

JERZY ZAJADŁO (Gdańsk)

Procesy tzw. strzelców przy murze berlińskim

1. Prawnokarne rozliczanie przeszłości. Jednym z ciekawszych, ale i niezwykle kontrowersyjnych zjawisk w niemieckiej nauce i praktyce prawa w ostatnim okresie jest problem rozliczenia przeszłości byłej NRD. Od kilku lat realizuje się nawet specjalne programy badawcze poświęcone temu problemowi: w ramach Instytutu Maxa Plancka we Fryburgu pod hasłem „reakcja prawa karnego na systemowe bezprawie”¹ oraz na Uniwersytecie Humboldta w Berlinie pod hasłem „prawnokarny wymiar sprawiedliwości i przeszłość NRD”². Wyniki tych badań wskazują na istnienie na świecie czterech różnych modelowych rozwiązań w zakresie rozliczania przeszłości:

a) model „absolutnej grubej kreski” (Białoruś, Brazylia, Ghana, Gruzja, Hiszpania, Rosja, Urugwaj), b) model „zrelatywizowanej grubej kreski” (Argentyna, Bułgaria, Chile, Czechy, Korea, Polska, Mali, Węgry), c) model „wszechstronnego ścigania prawnokarnego” (Chiny, Grecja, Niemcy, Portugalia, Rwanda) i d) model „pojednania” (Gwatemala, Republika Południowej Afryki)³.

Przyczyny, dla których zdecydowano się w Niemczech na model konsekwentnego rozliczenia przeszłości NRD przy wykorzystaniu instrumentarium prawa karnego, są bardzo złożone, ale z całą pewnością główną z nich jest nie do końca i nieskutecznie rozliczona przeszłość nazistowska. W formie publicystycznej bardzo trafnie podsumował to *T.G.Ash*: „W każdym razie, świadomość wysokiej ceny, jaką przyszło zapłacić za zwłokę w zajęciu stanowiska

¹ A. Eser, J. Arnold (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, Bd. 2, *Deutschland*, Freiburg i.Br. 2000 oraz J. Arnold (Hrsg.), *Strafrechtliche Auseinandersetzung mit Systemvergangenheit am Beispiel der DDR*, Baden-Baden 2000.

² K. Marxen, G. Werle, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz*, Berlin – New York 1999.

³ A. Eser, J. Arnold (Hrsg.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, Bd. 1, *Internationales Kolloquium*, Freiburg 2000, s. XIX.

wobec nazistowskiej przeszłości, jest jedną z przyczyn tak szybkiego zaakceptowania żądania natychmiastowego i wszechstronnego „rozliczenia się” z komunistyczną przeszłością Niemiec po 1989 r.”⁴. Rzeczywiście – trzeba przyznać, że Niemcy dosyć konsekwentnie i systematycznie, jeśli nie wręcz z neoficką nadgorliwością, zabrali się do rozwiązania problemu. Już w dniu zjednoczenia Niemiec, 03.10.1990 r., w ramach prokuratury generalnej przy *Kammergericht* w Berlinie utworzono grupę ds. tzw. przestępczości rządowej (*Arbeitsgruppe Regierungskriminalität*), a następnie (01.10.1994 r.) przy *Landsgericht* w Berlinie powołano w tym celu nawet specjalną prokuraturę (*Staatsanwaltschaft II*)⁵. Zjawisko przybrało takie rozmiary, że w literaturze określa się je niekiedy nawet jako „szczególną niemiecką drogę” – znany niemiecki historyk prawa *Uwe Wesel* z pewną ironią wiąże to z tradycyjnym niemieckim perfekcjonizmem i nadgorliwością niemieckiego wymiaru sprawiedliwości⁶. „Szczegółność”⁷ tej drogi polega, jak sądzę, przede wszystkim na dwóch problemach – po pierwsze, na skali w jakiej sięgnięto po środki prawokarne oraz po drugie, na renesansie tzw. *formuły Radbrucha*⁸.

Z punktu widzenia ilości ogrom wykonanej pracy budzi respekt; z punktu efektywności i jakości (jeśli za kryterium przyjąć ilość i treść prawomocnych wyroków) rodzą się jednak poważne wątpliwości. Według stanu z 1999 r. podjęto w sumie ok. 62.000 postępowań, obejmując nimi ponad 100.000 osób, ale prawomocnymi wyrokami skazanych zostało zaledwie ok. 300 osób⁹. W ramach przyjętego modelu „wszechstronnego ścigania prawokarnego” (*umfassende Strafverfolgung*) od samego początku i całkowicie świadomie zrezygnowano z regulacji ustawodawczej z mocą wsteczną, ponieważ wymagałaby ona zmiany przepisu art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej, i powierzono to zadanie sądom w drodze odpowiedniego stosowania i interpretacji przepisów prawa NRD ewentualnie RFN. Jasno i otwarcie zadeklarował to już w 1991 r. ówczesny minister sprawiedliwości *Klaus Kinkel*: „Przestępstwa polityczne

⁴ T.G. Ash, *Historia na gorąco*, Kraków 2000, s. 310 i n.

⁵ F.-Ch. Schroeder, *Zehn Jahre strafrechtliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts*, Neue Juristische Wochenschrift 41/2000, s. 3018.

⁶ Cyt. za J. Arnold, *Im Geschirr von Strafe und Vergeltung*, Freitag nr 17 z 20.04.2001; por. także U. Wesel, *Fast alles, was Recht ist. Jura für Nicht-Juristen*, 6. wyd. popr., Frankfurt a. Main 1999, s. 414 i n.

⁷ W. Hummer, J. Mayr-Singer, *Der „deutsche Sonderweg“ bei der Aufarbeitung von SED-Unrecht: Vergangenheitsbewältigung durch Strafjustiz*, Neue Justiz 11/2000, s. 561–566.

⁸ Szerzej n.t. formuły *Radbrucha* zob. J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001.

⁹ Ch. Schaeffgen, *Zehn Jahre Aufarbeitung des Staatsunrechts in der DDR*, Neue Justiz 1/2000, s. 1 – autor tej publikacji był właśnie szefem specjalnej prokuratury powołanej do rozliczenia bezprawia NRD. Na temat osiągnięć, porażek i możliwości niemieckiego wymiaru sprawiedliwości w tym zakresie por. także K. Marxen, G. Werle, *Erfolge, Defizite und Möglichkeiten der strafrechtlichen Aufarbeitung des SED-Unrechts in vorwiegend empirischer Hinsicht*, w: *Enquete-Kommission „Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit“*, Frankfurt a. Main 1999, t. II/2, s. 1064–1303.

w dawnej NRD nie mogą być przedawnione. Decyzja leży w rękach sądów. Z uwagi na wymogi państwa prawa nie może w tej sprawie zabierać głosu ustawodawca”¹⁰. W konsekwencji sądy stanęły przed bardzo trudnym zadaniem, ponieważ musiały się niekiedy uciekać do szczególnej interpretacji zarówno prawa wewnętrznego NRD, jak i prawa międzynarodowego, nie stroniąc nawet od *sui generis* argumentacji prawnonaturalnej. Nie oznacza to oczywiście, że to „milczenie ustawodawcy” było całkowite. Wręcz przeciwnie, uchwalono szereg ustaw mających na celu uchylenie skutków przeszłości¹¹, ale akurat kwestię odpowiedzialności karnej – z uwagi na rozwiązania traktatu zjednoczeniowego – pozostawiono sądom.

Regulacja przyjęta w układzie zjednoczeniowym z 31 sierpnia 1990 r.¹² została oparta na zasadzie stosowania w takich przypadkach przepisów prawa karnego NRD i alternatywnie prawa karnego RFN, z zachowaniem zasady wyboru ustawy względniejszej dla sprawcy (*lex mitior*). Podjęte postępowania karne dotyczyły bardzo różnych zdarzeń przestępczych¹³:

- przestępstw popełnionych na granicy niemiecko-niemieckiej
- fałszerstw wyborczych
- „naginania” prawa przez sędziów i prokuratorów
- denuncjacji
- bezprawnych działań służby bezpieczeństwa
- złego traktowania osób pozbawionych wolności
- niedozwolonego dopingu w sporcie
- nadużycia stanowiska i korupcji
- przestępstw gospodarczych
- szpiegostwa.

Szczególne emocje i rezonans wywołały zwłaszcza postępowania dotyczące pierwszej grupy, nazwane w literaturze spektakularnie „procesami strzelców przy Murze Berlińskim” (*Mauerschützenprozesse*), co jest jednak o tyle mylące, że problem dotyczy przestępstw popełnionych na wszystkich granicach NRD. W odniesieniu do tej grupy przestępstw dane statystyczne na dzień 15.11.1999 r. przedstawiały się następująco:¹⁴

¹⁰ Cyt. za W. Hummer, J. Mayr-Singer, *Der „deutsche Sonderweg”*, (op. cit., przyp. 7), s. 561.

¹¹ Zob. np. dwie ustawy z 17.07.1992 r. i 01.07.1994 r. w sprawie oczyszczenia z bezprawia SED (Neue Justiz 1992, 9, 10 i 11, s. 394–399, 436–440 i 485–490 oraz Neue Justiz 1994, 8 i 9, s. 350–356 i 401–405).

¹² Szerzej na ten temat L. Janicki, *System prawny zjednoczonych Niemiec. Zagadnienia prawa karnego, wymiaru sprawiedliwości z tytułu naruszeń praw człowieka, weryfikacji sędziów sędziów i prokuratorów*, w: L. Janicki, B. Koszel, W. Wilczyński (red.), *Zjednoczenie Niemiec. Studia politologiczno-ekonomiczno-prawne*, Poznań 1996, zwł. s. 437 i n.

¹³ K. Marxen, G. Werle, *Die Strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht*, (op. cit., przyp. 2), s. 7–140.

¹⁴ Ch. Schaefgen, *Zehn Jahre Aufarbeitung des Staatsunrechts in der DDR*, (op. cit., przyp. 9), s. 4.

- akty oskarżenia: 108
- osoby oskarżone: 242
- prawomocne skazania: 106
- kary pozbawienia wolności: 18
- kary pozbawienia wolności z zawieszeniem: 88
- uniewinnienia: 52.

W ostatnim czasie próbuje się dokonać podsumowania procesu prawnokarnego rozliczania przeszłości (*strafrechtliche Aufarbeitung der Vergangenheit*), ze szczególnym uwzględnieniem problemu przestępstw popełnionych na granicy niemiecko-niemieckiej. Jest po temu kilka powodów: po pierwsze – w zdecydowanej większości spraw zakończono postępowania (decyzjami o umorzeniu lub prawomocnymi wyrokami) i 30 września 1999 r. zakończyła działalność wspomniana wyżej specjalna prokuratura; po wtóre – 3 października 2000 r. upłynął ostatecznie, kilkakrotnie przedłużany, termin przedawnienia (z wyjątkiem tych przestępstw, które w ogóle nie podlegają przedawnieniu, jak np. zabójstwa); po trzecie – podsumowano już prace specjalnej komisji śledczej (*Enquete-Kommission*) Bundestagu powołanej w celu przewyciężenia skutków dyktatury SED w procesie zjednoczenia Niemiec; po czwarte wreszcie – 22 marca 2001 r. Europejski Trybunał Człowieka w Strasburgu wydał wyroki w sprawach *Streletz, Kessler i Krenz p-ko Niemcy* i *K.-H.W. p-ko Niemcy* uznając, że decyzje niemieckich sądów w sprawach tzw. strzelców przy Murze Berlińskim nie naruszyły zakazu karania bez podstawy prawnej przewidzianego w art. 7 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Problem tzw. *Mauerschützen* przeszedł więc do pewnego stopnia do historii – do pewnego stopnia, ponieważ orzeczenia niemieckich sądów i toczona wokół nich w literaturze dyskusja, pozostawiły trwałe ślady w niemieckiej nauce i praktyce prawa. Widać to zwłaszcza we współczesnej niemieckiej literaturze filozoficzno-prawnej – większość wydanych ostatnio podręczników i opracowań z tej dziedziny zawiera szersze lub węższe odesłania do pojęć *Mauerschützen* lub *Radbruchsche Formel*¹⁵. Szczególnie interesujący (ale i kontrowersyjny) jest bowiem nie tyle sam fakt pociągnięcia do odpowiedzialności karnej niektórych funkcjonariuszy służb granicznych jako spraw-

¹⁵ Tak np. J. Braun, *Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert. Die Rückkehr der Gerechtigkeit*, München 2001, s. 169; R. Gröschner, C. Dierksmeier, M. Henkel, A. Wiehart, *Rechts- und Staatsphilosophie. Ein dogmenphilosophischer Dialog*, Berlin – Heidelberg – New York 2000, s. 101 i n.; N. Horn, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 2. wyd., Heidelberg 2001, s. 245 i n.; D. Horster, *Rechtsphilosophie zur Einführung*, Hamburg 2002, s. 139–146; H. Hoffmann, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, Darmstadt 2000, s. 114–118; A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, München 1997, *passim*; M. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, Freiburg – München 1996, s. 206 i n.; D. v. der Pfordten, *Rechtsethik*, München 2001, ss. 186 i n. oraz 203 i n.; K. Seelmann, *Rechtsphilosophie*, 2. wyd., München 2001, s. 38 i n.; H. Weber-Grellet, *Rechtsphilosophie*, 2. wyd., Münster 2002, s. 165.

ców bezpośrednich, i członków kierownictwa partyjno-państwowego byłej NRD jako sprawców pośrednich, co raczej warstwa filozoficzno-prawna uzasadnień wydanych wyroków. Mamy tutaj do czynienia ze zjawiskiem charakterystycznym dla okresów przełomowych, kiedy następuje szczególna infiltracja nauki i praktyki prawa przez filozofię prawa, zwłaszcza w wersji szeroko pojętych koncepcji prawnonaturalnych¹⁶. Na tym tle rodzi się zresztą bardziej generalne pytanie o granice tych w gruncie rzeczy ideologicznych ingerencji – gdzie kończy się rola filozofii prawa jako nośnika niezbędnej dla każdego systemu aksjologii, a zaczyna się zbędny balast utrudniający proces stosowania prawa i prowadzący niekiedy do wykładni *contra legem*? Nawiasem mówiąc, mamy tutaj do czynienia nie tyle z „filozofią prawa” (*Rechtsphilosophie*), co raczej z „filozofią prawników” (*Juristenphilosophie*) próbujących rozważać *more philosophico* skomplikowane problemy z pogranicza prawa i moralności. W warunkach niemieckich zjawisko to wystąpiło ze szczególną ostrością po II wojnie światowej na gruncie tzw. odrodzenia prawa natury. O ile jeszcze w drugiej połowie lat 40. polegało to na poszukiwaniu pewnych ogólnoludzkich wartości mających być odpowiedzią na perwersję nazistowskiego bezprawia, o tyle w latach 50. bardzo szybko przekształciło się w dosyć uproszczoną i swoistą „teologizację” systemu prawa oraz orzecznictwa¹⁷. Pod tym względem istnieje dosyć zasadnicza różnica pomiędzy renesansem doktryn prawa natury po 1945 r., a pewnymi akcentami prawnonaturalnymi występującymi w procesie prawno Karnego rozliczenia bezprawia byłej NRD, która nie sprowadza się wyłącznie do skali zjawiska. W pierwszym przypadku mieliśmy bowiem do czynienia z powrotem do koncepcji prawnonaturalnych w nauce prawa, który z kolei wywołał dosyć niebezpieczne i niekontrolowane tendencje w orzecznictwie; w tym drugim natomiast proces przebiegał odwrotnie – w poszukiwaniu ogólnoludzkiej idei sprawiedliwości sądy wykroczyły poza niektóre klasyczne kanony państwa prawa i wywołało to wprawdzie różną reakcję ze strony nauki, ale jednocześnie reakcja ta pozostała w granicach wyznaczonych materią konkretnych przypadków¹⁸. Ta różnica jest spowodowana m.in. faktem zmiany we współczesnej filozofii paradygmatów tradycyjnego sporu pomiędzy pozytywizmem prawniczym i doktrynami prawa natury. Z filozoficznego punktu widzenia niemiecka powojenna dyskusja prawnonaturalna prowadzona była niekiedy, jak stwierdził Jürgen Habermas, „poniżej poziomu filozofii”¹⁹. Współczesna

¹⁶ Szerzej na ten temat E. Buchholz-Schuster, *Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln. Eine Untersuchung zur Funktion von „Juristenphilosophie“*, Berlin 1998.

¹⁷ H. Lau, *Naturrecht und Restauration. Zur Kritik eines Legitimationsmusters in Justiz und Rechtslehre der Nachkriegszeit*, Egelsbach – Frankfurt – Washington 1994.

¹⁸ K. Kühl, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für Strafrecht*, Baden-Baden 2001, s. 18.

¹⁹ J. Habermas, *Teoria i praktyka*, Warszawa 1983, s. 145.

filozofia prawa odeszła więc od archaicznego już dzisiaj dylematu „pozytywizm albo prawo natury” i próbuje określić paradygmat alternatywy „pozytywizm-niepozytywizm” na gruncie związków zachodzących pomiędzy prawem i moralnością, ze szczególnym uwzględnieniem moralno-prawnego charakteru podstawowych praw i wolności człowieka. Znalazło to swoje odzwierciedlenie w omówionych niżej wyrokach niemieckich sądów, Feralnego Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Widać w nich wyraźnie, jak trudne jest niekiedy balansowanie na granicy pomiędzy formalnym i materialnym pojęciem *Rechtsstaat* i/lub pomiędzy prawem i polityką – tak, by z jednej strony uczynić zadość elementarnym wymogom sprawiedliwości, a z drugiej, by w tej szlachetnej misji nie „rozsadzić” państwa prawa niejako od wewnątrz. Dochodzi więc do swoistej konfrontacji, używając retoryki B. Schlinka²⁰, pomiędzy państwem prawa (*Rechtsstaat*) a rewolucyjną sprawiedliwością (*revolutionäre Gerechtigkeit*). Nic więc dziwnego, że w tak przełomowym historycznym momencie jakim był początek lat 90., kiedy stan odwiecznego napięcia pomiędzy *ius* a *lex*²¹ osiągnął szczególnie wysoki stopień, powrócono do radbruchowskiej koncepcji ustawowego bezprawia.

2. Formuła Radbrucha. Jak wspomniałem, omówione niżej orzecznictwo w sprawach tzw. *Mauerschützen* opiera się w dużej mierze na pewnej konstrukcji filozoficzno-prawnej, znanej w literaturze jako tzw. *Radbruchsche Formel*. Przed przystąpieniem do szczegółowej analizy rozstrzygnięć niemieckich sądów, Federalnego Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, paru zdań wyjaśnienia i komentarza wymaga więc, jak sądzę, geneza i treść koncepcji ustawowego bezprawia. Jej autor, *Gustav Radbruch* (1878–1949) był w okresie międzywojennym uważany za jednego z czołowych przedstawicieli pozytywizmu prawniczego. Po wpływie gorzkich doświadczeń płynących z perwersji nazistowskiego bezprawia opublikował po 1945 r. kilka artykułów²², które stały się w owym czasie prawdziwą sensacją. Zaskoczenie wzbudziła może nie tyle treść tych stosunkowo niewielkich publikacji, co raczej zestawienie pozytywistycznego rodowodu autora z niewątpliwie prawnonaturalnym wydzwiękiem jego aktualnych propozycji

²⁰ B. Schlink, *Rechtsstaat und revolutionäre Gerechtigkeit*, Neue Justiz 10/94, s. 433–437.

²¹ O znaczeniu formuły *Radbrucha* w kontekście relacji pomiędzy *ius* i *lex* zob. R. Dreier, *Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht* oraz *Der Begriff des Rechts*, w: idem, *Recht – Staat – Vernunft*, Frankfurt a. Main 1991, s. 73 i n. oraz s. 95 i n.; szerzej na ten temat J. Zajadło, *Formuła „Gesetz und Recht“*, *Ius et Lex*, 2002, 1, s. 35–49.

²² Chodzi tu zwłaszcza o: *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, Rhein-Neckar Zeitung z 09.09.1945 r.; *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Süddeutsche Juristen – Zeitung 1946, 5, s. 105–108, oraz *Die Erneuerung des Rechts*, Die Wandlung 1947, s. 8–16 (obecnie w: *Gustav Radbruch. Gesamtausgabe*, Bd. 3, *Rechtsphilosophie III*, (oprac. W. Hassemer), odpowiednio s. 78–79, 83–93 i 80–82).

filozoficznoprawnych. Jak to się stało, pytano, że czołowy przedstawiciel pozytywizmu prawniczego optuje nagle za postawą antyrelatywistyczną lub wręcz kognitywistyczną? Co skłoniło *Radbrucha* do tak radykalnej zmiany stanowiska? Skąd ta nagła wiara w ponadczasowość i powszechność zasad prawnonaturalnych? Współczesne badania nad filozofią prawa *Radbrucha* dowodzą, że ta zmiana stanowiska nie była aż tak diametralna, jak by się mogło z pozoru wydać – autor nigdy tak naprawdę nie był skrajnym pozytywistą, nigdy też nie przeszedł na pozycje konsekwentnie prawonaturalne²³. Zdaniem *A.Kaufmanna*²⁴, bardzo trudno jest formułować jednoznaczne i kategoryczne sądy na temat autora koncepcji ustawowego bezprawia, ponieważ prawda o jego życiu i dziele jest zawsze prawdą *cum grano salis*. Tzw. formułę *Radbrucha* rekonstruuje się najczęściej na podstawie znanego artykułu o ustawowym bezprawiu i ponadustawowym prawie, opublikowanego w 1946 r. na łamach *Süddeutsche Juristen-Zeitung*. Zawiera on kilka zdań, które łącznie składają się na omawianą konstrukcję filozoficzno-prawną.

Pierwsze z nich dotyczy problemu relacji pomiędzy bezpieczeństwem prawnym oraz zasadą sprawiedliwości w sytuacjach skrajnych i w literaturze określa się je jako tzw. *Unerträglichkeitsthese*: „Konflikt między sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym 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 osiąga taki stopień, że ustawa jako „prawo niesprawiedliwe” powinna ustąpić sprawiedliwości”²⁵. *Prima facie* wydawać by się mogło, że *Radbruch* nie mówi niczego nowego – odróżnianie *ius* od *lex* i będąca jego konsekwencją zasada *lex iniusta* (a właściwie – *iniustissima*) *non est lex* były znane już w starożytności i przewijają się właściwie przez całą historię filozofii prawa, stanowiąc oś odwiecznego sporu pomiędzy pozytywizmem prawniczym i doktrynami prawa natury. W literaturze najczęściej wskazuje się spór pomiędzy *Antygoną* i *Kreonem* jako typowy przykład tego dylematu²⁶. Z kolei we *Wspomnieniach* Ksenofonta takie pytanie zadawał już *Alcy-*

²³ Tak zwłaszcza *A. Kaufmann*, *Rechtsphilosophie*, München 1997, s. 41 i n. oraz idem, *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München – Zürich 1987, s. 25 i n.; zob. też *R. Dreier*, *S.L. Paulson*, *Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs*, w: *G. Radbruch, Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, Heidelberg 1999, s. 240 i n. oraz cytowana tam literatura.

²⁴ *A. Kaufmann*, *Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. Main 1984, s. 32; por. idem, *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*, w: idem, *W. Hassemer*, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. wyd., Heidelberg 1994, s. 108 i n.

²⁵ Cytuję według tłumaczenia polskiego w: *M. Szyszkowska*, *Zarys filozofii*, Białystok 2000, s. 262.

²⁶ Tak np. *M. Maneli*, *Juridical Positivism and Human Rights*, New York 1981, s. 345 i n.; por. też *W. Osiatyński*, *Prawo Kreona, prawo Antygony*, *Gazeta Wyborcza* nr 57 z 8–9.03.1997 r.

biades: „A zatem, gdy tyran zawładnie państwem i nakaże obywatelom, co powinni czynić, to też jest prawem?”²⁷. Przed wojną Radbruch odpowiedziałby na to pytanie twierdząco, w okresie powojennym – musiałby zaprzeczyć. Tak więc *Unerträglichkeitsthese* ma znaczenie klasyfikujące normę prawną z punktu widzenia wymagań sprawiedliwości jako „nieobowiązującą”, a nie tylko kwalifikującą ją jako „niesłuszną” czy „złą”²⁸. W takiej też wersji propozycja Radbrucha została wykorzystana w omówionych niżej orzeczeniach w sprawach tzw. strzelców przy Murze Berlińskim.

Drugą część propozycji Radbrucha określa się w literaturze mianem tzw. *Verleugnungsthese*: „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 nigdy nie dąży się do sprawiedliwości, gdzie równość będąca rdzeniem sprawiedliwości odrzucana jest świadomie przy stanowieniu prawa pozytywnego, tam trudno jest mówić, że ustawa jest jedynie „prawem niesprawiedliwym”, gdyż traci ona w ogóle 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”²⁹. W tym przypadku mamy do czynienia nie tylko z oceną granicy, poza którą norma prawna traci swoją moc obowiązującą. Radbruch proponuje bowiem, by w pewnych sytuacjach normy formalnie przyobleczone w szaty prawa uznać od samego początku za nie zasługujące na miano obowiązującego prawa, a typowym przykładem są tzw. ustawy norymberskie z 15.08.1935 r.³⁰. Różnica ma charakter zasadniczy. Nie jest to bowiem rozstrzygnięcie *post fatum* ze skutkiem wstecznym, lecz zakwestionowanie, zaprzeczenie (*Verleugnung*) prawnego charakteru normy od samego początku. Konsekwencja dotyczy może wprawdzie poszczególnych norm, ale wynika z charakteru systemu prawa jako całości. Ta część wypowiedzi Radbrucha nastęrcza jednak przy bardziej szczegółowej analizie ogromne wątpliwości natury praktycznej, ponieważ zakłada np. świadomie zbrodnicze działanie ustawodawcy. W przypadku *Unerträglichkeitsthese* norma rażąco niesprawiedliwa powinna być uchylona nawet z mocą wsteczną lub sąd powinien odmówić jej zastosowa-

²⁷ Cytuję za R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Państwo i Prawo 1993, 11–12, s. 35 przyp. 5.

²⁸ Ibidem, s. 37.

²⁹ Cytuję według tłumaczenia polskiego w: M. Szyszkowska, *Zarys filozofii*, Białystok 2000, s. 262.

³⁰ R. Faupel, K. Eschen, *Gesetzliches Unrecht in der Zeit des Nationalsozialismus. Vor 60 Jahren: Erlaß der Nürnberger Gesetze*, Baden-Baden 1997; zresztą sam Radbruch (w posłowie do swojego głównego dzieła, napisanym na krótko przed śmiercią i dopiero niedawno po raz pierwszy opublikowanym) uważał ustawy norymberskie za najlepszy przykład ustawowego bezprawia – G. Radbruch, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, Heidelberg 1999 s. 194.

nia, dając pierwszeństwo zasadzie sprawiedliwości. Mamy więc do czynienia z normą w takim stopniu przedmiotowo wadliwą, że jej stosowanie prowadzi do sytuacji bezprawia. Inaczej jest w odniesieniu do *Verleugnungsthese* – od samego początku mamy do czynienia z „nieprawem”. Jest to zresztą jeden z głównych zarzutów pod adresem tej części wypowiedzi *Radbrucha* ze strony jego interpretatorów – zdaniem *N. Hoerster*a jeśli np. rozporządzenie nr 11 do ustawy o obywatelstwie Rzeszy z 25.11.1941 r., pozbawiające obywatelstwa i majątku żydowskich emigrantów, nie było prawem, to czym właściwie w sensie swojej formy i jej językowego desygnatu właściwie było³¹? W literaturze³² podkreśla się więc niekiedy, że z punktu widzenia normatywnych skutków obie tezy *Radbrucha* nie różnią się w gruncie rzeczy od siebie, co prowadzi albo do rezygnacji z dalszej analizy *Verleugnungsthese*, albo też do poszukiwania jej odrębności w wymiarze innym niż skutki normatywne, np. metod i stopnia rozpoznawalności ustawowego bezprawia.

Najwięcej wątpliwości wzbudza jednak trzeci z elementów wypowiedzi *Radbrucha*, tzw. *Wehrlosigkeitsthese*, w którym autor obciążył pozytywizm prawniczy odpowiedzialnością za wynaturzenia nazistowskiego systemu polityczno-prawnego: „Pozytywizm swoim przekonaniem „ustawa jest ustawą” obezwładnił niemieckich prawników i uczynił ich bezbronnymi wobec ustaw 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”³³. Paradoksalnie ta właśnie teza spotyka się w literaturze z najbardziej krytyczną oceną i uznawana jest za szczególnie kontrowersyjny element powojennych wypowiedzi *Radbrucha*, zarówno ze strony przeciwników, jak i niektórych zwolenników jego formuły. Pod adresem *Wehrlosigkeitsthese* kieruje się najczęściej trzy podstawowe zarzuty³⁴: 1) problem oceny relacji pomiędzy pozytywistyczną edukacją niemieckich prawników a ich zawodowymi i moralnymi postawami w okresie narodowego socjalizmu, wy-

³¹ Zob. R. Alexy, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, (op. cit., przyp. 26), s. 38.

³² Szerzej na ten temat J. Zajadło, *Formuła Radbrucha*, (op. cit., przyp. 8), s. 105–136.

³³ Cytuję według tłumaczenia polskiego w: M. Szyszkowska, *Zarys filozofii*, Białystok 2000, s. 261.

³⁴ Zob. np. oparte na rzetelnej analizie historycznej studium M. Walthera, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?*, Kritische Justiz 1988, 3, s. 263–280 oraz bardzo wnikliwe pod względem teoretycznym studium K. Füllera, *Rechtspositivismus und „gesetzliches Unrecht”. Zur Destruktion einer verbreiteten Legende*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1992, s. 299–331; w literaturze polskiej na temat problemu odpowiedzialności pozytywizmu piszą ostatnio M. Ziemiński, *Pozytywizm prawniczy a prawo i prawnicy w Trzeciej Rzeszy – powojenna dyskusja niemieckich historyków i teoretyków prawa o przyczynach upadku prawa w czasach nazizmu*, Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi, t. XXIV, 2001, s. 5–30 oraz J. Woleński, *O pozytywizmie prawniczym*, w: J. Pawlica (red.), *Etyka a prawo i praworządność*, Kraków 1998, s. 9–16.

myka się kryteriom racjonalnej, naukowej oceny; 2) pozytywizm prawniczy wbrew wszelkim pozorom nie był wcale teorią panującą w środowiskach prawników-praktyków i prawniczych kręgów akademickich w okresie Republiki Weimarskiej; 3) nazistowski system prawa i nauka prawa były w gruncie rzeczy antypozytywistyczne i oparte na bardzo specyficznym pojętym prawnonaturalizmie³⁵. Mimo tej słusznej z historycznego punktu widzenia krytyki, trudno jednak nie dostrzec, że w oskarżeniu *Radbrucha* pod adresem pozytywizmu kryje się pewne racjonalne jądro. Zwłaszcza w warunkach niemieckiego pozytywizmu w wersji tzw. *Obrigkeitspositivismus* prowadził niekiedy do etycznego nihilizmu, sprzyjał postawom konformistycznym, stępiał moralną wrażliwość i pozwalał na poszukiwanie samsprawiedliwienia w aurytetyce czynnika zewnętrznego.

3. Pierwsze procesy tzw. strzelców przy Murze Berlińskim. Zaczęło się³⁶ od dwóch wyroków Sądu Okręgowego w Berlinie – z 20.01.1992 r.³⁷ i 05.02.1992 r.³⁸. Szczególne i w pewnym sensie symboliczne znaczenie miał zwłaszcza pierwszy z nich, ponieważ dotyczył sprawy odpowiedzialności za śmierć ostatniej ofiary reżimu granicznego NRD – 20-letniego *Chrisa Gueffroy* zastrzelonego przez funkcjonariuszy służby granicznej NRD w nocy z 5 na 6 lutego 1989 r., a więc kiedy upadek Muru Berlińskiego był w zasadzie przesądzony. Przed sądem stanęło czterech żołnierzy – dwóch z nich uniewinniono, jeden skazany został na karę dwóch lat pozbawienia wolności w zawieszaniu, a jeden na karę 3 lat i 6 miesięcy bezwzględnie pozbawienia wolności. W ostatniej instancji Federalny Sąd Najwyższy utrzymał w zasadzie w mocy rozstrzygnięcie sądu I instancji, zmieniając jedynie nieco wysokość orzeczonych kar i zawieszając w obu przypadkach ich wykonanie³⁹. W drugiej sprawie zakończonej wyrokiem Sądu Okręgowego w Berlinie z 05.02.1992 r. postawiono przed sądem dwóch żołnierzy pod zarzutem pozbawienia życia 20-letniego *Michaela Schmidta*, który w nocy z 30 listopada na 1 grudnia 1984 r. próbował sforsować Mur Berliński. Oskarżeni skazani zostali na kary 1 roku i 6 miesięcy oraz 1 roku i 9 miesięcy pozbawienia wol-

³⁵ M. Szyszowska, *Filozofia prawa i jej współczesne znaczenie*, Warszawa 2002, s. 61 i n.

³⁶ Gwoli ścisłości trzeba jednak dodać, że pierwsze próby pociągnięcia do odpowiedzialności karnej strażników Muru Berlińskiego miały miejsce już latach 60. – najbardziej znanym przypadkiem jest tzw. *Fall Hanke* z 1963 r., kiedy postawiono przed sądem byłego funkcjonariusza służb granicznych NRD, który następnie uciekł do RFN. Szerzej na ten temat zob. F. Biermann, *Gesetzliches Unrecht in der DDR und Rückwirkungsverbot – am Beispiel von § 27 des DDR-Grenzgesetzes*, Göttingen 1997, s. 56 i n.

³⁷ Tekst wyroku wraz z uzasadnieniem w *Juristen Zeitung* 1992, 13, s. 691–696.

³⁸ Tekst wyroku wraz z uzasadnieniem w *Neue Justiz* 1992, 9, s. 418–422.

³⁹ Tekst wyroku z 25.03.1993 r. w wraz z uzasadnieniem w *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, s. 1932–1938 (obecnie także w *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, Bd. 39, s. 168 i n.).

ności z zawieszeniem ich wykonania. Federalny Sąd Najwyższy nie uwzględnił rewizji obu oskarżonych, ale jednocześnie zupełnie inaczej niż sąd I instancji uzasadnił swój wyrok, dzieląc raczej do pewnego stopnia argumenty podniesione w wyroku z 20.01.1992 r. i odwołując się wprost do radbruchowskiej koncepcji ustawowego bezprawia⁴⁰.

Obydwa cytowane wyżej wyroki zostały wydane w krótkim odstępie czasu przez dwie różne izby Sądu Okręgowego w Berlinie (odpowiednio 23 i 18 tzw. Wielką Izbę Karną) i różnią się od siebie w sposób istotny w sferze uzasadnienia. W zakresie prawnokarnej kwalifikacji inkryminowanych czynów problem był w gruncie rzeczy taki sam w obu stanach faktycznych. Nie ulegało bowiem wątpliwości, że sprawców można pociągnąć do odpowiedzialności karnej tylko wówczas, gdy ich czyny stanowiły przestępstwa na gruncie kodeksu karnego NRD. Trzeba było jednak zbadać, czy sprawcy działali w granicach kontratypu określonego w § 27 ustawy z 27.03.1982 r. o granicach państwowych NRD w związku z odpowiednimi przepisami kodeksu karnego NRD (m.in. § 213) i przepisami wprowadzającymi kodeks karny RFN (§ 315 po zmianach wynikających z traktatu zjednoczeniowego w związku z § 2 kodeksu karnego RFN), który upoważniał funkcjonariuszy do użycia broni w określonych sytuacjach i w określony sposób. Z relatywnie najprostszą sytuacją mamy do czynienia wówczas, gdy użycie broni nastąpiło z naruszeniem granic kontratypu w ramach tzw. ekscesu intensywnego – w takich przypadkach karalność czynu nie budzi zasadniczych wątpliwości. W procesach tzw. strzelców przy Murze Berlińskim chodziło jednak przede wszystkim o takie zdarzenia, które mieściły się formalnie w granicach kontratypu wynikającego z wyżej cytowanych przepisów, ale powstał problem zgodności tych przepisów z jednej strony z normami prawa międzynarodowego, z drugiej zaś – z wymogami ogólno ludzkiej sprawiedliwości. Dodatkowy problem dotyczył pytania, czy pociągnięcie sprawców do odpowiedzialności karnej z wykorzystaniem tej swoistej argumentacji nie naruszy zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori* wyrażonej w odpowiednich przepisach kodeksów karnych NRD i RFN, ale przede wszystkim potwierdzonej w art. 103 ust. 2 ustawy zasadniczej RFN. Wątpliwości budził także zakres zastosowania zakazu retroakcji – czy dotyczy on tylko znamion przestępstwa i przewidzianych prawem sankcji karnych, czy też obejmuje swoim zasięgiem istotę i sposób interpretacji kontratypów. Obydwa cytowane wyżej wyroki Sądu Okręgowego w Berlinie dotyczyły zdarzeń, które miały miejsce po 1982 r., a więc kiedy obowiązywała już ustawa o granicach państwowych NRD. W innych sprawach rozpatrywanych przez sądy w późniejszym okresie sytuacja prawna była jeszcze bardziej złożona, ponieważ warunki użycia

⁴⁰ Tekst wyroku z 03.11.1992 r. w wraz z uzasadnieniem w *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, s. 141–149 (obecnie także w *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, Bd. 39, s. 1 i n.).

broni przez funkcjonariuszy służb granicznych nie były tak jasno określone w prawie NRD, jak w przypadku cytowanego § 27. Do czasu wejścia w życie ustawy o granicach państwowych taką podstawę prawną stanowiły przede wszystkim przepisy ustawy o zadaniach i kompetencjach niemieckiej policji ludowej z 11.06.1968 r., zwłaszcza § 17 ust. 2. Z kolei przed 1968 r. pragmatyka graniczna nie miała określonego oparcia ustawowego i obowiązywały różnego rodzaju instrukcje, zarządzenia, rozkazy etc. Typowym przykładem było zarządzenie nr 89/DV-30/10 Ministerstwa Obrony Narodowej z 1967 r. nakazujące „pod każdym warunkiem zabezpieczenie granic państwowych” (*Staatsgrenze unter allen Bedingungen zu gewährleisten*) oraz „zatrzymanie lub zniszczenie osób naruszających granice” (*Grenzverletzer vorläufig festzunehmen oder zu vernichten*)⁴¹. Od powstania Muru Berlińskiego w 1961 r. pragmatyka ta przekładała na specjalny system doboru i szkolenia funkcjonariuszy służb granicznych – kandydaci byli wyraźnie i wprost pytani, czy są gotowi do użycia broni w obronie granic, a osoby mające jakiegokolwiek wątpliwości kierowano do innych jednostek wojskowych.

W zakresie użycia broni przez tzw. strzelców przy Murze Berlińskim sądy miały do czynienia z bardzo różnymi stanami faktycznymi – w niektórych z nich już *prima facie* można było uznać, iż chodzi o tzw. eksces intensywny, a niekiedy wręcz o bezpośredni lub co najmniej ewentualny zamiar zabójstwa⁴², ale zdecydowana większość miała z tego punktu widzenia znacznie bardziej złożony charakter. H. Roggemann proponuje następującą typologię tych zdarzeń⁴³:

1) zwykle użycie broni palnej: pojedyncze strzały ze skutkiem śmiertelnym oddane przez strażnika służby granicznej po uprzednim ostrzeżeniu i strzałach ostrzegawczych, celowane w stopy lub nogi uciekiniera, w celu uniemożliwienia mu nielegalnej ucieczki przez granicę,

⁴¹ Szerzej na ten temat R. Alexy, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, Hamburg 1997 oraz idem, *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg 1993.

⁴² Por. np. drastyczne przypadki opisane przez H.J. Heltena, *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Mauerschützen*, w: U. Drobniig (Hrsg.), *Die Strafrechtsjustiz der DDR im Systemwechsel*, Berlin 1998, s. 131–145.

⁴³ H. Roggemann, *Systemunrecht und Strafrecht am Beispiel der Mauerschützen in der ehemaligen DDR*, Berlin 1993, s. 35–38; por. idem, *Karnoprawny stosunek do przeszłości NRD na przykładzie odpowiedzialności za strzały przy Murze Berlińskim i sądowe bezprawie jako obraz politycznego prawa karnego*, w: A. Eser, A. Zoll (red.), *Prawo karne a problem zmiany ustroju politycznego*, Zakamycze 1998, s.106.

Nieco inną typologię proponują K. Marxen i M. Werle (*Erfolge, Defizite und Möglichkeiten der strafrechtlichen Aufarbeitung des SED-Unrechts in vorwiegend empirischer Hinsicht* (op. cit., przyp. 9, s. 1126–1130): 1) tzw. przypadki typowe, 2) pozbawienie życia funkcjonariuszy próbujących uciec przez granicę, 3) pozbawienie życia obywateli RFN lub obcokrajowców, 4) ekscesy, 5) pozbawienie życia ze skutkiem na terenie RFN, 6) okaleczenia ciała uciekinierów, 7) usiłowania.

2) zmasowane użycie broni: stan faktyczny jak w pkt. 1, przy czym strażnik oddał kilka serii ogniem ciągłym z automatycznej broni palnej,

3) strzały bez ostrzeżenia: strażnik służby granicznej strzela w kierunku uciekiniera bez uprzedniego ostrzeżenia lub strzałów ostrzegawczych,

4) strzały ze skutkiem śmiertelnym celowane lub nie celowane: strzały oddane ogniem ciągłym w kierunku tułowia lub głowy uciekiniera, celowane lub nienależycie celowane z powodu złej widoczności lub ciemności,

5) strzały do osób wyraźnie rannych lub niezdolnych do ucieczki: strzały oddane do osób, które z łatwością można było zatrzymać bez użycia lub ponownego użycia broni, ponieważ zrezygnowały z dalszej ucieczki, dalsza ucieczka była obiektywnie niemożliwa lub były ranne z powodu wcześniejszego postrzelenia,

6) zabójstwa wskutek nieudzielenia pomocy: strażnicy po wcześniejszym postrzeleniu uciekiniera pozwalają mu się wykrwawić lub tak zwlekają z udzieleniem pomocy, że uratowanie ofiary staje się niemożliwe,

7) strzały do uciekających sprawców przestępstw: sprawca po popełnieniu innego przestępstwa próbuje uciec zagranicę i zostaje śmiertelnie postrzelony,

8) strzały po ataku zbrojnym lub przeciwko obronie uciekiniera: uciekinier sam używa broni przeciwko strażnikom i ginie wskutek wymiany ognia,

9) strzały lub śmierć na terenie (dawnej) Republiki Federalne Niemiec: uciekinierowi udaje się sforsować granicę i zostaje zastrzelony przez strażników NRD, kiedy znajdował się już na terenie RFN lub umiera na terenie RFN wskutek ran odniesionych w trakcie ucieczki.

W sprawie dotyczącej śmierci *Chrisa Gueffroy*, którą z uwagi na pewien ciąg następujących po sobie zdarzeń należałoby zaliczyć według powyższej typologii do pkt. 1, 2 i 4, sąd uznał wyższość zasady sprawiedliwości nad zakazem retroakcji, odwołując się pośrednio do tzw. formuły *Radbrucha* przez odesłanie do wcześniejszego orzecznictwa, zwłaszcza Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Oznaczało to także nawiązanie do wypracowanej jeszcze w końcu lat 40. przez Sąd Najwyższy dla Strefy Brytyjskiej koncepcji tzw. *Kernbereich des Rechts*: „istnieje takie jądro prawa, którego zgodnie z powszechnym poczuciem prawnym nie może naruszyć żadna ustawa i żaden akt władczy”. W konsekwencji sąd pominął w ocenie inkryminowanych czynów § 27 ustawy o granicach NRD uznając, że w warunkach całościowej oceny reżimu granicznego NRD przepis ten stanowi przypadek rażącego „ustawowego bezprawia” w rozumieniu formuły *Radbrucha*. Szczególnie istotny był dla sądu właśnie ten kontekst pozaprawny, ponieważ z formalnego punktu widzenia literalne sformułowanie przepisu § 27 ustawy o granicach państwowych NRD prawie niczym nie różniło się od analogicznych przepisów chroniących granice RFN. W NRD nikt jednak w przypadku użycia broni przez funkcjonariuszy służby granicznej nie badał, czy nastąpiło to zgodnie

z obowiązującymi przepisami, starano się sprawę raczej zatuszować i żołnierze byli szczególnie nagradzani za uniemożliwienie ucieczki, nawet (a może zwłaszcza) jeśli pociągało to za sobą zupełnie niepotrzebne ofiary śmiertelne. Zdaniem sądu był to, jak czytamy w uzasadnieniu wyroku, „rodzaj perfidnej podwójnej strategii położonych w stosunku do żołnierzy służby granicznej”.

Tym samym kierował się również sąd orzekający w opisaney wyżej sprawie śmierci *Michaela Schmidta* zakończony wyrokiem z 05.02.1992 r., ale zupełnie inaczej uzasadnił swoje stanowisko. Sąd nie poszedł tokiem rozumowania odwołującym się do formuły *Radbrucha* przez uznanie odpowiednich przepisów prawa NRD za nieważne z uwagi na sprzeczność z zasadami sprawiedliwości – wręcz przeciwnie, w uzasadnieniu wyroku odwołano się wprawdzie bezpośrednio do słynnego artykułu *Radbrucha* z 1946 r. o ustawowym bezprawiu i ponadustawowym prawie, ale jednocześnie na bazie omawianego przypadku przyznano pierwszeństwo zasadzie bezpieczeństwa prawnego nad zasadą sprawiedliwości. Sąd podjął więc próbę wykładni przepisów kodeksu karnego i ustawy o granicach państwowych NRD z punktu widzenia wymogów państwa prawa, abstrahując od teoretycznej i faktycznej odmienności tzw. praworządności socjalistycznej. W konsekwencji sąd doszedł do wniosku, że przepis § 27 ustawy o granicach państwowych NRD uzasadniał wprawdzie użycie broni w celu uniemożliwienia ucieczki przez granicę, ale w większości przypadków nastąpiło naruszenie charakterystycznej dla państwa prawa zasady proporcjonalności, zwłaszcza w kontekście ochrony podstawowych praw człowieka. Był to więc przepis obowiązujący, ale z uwagi na okoliczności konkretnej sprawy nie może być uznany za kontratyp wyłączający odpowiedzialność karną. Faktyczny i prawny reżim graniczny NRD nie stanowił wprawdzie naruszenia „jądra prawa” (*Kernbereich des Rechts*) w rozumieniu formuły *Radbrucha*, ale można mu zarzucić sprzeczność z „porządkiem publicznym” (*ordre public*) RFN. Z punktu widzenia tzw. interterytorialnego prawa karnego i w kontekście postanowień traktatu zjednoczeniowego, ta ostatnia teza wydaje się jednak bardzo kontrowersyjna.

4. Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego z 03.11.1992 r.⁴⁴. Wyrok Sądu Okręgowego w Berlinie z 05.02.1992 r. był przedmiotem postępowania rewizyjnego przed Federalnym Sądem Najwyższym, w wyniku którego zapadło orzeczenie z 03.11.1992 r., chyba najszerzej dyskutowane i najbardziej charakterystyczne w całym procesie tzw. *Aufarbeitung von DDR-Unrecht*. Rewizja obu oskarżonych od skazującego wyroku sądu I instancji, oparta w głównej mierze na zarzucie naruszenia zakazu karalności osób działających w imieniu – w tym wypadku obcego – państwa (tzw. *act of state doctrine*)

⁴⁴ Por. wyżej przyp. 37.

została przez Federalny Sąd Najwyższy w całości odrzucona. Jak już wspominałem, sąd przyjął tutaj tok rozumowania występujący wcześniej w orzeczeniu w sprawie śmierci Chrisa Gueffroy, tyle tylko, że odwołał się wprost do formuły Radbrucha oraz prawa ponadpozytywnego (*überpositives Recht*), posiłkując się jeszcze dodatkowo prawem międzynarodowym i tzw. interpretacją przyjazną prawom człowieka (*menschenrechtsfreundliche Auslegung*). W fachowej literaturze prawniczej orzeczenie to wywołało burzliwą dyskusję pomiędzy jego przeciwnikami i zwolennikami, z pewną ilościową przewagą tych pierwszych⁴⁵. Trzeba jednak dodać, że problem dosyć szybko wykroczył poza kręgi prawnicze i stał się przedmiotem sporów także wśród etyków, filozofów, historyków, politologów, a nawet teologów. Wyrok miał więc ogromne znaczenie praktyczne, ponieważ do pewnego stopnia zdeterminował późniejszą linię orzeczniczą Federalnego Sądu Najwyższego nie tylko w sprawach innych funkcjonariuszy służb granicznych jako sprawców bezpośrednich, lecz także w zakresie odpowiedzialności byłych członków władz partyjnych, państwowych i wojskowych NRD za sprawstwo pośrednie. Przyjęta przez sąd swoista argumentacja prawnonaturalna i posiłkowanie się formułą *Radbrucha* wpłynęły również na orzecznictwo w zupełnie innego typu sprawach, zwłaszcza w kwestii odpowiedzialności byłych sędziów i prokuratorów NRD za tzw. naginanie prawa (*Rechtsbeugung*). I wreszcie, *last but not least*, jej ślady widać również w omówionych niżej orzeczeniach Federalnego Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Mimo podnoszonych w literaturze prawniczej wątpliwości co do zasadności posiłkowania się formułą *Radbrucha* w procesie prawnokarnego rozliczania bezprawia byłej NRD, w orzecznictwie konstrukcja ta wysuwała się w latach 90. w miarę upływu czasu coraz bardziej na plan pierwszy⁴⁶. Rozwojowi tej tendencji sprzyjało z pewnością kształtowanie się koncepcji

⁴⁵ Na temat prawnych i pozaprawnych aspektów tzw. *Mauerschützen* ukazało się w Niemczech już tyle mniejszych i większych opracowań, iż trudno w tym miejscu dokonać ich nawet pobieżnego przeglądu – pewne uporządkowanie literatury i orzecznictwa do 1997 r. zawiera praca J. Kreutera, *Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrechts*, Gütersloh 1997, s. 486–508.

Z nowszej literatury por. zvl. K. Seidel, *Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“ – Prozesse*, Berlin 1999; G.F. Ebner v. Eschenbach, *Wieviel Unrecht verträgt der deutsche Rechtsstaat? Verfassungsrechtliche Probleme der Verurteilungen von „Mauerschützen“*, München 2000; T. Rummel, *Die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze*, Berlin 2000; W. Fahnenschmidt, *DDR-Funktionäre vor Gericht*, Berlin 2000.

⁴⁶ B. Schünemann, *Verfassungsrechtliche Probleme der strafrechtlichen Aufarbeitung, w: Enquete-Kommission „Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit“*, Frankfurt a. Main 1999, t. II/2, s. 1350: „W drugiej fazie orzecznictwa Federalnego Sądu Najwyższego coraz bardziej na pierwszy plan, w miejsce „wykładni przyjaznej prawom człowieka“, wysuwała się tzw. formuła Radbrucha. Szczególnie w orzecznictwie dotyczącym naginania prawa przez sędziów NRD formuła Radbrucha całkowicie wyparła metodę „wykładni przyjaznej prawom człowieka“. Także w orzeczeniach w sprawie zabójstw na wewnątrzniemieckiej granicy wysunęła się na plan pierwszy”.

tw. sprawiedliwości transnarodowej (*transnational justice*) w otoczeniu zewnętrznym – powołanie specjalnych trybunałów ds. zbrodni popełnionych w Rwandzie oraz byłej Jugosławii, a następnie Międzynarodowego Trybunału Karnego było świadectwem pewnej zmiany paradygmatu państwa prawa na poziomie międzynarodowym⁴⁷ i, jak pisze *M. Werle*⁴⁸, właśnie w zakresie tzw. przestępczości państwowej międzynarodowe prawo karne coraz częściej przebija pancerz suwerenności państwowej.

Sąd stanął przede wszystkim na stanowisku, że rozpowszechniona w kręgu anglosaskiej kultury prawnej tzw. *act of state doctrine* nie ma charakteru powszechnie obowiązującej zasady prawa międzynarodowego w rozumieniu art. 25 ustawy zasadniczej RFN. Wręcz przeciwnie, w rozpatrywanej sprawie trzeba mieć na względzie postanowienia art. 18 i 19 traktatu zjednoczeniowego, który utrzymał w mocy dotychczasowe orzeczenia sądów i organów administracji państwowej NRD, pod warunkiem wszakże ich zgodności z zasadami państwa prawa. W uzasadnieniu omawianego wyroku najbardziej interesujące są jednak nie te wątki, które dotyczą *act of state doctrine* czy też pojęcia *lex mitior* w rozumieniu § 315 traktatu zjednoczeniowego, lecz przede wszystkim przyczyny wyłączenia stosowania kontratypu wynikającego z § 27 ustawy o granicach państwowych NRD z wykorzystaniem formuły *Radbrucha* i problem zgodności tej interpretacji z zakazem retroakcji wynikającym z art. 103 ust. 2 ustawy zasadniczej RFN. W odróżnieniu od sądu pierwszej instancji Federalny Sąd Najwyższy nie podjął więc próby dokonania wykładni przepisów NRD w duchu państwa prawa i w oderwaniu od faktycznej praktyki ich stosowania w warunkach reżimu komunistycznego. W konsekwencji w uzasadnieniu wyroku czytamy m.in.: „Od pytania, czy postępowanie oskarżonych było usprawiedliwione prawem NRD w myśl praktyki tego państwa należy odróżnić pytanie, czy tak pojęte usprawiedliwienie (§ 27 ust. 2 ustawy o granicach państwowych NRD) należy pominąć z powodu naruszenia obowiązujących także w NRD ogólnych zasad prawa i ekstremalnej sprzeczności z zasadą proporcjonalności (...)”. W tym właśnie miejscu sąd sięgnął po formułę *Radbrucha* odwołując się do „wspólnego wszystkim narodom poczucia prawnego opartego na wartości i godności człowieka”, zdając sobie jednak sprawę z dwóch związanych z tym wątpliwości i trudności natury historycznej i praktycznej. Po pierwsze, radbruchowska koncepcja ustawowego bezprawia była genetycznie związana z problemem perwersji nazistowskiego systemu polityczno-prawnego i trudno w tym kontekście zestawiać ze sobą ogrom zbrodni hitlerowskich z bezprawiem reżimu komunistycznego NRD. Po drugie, *Radbruch* nigdy nie określił, gdzie jego zdaniem leży granica po-

⁴⁷ O ogólnofilozoficznych aspektach tego procesu pisze J. Rawls, *Prawo ludów*, Warszawa 2001.

⁴⁸ G. Werle, *Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität*, Neue Juristische Wochenschrift 2001, 41, s. 3002.

między bezprawiem „zwykłym” i bezprawiem tak „rażącym”, że bezpieczeństwo prawne musi ustąpić miejsca zasadzie sprawiedliwości. Mimo tych trudności i wątpliwości sąd zdecydował się jednak na wykorzystanie formuły Radbrucha uznając, że ma ona walor uniwersalny, a nie tylko historyczny oraz że współcześnie pozytywnym punktem odniesienia dla jej treści są powszechnie uznane w prawie międzynarodowym prawa człowieka. W oparciu o tą podwójną, prawnonaturalną i prawnomiędzynarodową argumentację sąd pominął w ocenie inkryminowanych czynów problem kontratytu wynikającego z § 27 ustawy o granicach państwowych NRD, ponieważ w okolicznościach konkretnej sprawy oraz na tle całego reżimu granicznego NRD i jego praktycznego funkcjonowania uznał go za przepis nieobowiązujący. W literaturze⁴⁹ podsumowano to w następujący sposób: „Na pierwszej płaszczyźnie argumentacji, odwołującej się do prawa naturalnego, a zwłaszcza formuły *Radbrucha*, okoliczności wyłączające bezprawność przewidziane w prawie NRD uznaje się za nieobowiązujące. Tę płaszczyznę argumentacji Federalny Sąd Najwyższy umacnia dodatkowo, kiedy powołując się na prawa człowieka ustanowione w aktach prawa międzynarodowego uznaje prawo pozytywne NRD za nieważne. Na drugiej, dodatkowej płaszczyźnie argumentacji ustawy NRD interpretuje *ex post* z punktu widzenia przestrzegania praw człowieka, uzasadniając to tym, że taka interpretacja ustawodawstwa NRD była możliwa także w NRD w chwili popełnienia czynu. Ani w uznaniu nieważności prawa NRD, ani też w działającej wstecz reinterpretacji prawa NRD, Federalny Sąd Najwyższy nie dopatruje się naruszenia zakazu retroakcji”.

5. Postanowienie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 24.10.1996 r.⁵⁰. Jak wspomniałem, w sprawach dotyczących funkcjonariuszy służby granicznej NRD podstawowy problem prawny sprowadzał się do ustalenia i sposobu interpretacji okoliczności wyłączających bezprawność czynów, zwłaszcza w kontekście dopuszczalności, i warunków użycia broni. Już *prima facie* można było jednak uznać, że szeregowi żołnierze byli tylko narzędziem i do pewnego stopnia ofiarami szerszego systemu. Granice NRD strzeżone były bowiem nie tylko przez funkcjonariuszy służb granicznych, ale zorganizowano też cały system urządzeń samostrzelających i pól minowych, a w perspektywie planowano zbudowanie do 2000 r. kosztem ogromnych nakładów finansowych specjalny elektroniczny system wykrywania i ostrzegania⁵¹. Tak zmasowane środki ochrony granic chyba nie do końca miały

⁴⁹ J. Arnold, E. Weigend, *Prawo karne, zmiana systemu politycznego i obrachunek z przeszłością w Polsce i w Niemczech. Próba podsumowania*, w: A. Eser, A. Zoll, *Prawo karne a problem zmiany ustroju politycznego*, Zakamycze 1998, s. 47.

⁵⁰ Tekst orzeczenia wraz z uzasadnieniem w *Juristen Zeitung* 1997, s. 142–147 (obecnie także w *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, Bd. 95, s. 96 i n.).

⁵¹ T. Flemming, H. Koch, *Die Berliner Mauer. Geschichte eines politischen Bauwerks*, Berlin – Brandenburg 2001, s. 108–112.

oparcie w ustawodawstwie NRD, w tym zwłaszcza w przepisach konstytucyjnych dotyczących ochrony ludzkiego życia. Powstał więc problem odpowiedzialności karnej tzw. sprawców z za biur (Schreibtischtäter) i tych poszukiwano przede wszystkim wśród członków władz państwowych, wojskowych i politycznych, głównie Narodowej Rady Obrony i Biura Politycznego SED. Centralnym zagadnieniem prawnym nie był oczywiście w tym przypadku problem dopuszczalności i interpretacji granic kontraty, lecz raczej pytanie, jakiego typu zarzuty w ogóle można postawić oskarżonym na gruncie kodeksu karnego NRD (lub ewentualnie RFN w przypadku *lex mitior*). Akty oskarżenia w zakresie odpowiedzialności za śmierć osób na granicy niemiecko-niemieckiej szły w kierunku podlegania ewentualnie pomocnictwa, natomiast Federalny Sąd Najwyższy przychylił się raczej do koncepcji współsprawstwa. Wytoczone procesy, zwłaszcza tzw. *Politbüroprozesse*, zasługują jednak na zupełnie odrębne omówienie, które przekracza ramy tego opracowania⁵². W tym miejscu skoncentruję się więc jedynie na tych aspektach, które są wspólne dla spraw funkcjonariuszy służb granicznych jako sprawców bezpośrednich oraz członków władz państwowych, wojskowych i politycznych jako sprawców pośrednich – chodzi przede wszystkim o specyficzną argumentację sądów opartą na formule *Radbrucha* w kontekście zakazu retroakcji.

Sprawa tzw. *Mauerschützen* była właśnie w tym kontekście przedmiotem skarg konstytucyjnych w postępowaniu przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym. Skargi złożyli *Karl-Heinz Winkler*, były funkcjonariusz służby granicznej oraz trzej byli członkowie Narodowej Rady Obrony NRD – generał armii *Heinz Keßler*, były minister obrony narodowej; generał-pułkownik *Fritz Streletz*, były wiceminister obrony narodowej; *Hans Albrecht*, były członek Komitetu Centralnego i przewodniczący SED w okręgu Suhl. Oczywiście przedmiotem postępowania przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym, ze względu na zakres kognicji tego organu, nie było *meritum* prawnokarne, lecz problem zgodności wyroków sądów powszechnych z zakazem retroakcji wyrażonym w art. 103 ust. Ustawy Zasadniczej. W orzeczeniu z 24.10.1996 r., Trybunał potwierdził zasadność wydanych wyroków, nie dopatrując się złamania norm konstytucyjnych. Podobnie jak w przypadku wyżej omówionych wyroków sądów powszechnych, szczególnie interesująca jest warstwa filozoficzno-prawna uzasadnienia tego postanowienia, ponieważ mieści się w pewnej retoryce charakterystycznej dla formuły *Radbrucha*. Trybunał przyjął bowiem, że w określonych okolicznościach, zwłaszcza kiedy mamy ze „skrajnym państwowym bezprawiem”, absolutny zakaz retroakcji w ogóle nie ma zastosowania i nie może być użyty przeciwko wymogom materialnej sprawiedliwości. Trzeba jednak przyznać, że uzasadnienie orzecz-

⁵² Szerzej na ten temat por. W. Fahnenschmidt, *DDR-Funktionäre vor Gericht*, (op. cit., przyp. 41).

nia nie we wszystkich punktach jest wewnętrznie koherentne – z jednej strony Trybunał podkreślił, iż obowiązywanie zakazu retroakcji ma charakter absolutny, z drugiej zaś sam poszukiwał wyjątku na gruncie formuły *Radbrucha*⁵³. W. Hassemer, sędzia Trybunału zasiadający w składzie orzekającym, który wydał postanowienie z 24.10.1996 r., tak określa swój stosunek do koncepcji ustawowego bezprawia: „Osobiście skłaniam się raczej ku temu, by za G. Radbruchem, za prawnie niewiążące uznać te akty prawa pozytywnego, które w rażący sposób naruszają prawa człowieka, powszechnie dzisiaj uznawane przez międzynarodową społeczność. Nie mamy tutaj do czynienia z jakimś nowym prawem naturalnym – przeciwnie, jeszcze po II wojnie światowej, Radbruch dobitnie broni wartości prawa pozytywnego, rezygnując z zasady pewności prawa na rzecz sprawiedliwości jedynie w sytuacjach skrajnych z normatywnego punktu widzenia. Poza tym, jeśli w ogóle, to dopuszczał istnienie jedynie negatywnego „prawa naturalnego”. W swej słynnej formule próbował określić nie to, co z punktu widzenia prawa naturalnego jest słuszne, lecz to, co jest niesprawiedliwe, czyli ekstremalny wyjątek normatywny”⁵⁴.

Trybunał podkreślił, że w swoim wcześniejszym orzecznictwie odwoływał się już wprawdzie kilkakrotnie do formuły *Radbrucha* w związku z rozliczeniem „ustawowego bezprawia” okresu nazizmu, ale nigdy nie miało to miejsca w kontekście prawa karnego. W każdym przypadku ograniczano też stosowanie tej konstrukcji do sytuacji ekstremalnych i absolutnie wyjątkowych. Trybunał podzielił jednak pogląd Federalnego Sądu Najwyższego wyrażony m.in. w cytowanym wyżej orzeczeniu z 03.11.1992 r. w sprawie śmierci *Chrisa Gueffroy*, iż z takim właśnie ekstremalnym wyjątkiem mamy do czynienia w przypadku całościowej oceny reżimu granicznego NRD oraz że konkretyzacji formuły *Radbrucha* należy współcześnie poszukiwać na gruncie międzynarodowej ochrony praw człowieka. Na poparcie tej tezy Trybunał przywołał swoje wcześniejsze orzeczenie z 31.07.1973 r., w którym praktyki na granicy niemiecko-niemieckiej sam określił jako „niehumanitarne” (*unmenschlich*).

6. Wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 22.03.2001 r.⁵⁵. Sprawa tzw. *Mauerschützen* znalazła swój epilog przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu. Skargi indywidualne, zarzucające roz-

⁵³ Podkreśla to np. R. Alexy, *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996*, (op. cit., przyp. 38), s. 18–37.

⁵⁴ W. Hassemer, *Odpowiedzialność prawnokarna w odniesieniu do przestępczości państwowej w kontekście politycznej zmiany systemu w świetle okoliczności wyłączających bezprawność*, w: A. Eser, A. Zoll, *Prawo karne a problem zmiany ustroju politycznego*, Zakamycze 1998, s. 90.

⁵⁵ Case of Streletz, Kessler and Krenz v. Germany (Applications nos. 34044/96 and 44801/98) oraz Case of K.-H.W. v. Germany (Application no. 37201/97).

strzygnięciom niemieckich sądów naruszenie m.in. art. 7 ust. 1 (zakaz karania bez podstawy prawnej) Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 04.11.1950 r., złożyli trzej członkowie byłego kierownictwa partyjno-państwowego byłej NRD (obok wyżej wymienionych *Fritza Streletza* i *Heinza Keßlera* dodatkowo jeszcze *Egon Krenz*) oraz wspomniany funkcjonariusz służby granicznej. Sprawa była na tyle skomplikowana i ważna, że zarówno o dopuszczalności skargi, jak i jej merytorycznym rozstrzygnięciu decydowała tzw. Wielka Izba złożona z 17 sędziów. 8.11.2000 r. Wielka Izba zdecydowała jednogłośnie o dopuszczalności skarg, natomiast 22.03.2001 r. wydano wyroki – w obu sprawach merytoryczne rozstrzygnięcie było identyczne, przy czym w sprawie *Streletz, Kessler i Krenz p-ko Niemcy* wyrok zapadł jednogłośnie, natomiast w sprawie *K.-H.W. p-ko Niemcy* większością głosów 14 do 3. Do drugiego z wyroków sędziowie głoszący częściowo przeciwko *meritum* załączyli opinie odrębne, a z kolei do obu wyroków niektórzy inni sędziowie dołączyli opinie przemawiające dodatkowo za przyjętym rozstrzygnięciem⁵⁶.

Przepis art. 7 ust. 1 konwencji przewiduje zakaz karania bez podstawy prawnej: „Nikt nie może być uznany za winnego popełnienia czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu działania, który według prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowił czynu zagrożonego karą w czasie jego popełnienia. Nie będzie również wymierzona kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony”. Jednocześnie ust. 2 art. 7 stanowi, iż nie ma on zastosowania w stosunku do działania lub zaniechania, które „w czasie popełnienia stanowiły czyn zagrożony karą według ogólnych zasad uznanych przez narody cywilizowane”. W omawianych sprawach pewną dodatkową komplikację stanowił fakt, iż Republika Niemiec w momencie ratyfikacji konwencji złożyła zastrzeżenie do art. 7 ust. 2 Konwencji, uzasadniając to zakazem retroakcji przewidzianym w art. 103 ust. 2 ustawy zasadniczej. Tą ostatnią kwestię Trybunał pozostawił jednak bez rozpoznania, ponieważ i tak uznał, iż w obu sprawach sądy niemieckie nie naruszyły konwencyjnego zakazu karania bez podstawy prawnej i tym samym nie musiał rozważać skutków złożonego zastrzeżenia. I znowu, podobnie jak w przypadku orzeczeń sądów niemieckich, najbardziej interesująca jest nie tyle sentencja samych orzeczeń, co raczej warstwa filozoficzno-prawna ich uzasadnień.

Wyroki z 22.03.2001 r. odwołują się wprost do formuły Radbrucha jedynie w tych miejscach, gdzie przytoczono dosłownie postanowienie Fede-

⁵⁶ Orzeczenia te spotkały się już z pierwszymi, zarówno aprobującymi jak i krytycznymi, komentarzami w Niemczech – zob. np. G. Werle, *Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität*, (op. cit., przyp. 44), s. 3001–3008; M. Rau, *Deutsche Vergangenheitsbewältigung vor dem EGMR – Hat der Rechtsstaat gesiegt?*, Neue Juristische Wochenschrift 2001, 41, s. 3008–3014; J. Arnold, *Menschenrechtsschutz durch Art. 7 Abs. 1 EMRK*, Neue Justiz 2001, 11, s. 561–569. W Polsce krótki komentarz M.A. Nowickiego opublikowała Rzeczpospolita z 09.05.2001 r.

ralnego Trybunału Konstytucyjnego z 24.10.1996 r., lub gdzie zarzut zastosowania formuły podnosili sami skarżący. Mimo, że w uzasadnieniach obu wyroków, co rozumiałe, Trybunał nie przeprowadził żadnej głębokiej analizy koncepcji ustawowego bezprawia, to trudno oprzeć się wrażeniu, iż w gruncie rzeczy podzielił co do zasady aktualność i racjonalność stosowania formuły Radbrucha na gruncie międzynarodowej ochrony praw człowieka. W uzasadnieniu czytamy m.in., iż „polityka graniczna NRD, która w jawny sposób naruszała prawa człowieka, a zwłaszcza prawo życia, najwyższą wartość w międzynarodowej hierarchii praw człowieka, nie może być przedmiotem ochrony ze strony art. 7 ust. konwencji”. W konsekwencji, zdaniem Trybunału, „praktyka ta (...) nie może być uznana za „prawo” w rozumieniu art. 7 konwencji”. Trudno nie dostrzec w takim sformułowaniu podobieństwa do pewnego sposobu rozumowania, który leży u podstaw formuły Radbrucha. We współczesnej literaturze prawniczej poświęconej radbruchowskiej koncepcji ustawowego bezprawia oraz w powołującym się na nią orzecznictwie podkreśla się bowiem, że jej znaczenie wykracza poza historyczny kontekst nazizmu i nabiera zdecydowanie uniwersalnego charakteru. Wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zdają się potwierdzać ten kierunek interpretacji na gruncie prawa międzynarodowego, zwłaszcza w świetle koncepcji tzw. *transnational justice*. Na inny interesujący aspekt problemu zwrócił uwagę cypryjski sędzia *L. Loucaides* w załączonych do obu wyroków opiniach dodatkowych. Jego zdaniem problem odpowiedzialności karnej tzw. strzelców przy Murze Berlińskim wiąże się integralnie z przyjętą po wojnie i rozwijaną do dnia dzisiejszego konstrukcją zbrodni przeciwko ludzkości. Otóż w normalnych warunkach trudno jest oczywiście postawić taki zarzut funkcjonariuszowi straży granicznej w każdym przypadku pozbawienia życia człowieka próbującego nielegalnie przekroczyć granicę. Z inną sytuacją mamy jednak do czynienia wówczas, kiedy państwo w sposób świadomy i planowy, pod hasłem „zatrzymać lub zniszczyć”, tworzy cały system infrastruktury i indoktrynacji mający na celu unicestwienie każdego, kto chce skorzystać z przysługującego mu na podstawie prawa międzynarodowego uprawnienia do opuszczenia własnego kraju. W takim przypadku tworzy się instytucjonalny łańcuch bezprawia od najwyższych organów państwa i faktycznego reżimu politycznego, aż po przeciętnego żołnierza służby granicznej. Zdaniem sędziego *Loucaidesa* każde z ogniw tego łańcucha może być w określonych okolicznościach uznane za winne zbrodni przeciwko ludzkości. Orzeczenie trybunału strasburskiego może więc mieć ogromne znaczenie dla dalszego rozwoju międzynarodowej ochrony praw człowieka w kontekście wspomnianej wyżej koncepcji tzw. *transnational justice*. Z kolei dla samych Niemców oznacza ono do pewnego stopnia legitymizację na poziomie międzynarodowym orzeczeń krajowych opartych na dosyć specyficznej metodzie wykorzystania w procesie rozliczania przeszłości instrumentarium prawa karnego.

7. *Siegerjustiz* czy *Rechtsstaat*? Celem tego artykułu nie jest wszechstronna krytyczna analiza zjawiska określanego mianem *Mauerschützenprozesse*, lecz jedynie jego prezentacja – syntetyczna i raczej wolna od ocen prawnych, moralnych, historycznych czy społecznych. Zresztą w ogóle problem „stawiania historii przed sądem”⁵⁷ jest na tyle skomplikowany, że zasługuje na pogłębione studia i trudno kwitować go paroma zdaniami. W przypadku *Mauerschützenprozesse* mamy do czynienia z zagadnieniem szczególnie złożonym, ponieważ „przewycięzanie przeszłości przy wykorzystaniu instrumentarium prawa karnego”⁵⁸ powoduje, iż to nie historia, ale uwikłani w jej meandry konkretni ludzie zasiadają na ławie oskarżonych. To z kolei rodzi konieczność ustalenia w każdym przypadku zarówno podstaw odpowiedzialności, jak i indywidualnej winy. Wykorzystanie w tym procesie tzw. formuły *Radbrucha* jeszcze długo rodzić będzie spory i dyskusje wokół odpowiedzi na następujące pytanie: czy mamy tutaj do czynienia z naginaną na granicę pozorów państwa prawa sprawiedliwością zwycięzców (*Siegerjustiz*) czy nowym paradygmatem państwa prawa (*Rechtsstaat*)⁵⁹? Osobiście skłonny jestem opowiadać się raczej za koniecznością przynajmniej częściowego uwolnienia państwa prawa z ciasnego pozytywistycznego gorsetu. Argumentem *Siegerjustiz* posługiwali się już bowiem przeciwnicy pociągnięcia do odpowiedzialności zbrodniarzy hitlerowskich, ale historia przyznała rację ideałom wyrażonym w zasadach leżących u podstaw Trybunału Norymberskiego. To jasne, że trudno porównywać ze sobą śmierć kilkuset osób⁶⁰, które straciły życie przy Murze Berlińskim z milionami ofiar nazizmu, podobnie jak trudno zestawiać ze sobą naginanie prawa przez sędziów i prokuratorów byłej NRD ze zbrodniczym charakterem słynnego *Volksgeschichtshof*⁶¹. Prawo jako zjawisko ze świata kultury, a za takie uznawał je Gustaw Radbruch⁶², nie powinno jednak rezygnować z walki z bezprawiem w oparciu o jakiegokolwiek kryteria, zwłaszcza czysto ilościowe.

⁵⁷ N. Frei, D. van Laak, M. Stolleis (Hrsg.), *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, München 2000.

⁵⁸ B. Schlink, *Die Bewältigung von Vergangenheit durch Recht*, w: H. König, M. Kohlstruck, A. Wöll, *Vergangenheitsbewältigung am Ende des zwanzigsten Jahrhunderts*, Leviathan. Zeitschrift für Sozialwissenschaft, Sonderheft 18/1998, s. 433–451.

⁵⁹ Por. np. *Weissbuch. Unrecht im Rechts-Staat. Strafrecht und Siegerjustiz im Beitrittsgebiet*, Berlin 1995.

⁶⁰ Oficjalne dane dokumentują śmierć 264 osób na granicy w latach 1946–1989 (T. Rummler, *Die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze*, (op. cit., przyp. 45), s. 74), nieoficjalnie mówi się o 943 ofiarach śmiertelnych (D. Schultke, „Keiner kommt durch”. *Die Geschichte der innerdeutschen Grenze*, 2. wyd., Berlin 2000, s. 194).

⁶¹ Szerzej na ten temat K. Marxen, *Das Volk und sein Gerichtshof. Eine Studie zum nationalsozialistischen Volksgeschichtshof*, Frankfurt a. Main 1994.

⁶² Z najnowszej literatury por. H. Durth, *Der Kampf gegen das Unrecht. Gustav Radbruchs Theorie eines Kulturverfassungsrecht*, Baden-Baden 2001.

LES PROCÉS DES „FUSILIERS DU MUR DE BERLIN”

Résumé

Depuis le 1990 dans la science et la pratique de droit allemand on a pu observer le phénomène nommé „règlement des comptes avec le passé d’ancienne République Démocratique Allemande (RDA)”. Un de ses éléments essentiels consistait à foncer à encourir la responsabilité pénale tous les responsables de création et de fonctionnement du régime particulier, existant à la frontière germano-allemande, et notamment dans la zone de Mur de Berlin. Sur le banc des accusés on a placé aussi bien les soldats de services de frontières en tant que les auteurs directs, que les membres de pouvoirs d’état, pouvoirs politiques et autorités militaires d’ancienne RDA en tant que les auteurs indirects de délits. Les verdicts prononcés dans ces procès ont provoqué les énormes polémiques dans toute Allemagne, non seulement parmi les juristes, mais aussi sont devenus le sujet de débats à l’échelle nationale. Les accusés se sont défendus surtout par l’argument qu’ils ont agi aux ordres et dans les cadres d’ordre juridique d’ancienne RDA, mais les juges n’ont pas toujours partagé leurs opinions.

Le but essentiel de cet article est la présentation et l’analyse des décisions judiciaires choisies – en particulier ceux du Tribunal de District de Berlin, de la Cour Suprême Fédérale et du Tribunal Constitutionnel Fédéral. Le fait particulièrement intéressant est celui que les tribunaux allemands ont utilisé dans leurs sentences respectives une formule dite la formule de Radbruch, qui consiste dans la constatation que dans les cas exceptionnellement graves il faut non seulement appliquer le droit à la lettre, mais aussi tenir compte de sens universel de la justice. Ce qui veut dire à l’époque contemporaine la nécessité de respect des droits et des libertés fondamentaux de l’homme. La cause a trouvé son épilogue le 22 mars 2001 avant la Cour européenne des droits de l’homme à Strasbourg. La Cour a déclaré qu’on n’a pas enfreint l’article n° 7 de la Convention européenne des droits de l’homme, et par le même on n’a pas violé la règle principale d’État de droit *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori*. À la base de tout cela naît la question suivante: est-ce que les verdicts décrits consistent les manifestations de la justice des vainqueurs (*Siegerjustiz*) ou bien est-ce que nous sommes les témoins de la formation de nouveau modèle d’État de droit (*Rechtsstaat*)?