

Sławomir Tkacz

Uniwersytet Śląski w Katowicach

Instytut Nauk Prawnych

ORCID: [0000-0003-2858-2930](https://orcid.org/0000-0003-2858-2930)

Aleksandra Wentkowska

Uniwersytet Śląski w Katowicach

Instytut Nauk Prawnych

ORCID: [0000-0001-7631-2615](https://orcid.org/0000-0001-7631-2615)

Demokratyczne systemy prawne a faszyzm. Wstęp do studium

Democratic legal systems and fascism. Introduction to the study

Streszczenie

O ile ideologia faszystowska została poddana wyczerpującej analizie politologicznej czy socjologicznej, to analiza porządku prawnego państw faszystowskich jest znacznie rzadziej podejmowana przez badaczy zagadnienia. Myślenie o prawie jako wytworze i składniku współżycia ludzi, w szczególności relacji pomiędzy „oficjelami” tworzącymi przepisy prawa oraz adresatami, do których są one skierowane, może być niezwykle pomocne w toku badań, które mają na celu odpowiedzieć na pytania o wzajemną relację prawa i wartości.

Systemy nazistowskie i faszystowskie niewątpliwie pozostawiły swoje piętno na europejskich systemach prawnych. Autorzy artykułu przyjmują tezę o wpływie koncepcji faszystowskich na europejskie porządki prawne, w szczególności w kontekście ogromu zniszczeń, które nieodwracalnie zmieniły obraz polityczno-prawny odradzających się państw. Projekt prawnego i ekonomicznego zjednoczenia Europy po 1945 r. dotyczył doświadczeń kryzysu w latach trzydziestych i oczywiście dwóch wojen światowych. W rezultacie poszerzającej się współpracy w ramach Unii Europejskiej między państwami europejskimi powstały również sfery wspólnych wartości i wspólnej działalności prawnej.

Badając konsekwencje polityczne, prawne, humanitarne, postawić można tezę o konieczności odmiennego zbadania systemu prawnego z „wbudowanym” i współistniejącym systemem na nowo odczytanych wartości wypływających z traumatycznych doświadczeń faszystowskich. W tym celu konieczne jest odszyfrowanie znaczenia nowopowstałych wartości w kontekście obrazu wartości systemów nazistowskich oraz wpływu wartości nazistowskich na obecne systemy prawne państw europejskich. Ustalenia dotyczące potencjalnie wspólnych elementów ideologii faszystowskiej oraz ideologii współczesnych demokracji europejskich oraz różnic pomiędzy nimi mają prowadzić do zidentyfikowania zagrożenia, przed którym stoją obecnie państwa europejskie oraz porządek wspólnotowy związane z ewentualnym przenikaniem do prawa elementów charakterystycznych dla ideologii faszystowskiej.

Słowa kluczowe

faszyzm, zasady prawa, aksjologia, Unia Europejska, Grossraum

Abstract

While fascist ideology was subjected to comprehensive political or sociological analysis, the analysis of the legal order of fascist countries is much less frequently undertaken by scholars. Thinking about the law as a product and an element of human coexistence, in particular the relationship between “officials” who create legal provisions, and the addressees, can be extremely helpful in the course of research that aims to answer questions about the relationship of law and values.

The major goal of this article is to reconstruct an axiology of fascist nations and to answer a question: which elements of this axiology are accepted in legal orders of European countries. The aim of the authors is to specify a range of elements characteristic for fascist ideology spreading in the legal systems of the contemporary European democracies and legal system of the European Union as well as specify dangers linked with it. Normally, the opinions referring to the fascist ideologies, penetrating the modern legal orders and lack of dangers linked with it, are based on myths. These myths have not been supported by investigations of the normative acts, jurisdiction and legal doctrine of the fascist countries with the help of methods accepted in legal research. The research aims to demythologize statements related both to axiology of the fascist nations, and axiology of the modern European democracies and legal system of the European Union. The goal is an identification of fascist ideology elements that can be appealing to the modern European democracies, particularly in terms of possible system formation, which realises the selected ideological assumptions accepted by the fascist countries.

Keywords

fascism, legal principles, axiology, European Union, Grossraum

Wprowadzenie

Problematyce faszyzmu poświęcono wiele publikacji naukowych. Na elementarnym poziomie pojęciowym zagadnienie to wydaje się nie budzić większych wątpliwości czy sporów¹. Dość powszechnie podnosi się, że aksjologia faszystowska przez systemy prawne państw europejskich współcześnie jest odrzucana. Wskazać jednakże należy, że o ile ideologia faszystowska została poddana wyczerpującej analizie politologicznej czy socjologicznej, to analiza porządku prawnego państw faszystowskich jest znacznie rzadziej podejmowana przez badaczy zagadnienia. Analizy łączące perspektywę filozoficzno-prawną, historyczną, teoretyczną oraz dogmatyczną należą do rzadkości. W literaturze podkreśla się, że interpretacja faszyzmu, zwłaszcza w aspekcie rządów prawa, jest zadaniem delikatnym². Pomimo to postaramy się podjąć niniejsze wyzwanie.

Na wstępie rozważań wskazać należy, że poddając analizie systemy prawa, wyodrębnić należy dwie grupy podmiotów. Pierwszą grupę stanowią osoby, które mają bez-

¹ Autorzy używają pojęcia faszyzmu *sensu largo*, posługując się jego włoskim pierwowzorem również i wobec pokrewnych ruchów w latach 20. i 30. XX w., zwłaszcza narodowego socjalizmu w Niemczech.

² Por. S. Kubas, *Autorytarna praworządność. Uwagi na tle książki Jensa Meierhenricha The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*, „Przegląd Konstytucyjny” 2019, nr 1, s. 40.

pośredni wpływ na treść prawa. Osoby te można określić mianem „oficjeli”. To one decydują o aksjologii systemu. Drugą grupę stanowią wszyscy ci, do których prawo jest skierowane (adresaci przepisów prawa)³. Do tej grupy należą zarówno osoby fizyczne (ew. osoby prawne), które mają obowiązek stosować się do reguł wyznaczających sposób ich postępowania, jak również tzw. kontrolerzy, tzn. ci, którzy kontrolują, czy określone podmioty zachowują się zgodnie z przepisami prawa, a w przypadku złamania obowiązujących reguł są one uprawnione do stosowania wobec nich przymusu. W tym miejscu zauważyć trzeba, że różna motywacja może przesądzić o tym, że adresaci postępują zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Z jednej strony mogą oni akceptować treść poszczególnych przepisów oraz wartości, które są przez nie realizowane (motywacja moralistyczna). Z drugiej, nie akceptować ich, jednakże postępować zgodnie z przyjętymi przez „oficjeli” regułami z uwagi na niebezpieczeństwo sankcji, które mogą zostać przeciwko nim zastosowane w przypadku złamania prawa (motywacja legalistyczna bądź zdroworozsądkowa). Oczywiście jest to, że „oficjele”, ustanawiając określone przepisy, muszą wziąć pod uwagę możliwości urzeczywistnienia w praktyce wprowadzonych rozwiązań, a więc prawne możliwości zapewnienia społecznej efektywności prawa. W przypadku gdy aksjologia przez nich urzeczywistniana będzie rażąco sprzeczna z wartościami uznawanymi przez adresatów, siła przymusu może być niewystarczająca dla zapewnienia społecznej efektywności porządku prawnego⁴. Skutkować to może różnymi formami nieposłuszeństwa wobec prawa. W naszym przekonaniu przedstawione rozróżnienie ma fundamentalne znaczenie dla wszelkich badań nad systemami faszystowskimi. Z jednej strony wziąć bowiem należy pod uwagę motywację „oficjeli” decydujących o aksjologii porządków prawnych państw faszystowskich; z drugiej zaś motywację adresatów, akceptujących czynnie treść obowiązujących wówczas norm bądź biernie dostosowujących do nich swoje zachowanie (nieprzeciwstawiających się narzuconej przez „oficjeli” aksjologii)⁵.

Zaprezentowane poniżej ustalenia stanowią wprowadzenie do projektu o charakterze interdyscyplinarnym, który w przyszłości zamierzamy zrealizować. W toku prowadzonych badań zostaną postawione podstawowe pytania o aksjologię prawa. F. Longchamps w 1968 r., odpowiadając na pytanie, czym jest prawo i w jakim celu należy nim się zajmować, pisał, że prawo stanowi pewien aspekt kultury ludzkiej, wytwór i składnik współży-

³ Por. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Aufl. 2, Wien 1960, s. 56 i n. W polskiej literaturze W. Lang, *Obowiązywanie prawa*, Warszawa 1962, s. 171 i n.

⁴ W artykule zamiennie posługujemy się terminami: „system prawa”, „porządek prawny”, „prawo”, aczkolwiek jesteśmy świadomi tego, że relacja pomiędzy tymi pojęciami, a w szczególności systemem a porządkiem w teorii prawa jest ujmowana rozmaicie.

⁵ Zob. m.in. Marian Turski, *Auschwitz nie spadło z nieba*, „Polityka”, 27.01.2020, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kraj/1940080,1,marian-turski-auschwitz-nie-spadlo-z-nieba.read> [dostęp 09.09.2020].

cia ludzi⁶. W naszym przekonaniu myślenie o prawie jako wytworze i składniku współżycia ludzi, w szczególności relacji pomiędzy „oficjelami” tworzącymi przepisy prawa oraz adresatami, do których są one skierowane, może być niezwykle pomocne w toku badań, które mają na celu odpowiedzieć na pytania o wzajemną relację prawa i wartości.

Podkreślamy, że niniejsze studium stanowi asumpt do podjęcia niezwykle istotnych problemów z punktu widzenia przyszłości państw europejskich. Pewne elementy ideologii (aksjologii) faszystowskich mogą być atrakcyjne dla adresatów przepisów we współczesnych demokracjach europejskich, w szczególności w aspekcie ewentualnego powstawania systemów realizujących wybrane założenia ideologiczne akceptowane przez państwa faszystowskie⁷. Treści niebezpieczne z punktu widzenia faszyzacji prawa mogą być bowiem przez „oficjeli” „przemycane” do współczesnego prawa pod postacią przepisów, które na pierwszy rzut oka nie rodzą żadnych zagrożeń⁸.

Ze względu na charakter niniejszego artykułu nie podejmujemy się streścić całości założeń projektu, albowiem taka próba musi się wiązać z uproszczeniem zaprezentowanych treści i zubożeniem argumentacji, których chcemy uniknąć. Mamy jednakże nadzieję, że przedstawione opracowanie będzie stanowić asumpt do rozpoczęcia dyskursu, który zamierzamy kontynuować w przyszłości.

1. Perspektywy badań nad prawem państw faszystowskich

Problem teoretycznoprawnej analizy porządków prawych potraktować można dwójako. Z jednej strony dla zrozumienia systemu prawa i jakiegokolwiek społeczeństwa można przyjąć perspektywę obserwatora, który niejako stojąc na uboczu, dokonuje obserwacji systemu prawnego, takim jaki on jest. Z drugiej strony można prawo badać z perspektywy uczestnika, który akceptując pewne założenia aksjologiczne systemu, ustala, jakie zachowania są nakazane oraz zakazane, a następnie zgodnie z nimi postępuje⁹. Badania przeprowadzone z perspektywy powojennej (przyszłości) przez naukowców analizujących prawo obowiązujące w państwach faszystowskich doprowadziły do jednoznacznie negatywnej oceny tych systemów z punktu widzenia współcześnie akceptowanych fundamentów aksjologicznych porządków prawnych. Nie odpowiadają one jednakże na pytanie o fenomen systemów prawnych państw faszystowskich, które w praktyce funkcjonowały, zyskując akceptację znacznej części społeczeństwa, w tym o motywację, jaka kierowała adresatami

⁶ F. Longchamps, *Z problemów poznania prawa*, Prace Wrocławskiego Towarzystwa Naukowego, Seria A, nr 129, Wrocław 1968, s. 25–31.

⁷ Z 1989 r.: „wzniosła wizja [...] zanika, [...] buduje się głębokie podziały [...], a faszyzm tak często powraca w naszych dyskusjach”, M. Albright, *Faszyzm. Ostrzeżenie*, Warszawa 2018.

⁸ Zob. J. Habermas, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, C. Cronon, P. de Grieff (eds.), Cambridge 1998; M. Pensky (ed.), *The postnational Constellations. Political Essays*, Cambridge 2001.

⁹ Zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 84–85.

przepisów. Wydaje się, że samo odwołanie się tu do siły przymusu nie może być uznane za wystarczające. W naszym przekonaniu, aby zrozumieć istotę zjawiska faszyzmu, zaproponować trzeba metodologię badań, która pozwoli na zwrócenie uwagi na te aspekty funkcjonowania państw faszystowskich, które dotychczas były pomijane w toku prowadzonych badań. Wydaje nam się, że w przypadku badań porządków prawnych obowiązujących w przeszłości z dużym prawdopodobieństwem można przyjąć, że dużo bardziej interesujące wnioski może przynieść nie analiza dokonana z perspektywy przyszłości, lecz ustalenia dotyczące przekonań przyjmowanych przez uczestników, tj. oficjeli, którzy zarówno tworzyli obowiązujące wówczas przepisy, decydując o aksjologii systemu, jak i adresatów, którzy akceptowali te normy i zgodnie z nimi postępowali. Badając systemy prawne, w szczególności treść obowiązujących norm, musimy spróbować uchwycić perspektywę wewnętrzną. Chodzi tu o postawienie się w sytuacji podmiotów, które tworzyły wówczas prawo oraz były jego adresatami, niejako w tym systemie funkcjonując. Zrozumienie istoty systemów prawnych państw faszystowskich nie jest bowiem możliwe bez uwzględnienia aspektu normatywnego nieodłącznie wiążącego się z obowiązywaniem prawa o określonej treści.

Zgodnie z założeniem koncepcji R. Alexy'ego zasady prawa oraz wartości im przyporządkowane są nieodłącznie częścią systemu prawa, przy czym obowiązują one ze względu na ich treść¹⁰. Każdy (w minimalnym stopniu rozwinięty) porządek prawny musi uwzględniać pewne wartości urzeczywistniające ideę prawa słusznego, aby zachować status systemu obowiązującego. Idea przewodnia R. Alexy'ego w odniesieniu do praw podstawowych polega na uznaniu, że pewne wartości są na tyle ważne dla istnienia systemu, że władza wykonawcza, a nawet większość parlamentarna nie ma prawa rozstrzygania o nich. W odniesieniu do problematyki zasad prawa nie można także pominąć bogatego dorobku autorów hiszpańskojęzycznych¹¹. Podkreślić należy, że w ramach koncepcji porządku prawnego jako zbioru zasad prawa i reguł prawnych argument z nieobowiązywania prawa rażąco niesprawiedliwego zyskuje możliwość racjonalizacji oraz wykorzystania w praktyce. W konsekwencji ma to doprowadzić do ukształtowania się systemów respektujących prawa człowieka, co wykluczałoby wprowadzanie do prawa szeregu elementów aksjologicznych charakteryzujących państwa faszystowskie. W końcu nie można pominąć poglądów tych autorów, którzy abstrahując w ogóle od tradycyjnego sporu pozytywizm prawniczy – teorie prawnonaturalne zwracają się w stronę problematyki metod analizy prawa, co ma skutkować rozpoczęciem dyskusji podstawowej nad prawem i jego obowiązywaniem¹².

¹⁰ R. Alexy, *Teoria praw podmiotowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010.

¹¹ Np. M. Atienza, J.R. Manero, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Boston, London 1997.

¹² Np. teoria systemów autopojetycznych: N. Luhmann, *Systemy społeczne. Zarys ogólnej teorii*, Kraków 2007; G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main 1989.

Podkreślić należy, że bez zapewnienia sobie co najmniej milczącej akceptacji aksjologii stanowiącej fundament tych systemów przez adresatów przepisów prawa, porządki te nie byłyby społecznie efektywne, a więc nie mogłyby zafunkcjonować w praktyce. W przedmiotowej pracy chcemy zatem zbudować mieszaną normatywno-opisową teorię badań nad aksjologią systemów prawnych państw faszystowskich¹³. Będzie ona polegała na podjęciu próby rekonstrukcji perspektywy wewnętrznej (z punktu widzenia uczestników), akceptujących aksjologiczne założenia systemów prawnych państw faszystowskich („oficjeli” oraz adresatów), a następnie opisanie (z perspektywy obserwatora) fenomenu prawa państw faszystowskich (przesłanek, które przesądziły o tym, że zostały one przez uczestników uznane za atrakcyjne).

Naszym zdaniem, takie ujęcie tematu pozwoli na znalezienie odpowiedzi na pytanie, czy współczesne systemy prawne państw europejskich zawierają elementy wspólne z prawem faszystowskim, które są akceptowane przez podmioty aktualnie przyjmujące perspektywę uczestników. Odrębnym efektem przeprowadzonych badań będzie dokonanie ustaleń dotyczących źródeł niewątpliwej atrakcyjności pewnych elementów charakteryzujących prawo państw faszystowskich dla uczestników, zarówno w aspekcie historycznym, jak również obecnym. Oczywiście jest dla nas to, że może to rodzić zagrożenie „odżycia” porządków prawnych aksjologicznie nawiązujących do faszyzmu.

2. Pozytywistyczna wizja „czystego” systemu prawa a faszyzm

Jednym z podstawowych elementów pozytywistycznej wizji systemu prawa jest przekonanie, że prawo i moralność to dwa oddzielne systemy normatywne. Prawo, które ustanawiają „oficjele”, obowiązuje zatem niezależnie od tego, czy spełnia ono określone wymogi co do realizowanych przezeń wartości¹⁴. Stanowisko to często jest argumentem uzasadniającym pogląd, że pierwotne koncepcje pozytywistyczne, które obowiązywanie prawa wiążą wyłącznie ze spełnieniem przez normy pewnych wymogów formalnych (tzw. test pochodzenia), mogą legitymizować porządki prawne realizujące elementy ideologii faszystowskiej. Stąd też odrodzenie teorii naturalnych w Niemczech po II wojnie światowej¹⁵.

¹³ Tak m.in. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1991, s. 33.

¹⁴ Szerzej M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 32–33.

¹⁵ Odrodzenie prawa natury w niemieckiej filozofii prawa uzasadniały rozmaite względy. W okresie od 1945 r. do początku lat 60. XX w. odnosiło się ono do rozliczeń z faszyzmem. Natomiast od początku lat 80. XX w. rozważania w tym nurcie w większym stopniu dotyczyły kierunków polityki państwa akceptującego związek pomiędzy prawem a sprawiedliwością. Renesans filozofii praktycznej nakazywał poszukiwanie narzędzi, które będą skutecznie chroniły społeczeństwa przed odradzaniem się państw totalitarnych. Niemiecka powojenna dyskusja prawnonaturalna z całą pewnością nie była zjawiskiem jednorodnym. Za punkt wyjścia rozważań w tej materii można uznać powojenne koncepcje Gustava Radbrucha i jego następców, którzy uznając, że pozytywizm jest bezbronny wobec nieludzkiego prawa, formułują postulat nieobowiązy-

Gustaw Radbruch, dokonując oceny systemu nazistowskiego z pozycji prawnonaturalnych w słynnym artykule *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, wprost wyraził pogląd, że „[...] pozytywizm żywiący przekonanie, że «prawo znaczy prawo» uczynił niemiecki cech prawniczy bezbronnym wobec praw stanowionych samowolnie lub w celach przestępczych” (*Wehrlosigkeitsthese*)¹⁶. W tym miejscu przypomnieć należy, że jak pisze Jerzy Zajadło, „Radbruch nigdy nie poparł Hitlera, nigdy nie współpracował z jego reżimem, wreszcie «nigdy nie powiedział i nie napisał czegoś czego musiałby się potem wstydić». Mimo to miał głębokie poczucie odpowiedzialności za to, co się stało [...]”¹⁷. Przytoczona wypowiedź, będąca wyrazem „moralnego współoskarżenia”¹⁸ musi jednak rodzić pytanie, czy rzeczywiście pozytywizm prawniczy stanowił filozofię prawa legitymizującą prawo państw faszystowskich. Faktycznie myślenie pozytywistyczne było dominującym podejściem do prawa w państwach faszystowskich. Czy uzasadnia to wniosek, że o ile w Niemczech w okresie Republiki Weimarskiej, jak i po II wojnie światowej poszukiwano umocowania systemu prawa w moralności, to w okresie III Rzeszy akceptację zyskała charakterystyka porządku prawnego moralnie neutralna z punktu widzenia realizowanych przezeń treści? Warto przytoczyć pogląd, który sformułował Detlef Merten – autor wprost pisze, że co najwyżej w kategoriach prawniczej legendy należy potraktować głoszoną często tezę, że pozytywizm ułatwił powstanie totalitarnego państwa nazistowskiego¹⁹ – to właśnie bowiem zasada państwa prawa w rozumieniu formalnym stanowiła główny cel ataku narodowego socjalizmu²⁰. Odmienne to właśnie pozytywizm w okresie Republiki Weimarskiej był narzędziem wykorzystywanym w obronie demokracji i legalnego porządku prawnego²¹.

Na marginesie zauważyć należy, że postulaty sformułowane przez Hansa Kelsena o „czystości” systemu prawa rozumiane w ten sposób, że „obowiązywanie pozytywnego porządku prawnego jest niezależne od obowiązywania jednej, jedynie obowiązują-

wania prawa niegodziwego czy rażąco niesprawiedliwego. Interesujące wydaje się także stanowisko Martina Krielego określane jako formuła Krielego, zgodnie z którą system prawny rozumiany jako całość może być zanegowany z uwagi na rażącą sprzeczność z wymogami sprawiedliwości. Formuła ta odnosi się bowiem do norm typowych dla reżimów totalitarnych, w tym faszystowskich. Obszernie J. Zajadło, *Formuła Radbrucha*, Gdańsk 2001, rozdz. II.

¹⁶ G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, tłum. E. Nowak – tekst opublikowany w: J. Zajadło, *Radbruch*, Sopot 2016, s. 23.

¹⁷ J. Zajadło, *Radbruch...*, s. 131.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Z drugiej strony nie można w tym miejscu pominąć pytań, które stawiał m.in. Ralf Dreier o bezradność koncepcji, które akceptują rozdział prawa i moralności wobec powstawania porządku prawnego realizującego ideologię faszystowską.

²⁰ D. Merten, *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, Tübingen 1975, s. 12 i n.

²¹ J. Zajadło, *Radbruch...*, s. 114.

cej, absolutnej moralności [...]”²² nigdy nie znalazły akceptacji ani w państwach faszystowskich, ani w powojennych państwach totalitarnych²³. Z jednej strony negatywne nastawienie nauki prawa Trzeciej Rzeszy do koncepcji Hansa Kelsena wiązało się z jego żydowskim pochodzeniem²⁴, z drugiej jednakże niewątpliwie jego teoria nie mogła zostać przyjęta z uznaniem w państwie nazistowskim właśnie z powodu supremacji zasady państwa prawnego nad niepodlegającymi dyskusji przekonaniami „oficjeli” odnośnie do założeń aksjologicznych systemu. Podkreślić należy to, że kelsenowska norma podstawowa (*Grundnorm*), która jest w jego koncepcji źródłem obowiązywania wszystkich przynależnych do systemu prawa norm, przesądzająca o społecznej efektywności prawa – jak pisze autor – „[...] dostarcza tylko przyczyny obowiązywania, a nie treści norm stanowiących ten system”²⁵. Prawo może mieć zatem całkowicie dowolną treść. Tymczasem z perspektywy „oficjeli” decydujących o treści przepisów obowiązujących w Trzeciej Rzeszy norma podstawowa nie była aksjologicznie neutralna, miała ona bowiem być wypełniona niepodlegającymi dyskusji wartościami narodowosocjalistycznymi, stanowiącymi „jedyną słuszną aksjologię” w państwie nazistowskim. Wyraźnie należy wskazać, że założenie, iż prawo musi realizować narzuconą z góry aksjologię, nie jest do pogodzenia z pozytywizmem zakładającym rozdział prawa i moralności, jak również założeniem „czystości” porządku prawnego, rozumianym tak, jak to pojmował H. Kelsen. Oczywiście w tym miejscu musi pojawić się pytanie, czy założenie „czystości” systemu nie jest li tylko teoretyczną fantazją, niemożliwą do zrealizowania w rzeczywistości. Sięgając do pozytywistycznych debat okresu powojennego, zwrócić należy uwagę na koncepcję „minimalnej treści prawa natury”. Zakładano, że prawo musi gwarantować i chronić pewne uniwersalnie uznane zasady postępowania (musi zawierać przepisy dające adresatom pewne minimum ochrony i bezpieczeństwa)²⁶. Adresaci nie widzieliby bowiem sensu podporządkowania się systemowi prawnemu, który nie zawierałby norm stojących na straży ich życia i własności. „Osoba, która nie jest pod taką ochroną, nie ma żadnego powodu (oprócz być może strachu), aby przestrzegać prawa i ma wszelkie moralne racje, żeby się zbuntować”²⁷. Odmienne np. uważa J.L. Vullierme, wskazując, że „Kelsen osiągnął przeciwieństwo tego, czego pragnął, przekształcając prawo w instrumentalną całość, dostępną każdemu, kto chciałby ją kontrolować. Niczym naukowiec pacyfista, który rozwinąłby ener-

²² H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, tłum. R. Szubert, Warszawa 2014, s. 137–138.

²³ Zwrócić w tym miejscu należy uwagę na krytykę prac H. Kelsena w okresie PRL-u. Por. A. Bosiacki, *Wstęp do H. Kelsena, Czysta teoria prawa*, Warszawa 2014, s. 37–41.

²⁴ Por. T. Scheffler, *Recepcja doktryny prawnej Hansa Kelsena w Niemczech*, [w:] A. Bosiacki (red.), *Normatywizm Hansa Kelsena a współczesna nauka prawa*, Warszawa 2017, s. 155.

²⁵ H. Kelsen, *Czysta...*, s. 299.

²⁶ H.L.A. Hart, *op. cit.*, s. 261 i n.

²⁷ P. Kamela, *Prawo i moralność w koncepcjach H.L.A. Harta*, Toruń 2008, s. 140.

gię na użytek wojskowy, mimowolnie włożył w ręce pronazistowskich prawników w rodzaju Carla Schmitta i innych wrogów stosowania prawa pacyfistycznego dźwignię do realizacji ich zamiarów, sprzecznych z jego własnymi intencjami. Pozytywna hierarchia norm nie zdoła sama z siebie wyprodukować normy podstawowej, od której cały system byłby zależny, ani przerzucić jego punktu zakotwiczenia w wartości tyrańskie²⁸. W tym miejscu pojawia się przypuszczenie, że w praktyce nie istnieją systemy aksjologicznie neutralne, realizacja zaś postulat „czystości” nie oznacza nic więcej niż to, iż „oficjele” posiadają kompetencję do określenia aksjologicznych założeń systemu. „Norma podstawowa”, posługując się językiem H. Kelsena, dostarcza zatem przyczyny obowiązywania systemu – co do zaś jej treści – jest ona „czysta”, dopóki „oficjele” nie wypełnią jej pewnym zbiorem wartości, które stanowią fundament porządku prawnego. Odrębną kwestią jest to, czy posiadają oni całkowitą dowolność odnośnie do decyzji, które podejmują w tej materii – system musi być bowiem społecznie efektywny – co oznacza, że adresaci muszą widzieć „sens” podporządkowania się stanowionemu przez oficjeli prawu.

W tym aspekcie nie można pominąć nurtu określanego mianem filozofii wartości. Zwrócić należy przede wszystkim uwagę na rozważania Helmuta Coinga, który podjął dociekania nad problemem prawa do oporu wobec władzy w sposób rozmyślny naruszającej prawo natury, w tym godność człowieka²⁹. Wyraźnie należy podkreślić, że w niemieckiej teorii i filozofii prawa po okresie fascynacji koncepcjami prawnonaturalnymi (formułującymi trudny w praktyce do realizacji postulat nieobowiązywania prawa niegodziwego) powrócono do dyskusji podstawowej nad aksjologią prawa (początek lat 60. – koniec lat 70.)³⁰. Jeden z autorów wprost wskazuje, że za przełomową w tej materii uznać należy pracę Arthura Kaufmanna z 1957 r. *Naturrecht und Geschichtlichkeit*³¹. Autor, podejmując próbę racjonalizacji dyskusji prawnonaturalnej, zrywa z alternatywą „albo-albo” (prawo natury albo pozytywizm prawniczy), poszukując trzeciej drogi pomiędzy prawnonaturalizmem a pozytywizmem³². Poglądy Helmuta Coinga i Arthura Kaufmanna stanowiły fundament ukształtowania się koncepcji niepozytywistycznych, w ramach których formułowane są argumenty z zasad prawa. Zasady prawa, których pewna grupa stanowi tzw. „milczące założenia” porządków prawnych będące elementem systemu prawa (obowiązującymi normami prawa), otwierają prawo na inne systemy normatywne, co ma zapewnić respektowanie przez oficjeli pewnych niewzru-

²⁸ J.L. Vullierme, *Lustro Zachodu. Nazizm i cywilizacja zachodnia*, Warszawa 2016, s. 188.

²⁹ H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin 1985.

³⁰ Obszernie J. Zajadło, *Charakterystyka współczesnej niemieckiej filozofii prawa*, [w:] J. Zajadło (red.), *Przyszłość dziedzictwa*, Gdańsk 2008, s. 9–28.

³¹ A. Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Recht und Staat, Heft 197, Tübingen 1957.

³² J. Zajadło, *Charakterystyka...*, s. 17.

szalnych wartości (w tym sprawiedliwość materialną prawa i realizację praw człowieka)³³. Ten kierunek zmian ma chronić prawo przed „wynaturzeniami” systemów faszystowskich – zrywa on bowiem z „naiwnymi” koncepcjami nieobowiązywania prawa niegodziwego czy przepisów rażąco niesprawiedliwych. Odrębną kwestią jest jednakże to, czy rzeczywiście ten sposób myślenia o prawie w określonych okolicznościach zapewnia lepszą ochronę adresatom przepisów prawa przed faszyzacją systemu przez „oficjeli”.

3. Realizacja „milczących założeń” porządku prawnego w Trzeciej Rzeszy

Wpływ wartości nazistowskich na obecne systemy prawne państw europejskich związany jest z przenikaniem do prawa elementów charakterystycznych dla ideologii faszystowskiej. Można wskazać przykładowo, że liberalna konstytucja Republiki Weimarskiej preferowała interes jednostki, podczas gdy w Trzeciej Rzeszy rangę najwyższą osiągnęła zbiorowa kategoria narodu. Pluralizm polityczny i związkowy republiki został zastąpiony monizmem NSDAP i Niemieckiego Frontu Pracy. Modyfikacji w nazistowskich Niemczech uległy przepisy dotyczące niezawisłości sędziowskiej. Z kolei rozporządzenie rządu Rzeszy o utworzeniu sądów specjalnych z 21 marca 1933 r., na których w okresie II wojny spoczywał ciężar orzecznictwa w sprawach karnych na poziomie regionalnym, oparto na podstawie prawa wydanego jeszcze w okresie Republiki Weimarskiej. Także w prawie pracy Republiki Weimarskiej pojawiła się po raz pierwszy ideologia wspólnoty zakładowej, rozwijana następnie w Trzeciej Rzeszy. W obu systemach prawnych dobrami prawnie chronionymi była cześć i życie szefów państwa (prezydenta, kanclerza, Führera).

Ze względu na istotę państwa totalitarnego i rolę prawa karnego w nim większość zasad i wartości wynika z norm o prawnokarnym charakterze. Normy te jednak stanowiły swoiste oprzyrządowanie wartości i dóbr uczynionych podstawą systemu prawnego Trzeciej Rzeszy, były narzędziem służącym do ich urzeczywistniania. Przykładowo dotyczy to zarówno powszechnie znanych wartości w rodzaju „ochrony wspólnoty narodowej”, „ochrony wspólnoty”, „zaufania narodu do Führera i politycznego kierownictwa”, „pomyślności narodu niemieckiego, Rzeszy Niemieckiej” i „siły obronnej narodu niemieckiego”, ale także mniej popularnego „autorytetu NSDAP, Gestapo, rządu Rzeszy”, „woli narodu niemieckiego obronnego egzekwowania swoich praw”, „totalnej narodowej gotowości bojowej” oraz „reputacji narodu niemieckiego”³⁴.

³³ Obszernie S. Tkacz, *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie*, Toruń 2014.

³⁴ Ch. Hilger, *Rechtsstaatsbegriffe im Dritten Reich. Eine Strukturanalyse*, Tübingen 2003; F. Neumann, *BEHEMOT. Narodowy Socjalizm. Ustrój i funkcjonowanie 1933–1944*, Warszawa 2016.

Na tym tle powstaje pytanie, czy Trzecia Rzesza oraz inne państwa faszystowskie były państwami praworządnymi w formalnym oraz materialnym ujęciu praworządności oraz które postulaty wiązane w doktrynie z różnymi charakterystykami praworządności porządku prawnego tych państw realizowały (w jakim stopniu), a które były przezeń co do zasady odrzucane. Klauzule „praworządność” („państwo prawne”, „rządy prawa”), które stanowią dość popularne narzędzia argumentacyjne w dyskursie prawniczym, często wykorzystywane są w sposób bezrefleksyjny, bez należytej analizy złożoności tych pojęć. Tymczasem zaskakujące jest to, jak wiele postulatów, o różnym charakterze, jest z nimi wiązanych. O rosnącym zainteresowaniu tymi klauzulami świadczy to, iż także w dyskusjach o charakterze społeczno-politycznym czy publicystycznym argument z kwalifikowania porządków prawnych współczesnych państw w kategoriach praworządnych lub niepraworządnych formułowany jest dość powszechnie. Świadczy to o jego dużej sile argumentacyjnej. Generuje to szereg napięć społecznych, co powinno obliżować przedstawicieli nauki do wyjaśnienia w sposób zrozumiały dla społeczeństwa treści wiązanych z tymi pojęciami.

Niektóre wartości, pojęcia czy kategorie, które funkcjonowały w prawie niemieckim przed 1933 r., po dojściu do władzy narodowych socjalistów zostały wypełnione nową treścią. Będący fundamentem ideologii nazistowskiej naród był rozumiany inaczej niż wynikało to z treści konstytucji, wyłącznie jako rasa aryjska, co zaowocowało pozbawieniem przyrodzonej godności przede wszystkim Żydów i wyłączeniem ich z niemieckiej wspólnoty narodowej³⁵. Niezawisłość sędziowska zaczęła być natomiast wiązana z „wolą Führera” ucieleśniającego poglądy prawne w taki sposób rozumianego narodu. Jak trafnie zauważa jeden z autorów, nowy system polegał przede wszystkim na „nieograniczonej wykładni” milczących założeń systemu i wypełnianiu ich treściami realizującymi oczekiwania Führera traktowanego w kategoriach „najwyższego ustawodawcy”³⁶.

W świetle przedstawionych przykładów wskazać należy, że odkodowanie znaczenia treści wypełniających „milczące założenia” systemu w Trzeciej Rzeszy w kontekście obrazu wartości systemów nazistowskich może doprowadzić do identyfikacji zagrożeń, przed którymi stoją obecnie państwa europejskie czy też porządek prawny Unii Europejskiej. Zwyczajowo formułowane opinie dotyczące przenikania ideologii faszystowskiej do współczesnych porządków prawnych, jak również opinie dotyczące braku

³⁵ Inny przykład zmiany może stanowić zagadnienie podejścia do rodziny. Art. 119 konstytucji gwarantował rodzinom wielodzietnym i macierzyństwu specjalną opiekę. Przykładowo sądy w latach dwudziestych orzekały, że tolerowanie przez przyszłych teściów współżycia między narzeczonymi stanowi stręczycielstwo i podlega karze. Do przełamania tej linii orzeczniczej doszło pod wpływem ideologii nazistowskiej w wyroku Sądu Ławniczego w Cottbus z 1937 r., w którym złagodzone dotychczasową ocenę prawną, dopuszczając uwzględnienie wewnętrznego nastawienia uczestników.

³⁶ Por. J. Zajadło, *Formula...*, s. 293–294.

zagrożeń z tym związanych oparte są na mitach, które nie są poparte badaniami aktów normatywnych, orzecznictwa oraz doktryny prawniczej państw faszystowskich. Demitologizacja twierdzeń zarówno dotyczących aksjologii państw faszystowskich, jak również aksjologii współczesnych demokracji europejskich oraz porządku prawnego Unii Europejskiej pozwoli na określenie skali przenikania elementów ideologii faszystowskich do porządków prawnych współczesnych demokracji europejskich oraz zagrożeń z tym związanych.

4. Przenikanie kultur prawnych

Obecny stan integracji europejskiej, będący rezultatem zmian społecznych i ideologicznych, przyczynia się niewątpliwie do rozkwitu zjawiska wielokulturowości, a tym samym dyferencjacji wartości etycznych, prawnych czy społecznych. Nieuchronnie jednak prowadzi również do konfliktu wartości na poziomach: narodowym i wspólnotowym, regionalnym i państwowym, grup mniejszościowych i całych społeczeństw. Wysoce prawdopodobne jest, iż nowe ujęcie prawa, „uwzględniające kulturowe wymiary globalizacji, wielokulturowość, kosmopolityzm, czy tzw. rozumny pluralizm”³⁷, jest jedynym sposobem na uniknięcie destabilizującego „rozchwiania się” zespołu naczelnych wartości racjonalizujących i legitymizujących nowe prawo”³⁸.

Na gruncie relacji europejskich zauważalne jest kształtowanie się globalnego społeczeństwa obywatelskiego poprzez przejście z poziomu norm międzynarodowych na poziom norm uniwersalnych (kosmopolitycznych)³⁹. W szczególności „model polityka + prawo *ex definitione* wykracza poza ramy konstytucji krajowych, na razie wpisując porządek ponadpaństwowy z prawami człowieka i *soft law* do tradycyjnych porządków konstytucyjnych”⁴⁰. W prostszym ujęciu są to różnorodne powiązania o charakterze harmonizacji, konwergencji, unifikacji na różnych szczeblach instytucji, wartości, kultur i społeczeństw⁴¹. W kontekście prawnym globalizacja ta ma na celu osiągnięcie jak najwyższego stopnia związania wszystkich społeczeństw jednolitym

³⁷ B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne*, Toruń 2009, s. 23–24.

³⁸ K. Pałeczki, *Zmiany w aksjologicznych podstawach prawa*, [w:] K. Pałeczki (red.), *Dynamika wartości w prawie*. Kraków 1997, s. 23.

³⁹ S. Benhabib, *On the Philosophical Foundation of Cosmopolitan Norm*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach (red.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity, Plenary Lectures at 23rd IVR World Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland*, Warszawa 2007, s. 64.

⁴⁰ T. Kozłowski, *Polityka prawa*, [w:] M. Zubik (red.), *Prawo a polityka*, Warszawa 2007, s. 112.

⁴¹ B. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford 2006, s. 120–130, lub “under globalization, the local has a global influence and the global has local influence” – A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Stanford 1990.

porządkiem prawnym⁴². Zjawisko globalizacji jednocześnie powoduje, iż znacznie utrudnione jest znalezienie wyraźnych punktów demarkacyjnych systemu prawa (czego najlepszym przykładem jest np. system Rady Europy wraz z zasadami wynikającymi z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a także system prawa UE, ingerujący na zasadzie ponadnarodowości w systemy praw krajowych oraz czerpiący z systemu Rady Europy).

Istotne z punktu widzenia procesów integracyjnych jest również odnalezienie treści i zakresu kultury prawnej, odnoszącej się zarówno do *law in books*, jak i do *law in action*⁴³, przy wzięciu pod uwagę takich czynników jak: koncepcje i źródła prawa, metodologia, argumentacja prawnicza oraz wspólne wartości czy idee prawne⁴⁴. Pomimo faktu wzajemnego przenikania się owych kultur prawnych, szczególnie w kontekście integracji europejskiej, każdą z nich charakteryzuje pewna niezmiennosc, odróżniająca ją od pozostałych. I choć same normy prawne podlegają pewnej dynamice zmian, to jednak zasady ich obowiązywania, interpretacji i stosowania pozostają niezmiennie, jako trwałe konstrukty danej kultury prawnej⁴⁵. Istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż zakres danych tożsamości kulturowych będzie się zawężał ze względu na wzrost ich wzajemnego przenikania się, czego konsekwencją jest (będzie) „brak „czystych” kultur prawnych. To wzajemne przenikanie może postępować w kierunku zacierania się różnic pomiędzy krajowymi porządkami prawnymi na skutek wprowadzania nowych zasad prawnych w ramach ich harmonizacji czy ujednolicania (taki jest m.in. cel konstrukcji prawnej dyrektywy).

Zdecydowanie jednak w kontekście prawa UE fakt rozwoju prawa w korelacji ze zmianami zachodzącymi w społeczeństwie dowodzi, iż wraz z rozwojem społecznym prawo, stopniowo się separując od innych systemów, nadal pozostaje niezbędnym elementem przetrwania systemu społecznego, w otoczeniu którego się kształtuje (autopoietyczna koncepcja N. Luhmanna)⁴⁶, a „historyczny związek prawa i społeczeństwa powinien być definiowany, jako koewolucja strukturalnie związanych systemów autopoietycznych”⁴⁷.

⁴² M. Shapiro, *The Globalization of Law*, „Indiana Global Legal Studies” 1993, no 1, s. 37; zob. również D. Held, *Democracy and the Global Order*, Stanford 1995; A.M. Slaughter, *The New Real World*, „Foreign Affairs” 1995, no 76.

⁴³ W przeciwieństwie do znaczenia „tradycji” jako „całościowego zbioru przyzwyczajzeń, zwyczajów, koncepcji, wartości, zasad, ideologii oraz światopoglądów, rządzących daną grupą lub kilkoma grupami” M. van der Hoecke, *European Legal Cultures in a Context of Globalisation*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach (red.), *op. cit.*, s. 93.

⁴⁴ M. van der Hoecke, *op. cit.*, s. 84; A. Aarnio, *Who we are? On Social, Cultural and Legal Identity*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach (red.), *op. cit.*, s. 153–154.

⁴⁵ M. van der Hoecke, *op. cit.*, s. 84.

⁴⁶ Czyli będzie to zdolność do bycia przedmiotem nawiązań, zdolność przyłączania (*Anschlußfähigkeit*), innymi słowy, jako kolejne zdarzenie zostanie wybrane to, które pozwala dowiedzieć się, co może wchodzić w grę jako jeszcze następne”. N. Luhmann, *op. cit.*, s. 40, 115 i n.; zob. również G. Teubner, Z. Bankowski (red.), *Law as an Autopoietic System*, Oxford 1993.

⁴⁷ G. Teubner, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, „Cardozo Law Review” 1992, no 13, s. 1451.

Pluralizm prawny, kształtujący się pod wpływem postępującego rozwoju integracji, może być współcześnie postrzegany w dwóch konfiguracjach: proliferacji kompetencji władzy państwowej na ponadnarodowe podmioty z jednej strony oraz proliferacji prawa w szerokim znaczeniu, poza kompetencjami państwowymi, jak pozarządowe organizacje międzynarodowe czy zasady, którymi się rządzią np. wspólnoty imigrantów⁴⁸.

Wartości akceptowane w systemach faszystowskich zbudowały fundamenty, w oparciu o które powstał system prawny Trzeciej Rzeszy. Ów system pozostawił swoje piętno na europejskich systemach prawnych⁴⁹. Odradzające się porządki powojennej Europy w źródłach swoich prawodawstw zawarły wartości o nowym znaczeniu, odmiennym niż wartości systemów totalitarnych. Jednakże postulaty, które realizowały państwa faszystowskie, w porównaniu z porządkami prawnymi wybranych państw oraz Unii Europejskiej wskazują zarówno na pewne elementy wspólne, jak i na odmienności. Konieczne w tym celu wydaje się być odtworzenie katalogu zasad prawa realizowanych w prawie Trzeciej Rzeszy, egemplifikacja dóbr prawnych (wartości) podlegających ochronie oraz ustalenie, jakie postulaty były z nimi związane⁵⁰.

5. Zagrożenia – porządki postfaszystowskie

Pluralizm europejskiej kultury prawnej oznacza współistnienie i współzawodnicstwo w niej różnych idei prawnych, zespołów norm prawnych, struktur wymiaru sprawiedliwości i praktyki jej wymierzania. J. Rawles wprowadza pojęcie konsensusu (*the idea of an overlapping consensus*) wynikającego z nakładających się wartości we współczesnych, pluralistycznych systemach społecznych. Nie zawsze jednak te nakładające się wartości będą mogły być chronione w tym samym stopniu i w tym samym czasie. Postawić można na wstępie hipotezę, że do tego katalogu należą m.in. zasady rządów prawa, dobro wspólne, godność, wolność oraz sprawiedliwość. Wartości te były zarówno akceptowane i stosowane w systemach faszystowskich, jak również odnaleźć je można w systemach prawnych współczesnych demokracji europejskich, oczywiście w pewnym rozumieniu akceptowanym przez ówczesnego lub współczesnego ustrojodawcę. Niewątpliwie każdy z minionych europejskich systemów prawno-politycznych znajduje odzwierciedlenie w przyszłych systemach prawnych, w różny sposób odczytywanych, a następnie stosowanych. Zasady wywodzone z prawa rzymskiego, stanowiącego europejskie dziedzictwo historyczne, na którym można było budować nową, powojenną Eu-

⁴⁸ M. van der Hoecke, *op. cit.*, s. 94.

⁴⁹ Zob. np. koncepcje zintegrowanej Europy C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Ius Publicum Europaeum*, Berlin 1974; R. Höhn, *Grossraumordnung und Völkisches Rechtsdenken*, Darmstadt 1941.

⁵⁰ Cf. B. Ruthers, R. Höhn, *Carl Schmitt and andere – Geschichten und Legenden aus der NS – Zeit*, "Neue Juristische Wochenschrift" 2000, vol. 39.

ropę, miały swe źródło w tym samym rzymskim dziedzictwie, które Mussolini wykorzystał, aby legitymizować swój faszystowski reżim. Hitler i naziści dokonali przeobrażenia spuścizny prawa rzymskiego, wiążąc ją z mitem pierwotnego prawa germańskiego i progermańskich społeczeństw zjednoczonych osobą wodza, wspieranych przez biologię rasy, geopolityczną teorię *Grossraum* i poszukiwanie oryginalnych aryjskich źródeł w ramach filologii, archeologii i antropologii („europejska genealogia kryzysu”)⁵¹.

Wartości postfaszystowskie z uwagi na ich populistyczny charakter mogą być dla wielu obywateli zawiedzionych rozwiązaniami realizowanymi przez demokratyczne państwa prawne interesującą alternatywą. Ustalenia dotyczące wspólnych elementów ideologicznych państw faszystowskich oraz współczesnych demokracji europejskich obrazują potencjalne zagrożenia, przed którymi mogą stanąć współczesne porządki prawne państw europejskich w przypadku przedstawienia atrakcyjnych co do realizowanych wartości programów politycznych. Pozwoli to także na dokonanie ustaleń dotyczących ewentualnego minimum zabezpieczeń, które powinny przyjmować współczesne demokracje europejskie, chroniących porządki prawne przez ewentualną ich faszyzacją.

Powstaje więc pytanie o to, które zasady akceptowane przez państwa faszystowskie są realizowane w systemach prawnych, a także, czy z tymi zasadami są związane tożsame treści oraz czy wartości charakteryzujące państwa faszystowskie nie są ukryte w tych systemach prawnych pod postacią innych pojęć. Na tym etapie nastąpi próba odnalezienia i wskazania przykładów odszyfrowanych wartości faszystowskich i norm prawnych we współczesnych systemach wybranych państw europejskich. Pojęcia te mają bowiem charakter blankietowy i wymagają wypełnienia określonymi postulatami. Oczywiście w określonych systemach są z nimi związane postulaty o różnym charakterze, co oznacza, że różna może być także hierarchia tych wartości.

Można również założyć kilka możliwych sposobów generowania wpływu wartości faszystowskich na postwojenne demokracje europejskie: w sensie negatywnym i pozytywnym. W sensie pozytywnym wpływ ten może oznaczać stworzenie takich instytucji prawnych, których zadaniem jest prewencyjne zapobieganie odradzaniu się faszyzujących norm prawnych w państwie. W sensie negatywnym badaniu można poddać tego typu doktryny i normy prawne, które w bardzo zbliżony sposób budują podobne instytucje prawne (np. *Grossraum* Carla Schmitta i Reinharda Höhna z jednej strony a Unia Europejska K. Schumanna czy J. Monneta z drugiej)⁵². Innymi słowy: czy idee

⁵¹ Nie można przy tym pominąć przeciwnych koncepcji jak ordoliberalizm jako alternatywnego punktu odniesienia do prawa rzymskiego w okresie rodzącego się faszyzmu czy też swoistego przejścia od faszyzmu do integracji europejskiej. Ordoliberalizm zgodnie z koncepcjami W. Ropkego zapewnił ramy prawne dla pokojowej Europy w celu połączenia kapitalizmu i demokracji z uwzględnieniem dziedzictwa rzymskiego. Zagadnienie to podejmowali w swoich pracach m.in. F. Böhm, A. Rüstow, W. Röpke, W. Eucken.

⁵² C. Schmitt, *Nomos – Name – Name*, [w:] G. Maschke (red.), *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1969*, Duncker & Humblot, Berlin 1995, s. 573–591; R. Höhn, *Reich, Grossraum, Gross-*

dotyczące *Grossraum* w identyczny sposób zbudowały Unię Europejską? Czy rzeczywiście można mówić wyłącznie o wpływie koncepcji nazistowskich, pomijając przy tym doktrynę przednazistowską, opartą na pewnych wspólnych dla wszystkich systemów wartościach powszechnie akceptowanych? Z pewnością będzie można odnaleźć takie wartości, jak np. godność (*Menschenwurde*), które wyrosły z tradycji prawnej Republiki Weimarskiej, a stały się symbolem systemu nazistowskiego (Ustawa o ochronie krwi i czci niemieckiej, 1935).

Stąd też pojawia się pytanie, w jakim stopniu można mówić o wpływie wartości faszystowskich na demokracje europejskie czy na Unię Europejską. Projekt prawnego i ekonomicznego zjednoczenia Europy po 1945 r. dotyczył doświadczeń kryzysu w latach trzydziestych i oczywiście dwóch wojen światowych. W rezultacie poszerzającej się współpracy w ramach Unii Europejskiej między państwami europejskimi powstały również sfery wspólnych wartości i wspólnej działalności prawnej. Międzynarodowa wspólnota prawa (*Community of law, ius commune*) stała się gwarantem ochrony pewnych dóbr wspólnych (jak np. kooperacja ekonomiczna i upowszechnianie dorobku cywilizacyjnego, pokój, bezpieczeństwo ekologiczne, zdrowie publiczne, bezpieczeństwo żywnościowe, eliminacja zagrożeń terrorystycznych i in.). Artykuł 2 Traktatu o Unii Europejskiej podaje najbardziej, jak do tej pory, rozbudowaną koncepcję ideowych założeń struktury europejskiej, wskazując, iż Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne państwom członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn. Będąc podstawowymi normami systemów krajowych, a jednocześnie prekursarami wiążących norm prawa unijnego, zasady ogólne wspólne dla praw państw członkowskich spełniają funkcje minimalnych gwarancji ochrony praw jednostek, z czego wynika, że oparte na nich zasady prawa unijnego mogą jedynie przyjąć ten sam lub wyższy poziom ochrony (*community based on law*). Powstaje w związku z tym wątpliwość związana z kontekstem wartości prawnych na tle wyróżniającej je cechy generalności, na którą odpowiedź odnaleźć można wyłącznie w procesie porównania tych wartości z ich źródłami oraz wartościami faszystowskimi.

6. Wnioski końcowe

W świetle dotychczas przedstawionych rozważań za zasadny należy uznać pogląd, że każdy porządek prawny powinien urzeczywistniać pewne minimum co do realizowa-

macht, Darmstadt, L.C. Wittich 1942.

nych wartości, które w literaturze określane są jako „milczące założenia porządku prawnego”. „Milczące założenia” systemu prawnego tworzy określony katalog zasad prawa stanowiących normy wyrażające pewne wartości bądź służące ich ochronie. Założenia te formułują wymogi, które są swoistym fundamentem porządku prawnego – prawodawca musi je zrealizować z uwagi na to, że w przeciwnym razie wymuszenie na adresatach przestrzegania porządku prawnego mogłoby okazać się utrudnione. Zasady prawa, zgodnie z twierdzeniami literatury, tak jak podstawa każdej wielkiej konstrukcji, muszą być trwałe, relatywnie niezienne i mieć to właśnie podstawowe znaczenie – poprzez wyrażenie wartości, na których bazują szczegółowe, konkretne postanowienia prawne⁵³. Niewątpliwie stanowią one składnik kultury prawnej, ukształtowany w toku historycznej ewolucji systemu prawa.

„Oficjele”, wypełniając „milczące założenia systemu” określonymi treściami, określają założenia aksjologiczne porządku prawnego. Granicą ich swobody w tym zakresie jest możliwość zapewnienia systemowi społecznej efektywności – adresaci muszą bowiem widzieć sens istnienia porządku prawnego. Wszystkie jednostki praw, od pojedynczych norm poprzez instytucje prawne aż do całych systemów prawa, spełniają rolę różnorodnych narzędzi w procesach realizacji odpowiednich celów społecznych. XX-wieczne państwa europejskie muszą realizować pewne minimum aksjologiczne stanowiące fundament porządku prawnego i treści prawa. W przypadku ich zanegowania system prawny nie mógłby być efektywny społecznie. Obywatele nie podporządkowaliby się prawu, które nie realizowałoby ich minimalnych oczekiwań aksjologicznych. W literaturze podkreśla się, że konkretne rozwiązania prawne przyjęte w państwie są konsekwencją myślenia prawniczego, ukształtowanego w ciągu długich wieków pod wpływem określonych orientacji filozoficznych dominujących na danym obszarze⁵⁴. Oczywiście jest, że w różnych państwach zasady te będą wiązane z odmiennymi terminami zakorzenionymi w określonych porządkach prawnych. Natomiast patrząc na system prawa z perspektywy uczestnika, w szczególności „oficjeli”, którzy tworzą przepisy, nikt nie zakwestionuje realizacji pewnych niewzruszalnych założeń systemu, do których należą godność, sprawiedliwość, praworządność, wolność, prawda *etc.*, oczywiście, tak jak one są przez nich rozumiane. Zasady te są ugruntowaną, integralną częścią kultury europejskiej mającą swoje korzenie w greckiej i rzymskiej filozofii prawa.

⁵³ Por. M. Kruk, *Konstytucyjne zasady podstawowe – ich znaczenie prawne i katalog*, [w:] W. Sokolewicz (red.), *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, Warszawa 1998, s. 7.

⁵⁴ O źródłach pochodzenia „zasad prawa”, ale także „spustoszeniu”, które w tym zakresie nastąpiło w XX stuleciu, pisze A. Lityński, *Oświeceniowe korzenie dzisiejszych zasad prawa karnego i cywilnego*, [w:] C. Martysz, A. Matan, Z. Tobor (red.), *Zasady prawa*, Bydgoszcz-Katowice 2007, s. 85 i n. Zob. także A. Breczko, *Wpływ wartości chrześcijańskich na polską kulturę prawną i system prawa*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Kraków 2005, s. 269.

Nie budzi wątpliwości to, że te same wartości przewijają się zarówno w systemach państw faszystowskich, jak i współczesnych demokracjach europejskich czy systemie Unii Europejskiej. W rezultacie może się zdawać, że tym samym zacierają się między tymi państwami ostre podziały. Oczywiście jest, że w różnych państwach zasady te będą związane z odmiennymi terminami zakorzenionymi w określonych porządkach prawnych. Zwrócić należy jednakże uwagę na to, że pojęcia te są bardzo ogólne – określają one pewne ramy – zatem od „oficjeli” zależy, w jaki sposób zostaną one w praktyce wypełnione (w określonych systemach wypełniane będą treściami normatywnymi o różnym charakterze). Tak więc nie przecząc realizacji zasady godności – w praktyce ową godność można ograniczyć do pewnej grupy osób (obywateli), osób określonej rasy czy o określonym kolorze skóry; sprawiedliwość traktować jako narzędzie do utrwalania nierówności; a w imię praworządności realizować cele, które nie mają nic wspólnego z rządami prawa. Odrębnym problemem jest ważenie wartości i przyznawanie pierwszeństwa jednym kosztem innych (w imię bezpieczeństwa publicznego ograniczanie wolności). Jeżeli treści, którymi wypełniane są te blankiety, zostają zaakceptowane przez adresatów (przeważającą ich część) bądź zostaną one wymuszone, system prawny będzie funkcjonował. Co więcej „oficjele” będą mogli z perspektywy uczestników głosić, że realizuje on zasady godności, sprawiedliwości, praworządności *etc.* Tak więc „milczące założenia” systemu będą z perspektywy uczestników realizowane – tymczasem obserwatorzy mogą co do tak ukształtowanego porządku prawnego przedstawić zarzuty odnośnie do niezrealizowania przezeń wymogów praworządności, sprawiedliwości materialnej, naruszenia godności *etc.*

Wysoce prawdopodobnym jest to, że w obecnej dobie istnieje potrzeba ukształtowania nowych treści stanowiących „milczące założenia” systemu czy też dokonania ich reinterpretacji, uwzględniającej kulturowe wymiary globalizacji, wielokulturowość, kosmopolityzm. Być może to właśnie tzw. rozumny pluralizm jest jedynym sposobem na uniknięcie destabilizującego rozchwiania się zespołu naczelnych wartości racjonalizujących i legitymizujących nowe prawo. Powoduje to konieczność analizy zarówno porządków krajowych, jak i traktatów unijnych i wspólnotowych w kontekście historycznym, Karty Praw Podstawowych UE wraz z bogatym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z jednej strony oraz dorobku prawnego systemu Rady Europy ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Odtworzenie aksjologii porządku prawnego państw faszystowskich jest niezbędne, aby sfalsyfikować mity dotyczące wartości stanowiących fundament systemów prawnych tych państw. Ustalenia poczynione w tym zakresie stanowią punkt wyjścia dalszych badań, których celem jest porównanie wartości stanowiących fundament systemu

prawnego państw faszystowskich oraz wartości akceptowanych we współczesnych demokracjach europejskich. Często bywa również i tak, że tożsame wartości realizowane w systemie znajdują swój wyraz w rozmaitej terminologii, którą prawodawca posługuje się w aktach normatywnych (np. sprawiedliwość). Niejednokrotnie pewne wartości akceptowane w systemie mają charakter „ukryty”, czego skutkiem jest potrzeba ich odkodowania m.in. na podstawie ustaleń orzecznictwa i doktryny.

Z uwagi na to, że od zakończenia II wojny światowej minęło już 75 lat, a obecne pokolenia nie są doświadczone tragedią wojny, można ostrożnie sformułować tezę o pozornej „atrakcyjności” wielu elementów faszystowskiego porządku prawnego dla wielu współczesnych uczestników dyskursu prawnego, zarówno „oficjeli” tworzących prawo, jak również adresatów, do których jest ono kierowane. Musi w tym miejscu i czasie pojawić się pytanie o to, w oparciu o jakie wartości zbudować współczesne systemy prawa po doświadczeniach totalitaryzmu, w tym holocaustu czy ludobójstwa, aby w kontekście ogromu zniszczeń, które nieodwracalnie zmieniły obraz polityczno-prawny XX w., uchronić porządku prawne przed wpływem koncepcji faszystowskich.

Projekt, którego wstępne założenia zostały przedstawione w niniejszym opracowaniu, ma doprowadzić do ustaleń w przedmiocie wpływu elementów aksjologii faszystowskiej na współczesne porządki prawne. Konkluzje, które zamierzamy przedstawić w tej materii, można podzielić na dwie grupy. W sensie negatywnym ustalone zostaną te argumenty, które w dyskusjach filozoficznoprawnych są uznawane za niebezpieczne z uwagi na możliwość odradzania się postfaszystowskich porządków prawnych. W sensie pozytywnym wpływ ten będzie polegał na odtworzeniu tego, jakie narzędzia filozoficznoprawne skutecznie mogą zapobiec odradzaniu się faszyzujących norm prawnych w państwie. Ich zidentyfikowanie może w przyszłości uchronić państwa europejskie przed faszyzacją prawa, w szczególności wprowadzeniem do systemu prawnego czy wręcz „przemycaniem” elementów aksjologicznych charakterystycznych dla państw faszystowskich.

Bibliografia

- Albright M., *Faszyzm. Ostrzeżenie*, Warszawa 2018.
- Alexy R., *Teoria praw podmiotowych*, tłum. B. Kwiatkowska, J. Zajadło, Warszawa 2010.
- Alexy R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1991.
- Atienza M., Manero J.R., *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Boston, London 1997.
- Benhabib S., *On the Philosophical Foundation of Cosmopolitan Norm*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach (red.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity, Plenary Lectures at 23rd IVR World Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland*, Warszawa 2007.

- Breczko A., *Wpływ wartości chrześcijańskich na polską kulturę prawną i system prawa*, [w:] S. Wrótkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Kraków 2005.
- Coing H., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin 1985.
- Giddens A., *The Consequences of Modernity*, Stanford 2013.
- Habermas J., *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, (eds.) C. Cronon, P. de Grieff, Cambridge 1998.
- Hart L., *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998.
- Held D., *Democracy and the Global Order*, Stanford 1995.
- Hilger Ch., *Rechtsstaatsbegriffe im Dritten Reich. Eine Strukturanalyse*, Tübingen 2003.
- Höhn R., *Grossraumordnung und Völkisches Rechtsdenken*, Darmstadt 1941.
- Höhn R., *Reich, Grossraum, Grossmacht*, Darmstadt 1942.
- Kamela P., *Prawo i moralność w koncepcjach H.L.A. Harta*, Toruń 2008.
- Kaufmann A., *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Recht und Staat, Heft 197, Tübingen 1957.
- Kelsen H., *Reine Rechtslehre*, Aufl. 2, Wien 1960.
- Kozłowski T., *Polityka prawa*, [w:] M. Zubik (red.), *Prawo a polityka*, Warszawa 2007.
- Kruk M., *Konstytucyjne zasady podstawowe – ich znaczenie prawne i katalog*, [w:] W. Sokolewicz (red.), *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, Warszawa 1998.
- Kubas S., *Autorytarna praworządność. Uwagi na tle książki Jensa Meierhenricha The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*, „Przegląd Konstytucyjny” 2019, nr 1.
- Lang W., *Obowiązywanie prawa*, Warszawa 1962.
- Lityński A., *Oświeceniowe korzenie dzisiejszych zasad prawa karnego i cywilnego*, [w:] C. Martysz, A. Matan, Z. Tobor (red.), *Zasady prawa*, Bydgoszcz-Katowice 2007.
- Longchamps F., *Z problemów poznania prawa*, Prace Wrocławskiego Towarzystwa Naukowego, Seria A, nr 129, Wrocław 1968.
- Luhmann N., *Systemy społeczne. Zarys ogólnej teorii*, Kraków 2007.
- Merten D., *Rechtsstaat und Gewaltmonopol*, Tübingen 1975.
- Neumann F., *BEHEMOT. Narodowy Socjalizm. Ustrój i funkcjonowanie 1933–1944*, Centrum Badań nad Zagładą Żydów, Warszawa 2016.
- Palecki K., *Zmiany w aksjologicznych podstawach prawa*, [w:] K. Palecki (red.), *Dynamika wartości w prawie*, Kraków 1997.
- Pensky M. (ed.), *The postnational Constellations. Political Essays*, Cambridge 2001.
- Radbruch G., *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, tłum. E. Nowak – tekst opublikowany w: J. Zajadło, *Radbruch*, Sopot 2016.
- Ruthers C., Höhn R., *Carl Schmitt and andere – Geschichten und Legenden aus der NS – Zeit*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2000, vol. 39.
- Scheffler T., *Recepcja doktryny prawnej Hansa Kelsena w Niemczech*, [w:] A. Bosiacki (red.), *Normatywizm Hansa Kelsena a współczesna nauka prawa*, Warszawa 2017.
- Schmitt C., *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Ius Publicum Europaeum*, Berlin 1974.
- Shapiro M., *The Globalization of Law*, „Indiana Global Legal Studies” 1993, no 1.
- Slaughter A.M., *The New Real World*, „Foreign Affairs” 1995, no 76.
- Tamanaha B., *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford 2006.

- Teubner G., *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, "Cardozo Law Review" 1992, no 13.
- Teubner G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main 1989.
- Teubner G., Bankowski Z. (red.), *Law as an Autopoietic System*, Oxford 1993.
- Tkacz S., *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie*, Toruń 2014.
- Turski M., *Auschwitz nie spadło z nieba*, „Polityka”, 27.01.2020, <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kraj/1940080,1,marian-turski-auschwitz-nie-spadlo-z-nieba.read>.
- van der Hoecke M., *European Legal Cultures in a Context of Globalisation*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, J. Stelmach (red.), *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity, Plenary Lectures at 23rd IVR World Congress, August 1-6, 2007, Cracow, Poland*, Warszawa 2007.
- Vullierme J.L., *Lustro Zachodu. Nazizm i cywilizacja zachodnia*, Warszawa 2016.
- Wojciechowski B., *Interkulturowe prawo karne*, Toruń 2009.
- Zajadło J., *Charakterystyka współczesnej niemieckiej filozofii prawa*, [w:] J. Zajadło (red.), *Przyszłość dziedzictwa*, Gdańsk 2008.
- Zajadło J., *Formuła Radbrucha*, Gdańsk 2001.
- Zirk-Sadowski M., *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000.