MAREK PIECHOWIAK

SPRAWIEDLIWE PRAWO – NIESPRAWIEDLIWE WYROKI. UWAGI NA MARGINESIE ARTHURA KAUFMANNA KONCEPCJI PRAWA DO SPRZECIWU WOBEC WŁADZY

„Granice między państwem prawnym a państwem bezprawia są płynne. Nie istnieje żadne państwo, które wolne by było od zagrożenia wyrodzeniem się w państwo bezprawia. Takie wyrodzenie zaczyna się już tam, gdzie prawo i państwo prawne traktowane są jako coś danego, co się posiada, jako stan, który należy konserwować, jako osiągnięty cel, w którym można spocząć".

Arthur Kaufmann[1]

I. UWAGI WSTĘPNE

W niniejszym opracowaniu chcę podjąć niektóre zagadnienia związane z Artura Kaufmanna koncepcją prawa do sprzeciwu wobec władzy, wskazując na powiązanie przyjmowanych przez niego rozwiązań z formułą Radbrucha. W centrum mojego zainteresowani stoi przy tym – jak sądzę, zbyt rzadko podkreślana – wpisana w akceptację formuły Radbrucha zgoda na podporządkowanie się niesprawiedliwemu prawu i wydawanie niesprawiedliwych wyroków. To właśnie w związku z problematyką sprzeciwu wobec władzy wyraźnie dochodzi do głosu problem podporządkowania się niesprawiedliwemu prawu i karania tych, którzy takiemu prawu się nie podporządkowali. Kaufmann w jednym ze swoich wczesnych opracowań wyraził pogląd, że formuła Radbrucha nie jest zadowalająca właśnie ze względu na to, że wymierzona jest jedynie przeciwko wyjątkowym, rażącym przypadkom niesprawiedliwości, a w wielu przypadkach pozostawia prawodawcy swobodę kształtowania także niesprawiedliwych ustaw; natomiast pod koniec swojej intelektualnej drogi Kaufmann przychyla się w tej kwestii do minimalizmu swego nauczyciela[2]. Zmierzać będę do wskazania zasadniczych teoretycznych

[1] A. Kaufmann, *Das Widerstandsrecht der kleinen Münze* [w:] *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, red. W. Krawietz, T. Mayer-Maly, O. Weinberger, Berlin 1984, s. 91.

[2] Zob. S. Grote, *Auf der Suche nach einem „dritten Weg". Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, Baden-Baden 2008, s. 223–224. Grote powołuje się na artykuł A. Kaufmanna, *Recht als Maß der*

racji, które skłoniły Kaufmanna do rezygnacji z bardziej maksymalistycznego podejścia, oraz poszukiwać będę możliwych modyfikacji stanowiska Kaufmanna i samej formuły Radbrucha, pozwalających na ograniczenie zakresu akceptowalnych w prawie niesprawiedliwych wyroków.

II. GUSTAV RADBRUCH I ARTHURA KAUFMANNA FILOZOFIA PRAWA

Kaufmann jest bez wątpienia najwierniejszym uczniem G. Radbrucha, u którego doktoryzował się w 1949 r. Jest on redaktorem monumentalnego, obejmującego 20 tomów, wydania dzieł wszystkich Radbrucha[3]. Pozostaje także wierny swemu nauczycielowi w podstawowych punktach rozwijanej przez siebie filozofii prawa, uważając się za kontynuatora jego dokonań[4]. Jednocześnie podkreślić trzeba, że Kaufmann z całą pewnością nie jest epigonem swojego mistrza. Centralne z punktu widzenia filozofii prawa tezy Radbrucha przedstawia się niekiedy jako wyraz niezwykłej intuicji i trudno nie zgodzić się z tym, że – jak pisze Jerzy Zajadło – „«mistrzostwo sytuacyjnej retoryki» i «antynomiczny sposób rozumowania» Radbrucha nie ułatwiają zadania jego interpretatorom"[5]. Kaufmanna filozofię prawa charakteryzuje podejście systemowe, obejmujące opracowanie podstawowych zagadnień filozoficznych z zakresu tak epistemologii, jak i ontologii; przy czym, podobnie jak Radbruch, uprawia filozofię prawa w kontekście konkretnych problemów, aplikując rozwiązania teoretyczne do ich rozwiązywania lub pogłębiając w ich kontekście zagadnienia teoretyczne.

Dla zrozumienia Kaufmanna ujęcia prawa do sprzeciwu w interesującym nas tu kontekście wyznaczonym problemem dopuszczalnych niesprawiedliwych wyroków, niezbędne jest krótkie przedstawienie podstawowych elementów jego koncepcji prawa[6] i zasadniczych zagadnień związanych z formułą Radbrucha.

III. ARTHURA KAUFMANNA POJMOWANIE PRAWA

Kaufmann uważa, że prawo dane jest zawsze w pewnym procesie, w którym się ono urzeczywistnia (jest urzeczywistniane). Prawem w pełnym tego słowa znaczeniu, w pełni rzeczywistym, jest konkretne rozstrzygnięcie, mówiąc słowami tradycji, do której Kauf-

Macht z 1958 roku [w:] A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges,* Frankfurt am M. 1972, s. 46.

[3] C.F. Müller: Heidelberg 2003.

[4] Zob. S. Grote, *Auf der Suche...*, s. 206–224.

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

[6] Szerzej: M. Piechowiak, *W poszukiwaniu ontologicznych podstaw prawa. Arthura Kaufmanna teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1992; M. Piechowiak, *Arthur Kaufmann – hermeneutyka prawnicza* [w:] *Przyszłość dziedzictwa. Robert Alexy, Ralf Dreier, Jürgen Habermas, Otfried Höffe, Arthur Kaufmann, Niklas Luhmann, Otta Weinberger: portrety filozofów prawa*, red. J. Zajadło, Gdańsk 2008, s. 135–167; S. Grote, *Auf der Suche...*

mann się odwołuje, jest to sama rzecz sprawiedliwa (*ipsa res iusta*)[7]. Stąd proces urzeczywistniania prawa to, w rozumieniu Kaufmanna, proces dochodzenia do rozstrzygnięcia konkretnej sprawy. Rozstrzygnięcie wypracowywane jest w procesie sprowadzania do odpowiedniości tego, co faktyczne – konkretnych warunków życia (ściślej rzecz ujmując: poznawczego ujęcia tych warunków), które mają uzyskać kwalifikację prawną, i tego, co normatywne, co dane jest w normach prawnych. Nie tylko trzeba odnaleźć odpowiadającą danym warunkom życia normę, ale w każdym przypadku stosowania prawa treść normy musi być interpretowana z punktu widzenia podlegających osądowi warunków życia – jednocześnie ujęcie tych warunków dokonywane jest z punktu widzenia treści norm. Za Gustawem Radbruchem proces dochodzenia do rozstrzygnięcia przyrównuje Kaufmann do budowy tunelu przez dwie ekipy postępujące z dwóch przeciwnych stron – jedna strona symbolizuje to, co normatywne, druga – to, co faktyczne; aby powstał tunel, obie ekipy muszą ciągle ukierunkowywać się na punkt spotkania[8].

Aby dokonać rozstrzygnięcia prawnego, należy doprowadzić interpretację do takiego momentu, w którym wyinterpretowany sens normy, przede wszystkim rozumienie treści hipotezy („Tatbestand"), będzie identyczny z sensem wyinterpretowanym z ujęcia konkretnych warunków życia podlegających osądowi („Sachverhalt"[9]). Ten właśnie sens, w którym „spotyka się" to, co normatywne, z tym, co faktyczne, określa Kaufmann mianem „natury rzeczy". Zauważmy, że na gruncie koncepcji Kaufmanna nie można mówić o naturze rzeczy niezależnie od procesu urzeczywistniania prawa, w którym jest ona dopiero konstytuowana przez podmiot interpretujący, i nie można o niej mówić niezależnie od norm prawnych[10].

Podczas gdy sędzia sprowadza do odpowiedniości normy prawne i konkretne warunki życia, prawodawca, formułując normy, sprowadza do odpowiedniości ogólne zasady prawa zawarte w idei prawa oraz przyszłe możliwe warunki życia. W procesie urzeczywistniania prawa można zatem wyróżnić trzy zasadnicze elementy: ideę prawa obejmującą ogólne, ponadpozytywne[11] i ponadhistoryczne zasady prawa (*Rechtsidee*), normę (regułę) prawną (*Rechtsnorm*) i rozstrzygnięcie prawne (*Rechtsentscheidung*)[12]. Obowiązują przy tym dwie zasady: „Żadna reguła prawna bez zasady prawa, żadne rozstrzygnięcie bez reguły prawnej" oraz „Żadna reguła prawna tylko na podstawie zasady prawa, żadne rozstrzygnięcie tylko na podstawie reguły prawnej"[13].

---

[7] *Hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem iustam*, Tomasz z Akwinu, *Summa theologiae*, 2-2, q. 57, a. 1, ad 1.

[8] A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, München 1997, s. 85 (G. Radbruch, *Rechtsphilosophie, Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe*, red. A. Kaufmann, t. 2, Heidelberg 1993, s. 58 f; Kaufmann odnotowuje, że odnośny fragment znajduje się jedynie w wersji wydanej w *Gesamtausgabe*).

[9] Zarówno termin „*Tatbestand*", jak i „*Sachverhalt*" umieszcza Kaufmann w cudzysłowie, aby podkreślić specyficzne pojmowanie tych terminów na gruncie jego teorii. Zob. M. Piechowiak, *W poszukiwaniu ontologicznych podstaw prawa*, s. 44.

[10] Zob. M. Piechowiak, *W poszukiwaniu ontologicznych podstaw prawa*, s. 69–79.

[11] Kaufmann za trafniejsze uważa określenie „przedpozytywne" (*vorpositiv*). A. Kaufmann, *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, Neue Juristische Wochenschrift 48 (1995), H. 2, s. 85.

[12] Zob. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 84.

[13] A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 84, jeśli nie jest podawany autor przekładu, przekład jest własny.

IV. FORMUŁA RADBRUCHA

1. UWAGI WSTĘPNE

Źródłowo mianem formuły Radbrucha określa się wypowiedź z tekstu *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* z 1946 r.[14] Jest ona od strony treściowej złożona i obejmuje dwie zasadnicze tezy – tezę nieznośności i tezę odmowy; niekiedy wskazuje się jeszcze trzecią, uważaną często za sporną – tezę bezbronności.

2. *UNERTRÄGLICHKEITSTHESE* – TEZA NIEZNOŚNOŚCI

Teza nieznośności jest tezą fundamentalną formuły Radbrucha, odwołującą się do nieznośności stopnia niesprawiedliwości norm ustawowych:

> Konflikt między sprawiedliwością i pewnością prawa należałoby rozwiązać w ten sposób, ażeby prawo pozytywne zagwarantowane przez ustawodawstwo i władzę państwową miało pierwszeństwo również i wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe, chyba że sprzeczność ustawy pozytywnej ze sprawiedliwością staje się na tyle nie do zniesienie [*ein so unerträgliches Maß erreicht*], że ustawa jako «prawo niesprawiedliwe» powinna ustąpić sprawiedliwości. Przeprowadzenie ostrzejszej linii między przypadkami bezprawia ustawowego a ustawami obowiązującymi pomimo swej niesprawiedliwej treści nie jest możliwe[15].

Odwołanie się do tej tezy uznawane jest za podstawę derogacji niektórych norm prawnych (norm z formalnego punktu widzenia poprawnie ustanowionych). Niektórzy znaczenie formuły Radbrucha redukują do tej właśnie tezy[16].

3. *VERLEUGNUNGSTHESE* – TEZA ODMOWY

Na podstawie tezy odmowy niektórym normom prawnym odmawia się nie tylko mocy obowiązującej, ale w ogóle statusu prawa:

> Przeprowadzenie ostrzejszej linii między przypadkami bezprawia ustawowego a ustawami obowiązującymi pomimo swej niesprawiedliwej treści nie jest możliwe. Można jednak z całą ostrością wytyczyć inną linię graniczną: tam, gdzie w ogóle nie dąży się do sprawiedliwości, gdzie równość będąca rdzeniem sprawiedliwości odrzucana jest świadomie przy stanowieniu prawa pozytywnego, tam trudno mówić, że ustawa jest jedynie «prawem niesprawiedliwym», gdyż traci ona w ogóle

[14] Süddeutsche Juristen-Zeitung 1946, Nr. 5 (August), s. 105–108.

[15] Przekład za G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, przeł. Cz. Tarnogórski [w:] M. Szyszkowska, *Zarys filozofii prawa*, Białystok 2000, s. 262 (256–266); do powoływanego przekładu wprowadzone zostały drobne modyfikacje.

[16] Zob. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha*, s. 110.

naturę prawa. Nie można bowiem prawa w ogóle, a w tym prawa pozytywnego, określić inaczej niż jako porządek i stanowienie, które zgodnie ze swą istotą są przeznaczone służyć sprawiedliwości. Zgodnie z tym kryterium wiele ustaw narodowosocjalistycznych nigdy nie osiągnęło godności prawa obowiązującego[17].

4. *WEHRLOSIGKEITSTHESE* – TEZA BEZBRONNOŚCI

Niekiedy wskazuje się na jeszcze jedną tezę – tezę bezbronnosci, która nie jest zawarta w samej – węziej pojętej – formule. Zawiera refleksję nad aspektem socjologicznym funkcjonowania prawa oraz nad pozytywizmem prawniczym:

> Pozytywizm swoim przekonaniem «ustawa jest ustawą» obezwładnił niemieckich prawników i uczynił ich bezbronnymi wobec ustawa o treści samowolnej i zbrodniczej. Pozytywizm nie potrafi przy tym uzasadnić obowiązywania ustaw ich własną siłą. Pozytywizm wierzy, że ważność ustaw jest dowiedziona już tym, że posiadają one moc obowiązującą. Jednakże siłą uzasadnić można, być może, przymus, nigdy jednak powinność i obowiązywanie[18].

Teza ta jest uważana za sporną z uwagi na elementy argumentacji o strukturze prawnonaturalnej stosowanej w III Rzeszy w celu uzasadnienia niektórych zbrodniczych ustaw (opartych np. na uznaniu wyższości przedstawicieli określonej rasy)[19].

5. KAUFMANN WOBEC FORMUŁY RADBRUCHA

W artykule wprost poświęconym formule Radbrucha Kaufmann uznaje pierwszą i drugą tezę, jako zawarte w formule. W zasadzie redukuje przy tym tezę odmowy do tezy nieznośności. Jego zdaniem korzystanie z tezy odmowy zakłada znajomość intencji prawodawcy; a intencja ta zwykle niemożliwa jest do ustalenia; natomiast w przypadkach, w których jasno się ona uwidacznia, jak np. w rasistowskich ustawach norymberskich, można z powodzeniem korzystać z tezy nieznośności i teza odmowy nie jest nam wówczas potrzebna[20]. Kaufmann nie podejmuje problemu różnych skutków korzystania z obu formuł (czy jest to derogacja normy prawnej, czy w ogóle odrzucenie prawnego charakteru normy). Natomiast zwraca uwagę na złożoność tezy nieznośności jako prowadzącej do dwóch różnego typu aktów: pierwszy ma charakter negatywny i polega na stwierdzeniu, że dana norma ustawowa jest ustawowym bezprawiem i nie obowiązuje; drugi ma charakter pozytywny i polega na ustaleniu ponadustawowego prawa,

---

[17] G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, s. 262.

[18] G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, s. 261.

[19] Zob. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001, s. 115.

[20] Zob. A. Kaufmann, *Die Radbruchsche Formel...*, s. 82. Zob. S. Grote, *Auf der Suche...*, s. 218 i powołana tam praca A. Kaufmann, *Gustav Radbruch und die Radbruchsche Formel. Brief an meinen Enkel Finn Baumann*, Rechtshistorisches Journal 19 (2000), s. 609.

które miałoby zastąpić normy uznane za ustawowe bezprawie. Na określenie pierwszego z tych aktów Kaufmann proponuje termin „falsyfikacja", drugiego – „weryfikacja"[21].

Zauważyć jednak trzeba, że w kontekście analizowanego tu niżej prawa do sprzeciwu i poszukując racji nieobowiązywania pewnych norm lub uznania państwo za państwo bezprawia, sięgając wprost do formuły Radbrucha, Kaufmann wypowiada się wyraźnie także, a nawet przede wszystkim, w duchu tezy odmowy: „Z «ustawowym bezprawiem», z «nie-prawem» mamy do czynienia wtedy, ale i tylko wtedy, gdy ustawa nie tylko w pojedynczym przypadku, ale także w ogólności narusza sprawiedliwość, a zwłaszcza gdy za pomocą tej ustawy w ogóle nie dąży się do sprawiedliwości"[22].

6. TEZA NIESPRAWIEDLIWOŚCI – CIEMNA STRONA FORMUŁY RADBRUCHA

Zasadniczą funkcją formuły Radbrucha jest uzasadnienie podważenia obowiązywania niektórych norm prawnych. Trzeba jednak zwrócić uwagę na pewną istotną konsekwencję uznania formuły Radbrucha. Można powiedzieć, że z punktu widzenia wartości, jaką jest sprawiedliwość, formuła Radbrucha ma swoją ciemną stronę. Prowadzi ona nie tylko do uznania, że niektóre normy prawne, formalnie poprawnie ustanowione, mogą – w imię sprawiedliwości – tracić moc obowiązującą lub że może im zostać odmówiony w ogóle status normy prawnej. Uznanie formuły Radbrucha prowadzi jednocześnie do uznania za obowiązujące niektórych norm niesprawiedliwych, których niesprawiedliwość nie osiągnęła jeszcze poziomu oczywistego i rażącego („niedającego się znieść") – „prawo pozytywne zagwarantowane przez ustawodawstwo i władzę państwową ma pierwszeństwo również i wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe".

V. PRAWO DO SPRZECIWU

1. TYPY PRAWA DO SPRZECIWU

Kaufmann wyróżnia trzy typy prawa do sprzeciwu. Pierwszy typ to prawo do sprzeciwu w państwie bezprawia, w tradycji filozoficznej szeroko analizowane[23]; drugi – prawo do sprzeciwu w państwie prawnym, w „nieomal sprawiedliwym" społeczeństwie. W tym drugim przypadku sprzeciw taki jest zwykle zwany „obywatelskim nieposłuszeństwem". Trzeci typ, jedynie wskazany, a bliżej nieanalizowany przez Kaufmanna w kontekście problematyki prawa do sprzeciwu, to pomoc konstytucyjna (*Verfassungshilfe*), prawo do

[21] Zob. A. Kaufmann, *Die Radbruchsche Formel...*, s. 82.

[22] A. Kaufmann, *Über die Tapferkeit des Herzens. Zum Gedächtnis der „Weißen Rose" (1990)*, [w:] A. Kaufmann, *Vom Gehorsam gegen Obrigkeit*, Heidelberg 1991, s. 94; podobnie, choć bez wskazywania formuły Radbrucha jako podstawy tego poglądu, zob. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 211.

[23] Kaufmann wskazuje na prace Arystotelesa, Tomasza z Akwinu, Marcina Lutra i Filipa Melanchtona; zob. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 208.

sprzeciwu wobec grup społecznych lub wobec jednostek, mające na celu wsparcie osłabionej władzy państwowej w obronie prawowitego porządku konstytucyjnego[24].

W sprzeciwie drugiego typu realizowany jest on w porządku, który ma charakter prawa i w którym mogą pojawić się prawa niesprawiedliwe. Ocena prawnej dopuszczalności podejmowanych działań będzie zależna od tego, czy – zgodnie z tezą nieznośności – w grę będą wchodziły niesprawiedliwe normy, które nie obowiązują, czy też niesprawiedliwe normy, które obowiązują. Z punktu widzenia podjętego tematu najistotniejsze zagadnienie dotyczy sprzeciwu wobec obowiązujących norm niesprawiedliwych. Właśnie na potrzeby „nieomal (prawie) sprawiedliwego" społeczeństwa, w którym pojawiają się normy niesprawiedliwe, niemniej jednak obowiązujące w świetle tezy nieznośności, Kaufmann proponuje swoją własną koncepcję, którą określa jako – *das Widerstandsrecht der kleinen Münze*; w dosłownym przekładzie: „prawo do sprzeciwu w drobnej monecie". Intencje autora trafnie oddawałby, jak sądzę, także przekład – „prawo do sprzeciwu rozmienione na drobne", pamiętając, że określenie to nie ma dla Kaufmanna pejoratywnych konotacji.

Podkreślić trzeba, że Kaufmann zmierza do określenia kryteriów prawnej, a nie moralnej, dopuszczalności sprzeciwu. Każdy prawnie dopuszczalny sprzeciw musi mieć uzasadnienie moralne, niemniej jednak Kaufmann nie odmawia w niektórych przypadkach wartości moralnej sprzeciwowi, który nie spełnia kryteriów wymaganych do prawnej dopuszczalności. Zmierzając do określenia kryteriów prawnej dopuszczalności sprzeciwu wobec władzy, Kaufmann wyraźnie jest przeciwny pozytywizacji prawa do sprzeciwu, stojąc na stanowisku, że nie można wewnątrz systemu prawnego instytucjonalizować w swej istocie pozasystemowej kontroli tego systemu[25]. Przepis art. 20 ust. 4 konstytucji Niemiec, w którym mowa jest o prawie do sprzeciwu, pojętym przede wszystkim jako „pomoc konstytucyjna"[26], uważa Kaufmann za prawo symboliczne, jedynie podkreślające „wolę prawną" państwa[27].

2. PRAWO DO SPRZECIWU W UJĘCIU KLASYCZNYM – SPRZECIW W PAŃSTWIE BEZPRAWIA

Prawo do sprzeciwu w klasycznym ujęciu Kaufmann charakteryzuje w ośmiu punktach:

- jest to „prawo do społecznej obrony koniecznej przeciwko przestępczej władzy, wykonującej swą władzę w sposób niosący fizyczne lub psychiczne zagrożenia lub niebezpieczeństwa dla narodu"[28];

[24] Zob. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 207.

[25] Zob. np. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 208.

[26] Zob. *Konstytucja Niemiec*, art. 20 ust. 4: „Wobec każdego, kto usiłuje obalić ten porządek [porządek konstytucyjny], wszystkim Niemcom przysługuje prawo do oporu, jeżeli inny sposób przeciwdziałania nie jest możliwy"; przepis ten został wprowadzony nowelą z 24.06.1968 r.; przekład za: *Konstytucja Niemiec*, przeł. B. Banaszak, A. Malicka, Warszawa 2008.

[27] „Ein symbolisches Gesetz, das den Rechtswillen des Staates unterstreicht", A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 208.

[28] A. Kaufmann, *Das Widerstandsrecht der kleinen Münze*, s. 88; A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 208.

- w grę wchodzi rażące nadużycie władzy państwowej, która w sposób jednoznaczny zagraża dobru wspólnemu i istotnym prawom człowieka;
- sprzeciw stanowi *ultima ratio*, jest środkiem przedsiębranym, gdy inne zawodzą;
- działanie jest proporcjonalne do celu – pozwala osiągnąć zamierzony cel, a jednocześnie skutki sprzeciwu nie mogą być dla społeczeństwa bardziej dotkliwe niż stan, przeciwko któremu występowano, także w dłuższej perspektywie czasowej;
- istnieją realne szanse powodzenia (osiągnięcia zamierzonego celu);
- podejmujący działanie mają możliwość oceny sytuacji i działają z wewnętrznym przekonaniem o słuszności swych działań;
- celem jest naprawa prawa, a nie zaspokojenie prywatnych interesów lub potrzeb;
- to, czy przybiera formę aktywną, czy pasywną, czy stosowana jest przemoc, czy nie, uzależnione jest od potrzebnych środków, a środki te zależą od siły, z jaką władza atakuje dobro społeczne; brać trzeba przy tym pod uwagę czas, w którym zamierza się podjąć działania – przede wszystkim to, aby sprzeciw nie miał miejsca w najmniej dogodnym momencie[29].

Podkreślić trzeba, że w ujęciu klasycznym prawo do sprzeciwu obejmowało także prawo do podjęcia działań z użyciem przemocy, przykładem szeroko analizowanym w literaturze było zabójstwo tyrana.

Za najistotniejszą wadę takiej klasycznej koncepcji prawa do sprzeciwu uważa Kaufmann to, że wskazane warunki bardzo rzadko mogą być łącznie spełnione. Przede wszystkim chodzi o warunek, jakim jest korzystanie z tego prawa jako ze środka ostatecznego, gdy nie są dostępne skuteczne inne środki, przede wszystkim środki prawne, oraz o warunek istnienia perspektywy na powodzenie podejmowanych akcji:

> jak długo porządek państwowy utrzymuje się jeszcze w granicach prawa, albo przynajmniej najbardziej elementarne zasady państwa prawnego nie są całkowicie przekreślone, nie zachodzi jeszcze sytuacja szczególna, do której ograniczone powinno być prawo do sprzeciwu; pewność prawa ma pierwszeństwo przed możliwymi niepokojami związanymi ze zwalczaniem bezprawia. Natomiast wtedy, gdy pozostałości państwa prawnego zostają odrzucone i umocni się panowanie przemocy, sprzeciw nie ma już sensu, gdyż nie ma perspektyw powodzenia (...), co więcej – jest niedozwolony, gdyż sprzeciw jest uprawomocniony tylko wówczas, gdy ma szanse powodzenia[30].

Kaufmann w swoich pismach niejednokrotnie, aprobująco, przywołuje słowa Ericha Kästnera z jego przemówienia wygłoszonego na zjeździe PEN-Klubu w Hamburgu w 1958 r., w 25. rocznicę publicznego palenia książek przez nazistów:

> Wydarzeniom z lat 1933–1945 można było zapobiec najpóźniej w 1928 roku. Potem było już za późno. Nie wolno czekać aż walka o wolność nazwana zostanie zdradą ojczyzny. Nie wolno czekać aż kula śniegu zmieni się w lawinę. Toczącą się

[29] Zob. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 208–209.

[30] A. Kaufmann, *Das Widerstandsrecht in Geschichte und Grundgesetz* [w:] *Der Rechtsstaat und seine Feinde. Beiträge der Tagung „Rechtsstaat und seine Feinde" der Akademie für Politik und Zeitgeschehen der Hans-Seidel-Stiftung*, red. B. Rill i R. Scholz, Heidelberg 1986, s. 62.

> kulę śniegu trzeba rozdeptać. Lawiny nikt nie zatrzyma. Uspokoi się ona dopiero wtedy, gdy wszystko pod sobą pogrzebie. (...) Grożące dyktatury dają się pokonać zanim zdobędą władzę. To jest rzecz terminarza, a nie heroizmu[31].

W przypadku typowych rządów tyrańskich, niezależnie od tego, czy opierać się będziemy na identyfikacji intencji prawodawcy, czy na kryteriach obiektywnych, nie ma wątpliwości, że w takim państwie „w ogóle nie dąży się do sprawiedliwości", że „równość będąca rdzeniem sprawiedliwości odrzucana jest świadomie przy stanowieniu prawa pozytywnego". Kaufmann określa takie państwo mianem „państwa bezprawia" (*Unrechtsstaat*), niemniej jednak nie odmawia panującemu w nim porządkowi charakteru prawa. Wyodrębniając problematykę sprzeciwu w państwie bezprawia, Kaufmann nie przywołuje wprost tezy odmowy z formuły Radbrucha. Teza odmowy, podobnie jak teza nieznośności, odnosiłaby się do poszczególnych norm lub obszarów prawodawstwa, a nie dyskwalifikowałaby całego porządku prawnego.

3. OBYWATELSKIE NIEPOSŁUSZEŃSTWO – SPRZECIW W PAŃSTWIE PRAWNYM

Kaufmann dystansuje się także do współczesnych koncepcji obywatelskiego nieposłuszeństwa, przede wszystkim nawiązujących do propozycji Johna Rawlsa, a modelowanych na użytek „prawie sprawiedliwych" społeczeństw, w których władza ma legitymację do rządzenia. Charakterystyczne dla tego typu ujęć jest wykluczenie przemocy, jawność podejmowanych działań połączona z gotowością ponoszenia konsekwencji swych działań, przede wszystkim konsekwencji przewidzianych prawem. Sprzeciw taki ma na celu zmianę regulacji prawnych lub polityki rządu, uznawanych za niesprawiedliwe na mocy osądu sumienia, przekonań, które mogą być odmienne od dominujących, a działania mogą zmierzać nawet do zmiany rozwiązań konstytucyjnych. Zgodnie z tą koncepcją istotną cechą obywatelskiego nieposłuszeństwa jest podejmowanie działań bezprawnych, łamiących prawo, co zakładane jest w postulacie zgody na poddanie się sankcji[32].

Oceniając tak pojęte prawo do sprzeciwu, Kaufmann sięga do formuły Radbrucha, do tezy nieznośności i odróżnia dwa typy sytuacji. Po pierwsze, sytuacje, w których podejmowane działania łamią normy, które są w takim stopniu niesprawiedliwe, że trzeba odmówić im mocy obowiązującej. W sytuacjach typowych dla państwa prawnego nie są to normy, którym w ogóle należałoby odmówić charakteru prawa, ale normy, które ze względu na rażący konflikt ze sprawiedliwością tracą moc obowiązującą, można powiedzieć, że są derogowane. W takim przypadku działania podejmowane w ramach sprzeciwu nie są, ściśle rzecz biorąc, bezprawne. Sędzia osądzając uczestników protestu, powinien odpowiednie normy uznać za nieobowiązujące i nie wymierzać przewidzianej w nich sankcji.

Najciekawszy z punktu widzenia podjętego w tym opracowaniu zagadnienia jest drugi typ wyróżnionych przez Kaufmanna sytuacji. Sytuacje tego typu zachodzą

---

[31] A. Kaufmann, *Das Widerstandsrecht der kleinen Münze...*, s. 93; A. Kaufmann, *Über die Tapferkeit des Herzens...*, s. 92.

[32] A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 210.

najczęściej, jak sądzę, w „nieomal (prawie) sprawiedliwym" społeczeństwie, gdy podejmowany protest miałby być wymierzony w regulacje niesprawiedliwe, które w świetle formuły Radbrucha nadal obowiązują. Kaufmann jest w tym przypadku zdecydowanym przeciwnikiem dopuszczalności takiego typu sprzeciwu i sam podkreśla, że w tym punkcie wyraźnie jego stanowisko różni się od stanowiska Johna Rawlsa[33]. W państwie prawnym w żadnych okolicznościach nie są dopuszczalne nie tylko działania z zastosowaniem przemocy, ale także wszelkie działania bezprawne pojęte jako działania łamiące obowiązujące normy prawne. Kaufmann wyraźnie przy tym uznaje, że mogą to być normy, które nie tylko w pojedynczych przypadkach, ale także w wielu przypadkach, a może nawet w większości przypadków prowadzą do niesprawiedliwych skutków, do niesprawiedliwych rozstrzygnięć[34]. Naruszenie takich niesprawiedliwych norm jest, zdaniem Kaufmanna, karalne, jeśli prawo przewiduje sankcję karną za ich naruszenie[35].

Generalna niedopuszczalność działań sprzecznych z prawem pozwala Kaufmannowi częściowo uniknąć problemu z uzasadnieniem niedopuszczalności, w ramach prawa do sprzeciwu, działań z zastosowaniem przemocy – niedopuszczalne są wszelkie działania sprzeczne z prawem, zatem i te z zastosowaniem przemocy. Autor ten pokazuje także, jak trudne może być niekiedy prawne odróżnienie działań stanowiących przemoc od działań, które jako przemoc nie powinny być kwalifikowane, jako przykład wskazując niektóre sytuacje występujące przy okazji blokady opartej po prostu na siedzeniu (*Sitzblokade*)[36]. W państwie prawnym, w przypadku norm, którym na mocy formuły Radbrucha należałoby odmówić obowiązywalności (co z uwagi na ograniczanie stosowalności tezy „nieznośności" do rażących nadużyć władzy i tak jest rzeczą niezwykle rzadką), nie ma miejsca na prawo do sprzeciwu w znaczeniu klasycznym, dopuszczające także przemoc, gdyż tak pojęte prawo do sprzeciwu jest środkiem ostatecznym, który może być zastosowany, gdy nie są dostępne inne środki, co w państwie prawnym nie zachodzi.

4. PRAWO DO SPRZECIWU „DROBNEJ MONETY"

Jak zatem pojąć prawo do sprzeciwu, aby uniknąć aporii pojawiających się w klasycznej koncepcji tego prawa oraz aby uniknąć działań niezgodnych z prawem, które byłyby dopuszczalne w ramach obywatelskiego nieposłuszeństwa klasycznie pojętego (w duchu Rawlsa)? Kaufmann proponuje prawo do sprzeciwu mające charakter „drobnej monety", realizujące się w działaniach, które wzięte same w sobie nie mają charakteru spektakularnego, heroicznego. Przykładowo, zastrzegając, że to tylko niektóre z możliwych działań, Kaufmann wskazuje: podejrzliwość wobec władzy; różne formy odwagi cywilnej – odwaga do otwartej krytyki, demaskowanie zła; jasne opowiedzenie się przeciwko temu, co niesprawiedliwe, zwłaszcza gdy jest to wbrew dominującym przekonaniom; odmowa uczestnictwa w pewnych działaniach, do których nie jest się prawnie zobowiązanym, zwłaszcza gdy taka odmowa naraża na utratę sympatii ze strony otoczenia;

[33] A. Kaufmann, *Über die Tapferkeit des Herzens...*, s. 97.

[34] Kaufmann pisze o „Mehrzahl von Einzelfällen"; A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 211.

[35] A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 211.

[36] A. Kaufmann, *Der Bundesgerichtshof und die Sitzblockade* (1988) [w:] A. Kaufmann, *Vom Gehorsam gegen Obrigkeit*, Heidelberg 1991, s. 51–59.

wyrównywanie czyichś strat (krzywd) bez ujawniania tego faktu; specyficznie pojęta epikeia oparta na szczególnej interpretacji norm (szerzej o tym niżej), i przede wszystkim „cierpiące posłuszeństwo" (*der leidende Gehorsam*) niesprawiedliwym regulacjom[37].

Tak pojęte prawo do sprzeciwu jest „sprawą ducha", a nie agitacji ani przemocy; jest ono pewnego typu postawą obywatelską opartą na zwykłym, codziennym korzystaniu z osądu rozumu (*Widerstandsrecht der alltäglichen, praktischen Vernunft*)[38]; a jej praktykowanie wymierzone jest przeciwko przekonaniu, że posłuszeństwo wobec władzy, czy to wobec władzy państwowej, czy kościelnej, jest największą cnotą i że ten, kto jest posłuszny, nie jest odpowiedzialny za to, co jest mu nakazywane[39].

Tak pojęte prawo do sprzeciwu nie jest środkiem ostatecznym przeciwko już zdeprawowanemu państwu, ale pierwszym środkiem przeciwko dopiero co pojawiającym się zwiastunom schodzenia z właściwej drogi[40]. Nie ma charakteru rewolucyjnego, ale ma charakter ewolucyjny[41]. Nie prowadzi do eskalacji wrogich działań po obu stronach konfliktu; a ponieważ zawsze wykluczona jest przemoc, sprzeciw tego typu, w szczególności, nie prowadzi do eskalacji przemocy.

Warto zwrócić uwagę na, czynioną jakby mimochodem, uwagę Kaufmanna, że prawo do sprzeciwu w proponowanym przez niego ujęciu jest „istotnym elementem prawa" (*ein Wesenselement des Rechts*)[42]. Zapewnia dynamizm niezbędny do tego, żeby prawo nie zostało uznane za coś gotowego. Uznanie prawa za „coś gotowego" jest, zdaniem Kaurmanna, pierwszym krokiem procesu przekształcania prawa w ustawowe bezprawie[43]. Dokładniejsze ustalenie, jakie miejsce w strukturze prawa zajmuje ten „istotny element", zasługuje na osobne analizy, na które nie ma tu miejsca.

Podsumowując, podkreślić trzeba, że w problematyce prawa do sprzeciwu, czyli w jednym z najistotniejszych punktów, w którym oczekiwać można było poszukiwania możliwości ograniczenia zgody na niesprawiedliwe rozstrzygnięcia, Kaufmann jasno i jednoznacznie stoi na stanowisku uznającym niesprawiedliwe wyroki wydawane na podstawie ustaw, także wtedy, gdy niesprawiedliwe skutki mają miejsce w wielu przypadkach stosowania ustawy.

VI. SŁUSZNOŚĆ – EPIKEIA

1. UJĘCIE KLASYCZNE

Zagadnienie unikania niesprawiedliwych rozstrzygnięć wynikających ze stosowania norm ustawowych ogniskuje także w problematyce słuszności. Słuszność pojmowana była przez Arystotelesa jako korekta sprawiedliwości legalnej, polegającej na

[37] A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 211; Kaufmann powołuje tu pracę R. Hauser, *Was Keisers ist. Zehn Kapitel christlicher Ethik des Politischen*, Frankfurt am M. 1968, s. 149 ff., 178 f; zob. A. Kaufmann, *Über die Tapferkeit des Herzens...*, s. 97.

[38] A. Kaufmann, *Über die Tapferkeit des Herzens...*, s. 96–97.

[39] A. Kaufmann, *Über die Tapferkeit des Herzens...*, s. 98.

[40] A. Kaufmann, *Über die Tapferkeit des Herzens...*, s. 96.

[41] A. Kaufmann, *Das Widerstandsrecht der kleinen Münze...*, s. 92–93.

[42] A. Kaufmann, *Über die Tapferkeit des Herzens...*, s. 97.

[43] A. Kaufmann, *Das Widerstandsrecht der kleinen Münze...*, s. 91.

zgodności rozstrzygnięcia z normą prawną[44]. Dochodziła do głosu, gdy rozstrzygnięcie oparte na normie prawnej byłoby niesprawiedliwe ze względu na szczególne okoliczności występujące w konkretnym przypadku. Prawo ze swej istoty jest formułowane w sposób ogólny[45]. Natomiast istotą sprawiedliwych działań jest konkretne czynienie tego, co „odpowiednie" dla konkretnego adresata działania. „Odpowiednie" pojmowane jako korzystne, pożyteczne[46]; dopasowane, nie będące ani nadmiarem, ani niedostatkiem[47]. Najbardziej fundamentalne, z ontologicznego punktu widzenia, kryterium sprawiedliwości stanowi relacja zgodności, odpowiedniości między czymś a kimś.

Miarą sprawiedliwości działań jest konkretny człowiek – adresat działania, w konkretnych okolicznościach. Stąd „w rozważaniach (...) dotyczących postępowania twierdzenia ogólne uboższe są w treść, te zaś, które dotyczą jednostkowych przypadków, więcej zawierają prawdy; wszak postępowanie odnosi się do przypadków jednostkowych, z którymi tedy trzeba być w zgodzie"[48]. Formułując ogólne normy, w sposób nieuchronny dokonuje się abstrakcji polegającej na pomijaniu elementów, które mogą przesądzać o tym, że coś „odpowiada" komuś czy nie. Arystoteles dostrzega przy tym, że prawodawca nie ma możliwości inaczej postępować:

„wszelkie prawo jest ogólne, o niektórych zaś rzeczach nie można wydać trafnego sądu w sposób ogólny. Gdzie więc należy wydawać o czymś orzeczenia ogólne, ale nie można tego czynić w sposób trafny, tam ustawa dotyczy większości wypadków, zdając sobie sprawę z błędności takiego postępowania. Niemniej jednak postępuje trafnie: błąd bowiem nie tkwi tu ani w ustawie, ani w ustawodawcy, lecz w naturze rzeczy, bo taki jest właśnie materiał, którym operują wszelkie poczynania polityczne. Jeśli więc ustawa orzeka o czymś ogólnie, a zdarzy się wypadek, który nie podpada pod to orzeczenie, to słuszną jest rzeczą, by tam, gdzie ustawodawca coś opuścił i przez sformułowanie

[44] „to, co prawe, jest wprawdzie sprawiedliwe, jednakże nie w znaczeniu sprawiedliwości stanowionej, lecz jest korekturą sprawiedliwości stanowionej"; *Etyka nikomachejska*, przeł. D. Gromska, 1137 b.

[45] „Każde określenie tego, co sprawiedliwe i zgodne z prawem, ma się do poszczególnych czynów ludzkich jak to, co ogólne, do tego, co jednostkowe; bo czynów jest wiele, owo zaś określenie jest dla każdego rodzaju czynności tylko jedno: jest bowiem ogólne"; *Etyka nikomachejska,* przeł. D. Gromska, 1135 a.

[46] „sprawiedliwość, jedyna spomiędzy cnót, zdaje się być «cudzym dobrem», ponieważ obejmuje też stosunek do innych osób, jako że czyni to, co jest pożyteczne dla innych"; *Etyka nikomachejska,* przeł. D. Gromska, 1130 a.

[47] To, co sprawiedliwe, pojęte jest jako „złoty środek", będący środkiem nie ze względu na przedmiot, ale „ze względu na nas", ze względu na adresata działania. Wyjaśniając swoje ujęcie, Arystoteles pisze: „Środkiem ze względu na przedmiot nazywam to, co jest jednakowo oddalone od obu krańców i co też jest jedno i to samo dla wszystkich; ze względu na nas jest środkiem to, co nie jest ani nadmiarem, ani niedostatkiem; tym zaś nie jest ani jedna, ani ta sama rzecz dla wszystkich. (...) jeśli «dziesięć» jest za dużo, a «dwa» za mało, to ze względu na przedmiot przyjmuje się «sześć» jako środek; jest ono bowiem o tyle większe, o ile mniejsze (...). Środek natomiast ze względu na nas określić należy inaczej. Jeśli bowiem zjeść dziesięć min jest dla kogoś za dużo, dwie zaś miny – za mało, to kierownik ćwiczeń atletycznych nie każe mu zjadać sześciu min; bo i ta ilość może być dla tego, kto ją otrzyma, zbyt wielka albo niedostateczna"; *Etyka nikomachejska*, 1106 a–b; przeł. D. Gromska.

[48] *Etyka nikomachejska*, 1107 a (ks. II, 7); przeł. D. Gromska; Arystoteles, *Dzieła wszystkie*, t. 5, Warszawa 1996, s. 114.

ogólne popełnił błąd, uzupełnić ten brak, orzekając tak, jakby ustawodawca sam orzekł, gdyby był przy tym obecny, i jakby sam postanowił był, gdyby był z góry znał dany wypadek"[49].

W ujęciu Arystotelesa kierowanie się słusznością nie prowadzi ani do derogacji normy, ani tym bardziej do odmówienia normie charakteru prawa. W pierwszym rzędzie słuszność jest niezbędna w „nieomal (prawie) sprawiedliwym" społeczeństwie, w stosowaniu sprawiedliwych ustaw, i w takim kontekście, a nie w kontekście ustawowego bezprawia, rozwija Arystoteles swoją koncepcję[50].

Dla Arystotelesa słuszność była czymś, co wyprowadzało refleksję sędziego poza normy stanowione i poza tymi normami i – niekiedy wbrew ich, literalnie wziętej, treści – poszukiwana jest podstawa sprawiedliwego rozstrzygnięcia. Można powiedzieć, że jego koncepcja słuszności ma charakter prawnonaturalny, a rozstrzynięcie oparte jest na normach, których w systemie nie było, a znalazły się w nim dzięki temu, że sędzia przejął w danym przypadku rolę prawodawcy.

2. SŁUSZNOŚĆ W UJĘCIU KAUFMANNA

W przypadkach, w których zastosowanie normy prowadzi do niesprawiedliwych i niecelowych rozstrzygnięć, Kaufmann nie widzi możliwości stosowania słuszności w arystotelesowskim sensie. W odniesieniu do klasycznego prawnonaturalnego ujęcia, które reprezentuje Arystoteles, Kaufmann zapewne zgodziłby się z Immanuelem Kantem, który pisał: „Słuszność zatem wyrażana jest co prawda sentencją (*dictum*): «Bezwzględnie stosowane prawo bywa największym bezprawiem» (*summum ius summa iniuria*); atoli złu temu na drodze prawnej zaradzić się nie da, jakkolwiek dotyka ono roszczenia prawnego"[51].

Kaufmann natomiast stara się powiązać słuszność z obowiązującymi normami prawnymi. O słuszności rozumianej w znaczeniu bliskim arystotelesowskiemu wspomina w jednym z przypisów, w którym wyjaśniając termin „epikeia", pisze:

„Przez epikeię rozumie się sposób interpretacji, przy którym norma zachowywana jest jedynie formalnie, po to, aby osiągnąć sprawiedliwość materialną. Dobrym tego przykładem jest «znalezienie» skrajnie subiektywnej koncepcji uczestnictwa przez ówczesny

[49] *Etyka nikomachejska*, 1137 b; przeł. D. Gromska. Kaufmann cytuje cały ten fragment w swej *Rechtsphilosophie*, w paragrafie poświęconym słuszności (s. 160). Dodaje też, że pogląd ten znalazł wyraz w art. 1, ust. 2, szwajcarskiego *Kodeksu cywilnego* z 1907 r.: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde".

[50] Znamienne, że niekiedy Kaufmann zdaje się tego nie dostrzegać, pisząc: „Schon er [Aristoteles] erkannte (was wir Heutigen erst wieder lernen mußten), daß es auch schlechthin ungerechte Gesetze geben kann, und er forderte, daß solches «gesetzliche Unrecht» durch die Billigkeit (/πιε⇔κεια) korrigiert werden müsste"; A. Kaufmann, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie* [w:] *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, red. A. Kaufmann, W. Hassemer, wyd. 5, Heidelberg 1989, s. 35; inaczej A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 158–160.

[51] I. Kant, *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, 235 (*Dodatek do Wprowadzenia do nauki prawa. O prawie w dwóch znaczeniach (ius aequivocum)*. I); przeł. Cz. Tarnogórski, *Aneks* [w:] M. Szyszkowska, *U źródeł współczesnej filozofii prawa i filozofii człowieka*, Warszawa 1972, s. 186.

sąd Rzeszy, który dzięki temu nie wydał niedającego się w inny sposób uniknąć w Trzeciej Rzeszy niesprawiedliwego wyroku śmierci"[52].

Gdyby zapytać, skąd wiadomo, że wyrok taki byłby niesprawiedliwy, to w ramach koncepcji Kaufmanna należałoby sięgnąć do formuły Radbrucha i za jej pośrednictwem do sprawiedliwości jako elementu idei prawa. Najprościej byłoby derogować normę ze względu na nieznośny stopień niesprawiedliwości. Kaufmann jednak widzi potrzebę sięgnięcia do obowiązujących norm, które są „naciągane" po to, aby obronić sprawiedliwe rozstrzygnięcie. To, co sprawiedliwe, nie jest jednak rezultatem procesu interpretacji norm, ale przeciwnie – interpretacja kierowana jest celem, którym jest uniknięcie rozstrzygnięcia uznanego za niesprawiedliwe jeszcze przed dokonaniem wykładni.

Generalnie różnicę między sprawiedliwością opartą na ogólnych normach – sprawiedliwością legalną, jak by powiedział Arystoteles, a słusznością, upatruje Kaufmann jedynie w aspekcie podejścia do urzeczywistniania prawa; z jednej strony jest aspekt typowy dla prawodawcy, który od strony tego, co ogólne, patrzy na przypadki jednostkowe; z drugiej, typowy dla sędziego, który przechodzi od konkretu do tego, co ogólne, i dobiera oraz dopasowuje normę do konkretnego przypadku[53].

Sędzia nie może się jednak bez norm danych przez prawodawcę obyć. Sędziemu nie wolno wejść w rolę prawodawcy. Kaufmann konsekwentnie trzyma się przyjętego przez siebie schematu procesu urzeczywistniania prawa, w którym konieczne są normy będące elementem pośredniczącym między ideą prawa a konkretnym rozstrzygnięciem.

W kontekście tzw. szkoły „wolnego znajdowania prawa" (*freie Rechtsfindung*) Kaufmann pisze: „«Wolne znajdowanie prawa przez sędziego» bez jakiejś normy ogólnej nie byłoby żadnym znajdowaniem prawa, ale aktem samowoli – przy czym nie można zaprzeczyć, że niekiedy akt samowoli może wypaść «sprawiedliwiej» niż orzeczenie osiągnięte w sposób metodyczny"[54]. Zauważyć trzeba, że w przytoczonym cytacie wyrażenie „sprawiedliwiej" sam Kaufmann umieścił w cudzysłowie. Posługując się „aktem samowoli", sędzia opuszcza bowiem domenę prawa, wychodzi poza proces urzeczywistniania prawa wyznaczony triadą idea prawa – norma prawna – rozstrzygnięcie. O ile Kaufmann nie odmawia wartości moralnej niektórym formom sprzeciwu bez przemocy podejmowanych w imię przekonań sumienia i bez spełnienia niektórych warunków niezbędnych, aby sprzeciw taki był także uznany za prawnie dopuszczalny; o tyle za niedopuszczalne uznaje to, aby sędzia zlekceważył ustawę i w imię sprawiedliwości kierował się własnym sumieniem: „Konflikt między ustawą i sumieniem nie może być rozwiązywany w ten sposób, że sędziemu wolno by było zlekceważyć ustawę,

[52] „Unter *Epikie* (ein Terminus der Ethik) versteht man eine solche Interpretationsweise, bei der die Norm nur noch formal aufrecht erhalten wird, um die materiale Gerechtigkeit durchzusetzen. Ein gutes Beispiel ist die „Erfindung„ der extrem subjektiven Teilnahmelehre durch das ehemalige *Reichsgericht*, das auf diese Weise ein im «Dritten Reich» sonst nicht zu umgehendes ungerechtes Todesurteil vermieden hat"; A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 211, przyp. 35.

[53] A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 160.

[54] A. Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, wyd. 2, Heidelberg 1982, s. 43. Podobnie A. Kaufmann, *Recht und Gesetz*, Saarbrücken 1966, s. 20: „Postulowanie znajdowania prawa bez oparcia się o ustawy nie może (...) oznaczać, że prawo mogłoby być znalezione bez ogólnej normy, jedynie z konkretnej «natury rzeczy», lecz oznacza raczej, że sędzia zamiast ustawami państwowymi kieruje się własnymi normami, normami swojego wyczucia sprawiedliwości i wyczuciem prawa".

aby urzeczywistnić prawo. (...) To właśnie myśl przewodnia prawa zobowiązuje sędziego w jego sumieniu pójść za obowiązującym prawem również tam, gdzie w pojedynczym przypadku nie jest to sprawiedliwe. Chodzi więc tu w rzeczywistości o konflikt sumienia z sobą samym. Dlatego konflikt ten jest ostatecznie nierozwiązywalny"[55].

VII. PONADUSTAWOWE PRAWO POZYTYWNE

W jakim kierunku można na gruncie koncepcji Kaufmanna poszukiwać rozwiązań? Warto spróbować odpowiedzieć na pytanie, na jakiej podstawie należy orzekać w przypadkach, gdy na podstawie formuły Radbrucha zostanie zakwestionowane obowiązywanie norm prawnych, które należałoby przyjąć za normatywną podstawę rozstrzygnięcia danej sprawy. Jest to sytuacja, w której trzeba, przynajmniej po części, odejść od schematu: idea prawa – norma prawna (ustawowa) – rozstrzygnięcie.

Pierwszy krok to poszukiwanie normatywnej podstawy rozstrzygnięcia w innych niż derogowana na mocy formuły Radbrucha, obowiązujących normach ustawowych. Zdaniem Kaufmanna w procesie urzeczywistniania prawa istotnym elementem jest najpierw dobieranie norm prawnych najistotniejszych z punktu widzenia ocenianych warunków życia, dobieranie obejmujące interpretację treści norm, będącą zawsze reinterpretacją ustanawiającą nowe ich rozumienie. Zgodnie z hermeneutyką filozoficzną Hansa-Georga Gadamera, z której Kaufmann korzysta, nie ma nigdy dwóch takich samych aktów rozumienia, gdyż każda interpretacja zmienia kontekst biorący udział w rozumieniu (pojmowaniu) czegoś[56]. Eliminacja jakiejś normy ustawowej nie powoduje automatycznie, że sięgnąć trzeba do prawa ponadustawowego – może wystarczyć reinterpretacja pozostałych norm.

Dopiero drugim krokiem jest sięgnięcie do prawa ponadustawowego. Kaufmann podkreśla różnicę między prawem ponadustawowym a prawem ponadpozytywnym. Prawo ponadustawowe to prawo, którego pozytywność nie jest oparta na akcie stanowienia prawa[57], może to być jednak prawo pozytywne. Pozytywność prawa pojmuje Kaufmann bardzo szeroko, pozytywność to tyle, co realność pozwalająca na korzystanie z jakiegoś elementu normatywnego[58]. W znajdowaniu rozstrzygnięcia biorą udział, obok ustanowionych norm, także inne realne elementy systemu prawnego, i one, jako współokreślające rozstrzygnięcie, też są prawem. Do prawa ponadustawowego zalicza Kaufmann przede wszystkim prawo zwyczajowe i prawo sędziowskie (w systemie *common law*) oraz ogólne zasady prawa międzynarodowego i – przede wszystkim – prawa człowieka. Zdaniem Kaufmanna nie mają one charakteru ponadczasowego i są historycznie uwarunkowane[59]. Charakter ponadpozytywny (przedpozytywny) i ponadczasowy mają należące do idei prawa ogólne zasady prawa (przede wszystkim zasada równości i pro-

[55] *Recht und Gesetz*, Saarbrücken 1966, s. 20.

[56] Zob. M. Piechowiak, *Arthur Kaufmann – hermeneutyka prawnicza*, zwł. s. 149–151; M. Piechowiak, *W poszukiwaniu ontologicznych podstaw prawa*, s. 59–62.

[57] S. Grote, *Auf der Suche...*, s. 219.

[58] Szerzej zob. M. Piechowiak, *W poszukiwaniu ontologicznych podstaw prawa*, s. 12–13, 18, 29–30, zwł. 36–40.

[59] Zob. A. Kaufmann, *Die Radbruchsche Formel...*, s. 86; zob. S. Grote, *Auf der Suche...*, s. 219–220.

porcjonalności), są one jednak na tyle abstrakcyjne, że nie można z nich wprost korzystać przy orzekaniu (*zu abstrakt-alllgemein, und daher nicht justiziabel*)[60]. Kaufmann uważa, że w kontekście formuły Radbrucha prawa człowieka są zasadniczym, operatywnym punktem odniesienia, i to zarówno na etapie identyfikowania ustawowego bezprawia, jak i identyfikowania dającego się zastosować prawa ponadustawowego, mogą być one, oczywiście, sformułowane także w ustawach, jednak i bez tego stanowiłyby dookreślenie materialne sprawiedliwości[61]. Niemniej jednak pozytywne dookreślenie prawa ponadustawowego nie zawsze jest możliwe i wówczas powstałą lukę musi wypełnić prawodawca[62].

W ramach prawa ustawowego w rozumieniu Kaufmanna będzie pozostawać także wykładnia sięgająca do podstawowych zasad konstytucyjnych czy do norm konstytucyjnych sformułowanych na dużym poziomie ogólności, w tym – oczywiście do norm chroniących prawa człowieka, o ile takie znalazły się w konstytucji. W perspektywie koncepcji Kaufmanna trudno wskazać jasne, operatywne kryteria pozwalające określić, które zasady czy normy są zbyt ogólne, aby je stosować w rozstrzyganiu konkretnego przypadku. Za zbyt ogólne uważa on te należące do idei prawa, w przypadku pozostałych trzeba, jak sądzę, przyjąć, że decydująca będzie możliwość skorzystania z danej zasady lub normy w konkretnym przypadku. Mając na uwadze uwagi Kaurmanna dotyczące prawa międzynarodowego i praw człowieka w ogóle, podstawą rozstrzygnięcia z pewnością mogą być nawet bardzo ogólnie sformułowane konstytucyjne normy chroniące prawa człowieka, zwłaszcza w sytuacji, gdy – na mocy samej konstytucji – normy takie mogą być bezpośrednio stosowalne.

VIII. DWIE MODYFIKACJE FORMUŁY RADBRUCHA

1. FORMUŁA RADBRUCHA DLA KONKRETNEGO ROZSTRZYGNIĘCIA

Formuła Radbrucha służy do uznania za nieobowiązujące norm ustawowych, co skutkuje otwarciem drogi do sprawiedliwego rozstrzygnięcia konkretnych przypadków. Trzeba postawić jednak pytanie, dlaczego nie stosować tej formuły wprost przy rozstrzy-

[60] Zob. A. Kaufmann, *Die Radbruchsche Formel...*, s. 86; S. Grote sugeruje, że uznanie ogólnych zasad prawa jako ponadpozytywnych i *nicht justiziabel* znalazło wyraz dopiero w późnych pismach Kaufmanna, jednak stanowisko takie jest już obecne w – stanowiących rdzeń Kaufmanna filozofii prawa – analizach dotyczących idei prawa i jej relacji do norm i rozstrzygnięć; S. Grote, *Auf der Suche...*, s. 220.

[61] Zob. A. Kaufmann, *Die Radbruchsche Formel...*, s. 86; G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945) [w:] *Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe*, red. A. Kaufmann, t. 3, Heidelberg 1990, s. 79: „Es gibt also Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jede rechtliche Satzung, so daß ein Gesetz, das ihnen widerspricht, der Geltung bar ist. Man nennt diese Grundsätze das Naturrecht oder das Vernunftrecht. Gewiß sind sie im Einzelnen von manchem Zweifel umgeben, aber die Arbeit der Jahrhunderte hat doch einen festen Bestand herausgearbeitet, und in den sogenannten Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte mit so weitreichender Übereinstimmunggesammelt, daß in Hinsicht auf manche von ihnen nur noch gewollte Skepsis den Zweifel aufrechterhalten kann".

[62] Zob. A. Kaufmann, *Die Radbruchsche Formel...*, s. 86.

ganiu konkretnych pojedynczych przypadków; wówczas skutkiem zastosowania formuły byłoby nie tyle uznanie normy ustawowej za nieobowiązującą, nie derogacja normy, ale jedynie uznanie, że dana norma nie jest podstawą rozstrzygnięcia danego przypadku. Sądzę, że takie sytuacje także są objęte formułą Radbrucha, i poniższe wywody uważam za uwyraźnienie jednego z aspektów stosowania tej formuły. Zwrócenie uwagi na stosowanie formuły Radbrucha nie tyle do norm, ile do konkretnych rozstrzygnięć sugeruje sam Kaufmann, uznając konkretne rozstrzygnięcie za prawo w pełnym tego słowa znaczeniu. To zatem w konkretnym rozstrzygnięciu najpełniej realizuje się sprawiedliwość lub niesprawiedliwość.

Z punktu widzenia proponowanego przez Kaufmanna ujęcia struktury procesu urzeczywistniania prawa i fundamentalnej, wspomnianej wyżej, zasady: „Żadna reguła prawna bez zasady prawa, żadne rozstrzygnięcie bez reguły prawnej", zawarte w idei prawa zasady sprawiedliwości stosowalne są do norm w kontekście możliwych przyszłych warunków życia. Owe możliwe przyszłe warunki życia mają uzyskać jakąś normatywną kwalifikację, kwalifikację ze swej natury ogólną i w konsekwencji kwalifikację niedoskonałą ze względu na przypadki szczegółowe, w tym i takie, które nie dają się przewidzieć. Zasady zawarte w idei prawa, choć – kształtując interpretację norm – biorą udział w każdym procesie prowadzącym do rozstrzygnięcia,, nie mogą być stosowane wprost do konkretnych rozstrzygnięć, gdyż są zbyt ogólne i zbyt abstrakcyjne. Zauważyć jednak trzeba, że odnośnie do stosowania formuły Radbrucha, Kaufmann w jednym ze swych późnych tekstów zauważa, że kryteriów nie należy poszukiwać wprost w abstrakcyjnych i ogólnych zasadach należących do idei prawa, ale w prawie ponadustawowym, które jest na tyle spozytywizowane, że może być nie tylko podstawą eliminacji normy, ale także podstawą konkretnych rozstrzygnięć. Przy takim rozwiązaniu, ponadustawowe kryteria sprawiedliwości mogą być stosowane wprost do konkretnych przypadków.

Aplikując normy ponadustawowe, np. normy chroniące prawa człowieka niemające oparcia w ustawach, sędzia opiera się na standardach normatywnych aplikowalnych do wielu przypadków, również możliwych przyszłych przypadków danego typu, w których w podobny sposób realizuje się dana cecha. Zauważmy, że z analogiczną sytuacją mamy do czynienia przy klasycznie pojmowanej słuszności. Korekta sprawiedliwości legalnej nie jest dokonywana, ściśle rzecz biorąc, w imię konkretnego pojedynczego przypadku, ale ze względu na realizowaną w tym przypadku cechę, którą uznaje się za istotną z punktu widzenia oceny tego przypadku. Cecha taka uznana zostaje za prawnie doniosłą w ogólności, zatem za istotną także – gdyby się pojawiły – w przypadkach podobnych. Sędzia, sięgając do prawa ponadustawowego i odstępując w konkretnym przypadku od oparcia rozstrzygnięcia na normie ustawowej, nie opiera się na swojej jedynie intuicji, na swoim jedynie sumieniu, nie wkracza w sferę samowoli. W identyfikacji (formułowaniu) normy ponadustawowej aplikowalnej do danego przypadku sędzia może i powinien się odwołać do ogólnych zasad prawa, do idei prawa.

Z punktu widzenia pewności prawa fundamentalna jest przewidywalność rozstrzygnięć[63]. Jeśli za kryterium eliminacji niesprawiedliwego elementu porządku prawnego

[63] Kaufmann wskazuje na trzy elementy składające się na pewność prawa (*Positivität, Praktikabilität, Invariabilität*), które jednak należy, jak sądzę, postrzegać nie jako wartości same w sobie, ale jako przyporządkowane do przewidywalności jako do celu, któremu mają służyć. Zob. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, s. 191–192.

uzna się rażący charakter naruszenia sprawiedliwości, to wyraźne uznanie stosowania formuły Radbrucha do konkretnych przypadków nie obniży przewidywalności rozstrzygnięć w stopniu większym niż w przypadku, gdy formuła ta stosowana jest do ogólnych norm ustawowych. W konsekwencji, ograniczając się do tezy nieznośności, można zaproponować zmodyfikowaną formułę Radbrucha pozwalającą operować także na poziomie rozstrzygnięć konkretnych spraw:

Konflikt między sprawiedliwością wyroków a pewnością prawa należałoby rozwiązać w ten sposób, ażeby rozstrzygnięcie konkretnej sprawy oparte na normach ustawowych miało pierwszeństwo również i wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe, chyba że sprzeczność tego rozstrzygnięcia ze sprawiedliwością osiąga taki stopień, że rozstrzygnięcie to jako niesprawiedliwe powinno ustąpić sprawiedliwości.

Odwaga cywilna i inne cnoty kluczowe dla sprzeciwu „drobnej monety", który Kaufmann uważa za istotny element prawa chroniący je przed wyrodzeniem w ustawowe bezprawie, nie są powszechne. Prawo bywa wykorzystywane instrumentalnie do realizacji partykularnych interesów. Uznanie stosowalności formuły Radbrucha w tradycyjny sposób, a zatem i stosowanie jej „mrocznej strony", do której należy teza niesprawiedliwości, otwiera drogę właśnie do realizacji partykularnych interesów. Nadużywającemu prawo daje poczucie bezpieczeństwa wynikające z wiedzy, że norma stosowana będzie także w przypadkach, choćby było ich wiele, w których rozstrzygnięcie będzie niesprawiedliwe.

Jak głosi sama formuła: „Przeprowadzenie ostrzejszej linii między przypadkami bezprawia ustawowego a ustawami obowiązującymi pomimo swej niesprawiedliwej treści nie jest możliwe". Nieunikniona jest niepewność co do obowiązywania niektórych norm. Będzie tak zwłaszcza w przypadku norm w zasadzie sprawiedliwych, prowadzących jednak w konkretnych przypadkach do niesprawiedliwych rozstrzygnięć. Zastosowanie formuły Radbrucha wprost do konkretnych rozstrzygnięć zwiększałoby stabilność systemu w takim sensie, że taka w zasadzie sprawiedliwa norma nie byłaby zagrożona derogacją. Zaufanie do prawa będzie większe, jeśli wiadomo będzie, że pojawienie się szeregu przypadków niesprawiedliwego korzystania z normy nie będzie groziło jej derogacją, gdyż takiemu wykorzystaniu zaradzić będzie można w inny sposób.

2. FORMUŁA RADBRUCHA „W DROBNEJ MONECIE"

Można, jak sądzę, zaproponować jeszcze idącą dalej modyfikację formuły Radbrucha w zastosowaniu do konkretnych rozstrzygnięć, modyfikację wyraźnie jednak polemiczną wobec jednego z kryteriów stosowania tej formuły wskazanego przez samego Radbrucha. Spróbujmy uwyraźnić warunki stosowania formuły. W jednym ze swych ostatnich tekstów Radbruch przestrzega i postuluje: „Zbyt łatwo w postaci «ponadustawowego prawa» może dojść do głosu błąd i samowola, i dlatego ponadustawowe znajdowanie prawa może stać się poważnym zagrożeniem dla pewności prawa. Przyjęcie, że coś jest ustawowym bezprawiem i uznanie ponadustawowego prawa muszą się ograniczać do skrajnych przypadków: do skrajnych przypadków rażącego, przez nikogo poważnie niekwestionowanego, wprost przestępczego nadużycia

formy prawa"[64]. Można wskazać dwa podstawowe warunki zastosowania formuły Radbrucha skutkującego derogacją normy. Pierwszy z nich ma charakter teoriopoznawczy – sprzeczność ze sprawiedliwością musi być niekwestionowana w sposób poważny, niepozostawiający żadnych poważnych wątpliwości. Towarzyszy temu drugi warunek, o charakterze materialnym – sprzeczność ze sprawiedliwością musi dotyczyć poważnej materii.

Takie ujęcie warunków stosowania formuły potwierdza uwaga Kaufmanna o tym, że niesprawiedliwe skutki obowiązującej normy mogą pojawiać się w wielu przypadkach – liczba przypadków sama w sobie nie rozstrzyga, ale o rażącym charakterze sprzeczności ze sprawiedliwością świadczy niekwestionowalność tej sprzeczności i doniosłość wchodzącej w grę materii.

Z punktu widzenia pewności prawa fundamentalne znaczenie ma jednak warunek teoriopoznawczy, gwarantujący przewidywalność rozstrzygnięć. Na poziomie norm prawnych i ich ewentualnej derogacji dołożenie warunku materialnego zwiększa stabilność regulacji, gdyż ogranicza możliwości kwestionowania obowiązywania norm. Niemniej jednak w przypadku stosowania formuły Radbrucha do konkretnych przypadków doniosłość rozstrzygnięcia jest z punktu widzenia systemu bardzo ograniczona. Można nawet powiedzieć, że im mniejsza doniosłość dla całości systemu, tym warunek materialny odgrywa mniejszą rolę. Rozstrzygający nie musi poszukiwać argumentów na rzecz derogacji normy, mając na uwadze jej stosowanie do innych przypadków. Co więcej, w perspektywie rozstrzygania konkretnych przypadków, a nie rozstrzygania o obowiązywalności norm, waga materii przestaje być istotna. Im mniej ważka materia, tym mniejsze znaczenie rozstrzygnięcia dla całości systemu. Skoro dla pewności prawa istotna jest przede wszystkim przewidywalność, którą można opierać na stopniu „niewątpliwości", można zaproponować następującą formułę:

Konflikt między sprawiedliwością wyroków a pewnością prawa należałoby rozwiązać w ten sposób, ażeby rozstrzygnięcie konkretnej sprawy oparte na normach ustawowych miało pierwszeństwo również i wtedy, gdy treściowo jest niesprawiedliwe i niecelowe, chyba że sprzeczność tego rozstrzygnięcia ze sprawiedliwością jest w takim stopniu niewątpliwa, że rozstrzygnięcie to jako niesprawiedliwe powinno ustąpić sprawiedliwości.

Reguła ta byłaby tym bezpieczniejsza (jej stosowanie mniej zagrażałoby pewności prawa), im podejmowane rozstrzygnięcie byłoby mniej doniosłe dla całości systemu lub im mniejszej wagi jest materia rozstrzygnięcia. Tę ostatnią formułę, w zastosowaniu do spraw „małej wagi", można by nazwać „formułą Radbrucha w drobnej monecie". Wzięcie w ogóle pod uwagę możliwości rezygnacji z kryterium wagi rozsądzanej materii i akcentowanie kryterium teoriopoznawczego ma swoje podstawy w samej koncepcji Kaufmanna, choć on sam w tym kierunku nie podąża. Podstawy takie daje uznanie

[64] „Allzu leicht kann sich in Gestalt «übergesetzlichen Rechts» der Irrtum und die Willkür zur Geltung bringen und damit die übergesetzliche Rechtsfindung zur schweren Gefahr für die Rechtssicherheit werden. Die Annahme gesetzlichen Unrechts und die Anerkennung übergesetzlichen Rechts müssen auf die äußersten Fälle jener Art beschränkt bleiben: auf die äußersten Fälle eines flagranten, für niemanden ernstlich bestreitbaren, schlechthin verbrecherischen Missbrauch in Gesetzesform"; G. Radbruch, *Neue Probleme in der Rechtswissenschaft* [w:] Radbruch, *Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlaß*, red. E. Schmidt, Tübingen 1952, s. 32–33; cyt. w A. Kaufmann, *Die Radbruchsche Formel...*, s. 85.

przez niego, że w zasadzie żadne rozstrzygnięcie nie jest rezultatem prostego stosowania normy, prostej subsumpcji, ale zawsze obejmuje proces „dostosowywania" normy do konkretnej sytuacji. Zagadnienie to nie było podejmowane przez samego Radbrucha, który rozstrzyganie postrzegał jako, co do zasady, stosowanie „gotowej" normy. W takiej perspektywie niezmienność norm jest podstawowym warunkiem pewności prawa. Jeśli jednak Kaufmann uznaje, że – czy tego chcemy, czy nie – w każdym procesie dochodzenia do rozstrzygnięcia treść normy jest modyfikowana i – co więcej – uznanie normy za coś „gotowego" uznaje on za pierwszy krok w kierunku ustawowego bezprawia, niezmienność treści normy przestaje być ostoją pewności. Pewność opiera się przede wszystkim na poprawności samego procesu wykładni, w którym odniesienie do sprawiedliwości pełni istotną funkcję.

Sięgając do formuły Radbrucha w stosunku do konkretnych rozstrzygnięć, kładzie się podwaliny pod sędziowskie prawo do sprzeciwu „drobnej monety" – nie spektakularna derogacja normy, ale skromna realizacja sprawiedliwości w pojedynczym przypadku. Jest to szczególnie ważne przy uznaniu deficytu sprzeciwu „drobnej monety" w społeczeństwie. Uznanie normy ustawowej za nieobowiązującą wymaga odwagi, wymaga pewnej postawy, która z powodzeniem może być kształtowana właśnie przy rozstrzyganiu pojedynczych przypadków, gdy ciężar decyzji jest mniejszy. Wpajanie przekonania, że w imię pewności prawa należy wydawać niesprawiedliwe wyroki, kształtowaniu takiej postawy nie służy i trudno w tym momencie nie przywołać przestrogi zawartej w „tezie bezbronności" – postulując ograniczenie stosowania formuły Radbrucha jedynie do norm ustawowych, stępiana jest wrażliwość na niesprawiedliwość, co może skutkować bezbronnością wobec ustawowego bezprawia nie z powodu braku teoretycznych narzędzi, jak to czynił skrajny pozytywizm, ale z powodu braku wrażliwości i odwagi, albo po prostu braku doświadczenia. Sięganie do zasad czy norm konstytucyjnych o dużej ogólności czy poszukiwanie i stosowanie norm ponadustawowych, które nie są jednak normami ponadpozytywnymi, właśnie w sprawach, w których materia nie jest bardzo poważna, można by potraktować jako obszar zdobywania doświadczenia, podejmowania przez sędziego ryzyka, którego koszt – w przypadku ewentualnego błędu – jest niewielki, nie tylko z punktu widzenia rozstrzyganej materii, ale także w perspektywie sprawiedliwości realizowanej przez trafne rozstrzygnięcia oraz podtrzymywania wrażliwości i budowania odwagi na sytuacje, w których rozstrzygnięcia mogą mieć poważne i dalekosiężne konsekwencje.

IX. UWAGI KOŃCOWE

Proponowane tu modyfikowane formuły Radbrucha umożliwiają korektę również tam, gdzie normy ustawowe niedomagają ze względu na ich ogólne sformułowanie. Można zatem proponowane formuły określić mianem formuł słuszności (epikei). Przy czym w pierwszym rzędzie jest to słuszność pojmowana w tradycji umiarkowanego pozytywizmu prawniczego – korekta danej normy polegająca na uznaniu jej niestosowalności w danym przypadku następuje na podstawie zasad lub norm konstytucyjnych. Rozstrzygnięcie oparte jest na samowykonalnych normach konstytucyjnych, na innych normach ustawowych lub – jeśli nie ma takiej możliwości – na normach ponadustawowych,

niemniej jednak nie ponadpozytywnych. Normy ponadustawowe powinny być identyfikowane przede wszystkim przy wykorzystaniu zasad i norm konstytucyjnych. Stąd formułowane tu postulaty nie są w swej istocie rewolucyjne. W gruncie rzeczy zmierzają do przywracania doniosłości tradycyjnie pojętej zasady słuszności jako zasady funkcjonowania całego sytemu prawa. Sądzę, że podstawową formą sprzeciwu „drobnej monety" mogłoby się stać szerokie praktykowanie rozproszonej kontroli konstytucyjności. Zwrócenie uwagi na ograniczenia formuły Radbrucha jest, jak sądzę, niezwykle istotne przede wszystkim po to, aby zgoda na niesprawiedliwe rozstrzygnięcia nie została uznana za oczywistą konieczność i nie zachęcała podlegających prawu do cynicznej jego instrumentalizacji możliwej dzięki przekonaniu o obowiązywaniu norm prowadzących do niesprawiedliwych rozstrzygnięć, a stosujących prawo nie przyzwyczajało do niesprawiedliwości, czyniąc ich w konsekwencji bezbronnymi wobec stopniowego wyradzania się prawa w ustawowe bezprawie.

O PRAWACH CZŁOWIEKA

Księga jubileuszowa
Profesora
Romana Wieruszewskiego

redakcja naukowa
Grażyna Baranowska
Aleksandra Gliszczyńska-Grabias
Anna Hernandez-Połczyńska
Katarzyna Sękowska-Kozłowska

Wolters Kluwer

WARSZAWA 2017

Publikacja dofinansowana przez Instytut Nauk Prawnych PAN

Recenzenci
Prof. dr hab. Jan Barcz
Dr hab. Celina Nowak, prof. INP PAN

Wydawca
Małgorzata Stańczak

Redaktor prowadzący
Beata Wawrzyńczak-Jędryka

Łamanie
Wolters Kluwer Polska

Projekt graficzny okładki
Grafos

Zdjęcie Profesora Romana Wieruszewskiego
Gosia Wieruszewska

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska SA, 2017

ISBN: 978-83-8107-690-6

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl