niemiec pod rządami Hitlera, ale:

[...] mobilizujące idee, programy polityczne i bezlitosne praktyki społeczne faszystów, uzasadniane patriotyzmem, oraz dyskurs właściwy dla czystości rasowej, ultranacjonalizmu i militarystyki

1 J.-L. Vullierme, *Lustro Zachodu. Nazizm i cywilizacja zachodnia*, tłum. M. Żurowska, Warszawa 2016, s. 7.

2 D. Runciman, *How Democracy Ends*, New York 2018, s. 19.

3 D. Runciman, *How Democracy...*, s. 98.

znajdują się w centrum władzy w Stanach Zjednoczonych rządzonych przez Trumpa⁴.

Theodore Adorno w przywoływanych często słowach zakwestionował jako barbarzyństwo tworzenie poezji po Auschwitz, wyrażając w ten sposób między innymi paradoks daremnego uprawiania krytyki społeczeństwa w ramach jego kultury, która doprowadziła do eksterminacji⁵. Kwestię tę przenikliwie podjął cytowany J.-L. Vullierme, niczym anatomopatolog odsłaniający kolejne tkanki cywilizacji Zachodu, których wykwittem był nazizm. Jak to wyraził w swej poruszającej analizie *Lustro Zachodu*, nazizm pod wieloma względami był tym, za co się sam uważał, to znaczy wysuniętym przyczółkiem zachodniej cywilizacji, a elementy składowe nazizmu istniały przed jego narodzeniem i większość z nich pozostaje żywa⁶. Francuski badacz do elementów tych zaliczył między innymi rasizm, nacjonalizm, militarystykę, kolonializm i pozytywizm prawny, wskazując, że kolonialne praktyki eksterminacyjne trafiły do Europy za pośrednictwem wojny domowej w Hiszpanii⁷. Hubert Mielnik w swej pogłębionej recenzji *Lustra Zachodu*, pisanej z perspektywy prawnika, zaznaczył, że czytelnika, który pragnąłby odnaleźć u Vullierme'a dokładniejszą analizę nazistowskiego prawa czy też relacji między prawem, sprawiedliwością a nazizmem, czeka lekkie rozczarowanie, ponieważ problematyce prawnej został poświęcony tylko podrozdział dotyczący wpływu pozytywizmu prawnego na ideologię nazistowską⁸. Warto przytoczyć treściwy fragment owego podrozdziału, zapowiadający dalsze podjęte tu wątki:

Dziwny zwrot Historii zrządził, że autorem jednego z najpotężniejszych teoretycznych narzędzi w służbie politycznego podporządkowania systemu prawnego był prawnik, wiedeńczyk, wyznawca

4 H.A. Giroux, *American Nightmare. Facing the Challenge of Fascism*, San Francisco 2018, s. 44. Jeśli nie zaznaczono inaczej, tłumaczenie własne.

5 T.W. Adorno, *Cultural Criticism and Society*, w: T.W. Adorno, *Prisms*, trans. S. Weber, S. Weber, Cambridge 1997, s. 34.

6 J.-L. Vullierme, *Lustro...*, s. 14–18.

7 J.-L. Vullierme, *Lustro...*, s. 150.

8 H. Mielnik, *Jean-Louis Vullierme, „Lustro Zachodu. Nazizm i cywilizacja zachodnia”*, przeł. M. Żurowska, W.A.B., Warszawa 2016, ss. 406 (*Miroir de l'Occident. Le nazisme et la civilisation occidentale, Paris 2014*), „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2016, vol. 25/4, s. 263.

judaizmu, który po dokonaniu swojego dzieła intelektualnego w wyniku anszlusu musiał opuścić ojczyznę. Hans Kelsen ostatecznie dokonał teoretycznej transformacji prawa w autonomiczną rzeczywistość pozytywną, z dala od wpływów polityki, socjologii i moralności, wznosząc przemyślną konstrukcję norm zdolnych wywieść się jedna z drugiej i wspólnie sprostać potrzebom systemu prawnego. Lecz autonomia to nie to samo co niezależność i nawet jeśli prawo, poprzez swoją wewnętrzną logikę, zdołało się w praktyce rozwinąć zgodnie z jego przewidywaniami, w dalszym ciągu powinno być zależne od pierwotnych aksjomatów, których on nie mógł dostarczyć. Kelsen osiągnął przeciwieństwo tego, czego pragnął, przekształcając prawo w instrumentalną całość, dostępną każdemu, kto chciałby ją kontrolować. Niczym naukowiec pacyfista, który rozwinąłby energię na użytek wojskowy, mimowolnie włożył w ręce pronazistowskich prawników w rodzaju Carla Schmitta i innych wrogów stosowania prawa pacyfistycznego dźwignię do realizacji ich zamiarów, sprzecznych z jego własnymi intencjami⁹.

Ponieważ istotny składnik szeroko rozumianej kultury, której wykwitem był nazizm, stanowiła kultura prawna, można uzupełnić słowa T. Adorno stwierdzeniem, że im bardziej daremne wydawać się może pisanie poezji po zagładzie, z tym większą uwagą należy wertować powstałe w Trzeciej Rzeszy orzeczenia sędziowskie, polemiki uczonych prawników czy tzw. *Richterbriefe*, czyli ministerialne pouczenia kierowane do sędziów.

Istotną lukę w tym obszarze w anglojęzycznej refleksji naukowej na temat rządów autorytarnych i totalitarnych wypełnia nowa praca Jensa Meierhenricha, rozwijająca też obszernie powyższy cytat dotyczący Hansa Kelsena, której tytuł można przetłumaczyć jako: *Pozostałości Rechtsstaat. Etnografia prawa nazistowskiego*¹⁰. Ostatni rozdział tej książki stanowi też odpowiedź na powyższe wezwanie do określenia intencji tego, kto podejmuje temat nazizmu. Pisząc wstępnie o istotnej luce, zastrzegam, że nie chodzi o nasuwające się prawdopodobnie jako

9 J.-L. Vullierme, *Lustro...*, s. 187–188.

10 J. Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*, Oxford 2018. Dalsze odwołania do poglądów i ustaleń Jensa Meierhenricha oraz Ernsta Fraenkla odnoszą się do tej pozycji, jeśli nie zaznaczono inaczej.

pierwsze skojarzenia nazizmu z eksterminacją okresu wojny. Mowa nie o mrokach Holocaustu, lecz o mniej znanych, a w wymiarze prawniczym bardzo istotnych przekształceniach z lat 30., kiedy ustrój Niemiec podlegał nielinearnej ewolucji.

Książka Jensa Meierhenricha dotyczy trzech głównych wątków. Podstawowym jest postać Ernsta Fraenkla, jego dzieła *The Dual State* oraz recepcji tej pracy w angloamerykańskiej myśli ustrojowej. Już tylko ta zasadnicza warstwa pracy J. Meierhenricha jest bardzo zajmująca, ponieważ dotyczy pasjonującej postaci. Ernst Fraenkel urodził się w 1898 r. w Kolonii, w zasymilowanej, postępowej rodzinie żydowskiej. Prześiakał od młodego wieku ideami socjaldemokratycznymi. Fraenkel dał się w 1916 r. porwać ogólnoniemieckiemu entuzjazmowi wojennemu i zgłosił się na ochotnika do wojska. Walczył na froncie, w trakcie ofensywy wiosennej w 1918 r. został ranny od wybuchu granatu, co okazało się kluczowe dla jego dalszych losów, a w trakcie wielomiesięcznej rekonwalescencji, podczas pobytu w Darmstadt, zetknął się z fermentem rewolucyjnym, podsycanym przez wracających z Rosji żołnierzy. Sam jednak zdecydował się na studia historyczne i prawnicze na Uniwersytecie Frankfurckim, gdzie znalazł się pod wielkim wpływem profesora Hugona Sinzheimera, ojca niemieckiego prawa pracy, współtwórcy konstytucji weimarskiej, człowieka oddanego idei sprawiedliwości społecznej. W 1921 r. Fraenkel wstąpił do Socjaldemokratycznej Partii Niemiec (niem. *Sozialdemokratische Partei Deutschlands*, SPD), a w 1923 r. przygotował pod kierunkiem H. Sinzheimera rozprawę doktorską. Równolegle odbywał aplikację prawniczą, zwieńczoną uzyskaniem w 1925 r. stopnia *Rechtsassessor*. Wówczas jednak zdecydował się porzucić tę ścieżkę kariery, która mogła go doprowadzić do urzędu sędziowskiego, podjął pracę jako radca prawny związku zawodowego i zaangażował się jako wykładowca w związkowej szkole zawodowej. Publikował, zwłaszcza na temat socjologii prawa. W 1927 r. otworzył w Berlinie praktykę prawniczą, w ramach której współpracował z Franzem Neumannem, drugą ważną dla tej historii postacią. Warto nadmienić, że w tym okresie Fraenkel postulował prekursorsko „operację na sercu konstytucji”, czyli wprowadzenie do konstytucji weimarskiej konstruktywnego wotum nieufności. Po przejściu władzy przez nazistów, w maju 1933 r., obaj współpracownicy otrzymali zakaz pracy w niemieckich

sądach z powodu swego żydowskiego pochodzenia. Neumann w tym samym roku wyjechał do Londynu, a Fraenkel zdecydował się na pozostanie w Berlinie i dalszą praktykę prawniczą.

W ten oto sposób rozpoczął się niezwykle okres w jego życiu. Ernst Fraenkel zdołał skutecznie odwołać się od zakazu pracy i dzięki statusowi rannego w boju kombatanta, *Frontkämpfer*, mógł jako żydowski prawnik reprezentować przed sądami legalistycznej Trzeciej Rzeszy (zwrot ten akcentując intencjonalnie) klientów w sporach z zakresu prawa pracy, a później występował także w obronie lewicowych aktywistów, niekiedy odnosząc sukcesy, choć tu wkracza już wątek nazistowskiej perwersji, ponieważ do owych sukcesów należało uzyskanie dla oskarżonych długotrwałej kary pozbawienia wolności w więzieniu, bo dzięki temu nie trafiali oni do obozów koncentracyjnych. Ten szczególny okres, w którym Fraenkel był wykwalifikowanym prawnikiem procesowym, a jednocześnie Żydem w rozumieniu ustaw norymberskich, poddanym narastającym szykanom, obserwowanym przez Gestapo i ryzykującym życiem, trwał aż do 1938 r. Formalnie żydowscy prawnicy mogli praktykować prawo do 30 listopada 1938 r. Kiedy jego nazwisko znalazło się na liście Gestapo i uznał, że jego życie jest bezpośrednio zagrożone, pod koniec września 1938 r., na sześć tygodni przed pogromem „nocy kryształowej”, Fraenkel zbiegł do Londynu, co jednak – kolejny paradoks – oznaczało legalny wylot samolotem z lotniska Tempelhof. Jak to określa J. Meierhenrich, Fraenkel znalazł się w wyjątkowej sytuacji, jako równocześnie *insider* oraz *outsider*: poddany prześladowaniom Żyd w Trzeciej Rzeszy i jeden z bardziej znanych prawników Weimaru; za dnia praktykujący oficjalnie w nazistowskich sądach, a pod osłoną nocy piszący anonimowo wywrotowe teksty. Przede wszystkim jednak obserwował wbrew swej woli z „pierwszego rzędu” bezprecedensową transformację prawną niemieckiego *Rechtsstaat*, przygotowując skrycie od 1936 r. rozprawę naukową na temat reżimu, w którym żył, w postaci manuskryptu pt. *Der Doppelstaat: Ein Beitrag zur Staatslehre der deutschen Diktatur* [Podwójne państwo: przyczynek do teorii państwa niemieckiej dyktatury]. Poza swymi badaniami terenowymi czy obserwacją uczestniczącą, jak można by to określić, Fraenkel zbierał materiały do swego dzieła w olbrzymiej Bibliotece Państwowej w Berlinie. W celu zmylenia nazistowskich bibliotecznich szpiegów zamawiał tam wielką

liczbę pozycji na rozmaite inne tematy. Manuskrypt *Der Doppelstaat* udało się wywieźć z Berlina w bagażu dyplomatycznym sprzyjającego sprawie francuskiego dyplomaty, a kopia zakopana została także w ogrodzie Otto Suhra, późniejszego burmistrza Berlina. Przepisana na maszynie inna kopia manuskryptu trafiła jednak także w 1939 r. do... niemieckiego Naczelnego Dowództwa Wojsk Lądowych, potajemnie przekazywana z szuflady do szuflady i czytana przez zainteresowaną analizą ustroju państwa generalicję.

Tak przedstawiane przez J. Meierhenricha losy Ernsta Fraenkla i jego dzieła przypominają osobę Victora Klemperera, filologa, który w podobnych okolicznościach, jako usunięty na margines społeczny Żyd w hitlerowskich Niemczech, dokumentował z perspektywy naocznego obserwatora *Lingua Tertii Imperii*, język Trzeciej Rzeszy, czyli zawłaszczanie i przekształcanie języka niemieckiego przez nazistowską propagandę. W podobnych okolicznościach Ernst Fraenkel przedstawił koncepcję „podwójnego państwa”, tzn. złączenie w ustroju nazistowskim komponentu legalistycznego i prerogatywnego. Inne były jednak losy obu tych pozycji. Książka Klemperera wielokrotnie wydawana była w języku niemieckim, w NRD, gdzie osiadł autor, a następnie w RFN, a w 2000 r. przełożona została na język angielski i stała się, wraz z dziennikami tego badacza „trzeciego imperium”, klasyczną pozycją na temat nazizmu i jego propagandy. Tymczasem – co obszernie omawia J. Meierhenrich – *opus magnum* Ernsta Fraenkla spotkało się z bardzo ograniczoną recepcją.

Fraenkel po opuszczeniu Niemiec dotarł do Stanów Zjednoczonych, gdzie bezskutecznie starając się o pracę na uczelni, przetworzył pierwotną wersję *Der Doppelstaat*, tłumiąc między innymi wątki marksistowskie na potrzeby anglojęzycznego wydania, które udało mu się opublikować w 1941 r. w Oxford University Press pod tytułem: *The Dual State*. To nowojorskie wydanie było jedyną dostępną analizą ustroju nazistowskiego pisaną z jego wnętrza, ale – co zaskakujące – nie spotkało się z zainteresowaniem osiadłych w Ameryce emigrantów z Niemiec. Bezpośrednio po publikacji *The Dual State* praca Fraenkla została doceniona przez anglojęzycznych recenzentów i odbiorców akademickich jako podstawowa pozycja w badaniach nad współczesnymi dyktaturami, ale rychło przyćmiło ją dzieło Franza Neumanna.

Niegdyśejszy współnik Fraenkla, który wyemigrował z Niemiec w 1933 r., wydał w 1942 r. pracę *Behemoth*, również dotyczącą ustroju Trzeciej Rzeszy, ale przedstawiającą nazistowskie Niemcy jako państwo bezprawia, zmierzające w stronę chaotycznego „niepaństwa”. *Behemoth* Neumanna był regularnie wznawiany, a książka Fraenkla została właściwie zapomniana. Doczekała się drugiego anglojęzycznego wydania dopiero w 2017 r., staraniem Jensa Meierhenricha. Ten współczesny badacz formułuje tezę, że obarczone wieloma niedostatkami ujęcie nazizmu przedstawione w pracy *Behemoth* na wiele dekad zaciążyło na badaniach nad Trzecią Rzeszą, zaciemniając logikę nazistowskiej dyktatury i rolę prawa w tym okresie. Neumann twierdził, że prawo nie miało znaczenia w Rzeszy, odrzucał koncepcję podwójnego państwa, a skupiał się na ekonomicznych źródłach powstania rządów nazistów. Te poglądy miały wielki wpływ na decydentów w Waszyngtonie kształtujących politykę wobec okupowanych powojennych Niemiec, w tym na Office of Strategic Services (OSS), czyli urząd, z którego wyrosła CIA. Neumann kierował biurem studiów i analiz w OSS, zwanym „dywizją powietrznofotelową”, w której wpłynął na całe pokolenie historyków. Ernst Fraenkel nie podzielał uproszczonego, redukcyjnego, a wręcz biało-czarnego spojrzenia Neumanna, z prawem jako zmienną dwuwartościową, decydującą o istnieniu porządku prawnego albo o jego braku. Teza o bezprawiu Trzeciej Rzeszy, argumentuje za Fraenklem J. Meierhenrich, jest empirycznie wadliwa, czego najlepszym dowodem jest kilkuletnia aktywność Fraenkla w sądach nazistowskich. Dla części ofiar Trzeciej Rzeszy, takich jak sam Fraenkel, prawo stanowić mogło niekiedy ceną broń i tarczę, a obserwujący to naocznie Fraenkel stał się „teoretykiem szarości prawa”. Jak sugeruje J. Meierhenrich, subtelnie przemyślane i solidnie udokumentowane tezy Fraenkla zostały porzucone przez badaczy anglojęzycznych, ponieważ w okresie zimnej wojny górę wziął trend traktowania ustroju niemieckiego jako totalitarnej czarnej skrzynki, czyli nieprzenikalnego mechanizmu, a rasistowski porządek postrzegano jako monolityczne państwo garnizonowe, które wyłoniło się od razu w pełni uformowane. Zimnowojenne skupienie na koncepcie totalitaryzmu nie pozostawiało miejsca na prowadzone przez Fraenkla poszukiwania wysepek praworządności na wzburzonym morzu wczesnego prawa nazistowskiego.

Zrekonstruowana i komentowana przez J. Meierhenricha instytucjonalna teoria dyktatury stworzona przez Ernsta Fraenkla składa się z trzech głównych elementów. Pierwszym jest teza, że nazistowski ustrój złożony był z dwóch oddziałujących na siebie państw: prerogatywnego i normatywnego. Drugi to ocena, że właśnie to rozdwojenie pozwoliło na zorganizowane przejście do rządów autorytarnych i ich konsolidację, poprzez zmniejszenie skłonności do oporu sił społecznych, takich jak zamożni przedsiębiorcy. Trzeci element argumentacji Fraenkla dotyczył źródła zła, instytucjonalnego podłoża podwójnego państwa, którego upatrywał w ideologii wspólnotowej i agresywnym kapitalizmie. Pogłębiając kwestię ustrojowego rozdwojenia, a przygotowując podstawę do dalszych rozważań Jensa Meierhenricha, warto oddać głos bezpośrednio Ernstowi Fraenklowi:

Od 28 lutego 1933 Niemcy znajdują się w stanie wyjątkowym. Prawo stanu wyjątkowego, jako takie, nie koliduje w sposób nieunikniony z rządami normalnego prawa. Stan wyjątkowy, w postaci, w jakiej rozwinął się w historii konstytucyjnej dziewiętnastego wieku i wczesnego wieku dwudziestego, uzupełnia praworządność. W okresach, w których praworządność jest zagrożona lub zakłócona, wprowadzany jest stan wyjątkowy w celu przywrócenia porządku konstytucyjnego niezbędnego dla istnienia praworządności. Jeśli uznamy sytuację, która prowadzi do ogłoszenia stanu wyjątkowego, jako negację praworządności, to sytuacja konstytucyjnego stanu wyjątkowego jest „negacją negacji”, której celem jest przywrócenie (pozytywnej) praworządności.

Konstytucyjne wprowadzenie stanu wyjątkowego wymaga: (1) zagrożenia lub naruszenia rządów normalnego prawa; (2) ogłoszenia stanu wyjątkowego z intencją jak najszybszego przywrócenia praworządności; (3) obowiązywania stanu wyjątkowego tylko do czasu przywrócenia praworządności.

Narodowo-socjalistyczny zamach stanu polegał na tym, że Narodowi Socjaliści, jako dominująca partia władzy: (1) nie zapobiegli, lecz raczej wywołali naruszenie praworządności; (2) nadużyli stanu wyjątkowego, który fałszywie propagowali w celu zniesienia Konstytucji; (3) a obecnie utrzymują stan wyjątkowy pomimo swych zapewnień, że Niemcy, pośród świata niszczonego konfliktami

wewnętrzny, stanowią „wyspę pokoju”. Na tej „wyspie pokoju” trwa stały stan wyjątkowy¹¹.

Jednakże ów permanentny stan wyjątkowy nie stanowił kompletnego opisu ustroju Rzeszy. Fraenkel wyróżnił dominujący komponent w postaci „państwa prerogatywnego”, w którym ład utożsamiony był z postacią Adolfa Hitlera. Cechą państwa prerogatywnego były rządy arbitralne i brutalne. Nie *rule of law*, lecz *rule by law*, czyli czysto instrumentalne stosowanie prawa, nierzadko utajnionego, które swobodnie mogło być naruszane dla doraźnych czy długofalowych potrzeb. Akty państwa prerogatywnego były samolegitymizujące i samow wykonawcze, a głównymi agentami tego państwa było Gestapo i NSDAP. Ten komponent został dobrze przyswojony w powszechnej świadomości i intuicyjnie kojarzony jest z Trzecią Rzeszą. Prawo nazistowskie miało jednak znacznie bardziej dynamiczny, złożony i niestabilny charakter. W irracjonalnej strukturze znajdował się racjonalny rdzeń. Obok państwa prerogatywnego istniało państwo normatywne, złączone z pierwszym i poddawane stałemu tarcu, ponieważ państwo normatywne przestrzegało własnych przepisów, a państwo prerogatywne te same przepisy naruszało. Odwołując się do słownictwa Carla Schmitta, który walczył przyczynił się do zbudowania tej rozdwojonej struktury, można to wyrazić tak, że państwo prerogatywne było instytucjonalnym ucieleśnieniem decyzyzmu, a państwo normatywne wyrazem legalizmu. Jens Meierhenrich, w ślad za Ernstem Fraenklem, stara się subtelnie przybliżyć czytelnikom tę szczególną konstrukcję. Zastrzega, że państwo normatywne nie powinno być utożsamiane z państwem praworządnym, *Rechtsstaat*, a przejawem tego jest instytucja sądu wyjątkowego: państwo praworządne kieruje przestępstwa polityczne do sądu wyjątkowego, pomimo tego, że są to zagadnienia prawne, natomiast podwójne państwo kieruje przestępstwa polityczne do sądu wyjątkowego, chociaż są to zagadnienia polityczne. Innymi słowy, państwo normatywne jest silne tylko w takim stopniu, w jakim pozwala na to państwo prerogatywne. Jak pisał Fraenkel:

Państwo normatywne jest niezbędnym dopełnieniem państwa prerogatywnego i może być rozumiane tylko w tym świetle. Ponieważ

11 E. Fraenkel, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford 2017, s. 9–10.

państwo prerogatywne i normatywne stanowią współzależną całość, samodzielne rozpatrywanie państwa normatywnego nie jest dopuszczalne¹².

Komplementarność obu części podwójnego państwa, a jednocześnie stan napięcia pomiędzy nimi, wyrażała formuła, iż domniemanie jurysdykcji znajduje się po stronie państwa normatywnego, lecz jurysdykcja nad jurysdykcją po stronie państwa prerogatywnego. Opisanie tego złożonego fenomenu zajęło Ernstowi Fraenklowi całą książkę, a Jensowi Meierhenrichowi znaczną część omawianego tu książkowego komentarza do dzieła Fraenkla. W ramach przybliżającego szkicu podkreślić pragnę jeszcze tylko jeden aspekt, który został zatarty w powojennych badaniach nad nazizmem. Przy całej specyfice tej rozdwojonej konstrukcji i braku granic państwa prerogatywnego, co zgodnie z przytoczoną formułą „jurysdykcji nad jurysdykcją” oznaczało, że ruchome granice państwa normatywnego wyznaczało państwo prerogatywne, owo państwo normatywne też działało i wywierało istotny wpływ na funkcjonowanie nazistowskich Niemiec. Jan Józef Szczepański w *Małej encyklopedii totalizmu* akcentował, że w państwach totalitarnych występuje zwykle instrumentalne wykorzystywanie prawa, zdumiewająca skłonność do ubierania represji w pozory legalności, zadawanie sobie trudu uchwalania stosownych ustaw i kodeksów oraz podtrzymywanie fikcji procedury sądowej¹³. W koncepcie państwa normatywnego chodzi o coś znacznie więcej niż tylko o prawniczą dekorację. Rekonstruujący i rozwijający myśl Fraenkla J. Meierhenrich objaśnia, dlaczego nazistowska dyktatura mogła być zainteresowana instytucjonalnym samoograniczeniem, czyli nie tylko tolerowaniem, ale też podtrzymywaniem pozostałości *Rechtsstaat*. Chodziło o ochronę sfery gospodarczej, a więc i o utrzymanie poparcia dla reżimu ze strony niemieckiego kapitalizmu. Instytucja własności prywatnej w Trzeciej Rzeszy pozostała w przeważającym stopniu „święta”, o ile korzystali z niej „Aryjczycy”. Nazistowskie sądy rutynowo zajmowały się między innymi problematyką umów oraz ochroną praw patentowych. Wedle tego ujęcia utrzymanie przez dyktatora państwa normatywnego było wyborem strategicznym, naziści pragnęli zapewnić rozkwit gospodarczy w trakcie rewolucji społecznej i rasowej. Jak

12 E. Fraenkel, *The Dual...*, s. 71.

13 J.J. Szczepański, *Mała encyklopedia totalizmu*, Kraków 1990, s. 23–24.

wskazywał Fraenkel, kapitalizm wymagał pewności prawnej, bez której nie byłoby możliwe planowanie niezbędne w działalności gospodarczej. W sferze handlu i gospodarki dyktatura nazistowska wręcz poszerzała zakres państwa normatywnego, a państwo prerogatywne trzymało się w cieniu, zajmując się problemem „popytu i podaży przemocy”, tzn. państwową pomocą dla kapitalistów w ich walce z lewicowymi agitatorami, co przybierało postać zarówno aktów przemocy fizycznej, jak i destrukcyjnych dla lewicy działań administracyjnych czy biurokratycznych.

Przypomnę tu na marginesie, że kilka tygodni po przypiecztowaniu przejścia władzy przez Hitlera – w tzw. ustawie o pełnomocnictwach z 23 marca 1933 r.¹⁴ – 2 maja został wydany zakaz działalności związków zawodowych, liderzy związkowi zostali aresztowani jako wrogowie państwa, a fundusze związkowe skonfiskowano. Franciszek Ryszka ocenił, że momentem zwrotnym w drodze Hitlera do władzy, a zarazem wzorem taktyki politycznej, było przemówienie hamburskie z lutego 1926 r., adresowane do zgromadzonych notabli. Hitler zapowiedział w nim zniszczenie i wytepienie marksizmu i marksistów. „W tym momencie stenogram przemówienia zanotował burzliwy aplauz”, relacjonuje F. Ryszka, dodając, że jeszcze ważniejsze od słów były decyzje. W 1928 r. Hitler oficjalnie odzegał się od literalnej, a więc wówczas już „kłamliwej” interpretacji punktu 17 programu NSDAP, dotyczącego reformy rolnej, i wydał zakaz tworzenia narodowosocjalistycznych związków zawodowych¹⁵. Już w przemówieniu z 1922 r. Hitler przedstawił swoje – zresztą bardzo autorskie – rozumienie socjalizmu:

Ktokolwiek jest gotów, by sprawa narodowa stała się jego sprawą do takiego stopnia, że nie zna wyższego ideału niż dobrobyt swego narodu; ktokolwiek rozumie, że nasz wielki hymn narodowy *Deutschland über Alles* oznacza, że jak świat szeroki nic w jego oczach nie przewyższa tych Niemiec, tego ludu i tej ziemi – taki człowiek jest socjalistą¹⁶.

14 Ustawa o usunięciu zagrożenia narodu i państwa z dn. 23 III 1933 r., Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, RGBl. I, s. 141.

15 F. Ryszka, *Państwo stanu wyjątkowego. Rzecz o systemie państwa i prawa Trzeciej Rzeszy*, Wrocław 1985, s. 155–156.

16 Cyt. za: W.L. Shirer, *The Rise and Fall of the Third Reich. A History of Nazi Germany*, Trowbridge 1971, s. 85.

Celowo odwołuję się w tym miejscu do postaci Franciszka Ryszki, ponieważ polski czytelnik moich słów mógł odnieść wrażenie, że koncepcje Ernsta Fraenkla nie są wcale tak zapomniane, jak przedstawia to Jens Meierhenrich. Państwo prerogatywne to przecież nic innego jak „państwo stanu wyjątkowego”, wyrażone w samym tytule klasycznej pracy prof. Ryszki. Polski badacz nazizmu wielokrotnie powoływał się w swym tomie na *The Dual State* Fraenkla. W przedmowie do wydania drugiego z 1973 r. pisał nawet, że na tle dostępnej wtedy nowszej literatury przedmiotu nadal za ważniejsze dla nauki wydarzenie uważa właśnie *The Dual State*, które wówczas liczyło ponad trzydzieści lat¹⁷. Notabene taki okres dzieli nas obecnie od ostatniej edycji książki F. Ryszki, którą wydano w niewielkim nakładzie w oszczędnej i nietrwałej estetyce ostatniej dekady PRL-u. Intrygującym aspektem poruszanej tu recepcji dzieła Fraenkla jest to, że jego praca doczekała się drugiego wydania w języku angielskim dopiero po blisko 80 latach (*sic!*), a przez cały ten czas obecna była w historiografii polskiej, i to nie tylko z bezpośredniej inspiracji książką F. Ryszki. Odwołanie w polskiej literaturze do koncepcji Fraenkla pojawia się między innymi u Marka Bankowicza, w opisie pierwszych polemik z totalitaryzmem, przy czym autor w 2007 r. korzystał z wydania włoskiego, *Il doppio Stato*, z 1983 r.¹⁸ Do poglądów Fraenkla nawiązuje także Anna Kanarek-Równicka w swej monografii pt. *Polskie interpretacje ustroju i prawa Trzeciej Rzeszy (1933–1989)*, ukazującej bogactwo polskiej refleksji prawniczej poświęconej tytułowej problematyce, rozpoczętej jeszcze za czasów dyktatury sanacyjnej¹⁹. Wszystkie te pozycje zostały zaś przygotowane zanim Jens Meierhenrich przywrócił do anglojęzycznej wspólnoty badawczej główne dzieło Fraenkla. Drobnym symbolem wpływu globalnych zmaganiań ideologicznych na badania naukowe jest wskazana przez J. Meierhenricha okoliczność, że pierwsze anglojęzyczne wydanie powojenne pracy Hansa Kelsena *General Theory of Law and State* nie zawierało akapitu z niemieckiego oryginału z 1925 r. ze stwierdzeniem, że całkowicie niedorzeczne jest utrzymywanie, jakoby w despotyzmie nie

17 F. Ryszka, *Państwo...*, s. 9.

18 M. Bankowicz, *Totalitaryzm – terror w służbie ideologii*, w: M. Bankowicz, W. Kozub-Ciembroniewicz, *Dyktatury i tyranie. Szkice o niedemokratycznej władzy*, Kraków 2007, s. 194–195.

19 A. Kanarek-Równicka, *Polskie interpretacje ustroju i prawa Trzeciej Rzeszy (1933–1989)*, Toruń 2017.

istniał porządek prawny. Natomiast Franciszek Ryszka w przedmowie z 1985 r. do wydania trzeciego swego dzieła z wyraźną satysfakcją przemieszaną z irytacją odnotował, że w ocenie niemieckiego konstytucjonalisty Helmuta Riddera *Państwo stanu wyjątkowego* F. Ryszki należało do zaledwie trzech wielkich opracowań ogólnych systemu narodowosocjalistycznego i jego doktryny ustrojowej, obok *The Dual State* Fraenkla i *Behemoth* Neumanna, ale wszystkie były pisane, zdaniem H. Riddera, z intencją instrumentalną, a książka F. Ryszki wyrażać miała tendencję zimnowojenną²⁰. U F. Ryszki pojawia się nawet zdanie zwiastujące tytuł i przedmiot książki Meierhenricha:

Najbardziej natarczywi naziści nie odważyli się jeszcze atakować formalnych pozostałości „Rechtsstaatu” – łącznie z całą tradycyjną terminologią aktów władzy – niezależnie od tego, jak ostro nie piętnowałiby politycznych i ideowych treści samego zjawiska²¹.

Tej właśnie kwestii dotyczy drugi zasadniczy wątek w książce *The Remnants of the Rechtsstaat*, powodujący, że stanowi ona komplementarne uzupełnienie dzieła Fraenkla, a nie tylko przedstawienie historii jego teorii czy komentarz do niej. Jak zaznacza J. Meierhenrich, pozostałości *Rechtsstaat* oznaczają praktyki prawne i świadomość prawniczą przeniesioną z poprzedniego ustroju, która nadal nadawała strukturę polityce rządów autorytarnych. W nazistowskich Niemczech zachowanie tych pozostałości było zarówno wyborem strategicznym, jak i wyrazem wpojonych nawyków. Najobszerniejszy rozdział w pracy Meierhenricha, liczący przeszło sześćdziesiąt stron, poświęcony jest debacie na temat *Rechtsstaat* w nazistowskich Niemczech w latach 1933–1936. Autor zapowiada bowiem, że jednym z jego celów było poważne potraktowanie nazistowskiej koncepcji prawa i prześledzenie jej rozwoju w teorii i praktyce. Ważnym składnikiem tego procesu było zaś uformowanie i zdeformowanie idei *Rechtsstaat*. Krótszy rozdział wprowadzający poświęcony jest historii tej idei w latach 1798–1933, od krytyki państwa policyjnego przedstawionej przez Placidusa; koncepcji Roberta von Mohla, znacznie mniej radykalnej, niż mu się to przypisuje, gdyż

20 F. Ryszka, *Państwo...*, s. 17.

21 F. Ryszka, *Państwo...*, s. 271.

u von Mohla *Rechtsstaat* mogło rozwijać się w monarchii, arystokracji lub demokracji; poprzez zakorzenienie reakcyjnego *Rechtsstaat* w wilhelmińskich Niemczech; następnie przez spór o metodę prawniczą, *Methodenstreit* z lat 20., w której brał udział między innymi Hermann Heller i Hans Kelsen; aż po teorię integracji Rudolfa Smenda. Na tle tego treściwego zarysu warto odnotować, że otwiera go cytata z Lorenza von Steina, który w XIX wieku uznał pojęcie *Rechtsstaat* za wyjątkowe dla myśli niemieckiej i niewyraźne w innych językach. Ta wyjątkowość wyjaśnia być może częściowo utrwalone w polskim języku prawniczym, a także w tekście Konstytucji RP specyficzne tłumaczenie tego pojęcia jako „państwo prawne”, zamiast „państwo prawa”, co bezlitosnej krytyce poddał Jan Woleński, tłumacząc między innymi, że „państwo prawne” to zwrot podobny do „mapa polska”²².

Idea *Rechtsstaat* rozwijana przed drugą wojną światową, w znacznej mierze formalna, substancjalnie pusta i podatna na atak nazistów, poważnie różniąca się od powojennego jej rozwinięcia, była w latach 30. dla rządów nazistowskich przydatna, a przy tym stanowiła ważny element oglądu rzeczywistości dla tych niemieckich prawników, którzy przystąpili z zapalem do wznoszenia gmachu „tysiącletniej Rzeszy”. To wywołało rozległą debatę środowiskową, którą pasjonująco przedstawił Jens Meierhenrich, dzięki imponującemu zbadaniu rozlicznych nazistowskich źródeł – w tym traktatów i artykułów naukowych, których autorzy zabiegali o pozycję w nowym ustroju – periodyku SS „Das Schwarze Korps” czy konferencji badawczych organizowanych przez obsługujących nazistów uczonych. Tylko ten rozdział omawianej książki przesądza o jej szczególnej wartości w dziedzinie prawoznawstwa i socjologii nauki. Meierhenrich opisuje bowiem galerię postaci angażujących swe niepospolite intelekty w przekazywanie dyrektyw Hitlera i jego przybocznych w osnowę prawną Trzeciej Rzeszy; wychwytywanie aluzji i zaczątków myśli czołowych nazistów i rozwijanie ich w fachowych pismach; rozległą polemikę z generacją swych nauczycieli, zwłaszcza jeśli można było im przypisać „żydostwo”; zabieganie na tej podstawie o angaże ministerialne i katedry uniwersyteckie. Otto Koellreutter, jeden z głównych uczestników tej

22 J. Woleński, *I zostaliśmy państwem prawnym*, w: J. Woleński, *Okolice filozofii prawa*, Kraków 1999, s. 83–85.

debaty, w 1935 r. ogłosił, że wysiłki podobnych mu badaczy mają kluczowe znaczenie dla bytu Trzeciej Rzeszy – nie wystarczą slogany, nie wystarczy odpowiednie nastawienie; konieczne jest instrumentarium naukowe. Juryści Rzeszy podjęli ten wysiłek.

Jak pisze J. Meierhenrich, debata ta nie była bynajmniej jedynie przedstawieniem zorganizowanym na potrzeby załagodzenia zaniepokojenia społeczności międzynarodowej. Dyskusja na temat *Rechtsstaat* w nazistowskich Niemczech była poważną rywalizacją intelektualną, w której sympatycy nowego reżimu, lojaliści i bezwarunkowi wyznawcy ze środowiska prawniczego spierali się o kształt nowego państwa, jego ideologiczne podstawy i użycie w nim prawa. Starli się w niej teoretycy i praktycy pragnący utrzymania w pewnych granicach terminologii *Rechtsstaat* z nowatorami dążącymi do stworzenia nowego języka wyrażającego rewolucyjną zmianę w państwie. Uczestników łączyła pogarda dla tego, co uważali za „liberalne” czy „burżuazyjne” *Rechtsstaat* w dziewiętnastowiecznym rozumieniu. Jens Meierhenrich wyróżnia trzy główne wątki tej dyskusji. Po pierwsze był to łączący jej uczestników antyliberalizm. Nazistowscy teoretycy prawa zgadzali się, że prawo miało służyć stworzeniu i utrzymaniu silnego państwa, a liberalne teorie prawa w ich opinii były wyrazem zdrady dla osiągnięć niemieckiego idealizmu i utorowały drogę dla dekadencji (Hans Frank pisał o „najprymitywniejszym materializmie”). Po drugie debatę tę charakteryzował antyformalizm, potrzeba odrzucenia proceduralnej koncepcji prawa na rzecz prawa przesyconego rasistowską ideologią nazizmu. Carl Schmitt wyśmiewał więc prawodawstwo liberalnego *Rechtsstaat* jako zaledwie „rozkład jazdy maszyny biurokratycznej”. Odrzucona musiała zatem zostać koncepcja *Rechtsstaat* Kelsena, pozbawiona przywództwa i kontrolująca arbitralność władzy. Dla nazistowskich jurystów normy prawne miały zachować przydatność w nowym ustroju, umożliwiać dyktaturę, ale pewność prawa rodziła zbyt wysoki koszt, nie do pogodzenia z zasadą wodzostwa czy – jak to ujmował Ernst Forsthoff – „ze szczerą pasją i genialną cnotą prawdziwego męża stanu”. Dla Schmitta i jemu podobnych tylko wszechmocny lewiatan mógł zapewniać utrzymanie ładu społecznego, a idea instytucjonalnego ograniczania suwerena równała się zdradzie. Trzecim wątkiem w tej debacie był, jak się można domyślać, antysemityzm. Większość jej uczestników

uważała, że charakterystyczna dla liberalizmu troska o legalizm i normatywność to przejawy, wedle słów niezawodnego Carla Schmitta, „żydowskiej myśli prawniczej”. Za groźne przejawy tej myśli uważano w tych kręgach nawet skłonność do logicznego i abstrakcyjnego rozumowania. Przy wszystkich tych negatywnie jednoczących nazistowskich jurystów wątkach, przekonuje J. Meierhenrich, idea *Rechtsstaat* miała znaczenie dla prawie każdego z uczestników, nadawała ona społeczne znaczenie ich intelektualnym zmaganiom. Spierali się oni w istocie na temat własnej zawodowej tożsamości, próbując dojść do ładu z pogmatwanymi znakami swego czasu. Jedną z preferencji uczestników debaty było więc „urasowanie *Rechtsstaat*”, ale nie usuwanie go. Zwłaszcza Koellreutter bronił języka *Rechtsstaat* i postulował utrzymanie go po zmodyfikowaniu do postaci „narodowego *Rechtsstaat*”, co było koncepcją bardzo pojemną, skoro Koellreutter uważał egzekucje Ernsta Röhma i pozostałych liderów SA za legalne, gdyż retrospektywnie zostały one zalegalizowane. Mniej więcej do lata 1934 r. wśród części nazistowskich intelektualistów utrzymywała się nadzieja na połączenie elementów praworządności z rasizmem. Bodo Dennewitz, uczeń Koellreuttera, przekonywał wręcz, że normy i instytucje *Rechtsstaat* są niezbędne do utrzymywania osiągnięć rewolucji nazistowskiej. Przywiązanie do języka *Rechtsstaat* w tej początkowo wielogłosowej debacie występowało zwłaszcza u tych uczestników, którzy utrzymywali wiarę w rządy ustaw.

Debata ta, stanowiąca także oportunistyczną walkę frakcji w niemieckim świecie prawniczym, potwierdza dualistyczne ujęcie ustroju Rzeszy przedstawione przez Fraenkla. Jens Meierhenrich stwierdza, że nie tylko praktyka prawa nazistowskiego była rozdwojona. Schizofreniczny charakter miała także teoria prawa nazistowskiego. Pozostałości liberalnego i autorytarnego *Rechtsstaat* były widoczne w życiu codziennym aż do 1938 r., a niektóre utrzymywały się nawet w latach wojennych. Ostatecznie jednak debatę wygrała frakcja Carla Schmitta i pod koniec lat 30. termin *Rechtsstaat* został usunięty z *lingua tertii imperii*. Schmitt od początku walczył o kształt słownika prawa i już w 1933 r. twierdził, że ci, którzy powołują się na *Rechtsstaat*, chcą spowolnić niemiecką rewolucję. Stare nawyki były jednak bardzo silne, na przykład Roland Freisler, jeden z pierwszych członków NSDAP, gorliwie bezlitosny przewodniczący

Volksgerichtshof (Trybunału Ludowego Rzeszy), którego zdjęcie wybrał symbolicznie J. Meierhenrich na okładkę swej książki, regularnie do 1937 r. odwoływał się do języka *Rechtsstaat*, pisząc między innymi, że państwo Hitlera jest *Rechtsstaat* w prawdziwym, naturalnym sensie.

W tle tego sporu doktrynalnego rozgrywały się prawdziwe arywistyczne dramaty, dobrze ilustrujące złożoność zjawiska, a pogłębiane tą przykrą okolicznością, że Hitler miał pogardliwy stosunek do prawników, także tych, którzy swe wykształcone umysły oddali służbie Rzeszy. Franciszek Ryszka pisał, że Hitler żywił psychopatyczną wprost nienawiść do prawników starej szkoły, która przenosiła się na wszystkich „jurystów”, co w ustach wodza równało się niemal obeldze. Wywodził on między innymi, że juryści są społecznie niebezpieczni, Hans Frank poczuł więc w 1936 r. potrzebę przemianowania stworzonego przez siebie kilka lat wcześniej związku prawników (*Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen*) na związek rzeczników czy też obrońców prawa (*Nationalsozialistischer Rechtswahrerbund*)²³. Jens Meierhenrich napomknął między innymi o Gustavie Walzu, bardzo ambitnym prawniku, który w wyniku propagowania pojęcia „ludowego państwa Führera” (ludowość oznaczała tu dążenie do rasowej czystości) niespodziewanie otrzymał nominację na stanowisko rektora uniwersytetu w Breslau. Walz ponadto przekonywał, że pojęcie państwa autorytarnego zbytnio trąci Weimarem. Awans odpowiednio zaangażowanego Walza oznaczał jednak pozbawienie stanowiska rektora Hansa Helfritza, powołanego zaledwie pół roku wcześniej, który był nadmiernie przywiązany do koncepcji *Rechtsstaat*, kładł nacisk na kwestię legalności działania administracji i pokładał wiarę w publiczne zapewnienia Hansa Franka i Carla Schmitta o niezależności nazistowskich sędziów. Sam Carl Schmitt, główny inspicjent tej debaty, wywodził między innymi, że odrzucić należy – zdawałoby się niewinne – określenie „ogólna nauka o państwie”, *Allgemeine Staatslehre*, wykorzystywane wcześniej rutynowo w tytułach znaczących dzieł, między innymi Georga Jellinka, nie tylko z tego powodu, że określenie to charakterystyczne było dla liberalnego XIX wieku, ale również z tej przyczyny, że samo słowo *allgemein* sugerowało uniwersalność, a więc podważało wyjątkowość państwa narodowego socjalizmu. Schmitt był

23 F. Ryszka, *Państwo...*, s. 378–379.

wystarczająco radykalny, by wyplenić poglądy bardziej umiarkowanych nazistowskich „rzeczników prawa” i wpływać na ich kariery, ale nie okazał się najsilniejszym członkiem tej kamaryli. Jego niegdysiejszy protegowany Reinhard Höhn nie zadowolili się przejściem w 1935 r. katedry w Berlinie po Rudolfie Smendzie, przy poparciu Schmitta. Korzystający z wpływów w SS Höhn doprowadził w październiku 1936 r. do założenia teczki na „Prof. Dr. Carla Schmitta”, a w grudniu we wspomnianym periodyku SS „Das Schwarze Korps” ukazały się dwa artykuły podważające nazistowskie kompetencje Schmitta, które zakończyły jego karierę. Tę relację J. Meierhenricha uzupełnić można opisem Jean-Louisa Vullierme’a pokazującym, jakich umiejętności wymagała wspinaczka po szczeblach władzy w Rzeszy. Wedle tego autora Schmitt był początkowo nastawionym kontrrewolucyjnie ultraautorytarnym katolikiem, a powodowany ambicją, zasugerował sposoby zaadaptowania do osoby Hitlera formuł pełni władzy przygotowanych dla Hindenburga, ustawy norymberskie powitał zaś jako „konstytucję wolności”. Następnie na pewien czas, przy poparciu Hermanna Göringa, Josepha Goebbelsa i Hansa Franka, Carl Schmitt został „papieżem prawa” w Rzeszy. Jego wzlot zaniepokoił jednak Heinricha Himmlera, który nie tylko uważał całą prawniczą kosmetykę za niepotrzebną, skoro można było już rządzić dekretemi i odwoływać opornych sędziów, ale też wyczuł u Schmitta nazizm oportunistyczny, skażony katolicyzmem. Schmitt, rozpoznając zmienne wiatry, zapragnął zademonstrować swą lojalność i zorganizował kolokwium na temat de-judeizacji prawa. Himmler przysłał jednak prawników SS, którzy przesłuchali Schmitta na temat dechrystianizacji prawa, dając mu czytelnie do zrozumienia, że popadł w niełaskę²⁴. Notabene J. Meierhenrich uważa, że smutnym paradoksem jest to, że dzieła Carla Schmitta studiowane są do znudzenia, a praca Fraenkla, jednego z jego najmądrzejszych żydowskich polemistów, jest praktycznie nieznaną.

Poucządzający i potwierdzający refleksje Ernsta Fraenkla i Jensa Meierhenricha jest także epizod z późniejszych lat dotyczący osoby Franza Schlegelbergera, powołanego w 1941 r. na ministra sprawiedliwości Rzeszy. Choć również był to gorliwy nazista, to miał formalistyczne poglądy, które usiłował pogodzić z potrzebą tłumaczenia Führerowi, iż sądownictwo

24 J.-L. Vullierme, *Lustro...*, s. 188–189.

dorosło do powagi sytuacji wojennej. Kres kariery Schlegelbergera przyniosło pozornie błahe zdarzenie. W 1942 r. sąd w Olenburgu skazał Ewalda Schlitta na karę pięciu lat ciężkiego więzienia za zabójstwo żony, uznając ograniczoną poczytalność sprawcy. Hitler po lekturze prasy był rozwścieczony tak łagodnym wyrokiem wydanym na podstawie ustawy i natychmiast przedstawił swoje obiekcje ministrowi Schlegelbergerowi. Pouczony odpowiednio prokurator wystąpił z nadzwyczajnym sprzeciwem i siedemnaście dni po wyroku pierwszej instancji skazano Schlitta na karę śmierci. Sprawa ta wytrąciła jednak Hitlera z równowagi i kilka tygodni później, w kwietniu 1942 r., na forum Reichstagu wódz wystąpił z ostrym przemówieniem przeciwko sędziom, zapowiadając interweniowanie we wszystkich przypadkach i zdejmowanie z urzędu tych sędziów, którzy nie pojmują wymogów chwili. Reichstag w uchwale odpowiedział powierzeniem wodzowi prawa karania wszystkich Niemców niezależnie od przepisów prawa i potwierdzeniem jego uprawnienia do usuwania z urzędu funkcjonariuszy wszystkich stopni. Na te wydarzenia minister Schlegelberger odpowiedział osobistym pismem do Hitlera, w którym zapewniał, że dołoży wszelkich starań, aby jak najszybciej naprawić działanie sądownictwa. Popęlnił jednak w nim poważny błąd, starając się wytłumaczyć Hitlerowi jako najwyższemu zwierzchnikowi sądowemu, że w szeregu nazbyt łagodnych orzeczeń sądowych nie było podstaw do stosowania skargi o nieważność wyroku ze względu na „brak stwierdzenia niewłaściwego zastosowania przepisu prawa”. W sierpniu ministra Schlegelbergera skierowano na emeryturę²⁵. Dostrzeżmy niezamierzony komizm tej sytuacji i to, jak głębokie korzenie zapuściły formalizmy właściwe *Rechtsstaat* w umysłowości ministra, który doktorat z prawa uzyskał jeszcze w wieku XIX, a w 1942 r. usiłował w dobrej wierze tłumaczyć swemu rozsierzonemu Führerowi brak przesłanek do zastosowania środka procesowego.

Skupianie uwagi na rozumieniu i wykorzystaniu prawa przez nazistów nie jest bynajmniej wyrazem wyłącznie dociekliwości historycznej, motywującej do porządkowania naszych cywilizacyjnych archiwów. Rzecz w nie mniejszym stopniu dotyczy naszej teraźniejszości i przyszłości. W eseju z 1995 r. Umberto Eco zaproponował kategorię pojęciową

25 Zob. F. Ryszka, *Państwo...*, s. 405–422.

Ur-Fascism, a więc prafaszizm czy też odwieczny faszyzm. Jak to rozważał, słowo „faszyzm” stało się synekdochą, figurą stylistyczną ogarniającą różne ruchy totalitarne, nie tylko z powodu swego historycznego pierwszeństwa w szeregu europejskich prawicowych dyktatur, ale przede wszystkim dlatego że faszyzm był totalitaryzmem rozmytym, stanowiącym splot sprzecznych idei politycznych i filozoficznych, w ramach którego pewne akcentowanie lub – wręcz przeciwnie – eliminowanie wybranych elementów składowych nie zaburzało możliwości rozpoznania samej istoty faszyzmu. Rozwinięciem tego było wyliczenie czternastu cech tytułowego prafaszizmu, z których każda pozwalała na okrzepnięcie wokół niej rozbudowanej ideologii faszystowskiej. Wśród tych cech U. Eco wskazał między innymi: odrzucenie modernizmu, zwłaszcza Oświecenia; wykorzystywanie strachu przed odmiennością, prowadzące do rasizmu i pobudzania niechęci wobec intruzów; odwoływanie się do sfrustrowanej klasy średniej, utrudzonej kryzysem gospodarczym lub poczuciem politycznego upokorzenia; masowy elitaryzm, czyli wpajanie ludowi, że stanowi elitę, skrywającą w istocie pogardę Przywódcy wobec słabych mas, co w szczególności w hierarchicznie zorganizowanej grupie oznacza pogardę liderów na każdym szczeblu wobec podwładnych; wreszcie kult heroizmu związany z kultem śmierci. Umberto Eco skonkludował to przestrogą, że prafaszizm jest nadal wokół nas, czasami niewinnie przyodziały, więc naszym obowiązkiem jest każdego dnia demaskować jego nowe wystąpienia²⁶. W ramach tej intelektualnej i etycznej powinności Agata Bielik-Robson podjęła w 2009 r. profetycznie wczesną polemikę z poglądami Jarosława Marka Rymkiewicza wyrażonymi w książce *Kinderszenen* na temat heroizmu uczestników masakry, jaką było Powstanie Warszawskie. Autorka wskazała, że opisujące tę mentalność formuły w rodzaju „bycia-ku-śmierci”, „gotowości na śmierć” czy „prawa masakry” stanowią tworzenie ideologicznego podłoża dla poważnej ewolucji duszy polskiej do nowej, postchrześcijańskiej formuły nacjonalizmu, której korzenie tkwią w niemieckim faszyzmie²⁷.

Doświadczenie tak rozumianego ogólnego europejskiego faszyzmu, zwłaszcza w jego nazistowskich wydaniu, fundamentalnie wpłynęło

26 U. Eco, *Ur-Fascism*, „New York Review of Books” 1995, vol. 42, no. 11, s. 12 i n.

27 A. Bielik-Robson, *Czy Śmierć będzie nowym Bogiem Polaków?*, „Dziennik” z dn. 5 II 2009 r.

na naszą terażniejszość w wymiarze ustrojowym i prawnym. Tom Gerald Daly analizuje krytycznie prawniczy paradygmat demokratyzacji, „nowego konstytucjonalizmu” z kluczową rolą sądów, który wykształcił się w Europie w następstwie pokonania państw Osi i jako reakcja na niepisaną konstytucję nazistowską. Jak to przekonująco przedstawia, wykorzystując liczne dane empiryczne, powojenne wysiłki demokratyzacyjne oparto na fałszywych przesłankach, stosując rozwiązania nie tylko nieskuteczne, ale wręcz utrudniające osiągnięcie zamierzonych celów²⁸. Zwłaszcza rozwój wypadków na Węgrzech sugeruje, że próba wprowadzenia w tym państwie w latach 90. rodzaju *über-Rechtsstaat*, czyli doprowadzonego do skrajności powojennego modelu niemieckiego, zakończyła się porażką, świadczącą o tym, że model taki jest wewnętrznie niestabilny i niemożliwy do utrzymania²⁹.

Tezy przypisujące nazistom demokratyczne przejście władzy w imię odmiany socjalizmu można ocenić na tle pruskiego puczu Papena, który stanowi też materiał do przemyśleń na temat powyższych fałszywych przesłanek. Jak to relacjonuje w swym opisie upadku republiki weimarskiej Benjamin Carter Hett, kanclerz Franz von Papen w lipcu 1932 r. wbił decydujący gwóźdź do trumny niemieckiej demokracji, usuwając władze Prus i przejmując osobiście jako *Reichskommissar* zarząd nad Prusami, pod pretekstem walki z komunistycznym terroryzmem. Było to spektakularne nadużycie prawa, porównywalne z osobistym objęciem przez prezydenta USA gubernatorstwa Kalifornii. Usunięty pruski rząd Ottona Brauna był ostatnim istotnym demokratycznym rządem w Niemczech, a jego rozwiązanie wyeliminowało poważną przeszkodę na drodze do dyktatury. Nie było masowych protestów, pisze B.C. Hett, zamiast tego odsunięta administracja wybrała drogę sądową³⁰. Epilog dopowiada F. Ryszka. Trybunał Stanu nie dopuścił do dyskusji, oddalił wnioski o przesłuchanie Papena, Hitlera i innych. Odrzucił też możliwość zakwestionowania podstaw faktycznych do działania przez kanclerza na podstawie art. 48 konstytucji. W wyroku co prawda stwierdzono, że usunięcie

28 Zob. T.G. Daly, *The Alchemists. Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders*, Cambridge 2018.

29 T. Daly, *The Alchemists...*, s. 262–263.

30 B.C. Hett, *The Death of Democracy. Hitler's Rise to Power and the Downfall of the Weimar Republic*, New York 2018, s. 149–150.

rządu pruskiego było niesłuszne, ale uznano prawo tymczasowego Komisarza Rzeszy do wysyłania przedstawicieli do Reichsratu, faktycznie sankcjonując legalność tej instytucji. W wymiarze prawnym w wyroku przyznano rację rządowi pruskiemu, ale pod względem politycznym wypowiedziano się zdecydowanie po stronie władz Rzeszy³¹.

Tym śladem możemy powrócić do trzeciego, najbardziej aktualnego wątku przedstawionego przez Jensa Meierhenricha w *Pozostałościach Rechtsstaat*, wskazującego na współczesne znaczenie nazistowskiej debaty o prawie. Autor ten przywołuje tezę Kennetha Ledforda, iż liberalni i konserwatywni prawnicy w fazie przejścia do rządów autorytarnych nie zdołali rozwinąć alternatywnej świadomości prawnej, wyobraźni zdolnej rywalizować z wyłaniającym się nazistowskim pojęciem prawa. Prawnicy zademonstrowali w ten sposób ograniczoną moc integrującą proceduralnych koncepcji liberalizmu oraz jego wrodzoną słabość w obliczu przeciwników mobilizowanych materialnymi ideami sprawiedliwości. Zapowiedziany kluczowy ostatni rozdział książki Meierhenricha otwiera motto, iż *rule of law*, praworządność, może oznaczać nie mechanizm tworzenia materialnej sprawiedliwości, lecz po prostu zestaw procedur, a w kontekście neoliberalizmu w coraz większym stopniu tylko to oznacza. Autor wykorzystuje w tym niedługim rozdziale liczne koncepcje teoretyczne i filozoficzne, jedynie w skondensowanej formie starając się wskazać kierunek dalszych badań. Argumentacja traci na przejrzystości, ale można wydobyc kilka głównych tez J. Meierhenricha.

Wbrew nadziejom zwolenników praworządności w XXI wieku rządy autorytarne okazują się trwałe. Dostrzegalne jest wyłonienie się państw hybrydowych, które ani nie mają charakteru demokratycznego, choć powierzchownie mogą sprawiać takie wrażenie, ani nie są autorytarne w konwencjonalnym sensie. W społeczności badawczej widoczne było tendencyjne nastawienie, oczekiwanie, że reżimy hybrydowe będą zmierzać w stronę demokratyzacji, co okazało się pozbawione podstaw empirycznych. Część takich państw (Malezja, Tanzania) zachowała stabilność, część uległa demokratyzacji, a w niektórych stopień autorytaryzmu wzrósł. Ten ostatni przypadek wydarzył się też w Trzeciej Rzeszy, a współcześnie między innymi w Syrii. W reżimach hybrydowych

31 F. Ryszka, *Państwo...*, s. 188–189.

pozostaje pewna przestrzeń na kontestację, mogą one też występować w odmianie „autorytaryzmów wyborczych”, w których przestają działać typowe mechanizmy liberalnej demokracji (między innymi system kontroli i równoważników, bezstronne sądownictwo), ale nadal odbywają się wolne wybory. Dla kontrastu – reżim Hitlera był bardziej legalny niż wyborczy. Wskrzeszając koncepcje Fraenkla, J. Meierhenrich postuluje więc, aby uznać opisane w *The Dual State* „państwo podwójne” (chwiejna koegzystencja ładu i przemocy, normy i wyjątku) za jeden z trzech typów reżimu hybrydowego, obok wspomnianego „reżimu wyborczego” oraz „reżimu opartego na współzawodnictwie” (w tym ostatnim zachowane są formalne instytucje demokratyczne, konkurujące partie zabiegają o władzę, ale nadużycia dokonywane przez sprawujących władzę dają im znaczną przewagę nad oponentami). Taka konceptualna strategia pozwalać ma w szczególności na badanie zmiennych relacji między normatywnymi i prerogatywnymi częściami funkcjonujących podwójnych państw.

Gdybym miał wskazać krótką odpowiedź Jensa Meierhenricha na początkowe pytanie o intencję związaną z podjęciem tematu nazizmu, byłoby nią zwrócenie uwagi na rozwinięty miliardowy „przemysł wokół *rule of law*”, w ramach którego państwa zabiegające o pomoc zagraniczną są poddawane pomiarom mitycznej praworządności. Tymczasem – jak przekonuje J. Meierhenrich – od pomiarów praworządności ważniejsze jest jej rozumienie. Inspiracja płynąca z etnografii nazistowskiego prawa rozwiniętej przez Fraenkla skłania do niwelowania nierównowagi pomiędzy badaniami zza biurka a badaniami terenowymi nad autorytaryzmem, co w dłuższej perspektywie może prowadzić do lepszych wyników politycznych. Tylko obserwacja pozwala ustalić, czy dana praktyka prawna jest prawdziwa, czy stanowi tylko fasadę, „potiomkinowską wioskę prawników”. Zwolennicy demokracji nie mogą jednak nadmiernie się łądzić, gdy dostrzegają autorytarną praworządność. Nawet jeśli pozwala ona na pewne przejawy kontestowania panującego porządku za pomocą instrumentów prawnych, dane empiryczne sugerują, ostrzega J. Meierhenrich, że legalizm autorytarny jest samowzmacniającą się praktyką w rządach niedemokratycznych, a trwałość podwójnego państwa widoczna jest zwłaszcza w Chinach. Wnikliwsze badania nad autorytarnym legalizmem są jednak niezbędne i stają się fundamentalnym pytaniem naszych czasów, w okresie gdy autorytaryzm nabiera globalnego rozmachu.

W innym miejscu, również podążając tropem globalnego autorytaryzmu i koncentrując się na przyziemnym poziomie zachowań ludzkich, akcentowałem walor współczesnych studiów nad autorytaryzmem, ukazujących łudząco zbieżne metody współczesnych autokratów pragnących przejąć możliwie niekontrolowaną władzę³². Refleksje Jensa Meierhenricha rozwijające dorobek Ernsta Fraenkla pozwalają zaś na dostrzeżenie podobieństw strukturalnych i rolę prawa we współczesnych reżimach autorytarnych. Trzeźwe, unikające idealizacji spojrzenie na rolę prawa jest niezbędne, zważywszy na to, jak istotną rolę odegrał prawniczy gorset *Rechtsstaat* w umocnieniu rządów nazistów. Jens Meierhenrich wiele miejsca poświęca fatalnemu wpływowi tzw. formuły Radbrucha, która za władnęła wyobraźnią prawników, utrudniając rozumienie autorytarnego legalizmu. W ramach globalnego rozmachu autorytaryzmu dostrzec też można podatność systemów prawa na tworzenie w nich, przez zatrudnionych w potiomkinowskiej wiosce prawników, sieci pułapek na tych, którzy hołdując legalizmowi, starają się w ramach obowiązującego prawa kontestować działania niedemokratycznej władzy. Dla przykładu w lutym 2018 r. w filipińskiej Izbie Reprezentantów uchwalono nowelizację ustawy o zgromadzeniach, która w opinii ekspertki organizacji International Commission of Jurists zwodzi adresatów, przewidując, że organizowanie zgromadzeń wymaga jedynie powiadomienia władz lokalnych, a jednocześnie podwyższając karę za odbycie zgromadzenia bez uprzedniej zgody władz lokalnych do sześciu lat pozbawienia wolności, nie precyzując przy tym, czy odpowiedzialność ponoszą wyłącznie organizatorzy, czy również uczestnicy³³. We współczesnych sporach politycznych i ustrojowych wyraźnie widoczne jest też to, jak łatwo argumenty prawnicze czy pseudoprawnicze mogą być przedstawiane w sposób służący omamieniu wyborców i obywateli. Badacz współczesnego faszyzmu Jason Stanley stwierdza, że systematyczne i stałe łgarstwo jest częścią procesu, poprzez który polityka faszystowska niszczy sferę informacyjną. Kiedy propagandzie uda się obrócić ideały przeciwko sobie samym, a uniwersytety są piętnowane jako źródło uprzedzeń, podaje się w wątpliwość samą

32 S. Kubas, *Globalny nieład demokratyczny – współczesne perspektywy*, „Studia Krytyczne” 2017, nr 5, s. 43.

33 *Philippines: New Public Assembly Act Inconsistent with Human Rights*, „International Commission of Jurists” z dn. 8 II 2018 r.

rzeczywistość. Faszystowski lider potrafi zastąpić prawdę władzą, bezkar- nie kłamiąc³⁴. Sugerowałbym, że język prawniczy, zwłaszcza konstytucyj- ny, rozbudowany, hermetyczny i przesycony pojęciami z istoty spornymi (*essentially contested concepts*)³⁵, jest szczególnie podatny na takie zabiegi.

Książkę Jensa Meierhenricha *The Remnants of the Rechtsstaat* z kilku powodów uznałbym za jedną z najważniejszych pozycji w obszarze reflek- sji ustrojowej, jakie ukazały się w języku angielskim w obecnej dekadzie. Podstawowy powód to wydobycie z pomroki zapomnienia dzieła Ernsta Fraenkla, umożliwiającego zrozumienie nazistowskiej rzeczywistości prawnej. Kwestia ta jednak ma mniejsze znaczenie w polskiej literaturze, w której – jak wskazałem – praca *The Dual State* była stale obecna. Powód drugi, powyżej zaledwie zarysowany, a związany z powodem poprzed- nim, to wskazanie na wymownym przykładzie, jak ideologiczne naciski na działalność naukową przez długie dziesięciolecia determinowały kie- runki badań w angloamerykańskiej refleksji ustrojowej. Powód trzeci, bodaj najważniejszy, to odsłonięcie przez J. Meierhenricha potencjału badawczego studiów nad autorytarną praworządnością. Jak to w końco- wych uwagach wyraża: uznając wkład prawa w przemoc oraz przemoc wywoływaną przez samo prawo, możemy lepiej zrozumieć prawny wy- miar dyktatury, zamiast utrzymywać, przez wzgląd na szacunek, epi- stemologicznie problematyczne podejście do autorytarne go legalizmu, w którym występowanie prawa lub jego brak nie jest oceniane przez rolę prawa w życiu codziennym, lecz przez moralną ocenę jego wartości. W nawiązaniu do powyższego cytatu o Hansie Kelsenie jako „naukowcu pacyfście” można by to uzupełnić sugestią, że prawo powinno być trak- towane z podobną ostrożnością, co bomba kobaltowa, za pomocą której można leczyć nowotwory, ale która oznacza też rodzaj broni wywołującej wzmożony, śmiertcionośny opad promieniotwórczy. Michael Stolleis, eme- rytowany dyrektor Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, w notce wydawniczej na obwołucie *The Remnants of the Rechtsstaat* stwierdza: podwójne państwa są wszechobecne. Ostatni walor dzieła Jen- sa Meierhenricha, na który pragnę zwrócić uwagę, to uczynienie zadość

34 J. Stanley, *How Fascism Works. The Politics of Us and Them*, New York 2018, s. 57 i n.

35 Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Interpretacja wzorców konstytucyjnych z perspektywy filozofii pra- wa*, „Przegląd Konstytucyjny” 2017, nr 3, s. 38 i n.

sprawiedliwości wobec pieczołowicie zrekonstruowanego dorobku prawników, którzy w latach 30. wsparli podwójne państwo. Jak to przejmująco ujmuje autor *The Remnants of the Rechtsstaat*, w stanie dezorientacji lat 30. juryści niemieccy stanęli nad granicą, zwróceniu ku nieznanemu, część z nich nadal wspomagała się pozostałościami państwa prawa, inni skierowali się wprost ku otchłani. Nawiązując do *Todesfuge* Paula Celana, można dopowiedzieć, że zanim objawiło się w pełni, iż „der Tod ist ein Meister aus Deutschland”, drogę wytyczał także niejeden mistrz prawoznawstwa. Wysiłki tych „rzeczników prawa” nie uległy zapomnieniu.

**Authoritarian legalism: Some thoughts
on *The Remnants of the Rechtsstaat: An Ethnography
of Nazi Law* by Jens Meierhenrich**

Interpreting Nazism is a very delicate task. Herein, I argue that the work of Jens Meierhenrich, which is dedicated to the figure of Ernst Fraenkel and his scientific oeuvre (*The Dual State*) but is also a wider presentation of an ethnography of Nazi law, shows the significance of revealing the Nazi legal culture. This study not only increases our historical knowledge but also helps to better understand contemporary dual states. A down-to-earth approach to the way law works in authoritarian states is essential if one considers how important were the remnants of the Rechtsstaat in structuring authoritarian politics in Nazi Germany. Jens Meierhenrich excavated Fraenkel's work and reintroduced it into scholarly circulation. However, it should be noted that Fraenkel's *The Dual State* was continually used by Polish scholars, as I have shown, most notably by Franciszek Ryszka. Another value of Meierhenrich's analysis lies in showing how ideological pressure influenced for many years the research trends in this area. What I find of particular value in *The Remnants of the Rechtsstaat* by Jens Meierhenrich is the theme which was also explored by Franciszek Ryszka: the embroilment of German lawyers and legal scholars with the Nazi regime. Before it was fully revealed that “der Tod ist ein Meister aus Deutschland”, quite a number of masters of jurisprudence paved the way.

Keywords: authoritarianism, Nazi Germany, Rechtsstaat, Ernst Fraenkel, the dual state

Sebastian Kubas – dr, Katedra Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Jagiellońskiego

Bibliografia

- Adorno T.W., *Cultural Criticism and Society*, w: T.W. Adorno, *Prisms*, trans. S. Weber, S. Weber, Cambridge 1997.
- Bankowicz M., *Totalitaryzm – terror w służbie ideologii*, w: M. Bankowicz, W. Kozub-Ciembroniewicz, *Dyktatury i tyranie. Szkice o niedemokratycznej władzy*, Kraków 2007.
- Bielik-Robson A., *Czy Śmierć będzie nowym Bogiem Polaków?*, „Dziennik” z dn. 5 II 2009 r.
- Daly T.G., *The Alchemists. Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders*, Cambridge 2018.
- Eco U., *Ur-Fascism*, „New York Review of Books” 1995, vol. 42, no. 11.
- Fraenkel E., *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford 2017.
- Giroux H.A., *American Nightmare. Facing the Challenge of Fascism*, San Francisco 2018.
- Gizbert-Studnicki T., *Interpretacja wzorców konstytucyjnych z perspektywy filozofii prawa*, „Przegląd Konstytucyjny” 2017, nr 3.
- Hett B.C., *The Death of Democracy. Hitler’s Rise to Power and the Downfall of the Weimar Republic*, New York 2018.
- Kanarek-Równicka A., *Polskie interpretacje ustroju i prawa Trzeciej Rzeszy (1933–1989)*, Toruń 2017.
- Kubas S., *Globalny nieład demokratyczny – współczesne perspektywy*, „Studia Krytyczne” 2017, nr 5.
- Meierhenrich J., *The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*, Oxford 2018.
- Mielnik H., *Jean-Louis Vullierme, „Lustro Zachodu. Nazizm i cywilizacja zachodnia”, przeł. M. Żurowska, W.A.B., Warszawa 2016, ss. 406 (Miroir de l’Occident. Le nazisme et la civilisation occidentale, Paris 2014)*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. 25/4.
- Philippines: New Public Assembly Act Inconsistent with Human Rights*, „International Commission of Jurists” z dn. 8 II 2018 r.
- Runciman D., *How Democracy Ends*, New York 2018.
- Ryszka F., *Państwo stanu wyjątkowego. Rzecz o systemie państwa i prawa Trzeciej Rzeszy*, Wrocław 1985.
- Shirer W.L., *The Rise and Fall of the Third Reich. A History of Nazi Germany*, Trowbridge 1971.
- Stanley J., *How Fascism Works. The Politics of Us and Them*, New York 2018.
- Szczepański J.J., *Maleńka encyklopedia totalizmu*, Kraków 1990.

Vullierme J.-L., *Lustro Zachodu. Nazizm i cywilizacja zachodnia*, tłum. M. Żurawska, Warszawa 2016.

Woleński J., *I zostaliśmy państwem prawnym*, w: J. Woleński, *Okolice filozofii prawa*, Kraków 1999.