

Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*

I

Narodowy socjalizm zdołał przekonać do siebie z jednej strony żołdaków, a z drugiej – zastępy jurystów, posługując się dwoma elementarnymi zasadami: „rozkaz znaczy rozkaz” i „prawo znaczy prawo”. Zasada „rozkaz znaczy rozkaz” nigdy nie obowiązywała bez ograniczeń. Obowiązek posłuszeństwa wygasiał wówczas, gdy rozkazodawca wydawał rozkaz w zamiarze przestępczym (MStrGB § 47). Natomiast zasada „prawo znaczy prawo” nie знаła żadnych ograniczeń. Ów wykwit pozytywistycznej myśli prawniczej zawładnął umysłami niemieckich prawników przy znikomym niemal oporze z ich strony. Pojęcia „ustawowego bezprawia” i „ponadustawowego prawa” wydawały się więc wewnętrznie sprzeczne. Jednak praktyka została na nowo postawiona przed obydwoma tymi problemami. Dlatego też orzeczenie Sądu Okręgowego w Wiesbaden, które opublikowano i skomentowano* w SJZ (1946, s. 36), powiada, że „prawa stanowiące o przypadku żydowskiego majątku na rzecz państwa były sprzeczne z prawem naturalnym i już w momencie utworzenia nie miały żadnej mocy obowiązania”.

II

Ten sam problem wystąpił w sferze prawa karnego, a mianowicie w ustaleniach i wyrokach sądowych, jakie wydano na terenie sowieckiej strefy okupacyjnej.

1. W procesie toczącym się przed sądem przysięgłym w Nordhausen (Turyngia) urzędnik sądowy Puttfarken został skazany na karę dożywotniego więzienia za denuncjację przedsiębiorcy Göttiga oraz doprowadzenie do jego skazania i egzekucji. Puttfarken pozwał Göttiga za umieszczenie w toalecie napisu: „Hitler rozpętał wojnę i jest masowym mordercą”. W akcie oskarżenia była mowa nie tylko o rzezonym napisie, lecz także o słuchaniu zagranicznych rozgłośni radiowych. Mowę wygłosił prokurator generalny Turyngii, dr Kuschnitzki; w całości opublikowała ją prasa („Thüringer Volk”, Sonneberg, 10 V 1946). Prokurator generalny zajął się najpierw następującym pytaniem: czy działanie sprawcy było sprzeczne z prawem? „Gdy oskarżony twierdzi, że wniósł pozew kierując się swoimi narodowosocjalistycznymi przekonaniem, to fakt ten pozostaje bez znaczenia dla prawa. Nie istnieje bowiem obowiązek denuncjacji ani też denuncjacji z powodu poglądów politycznych. Obowiązku takiego nie było także za czasów Hitlera. Rozstrzygające jest tutaj to, czy działanie oskarżonego miało na celu ochronę prawa (*Rechtspflege*). A to z kolei zakłada, że wymiar sprawiedliwości zachowuje zdolność do orzekania prawa (*Recht zu sprechen*). Do obowiązków wymiaru sprawiedliwości należą: wydawanie orzeczeń zgodnych z ustawą, dążenie do sprawiedliwości i dbanie o bezpieczeństwo prawne. Hitlerowski wymiar sprawiedliwości politycznej nie spełnia żadnego z tych trzech warunków”.

„Kto w tamtych latach zadencjonował drugą osobę, ten mógł i zgola musiał liczyć się z tym, że oddaje oskarżonego w ręce sądu, który działa samowolnie. Sąd ten nie daje gwarancji prawnych, że ustali prawdę, a jego werdykty mogą być sprzeczne ze sprawiedliwością”. [105]

„Przychyłam się całkowicie do ekspertyzy wydanej w tej kwestii przez dziekana wydziału prawniczego Uniwersytetu Jenajskiego, pana prof. dr. *Langeo*. Realia panujące w Trzeciej Rzeszy były na tyle oczywiste, że wszyscy dokładnie wiedzieli: jeżeli w trzecim roku wojny kogokolwiek pociągnięto do odpowiedzialności karnej za napis „Hitler rozpętał wojnę i jest masowym mordercą”, to nie mógł on ująć z życiem. Człowiek taki jak Puttfarken nie tylko musiał zdawać sobie sprawę z tego, *jak* wymiar sprawiedliwości musiałby naciągnąć to prawo, lecz być zgola absolutnie pewny tego, że ów wymiar się o to postara”.

„Także na podstawie § 139 StGB nie istniał obowiązek zaskarżenia. W akcie tym postanawia się wyłącznie to, że karą zagrożona jest osoba posiadająca wiarygodne informacje o planowanej zdradzie tajemnicy państwowej (*Hochverrat*), która nie powiadomiła o tym na czas właściwych organów. Wprawdzie wiadomo, że sąd najwyższy w Kassel skazał Göttiga na karę śmierci za *knowania mające doprowadzić do zdrady stanu*, jednak o żadnych tego typu przygotowaw-

niach w sensie ściśle prawnym nic nie wiadomo. Nader odważne stwierdzenie Göttiga, że „Hitler rozpętał wojnę i jest masowym mordercą” było ze wszelki miar prawdziwe. Kto takie twierdzenie głosi i rozpowszechnia, ten nie zagraża ani Rzeszy, ani jej bezpieczeństwu. Mężczyzna ten usiłował jedynie dopomóc w usunięciu człowieka, który hańbi Rzeszę i ratowaniu jej w ten sposób, co jest oczywistym przeciwieństwem zdrady. Należy wystrzegać się przy tym wszelkich prób zamazania oczywistości tego czynu przez uciekanie się do formalizmu prawniczego. Ponadto, należy wątpić w to, czy w ogóle kiedykolwiek tzw. wódz i kanclerz Rzeszy pełnił legalnie obowiązki przywódcy państwa, a więc: czy chronił go również klauzule o zdradzie stanu. Wygląda na to, że oskarżyciel nie mógł w żaden sposób zdawać sobie sprawy z prawnej powagi własnego czynu i poglądów. Nigdy też nie twierdził, że oskarża Göttiga dlatego, że przejrzał jego zdradzieckie plany i czuł się zobowiązany wnieść skargę wobec niego”.

Prokurator generalny zajął się następnie kwestią: czy oskarżonemu można poczynać jego działanie za zawinione?

„Puttfarken istotnie przyznaje, że jego zamiarem było zaprowadzić Göttiga na szafot. Potwierdziło to wielu świadków. *W myśl § 211 StGB jest to zamiar morderczy*. To, że wyrok śmierci został wydany na Göttiga przez sąd Trzeciej Rzeszy, nie przeczy sprawstwu Puttfarkena. *Jest on sprawcą pośrednim*. Należy wprawdzie dodać, że utrwalony przez orzecznictwo sądowe Rzeszy termin „sprawstwo pośrednie” odnosił się z reguły do działań innego typu, przeważnie takich, w których sprawca pośredni posługuje się kimś jako bezwolnym narzędziem działania lub osobą niepoczytalną, resp. niezdolną odpowiadać za swoje czyny. Nikomu nie przyszło wówczas do głowy, że sąd niemiecki może stać się zwykłym narzędziem w rękach mordercy. Dziś jednak stoimy w obliczu właśnie takich faktów. Przypadek Puttfarkena z pewnością *nie będzie odosobniony*. Nie stoi w sprzeczności z definicją sprawstwa pośredniego to, że sąd, ogłosivszy niesprawiedliwy wyrok, postąpił z *formalnego* punktu widzenia całkowicie legalnie. Ponadto, wszelkie wątpliwości usuwa tutaj Ustawa nadzwyczajna landu Turyngia z dn. 8 lutego 1946; art. II, § 47, ustęp 1 StGB zawiera zapis wyjaśniający, że „jako sprawca karze podlega ten, kto sam lub za pośrednictwem drugiej osoby dopuścił się czynu karalnego, także wtedy, gdy druga osoba działała zgodnie z prawem». Nie powstaje przez to nowe, działające wstecz prawo materialne; chodzi wyłącznie o autentyczną interpretację prawa karnego, które obowiązuje od roku 1871”¹.

¹ W wydaniu StGB zgodnym z prawodawstwem Turyngii (Weimar 1946) profesor Richard Lange (§ 2) powiada, że „pojęcie sprawstwa pośredniego nastroczało wiele wątpliwości w przypadkach, gdy sprawca nadużył wymiaru sprawiedliwości w celach przestępczych (klamstwo w procesie

„Ja sam jestem przekonany, że po skrupulatnym rozważeniu wszystkich za i przeciw *nie ma żadnych wątpliwości, iż chodzi tu o pośrednie przyczynienie się do morderstwa*. Założmy jednak, bo musimy się z tym liczyć, że sąd doszedł do innego wniosku: i co wtedy? Jeśli odrzuci się konstrukcję sprawstwa pośredniego, to nie ma konieczności *traktowania sędziów, którzy wbrew prawu i ustawie skazali Göttiga na śmierć, jako morderców*. Wówczas do morderstwa *przyczyniłby się inkryminowany oskarżony*, którego należałoby z tego tytułu ukarać. Gdyby powstały tu poważne wątpliwości – które mam rzecz jasna na uwadze – to pozostaje jeszcze Ustawa nr 10 Alianckiej Rady Nadzorującej z 30 stycznia 1946. Według artykułu 2c oskarżony dopuścił się zbrodni przeciwko ludzkości. W ramach tejże ustawy nie chodzi już o to, czy nadużyte zostało prawo państwa narodowego. Bezwzględnej karze podlegają bowiem wszelkie działania antyhumanitarne z pobudek politycznych, rasistowskich bądź religijnych. Zgodnie z art. 2,3 przestępcy wymierzyć należy taką karę, jaką sąd uważa za słuszną, nie wyłączając kary śmierci”².

„Ponadto, jako prawnik zwykłem ograniczać moje oceny do aspektów ściśle prawniczych. Zawsze jednak dobrze jest spojrzeć na sprawę z góry i rozważyć ją w kategoriach zdrowego ludzkiego rozsądku. Metody prawnicze są tylko środkiem, z którego odpowiedzialny prawnik czyni użytek zawsze, gdy chce uzyskać osąd mający uzasadnienie prawne”.

Sąd przysięgły skazał [Puttfarkena] nie za sprawstwo pośrednie, lecz za współudział w morderstwie. Wobec tego winni morderstwa są także sędziowie, którzy skazali Göttiga bezprawnie i wbrew duchowi ustawy³.

2. W prasie („Tägl. Rundschau” 14 III 1946) ukazała się *de facto* relacja o tym, że w Saksonii prokurator generalny dr J.U. Schroeder zamierza obciążyć sędziów „odpowiedzialnością karną za antyhumanitarne wyroki sądowe”. Odnosi się to także do wyroków, które zapadły na podstawie ustawodawstwa narodowego socjalizmu: „Ustawodawstwo państwa rządzonego przez partię na-

sądowym, denuncjacja na podłożu politycznym). Art. II Ustawy dodatkowej z 8 lutego 1946 określił zatem jasno, że sprawstwo pośrednie podlega karze także wówczas, kiedy osoba wykorzystana w charakterze narzędzia spełniała swoje obowiązki służbowe lub sama postępowała zgodnie z prawem”.

² Nie bierzemy tu pod uwagę karalności w sensie KontrGes 10, ponieważ niemieckie sądy nie mają takiej kompetencji (art. III 1 d).

³ W izbie sądowej w Monachium odbyło się inne dochodzenie z powodu denuncjacji rodzeństwa Scholl. Denazyfikacja piętnuje niskie morale lub poglądy polityczne bez wnikania w ich zgodność z prawem bądź legalność powodowanych nimi czynów. Jest ona dzięki temu odgraniczona od egzekucji prawa karnego, choć się z nim krzyżuje. Por. art. 22 Ustawy o zwolnieniach*.

rodowosocjalistyczną, na którym opierały się wyroki śmierci podobne do tego, który tutaj rozpatrujemy, *nie posiada żadnej mocy prawnej*".

„Opiera się ono na tak zwanej «Ustawie o pełnomocnictwach do wydania dekretów»*, które w świetle konstytucji ustanowiono bezprawnie, nie posiadało ono bowiem legitymacji, czyli koniecznej w takim wypadku większości bezwzględnej (2/3 głosów). Hitler przemocą zmusił komunistycznych posłów Reichstagu do odstąpienia od udziału w posiedzeniach, polecając ich aresztować wbrew immunitetowi poselskiemu. Pozostałych posłów, także centrowych, do przegłosowania ustawy o pełnomocnictwach SA skłoniło groźbami"⁴.

„Żadnemu sędziemu nie wolno się powoływać na ustawę lub opierać uzasadnienia orzeczeń na ustawie, która jest nie tylko sprzeczna z zasadami sprawiedliwości, lecz także *zbrodnicza*. Powołujemy się na *prawa człowieka* stojące ponad wszelkim prawem pisanim, na prawo wieczne i niezbywalne, które odmawia mocy zbrodniczemu rozkazom, wydawanym przez nienawistnych człowiekowi tyranów”.

„Biorąc te argumenty za punkt wyjścia uważam, że należy oskarżyć sędziów, którzy ogłaszali wyroki sprzeczne z elementarnym człowieczeństwem i z powodu błahostki skazywali na karę śmierci”⁵.

3. Z Halle docierają z kolei wieści, że przyboczni tamtejszych egzekutorów, Kleine i Rose, skazani zostali na śmierć za gorliwe udzielanie się w licznych, niezgodnych z prawem egzekucjach. W okresie od kwietnia 1944 do marca 1945 Kleine uczestniczył w wykonaniu 931 wyroków, za co otrzymał wynagrodzenie w wysokości 26 433 marek. Jak się wydaje, werdykt ten znalazł oparcie w Ustawie nr 10 Alianckiej Rady Nadzorującej (Zbrodnie przeciwko ludzkości). „Obaj oskarżeni uprawiali swój odrażający proceder z wolnej stopy, każdy bowiem [106] egzekutor może w dowolnym momencie wycofać się z działalności z przyczyn zdrowotnych lub innych” („Liberaldemokratische Zeitung”, Halle, 12 VI 1946).

4. W innym landzie Republiki Federalnej, tj. w Saksonii, znany jest dalej przypadek następujący (artykuł prokuratora generalnego dr. J.U. Schroedera z 9 V 1946): w roku 1943 z frontu wschodniego dezercerował pewien saksoński żołnierz, odkomenderowany tam do nadzoru jeńców wojennych. Dezercer był

⁴ Należałoby rozważyć, w jakiej mierze te rewolucyjne porządki uzyskały status prawny: czy stało się to dzięki „normatywnej mocy faktyczności”? Biorąc pod uwagę wskazania drogiego kolegi Jellinka, niewłaściwe jest twierdzenie, że o pełnomocnictwie zadecydowała większość 2/3, uzyskana wyłącznie dzięki wykluczeniu z głosowania komunistów.

⁵ Za odpowiedzialnością karną za bezprawne wyroki także [Friedrich] Buchwald w godnej uwagi rozprawie *Gerechtes Recht*, Weimar 1946, s. 5nn.

„prerażony nieludzkim traktowaniem jeńców, a być może zmęczony już służbą w hitlerowskich szeregach”. Podczas ucieczki nie mógł sobie odmówić odwiedzin u własnej żony, w której mieszkaniu nakryto go i pojmano: odprowadził go wachmistrz. Delikwentowi udało się niepostrzeżenie dobyć załadowanej broni służbowej, z której oddał nagle strzał do wachmistrza i uciekł. W roku 1945 powrócił ze Szwajcarii do Saksonii, gdzie został aresztowany. Prokuratura landu wniosła przeciwko niemu oskarżenie o skrytobójcze zamordowanie urzędnika państwowego. Prokurator generalny zarządził zwolnienie i wdrożenie postępowania wyjaśniającego, kierując się paragrafem 54*. To, że chodziło o akt niezawinionej obrony koniecznej, uzasadnił on następująco: „To, czego strzegł w tamtym czasie strażnicy prawa, dziś już przestało obowiązywać. W świetle dzisiejszego prawa dezercja z armii Hitlera lub Keitla nie stanowi żadnego wykroczenia, które plamiłoby honor i domagało się kary. Nie należy mu tego poczytywać za winę”.

Wszędzie, gdzie tylko pojawia się ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo, wydaje się więc walkę pozytywizmowi.

III

W rzeczywistości pozytywizm żywiący przekonanie, że „prawo znaczy prawo” uczynił niemiecki cech prawniczy bezbronnym wobec praw stanowionych samowolnie lub w celach przestępczych. Jednocześnie pozytywizm nie jest w stanie uprawomocnić obowiązywania aktów prawnych o własnych siłach. Wierzy on, że o prawomocności prawa świadczy już to, że jest w nim dość siły gwarantującej skuteczność. Na sile jednak można w najlepszym razie oprzeć przymus, nigdy zaś – powinność i legitymację. Ta ostatnia znajduje oparcie raczej w immanentnej wartości prawa. Zapewne: każda ustawa, niezależnie od treści, ma *jakąś* wartość. Jest lepsza niż całkowity brak prawa, ponieważ przyczynia się przynajmniej do bezpieczeństwa prawnego. Wszelako, bezpieczeństwo prawne nie jest wartością jedyną, ani najważniejszą, jaką winno urzeczywistniać prawo. Oprócz niego występują jeszcze dwie inne wartości: celowość i sprawiedliwość. W hierarchii tych wartości na ostatnim miejscu umieściliśmy celowość prawa ze względu na dobro wspólne. Prawo nie jest w żadnym wypadku tym, co „korzystne dla ludu”. Przeciwnie, dla ludu korzystne może być ostatecznie tylko to, co jest prawem, co gwarantuje bezpieczeństwo prawne i pozwala dążyć do sprawiedliwości. Bezpieczeństwo prawne jako wartość swoista dla każdego prawa pozytywnego już choćby dlatego, że jest ono prawem stanowionym, zaj-

muje osobliwe miejsce, leżące pośrodku między celowością i sprawiedliwością. Wymaga go z jednej strony dobro wspólne, a z drugiej – także sprawiedliwość. Wymogiem sprawiedliwości jest także to, aby prawo było stabilne (*sicher*), tzn. abyśmy mieli pewność, że jutro, w innym miejscu, będzie się je interpretować i stosować nie inaczej, niż czyni się to dzisiaj i w tym miejscu. Tam, gdzie powstaje konflikt między bezpieczeństwem prawnym a sprawiedliwością, między ustawą, którą utworzono mimo niesłusznej treści, a prawem słusznym, lecz formalnie pozbawionym charakteru prawa, zachodzi w rzeczywistości wewnętrzny konflikt między sprawiedliwością pozorną i prawdziwą. Konflikt ten w niezrównany sposób oddaje Ewangelia. Zaleca ona z jednej strony: „Bądź posłuszny władzy, która panuje nad tobą”, a z drugiej: „Bądź posłuszny bardziej Bogu niż ludziom”. Konflikt między sprawiedliwością a bezpieczeństwem prawnym dałby się rozstrzygnąć w ten sposób, że prawo stanowione, gwarantowane przez ustawy i władzę, zachowałoby prymat nawet mimo niecelowości i niesprawiedliwej treści – z wyjątkiem sytuacji, kiedy ustawa w stopniu tak nieznośnym przeczy sprawiedliwości, że ta ostatnia musi ostatecznie przeważać nad „prawem niesprawiedliwym”. Nie da się ostrzej odgraniczyć przypadków ustawowego bezprawia od praw, które obowiązują mimo niesprawiedliwej treści; da się jednak przeprowadzić ścisłą granicę tam, gdzie nikt nie dąży do sprawiedliwości i gdzie ustawodawstwo świadomie ignoruje równość, która jest jądrem sprawiedliwości; wówczas bowiem ustawa nie jest li tylko „prawem niesprawiedliwym”, lecz traci w ogóle rangę i charakter prawa. Prawa, w tym również prawa stanowionego, nie da się zdefiniować inaczej, niż jako porządek ustanowiony, którego istota polega na tym, żeby służyć sprawiedliwości. Jeśli tę samą miarę przyłożymy do regulacji panujących w czasach narodowego socjalizmu, to okaże się, że większość z nich nigdy nie zasługiwała na miano prawa. Najbardziej rzucającym się w oczy rysem osobowości Hitlera, który w całej rozciągłości przejęło także „prawo” narodowego socjalizmu, był całkowity brak zmysłu prawdy i poczucia prawnego. Dotknięty ową niezdolnością, potrafił on tylko bezwstydnie i bez najmniejszych skrępowań przypisywać prawdę swoim demagogicznym oracjom po to, by wywierały jeszcze silniejszy skutek. Nie miał żadnych oporów przed podnoszeniem do godności prawa najbardziej jaskrawych i niedorzecznych przejawów samowoli. Na początku swego urzędu słał zabójcom z Potępy* telegramy z wyrazami otuchy i wsparcia, a na końcu okrutnie sponiewierał ofiary 20 lipca 1944. Już sama sprawa Potępy nastreczyła Alfredowi Rosenbergowi okazji do postawienia teorii („Völkischer Beobachter”), że człowiek jest nierówny człowiekowi, że morderstwo nierówne morderstwu. Prawo francuskie osądziło zabójcę pacyfisty Jaurèsa inaczej niż niedoszłych zamachowców nacjonalisty Clemenceau. Niemożliwe, by

sprawcę działającego z pobudek patriotycznych poddać tej samej karze, co innego sprawcę, którego czyny wymierzone były (jak głosiła ideologia narodowego socjalizmu) w ojczysty lud. Zostało to jasno powiedziane już na samym początku: „prawo” narodowego socjalizmu wyłamywało się spod wymogu sprawiedliwości, nakazującego mierzyć równych równą miarą. W rezultacie utraciło ono wszelką naturę prawną; nie było już nawet prawem niesprawiedliwym, lecz przestało być w ogóle prawem. Dotyczy to szczególnie nomenklatury, za pośrednictwem której narodowi socjaliści, przecząc partykularnemu charakterowi wszelkich partii politycznych, pretendowali do utożsamienia siebie samych z całym państwem. Charakteru prawa pozbawione są także wszystkie bez wyjątku ustawy, zwrócone do kategorii rzekomych „podludzi” i odmawiające tym ostatnim praw człowieka. Charakteru prawa nie mają też jakiegokolwiek groźby i wyroki z karą śmierci na czele, jako że były one najczęściej podyktowane doraźną, samowolną żądzą odwetu bez oglądania się na nierówną wagę dokonanych przestępstw. Są to wszystko ewidentne przykłady ustawowego bezprawia.

Zwłaszcza w obliczu doświadczeń tamtych dwunastu lat nie wolno nam zapomnieć, jak strasliwym zagrożeniem dla bezpieczeństwa prawnego jest „bezprawie ustawowe”, odbierające ustawom wszelką naturę prawną. Należy ufać, że bezprawie takie bezpowrotnie minęło i już nigdy się nie powtórzy, że było błędem lub raczej: obłędem, w jakim pogryźł się onegdaj naród niemiecki. Aby zabezpieczyć się przed nawrotem stanu bezprawia, trzeba nam jednak gruntownie przewyciężyć pozytywizm, ponieważ to on właśnie pozbawia prawo wszelkiej odporności na ustawodawcze nadużycia narodowego socjalizmu⁶.

IV

Chodzi bowiem o przyszłość. Biorąc pod uwagę całe panoszące się w ciągu owoych dwunastu lat bezprawie w majestacie ustawy, musimy dolożyć wszelkich starań, by sprawiedliwość dała się realizować z możliwie niewielkim uszczerbkiem dla bezpieczeństwa prawnego. Nie można dopuścić do tego, żeby każdy sędzia ustalał prawo na własną rękę; zadanie to powinno być zastrzeżone dla sądu najwyższego i ustawodawcy (to samo Kleine, SJZ [1946], s. 36). Odpowiednią regulację wprowadzono już w amerykańskiej strefie okupacyjnej, w porozumieniu z władzami landów: chodzi o „Ustawę o naprawie nieprawości

⁶ Za prawem ponadustawowym optuje także Buchwald, op.cit., s. 8nn. Zob. więcej: Roemer w SJZ [1946], s. 9nn*.

popelnionych w okresie narodowego socjalizmu w dziedzinie orzecznictwa karnego i egzekucji⁷”. Dzięki temu, że „czyny dające wyraz politycznemu oporowi wobec narodowego socjalizmu i militarystyki nie podlegają karze”, rozwiązano m.in. problem dezercji (zob. wyżej, pkt 4). Natomiast regulację zwaną „Ustawą o rehabilitacji sprawców czynów podlegających karze w okresie narodowego socjalizmu”⁸ można zastosować do wskazanych w tym miejscu przypadków tylko wówczas, jeśli ich czyny podlegały karze już w momencie popełnienia. Musimy więc [107] niezależnie od tej ustawy zbadać, czy w każdym z trzech przypadków mamy do czynienia z czynem podlegającym karze według prawa RStGB.

W omówionym tu przypadku denuncjatora sprawstwo pośrednie w akcie zabójstwa nie ulega wątpliwości, o ile denuncjator świadomie powziął taki zamiar, wykorzystując jako narzędzie prawo karne i automatyzm procedur stosowanych w postępowaniu karnym. Zamiar taki widoczny jest wyraźnie w tych przypadkach, „w których sprawca żywi interes pozbycia się podejrzanego w celu poślubienia jego żony, zajęcia jego mieszkania lub pozycji, z powodu zemsty itp.” (wg wspomnianej ekspertyzy prof. Richarda Langego z Jeny)⁷. Skoro sprawcą pośrednim jest ten, kto w zamiarze przestępczym nadużył prawa i wydał polecenie podwładnemu, to jest nim także ten, kto w zamiarze przestępczym zadenuncjował i posłużył się procedurą prawną. Instrumentalne posłużenie się instancją sądową widać szczególnie dobrze w przypadkach, gdy sprawca pośredni mógł przypuszczać lub doskonale wiedział, że wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych będzie działał stronnictwo, ulegając fanatyzmowi politycznemu lub przymusowi wywieranemu przez ówczesne władze. Jeśli denuncjator nie nosił się z takim zamiarem, lecz chciał jedynie dostarczyć sądowi materiałów dowodowych, pozostawiając mu także werdykt, to podlega on karze jako osoba, która przyczyniła się do skazania sprawcy i pośrednio także do jego egzekucji tylko wówczas, gdy winę za wydanie i wykonanie wyroku skazującego – czyli *de facto* za dokonanie zabójstwa – ponosi sąd. Tak rzeczywiście właśnie postąpił sąd w Nordhausen.

Warunkiem pociągnięcia sędziego do odpowiedzialności karnej za zabójstwo jest ustalenie, że sędzia faktycznie nagiął prawo (§ 336, 344 StGB). Werdykt wydany przez niezawisłego sędziego można bowiem zaskarżyć tylko wtedy, gdy sędzia złamał tę samą zasadę, której służyć miała jego niezawisłość,

⁷ To, że w koncepcji współudziału zamiar dokonania czynu, czyli to, co stanowi o przestępstwie – na wzór „subiektywnego komponentu bezprawia” – pochodzi od sprawcy pośredniego, ale nieobecny jest u osoby, którą posłużył się on do dokonania czynu, należy uznać za przejaw najdalej posuniętego subiektywizmu.

tzn. ustawę prawną i podleganie jej mocy jako mocy prawa. Jeśli za sprawą proponowanych przez nas zasad można ustalić, że zastosowane w tamtym przypadku prawo nie było w ogóle prawem, i jeśli zastosowana sankcja karna – tj. arbitralnie zasądzona kara śmierci – przeczyła jakiegokolwiek sprawiedliwości, to obiektywnie rzecz biorąc nagięte zostało prawo. Czy jednak sędziowie, oglupieni przez pleniący się wszem i wobec pozytywizm i niepomni już innego prawa z wyjątkiem tego, które wówczas powstało, mogli wymierzając sprawiedliwość nosić się z zamiarem nagięcia prawa? Otóż nawet jeśli mogli, to mieli także możliwość skorzystania z klauzuli przykrojonej i niegodnej sędziowskiego stanu: wystarczyło, by powołali się na stan wyjątkowy (§ 54 StGB) i to, że w czasach narodowego socjalizmu, czyli bezprawia ustawowego, wykonywali swój urząd pod groźbą śmierci. Jest to rozwiązanie fatalne i bolesne, od sędziowskiego bowiem etosu zwykło się oczekiwać, że nie ugnie się przed niczym, nawet przed zagrożeniem życia.

Najprostszym do rozstrzygnięcia wydaje się problem odpowiedzialności karnej dwóch asystentów, udzielających się gorliwie przy wykonywaniu egzekucji. Nie dajmy się zwieść ponuremu wrażeniu, jakie wzbudza człowiek parający się zawodowo zabijaniem innych ludzi, czy to z racji koniunktury na taki fach, czy to z racji jego opłacalności. Jeszcze w czasach, gdy rzemiosło to było dziedziczne, wykonujący je ludzie tłumaczyli, że ich praca ogranicza się do samej tylko egzekucji, natomiast osądzenie i werdykt to sprawy należące do sędziego. „Sędzia się nie lituje, a kat wyrok wykonuje”: echo tego porzekadła z 1698 roku słychać jeszcze w szczęku katowskich mieczy. Zasądzenie wyroku śmierci jest czynem karalnym tylko wtedy, gdy sędzia nagiął prawo; podobnie egzekutora można ukarać za wykonanie wyroku tylko wtedy, gdy chodzi o czyn określony w paragrafie 345: świadome wykonanie kary, której wykonać nie należało. O takim czynnie Karl Binding (*Lehrbuch*, Postanowienia szczegółowe, t. 2, 1905, s. 569) powiada: stosunek między egzekutorem i wyrokiem jest analogiczny do stosunku między sędzią i prawem. Egzekutor obowiązany jest wyłącznie do tego, by skrupulatnie wykonać wyrok. Wyrok całkowicie określa jego czynność: a „czynność ta jest słuszna w tej mierze, w jakiej stosuje się do wyroku; niesłuszna jest zaś w tej mierze, w jakiej od wyroku odbiega. Ponieważ istota winy zawarta jest tutaj w sprzeciwieniu się autorytetowi uprawnionemu do wykonania egzekucji, przestępstwo takie (zgodnie z § 345) nazwać można nagięciem wyroku”. Sprawdzenie prawnej zasadności wyroku nie należy już do obowiązków personelu egzekwującego. Wyrok niezgodny z prawem nie może mu zatem w niczym zaszkodzić, a jeśli odmówi on wykonania czynności służbowej, to nie można mu tego pociążyć za sprzeczne z prawem zaniechanie.

V

Nie dzielimy przekonania wygłoszonego w Nordhausen, że „formalizm prawniczy” służy „zaciemnianiu jasnego skądinąd stanu rzeczy”. Jesteśmy raczej zdania, że po dwunastu latach rujnowania bezpieczeństwa prawnego bardziej niż kiedykolwiek uzbroić się trzeba w „formalizm prawniczy”, by móc przeciwstawić się skłonnościom, które bez trudu pojawiają się u każdego, kto przeżył dwanaście ostatnich lat w stanie terroru i zagrożenia. Musimy szukać sprawiedliwości i jednocześnie szanować bezpieczeństwo prawne, które samo jest integralnym elementem sprawiedliwości, aby odbudować państwo prawa, zdolne uczynić zadość obu tym ideom. Demokracja jest z pewnością czymś w rodzaju szlachetnego wina, ale państwo prawa musi być chlebem powszednim, dostępnym dla każdego jak woda i powietrze. W demokracji zaś najlepsze jest właśnie to, że tylko ona potrafi zagwarantować państwo prawa. [108]

Przypisy i noty od wydawcy niemieckiego

Do Filozofii prawa 1932

Uzupełnienia i noty edytorskie

W uzupełnieniach do manuskryptu sporządzonego przez Radbrucha znajdowały się następujące uwagi odręczne (por. faksymile w: RGA 2, 206–209):

- na stronie pierwszej: uwagi do tłumaczeń dzieła na język hiszpański, portugalski i polski, a także odsyłacze do następujących omówień (objaśnione w nawiasach kwadratowych):
- 1. [Heinrich] Drost „Justiz” VIII i [„Die Justiz” 8 (1932/1933) s. 1–11].
- 2. W. [Wilhelm] Sauer, „Arch. f. RuWPh” („puszy się, jakby był” Arno Holz) [ARWP 26 (1932/1933, s. 75–79)].
- 3. [Georges] Gurvitch, „Archives de Philosophie du Droit”, a także w jego książce *L'expérience juridique*, 1935, s. 220–231.
- 4. [Kameji] „Kimura Hogaku-Sirin” [czasopismo Uniwersytetu Hosei w Tokio], sierpień 1932 [t. 34 (8/1932), s. 966–991].
- 5. Fhr. von Gemmingen, „Aschaffbgs Monatsschrift”, R. 24, zes. 1 [1933, s. 60].
- 6. Omówienie Sauerländera dla JW nowa redakcja (N.S.) odrzucila 27 lipca 1933 jako nie nadające się do publikacji!!
- 7. [Karl] Petraschek, *Kritische Vierteljahresschrift* [dla „Gesetzgebung und Rechtswissenschaft”] 3. F. [seria 3], t. 27 [1935, s. 135–150].
- 8. [Giacomo] Perticone, „Archivio di Storia della Filosofia”, R. I, 1932, zes. 1/2, s. 35.
- 9. [Riuzi] Maitani w *Diritto Commerciale di Giappone* [Japońskie prawo handlowe] (druk prywatny 1932), s. 8, twierdzi, że znany tokijski specjalista od prawa handlowego także był pod wpływem filozofii prawa Radbrucha.
- 10. „Boletin Bibliografico de Jurisprudencia”, Montevideo 1934, nr 82–84, s. 71–80 (A.L. Delle Pianey: „Obra racionalistica, apriorista, con los meritos y defectos de su escuela”) [„racjonalistyczne, aprioryczne dzieło, wraz z mocnymi i słabymi stronami swojej szkoły”].
- 11. „Jurist. Blätter”, Wien, 22 II 1935 [R. 65, 1936, s. 87] (Otto Zimmler).