

18. *Lex iniustissima non est lex*

[1. FORMUŁY ALTERNATYWNE I POKREWNE] Formuła Radbrucha; Prawo ekstremalnie niesprawiedliwe nie jest prawem; Teza o niegodziwości prawa; *Lex iniusta non est lex*; Teza o bezprawności ustawowej/prawodawczej.

[2. ISTOTA] *Lex iniustissima non est lex* (prawo ekstremalnie niesprawiedliwe nie jest prawem; niem. *extremes Unrecht ist kein Recht*; ang. *extreme injustice is no (valid) law*) to popularny zamiennik tezy o niegodziwości prawa (niem. *Unerträglichkeitsthese*), stanowiącej pierwszy składnik formuły Radbrucha (szerzej zob. np. Saliger 1995; Zajadło 2000a, 2001; Spaak 2009: 272n; Woleński 2015). Teza ta, w klasycznym sformułowaniu pochodzącym z opublikowanego przez Gustava Radbrucha w styczniu 1946 r. artykułu pod znamienym tytułem *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, głosi, że pozytywne prawo stanowione ma przewagę (tzn. obowiązuje) „nawet wtedy, gdy jest treściowo niesprawiedliwe lub niecelowe, chyba że sprzeczność ustaw ze sprawiedliwością osiąga tak niedającą się znieść miarę (*so unerträgliches Maß*), iż ustawa jako «niesprawiedliwe prawo» (*unrichtiges Recht*) musi ustąpić miejsca sprawiedliwości” (Radbruch 1999b: 216; por. Radbruch 2009b: 250). Warto przypomnieć również jej oryginalne brzmienie, podane w *Pięciu minutach filozofii prawa* (z września 1945 r.): „To wszakże musi wryć się głęboko w świadomość narodu i prawników: *mogą* istnieć ustawy w takim stopniu niesprawiedliwe i szkodliwe dla zbiorowości, że obowiązywanie, a nawet charakter prawa musi im zostać odmówiony” (Radbruch 1999a: 210; por. Radbruch 2009a: 243).

Dla zrozumienia istoty Radbruchowskiej tezy o niegodziwości prawa, a tym samym równoważnej jej maksymy *lex iniustissima non est lex*, konieczne jest przedstawienie drugiego składnika tej formuły, czyli tezy o bezprawności ustawowej (niem. *Verleugnungsthese*). W oryginalnym brzmieniu, podanym w *Pięciu minutach*, stanowi ona: „[j]eśli ustawy świadomie zaprzeczają dążeniu do sprawiedliwości, np. samowolnie przyznając i odbierając ludziom prawa człowieka, to wtedy brak tym ustawom obowiązywania, to wtedy naród nie jest im winny posłuszeństwa, to wtedy także prawnicy muszą zdobyć się na odwagę odmówienia im charakteru

prawa” (Radbruch 1999a: 210; por. Radbruch 2009a: 242). Natomiast w późniejszym *Ustawowym bezprawiu* czytamy: „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” (tłum. za Radbruch 2009b: 250; por. Radbruch 1999b: 216).

Uwzględnienie tezy o bezprawności ustawowej pozwala jednoznacznie ująć istotę komentowanego toposu, sprowadzającą się do rozróżnienia przez Radbrucha trzech stopni (poziomów) niesprawiedliwości prawa stanowionego (zob. np. Jabłoński 2020: 126): 1) prawa niesprawiedliwego (lub niecelowego), które jednak obowiązuje (z uwagi na pewność prawa – zob. pkt 2), nie będąc jeszcze „ustawowym bezprawiem”; 2) prawa niesprawiedliwego (niegodziwego) przekraczającego próg ekstremalnej niesprawiedliwości i przez to nieobowiązującego; 3) ustaw świadomie lekceważących równość, będącą „jądrem sprawiedliwości” (niem. *der Kern der Gerechtigkeit*), które w ogóle nie są prawem. Maksyma *lex iniustissima non est lex* odpowiada drugiemu poziomowi niesprawiedliwości prawa stanowionego, określanemu przez Knuta Seidela mianem „ustawowego bezprawia pierwszej kategorii”, natomiast *Verleugnungsthese* dotyczy trzeciego poziomu – bezprawia polegającego na „świadomym zaprzeczeniu” równości, konstytuującego już „ustawowe bezprawie drugiej kategorii” (zob. Seidel 1999: 167n).

Jak niedawno stwierdził Marek Safjan, „po doświadczeniach drugiej wojny światowej i zbrodniach XX-wiecznych totalitaryzmów do założeń państwa prawa dołącza jako konieczny, nieodłączny komponent Radbruchowska teoria prawa niesłusznego zakładająca, że w państwie prawa nie może obowiązywać prawo, które narusza podstawowe, rudymentalne zasady moralne i słuszność, a więc prawo, które należy określić jako bezprawne. «Ustawowe bezprawie» oznacza więc ni mniej, ni więcej tylko stwierdzenie braku obowiązku podporządkowania się (a nawet nakaz niepodporządkowania się!) takiemu prawu, jeśli okazałoby się ono w sposób oczywisty «niesłuszne». Koncepcja Gustawa Radbrucha może być uznana za kluczowy element dookreślający we współczesnym konstytucjonalizmie zasadę demokratycznego państwa prawa” (Safjan 2017). Nie może więc dziwić, że pojawiają się propozycje uwspółcześnienia formuły Radbrucha poprzez dopasowanie jej do realiów państw demokratycznych, coraz częściej podlegających tzw. odwrotnej tranzycji – czyli przeobrażeniom z formy konstytucyjnego państwa prawa w państwo autorytarne (tzw. dekonstytucjonalizacja porządku prawnego). Jedną z takich propozycji jest prokonstytucyjna teza o bezprawności ustawowej

(w państwie konstytucyjnym), bazująca na Radbruchowskiej *Verleugnungsthese*, ale rezygnująca z jej neokantowskiego fundamentu filozoficznego. Opiera się ona na skądinąd oczywistej obserwacji, że jądrem konstytucyjnego państwa prawa jest konstytucja, głosząc: „Gdy nie dąży się do sprawiedliwości, gdy konstytucja, stanowiąca jądro państwa prawa, zostaje świadomie zanegowana podczas stanowienia prawa, to taka ustawa jest nie tyle «niesprawiedliwym prawem», lecz jest w ogóle pozbawiona natury prawa” (zob. Grabowski 2017: 142; Kosielińska-Grabowska, Grabowski 2018: 279). Jak łatwo dostrzec, w tezie tej równość – dla Radbrucha tożsama ze sprawiedliwością (*sensu stricto*) – zastąpiona została odwołaniem do konstytucji, zaś sprawiedliwość (*sensu largo*) pojęciem państwa prawa, co zdaje się współgrać z tezami Safjana.

[3. UZASADNIENIE] Topos *lex iniustissima non est lex* stanowi element filozoficzno-prawnej koncepcji ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa Radbrucha i jako taki ma charakter prawniczy, choć nie posiada bezpośredniego uzasadnienia w prawie pozytywnym. Warto wszakże odnotować, że próby takiego uzasadnienia można czasami odnaleźć w komentarzach do przepisów Konstytucji RP. Przykładowo Marek Piechowiak wskazuje, że „[i]nterpretacja art. 82 Konstytucji RP, uwzględniająca jego funkcje krytyczne, oparte na materialnych kryteriach sprawiedliwości prawa stanowionego, zbieżna jest z ujęciem obowiązków opartych na normach prawnych, uwzględniającym tzw. formułę Radbrucha, opracowaną w wyniku doświadczenia funkcjonowania prawa w III Rzeszy. [...] Zgodnie z formułą Radbrucha sprzeciw wobec norm rażąco niesprawiedliwych i niepodporządkowanie się im może niekiedy być obowiązkiem. Na gruncie Konstytucji RP na rzecz takiego obowiązku można argumentować w oparciu o obowiązek troski o dobro wspólne sformułowany w art. 82, a także w oparciu o systematykę – obowiązek przestrzegania prawa sformułowany jest w artykule następnym – art. 83” (Piechowiak 2016: 1873–1874).

Natomiast pokrewna toposowi *lex iniustissima non est lex* teza o bezprawności ustawowej może już uchodzić za argument prawny, pośrednio uzasadniony treścią Konstytucji RP. Uregulowania konstytucyjne co do zasady nie pozwalają na zupełne zignorowanie aktu prawodawczego, ale przewidują mechanizmy kontroli prawa skutkujące derogacją norm niezgodnych z normami wyższego rzędu, które – zwłaszcza Konstytucja i umowy międzynarodowe dotyczące praw człowieka – zawierają normy tożsame treściowo z normami moralnymi; można z nimi konfrontować kontrolowane prawo. Konstytucja RP przewiduje też możliwość pomijania niektórych wadliwych aktów w procesie stosowania prawa oraz odpowiedzialność państwa za szkody wyrządzone „przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej”

(a więc i działania prawodawcze), skonkretyzowaną na poziomie ustawowym. O mechanizmach tych będzie mowa w dalszej części komentarza.

Gustav Radbruch był – obok Hansa Kelsena – najwybitniejszym niemieckojęzycznym teoretykiem prawa XX w. (Alexy 2018: 237; szerzej zob. np. Zajadło 2007; Neumann 2020). Jego filozofia prawa, wraz z opracowanym przez filozofa z Heidelbergu apriorycznym pojęciem prawa jako tworu kulturowego, stanowi przedmiot niezliczonych analiz, komentarzy i polemik (zob. np. Ott 1988; Dreier, Paulson 2009; Spaak 2009; Alexy 2018). Również w Polsce jego poglądy, ze szczególnym uwzględnieniem formuły Radbrucha, są dobrze znane, co jest głównie zasługą Jerzego Zajadły, autora licznych prac poświęconych Radbruchowi i popularyzatora jego idei (zob. np. Zajadło 2000a, 2000b, 2001, 2003a, 2007). Dlatego przedstawienie autorskiego uzasadnienia Radbruchowskich tez o niegodziwości prawa i bezprawności ustawowej ograniczymy do niezbędnego minimum (szerzej zob. np. Saliger 1995: 4n; Seidel 1999: 74n; Zajadło 2000a, 2002; Grabowski 2009: 13n, 75n; Bix 2011: 45n).

Pojęcie prawa według Radbrucha jest złożone. Jego zdaniem prawo to byt „odnoszący się do wartości” (niem. *wertbezogen*), będący rzeczywistością, która znajduje swój sens w służbie sprawiedliwości (*die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen*; zob. FPRad: 36n, 40). Trzema elementami Radbruchowskiej idei prawa – sprawiedliwości *sensu largo* – są: sprawiedliwość *sensu stricto*, czyli równość (niem. *Gleichheit*), oraz celowość (niem. *Zweckmäßigkeit*) i pewność prawa (niem. *Rechtssicherheit*), które łączą relacje o charakterze antynomicznym (szerzej zob. np. Zajadło 2002). Co ważne, choć niezaskakujące w przypadku będącego relatywistą Radbrucha, „[p]ierwszeństwo jednej lub drugiej z tych wartości przed innymi nie da się wyprowadzić z normy wszystkim trzem nadrzędnej – takiej normy nie ma, lecz pochodzi z odpowiedzialnej decyzji każdej epoki” (Radbruch 1937: 336). Postępując zgodnie z przytoczoną przedwojenną wypowiedzią, po wojnie filozof uznał, że na potrzeby rozliczenia się z niegodziwością prawa nazistowskiego należy przyjąć prymat sprawiedliwości nad pewnością prawa, lecz tylko powyżej progu „niedającej się znieść” sprzeczności ustaw ze sprawiedliwością (opowiadając się tym samym za tzw. słabą tezą o związku prawa i moralności – niem. *schwache Verbindungsthese*) lub w przypadku świadomego ignorowania równości przez ustawodawstwo. Tym samym, posługując się językiem współczesnej teorii zasad prawnych, ustalił rezultat ważenia trzech antynomicznych wartości – składników apriorycznej idei prawa – czemu dał wyraz w swych powojennych tezach. Z uwagi na to, że Radbruch uznawał, iż „sprawiedliwość można rozumieć, [...] mówiąc filozoficznie, jako wartość absolutną, równą innym wartościom, np. dobru, prawdzie, pięknu” (Radbruch 1937: 327) – czyli jako jedną z fundamentalnych wartości – „ostateczny i nieprze-

kraczalny punkt wyjścia” (FPRad: 37), jej dalsze uzasadnianie jest w ramach jego filozofii prawa niemożliwe. Natomiast sam Radbruch faktycznie uzasadniał swoje powojenne stanowisko (wyrażone w formule Radbrucha) za pomocą opisowo-ocennej tezy o bezbronności niemieckich prawników (niem. *Wehrlosigkeitsthese*), przywykłych do stosowania pozytywistycznej zasady *Gesetz ist Gesetz*, wobec samowolnych, niegodziwych i zbrodniczych ustaw nazistowskich (zob. Radbruch 2009a: 241; 2009b: 244, 249n). To obarczenie winą pozytywizmu prawniczego okazało się historycznie nietrafne (zob. np. Walther 1989; Zajadło 2000b: 690n; 2001: 115n, 283n; Dreier, Paulson 2009: CX–CXI), sprowokowało jednak wielu pozytywistów prawniczych do polemiki z poglądami Radbrucha (zob. pkt 7).

Jak już zaznaczono, pokrewna regule *lex iniustissima non est lex*, wyrażającej Radbruchowską tezę o niegodziwości prawa, teza o bezprawności ustawowej może zostać pośrednio uzasadniona (jako argument prawny) w oparciu o trzy konstytucyjne mechanizmy: kontroli zgodności hierarchicznej aktów prawnych, sanacji skutków obowiązywania wadliwego prawa oraz możliwości pominięcia w stosowaniu aktu niższej rangi w przypadku jego niezgodności z aktami normatywnymi o wyższej randze.

Pierwszy ze wspomnianych mechanizmów polega na kontroli hierarchicznej zgodności aktów prawnych, sprawowanej przez TK (art. art. 79, 188, 193 KRP), sądy administracyjne (art. 184 zd. 2 KRP) oraz Prezesa Rady Ministrów, wojewodów i regionalne izby obrachunkowe (art. 171 ust. 1 i 2 KRP). Efektem działania tych rozwiązań w przypadku stwierdzenia niezgodności aktu prawnego z aktem wyższego rzędu jest derogacja takiego wadliwego aktu prawnego. Mechanizmy te dopełnia możliwość przewidzianej Konstytucją RP sanacji skutków obowiązywania aktu prawotwórczego, uznanego następnie za niezgodny z normami wyższego rzędu.

Pierwszą możliwość naprawy skutków bezprawia legislacyjnego obejmuje unormowanie art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, dotyczące możliwości żądania naprawienia szkody. Jak zauważył TK, regulacja ta w momencie jej wejścia w życie nie była powtórzeniem zasad ukształtowanych w ramach prawa powszechnego, ale wprowadziła nowe, samodzielne treści, które muszą być uwzględniane na poziomie regulacji ustawowej (wyrok TK z 4.12.2001, SK 18/00). Przed wydaniem tego orzeczenia TK zwrócił się do Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego o opinię, którą uwzględnił przy określaniu „przesłanek konstytucyjnego prawa do naprawienia szkody wyrządzonej przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej”. Przesłanki te z jednej strony posłużyły do oceny konstytucyjności dotychczasowych uregulowań kc, a z drugiej – wytyczyły ramy regulacji kodeksowej, zawartej później w art. 417¹ § 1 kc. Są nimi: prawodawcze działanie organu władzy publicznej, niezgodność z prawem tego działania oraz wystąpienie szkody (w tym krzywdy).

W cytowanym wyroku TK stwierdził, że pojęcie niezgodności z prawem powinno być rozumiane „ściśle, zgodnie z konstytucyjnym ujęciem źródeł prawa (art. 87–94 Konstytucji)”, wyłączając w ten sposób odwoływanie się do norm moralnych. Nie stoi to jednak na przeszkodzie sięganiu do tego typu norm, o ile zostały inkorporowane do porządku prawnego lub możliwe jest uzasadnienie ich obowiązywania poprzez zastosowanie tzw. klauzul generalnych. Istotne *novum* odpowiedzialności za bezprawie legislacyjne, wprowadzone przez art. 77 ust. 1 Konstytucji RP i potwierdzone przez TK w cytowanym wyżej orzeczeniu, stanowi odrzucenie przyjmowanej uprzednio przez orzecznictwo przesłanki winy funkcjonariusza (zgodnie z uchwałą SN z 15.02.1971, sygn. III CZP 33/70, Wytoczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie odpowiedzialności Skarbu Państwa oraz państwowych osób prawnych za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych), także tej anonimowej czy organizacyjnej, jako elementu niezbędnego do powstania roszczenia o odszkodowanie z tytułu bezprawia prawodawczego. Na poziomie ustawowym skorelowano konstytucyjne mechanizmy kontroli konstytucyjności prawa i prawo do odszkodowania za bezprawie prawodawcze w ten sposób, że zgodnie z regulacją art. 417¹ § 1 kc żądanie naprawienia szkody jest uzależnione od uzyskania prejudykatu, tj. od stwierdzenia we właściwym postępowaniu niezgodności tego aktu z Konstytucją RP, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą – a więc w postępowaniach, które Konstytucja przewiduje w art. 79, art. 171 ust. 1 i 2, art. 183 zd. 2 oraz art. 193. Jak piszą Cezary Podsiadlik i Przemysław Skudynowski, adekwatnie identyfikując wartości stojące u źródeł tej regulacji, „[c]elem art. 417¹ § 1 kc było stworzenie podstaw ustawowych mechanizmu naprawy szkód wyrządzonych przez bezprawne akty władcze państwa. Trudno zatem zaaprobować tezę o istnieniu swoistego immunitetu w tej mierze, byłoby to bowiem czytelną zachętą do powielania bezprawia. Nic tak nie degraduje praworządności jak poczucie bezkarności, co dotyczy też samego prawodawcy. Brak odpowiedzialności organów władzy publicznej za bezprawie legislacyjne nie tylko wywołuje u adresatów prawa poczucie niesprawiedliwości, ale i godzi w zaufanie do państwa i jego instytucji” (Podsiadlik, Skudynowski 2010: 38; szerzej o bezprawiu legislacyjnym zob. np. Radwański 2004; Bosek 2007).

W doktrynie podnosi się, że możliwość żądania naprawienia szkody wynikłej z bezprawia prawodawczego obejmuje również przypadki niezgodności aktu prawnego z hierarchicznie wyższym prawem UE, ale nie ma zgodności, czy w tym przypadku jest konieczny prejudykat. Za brakiem takiego wymogu opowiedział się Zbigniew Radwański, wskazując na literalną wykładnię art. 417¹ § 1 kc (Radwański 2004: 17–18), przy czym – jak się wydaje – teza ta odnosi się wyłącznie do prawa pochodnego UE, gdyż prawem pierwotnym są umowy międzynarodowe,

co do których regulacja kodeksowa wymaga prejudykatu. Dodatkowe argumenty przemawiające za brakiem wymogu uzyskania prejudykatu w przypadku niezgodności prawa krajowego z prawem pochodnym UE to brak kompetencji sądów UE do badania zgodności prawa krajowego z prawem unijnym oraz niedopuszczalność – w świetle orzecznictwa TSUE – uzależnienia przyznania odszkodowania za naruszenie prawa od uzyskania prejudykatu z zasadą zapewnienia skuteczności prawa UE (Banaszczyk 2018: 952–953), które w takich przypadkach również przewiduje obowiązek naprawienia szkody (Radwański 2004: 17; Banaszczyk 2018: 856). Wedle przeciwnego stanowiska do dochodzenia naprawienia szkody wyrządzonej wydaniem aktu niezgodnego z prawem UE niezbędny jest prejudykat w postaci orzeczenia TSUE, co winno się realizować w drodze pytania prawnego do TSUE w kwestii prejudycjalnej, wystosowanego przez sąd rozpoznający sprawę o naprawienie szkody (Banaszczyk 2018: 954). Wydaje się, że stanowisko to jest nietrafne – po pierwsze z uwagi na samo brzmienie regulacji kodeksowej, po drugie nie bierze ono pod uwagę, że TSUE w trybie pytań prejudycjalnych nie orzeka o zgodności aktów prawnych, ale dokonuje wykładni prawa UE (odmiennie Banaszczyk 2018: 954–956).

Sąd Najwyższy uznał, że prejudykatem stwierdzającym niezgodność krajowego aktu normatywnego z EKPC jest także orzeczenie ETPC (wyrok SN z 28.11.2008, V CSK 271/08). Jakkolwiek orzeczenie to zapadło na gruncie stanu prawnego sprzed wprowadzenia omawianej regulacji kodeksowej, to jego teza zachowuje aktualność (zob. też Bosek 2007: 177–178; Banaszczyk 2018: 969). W tym miejscu trzeba ponadto wspomnieć, że ETPC już w swoim orzeczeniu jest władny do częściowego zniesienia skutków zastosowania regulacji niezgodnej z EKPC, bowiem może przyznać zadośćuczynienie skarżącemu, jeśli prawo krajowe pozwala tylko na częściowe usunięcie skutków naruszenia konwencji (art. 41 EKPC).

Z art. 178 ust. 1 Konstytucji RP wyprowadza się wniosek, że sądy nie są związane aktami podustawowymi w tym sensie, że w przypadku stwierdzenia ich niezgodności z ustawą lub innym aktem wyższego rzędu mogą pominąć w stosowaniu taki akt podustawowy (np. wyrok NSA z 28.08.2008, II OSK 725/07). W tym kontekście aktualne staje się pytanie, czy w przypadku szkody wyrządzonej wydaniem wadliwego aktu podustawowego sąd rozpoznający sprawę może tę wadliwość stwierdzić samodzielnie, czy w rozumieniu art. 417¹ § 1 kc istnieje obowiązek uzyskania prejudykatu w postępowaniu, którego przedmiot stanowi legalność tego aktu. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie jest przecząca, skoro każde postępowanie sądowe, w którym orzeka skład sędziowski, to postępowanie właściwe do badania legalności aktu podustawowego jako kwestii wpadkowej (podobnie Bosek 2007: 188–190).

Inny mechanizm przewidziany przez Konstytucję RP w celu zniesienia negatywnych skutków stosowania wadliwego aktu normatywnego to wynikająca z art. 190 ust. 4 Konstytucji możliwość wznowienia postępowania i uchylenia prawomocnej decyzji lub innego rozstrzygnięcia, jeżeli wydano je na podstawie aktu normatywnego uznanego przez TK za niezgodny z Konstytucją RP, umową międzynarodową lub ustawą. Rozwinięcie tych postanowień znajdujemy w każdej z ustaw procesowych (np. art. 145a kpa; art. 401¹, art. 403 § 4, art. 407 § 2, art. 416¹ kpc; art. 540 § 2 kpz; art. 272 ppsa). Instytucja ta nie ma zastosowania w sytuacjach, w których nie zapadło żadne orzeczenie, a stan prawny wynika z obowiązywania normy uznanej przez TK za niezgodną z aktem wyższym w hierarchii źródeł prawa. W orzeczeniu z 9.01.1996, K 18/95, TK wyraził pogląd, że „w takich przypadkach ma tu zastosowanie sankcja nieważności z art. 58 § 1 kc. Sprzecznoscą z ustawą, o której mowa w tym przepisie kodeksu, jest bowiem w szczególności sprzeczność z Konstytucją jako ustawą zasadniczą, w razie zaś kolizji między dyspozycją normy zawartej w ustawie zwykłej a dyspozycją normy konstytucyjnej zgodność z tą pierwszą nie sanuje sprzeczności z tą drugą jako normą hierarchicznie wyższą. Wprawdzie należy przyjmować domniemanie zgodności obowiązujących ustaw z Konstytucją, jednak przez pozbawienie przepisu ustawowego mocy obowiązującej wskutek orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego o jego niezgodności z Konstytucją domniemanie to zostaje wzruszone, i to niejako *ex tunc*, co przesądza o nieważności tych czynności cywilnoprawnych, które wcześniej zostały dokonane na podstawie niekonstytucyjnego przepisu ustawy zwykłej, a których dokonanie byłoby oczywiście niedopuszczalne, gdyby przepis o takiej treści w chwili dokonania czynności nie obowiązywał. Nieważność czynności cywilnoprawnej może być ustalona w szczególności wyrokiem sądowym w trybie art. 189 kpc”.

Konstytucyjnym uzasadnieniem tezy o bezprawności prawa mogą być także przepisy Konstytucji RP pozwalające pominąć w procesie stosowania prawa ustawę, jeżeli kolidowałaby ona albo z umową międzynarodową ratyfikowaną za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie (art. 91 ust. 2 KRP), albo z prawem wtórnym UE (art. 91 ust. 3 KRP). W praktyce teza o bezprawności ustawy może znaleźć uzasadnienie zwłaszcza w pierwszym z powyższych przypadków, ponieważ pozwala m.in. na pominięcie ustawy niezgodnej z wiążącymi Polskę międzynarodowymi konwencjami gwarantującymi poszanowanie praw człowieka. Dla przykładu w postanowieniu SN z 11.08.2020, I KA 1/20, biorąc pod uwagę gwarantowane umową międzynarodową prawo strony do rzetelnego procesu (art. 6 ust. 1 EKPC), stwierdzono: „jeśli sąd odwoławczy uzna, że nie może sporządzić uzasadnienia swojego wyroku na formularzu w sposób, który zagwarantuje stronie prawo do rzetelnego procesu odwoławczego, ma obowiązek zastosowania art. 91 ust. 2 Konstytucji RP i odmó-

wy sporządzenia uzasadnienia na formularzu, którego wymóg wynika z zapisu ustawy procesowej”.

Otwartą i od kilku lat coraz bardziej aktualną kwestią jest tzw. rozproszona kontrola konstytucyjności prawa, polegająca na odmowie zastosowania przez sąd aktu prawnego niezgodnego z aktem hierarchicznie wyższym, bez uprzedniego zwracania się z pytaniem prawnym do TK (zob. np. Garlicki 2016: 20n; WiSP: 20n, 567n i cyt. tam literatura; →42, 54–55, 57). Uznanie istnienia takiej ogólnej kompetencji sądów (co nie budzi sporów odnośnie do aktów podstawowych oraz zakresu uregulowanego w art. 91 ust. 2 i 3 KRP) prowadzi do istnienia wewnątrz porządku prawnego uniwersalnego mechanizmu pozwalającego na odmowę stosowania wadliwego (w języku Radbrucha: bezprawnego) prawa. Wówczas w zasadzie każde postępowanie sądowe miałoby potencjał ubezskutecczenia *in casu* bezprawa prawodawczego w zakresie, w jakim tę bezprawność można by było uzasadnić obowiązującymi normami prawnymi wyższej rangi.

[4. RODOWÓD I EWOLUCJA] Maksyma *lex iniustissima non est lex* to z logicznego punktu widzenia osłabiona wersja prawnonaturalnej paremii *lex iniusta non est lex* (Woleński 2015: 5), której rodowód jest stosunkowo dobrze zbadany. W literaturze przedmiotu (zob. np. Kretzmann 1988: 100n; Finnis 1989: 363n; Santos Campos 2014: 368n) zgodnie wskazuje się na wypowiedzi Platona [*Prawa*, 715b]: „nie są prawdziwymi prawami takie prawa, które są ustanowione nie ze względu na dobro wszystkich w całym państwie” (tłum. za Salij 2017: 104); Arystotelesa, który wskazywał, że ustroje „wadliwe i zwyrodniałe” w ogóle nie zasługują na to miano, ponieważ „gdzie prawa nie rządzą, tam nie ma ustroju” [*Polityka*, III,6,1282b,12–13 i IV,4,1292a,31–34]; Cyserona [*De legibus* II,11]: „[G]dy prawodawcy wbrew poczynionym obietnicom i własnym zapewnieniom ustanawiają dla ludności nakazy niesprawiedliwe i zgubne, wprowadzają w życie reguły, którym nie przysługuje miano praw” (Cyceron 1999: 128). Za rzeczywistego twórcę komentowanego toposu uchodzi jednak św. Augustyn, który – jak pisze Zajadło – „wkłada w swoje własne usta jako uczestnika dialogu *De libero arbitrio* [5,11] następującą sceptyczną hipotezę: *Nam mihi lex esse non videtur, quae iusta non fuerit* (Nie wydaje mi się, by prawem mogło być coś, co nie służy sprawiedliwości)” (Zajadło 2019: 7). U św. Augustyna znajdujemy także wyrażające podobny pogląd słynne i często cytowane pytanie: *Remota iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia?* (Czymże są państwa wyzute ze sprawiedliwości, jak nie wielkimi bandami rozbójników? [*De Civitate Dei* IV,4]). Wreszcie potwierdzenie omawianej maksymy odnajdujemy u św. Tomasza z Akwinu, który m.in. stwierdza: „[P]rawo stanowione tylko w takim stopniu jest autentycznym prawem, w jakim zakorzenione jest w prawie naturalnym; jeśli zaś w czymś kłóci

się z prawem naturalnym, [w tym aspekcie] nie będzie już prawem, lecz niszczeniem prawa” [*Summa theologiae* 1–2, q.95, a.2; tłum. za Salij 2017: 106–107]. Niemniej dla uniknięcia ewentualnych nieporozumień należy w tym miejscu przypomnieć, że Radbruch pisał o prawie „ponadustawowym”, a nie „ponadpozytywnym”, mając przeważnie na myśli skodyfikowane w rozmaitych deklaracjach praw człowieka i obywatela, uzgodnione przez stulecia prawa natury lub rozumu, które podawać w wątpliwość może wyłącznie „rozmyślny sceptycyzm” (niem. *gewollte Skepsis*) (Radbruch 1999a: 210).

Co warto podkreślić, bezpośredniego źródła samej maksymy *lex iniusta non est lex* nie udało się badaczom odnaleźć; jak zwrócił uwagę John Finnis, trzeba ją uznać za jedynie „drugorzędny teoremat” teorii prawa natury (Finnis 1989: 351).

Wyrażana hasłem *lex iniustissima non est lex* teza o niegodziwości prawa została przedstawiona przez Radbrucha w dwóch pracach, z września 1945 r. (*Pięć minut...*) i stycznia 1946 r. (*Ustawowe bezprawie...*), dlatego trudno mówić o jej ewolucji, chociaż między oboma sformułowaniami tej tezy (zob. pkt 1) zachodzi istotna różnica: w oryginalnej wersji Radbruch odmówił prawu ekstremalnie niesprawiedliwemu nie tylko obowiązywania, lecz także charakteru prawa, natomiast w wersji późniejszej – zgodnie z jej dominującą interpretacją – chodziło mu jedynie o nieobowiązywanie ustaw ekstremalnie niesprawiedliwych (szerzej zob. Grabowski 2009: 75n i cyt. tam literatura). Z kolei „ustawowe bezprawie drugiej kategorii”, wskazane w tezie o ustawowym bezprawiu, w obu sformułowaniach *Verleugnungsthese* Radbruch pozbawia natury prawa, a nie wyłącznie przymiotu obowiązywania (por. pkt 1). Warto też odnotować, że najwierniejszy uczeń Radbrucha, Arthur Kaufmann, opracował koncepcję prawa sprzeciwu wobec władzy, wyznaczając prawne kryteria dopuszczalności takiego sprzeciwu w państwie prawa, bazujące na lekko zmodyfikowanej formule Radbrucha (zob. np. Piechowiak 2017: 111n), co można uznać za przykład jej doktrynalnej ewolucji. Na marginesie dodajmy, że rozwijaną od czasów starożytnych – a przynajmniej od czasów Antygony (szerzej w kontekście formuły Radbrucha zob. Paletta Guedes, De Freitas Moreira 2019) – koncepcję prawa do oporu wobec władcy tyrana (*ius resistendi*) traktuje się zwykle jako mocniejszą wersję formuły *lex iniusta non est lex*, zaś zarówno Radbruchowska teza o niegodziwości prawa, jak i Kaufmannowska koncepcja „prawa do sprzeciwu «drobnej monety»”, są od niej o wiele słabsze.

Natomiast w odniesieniu do pojęcia ustawowego bezprawia – czy szerzej: odpowiedzialności państwa za łamanie prawa – w kontekście polskiego systemu prawa warto zauważyć, że choć art. 121 Konstytucji marcowej z 1921 r. stanowił, że „[k]ażdy obywatel ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaką wyrządziły mu organa władzy państwowej, cywilnej lub wojskowej, przez działalność urzędową

niezgodną z prawem lub obowiązkiem służby”, to inny jej przepis, art. 81, wyraźnie zabraniał sądom „badania ważności ustaw, należycie ogłoszonych”. W doktrynie podnoszono, że art. 121 może mieć jednak zastosowanie do szkód wyrządzonych aktami podustawowymi, a nawet rozporządzeniami z mocą ustawy. W praktyce głosy te, również z uwagi na niewydanie regulacji ustawowych konkretyzujących art. 121 Konstytucji marcowej, nie miały wpływu na praktykę orzecniczą (Bosek 2007: 45–50). Przez większość okresu trwania PRL nie obowiązywały żadne regulacje dotyczące bezprawia ustawowego, co było konsekwencją zasady jednolitości władzy państwowej i preponderancji Sejmu. W latach 70. XX w. pojawiły się w doktrynie głosy za celowością sądowej kontroli konstytucyjności ustaw i szukaniem rozwiązań umożliwiających naprawienie szkody wyrządzonej wydaniem aktu normatywnego (Bosek 2007: 50–53). Ustawą konstytucyjną z 1982 r. dodano do Konstytucji PRL art. 33a, dopuszczający kontrolę konstytucyjności prawa. W 1985 r. uchwalono przepisy umożliwiające podjęcie działalności przez TK, pośród których znalazł się art. 28 ustawy z 29.04.1985 o TK przewidujący jako skutek negatywnego orzeczenia TK możliwość wznowienia postępowania sądowego lub arbitrażowego, uchylenie orzeczeń karnych i w sprawach o wykroczenia oraz nieważność decyzji administracyjnych. W tym ostatnim wypadku przewidziano wprost możliwość przyznania odszkodowania. Wskazywano jednak, że możliwe jest sięganie do już istniejących rozwiązań prawnych, takich jak odszkodowanie za niesłuszne skazanie czy zwrot świadczeń nienależnych. Niemniej orzeczenia TK mogły być odrzucane przez Sejm, co niweczyło możliwość sanacji (Bosek 2007: 53–60). Po przełomie z 1989 r. rola ustrojowa TK uległa wzmocnieniu, a po przystąpieniu przez Polskę do EKPC pojawiła się możliwość uzyskania zadośćuczynienia zasądanego przez ETPC od państwa w przypadku stwierdzenia naruszenia konwencji, także poprzez wydanie aktu prawodawczego. Inspirujący wpływ orzecznictwa ETS (obecnie TSUE) i ETPC spowodował odejście od koncepcji nieodpowiedzialności ustawodawcy (Bosek 2007: 60–65) i wypracowanie obecnie obowiązujących rozwiązań konstytucyjnych i ustawowych, o których była wyżej mowa.

[5. PRZYKŁADY ZASTOSOWANIA] Formuła Radrucha, a w szczególności teza o niegodziwości prawa: *lex iniustissima non est lex*, są rzadko powoływane w polskim orzecznictwie, zaś liczne, klasyczne już przykłady posłużenia się nimi przez sądy bez trudu odnajdujemy w orzecznictwie niemieckim. Ale zacznijmy od przykładów polskich.

Modelowo użył tego toposu WSA w Warszawie w wyroku z 3.08.2016 o sygnaturze VII SA/Wa 1592/15: „Odmowa posłuchu i zastosowania prawa ze względu na jego niesprawiedliwość jest znana europejskiej historii prawa XX i XXI wieku.

Uzasadnienie takiego stanowiska sądu sformułował w 1946 r., bezpośrednio pod wpływem zbrodni sądowych czasów II Rzeszy, niemiecki prawnik Gustav Radbruch w słynnym eseju pt. *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo* [...]. Jego słynna formuła zobowiązywała jednak sędziego do odmowy posłuchu wobec prawa, gdy prowadziło ono do rażącej niesprawiedliwości, do naruszenia najbardziej podstawowych praw człowieka w stopniu nieznośnym”. W sprawie tej WSA nie znalazł podstaw, aby w imię sprawiedliwości podważyć obowiązujące przepisy i praktykę ich stosowania, w związku z czym, jak stwierdził, „[w] przypadkach, w których takie rażące naruszenie praw człowieka nie występuje, sądy mają obowiązek orzekać zgodnie z formalnie obowiązującym prawem” – czym wszakże nie wykluczył posłużenia się tezą o niegodziwości prawa w innych sprawach.

Natomiast do pozytywnego rezultatu, tj. niezastosowania formalnie obowiązujących przepisów prawa na skutek przeprowadzonej przez sąd rozproszonej kontroli konstytucyjności w odniesieniu do ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Służby Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Więziennej oraz ich rodzin (Dz. U. z 2016 r. poz. 2270), doszło w sprawach rentowych rozpatrywanych przez Sąd Okręgowy w Częstochowie (zob. wyroki tegoż sądu: z 31.05.2019, IV U 241/19; z 30.07.2019, IV U 99/19; z 30.07.2019, IV U 610/19; z 8.08.2019, IV U 313/19; 25.10.2019, IV U 1607/19). W uzasadnieniu pierwszego z przywołanych orzeczeń SO stwierdził, że „7. Ustawa 2016 podważa zaufanie do demokratycznych reguł państwa oraz fundament aksjologiczny systemu Unii Europejskiej. Preambuła UE i jej nienaruszalna zasada godności nie ma już charakteru powszechnego, tak jak i zasada rządów prawa. [...] W takim znaczeniu zasada rządów prawa okazuje się fikcją, podobnie jak sądowy wymiar sprawiedliwości. [...] Jak pisał Gustav Radbruch w słynnym tekście *Pięć minut filozofii prawa*: «Jeśli ustawy świadomie zaprzeczają sprawiedliwości, np. arbitralnie przyznają i odbierają ludziom ich prawa, to nie obowiązują, naród nie jest zobowiązany do ich przestrzegania, a prawnicy również powinni zdobyć się na odwagę odmówienia im charakteru prawa». 8. Uznając zatem, iż Ustawa 2016 narusza prawa podstawowe Unii Europejskiej dekodowane z poziomu TUE i TSUE oraz wspólnych tradycji UE oraz mając na względzie fakt, iż organ nie udowodnił w procesie, aby odwołujący uczestniczył w praktykach bezprawia, odrzucając zbiorową odpowiedzialność obywateli za przeszłość i przyjmując, iż Sąd nie może być związany ustawodawczym wymiarem sprawiedliwości, Sąd zmienił zaskarżoną decyzję”, tym samym wprost stosując tezę o bezprawności ustawowej Radbrucha. Identyczne uzasadnienie podał SO w pozostałych wskazanych wyrokach.

Z uwagi na duży potencjał argumentacyjny formuły Radbrucha nie powinno dziwić, że interesujące przykłady posłużenia się nią odnajdujemy w zdaniach odrębnych, mających bardziej indywidualny charakter aniżeli uzasadnienia orzeczeń i umożliwiających sędziom wyrażenie własnych przekonań prawnych i moralnych. W zdaniu odrębnym sędziego TK Mariana Zdyba do wyroku TK z 24.06.1998, K 3/98, w którym m.in. uznano art. 6 ustawy z dnia 17 grudnia 1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 1998 r. Nr 98, poz. 607) za niekonstytucyjny, ponieważ „został uchwalony przez Sejm bez dochowania trybu wymaganego przepisami prawa do jego wydania” (i bez rozważenia materialnej zgodności tego przepisu z Konstytucją RP), sędzia wyraził swój sprzeciw wobec tego rozstrzygnięcia, pisząc: „Sztuczna i nieuzasadniona prawnie i aksjologicznie petryfikacja procedur prowadzi do tego, że zaczynają one żyć własnym życiem, stają się wartością samą w sobie, nawet jeżeli prowadzą do owego radbruchowskiego «ustawowego bezprawia» czy kafkowskiego uwikłania w proceduralne sieci. Przy takim podejściu do tworzenia prawa możliwe jest nadanie mocy obowiązującej każdej regule, nawet gdy pozostaje ona w sprzeczności z naturalnym porządkiem rzeczy i powszechnym poczuciem sprawiedliwości i odwrotnie – można odmówić racji bytu normom prawnym pod jakimkolwiek proceduralnym pretekstem”.

Z kolei w głośniejszej sprawie, dotyczącej m.in. prawnej dopuszczalności pociągania do odpowiedzialności karnej sędziów, którzy orzekając w sprawach karnych pod rządami Konstytucji PRL z 1952 r., retroaktywnie stosowali ustawowe przepisy karne (wyrok TK z 27.10.2010, K 10/08), sędzia TK Ewa Łętowska w zdaniu odrębnym wyraziła następujący pogląd dotyczący stosowania formuły Radbrucha: „Z uwagi na przedmiot niniejszej sprawy i temperaturę ideowych oraz *last but not least* także politycznych sporów, jakie ją otaczają, czuję się w obowiązku – jakkolwiek nie jest to konieczne dla potrzeb niniejszego *votum separatum* – zasygnalizowania mego poglądu w kwestii uchylania immunitetów sędziom orzekającym w stanie wojennym. Zasadniczo, *in merito* jestem zwolenniczką stosowania tu formuły Radbrucha, jednakże w całym jej wymiarze: zarówno co do kwestii bezprawności, ale także co do braku winy – ten fragment formuły jest mniej popularny w dyskursie prawniczym. Gdybym jeszcze mogła wierzyć, że uchylenie immunitetu przyniesie rzetelną, pogłębioną, wolną od uprzedzeń i jakiegokolwiek oportunistu ocenę w poszczególnych sprawach immunitetowych, byłabym opowiadała się w podobnych sytuacjach za czystym konstrukcyjnie stanowiskiem: uchylenie immunitetu (z uwagi na występującą bezprawność) i perspektywa obiektywnego i bezstronnego osądzenia konkretnego czynu (wina). Ani jednak uchwała SN o sygn. akt I KZP 37/07, ani wyrok Trybunału Konstytucyjnego, od którego zgłaszam niniejszy głos

odrębny, nie gruntują jednak we mnie przekonania, że w takim wypadku mielibyśmy w praktyce osiągnięty zrównoważony i sprawiedliwy efekt formuły Radbrucha w całej jej rozciągłości”.

Warto dodać, że wspomniana przez Łętowską bulwersująca środowisko prawnicze uchwała(7) SN z 20.12.2007, I KZP 37/07, ustaliła z mocą zasady prawnej, że „[z]e względu na niezamieszczenie w Konstytucji PRL z 1952 r. zakazu tworzenia przepisów karnych z mocą wsteczną (zasady *lex retro non agit*) oraz braku mechanizmu prawnego umożliwiającego uruchamianie kontroli zgodności przepisów rangi ustawowej z Konstytucją lub z prawem międzynarodowym, a także ze względu na brak regulacji określającej miejsce umów międzynarodowych w krajowym porządku prawnym, sądy orzekające w sprawach karnych o przestępstwa z dekretu Rady Państwa z dnia 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym (Dz. U. Nr 29, poz. 154) nie były zwolnione z obowiązku stosowania retroaktywnych przepisów karnych rangi ustawowej”, a jej uzasadnienie roiło się od pseudopozytywistycznych argumentów, przez co została przez Zajadłę trafnie określona mianem „pięciu minut antyfilozofii antyprawa” (Zajadło 2008).

Wreszcie w *votum separatum* do wyroku WSA we Wrocławiu z 5.02.2020, I SA/Wr 719/19, przewodnicząca składu sędziowskiego sędzia WSA Dagmara Dominik-Ogińska wyraziła swe stanowisko filozoficznoprawne w kwestii wykładni i stosowaniu prawa administracyjnego: „Swoją odmienny punkt widzenia opieram zupełnie na innej filozofii sądenia przez sędziego administracyjnego. Nawet jeśli uznać, że «sędzia jest mówiącą ustawą», to jego «mowa» nie powinna być prostym czytaniem ustawy, lecz właśnie taką interpretacją, która jest formułowaniem na podstawie przepisu prawnego normy prawnej z jednoczesnym «zachowaniem ducha ustawy» jako całości. Chodzi jednak nie tylko o to, by nie wrywać przepisu z całego kontekstu ustawy, lecz także o to, by interpretować go na tle całego systemu prawa, w tym Konstytucji. Jak słusznie zauważył J. Zajadło w swoim artykule zatytułowanym *Banał formuły dura lex sed lex* [...] skrajne punkty interpretacyjnej skali wyznaczają dwie sentencje funkcjonujące obecnie w uproszczonej wersji. Z jednej strony słowa Ulpiana (D.40,9,12,1) *dura lex sed lex* (surowe prawo, ale prawo), z drugiej strony słowa św. Augustyna (*De libero arbitrio*) *lex iniusta non est lex* (ustawa niesprawiedliwa nie jest prawem). Niewątpliwie sędzia powinien poszukiwać określonego złotego środka pomiędzy przesadnym i oderwanym od życia formalizmem a nierealistycznym idealizmem, uwzględniając okoliczności przedmiotowej sprawy”.

Licznych przykładów zastosowania formuły Radbrucha dostarczają orzeczenia sądów niemieckich. Wśród judykatów dotyczących spraw związanych z ustawowym bezprawiem i łamaniem praw człowieka przez nazistowskie Niemcy za

klasyczny uchodzi jednogłośnie postanowienie FTK z 14.02.1968, 2 BvR 557/62 (tzw. *Staatsangehörigkeitsbeschluss*), które dotyczyło 11. Rozporządzenia do ustawy o obywatelstwie Rzeszy (*Reichsbürgergesetz*) z 25 listopada 1941 r. Przepis § 2 tego rozporządzenia stanowił, że „Żyd traci niemieckie obywatelstwo: a) jeśli w momencie wejścia w życie rozporządzenia jego miejscem stałego pobytu jest zagranica, z [dniem] wejścia w życie rozporządzenia; b) jeśli później osiada na stałe za granicą, z [dniem] zmiany swego miejsca stałego pobytu na zagranicę”. Pierwsze tezy postanowienia FTK brzmią następująco:

1. Narodowosocjalistycznym przepisom „prawa” może zostać odmówione [ich] obowiązywanie jako prawa (*die Geltung als Recht*), jeżeli stoją one w tak oczywistej sprzeczności z podstawowymi zasadami sprawiedliwości, że sędzia, który chciałby je zastosować lub uznać ich skutki prawne, orzekałby bezprawie w miejsce prawa (*Unrecht statt Recht sprechen würde*).
2. W 11. rozporządzeniu do *Reichsbürgergesetz* z dnia 25 października 1941 r. (RGBl. I, s. 772) sprzeczność ze sprawiedliwością osiągnęła tak niedającą się znieść miarę (*so unerträgliches Maß erreicht*), że musi być ono uważane za nieważne (*nichtig*).
3. Kiedyś ustanowione bezprawie (*gesetztes Unrecht*), które ewidentnie narusza konstytucyjne zasady prawa, nie stanie się prawem przez to, że będzie stosowane i przestrzegane.

Orzeczenie to, omawiane już w literaturze polskiej (zob. np. Zajadło 2007: 231; Grabowski 2009: 194–195; Łacki 2018: 90–91), stanowi wzorcowy przykład zastosowania tezy o ekstremalnej niesprawiedliwości prawa, do której sądy niemieckie wielokrotnie nawiązywały, zwłaszcza w licznych sprawach tzw. strzelców przy murze berlińskim (niem. *Mauerschützenprozesse*), które odnowiły zainteresowanie prawników formułą Radbrucha w latach 90. XX w. (z ogromnej literatury poświęconej tym procesom w kontekście jej zastosowania zob. np. Alexy 1993b, 1997; Kaufmann 1995; Dreier 1997; Seidel 1999: 17n; Sieckmann 2001; Zajadło 2003a, 2003b; Klatt 2007: 532n). W uzasadnieniu postanowienia z 24.10.1996, 2 BvR 1851/94, potwierdzającego konstytucyjną poprawność wcześniejszych skazujących wyroków sądów powszechnych w sprawach *Mauerschützen* (wyroki te przedstawiono w: Zajadło 2003a: 112n), FTK ponownie nawiązał do tezy o niegodziwości prawa Radbrucha: „Sprzeczność ustaw ze sprawiedliwością musi być tak niedająca się znieść, że ustawa jako niesprawiedliwe prawo musi ustąpić miejsca sprawiedliwości. To określone w formule Radbrucha kryterium, które było wykorzystywane do oceny najcięższych zbrodni narodowosocjalistycznych, [zachowuje] ważność także

w stosunku do zabójstw ludzi na granicy wewnątrzniemieckiej, chociaż nie można ich zrównywać z narodowosocjalistycznym ludobójstwem”.

Co ciekawe, w późniejszym wyroku z 22.03.2001 w sprawie *Streletz, Kessler i Krenz przeciwko Niemcom*, 34044/96, 35532/97 i 44801/98, ETPC wybrał inną strategię: reinterpretacji prawa Niemieckiej Republiki Demokratycznej w duchu uniwersalnie pojmowanego państwa prawa (szerzej o możliwych strategiach orzeczniczych w *Mauerschützenprozesse* zob. Zajadło 2001: 259n, 2003a: 17–20; zob. też ich syntetyczny schemat, przedstawiony przez Manuela Atienzę w CAJ: 80), która – bez potrzeby odwoływania się do formuły Radbrucha – uzasadniła oddalenie skarg funkcjonariuszy NRD, podnoszących głównie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 EKPC przez sądy niemieckie (polskie tłum. obszernych fragmentów tego orzeczenia autorstwa Tadeusza Z. Wolańskiego zawarto w Zajadło 2003a: 173–211). Nawet jednak przyjmując tę strategię argumentacyjną, ETPC nie wahał się stwierdzić, że „[p]ojęcie «prawo» z art. 7 ust. 1 Konwencji odnosi się zarówno do prawa stanowionego, jak i niepisanego”, co niewątpliwie odpowiada duchowi formuły Radbrucha. A jak podkreślił Marcin Lubertowicz, „[s]tosowanie tej formuły zarówno w procesach denazyfikacji, jak i dekomunizacji stanowiło alternatywę dla nie zawsze skutecznego międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka. Formuła owa pozwalała na odstępianie od pozytywistycznego formalizmu doprowadzającego do niezrozumiałej sytuacji, w której głównymi beneficjentami praw człowieka stawały się osoby będące w przeszłości sprawcami ich łamania” (Lubertowicz 2010: 361).

[6. CHARAKTERYSTYKA] Formuła *lex iniustissima non est lex* to reguła walidacyjna; ustawy ekstremalnie niesprawiedliwe nie są prawem obowiązującym. Wprawdzie, co przyznawał sam Radbruch, nie da się wyznaczyć ostrej granicy między prawem niesprawiedliwym w dającym się znieść stopniu a prawem niegodziwym (haniebnym), niemniej trudno znaleźć jakiegokolwiek argumenty teoretyczne przemawiające za tym, żeby tezę o niegodziwości prawa charakteryzować jako normę-zasadę. Tym bardziej że stanowi ona przecież rezultat ważenia trzech wartości, składających się na Radbruchowską ideę prawa – sprawiedliwość *sensu largo*: równości (sprawiedliwości *sensu stricto*), celowości i pewności prawa (zob. pkt 3), a tylko wyjątkowo normy-zasady mogą być rezultatem inferencji normatywnej opartej na ważeniu.

Kiedy jednak utożsamia się ze sobą pojęcia prawa i prawa obowiązującego, jak to zazwyczaj czynią pozytywiści prawniczy, a także twórcy niemieckiej niepozytywistycznej koncepcji prawa Ralf Dreier i Robert Alexy (szerzej zob. Grabowski 2009: 22n i cyt. tam literatura), to maksyma *lex iniustissima non est lex* traci charakter

wyłącznie reguły walidacyjnej, stając się fundamentalnym prawniczym kryterium pojęciowym. Przykładowo tę właśnie rolę elementu definiującego prawo *lex iniustissima non est lex* spełnia w opracowanej przez Alexy'ego koncepcji inkluzyjnego niepozytywizmu prawniczego (zob. np. Alexy 1992: 201, 2008: 286n; por. Łącki 2018: 81n).

Powyższe uwagi odnoszą się też, *mutatis mutandis*, do charakterystyki tezy o bezprawności ustawowej, lecz z jedną znaczącą ze względów praktycznych różnicą. Jak bowiem podkreślał sam Radbruch, w tym przypadku „da się [...] przeprowadzić ścisłą granicę” (Radbruch 2009b: 250) między prawem a nazistowskim bezprawiem (nie-prawem).

[7. KRYTYKA] Tezy Radbrucha oraz bazująca na jego powojennych poglądach niepozytywistyczna koncepcja prawa Dreiera i Alexy'ego, której jednym z fundamentów jest oparty na formule Radbrucha *Unrechtsargument* (zob. np. Alexy 1992: 18n, 70n), były i są obiektem zdecydowanej krytyki ze strony pozytywistów prawniczych. Argumenty pojawiające się w debacie międzynarodowej zostały już wielokrotnie opisane w polskojęzycznej literaturze przedmiotu (zob. np. Alexy 1993a; Zajadło 2001: 295n; Grabowski 2009: 64n), dlatego skupimy się tylko na trzech argumentach krytycznych, które wydają się najdonośniejsze z praktyczno-argumentacyjnego punktu widzenia. Ich autorem był H.L.A. Hart (zob. Hart 1958: 615n, 1998: 280n; polskie omówienia np.: Kosielińska-Grabowska 2008: 87n; Jabłoński 2020).

Pierwszy to argument z naiwności, skierowany przeciw Radbruchowskiej tezie o bezbronności prawników niemieckich spowodowanej ich pozytywistycznymi przekonaniami (*Gesetz ist Gesetz*). Hart uznał ten pogląd za „nadzwyczajnie naiwny”, podnosząc m.in., że pozytywistyczne pojęcie prawa może występować wspólnie z „najbardziej oświeconym liberalizmem”. Zwrócił też uwagę, że sam fakt, iż jakaś reguła może być uznana za prawnie obowiązującą, nie rozstrzyga przecież odpowiedzi na ostateczne pytanie moralne: „Czy tej reguły prawnej powinno się przestrzegać?” (Hart 1958: 617–618). Argument ten pokazuje, że ewentualna krytyka teorii pozytywizmu prawniczego przy pomocy formuły Radbrucha oraz jego *Wehrlosigkeitsthese* musi być bardziej subtelna niż w oryginale.

Drugi to argument z niebezpieczeństwa anarchii, zwany także argumentem z pewności prawa. Hart twierdził, że nie da się wyznaczyć ostrych granic „ustawowego bezprawia”, czyli norm „ekstremalnie niesprawiedliwych”. Dlatego zagrożona jest pewność prawa: gdyby każda niesprawiedliwość reguł prawnych usprawiedliwiała odmowę przestrzegania prawa, doszlibyśmy do anarchii. Zdaniem Harta nie byłoby wtedy wiadomo, co jest prawem obowiązującym, a co nim nie jest, co znosi pewność i bezpieczeństwo prawne (zob. Hart 1998: 280n).

Trzeci, najbardziej konstruktywny, a jednocześnie najmocniejszy pozytywistyczny kontrargument to argument z uczciwości (ang. *candour*). Zdaniem filozofa z Oksfordu jeśli już chcemy np. ukarać żonę, która doniosła na męża, że ten wypowiadał się zniesławiająco o Hitlerze, a w rezultacie ów mąż został skazany na karę śmierci przez nazistowski sąd specjalny, to można do tego doprowadzić „na mocy wprowadzonej otwarcie retrospektywnej ustawy, z pełną świadomością tego, co się poświęca, doprowadzając w ten sposób do jej ukarania. [Chociaż] retrospektywne ustawodawstwo karne i kary są ohydne, to przynajmniej przeprowadzenie tego otwarcie w tym przypadku miałyby zaletę uczciwości” (Hart 1958: 619). Propozycja ta podyktowana była podzielaną przez wielu pozytywistów oceną, że zastosowanie formuły Radbrucha w praktyce sądowej prowadzi do ukrytego (a więc nieuczciwego wobec adresatów norm prawnych) obejścia zasady *nullum crimen sine lege* (→71).

Warto odnotować, że zaproponowane przez Harta rozwiązanie antycypował Hans Kelsen, który już w 1945 r. w odniesieniu do zbrodniarzy nazistowskich sądzonych w Norymberdze pisał: „Niestosowanie reguły zakazującej ustaw retroaktywnych (ang. *rule against ex post facto laws*) jest sprawiedliwą sankcją wymierzoną tym, którzy złamali tę regułę i skutkiem tego utracili przywilej ochrony przez nią” (Kelsen 1945: 46; szerzej o stanowisku Kelsena zob. Zalewska 2020: 204–206). A także to, że stanowisko pozytywistów prawniczych w tej materii wydaje się nad wyraz stabilne – bardzo podobne *auto da fé* dotyczące możliwości retroaktywnego regulowania odpowiedzialności za ustawowe bezprawie niedawno wyraził nestor polskiego pozytywizmu prawniczego Jan Woleński, uznając, że „zasada *lex retro non agit* może być ograniczona w przypadku, gdy dotyczy ustaw i ich stosowania prowadzących do rażącej niesprawiedliwości. Wymaga to oczywiście ustalenia, czym jest owa niesprawiedliwość kwalifikowana. Przypuśćmy, że daje się to rozstrzygnąć, nawet przy wątpliwościach w przypadkach szczegółowych. [...] Nie ukrywam, że powyższa obrona FR [formuły Radbrucha], a dokładniej mówiąc, optymalnego kontekstu dla jej funkcjonowania jest ideologicznym i aksjologicznym wyznaniem wiary” (Woleński 2015: 16–17).

[8. REKOMENDACJA/WSKAZÓWKI] Prawnicy nie są już dzisiaj bezbronni wobec ustaw rażąco naruszających prawa człowieka i podstawy konstytucyjnego państwa prawa. Jednym ze środków obronnych jest formuła Radbrucha, która wielokrotnie znalazła zastosowanie w orzecznictwie sądowym, co dowodzi, że może stanowić doktrynalną podstawę rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa albo pociągnięcia do odpowiedzialności karnej lub konstytucyjnej, w sposób nienaruszający zakazu retroaktywnego działania prawa, funkcjonariuszy publicznych winnych przestępstw i deliktów konstytucyjnych (→8). Za skorzystaniem z tej opcji prze-

mawiają liczne autorytety prawnicze; tytułem przykładu przytoczmy stanowisko Zajadły, który już w 2018 r. zwrócił uwagę, że „[w]iele z działań obecnej władzy zbliża się [...] niebezpiecznie do pewnej granicy, za którą rozciąga się nieograniczona przestrzeń ustawowego bezprawia. Dotyczy to zarówno działań faktycznych, jak i prawodawczych. W wielu przypadkach skala naruszeń konstytucji jest tak daleko idąca, że powoływanie się na Radbrucha wydaje się jak najbardziej uzasadnione”.

Jak już zauważono, w przypadku tezy o niegodziwości prawa podstawowy problem aplikacyjny wiąże się z trudnościami w ustaleniu progu ekstremalnej niesprawiedliwości w konkretnym przypadku. Ponadto teza ta bazuje na spekulatywnym, neokantowskim pojęciu prawa Radbrucha, co obniża skłonność prawników do jej akceptacji i wykorzystania w praktyce sądowej. Między innymi dlatego wydaje się, że obecnie większy potencjał aplikacyjny i argumentacyjny posiada uwspółcześniona teza o bezprawności ustawowej (zob. pkt 2 *in fine*), która może posłużyć obronie porządku konstytucyjnego w państwach zmierzających w stronę autorytaryzmu poprzez dokonywaną przez ich władze dekonstytucjonalizację porządku prawnego. A głosy postulujące obronę Konstytucji są liczne i znaczące. Prawdopodobnie najlepszym przykładem w obrębie polskiej kultury prawnej jest patetyczne wystąpienie pierwszej prezes SN Małgorzaty Gersdorf na pożegnalnym spotkaniu ustępującego prezesa TK Andrzeja Rzeplińskiego w dniu 16 grudnia 2016 r., którego fragment warto zacytować w całości: „Sędzia konstytucyjny służy Narodowi poprzez jego szacunek dla prawa i Konstytucji. Ze względu na swoją misję i ślubowanie nie tylko może, ale musi czynić wszystko, co mu jest nakazane, aby chronić Konstytucję jako, po pierwsze, najwyższe prawo, a po drugie, jako najwyższą wartość. Prawo bowiem – a w szczególności Konstytucja jako jego «najwyższe piętro» – ma w naszej, europejskiej kulturze wyjątkowy, samoistny charakter. Dobrze wiemy, dlaczego tak być powinno: zaledwie siedemdziesiąt jeden lat temu zakończyła się najstraszniejsza z dotychczasowych wojen, która wybuchła tylko dlatego, że jeden z europejskich polityków skrajnie zinstrumentalizował prawo, czyniąc je przedłużeniem swego osobistego kaprysu i woli. Tak się nie godzi! Prawo stanowione i stosowane «na polityczne zamówienie» ma tylko pozór prawa: *ex iniuria ius non oritur*. Za prawdziwym prawem stoją wartości wyższe niż polityczna skuteczność w dążeniu do władzy totalnej. O tym w swoim słynnym wykładzie radiowym pt. *Pięć minut filozofii prawa* pięknie opowiedział Gustav Radbruch. Naszym wspólnym, sędziowskim obowiązkiem jest o tym stale przypominać, aby krwawa historia naszego kontynentu pozostała daleko za nami”.

Zważywszy na powyższe wypowiedzi autorytetów prawniczych, a także na to, że rozstrzyganie o niekonstytucyjności przepisów prawa stanowi chleb powszedni sądów konstytucyjnych, przedstawiona rekomendacja użycia tezy o bezprawności

ustawowej w przypadkach tego wymagających wydaje się niezbyt kontrowersyjna, zwłaszcza gdy porównamy ją z niebiorącą jeńców propozycją pozytywistyczną – retroaktywnego ustawodawstwa specjalnego (zob. pkt 7 *in fine*). Ponadto zauważmy, że sądy – wbrew obawom Radbrucha – w zasadzie poradziły już sobie z ustaleniem kryteriów ekstremalnej niesprawiedliwości ustawowej (ustawowego bezprawia pierwszej kategorii), dlatego można przypuszczać, że tym bardziej jasne przypadki ustawowego bezprawia kategorii drugiej, polegającej na intencjonalnym łamaniu konstytucji i wyrażanych przez nie podstawowych wartości i praw człowieka przez organy władzy publicznej, m.in. świadomie ustanawiające przepisy oczywiście niekonstytucyjne, nie będą trudne do zidentyfikowania i osądzenia. W tym kontekście postulat uznania istnienia kompetencji sądów do dokonywania tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa, skutkującej pominięciem w stosowaniu takich przepisów, wydaje się zasadny.

[9. ARGUMENTY POWIĄZANE] *Ius est ars boni et aequi* (→1); Zasada demokratycznego państwa prawnego (→3); Zasada pewności prawa (→6); *Lex retro non agit* (→8); Argument ze sprawiedliwości społecznej (→11); Zasada słuszności (→15); Prawo nie powinno ustępować przed naruszeniem prawa (→19); Argument z unikania sprzeczności (→32); Zasada legalizmu (→46); Nakaz respektowania hierarchii źródeł prawa (→57); Zakaz naruszania istoty konstytucyjnych wolności i praw (→64).

[LITERATURA] R. Alexy (1992), *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg–München; *tenże* (1993a), W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa, tłum. L. Morawski, PiP LVIII/11–12, 34–49; *tenże* (1993b), Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Göttingen; *tenże* (1997), Der Beschluß des Bundesverfassungsgericht zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996, Göttingen; *tenże* (2008), On the Concept and the Nature of Law, RJ 21/3, 281–299; *tenże* (2018), Gustav Radbruchs Rechtsbegriff, w: A. von Arnould, I. Augsberg, R. Meyer-Pritzl (red.), 350 Jahre Rechtswissenschaftliche Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Tübingen, 237–249; Z. Banaszczyk (2018), Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu władzy publicznej, w: A. Olejniczak (red.), System prawa prywatnego, t. 6: Prawo zobowiązań – część ogólna, wyd. 3, Warszawa, 854–972; B.H. Bix (2011), Radbruch's Formula and Conceptual Analysis, AJJ 56, 45–57; L. Bosek (2007), Bezprawie legislacyjne, Warszawa; M.T. Cycleron (1999), O państwie. O prawach, tłum. I. Żółtowska, Kęty; H. Dreier (1997), Gustav Radbruch und die Mauerschützen, JZ 52/5, 421–434; R. Dreier, S.L. Paulson (2009), Wprowadzenie do filozofii prawa Radbrucha, w: FPRad, XCV–CXII; J. Finnis (1989), Natural Law and Natural Laws, Oxford; L. Garlicki (2016), Sądy a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, PS XXVI/7–8, 7–25; M. Gersdorf (2016), Wystąpienie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego na pożegnanie Prezesa Trybunału Konstytucyjnego Andrzeja Rzeplińskiego, Warszawa, 16 grudnia 2016 r., [http://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/NewForm/2016.12.16-Przemowienie_I-Prezes_SN_-zakonczenie_kadencji-Prezesa_TK.pdf]; A. Grabowski (2009), Prawnicze pojęcie

obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa, Kraków; *tenże* (2017), Verfassungsrechtliches Rechtsprechungs-Paradox – neue Grundlage für die Aussetzung der juristischen Geltungsvermutung von Rechtsnormen, tłum. M. Latacz, w: F. Saliger i in. (red.), Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 137–145; *H.L.A. Hart* (1958), Positivism and the Separation of Law and Morals, HLR 71/4, 593–629; *tenże* (1998), Pojęcie prawa, tłum. J. Woleński, Warszawa; *P. Jabłoński* (2020), Formuła Radbrucha w świetle krytyki Herberta L.A. Harta, AUWr 4006, SAT 42/2, 120–144; *A. Kaufmann* (1995), Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW 48/2, 81–86; *H. Kelsen* (1945), The Rule Against *Ex Post Facto* Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals, JAJ II/3, 8–12, 46; *M. Klatt* (2007), Contemporary Legal Philosophy in Germany, ARSP 93/4, 519–539; *U. Kosielińska-Grabowska* (2008), Idea sprawiedliwości u Gustawa Radbrucha, w: B. Wojciechowski, M.J. Golecki (red.), Rozdroża sprawiedliwości we współczesnej myśli filozoficznoprawnej, Toruń, 75–96; *U. Kosielińska-Grabowska, A. Grabowski* (2018), Teza o bezprawności ustawowej w konstytucyjnym państwie prawa, w: M. Aleksandrowicz i in. (red.), Demokracja, teoria prawa, sądownictwo konstytucyjne. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi zw. nauk prawnych Adamowi Jamrozowi z okazji pięćdziesięciolecia pracy zawodowej, Białystok, 271–282; *N. Kretzmann* (1988), *Lex iniusta non est lex*. Laws on Trial in Aquinas' Court of Conscience, AJJ 33, 99–122; *M. Lubertowicz* (2010), *Lex iniustissima non est lex*. Formuła Gustava Radbrucha jako alternatywa dla międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka, SEWr 4, 361–378; *P. Łącki* (2018), *Lex iniusta non est lex* czy *lex iniustissima non est lex*? J. Finnis i R. Alexy o obowiązywaniu niesprawiedliwego prawa, PiP LXXIII/9, 78–94; *U. Neumann* (2020), Rechtsphilosophie im Spiegel der Zeit: Gustav Radbruch (1878–1949), JZ 75/1, 1–11; *W. Ott* (1988), Die Radbruch'sche Formel. Pro und Contra, ZSR 107, 335–357; *C.E. Paletta Guedes, J.V. De Freitas Moreira* (2019), The Guard and the Formula, RDeP 10/4, 2428–2456; *M. Piechowiak* (2016), objaśnienie do art. 82, w: KRPKomSaf1, 1863–1874; *tenże* (2017), Sprawiedliwe prawo – niesprawiedliwe wyroki. Uwagi na marginesie Arthura Kaufmanna koncepcji prawa do sprzeciwu wobec władzy, w: G. Baranowska i in. (red.), O prawach człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Romana Wieruszewskiego, Warszawa, 107–127; *C. Podsiadlik, P. Skudynowski* (2010), Bezprawie normatywne (wybrane zagadnienia), PiP LXV/10, 35–46; *G. Radbruch* (1937), O celu prawa, tłum. K. Matuszewski, RPEiS XVII/3–4, 325–336; *tenże* (1999a), Fünf Minuten Rechtsphilosophie, w: G. Radbruch, Rechtsphilosophie. Studienausgabe, red. R. Dreier, S.L. Paulson, Heidelberg, 209–210; *tenże* (1999b), Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, w: G. Radbruch, Rechtsphilosophie. Studienausgabe, red. R. Dreier, S.L. Paulson, Heidelberg, 211–219; *tenże* (2009a), Pięć minut filozofii prawa, w: FPRad, 241–243; *tenże* (2009b), Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo, w: FPRad, 244–254; *Z. Radwański* (2004), Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej w świetle projektowanej nowelizacji kodeksu cywilnego, RPEiS LXVI/2, 7–24; *M. Saffan* (2017), Wyzwania dla państwa prawa, Liberté! XXV, [<http://liberte.pl/wyzwania-dla-panstwa-prawa/>]; *F. Saliger* (1995), Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, Heidelberg; *J. Salij* (2017), Prawo naturalne i prawa stanowione w ujęciu św. Tomasza z Akwinu, ŁST 26/2, 103–110; *A. Santos Campos* (2014), Aquinas's *lex iniusta non est lex*: a Test of Legal Validity, ARSP 100/3, 366–378; *K. Seidel* (1999), Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“-Prozesse, Berlin; *J.-R. Sieckmann* (2001), Die „Radbruch'sche

Formel" und die Mauerschützen, ARSP 87/4, 496–515; *T. Spaak* (2009), Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch, L&Ph 28/3, 261–290; *M. Walther* (1989), Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These, w: R. Dreier, W. Sellert (red.), Recht und Justiz im „Dritten Reich“, Frankfurt am Main, 323–354; *J. Woleński* (2015), O formule Radbrucha, Principia LXI–LXII, 5–18; *J. Zajadło* (2000a), Formuła Radbrucha – geneza, treść, zastosowanie, PiP LV/6, 25–42; *tenże* (2000b), Formuła Radbrucha a paradygmat niepozytywistycznej teorii prawa, GSP VII, 683–697; *tenże* (2001), Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury, Gdańsk; *tenże* (2002), Bezpieczeństwo – celowość – sprawiedliwość: antynomie idei prawa, GSP IX, 233–248; *tenże* (2003a), Odpowiedzialność za mur. Procesy strzelców przy murze berlińskim, Gdańsk; *tenże* (2003b), Filozofia prawa a prawo karne. Studium tzw. *Mauerschützen*, IeL II/1, 175–202; *tenże* (2007), Dziedzictwo przeszłości. Gustaw Radbruch – portret filozofa, prawnika, polityka i humanisty, Gdańsk; *tenże* (2008), Pięć minut antyfilozofii antyprawa, GSP Przegląd Orzecznictwa 1, 161–173; *tenże* (2018), Niedemokratyczne państwo bezprawia, Dialog 125, 69–71; *tenże* (2019), Banał formuły *dura lex sed lex*, Pal. 5, 5–12; *M. Zalewska* (2020), Does Hans Kelsen's Pure Theory of Law Support the Rule of Law and Democracy?, ARSP Bh. 161, 203–215.

[AG, MK]