

## ARTYKUŁY RECENZYJNE

MICHAŁ KRÓLIKOWSKI

Uniwersytet Warszawski

### O GRANICACH ZASADY *LEX SEVERIOR* *RETRO NON AGIT* W PRAWIE KARNYM\*

Na marginesie książki J. ZAJADŁO, *Odpowiedzialność za mur. Procesy strzelców przy murze berlińskim*, Gdańsk 2003, ss. 251.

#### 1. WPROWADZENIE

Ukazanie się książki Jerzego Zajadło pt. „Odpowiedzialność za mur. Procesy strzelców przy murze berlińskim”<sup>1</sup> zbiegło się z wydaniem drugiego numeru «Ius et Lex», poświęconego problematyce rachunku z przeszłością<sup>2</sup>. Książka gdańskiego autora stanowi szerokie omówienie problematyki tzw. polityki wobec przeszłości (*Vergangenheitspolitik*) w Niemczech w odniesieniu do przestępstw związanych z funkcjonowaniem reżimu komunistycznego, w szczególności zaś do wypadków na granicy wewnątrzniemieckiej<sup>3</sup>. Dotyka przy tym pytania,

---

\* Serdecznie dziękuję dr. Januszowi Kochanowskiemu i ks. dr. Franciszkowi Longchamps de Bérier za życzliwe uwagi i sugestie poprawek do niniejszego tekstu.

<sup>1</sup> J. ZAJADŁO, *Odpowiedzialność za mur. Procesy strzelców przy murze berlińskim*, Gdańsk 2003.

<sup>2</sup> «Ius et Lex» 2.1 (2003).

<sup>3</sup> Jak wskazuje autor, polityka wobec przeszłości powinna być realizacją idei sprawiedliwości retro- i prospektywnej w wymiarze prawdy, kary, restytucji, potę-

czy rozliczenie się z przeszłością oznacza restytucję sprawiedliwości w warunkach państwa prawa czy też może sprawiedliwość zwycięzców. Lektura drugiego numeru «Ius et Lex» pozwala natomiast dostrzec wyjątkowość niemieckiej drogi rozwiązania problemów bezprawia z przeszłości przy użyciu instrumentarium prawnokarnego, zaś z drugiej strony – nakreślić niezwykle szerokie tło problemów prawnych, politycznych i kulturowych, jakie rodzi każda próba szczegółowego rozrachunku z przeszłością, tym bardziej niemiecka.

Gdyby pokusić się o charakterystykę tej dobrze napisanej, w przybliżeniu – niemal popularnonaukowy – sposób książki Jerzego Zajądło, należałoby wskazać przynajmniej na dwie cechy. Jest to bardzo czytelna prezentacja szeregu modeli argumentacyjnych dotyczących konkretnych problemów odpowiedzialności, w tym odpowiedzialności karnej w sytuacji zmiany reżimu – takich jak jej indywidualny charakter, jej subiektywne granice w sytuacji, gdy określone czyny były formalnie i praktycznie uznawane w poprzednim systemie za dopuszczalne, oraz dynamika pojęcia zbrodni ludobójstwa. Z drugiej strony, można tę książkę postrzegać jako zestawienie dobrze postawionych pytań – wszelako często pozostawianych bez odpowiedzi – dotyczących problematyki retroaktywności prawa, pojmowania prawa w sensie formalnym i materialnym, granic obowiązania prawa, różnicowania odpowiedzialności ze względu na stopień politycznej indoktrynacji współuczestników (ofiar?) systemu bezprawia i charakter tego współuczestnictwa. Konsekwentną tendencją autora do raczej stawiania pytań niż udzielania rozstrzygających odpowiedzi widać szczególnie w ostatnim rozdziale książki, który zawiera obszerny tekst orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 22 marca 2001 r. w sprawach *Streletz, Kessler, Krenz przeciwko Niemcom* oraz *K-H. W. przeciwko Niemcom*, opatrzonego zaledwie kilkoma słowami komentarza. I choć to najpewniej zamierzone, bowiem autor wskazuje, że zagadnienie odpo-

---

pienia moralnego i pamięci. Na każdej z wymienionych płaszczyzn powstają szczegółowe problemy, związane z odmienną celowością formułowanych w jej zakresie zamierzeń i podejmowanych działań. J. ZAJĄDŁO, *Odpowiedzialność*, cit., s. 11 i n.

wiedzialności za zbrodnie minionego reżimu „wiąże się z taką ilością problemów etycznych, politycznych i prawnych, że tylko stawiane pytania nabierają charakteru uniwersalnego, odpowiedzi natomiast zawsze pozostaną otwarte i zrelatywizowane”<sup>4</sup>, to sama potrzeba ich udzielenia wynika ze znaczenia stawianych pytań.

W przekonaniu J. Zajadło podstawowe przeszkody w aktualnym paradygmacie państwa prawa do rozliczenia z przeszłością zwłaszcza za pomocą instrumentarium karnego to m.in. pozytywistyczne podejście do zasad państwa prawa, w tym także do *nullum crimen sine lege* i *lex criminalis retro non agit*. Tymczasem, jego zdaniem, to podejście niepozytywistyczne i względny charakter zasady *nullum crimen sine lege* stanowią wyzwania dla współczesnego paradygmatu *Rechtsstaat* i określają jego możliwości<sup>5</sup>. To stanowisko autor zajmuje na tle wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który nie dopatrzył się złamania zasady nieretroaktywności (art. 7 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka) w przypadku orzeczeń skazujących wydanych przez sądy niemieckie wobec sprawców bezpośrednich i pośrednich wypadków na granicy wewnątrzniemieckiej. Istota sporu między zwolennikami a oponentami samej sentencji lub poszczególnych tez uzasadnienia stanowiska Trybunału – sprowadza się do problemu zakazu retroaktywności prawa karnego i związanego z tym usprawiedliwionego błędu co do zakazu<sup>6</sup>, pojęcia prawa (i bezprawia) w sensie formalnym i materialnym oraz granic obowiązywania określonych zasad prawnych<sup>7</sup>.

Z tych powodów, jak i najpewniej ze wspomnianego prowokującego do szukania odpowiedzi charakteru książki Jerzego Zajadło, wynika chęć jej niewielkiego uzupełnienia próbą określenia charakteru i granic zastosowania zasady *lex severior retro non agit* w prawie karnym. W pierwszej kolejności przytoczę kilka modeli

---

<sup>4</sup> J. ZAJADŁO, *Odpowiedzialność*, cit., s. 20.

<sup>5</sup> J. ZAJADŁO, *Polnischer Sonderweg?*, «Ius et Lex» 2.1 (2003), s. 379.

<sup>6</sup> J. KOCHANOWSKI, *Z zagadnień ogłoszenia ustawy karnej*, «Studia Iuridica» 19 (1991), s. 133-147.

<sup>7</sup> Podobnie J. ZAJADŁO, *Odpowiedzialność*, cit., s. 19.

argumentacyjnych sądów niemieckich i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, które – w moim przekonaniu – najtrafniej odnoszą się do wspomnianych przed chwilą problemów. W drugiej, zastanowię się, na ile proponowane w tych argumentacjach rozwiązania naruszają istotę lub zakres obowiązywania ujmowanej tradycyjnie zasady *lex severior retro non agit* i na ile ograniczają możliwości obrony przez powoływanie się na usprawiedliwiony błąd co do bezprawności. W trzeciej, spróbuję odpowiedzieć na pytanie o granice obowiązywania i charakter teje zasady.

## 2. ARGUMENTACJE SĄDÓW W SPRAWACH STRZELCÓW PRZY MURZE BERLIŃSKIM

W argumentacji, którą stosowały w sprawach strzelców przy murze berlińskim sądy I instancji w Berlinie, Federalny Sąd Najwyższy i Federalny Trybunał Konstytucyjny w Niemczech – jak słusznie uważa to J. Zajadło – dostrzegalne są analogie do uzasadnień prezentowanych we wczesnopowojenym okresie historii Niemiec. W wyrokach z 15 listopada 1949 r. i 4 maja 1948 r. Sądu Najwyższego dla Strefy Brytyjskiej odnajdujemy dwie istotne tezy: „Wykroczenie przeciwko zasadom ludzkości pozostaje karalnym bezprawiem także wówczas, gdy było dozwolone, wspierane lub powodowane przez państwo [...]. Zasady ludzkości obejmujące istotę prawa nie mogą być zmienione przez ustawy wewnątrzpaństwowe i ich stosowanie<sup>8</sup>; [...] w wypadku przestępstw przeciwko ludzkości nie może być mowy o niesłuszności wstecznego karania. Według stanowiska wszystkich moralnie wrażliwych ludzi dopuszczono się ciężkiego bezprawia, którego ukaranie jest obowiązkiem państwa prawa. Następcze spełnienie tego zaniedbanego obowiązku w drodze wstecznych ustaw odpowiada sprawiedliwości. Nie oznacza to także naruszenia bezpieczeństwa prawnego, lecz przywrócenie jego podstaw i założeń. Zabezpieczenie bezprawia nie jest zadaniem bezpieczeństwa prawnego”.

---

<sup>8</sup> Cyt. za J. ZAJADŁO, *Odpowiedzialność*, cit., s. 98.

Wypadki na granicy wewnątrzniemieckiej nie dają się porównać żadną miarą z ogromem zbrodni nazistowskich, noszą jednak cechy systematycznego i świadomego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej<sup>9</sup>. Działalność straży granicznej pierwotnie oparta była na różnego rodzaju aktach normatywnych o charakterze podstawowym – zarządzeniach Ministra Obrony Narodowej, instrukcjach, rozkazach – zaś od 1982 r. na regulacji ustawy o granicach państwowych NRD (zwłaszcza istotne znaczenie miał § 27 tejże ustawy wyłączający w określonych przypadkach bezprawność spowodowania śmierci uciekiniera). Gdyby czytać je literalnie, regulacje te z jednej strony wprowadzały zasadę proporcjonalności (stosunkowości) w użyciu środków przemocy wobec osób przekraczających granicę, zaś z drugiej uzasadniały użycie broni w dość intensywnym stopniu w przypadku nielegalnego przekroczenia granicy<sup>10</sup>. Na tę regulację niejako nakładała się szczególna praktyka służb granicznych związana z określoną polityką państwową. Żołnierze oddziałów granicznych poddani byli regularnym i intensywnym treningom politycznym, w trakcie których wpajano im nieformalną dyrektywę, że „uciekinięra należy w każdych okolicznościach zatrzymać lub zniszczyć”. Zresztą jedynie ci, którzy przy pro-

---

<sup>9</sup> Taka argumentacja prezentowana jest w zdaniu dodatkowym sędziego Loucaïde-sa w sprawie *Streletz, Kessler, Krenz przeciwko Niemcom*: „Na minimalną treść przestępstwa ludobójstwa składają się następujące elementy: (a) morderstwo, (b) popełnienie przestępstwa przeciwko ludności cywilnej, (c) systematyczne lub zorganizowane wprowadzanie w życie pewnej polityki”. Z tymi wszystkimi elementami mamy do czynienia w przypadku strzałów w ramach enerdowskiego systemu ochrony granicy wewnątrzniemieckiej. Por. *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Streletz, Kessler, Krenz v. Niemcy, Strasburg, 22 marca 2001 roku*, «Ius et Lex» 2.1 (2003), s. 543-546.

<sup>10</sup> Jak komentuje to J. ZAJADŁO, szczególnie cyniczny okazał się § 27 pkt 2 ustawy o granicach państwowych NRD, który uzasadniał użycie broni palnej w celu przeciwdziałania popełnieniu poważnych przestępstw. Jednym z nich było tymczasem przestępstwo nielegalnego przekroczenia granicy z § 213 ust. 3 kodeksu karnego. Za poważne przypadki zostały uznane m.in. „popełnienie czynu ze szczególną intensywnością”, „z użyciem niebezpiecznych środków i metod” (co w praktyce oznaczało postępowanie się drabiną lub linami z hakiem) czy też z udziałem innych osób. J. ZAJADŁO, *Odpowiedzialność*, cit., s. 121-123.

cedurze rekrutacyjnej wyrażali stanowczą gotowość na użycie broni wobec uciekinierów, byli kierowani do tej szczególnej służby państwowej. Za skuteczne powstrzymanie uciekiniera żołnierze byli nagradzani finansowo, urlopami, medalami i awansami. Zaś udane ucieczki oznaczały dla strażników postępowanie dyscyplinarne i dochodzenie prowadzone przez oficerów Stasi. Jednocześnie, fakt śmierci uciekiniera próbowano utrzymać w tajemnicy (np. osoby postrzelone były przyjmowane jako N. N. do odległych klinik policyjnych, zespoły strażników po „udanej” akcji rozwiązywano, a ich członków kierowano do innych miejsc na granicy)<sup>11</sup>, jak też utrzymać na arenie międzynarodowej wizerunek NRD jako państwa przynajmniej „przyzwoitego”<sup>12</sup> (np. w trakcie wizyt polityków z państw zachodnioeuropejskich wprowadzano czasowy zakaz używania broni na granicy wewnątrzniemieckiej). Choćby z tego względu, że termin „prawo” użyty w art. 7 ust. 1 EKPC obejmuje pojęcie prawa pisanego i niepisanego, istnieją powody, by postrzegać wspomnianą pragmatykę i praktykę służbową – dokładniej należałoby powiedzieć: utrwaloną praktykę stosowania prawa – jako element prawa obowiązującego w NRD<sup>13</sup>. Sytuacja rozbieżności między literalnym brzmieniem podstaw działania straży granicznej (i potencjalnie możliwą interpretacją w duchu ochrony życia człowieka wyrażanej w konstytucji NRD) a utrwaloną i politycznie poprawną praktyką funkcjonowania tych służb dotyka samej istoty relacji między zasadą *lex severior retro non agit* a możliwą obroną z powołaniem się na usprawiedliwiony błąd co do bezprawności (treści zakazu i przewidywalności ścigania).

Wobec takiego stanu rzeczy, w uzasadnieniach orzeczeń sądów niemieckich skazujących za wypadki na granicy wewnątrzniemieck-

---

<sup>11</sup> Por. *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Streletz, Kessler, Krenz v. Niemcy*, cit., s. 523-543.

<sup>12</sup> Pojęcie „państwa przyzwoitego” jako słabszej formy państwa liberalnego zaczerpnąłem z pracy J. RAWLS, *Prawo ludów*, Warszawa 2001.

<sup>13</sup> *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Streletz, Kessler, Krenz v. Niemcy*, cit., pkt. 67-76, s. 536-538.

kiej pojawiły się następujące stwierdzenia: „Funkcjonariusze graniczni nie mogą czuć się rozczarowani w swoim zaufaniu do kontynuacji obowiązywania *ustawowych* regulacji, ponieważ prawo pisane NRD może być interpretowane w sposób przyjazny prawom człowieka. Art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej Niemiec [zakaz retroaktywności – dop. mój, M.K.] nie chroni zaufania do trwania skutków określonej praktyki państwa i praktyki wykładni prawa”<sup>14</sup>. „Także na gruncie prawa NRD w ramach będących do dyspozycji metod wykładni istniała możliwość takiej interpretacji przepisów określających okoliczności wyłączające bezprawność, która pozwoliłaby na uniknięcie naruszeń praw człowieka. Takie uzasadnienie nie jest sprzeczne z art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej”<sup>15</sup>. „Działania oskarżonych były sprzeczne z prawem. Nie uprawomocniała ich ani konstytucja, ani praktyka państwowa NRD. I nie stoi temu na przeszkodzie także zasada zakazu działania prawa wstecz wyrażona w art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej ... W takiej szczególnej sytuacji, stosowaniu okoliczności wyłączających bezprawność przeczy nakaz materialnej sprawiedliwości oraz przestrzeganie uznanych w prawie międzynarodowym praw człowieka”<sup>16</sup>. „Mimo politycznej indoktrynacji, oskarżony w swoim sumieniu i przy wykorzystaniu swoich możliwości intelektualnych oraz wartości moralnych mógł dojść do wniosku, że nie wiąże go tego rodzaju rozkaz, który jest w sposób oczywisty sprzeczny z zasadami ludzkości”<sup>17</sup>.

Uogólniona konkluzja tych uzasadnień – w interesującym nas zakresie problemu – może być odczytana jako stwierdzenie, że funkcja ochronna zasady *lex severior retro non agit* nie polega na tym, by dochodziło w ten sposób do legalizacji i legitymizacji *ex post*

---

<sup>14</sup> Wyrok z 26 lipca 1994 r. w sprawie śmierci Manfreda Weylanda w nocy z 14 na 15 lutego 1972 r. Cyt. za J. ZAJADŁO, *Odpowiedzialność*, cit., s. 137-138.

<sup>15</sup> Wyrok z 5 marca 1997 r. w sprawie śmierci Petera Fechterera 17 sierpnia 1962 r. Cyt. za J. ZAJADŁO, *Odpowiedzialność*, cit., s. 144.

<sup>16</sup> Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego z 8 listopada 1999 r. w sprawie zabójstwa Ericha Kühna. Cyt. za J. ZAJADŁO, *Odpowiedzialność*, cit., s. 165-166.

<sup>17</sup> Wyrok z 5 marca 1997 r. Cyt. za J. ZAJADŁO, *Odpowiedzialność*, cit., s. 144.

sprzecznej z prawem wykładni i procesu stosowania prawa. Nie można też powołać się na błąd co do zakazu jako usprawiedliwienie swojego postępowania, gdy dotyczyło ono zachowania w sposób oczywisty sprzecznego z zasadami ludzkości.

Można przy tym dostrzec, że rodzące się w ten sposób pytanie o istotę, charakter i granice obowiązywania zasady *lex severior retro non agit* należy postrzegać zarówno w kontekście filozoficzno- i teoretycznoprawnym, zwłaszcza w zakresie pojmowania granic obowiązywania prawa czy pojęcia bezprawności, jak też w kontekście dogmatycznoprawnym, chociażby wówczas, gdy rozstrzygać będziemy o relacjach między czynem a bezprawnością lub o jej świadomości<sup>18</sup>.

### 3. ANALIZA ARGUMENTACJI SĄDÓW

W ramach przyjętego w zjednoczonych Niemczech modelu wszechstronnego ścigania prawnokarnego celowo zrezygnowano z regulacji ustawodawczej z mocą wsteczną. Regulacja przyjęta w układzie zjednoczeniowym z 31 sierpnia 1990 r. została oparta na zasadzie stosowania przepisów prawa karnego NRD lub prawa karnego RFN o ile było ono względniejsze dla sprawcy (*lex mitior*). Realizację rozliczenia się z przeszłością za pomocą instrumentarium prawnokarnego powierzono sądom na drodze odpowiedniego stosowania i wykładni przepisów prawa NRD lub RFN<sup>19</sup>.

Jak już zostało to ukazane, w tej działalności sądy formułowały poglądy o tym, że legitymizacja zachowania się strzelców przy murze berlińskim (sprawców bezpośrednich i pośrednich) była wyłączona ze względu na sprzeczność praktyki stosowania prawa na granicy wewnątrzniemieckiej z uniwersalnymi normami moralnymi,

---

<sup>18</sup> Por. J. ZAJADŁO, *Odpowiedzialność*, cit., s. 117.

<sup>19</sup> J. ZAJADŁO, *Procesy tzw. strzelców przy murze berlińskim*, «CPH» 54.2 (2002), s. 117-119; TENŻE, *Filozofia prawa karnego a prawo karne*, «Ius et Lex» 2.1 (2003), s. 179-181.



które odbierały charakter kontratypu przepisom i praktykom formalnie zgodnym z ich brzmieniem. Zdaniem sądów, normy te mogły (i powinny) być rozpoznane przez sprawców i stanowić podstawę do ich odmiennego zachowania. Argumentacje te – wyraźnie lub chociażby swą myślą – nawiązują do tzw. formuły Radbrucha. W szczególności do dwóch sposobów jej rozumienia: *Unerträglichkeitsthese* – w której Radbruch mówi o podważeniu mocy obowiązującej ustawy, która osiągnęła „nie dającą się znieść” (*unerträglich*) miarę sprzeczności z wymogami sprawiedliwości; *Verleugnungsthese* – w której Radbruch dopuszcza zakwestionowanie prawnego charakteru normy od samego początku<sup>20</sup>. Balansowanie między wskazanymi dwiema tezami, jedną niezwykle radykalną, drugą o bardziej umiarkowanym charakterze – dotyka sensu formuły Radbrucha. Wynika to najpewniej z tego, że nawet aprobując wielce proponowaną konstrukcję filozoficznoprawną, niezwykle trudno rozstrzygnąć jest o jej wszystkich teoretycznych i praktycznych konsekwencjach. „Czym innym jest bowiem ocena *de lege ferenda* systemu politycznoprawnego jako całości, a czym innym podejmowanie *de lege lata* rozstrzygnięć w przedmiocie pozbawienia mocy obowiązującej ustawy i to ze skutkiem retroaktywnym. W warunkach państwa prawa formuła Radbrucha wpada tym samym w pewną pułapkę – przyznanie w skrajnych wypadkach pierwszeństwa sprawiedliwości przed bezpieczeństwem prawnym musi czasami prowadzić do ustawodawstwa z mocą wsteczną [lub co do zasady innej działalności prawnokształtującej o tym charakterze<sup>21</sup> – dop. mój, M.K.], a to z kolei podważa podstawowy kanon *Rechtsstaat*”<sup>22</sup>.

Podobny do tradycyjnego, ogólnofilozoficznego kształtu formuły Radbrucha charakter miały te argumentacje, które to samo stanowisko o odmowie legalności reżimu granicznego NRD i podejmowanych w ramach niego działań wywodziły z faktu jego sprzeczno-

---

<sup>20</sup> Por. J. ZAJADŁO, *Formuła Radbrucha*, Gdańsk 2001, s. 110-112; R. ALEXY, *W obronie niepozytywistycznej koncepcji prawa*, «PiP» 48.11-12 (1993), s. 42.

<sup>21</sup> Por. J. WRÓBLEWSKI, *Wykładnia prawa*, Warszawa 1960, s. 22-28.

<sup>22</sup> J. ZAJADŁO, *Formuła*, cit., s. 125-126.

ści z prawami człowieka lub – w skromniejszym ujęciu – włączały go w modyfikowane pojęcie tzw. klauzuli norymberskiej<sup>23</sup>. Również wobec tych rozstrzygnięć można było postawić analogiczny zarzut naruszenia zasady *lex severior retro non agit*<sup>24</sup>.

Inną metodą argumentacji – przyjętą następnie przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawach tzw. strzelców przy murze berlińskim – była próba interpretacji literalnej lub interpretacji w duchu uniwersalnie pojętego państwa prawa (w którym w zakresie ingerencji w dobra jednostek przez państwo obowiązuje zasada proporcjonalności). W tym przypadku mamy do czynienia z „pewną projekcją »nadrzeczywistości« i stosowaniem paradygmatu państwa prawa do realiów faktycznie nigdy nieistniejących”<sup>25</sup>. Mamy tu do czynienia nie z ustawodawstwem, ale wykładnią retroaktywną, związaną z weryfikacją kontekstu aksjologicznego<sup>26</sup>. To, co było rozumiane w praktyce stosowania prawa za prawne, zostaje uznane za bezprawne. Dochodzi do zmiany oceny zdarzeń przeszłych, przy czym powstała w tej zaszłości błędna ocena subiektywna sprawcy

---

<sup>23</sup> Art. 7 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, art. 15 ust. 2 Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka i Obywatela – gdzie przewidują się wyjątek od obowiązywania zasady *lex retro non agit* w przypadku czynów stanowiących zbrodnie międzynarodowe. O rozwoju pojęcia ludobójstwa i rozszerzania zakresu klauzuli norymberskiej por. D.F. ORENTLICHER, *Obowiązek ukarania poważnych naruszeń praw człowieka związanych z poprzednim reżimem*, «Ius et Lex» 2.1 (2003), s. 15-52; *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Streletz, Kessler, Krenz v. Niemcy*, cit., s. 543-546 w zdaniu dodatkowym sędziego Loucaidesa.

<sup>24</sup> A. BERGER upatrywał już w procesach norymberskich tendencji do odstępstwa od zasady nieretroaktywności prawa karnego – TENŽE, ‘*Ex post facto*’ in *Roman Sources and ‘Post facto laws’ in Modern Juristic Terminology*, «Seminar» 1949 nr 7, s. 65-68; W. WOŁODKIEWICZ, *Lex retro non agit*, [w:] W. WOŁODKIEWICZ, J. KRZYŃÓWEK (red.), *Łacińskie paremie w europejskiej kulturze prawnej i orzecznictwie sądów polskich*, Warszawa 2001; por. także relację argumentów w J. ZAJADŁO, *Komentarz [do wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, z 22 marca 2001 roku, w sprawach strzelców przy murze berlińskim]*, «Ius et Lex» 2.1 (2003), s. 566-571.

<sup>25</sup> J. ZAJADŁO, *Komentarz*, cit., s. 570.

<sup>26</sup> W. WRÓBEL, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 452 i n.

odnośnie do charakteru czynu związana była z oceną „obiektywną” powstałą na skutek zasadniczo nieprawidłowego, za to politycznie zamierzonego, interpretowania regulacji prawnych reżimu granicznego NRD. Biorąc pod uwagę czysto formalne rozumienie zasady nieretroaktywności prawa karnego, ustawa nie działa tutaj wstecz, gdyż obowiązywała już w chwili popełnienia czynu, zaś sama zasada nie rozstrzyga sytuacji, w których ustawa karna nie ulega zmianie, ale zmienia się jej interpretacja w tym kierunku, że czyny uznawane dotąd za nieprzestępne według nowej interpretacji uważane są za wypełniające znamiona<sup>27</sup>. W dogmatyce prawa karnego podkreśla się, że taka sytuacja może być potraktowana jako niezawiniony przez sprawcę błąd co do prawa<sup>28</sup>, co niwelowałoby niekorzystne dla sprawcy skutki retroaktywnego zastosowania wykładni prawa obowiązującego w chwili popełnienia czynu.

Tego rodzaju argumentacja z państwa prawa została przyjęta przez Europejski Trybunał Praw Człowieka do rozwiązania przypadków dwóch odmiennych kategorii sprawców. W sprawie *Streletz, Kessler, Krenz* przeciwko Niemcom skarżącymi były osoby w różnym stopniu zaangażowane w kształtowanie polityki państwowej na najwyższym szczeblu<sup>29</sup>. Natomiast w sprawie *K-H. W.* przeciwko Niemcom skarżącym był sprawca bezpośredni – Karl-Heinz Winkler, któ-

---

<sup>27</sup> Tak twierdzi L. GARDOCKI, *Prawo karne*<sup>9</sup>, Warszawa 2003, s. 19.

<sup>28</sup> L. GARDOCKI, *op. cit.*, 19. Por. także przy innym stanie faktycznym: J. KOCHANOWSKI, *Z zagadnień*, *cit.*; T. DE VIRION, J. KOCHANOWSKI, *Zagadnienie świadomości bezprawności a odpowiedzialność z dekretu o stanie wojennym*, «PiP» 38.3 (1983), s. 96; *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Streletz, Kessler, Krenz v. Niemcy*, *cit.*, s. 546-549 w zdaniu dodatkowym sędziego Zupančiča.

<sup>29</sup> Streletz był członkiem Narodowej Rady Obrony od 1971 r., członkiem Komitetu Centralnego SED od 1981 r., a w latach 1979-1989 wiceministrem obrony; Kessler był członkiem Komitetu Centralnego SED od 1946 r., szefem sztabu NVA oraz członkiem Narodowej Rady Obrony od 1967 r., a w latach 1985-1989 ministrem obrony; Krenz był członkiem Komitetu Centralnego SED od 1973 r., członkiem Rady Państwa od 1981 r., członkiem Biura Politycznego i Narodowej Rady Obrony od 1983, Sekretarzem Generalnym Komitetu Centralnego SED, w końcu – Przewodniczącym Rady Państwa i Narodowej Rady Obrony od października do grudnia 1989 r.

ry jako dwudziestokilkuletni żołnierz zastrzelił w 1972 r. Manfreda Weylanda usiłującego nielegalnie przekroczyć granicę.

W obu przypadkach odmówiono prawa do obrony na podstawie błędu co do bezprawności. W pierwszym przypadku decydował o tym fakt, że skarżący kształtowali określoną politykę, współtworzyli lub uczestniczyli w podtrzymaniu określonego kształtu reżimu granicznego. Nie mogli zatem w opinii ETPC powoływać się na to, że opierali się na oficjalnej, dostępnej i przewidywalnej wykładni prawa w danym okresie oraz powoływać się na „praktykę państwa, która została niejako nałożona na reguły prawa pisanego obowiązujące w odpowiednim okresie”<sup>30</sup>, jako że o jej kształcie sami decydowali<sup>31</sup>.

W drugim przypadku mamy do czynienia z sytuacją, w której skarżący jako młody żołnierz stanął przed możliwością przeciwstawnych (w kwestii istnienia bezprawności) interpretacji. Tym razem bardziej uprawnione jest pytanie, czy nie mamy do czynienia z błędem zachodzącym mimo posiadanej znajomości prawa w wyniku niesłusznej oceny bezprawności<sup>32</sup>. Czy należało od młodego,

---

<sup>30</sup> Europejski Trybunał Praw Człowieka. *Streletz, Kessler, Krenz v. Niemcy*, cit., pkt. 78, s. 538.

<sup>31</sup> Por. konstrukcję *actio libera in causa* – *actio illicita in causa* sprawców bezprawia, którzy w systemach tych stwarzają sobie okoliczności wyłączające bezprawność dzięki wydawanym przez siebie ustawom. Por. J. KOCHANOWSKI, *Rozliczenie z przeszłością w Polsce*, «Ius et Lex» 2.1 (2003), s. 232; B. BURKHARDT, *Wina odnosząca się do czynu i zawinienia na przedpolu czynu*, «Studia Prawnicze» 1988, z. 1-2, s. 275 i n.

<sup>32</sup> J. KOCHANOWSKI, *Zagadnienie błędu co do prawa mimo znajomości zakazu*, «PiP» 49.4 (1984), s. 96-97. Dokładnie rzecz ujmując, mamy do czynienia w omawianym przypadku z błędem co do kontraktynu (niewłaściwego zrozumienia wyłączających bezprawność okoliczności kontraktynowych). Ze względu jednak na zmianę regulacji prawnych, charakter praktyki wykonywania prawa i ogólne relacjonowanie problemu strzelców przy murze berlińskim jako zagadnienia oceny obowiązywania określonego zakazu (nakazu) – zbliżam się do stanowiska, że osoba, która uroiła sobie, że działa na kontraktynie, jest przekonana o legalności swojego zachowania, a więc nie ma świadomości jego bezprawności. (Pomijam zatem spór w doktrynie prawa karnego, czy błąd co do kontraktynu należy traktować jako osobną – w porównaniu do błędu co do prawa lub faktu – formę błędu). Por. Z. CŹWIĄKAŁSKI, *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym*, Kraków 1991, s. 94-104.

poddanego indoktrynacji politycznej funkcjonariusza straży granicznej wymagać, by był w stanie rozstrzygnąć konflikt pomiędzy dyrektywami o treści „zatrzymać lub niszczyć” a treścią przepisów, które przy zastosowaniu zasad państwa prawa wprowadzałyby zasadę proporcjonalności działań państwa przy ingerowaniu w życie i wolność obywateli<sup>33</sup>? Odpowiedź twierdząca na to ostatnie pytanie będzie oznaczać, że ocena legalności swych działań dokonana przez skarżącego była zawiniona<sup>34</sup>, w związku z czym błąd co do prawa nie był usprawiedliwiony. Rozwijane przez jednego z sędziów wątpliwości, które w tym zakresie budzi odmowa przez ETPC uznania obrony opartej na błędzie co do bezprawności – doprowadziły go do przywołania (i przyznania racji) argumentacji Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Ten zaś stwierdzał: „Nie jest oczywiste, że linia podziału między czynem przestępnym a nieprzestępnym mogła być absolutnie jasna dla przeciętnego żołnierza i byłoby sprzeczne z zasadą winy utrzymywać, że strażnicy mieli oczywistą świadomość pogwałcenia prawa, choć – patrząc z pozycji obiektywistycznej – nastąpiło tutaj zasadnicze naruszenie praw człowieka ... Sądy wykazały jednak, że zabicie nieuzbrojonego uchodźcy serią strzałów było, w świetle omawianych okoliczności, czynem tak potwornym i całkowicie nieuzasadnionym, że nawet dla osoby indoktrynowanej musiało być jasne i oczywiste, że narusza on zasadę proporcjonalności i elementarny zakaz odbierania życia innemu człowiekowi. [W ten sposób] zasada winy została uwzględniona”<sup>35</sup>. Jak można zauważyć, na pytanie o to, czy mamy do czynienia w sytuacji młodego żołnierza z usprawiedliwionym błędem

---

<sup>33</sup> O tym, że zasady te nie były stosowane w NRD świadczyć może – prócz wiedzy historycznej – regulacja art. 89 ust. 3 Konstytucji z 1968 r., zgodnie z którym to Rada Państwa (a nie niezawisły organ sądowy) miała rozstrzygać o zgodności z konstytucją aktów prawnych wydawanych przez Radę Ministrów lub inne organy państwowe.

<sup>34</sup> Por. B. BURKHARDT, *op. cit.*, zwł. s. 288.

<sup>35</sup> Por. *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 22 marca 2001 roku. K-H. W. v. Niemcy*, «Ius et Lex» 2.1 (2003), s. 558-559 w zdaniu dodatkowym sędziego Sir Nicolasa Bratza, podzielanym przez sędziego Vajicia.

zachodzącym mimo posiadanej znajomości prawa w wyniku niesłusznej oceny bezprawności – ETPC udziela odpowiedzi negatywnej, odwołując się do powinności rozpoznania przez niego tego, że jego czyn był sprzeczny z normami uniwersalnymi (ochrona życia człowieka) i dopiero pośrednio stwierdza, że stanowiło to naruszenie zasad właściwych dla państwa prawa (proporcjonalność działań państwa przy ograniczaniu prawa do życia lub swobodnego poruszania się). Aksjologia, która stanowiła podstawę weryfikacji wykładni – zdaniem Trybunału – była dostępna i rozpoznawalna dla sprawcy w czasie popełnienia czynu.

Na tle modelu argumentacyjnego przyjętego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka można wskazać dwie prawidłowości. Jeżeli jest to argumentacja z państwa prawa związana z formalnym ujęciem zasady *lex severior retro non agit*, to w przypadku weryfikacji wykładni z mocą wsteczną prowadzi ona do problemu błędu co do bezprawności. Aby błąd nie miał charakteru usprawiedliwionego – przynajmniej w przypadku sprawców bezpośrednich – konieczne jest odwołanie się do powinności rozpoznania uniwersalnych norm moralnych takich jak ochrona życia<sup>36</sup>. W tym ostatnim elemencie, argumentacja ta traci samodzielność i odwołuje się wprost do formuły Radbrucha. W ten sposób wywołuje te same – jak ta formuła – pytania o naruszenie omawianej zasady.

Jeżeli zaś zasadzie *lex severior retro non agit* nadamy znaczenie materialne (tj. obejmujemy nią zasadniczo wszystkie działania praw-

---

<sup>36</sup> W tym momencie pojawia się problem przewidywalności ścigania przez oskarżonego. Musiałoby się ono wiązać ze świadomością, że „prawo” jest zupełnie inne od wpajanej, w określony sposób zinterpretowanej litery prawa, jak też z dopuszczeniem możliwości, że ta ostatnia (lub jej wykładnia) ulegnie zmianie. Jest to wyobrażenie o stosunku obywatela do prawa i państwa zbieżne w istotnym stopniu z tym, które zakłada koncepcja obywatelskiego nieposłuszeństwa (*civic disobedience*) – brania na siebie odpowiedzialności za „prawo”, któremu się podporządkujemy (z określonymi konsekwencjami, takimi jak przyzwolenie na ukaranie lub niedogodności w danym czasie). W tym wyobrażeniu – prawidłowych, jak sądzę – relacji między obywatelami a państwem należy upatrywać początku rozwiązania prezentowanego problemu.

nokształtujące), to zmiana wykładni z mocą wsteczną będzie jawnym naruszeniem wspomnianej zasady<sup>37</sup>.

#### 4. GRANICE ZASTOSOWANIA *LEX SEVERIOR RETRO NON AGIT*

Dotychczasowe rozważania opierały się na założeniu, że zasada *lex severior retro non agit* stanowi postawowy element tradycyjnie ujmowanego państwa prawa, zaś jej zakres rozciąga się na całe pojęcie prawa i praktykę stosowania prawa. W literaturze analizowano dotychczas raczej jej absolutny lub ewentualnie względny charakter<sup>38</sup>, nie podnosząc wyraźnie problemu granic tej (względnie lub bezwzględnie ujmowanej) zasady<sup>39</sup>. Konieczne jest rozstrzygnięcie, czy zasada *lex severior retro non agit* stanowi podstawowy element *Rechtsstaat* i jaki jest jej zakres obowiązywania. A to z tego powodu, że coraz częściej podkreśla się, że zasada państwa prawa jest immanentną częścią sprawiedliwości międzynarodowej w ogóle<sup>40</sup>. Jak też, że

---

<sup>37</sup> Również w przypadku orzeczeń precedensowych zrywających z utrwaloną linią orzeczniczą (w zakresie rozstrzyganego przypadku). Z większą wyrazistością problem ten powstaje w anglosaskiej teorii i praktyce prawa. Podstawowym elementem *common law* nie są bowiem orzeczenia sądowe jako takie, ale sposób traktowania problemów prawnych. Sędzia nadaje regułom cechę ostateczności, nie tworzy ich wszelako, tylko twórczo je odkrywa. Reguły istnieją w tradycji, we wspólnocie społecznej i w *artificial reason* (metodzie odkrywania treści reguł). Por. T. KOZŁOWSKI, [w:] *Filozofia prawa*, (red.) M. SZYSZKOWSKA, Warszawa 2001, s. 40-41. Z jednej strony precedens sądowy zmieniający linię orzeczniczą stanowi wyjątek dopuszczalny jedynie wówczas, gdy jest zgodny z *artificial reason*. Z drugiej strony, jest on absolutnie pożądanym, gdy wcześniejsza praktyka sądowa wynikała z błędnego odkrywania treści reguł i zarzucenia właściwego sposobu traktowania problemów prawnych.

<sup>38</sup> Dla przykładu z wymienionych już pozycji: J. ZAJĄDŁO, *Polnischer Sonderweg*, cit.; W. WOŁODKIEWICZ, *op. cit.*, L. GARDOCKI, *op. cit.*

<sup>39</sup> Por. jednakże A. SPOTOWSKI, *Zasada 'lex retro non agit'*, «Palestra» 29.9 (1985), s. 8-18.

<sup>40</sup> V.M-G. NADRAI, *Rechtsstaatlichkeit als internationales Gerechtigkeitsprinzip*, Baden-Baden 2001, s. 000.

ze względu na wyzwania globalizacji, szereg zasad – takich jak zakaz retroaktywności – nabiera charakteru metajęzyka teorii prawa, który przekracza zasięg i suwerenność lokalnych kultur prawnych<sup>41</sup>.

W kształtowaniu się zakazu retroaktywności można – moim zdaniem – zauważyć dwie równoległe tendencje. Jedną z nich jest wiązanie tej zasady z pewnością i stabilnością systemu prawnego. Jak słusznie podkreśla J. Nowacki, tylko z punktu widzenia pewności prawa (i związanych z nią takich wartości, jak obliczalność i przewidywalność skutków prawnych własnych działań i działań organów państwowych oraz zaufanie do postanowień prawa obowiązującego) można w pełni zrozumieć zasadność jej istnienia w ogóle, zakres stosowania się do niej czy stopień jej poszanowania<sup>42</sup>. I choć można przyjąć, że zasada nieretroaktywności normy prawnej była głęboko zakorzeniona w źródłach prawa rzymskiego zarówno klasycznych, jak i poklasycznych<sup>43</sup> czy późniejszych systemach prawa kontynentalnego<sup>44</sup> – nie miała ona przez długi czas charakteru absolutnego ani nadmiernie szerokiego zastosowania.

Wskazanej linii towarzyszyła równoległa tendencja do ograniczania obowiązywania zasady *lex severior retro non agit* w przypadkach – dzisiaj powiedzielibyśmy – działania wysoce bezprawnego (w ujęciu wartościującym, materialnym). Widać to chociażby w wypowiedzi Cycerona: „W *lex Voconia* nie potępia się niczego, co leży w przeszłości, chyba że coś jest tak zbrodnicze i bezbożne, iż należało tego unikać również wtedy, gdyby nie było prawa”<sup>45</sup>. Warto przy tym podkreślić, że sama paremia *lex retro non agit* nie została sformułowana nigdy w źródłach prawa rzym-

---

<sup>41</sup> W. TWINNING, *Globalisation and Legal Theory*, London-Edinburgh-Dublin 2000, s. 53.

<sup>42</sup> J. NOWACKI, *Pewność prawa a zasada 'lex retro non agit'*, [w:] *Studia z teorii prawa*, Kraków 2003, s. 87.

<sup>43</sup> W. WOŁODKIEWICZ, *op. cit.*, s. 160.

<sup>44</sup> Odnośnie do polskiego prawa por. H. GRAJEWSKI, *Granice czasowe mocy obowiązującej norm dawnego prawa polskiego*, Łódź 1970. W szerszym ujęciu por. W. Twinning, *op. cit.*, s. 112.



skiego i w takim brzmieniu nie jest szerzej spotykana w kulturach prawnych poza Polską<sup>46</sup>.

Nadanie zasadzie nieretroaktywności znaczenia podstawowego i bezwzględnego nastąpiło w wizjach państwa prawa rozwijanych przez myślicieli wieku oświecenia<sup>47</sup>, w czasach, kiedy źródłem dostrzegalnego bezprawia stawała się nieograniczona władza absolutna panujących<sup>48</sup>. Ten sam powód, z którego do tej pory nadawano zasadzie nieretroaktywności zakres ograniczony – zadecydował o postulowaniu jej podstawowego i bezwzględnego charakteru w odpowiedzi na rażące nadużycia władzy państwowej<sup>49</sup>. W późniejszym czasie pozytywizm prawny podchwycił ten kierunek zabsolutyzowanego pojmowania zasady nieretroaktywności, odrywając go jednakże od wskazanego kontekstu powstania. Doszło w ten sposób do deformacji zasady nieretroaktywności, a w dalszym rozwoju do utożsamiania jej z zasadą sprawiedliwości<sup>50</sup>, ochroną godności i wolności człowieka lub istoty demokratycznego państwa prawnego<sup>51</sup>.

---

<sup>45</sup> Cyt. za A. SPOTOWSKI, *Zasada*, cit., s. 8.

<sup>46</sup> W. WOŁODKIEWICZ, *op. cit.*, s. 154. W systemach anglosaskich zakaz retroaktywności związany jest pojęciem prawa stanowionego *ex post* (*ex post facto laws*).

<sup>47</sup> W. WOŁODKIEWICZ, *op. cit.*, s. 163.

<sup>48</sup> Warto jednak odnotować wypowiedź osiemnastowiecznego badacza prawa rzymskiego i filozofa J. Domata, który nie wyłączał mimo wszystko możliwości nadania prawy stanowionemu mocy wstecznej, gdyby miało to prowadzić do jego zgodności z normami prawa naturalnego lub dawnymi zwyczajami – por. J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1723, s. XXIV.

<sup>49</sup> Tak F. WIEACKER, *A History of Private Law in Europe*, Oxford 2000, s. 280-299, 341-362.

<sup>50</sup> J. WRÓBLEWSKI, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 151-175.

<sup>51</sup> W. WRÓBEL, *O definiowaniu retroaktywności w orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania*, Warszawa 1996; TENŻE, *Zmiana normatywna*, cit., s. 363-377. Z tego też powodu rozważania autora są niezwykle szczegółowe i wskazują z jednej strony ograniczenia każdego z podanych uzasadnień: zaufania i wskazywani do państwa, ochrony wolności i godności człowieka, zasady zawinienia, naruszenia zasady trójpodziału władzy. Autor stwierdza przy tym bezwzględne obowiązywanie zasady nieretroaktywności w przypadku

Gdyby próbować usunąć tę deformację – co należy uznać za pożądaną – należało by wyraźnie powiązać zasadę *lex severior retro non agit* (przynajmniej odnośnie do pojmowania granic jej obowiązywania) z wartością pewności prawa stanowionego. Bezpieczeństwo prawne – choć jego znaczenie jest doniosłe – nie jest wartością absolutną. Na przykład w formule Radbrucha przeciwstawione są mu celowość i sprawiedliwość (materialna). Można zatem mówić o fakultatywności zastosowania zasady *lex severior retro non agit* wówczas, gdy pewność prawa stanowionego ustępuje względem celowości, sprawiedliwości, moralności czy słuszności<sup>52</sup>. Innymi słowy, zakres zastosowania bezwzględnie pojmowanej zasady *lex severior retro non agit* kończy się wraz z kresem przewagi wartości pewności prawa stanowionego w antynomii: bezpieczeństwo prawne – celowość – sprawiedliwość<sup>53</sup>. Tylko też w takim ujęciu można mówić o niej jako o podstawowym składniku demokratycznego państwa prawa.

W przypadku strzelców przy murze berlińskim nie mamy do czynienia z tworzeniem podstaw do odpowiedzialności karnej z mocą wsteczną za pomocą niepozytywistycznej koncepcji państwa prawa, ile raczej z odebraniem mocy wiążącej przepisom i praktyce wyłączającej bezprawność danych czynów ze względu na ich rozpoznawalną *ex ante* i oczywistą bezprawność. Nie zachodzi tu retroaktywna zmiana stanu prawnego, lecz rozstrzygnięcie o rzeczywiście obowiązującym prawie, obejmującym pojęcie sprawiedliwości materialnej i celowości systemu prawa<sup>54</sup>. Ten argument z bezprawia wy-

---

zmiany ustawy z mocą wsteczną i zmiany wykładni z mocą wsteczną, gdy dochodzi do niej w wyniku weryfikacji kontekstu normatywnego. W przypadku weryfikacji kontekstu aksjologicznego uznaje, że zasada ta traci charakter absolutny w takim zakresie, w jakim zaufanie obywateli do aksjologii państwa totalitarnego nie podlega ochronie.

<sup>52</sup> J. NOWACKI, *op. cit.*, s. 95.

<sup>53</sup> J. ZAJADŁO, *Bezpieczeństwo – celowość – sprawiedliwość. Antynomie idei prawa*, «Gdańskie Studia Prawnicze» 9 (2002), s. 233-249.

<sup>54</sup> R. ALEXYS, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Oxford 2002, s. 61. Por. S. SYKUNA, *Roberta Alexy'ego argument z bezprawia*, «Ius et Lex» 2.1 (2003), s. 385-400.

klucza możliwość powołania się przez sprawcę na błąd co do bezprawności, bowiem między bezprawnością formalną a materialną zachodzi w tym wypadku tak drastyczna rozbieżność, że od sprawcy – tak jak w każdej innej podobnej sytuacji – wymagać należy rozpoznania tej sprzeczności i podporządkowania swych zachowań wymogom sprawiedliwości materialnej. Rozumowanie to ma może nie tyle paradoksalny charakter<sup>55</sup>, co stanowi słuszną korektę deformacji pojmowania zasady *lex severior retro non agit* w prawie karnym.

---

<sup>55</sup> Tak J. ZAJADŁO, *Polnischer Sonderweg*, cit., s. 380.