

FRANCISZEK RYSZKA (Warszawa)

Odpowiedzialność karna za przestępstwa wojenne

Ewolucja zasad do czasów drugiej wojny światowej

I. Pojedynek i samoobrona. II. Początki i rozwój kodyfikacji karno-wojskowych. III. Kodeks karny Rzeszy Niemieckiej z 1872 r. IV. Prawo międzynarodowe: znaczenie Traktatu Wersalskiego (art. 227 - 228).

Artykuł ten nie pretenduje do wyczerpania sprawy ani nie rości sobie pretensji by opisać proces tworzenia się i przekształcania się instytucji prawnych, przebiegający zresztą przez całe stulecia. Są to w istocie uwagi o „prehistorii” tych norm i instytucji prawa karnego, które nazwano umownie „prawem norymberskim” — od nazwy procesu przeciwko głównym zbrodniarzom wojennym Trzeciej Rzeszy, który toczył się na podstawie odpowiednich przepisów materialnych i zgodnie z daną procedurą. Wcześniej jednak wytworzyły się zasady ograniczające postępowanie w czasie wojny: wobec przeciwnika w polu i wobec istot ludzkich, które znalazły się w zasięgu zbiorowej i zorganizowanej przemocy. W naszych rozważaniach ważne są jedynie ograniczenia prawne z zakresu prawa karnego — obojętnie czy odpowiedzialność ustanawiały prawa wewnętrzne, czy były to próby realizowane przez społeczność międzynarodową. W każdym razie obracamy się w sferze prawa karnego. Prawnomiędzynarodowe próby ograniczenia bądź eliminacji wojny to osobne zagadnienie, jakkolwiek styka się co krok z naszym tematem.

I

Należy do banalnych prawd twierdzenie, że wojny towarzyszyły od początku dziejom naszej cywilizacji, a wraz z nimi legły się gwałt i okrucieństwo zadawane niewinnym ludziom. Uzbrojeni w nowoczesną wiedzę o rozwoju społeczeństw ludzkich, nie musimy dziś poszukiwać dowodów na prawdziwość zdań, że podział na posiadających i nieposia-

dających doprowadził do walki klas, walka klasowa jest prąźródłem polityki, wojna zaś — to „polityka prowadzona innymi środkami”.

Wiek XX pozostawił pod znakiem zapytania oczywistość zbrojnego konfliktu i zbiorowego zabijania się ludzi. Niemniej wojny toczą się nieprzerwanie w dobie współczesnej i tak jak dawniej stosuje się do nich dwudzielność ocen — na wojny sprawiedliwe i niesprawiedliwe, którą — w nowoczesnym brzmieniu — zawdzięczamy myśli leninowskiej. Niesprawiedliwą jest wojna napastnicza — to prawda dowiedziona przez historię ostatniej wojny światowej. Niemniej moralna i prawna kwalifikacja wojny wyjaśnia się najdobitniej w długiej historii prawa, ideologii prawniczej i doktryn prawnopolitycznych.

Istnieje od dość dawna upowszechnione wyobrażenie, jakoby wojna odpowiadała wzorowi pojedynku. Dał temu dobitnie wyraz Clausewitz na początku swego dzieła¹, nazywając pojedynek „postacią pierwsiastkową wojny”. Quincy Wright, amerykański prawnik, politolog i pionier nowoczesnej „polemologii”, w swoim głośnym studium o wojnie poświęcił tej analogii spory fragment, podbudowany solidnie erudycją historyczną²; *bellum* i *dellum* z jednego pochodzą źródłosłowu — tak twierdzi amerykański autor. W średniowieczu oba pojęcia występowały bądź wymiennie, bądź łącznie. Wojna-pojedynek miała być aktem restytucji sprawiedliwości, ponieważ — zgodnie z ówczesną opinią — nadrzędny wszelkim zbiorowościom autorytet cesarza lub papieża decydował, co dobre i co złe, kto zaś występował z aktem przemocy albo sprzeciwiał się owemu autorytetowi, albo działał w jego imieniu. W doktrynie kościelnej późnego średniowiecza ustalił się pogląd, jakoby „nieświadomość zła” powodowała uznanie swojej słuszności przez obie strony konfliktu. W ten sposób każda ze stron miała subiektywnie słuszność, źródłem wojny były zatem obrona honoru lub — po prostu — sam honor. Obrona honoru nie była przywiązana do hipostatycznej postaci zbiorowości, lecz łączyła się z osobą fizyczną, jako częścią jego osobowości, wyposażoną w przymioty szczególne. W czasach nowożytnych występuje wyraźniejsze niż dotąd związanie osoby suwerena z państwem, jak to się dzieje w traktacie Machiavellego o *Księciu. Il Principie* — to państwo, wcześniej jeszcze nim Ludwik XIV miał wypowiedzieć słynne *L'Etat c'est moi*.

Wojna może być zatem traktowana jako pojedynek panujących i do takiej wojny odnosić się będą reguły pojedynku, bardzo dokładnie wypracowane w czasie renesansu³, chociaż „techniczne” wskazania znane były o wiele wcześniej. Stosowanie tych reguł w czasie

¹ C. von Clausewitz, *O wojnie*, t. I, Ks. I, I, 2 (w wyd. polskim, Warszawa 1958, s. 15).

² Q. Wright, *A Study of War*, t. II, Chicago 1942, s. 877 i n., 1395 i n., 1401 i n.

³ *Ibidem*, II, s. 1401 i n.

razem z przeświadczeniem, że stanowią one normę postępowania, otwierało drogę do uznania tych reguł za prawo zwyczajowe czyli po prostu za normy prawa. Miało ono wszelako zakres ograniczony do jednej tylko kategorii wroga (*justus hostis*), nie działało natomiast względem zbiorowości nie uczestniczących bezpośrednio w pojedynku, mówiąc zaś po prostu — do ludności wsi i miast objętej działaniem wojny.

Nowoczesne pojęcie *justus hostis*, wyraźnie zdefiniowane w normach prawnych kształtowało się poprzez stulecia za sprawą myślicieli i doktrynerów polityki, niezależnie zresztą od tego, czy uznawali wojnę za sprawiedliwą lub niesprawiedliwą. *Justus hostis* był chroniony przez prawo. Był nim z reguły wojownik, uzbrojony uczestnik starcia, jeśli podlegał właściwym ocenom kulturowym, należał zatem do uznanej w danej epoce społeczności ludzkiej. „Niewierni” nie podlegali kwalifikacji „sprawiedliwego wroga”; co najmniej do czasu późnego średniowiecza, nawiasem mówiąc, nie było udziału polskiej myśli politycznej. Poglądy Pawła Włodkowica i Stanisława ze Skalbimierza wyprzedzały w czasie klasyczne dla rozwoju prawa narodów myśli Alberyka Gentilisa i Hugona Grocjusza, aczkolwiek ich poglądy nie były powszechne, skoro myśliciel tej miary co Cornelius van Bynkershoek uznawał wszelką przemoc za dopuszczalną.

Tak czy inaczej los ludzi nie uczestniczących w wojnie podlegał wyłącznie kwalifikacji moralnej, stosunek zaś do nich bywał w pewnym stopniu refleksem współczesnych norm moralnych⁴. Lecz mogły one działać również na niekorzyść ludności cywilnej. Jeśli moralność pozostawała pod silnym wpływem ideologii, ona zaś osiągała wysoką temperaturę, wówczas los tej ludności bywał pożałowania godny. Doświadczenia wojen religijnych XVII w. mówią same za siebie.

W tym samym wszakże okresie następują istotne przemiany w sposobie prowadzenia wojen. Średniowieczna wojna królów, książąt i ich wasali miała wciąż jeszcze znamiona wojny prywatnej, co dotyczy taktyki, zaopatrzenia („wojna żywi się sama”), ale i relacji międzyludzkich. Jeśli wykładnikiem wszelkich wartości miał być honor, on też regulował zasady posłuszeństwa i wierności. Wierność i posłuszeństwo na wszystkich szczeblach drabiny feudalnej regulowały zatem bezpieczeństwo zbiorowości. Gotowość, aby „konno i zbrojno” jawić się na wezwanie seniora była pierwszą gwarancją bezpieczeństwa i samoobrony.

Monarchie absolutne ze swoim znacznie wyższym stopniem zorganizowania i rozleglejszym katalogiem wartości do obrony zwartych w doktrynie *raison d'état* — wytworzyły inne zasady prowadzenia wojen. Toczy się je za pomocą armii zawodowych, które mogły być najemne lub rekrutowane z własnej ludności, ale zawsze wydzielone ze społeczeństwa i poddane własnemu, odrębnemu porządkowi. Taktyka tych armii sprzę-

⁴ Por. M. Michalik, *Moralność a wojna*, Warszawa 1972; S. Dąbrowa, *Ludność cywilna w konfliktach zbrojnych*, Warszawa 1974, s. 5 i n.

gała się ze stosowaną dyscypliną. W obu przypadkach tworzył się system norm, innych niż prawo zwyczajowe; w monarchiach absolutnych zaczęła się — by trwać odtąd nieprzerwanie — działalność kodyfikacyjna.

Europa wchodzi wówczas w epokę niebywałego „bellicyzmu”. Wśród autentycznych konfliktów, charakterystycznych dla ginącej epoki⁵, toczyły się wojny prowadzone głównie gwoili zadośćuczynienia ambicji panujących, dla prestiżu, z tytułu wątpliwych, niezracjonalizowanych sojuszów. *Raison d'état* było racją mocnych. Słabsi musieli jej ulegać, przeważnie wbrew własnym interesom. Wojny ówczesne nie były przez to mniej krwawe ani mniej uciążliwe dla ludności nie biorącej udziału w boju. Niemniej, samo uczestnictwo zawodowych i dobrze zorganizowanych armii mogło przyczyniać się do ograniczenia szczególnej samowoli lub brutalnych ekscesów, jeśli było to sprzeczne z założoną taktyką i dyscypliną wojskową. Już nie pojedynki „honoru” określał, co wolno, a czego nie wolno w walce. Państwo, które zinstytucjonalizowało prawo do samoobrony, poczęło wprowadzać ograniczenia odpowiadające współczesnym wyobrażeniom prawnym.

II

Przełom nastąpił jednak dopiero w państwie burżuazyjnym i dokonywał się niewątpliwie podczas wojen napoleońskich. Etos rewolucyjno-patriotyczny podnosił rangę obywatelską żołnierza, który odtąd miał być świadomym nosicielem praw i obowiązków, a nie bezduszną „maszyną” — według wyobrażeń poprzedniej epoki. Przykład armii francuskiej byłby zapewne bodźcem niewystarczającym, by recypować tamtejsze wzorce, co więcej: mógł być przykładem odstręczającym. Jednakże potrzeby musiały być silniejsze od konserwatyzmu i resentymentów ideologicznych. Po przegranej wojnie w 1806 r. duch zmian sięgnął także do szczególnie konserwatywnych Prus, czego świadectwem była działalność komisji Scharnhorsta, powołanej dla przeprowadzenia reform wojskowych. Wyniki jej działań były wprawdzie znacznie skromniejsze od zamierzeń, przecież jednak uczyniono poważny krok naprzód. W czasie wojny wyzwoleniczej 1813 r. nawet skromne reformy Scharnhorsta okazały się nader skuteczne.

Stąd jednak droga dość jeszcze daleka do nowoczesnej kodyfikacji wojskowej — nowoczesnej, to znaczy takiej, która ograniczałaby samowolę przełożonych dyscyplinarnych, a zarazem względnie jasno określałaby obowiązki żołnierzy i wprowadzałaby sankcje karne za czyny sprzeczne z wyobrażeniami prawnymi współczesnych. Prawo karno-wojskowe w sensie kodyfikacji prawa — przynajmniej na terenie państw

⁵ Pisał na ten temat K. Marks w *Moralizującej krytyce i krytykującej moralności* (1847), w: K. Marks, F. Engels, *Dzieła*, t. IV, s. 381 — wskazujące na historyczne miejsce monarchii absolutnych.

środkowo- i wschodnioeuropejskich — jest produktem myśli pozytywistycznej i odpowiadało potrzebom społeczeństwa burżuazyjnego, które tak dobitnie scharakteryzował Engels w głównym tekście *Armia*, napisanym dla „The American Cyclopaedia”⁶. Niemniej najwcześniejsze regulacje normatywne w sprawie armii pochodzą, jak wypadło nam o tym wspominać, z czasów wczesnego absolutyzmu, stosowne zaś postanowienia określające odpowiedzialność karną żołnierzy zjawiały się we Francji i w Rosji.

Francuskie ustawodawstwo wojskowe sięga prawdopodobnie do czasów późnego średniowiecza, kiedy to król Filip IV wyłączył „ludzi uzbrojonych” spod zwykłej jurysdykcji i podporządkował ich władzy seneszałów królewskich⁷. W połowie XVI w., za panowania Franciszka I nastąpił dalszy krok w tym kierunku. Przestępstwa pospolite osób wojskowych miały być sądzone przez sądy powszechne, natomiast przestępstwa wojskowe (tzn. popełnione w związku ze służbą) przechodziły pod jurysdykcję marszałków i prewotów. Potwierdziła to *Grande ordonnance criminelle* z 1670 r., podczas gdy w pięć lat później zasada została zinstytucjonalizowana w orzecznictwie tzw. *Conseils de guerre* — złożonych z oficerów pułku (co najmniej 7), do którego należał oskarżony. Tylko pojedynki sądzone były przez osobne trybunały „honorowe” (du Point d'honneur). Instytucja *Conseils de guerre* przetrwała w nienaruszonej formie do rewolucji. Nazwa (dla sądów wojskowych pierwszej instancji) zachowała się do czasów współczesnych (1965), choć — po prawdzie — zasadnicza koncepcja *iudicium parium* trwała ogromnie długo.

W Rosji, już na początku XVII w. car Michał Fiedorowicz wydał *Ustaw ratnych, puszgarskich i drugih dzieł kasajuszczychsja do wojennoj nauki* z 1621 r., spisany później za cara Aleksieja Michajłowicza i będący podstawą przepisów karnych z 1716 r.⁸ Postanowienia te zawierały szczególne sankcje karne dla żołnierzy — choć, co prawda za przewinienia popełnione w związku ze służbą „wewnątrz” organizacji wojskowej. Później dopiero, bo na początku XVIII w. pojawiają się ustawy karne dla żołnierzy w armiach zawodowych Austrii, Saksonii, Szwecji i innych krajów europejskich. Trudno je wszakże traktować jako samoistne „prawo karno-wojskowe”, ponieważ mieszały się tam regulaminy z zakresu musztry, taktyki i dyscypliny wojskowej. Szczególne obowiązki czy też szczególne ograniczenia względem przeciwnika i osób trzecich (ludności cywilnej) nie należały jeszcze do katalogu przestępstw o szczególnej kwalifikacji i represji karnej. Nie od razu i niezbyt wyraźnie następuje wydzielenie stosownych stanów faktycznych w dziewiętnasto-

⁶ K. Marks, F. Engels, *Dziela*, t. XIV, s. 5 - 56.

⁷ Por. P. Hugueney, *Traité theoretique de droit pénal et de procédure pénale militaires*, Paris 1933.

⁸ Por. N. S. Tagancew, *Lekcii po russkomu ugotownomy prawnu*, Czast' obszczaja, S. Petersburg 1887, s. 198 i n.

wiecznych ustawach karno-wojskowych, które dadzą się zaszeregować do „nowoczesnego” prawa karno-wojskowego.

W najwcześniejszej, z tej dziedziny, środkowoeuropejskiej ustawie karnej — szwajcarskim wojskowym kodeksie karnym z 1851 r. (ustawa związkowa z 27 VIII 1851: *Strafrechtspflege für die eidgenössischen Truppen*) łącznie z postanowieniami procesowymi, organizacją sądów wojskowych oraz przepisami dyscyplinarnymi (gdzie wyraźniej przebija już duch burżuazyjnego legalizmu)⁹ nie wyróżnia się przestępstw popełnionych w kraju nieprzyjacielskim, ani wobec tamtejszej ludności, urzędów lub dóbr — w przypadkach najcięższych przestępstw: morderstwa (art. 99 - 100), zabójstwa (art. 101 - 107), gwałtu (art. 118 - 119) i podpalenia (art. 123 - 130). Ponieważ Szwajcaria nie prowadziła od tego czasu wojny, nie można się dowiedzieć, jak wyglądałaby praktyka. W każdym razie ustawa szwajcarska, skądinąd opracowana w miarę syntetycznie (w porównaniu z anachroniczną kazuistyką, charakterystyczną dla współczesnych kodyfikacji europejskich), nie była jeszcze na tyle „nowoczesna” w sensie humanitarnym, by uczynić z niej wzór postępu. Tym bardziej nie można tego powiedzieć o młodszej o lat cztery austriackiej ustawie karno-wojskowej z 15 stycznia 1855 r., wielokrotnie później nowelizowanej i uzupełnianej¹⁰, choć zasady odpowiedzialności (część ogólna) i podstawowy katalog stanów faktycznych pozostały bez zmiany do czasów pierwszej wojny światowej.

Wysoce kazuistyczny i szczegółowy, nie wyróżniał i ten kodeks ani osobnych stanów faktycznych, ani szczególnych okoliczności przy dyspozycjach i sankcjach przestępstw najcięższych, powtarzających się lub typowych dla sytuacji wojennych w kraju wrogim albo wobec wroga. I tak ani morderstwo (§ 413 i n.) we wszystkich szczegółowych kwalifikacjach, ani zabójstwo (§ 419), ani podpalanie (§§ 448 - 453), ani rabunek (§§ 483 - 491), ani plądrowanie (§§ 492 - 499)¹¹, ani wreszcie gwałt (§§ 404 - 406) — nie były w zasadzie wyodrębnionymi stanami faktycznymi,

⁹ Kodeks nakładał w art. 87 wyraźne i opatrzone sankcją karną ograniczenia władzy dyscyplinarnej przełożonych względem żołnierzy i polecał jednoznacznie wszystkim osobom podlegającym wojskowej jurysdykcji karnej przestrzeganie ustaw państwowych.

¹⁰ Po kreowaniu dualistycznej monarchii w 1876 r. i ustaleniu wspólnych zasad prawnych dla obu monarchii, nastąpiły zmiany w 1868 r., 1883 r., 1890 r. i 1912 r. Dotyczyły one złagodzenia niektórych kar, ujednolicenia przepisów w związku z prawem procesowym oraz drobniejszych spraw (w definicjach czynów przestępczych).

¹¹ Plądrowanie (w odróżnieniu od rabunku) definiowane było jako przestępstwo popełnione w grupie, jednakże zawsze przy użyciu broni. § 492 stanowił wskazkę, iż przestępstwo zachodzi *im Inn- oder Auslande während eines Marshes, Feld- oder Übungslagers, bei einer Landung, ohne hiezu erhaltene Ermächtigung in Kriegszeiten überhaupt* — co oznacza, że przepis rozciągał się na sytuacje w kraju nieprzyjacielskim. Interpretacja *ex lege*, a także lektura niektórych komentarzy wskazywałyby, że pierwszym dobrem chronionym była dyscyplina wojskowa a nie mienie osób poszkodowanych.

gdyby miały się zdarzyć w kraju nieprzyjacielskim lub nawet sprzymierzonym, czy wreszcie — gdyby ofiarą ich mieli być jeńcy i osoby cywilne. Wśród wymienionych przestępstw przeciwko mieniu kodeks nie wymieniał przestępstwa szczególnie haniebnego i szczególnie surowo ściganego przez inne ustawodawstwa: okradania rannych lub zabitych na polu bitwy („hieny pobojuwiskowe”).

Natomiast ustawodawstwo francuskie pozostawiało zdecydowanie w tyle mimo postępowych idei wniesionych przez rewolucję. Francuski kodeks karny (*Code de Justice Militaire*) z 9 czerwca 1857 r. unifikował *de facto* wcześniejsze zasady i postanowienia prawne, zrodzone w czasie rewolucji, odnoszące się jednak raczej do organizacji sądownictwa (ustawa z 13 brumaire r. V, zmieniona ustawą z 18 vendimiare’a r. VI, uzupełnioną prawem z 27 ventose’a r. VIII). Nowy kodeks — pierwsza pełna kodyfikacja prawa procesowego i materialnego — pozostawił starą zasadę, że żołnierze odpowiadają przed sądami wojskowymi za wszelkie przestępstwa poza wypadkami przestępstw popełnionych w czasie pokoju przy udziale osób cywilnych. Pod tym względem i względem surowości kar (biorąc za kryteria szafowanie karą śmierci) ustawa francuska przypominała kodeks austriacki; różniła się od niej natomiast katalogiem stanów faktycznych w części materialnej. Była ona natomiast bardzo szczupła w porównaniu z przepisami kodeksu austriackiego, ograniczała się bowiem do przestępstw wojskowych. W pozostałych przypadkach żołnierz odpowiadał na mocy powszechnej ustawy karnej z 1811 r.¹²

Kodeks francuski nie cieszył się estymą we własnym kraju. Jego instytucje zostały gruntownie skompromitowane w czasie afery Dreyfusa, co spowodowało działalność na rzecz reformy *Conseils de guerre* (1907) przerwanej wszakże przez wojnę¹³. O tym jak nisko ceniono sobie sądownictwo wojskowe, świadczą słowa przypisywane Clemenceau, który nie był jednak przeciwnikiem nazbyt represyjnej władzy państwa (sam nazywał siebie *le premier flic* — pierwszym policjantem Francji). „Sądy wojskowe tak się mają do sądownictwa w ogóle — miał powiedzieć — jak muzyka wojskowa do muzyki w ogóle”.

Także w części materialnej kodeksu niewiele było treści, które mogły stanowić wzór dla innych systemów prawnych. Przede wszystkim ustawa utrzymywała rygorystyczną zasadę bezwzględnej posłuszeństwa (art. 218), ścięśnioną wprowadzić do wypadków służby¹⁴ (na mocy okólnika min. wojny z 14 marca 1865), ale egzekwowaną przy pomocy bardzo surowych sankcji karnych. Brakowało w kodeksie osobnych przepisów o

¹² Por. V. Nicolas, *Code de Justice Militaire* (Comentaire complet), Paris 1898.

¹³ Por. P. J. Doll, *Analyse et commentaire du Code de la Justice Militaire* (Loi du 8 juillet 1907), Paris 1966, s. 24 i n. Kodeks z 1857 (łącznie z ust. dla armii morskiej z 4 VI 1858) został zmieniony przez ustawę z 9 III 1928. Kodeks z 1928 r. wprowadził po raz pierwszy prawników zawodowych do orzecznictwa wojskowego.

¹⁴ V. Nicolas, o.c., s. 108.

ochronie rannych, jeńców i osób cywilnych. Ranny korzystał tylko z dodatkowej ochrony (art. 249), jeśli stawał się obiektem grabieży. Ograbienie zwłok — typowe przestępstwo wojenne traktowane było tylko jak zwyczajna kradzież.

Dziełem bardziej doskonałym pod względem konstrukcji prawnych był rosyjski kodeks wojskowy z 1875 r.¹⁵, zmieniony następnie w latach 1883 - 1885 i również obowiązujący w czasie pierwszej wojny światowej. Jednakże i ta ustawa nie stwarzała szczególnej ochrony dla pośrednich ofiar wojny.

Wyrażnie natomiast i zdecydowanie, i na swój czas wysoce progresywnie stawiał sprawę kodeks karny wojskowy Królestwa Danii z 7 maja 1881 r., obowiązujący mocą reskryptu królewskiego (z dnia 7 X 1881) od 1 stycznia 1882 łącznie z wprowadzonymi tymże reskrytem przepisami dyscyplinarnymi. Obszerny w definicjach przestępstwa, lecz nie nazbyt kazuistyczny (w sumie 155 paragrafów), jasny i jak na swoje czasy nader precyzyjny — wyodrębniał w osobnych przepisach przestępstwa popełnione na osobach jeńców, na majątku nieprzyjaciela, na osobach spośród ludności cywilnej w kraju nieprzyjacielskim oraz na mieniu tychże osób (§§ 146 - 155). Za przestępstwa z tej dziedziny groziły sankcje karne jak przy innych przestępstwach, przeciwko życiu, zdrowiu i mieniu. Ustawa uznawała jednak za okoliczność obciążającą, jeżeli przestępstwo popełnione zostało przeciwko chorym, rannym oraz personelowi szpitalnemu (§ 146). Okolicznością obciążającą szczególnie ciężką było przywłaszczenie mienia poległych i rannych na polu bitwy, w szpitalu i podczas transportu. Przepis ów rozciągał się na jeńców. Jeśli względem jeńców działano w sposób okrutny, by dokonać zaboru mienia, wówczas ustawa dopuszczała zaostrenie sankcji o połowę w porównaniu z najwyższym wymiarem kary (§ 148). Zaostrenie sankcji następowało również w przypadku zastosowania przemocy przy rabunku lub plądrowaniu mienia ludności cywilnej w kraju nieprzyjacielskim (§ 149). Pionierski charakter miał wreszcie przepis części ogólnej (§ 52), który wymieniał taksatywnie przypadki okoliczności obciążających (przy wymiarze kary), gdzie wymienienia się (ust. 4) przypadek czynu przestępczego popełnionego przez dowódcę razem z podwładnymi lub kierując podwładnymi.

III

Dla naszych dalszych rozważań najważniejsze znaczenie posiadają przepisy karno-wojskowe Rzeszy Niemieckiej. Genezy ich można bez

¹⁵ Składał się on pierwotnie z dwóch niezależnych części: ustawy dla armii lądowej (28 III 1875) i floty (14 IV 1875). Obie weszły w życie 1 VIII 1875. W 1879 r. weszła w życie nowa redakcja ustawy dla armii, która później stała się VI rozdziałem ustawy karno-wojskowej (łącznie z prawem procesowym i przepisami dyscyplinarnymi).

wątpienia doszukiwać się w ustawodawstwie wojskowym Prus i Bawarii — dwóch największych krajów niemieckich (Pruski wojskowy kodeks karny z 1845 r. oraz Bawarski wojskowy kodeks karny z 1869 r.). Niemniej pierwszy wspólny kodeks karno-wojskowy, który zjawiał się w 1872 r. niemal bezpośrednio po kreowaniu Rzeszy i prawie równocześnie z powszechną ustawą karną z 1871 r. — nie był tylko sumą poprzednich ustaw, lecz tworem w dużym stopniu oryginalnym.

Projekt kodeksu przedłożony został Radzie Związkowej 10 marca, parlamentowi Rzeszy — 8 kwietnia, uchwalony zaś został po trzecim czytaniu 9 czerwca i podpisany przez cesarza 20 czerwca 1872 r. W życie wszedł 1 października 1872 r. Wprawdzie pięciokrotnie nowelizowany (1926, 1933, 1934, 1935, 1940), obowiązywał zarówno podczas pierwszej jak i drugiej wojny światowej. W czasie ostatniej wojny właściwość podmiotowa kodeksu rozszerzyła się na oddziały zmilitaryzowane nie należące do trzech części składowych sił zbrojnych (wojska lądowe, marynarka wojenna i lotnictwo). Kodeks obowiązywał zatem w formacjach wojskowych SS (*Waffen SS*) niezależnie od własnych tamtejszych przepisów karnych i dyscyplinarnych, co wyraźnie wprowadzone zostało przez odpowiednie przepisy¹⁶. Ilekroć zatem pojawi się odpowiedzialność karna za zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciw ludzkości popełnione jednak przez siły zbrojne Rzeszy i formacje zmilitaryzowane, podległe Reichsführerowi SS — tylekroć warto się zastanawiać, czy były one definiowane przez wojskowy kodeks karny Rzeszy.

Pod względem konstrukcji i zewnętrznych cech kodyfikacji ustawa przypominała bardziej kodeksy szwajcarski i duński niż austriacki i rosyjski, jeśli odwołać się do przykładów wymienionych. Kodeks był zwarty i syntetyczny, łączył w jednym przepisie dyspozycję z sankcją karną (inaczej zatem niż austriacki), liczył zaledwie 162 paragrafy (dla porównania: austriacki — 799 paragrafów) był jasny i przejrzysty, bardziej dopasowany do swojej epoki, choć wybiegał zapewne naprzód, odpowiadał bowiem poglądom doktryny pozytywistycznej, zachowującej jeszcze na długo trwałość — przynajmniej w rozwiniętym systemie burżuazyjnym.

¹⁶ Na mocy rozporządzenia z 17 X 1939 (*Reichgesetzblatt* I, s. 2107 i n.) wraz z rozporządzeniem wykonawczym z 25 XI 1939 (*RGBl.* I, s. 2293 i n.) przepisy materialne ustawy karnej rozciągały się na „członków SS i przynależnych do oddziałów policyjnych w czasie osobnych działań (*für Angehörige der SS und für die Angehörigen der Polizeiverbände bei besonderem Einsatz*). Przepisy kodeksu odnosily się zatem do członków kierownictwa (*Reichsführung SS*), *SS-Verfügungstruppe*) (od maja 1940 — *Waffen-SS*), *SS-Totenkopfverbände*, do elewów szkół oficerskich SS (*SS-Junkerschulen*), do osób wchodzących w skład oddziałów policyjnych wykonujących szczególne zadania, oraz osób przynależnych do sztabów wyższych dowódców SS i policji, posiadających wojskową władzę zwierzchnią nad tymi formacjami policyjnymi. Por. *Militärstrafgesetzbuch einschliesslich Kriegsstraf recht, erlauter von Prof. Dr. Erich Schwin ge* (w. d.c.: Schwin ge, *MStGB* z liczbą wskazującą kolejne wydanie), wyd. 5, Berlin 1943, s. 26.

Ujęcia syntetyczne mogły jednak sprzyjać niebezpiecznym tendencjom interpretacyjnym. Inaczej niż np. w duńskiej ustawie karno-wojskowej, ale też inaczej niż w austriackiej, nie wyspecyfikowano stanów faktycznych, mieszczących się w sytuacji „kraju wroga” i „ludności wroga”. Jednakże ustawodawca przewidział i założył sytuacje, kiedy przestępstwo mogło być popełnione względem jeńców i osób cywilnych, co dotyczy szkód na życiu, zdrowiu i majątku tych osób a także mienia należącego do osób prawnych w nieprzyjacielskim kraju. Przykładem mogą służyć przepisy §§ 129 - 133 i § 135, odnoszące się do przestępstw przeciwko mieniu osób cywilnych (*Landeseinwohner*), kiedy ustawa nie wymieniała każdorazowo przynależności państwowej tych osób, lecz wskazywała *implicite* w § 136, że mogą to być równie dobrze mieszkańcy własnego kraju, kraju sojuszniczego, ale także i kraju nieprzyjacielskiego. Wprawdzie cytowany § 136 zaostrzał sankcję, jeśli przestępstwo popełnione zostało względem Niemców lub osób przynależnych do sojuszniczego państwa, jednak sama zasada odpowiedzialności rozciągała się na każdy czyn przestępczy, ktokolwiek by padał jego ofiarą.

Warto zatrzymać się chwilę nad treścią § 134, który stanowił o ochronie chorych i rannych przynależnych do armii nieprzyjaciela, choć, co prawda, dotyczyło ich mienia. Chorzy, ranni i jeńcy wojenni podlegali szczególnej ochronie prawnokarnej (przed bezprawnym zaborem mienia), aczkolwiek — w przypadku jeńców — szczególna odpowiedzialność spoczywała z mocy ustawy tylko na osobach obowiązanych do ich strzeżenia (§ 158). W późniejszych komentarzach tj. z okresu po pierwszej wojnie światowej, odwoływano się do postanowień art. 1 konwencji genewskiej z 6 lipca 1906 o ochronie rannych i chorych, znajdujących się pod władzą jednej z wojujących stron, niezależności od ich przynależności państwowej¹⁷. Nie budziło jednakże wątpliwości, że taka a nie inna była intencja ustawodawcy, wcześniej niż weszły w życie odpowiednie przepisy prawa międzynarodowego¹⁸, o czym świadczą wprawdzie bardziej komentarze i glosy niż orzecznictwo¹⁹. Wysoka sankcja nałożona za przestępstwo przewidziane w § 134, mianowicie 10 lat ciężkiego więzienia (*Zuchthaus*) jako górna granica kary dowodzi, że ustawodawca zaliczał je do zbrodni ciężkich, zwalczanych z właściwą wojskowemu prawu karnemu zasadą prewencji ogólnej i szczególowej²⁰.

¹⁷ M. Rittau (komentarz), *Militärstrafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung von 16 Juni 1926* (RGI I, s. 275), Berlin 1926, s. 193.

¹⁸ Ust. ratyfikacyjna Rzeszy, RGI I, 1907, s. 279.

¹⁹ Por. G. Rotermund, *Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, wyd. 2, Hannover 1911, s. 97 i n. Według motywów ustawodawczych ochrona rannych i chorych nie odnosiła się tylko do kombatanów, jakkolwiek ustawodawca wymagał, by osoby chronione pozostawały „w jakimkolwiek stosunku” (*in irgendeinem Verhältnis*) do siły zbrojnej.

²⁰ Schwin ge, o.c., (4), s. 5.

Naczelną dyrektywą, wyrażoną w motywach ustawodawczych i potwierdzoną przez orzecznictwo²¹, było uczynienie z ustawy skutecznego narzędzia dla utrzymania dyscypliny, uważano ją bowiem za niezbędny warunek utrzymania siły bojowej armii. A jednak to właśnie niemiecka ustawa karno-wojskowa odstępuje jako pierwsza ze współczesnych kodeksów kontynentalnych od zasady bezwzględności posłuszeństwa i pod tym względem wyprzedza chronologicznie i rzeczowo wszystkie europejskie dziewiętnastowieczne kodeksy wojskowe. Dotyczy to głośnego § 47 kodeksu (działanie na rozkaz), zamieszczonego w rozdz. IV części ogólnej (uczestnictwo). Jest on tak ważny, że wydaje się celowe zacytowanie go w całości. Tekst brzmiał w możliwie dokładnym tłumaczeniu:

„Wenn bei Ausführung eines Befehls in Dienstsachen) verletzt wird, so ist der Befehlshaber strafbar, wenn er den Befehl nicht ausdrücklich untersagt hat. Der Befehlshaber ist straflos, wenn er den Befehl ausdrücklich untersagt hat. (Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers):

1. jeżeli przekroczył wydany mu rozkaz, albo

2. jeżeli było mu wiadomo, że rozkaz przełożonego dotyczy działania, którego celem jest przestępstwo pospolite (*bürgerliches*) lub wojskowe”.

Ustanawiając więc zasadę wyłącznej odpowiedzialności przełożonego jako regułę (zasada *respondeat superior*), przepis § 47 określał jednak jasno wyjątek w postaci odpowiedzialności podwładnych. Działanie na rozkaz nie zwalniało od odpowiedzialności w przypadku popełnienia przestępstwa pospolitego lub wojskowego. Jedynie wtedy, gdy można było uważać winę za podzieloną (§ 47 pkt. 1), przełożony mógł odpowiadać za podżeganie lub pomocnictwo.

Cytowany już Erich Schwinge²² w komentarzu pochodzącym z czasów Trzeciej Rzeszy określił dyspozycję § 47 jako „jedno z najmniej szczęśliwych i najmniej jasnych postanowień kodeksu”, przypomniał przy tym również, iż motywy ustawodawcze pochodzą w tym przypadku „z ducha liberalizmu”²³. Istotnie tekst tego przepisu w wersji niezmiennionej w zasadzie do 1945 r.²⁴, to znaczy do zakończenia drugiej wojny świato-

²¹ Przykłady orzecznictwa Trybunału Wojskowego Rzeszy (*Reichskriegsgericht*) ibidem, (2), s. 4.

²² Ibidem (2), s. 113.

²³ Ibidem, s. 114.

²⁴ Rozporządzeniem z dnia 10 X 1940 (RGBl I, s. 1347) nastąpiła ostatnia nowelizacja kodeksu. W związku z wejściem w życie prawa karnego wojennego (*Kriegs-sonderstrafrechtsverordnung*, w skrócie KSSVO) z 17 III 1938 r. (por. F. Ryszka, *Państwo stanu wyjątkowego, Rzecz o systemie państwa i prawa Trzeciej Rzeszy*, wyd. 2, Wrocław—Warszawa 1974, s. 461 i n.) Nowela uchyliła przepisy sprzeczne z KSSVO i zastrzymała sankcje karne w niektórych paragrafach kodeksu. Przepis § 47 pkt. 1 i 2 pozostał bez zmiany, wprowadzono natomiast ust. (2), który stanowił o możliwości zaniechania karanie „jeśli wina podwładnego jest niewielka”. W motywach ustawodawczych (Schwinge, o.c., (5), s. 103 i n.) stwierdza się, że konflikt „żołnierskiego myślenia” jaki zachodzi w przypadku naruszenia przepisu, ła-

wej (obowiązując — jak przypominamy — jednostki policyjne i Waffen-SS!) pochodził z inicjatywy posła Edwarda Laskera, działacza i doktrynera partii liberałów. W orzecznictwie dla opinii komentatorów w Trzeciej Rzeszy przepis mógł uchodzić za „ciało obce” i stąd natarczywie przejawiająca się, znana zresztą i wcześniej, tendencja do wykładni ścieśniającej. Niemniej siła „państwa normatywnego”²⁵ w jurysprudencji wojskowej musiała być jeszcze wielka, skoro przepis § 47 zachował się do końca istnienia systemu.

Łatwo sobie wyobrazić, że literatura na temat tego przepisu była bardzo obszerna²⁶. O ile do czasu pierwszej wojny przeważały interpretacje *de lege lata*, o tyle po wojnie, osobliwie od czasów hitlerowskiej *Machtübernahme* i odrodzenia niemieckich sił zbrojnych, przeważa wykładnia *de lege ferenda*. Niemniej pojedyncze komentarze i głosy, bliskie sobie lub sprzeczne ze sobą, pozostają dla nas interesujące, jeśli wynikają z doktryny, akceptowanej przez szerszy krąg zainteresowanych lub stanowią jego egzemplifikację dla większej liczby przypadków (tzn. nie są propozycją rozstrzygnięć kazuistycznych). Inaczej mówiąc, ważniejsze jest systematyczne podejmowanie prawa (tj. prawa jako zamkniętego systemu) od zajmowania się samym tylko paragrafem karnym, choćby był zjawiskiem kuriozalnym na tle całej kodyfikacji lub całego systemu.

Tak jednak przyjąć nie sposób, jakkolwiek doktryna prawa karnego wywodzi się z pozytywistycznego kierunku teoretycznego, który zwykło się wiązać z nazwiskiem Karola Bindinga, później Aleksandra hr. zu Dohna, wreszcie Eberharda Shmidta. Z tej doktryny, ewoluującej przecież na pozycje dość odległe od nauki mistrza, dałoby się wywieść zdanie, które brzmi wprawdzie paradoksalnie, lecz nie wydaje się kolidować z doktryną. Jest to zdanie o „rozkazach sprzecznych z prawem, lecz wywołujących skutki prawne” (*rechtswirksame, rechtswidrige Befehle*) czyli to znaczy, że treść przekazu pozostaje zgodnie z prawem, nawet gdy sposób przekazu był z prawem niezgodny, inaczej mówiąc — gdy rozkazodawca działał niezgodnie z prawem.

Teza ta znajdowała pokrycie w ogólnej teorii państwa i prawa, a właściwie w pojęciu prawa jako aktu woli państwa. Paul Laband, najpopularniejszy bodaj autor wśród pozytywistów niemieckich z epoki sprzed pierwszej wojny światowej uczył wszak, że „dla tego, co może

godzi odpowiedzialność karną, którą stosuje się tylko „gdy zarzut był poważny”. Zdaniem komentarzy ocena nie zależała od obiektywizacji winy (tzn. nawet poważne skutki mogły wykluczyć karalność), skąd wniossek, że ustawodawca dokonał wykładni ścieśniającej dyspozycję § 47, pozostawiwszy wszakże samą zasadę.

²⁵ Por. F. R y s z k a, *Państwo stanu wyjątkowego*, s. 495.

²⁶ Dla czasów dawniejszych por. Rotermond, *ct. komentarz*, s. 674 i n., dla okresu międzywojennego Eberhard S c h m i d t, *Militärstrefrecht*, Leipzig 1936, s. 57 i n., S c h w i n g e, *Befehl und Geborsam. Bemerkungen zur Neugestaltung des § 47 MStGB*, „Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht” 1938, s. 147 i n. Tam też zestawienie literatury.

być przedmiotem służbowego rozkazu, nie ma żadnych granic prawnych”²⁷. Otto Mayer zaś — jeden z czołowych autorytetów prawa administracyjnego w Niemczech — stwierdzał, iż akty suwerennej władzy państwowej „mogą być uznane za zgodne z prawem (*rechtsmässig*), kiedy same w sobie nie są prawne”²⁸.

Podobnie uważał Adolf Merkl, teoretyk ze szkoły pozytywizmu, o pokolenie młodszy. Państwo musi tolerować — pisał w książce wydanej już w 1923 r.²⁹ „pewnego rodzaju nadmiar w sumie tego (sc. tych czynności — FR), czego wymaga prawo (*von der Summe des rechtlich Erforderlichen*)”; akt władzy państwowej może zatem „posiadać moc obowiązującą mimo swojej ułomności (*Mangelhaftigkeit*) [...] prawomocność (istnieje) mimo niezgodności z prawem”.

Nadrzędność państwa nad prawem a raczej woli władzy państwowej nad normą prawa rozciągała się w oczach teoretyków i komentatorów na stosunki wojskowe. „Obowiązek posłuszeństwa wobec rozkazów służbowych — napisze Schwinge w komentarzu do § 47 kodeksu z 1939 r.³⁰ — przeważa nad obowiązkiem przestrzegania obcych dóbr prawnych, ponieważ państwo jest bardziej zainteresowane w ścisłym utrzymaniu każdorazowej siły bojowej armii aniżeli w utrzymywaniu porządku prawno-karnego”.

Jakby jednakże nie starano ścieśniać wyobrażeń o przewadze dyscypliny nad porządkiem prawnym, posługując się zresztą argumentacją z katalogu podstawowych tez pozytywistycznej *Rechtsauffassung* — w tej grze wartości przepis ust. 2 § 47 pozostał niezaczepialny. Jeżeli wykonawca rozkazu o treści przestępczej ponosił osobiście odpowiedzialność za wykonanie tego rozkazu, z normy tej wynika *implicite* norma, że odmowa wykonania nie jest w tym przypadku naruszaniem dyscypliny. Niewyjaśnione pozostało, czy w intencji ustawodawcy żołnierz miał tylko prawo, czy obowiązek nieposłuszeństwa, choć raczej przyjąć trzeba, że motywy ustawodawcze nie sięgały w tym przypadku tak daleko. Niemniej samo prawo istniało bezspornie i odnosiło się przede wszystkim do przepisów szczegółowych kodeksu w kwestii ochrony osób cywilnych, rannych i jeńców wojennych (wspomniane postanowienia §§ 129 - 133, 135 a zwłaszcza 134). Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że przepis rozciągał się na wszystkie czyny przestępcze, określone jako zbrodnie w prawie wojskowym i powszechnym, zgodnie z zasadą przedmiotową (§ 3 kodeksu), iż żołnierz („osoba wojskowa”) odpowiada za przestępstwa popolite na mocy przepisów powszechnego prawa karnego.

Liberalny wpływ na ustawodawstwo — niewielki wprowadzie i podany krytyce przez komentatorów na długo nim do władzy doszedł hitle-

²⁷ P. Laband, *Staatsrecht*, t. IV, 1911, s. 148.

²⁸ O. Mayer, *Verwaltungsrecht*, t. I, s. 360.

²⁹ A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Wien 1923, s. 293 i n.

³⁰ Schwinge, o.c. (2), s. 116, (5), s. 98.

ryzm ze swoją ideą podboju i swoistym pojmowaniem prawa — podważył zatem staroświecką zasadę, jakoby żołnierz był „zwyczajną maszyną” i powinien więcej bać się swego oficera niż wroga w polu. Pod tym względem niemiecki kodeks karny wyprzedził, jak wspomniano, swoją epokę. Tragiczny paradoks historii sprawił, że ten przepis stał się najwcześniej martwą literą prawa. Najpierw jednak zostały złamane elementarne zasady prawne.

Byłoby jednak przesadą, gdyby — w skali światowej — przyznać niemieckiemu prawu karno-wojskowemu palmę pierwszeństwa w zakresie ograniczenia zasady *respondeat superior*, a także szczególnej ochrony jeńców, rannych i osób cywilnych, co było zresztą lepiej tzn. nowocześnie uregulowane w kodeksie duńskim.

Zasada bezwzględnej dyscypliny, fundamentalna dla organizacji armii na kontynencie europejskim, rozwinęła się na dobrą sprawę dopiero w monarchii absolutnej, przyjmując hipostatyczną konstrukcję, że najwyższym przełożonym dyscyplinarnym jest suweren czyli państwo i państwo mocą swojej władzy zwalnia z odpowiedzialności z tytułu swoich poczynań, przyjmując niejako odpowiedzialność na siebie — w imię wyższego dobra. Nieco inaczej rozwijały się wyobrażenia prawne w anglosaskim *common law*, osobliwie w Stanach Zjednoczonych A. P., które powstały wszak na zasadzie negacji absolutyzmu, w każdym zaś razie absolutystycznych instytucji wojskowych.

Posłuszeństwo względem rozkazu lub polecenia instancji wyższej nie uchylała przestępczości czynu; tak stawia wyraźnie sprawę klasyczny dla jursprudencji amerykańskiej system Whartona³¹. W służbie wojskowej i cywilnej (stosowanie przymusu przez policję) istniał wyjątek od tej zasady, lecz sama zasada unormowana była inaczej niż w systemach kontynentalno-europejskich. Osoby, które składały przysięgę na posłuszeństwo i przy wykonywaniu swoich obowiązków miały prawo do stosowania przemocy, mogły — w przypadku wykonywania rozkazu o treści sprzecznej z prawem — powoływać się na działanie pod przymusem. Przysięga stwarzała zatem przymus pośredni, który raczej jednak uważany bywał za okoliczność łagodzącą niż znoszącą przestępczość czynu i zwalniającą w efekcie od odpowiedzialności karnej. Tyle przynajmniej można wydedukować z głośnych prejudykatów, przytoczonych przez podstawową literaturę³².

Amerykańskie zasady odpowiedzialności żołnierzy za przestępstwa popełnione w czasie wojny lub w związku ze służbą godne są przypomnienia z jednego zasadniczego powodu; Otóż wojna secesyjna, tocząca się w latach 1861 - 1865 a posiadająca znamiona (pierwszej w dziejach nowożytnych) wojny totalnej stała się okazją do wytoczenia pierwszego (rów-

³¹ F. Wharton, *A Treatise of Criminal Law*, Philadelphia 1880, § 94.

³² Ibidem, § 283; H. W. Briggs, *The Law of Nations*, New York 1938, s. 767, 773; także U. S. *Rules of Land Warfare*, 1917, § 336.

niez w dziejach nowożytnych) procesu o zbrodnie wojenne. Casus znany pod nazwą „sprawy Andersonville” przeszedł do historii jako przykład znęcania się nad jeńcami wojennymi, co przecież nie było aż tak egzotyczne w XIX w. mimo rozwiniętej już ochrony prawnej. Ważniejsze jest dla naszych rozważań, iż oficer armii Konfederatów oskarżony o okrucieństwo wobec jeńców Unii oraz o przestępcze sprzysiężenie z zamiarem zbiorowego morderstwa został postawiony przed sądem Stanów, skazany na śmierć i stracony³³.

Amerykańska wojna Północy z Południem wyróżniała się wszakże zaciekłością właściwą dla wojen domowych. Europa przeżywała wówczas krótki okres wojen mniej krwawych, choć bezwzględność silniejszych i determinacja słabszych bynajmniej nie wygasły, o czym świadczą chociażby powstanie polskie w 1863 r. lub hiszpańska wojna karlistów w latach 1872 - 1876, znamionująca się szczególnym okrucieństwem. Lecz jak wiadomo, kwalifikacje prawne były wówczas odmienne. Dla rozwoju prawa wojennego nie przyczyniły się owe zdarzenia wiele (ale poruszyły opinię współczesnych), ani w zakresie rozbudowy czy unowocześnienia kodyfikacji państwowych, ani w zakresie prawa międzynarodowego. Podobnie jak liczne (i dostatecznie krwawe) wojny kolonialne pozostawały poza sferą miarodajnej dla legislatyw świadomości prawnej. Wówczas już utorowało sobie drogę pojęcie *bellum justum*, denotujące treści prawne — co prawda nie względem samej wojny, lecz tylko względem prowadzenia działań wojennych, ściślej — stosowania się do pewnych reguł w granicach materialnego prawa karnego.

Wojna — jeżeli jest „sprawiedliwą” w znaczeniu „wojny prawnej” (*ius in bello*) to znaczy takiej, w której ochrona prawna służy także pojedynczemu wrogowi (*justus hostis*) — nie stała się bynajmniej przestępstwem. Jednakże skrępowania nałożone przez żołnierzy w czasie wojny a zawarte w ustawach karnych są na pewno szczeblem do kryminalizacji zbiorowego i zorganizowanego zabijania ludzi gwoili osiągnięcia celów politycznych. Szczebel ten umiejscowiony jest wprawdzie dość nisko na skali wytyczającej postęp doktryny i praktyki prawnej w przedmiocie wojny. Nie sposób jednak pominąć milczeniem tego fragmentu historii prawa, jeśli przyjdzie powiedzieć słów parę o odpowiedzialności określonej w pojęciu — symbolu: „prawo norymberskie”.

³³ W obozie jeńców wojennych Unii w Andersonville w stanie Georgia zmarło w okresie od lutego 1864 do maja 1865 ok. 13 tys. osób, głównie wskutek wygłodzenia i chorób (zachowane zdjęcia jeńców, którzy uszli z życiem przypominają uderzająco zdjęcia uwolnionych więźniów z hitlerowskich KZ-ów). Komendant obozu kpt. Henry Wirz został oskarżony o morderstwo i poniósł śmierć na szubienicy. Interesujące, że za to samo przestępstwo miał być również postawiony w stan oskarżenia prezydent Konfederacji Jefferson Davis. Do oskarżenia jednak nie doszło, stosownie do tradycji *common law* odrzucającej zasadę *respondeat superior*. Por. R. K. Woelzel, *The Nuremberg Trials in International Law*, London 1962, s. 26.

IV

Późnośredniowieczny i wczesnonowożytny „pojedynek honoru” wraz z powszechnie przyjętym prawem do samoobrony wytyczał niewątpliwie reguły postępowania, ale raczej na polu bitwy niż w całym kompleksie działań wojennych. Na poły prawdziwe, na poły legendarne przekazy zachowań rycerskich³⁴ w rodzaju „Panowie Anglicy, strzelajcie pierwsi” utrzymywały się istotnie w konwencji „pojedynku-honoru” i jego zwyczajowych reguł. Ograniczenia stąd wynikające nie dotyczyły wszakże całego teatru wojny, osobiście zdarzeń dziejących się poza proscenium. Uświęcone zasady, a także zwyczajne wzory zachowań obowiązywały przecież w relacjach pomiędzy równymi sobie, czyli w obrębie rycerstwa czy szlachty. „Lud” jako uczestnik działań a zwłaszcza jako ich przedmiot nie podlegał tym regułom. W typowym scenariuszu wojny mógł być do woli maltretowany aż do fizycznego zniszczenia, mógł bezkarnie ponosić szkody na osobie i na majątku³⁵.

Tendencja do jurydykcyzacji wojny, wywiedziona najpierw z przesłanek religijnych we wczesnych czasach nowożytnych (Luter, Kalwin, Althusius, Bodin, Grotius), później — jako wyraz „filozofii politycznej” (Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, Pufendorf, Bynkershoek, Wolff, Vattel, Blackstone) wprowadza z natury rzeczy wątki humanitarne do doktryny, z tego prostego powodu, że wojnę rozpartuje się jako zjawisko, które dotyczy wszystkich. Siedemnastowieczni pisarze polityczni — teoretycy stosunków międzynarodowych i prawa międzynarodowego — uznawali, że cała ludność kraju nieprzyjacielskiego stawiała się podmiotem działań wojennych, atoli rozróżniali kto jest kombatantem, a kto nim nie jest. Najwyraźniej pisze o tym Grocjusz³⁶, najwybitniejszy lub — jak kto woli — najbardziej nowoczesny z tych pisarzy. Osoby, które z natury rzeczy należą do kręgu wrogów, a więc także kobiety, dzieci, jeńcy i zakładnicy podlegają prawom wojny, ale jest „objawem łaskawości, jeżeli nie sprawiedliwości”, żeby niewinnym osobom oszczędzić zniszczenia — pisał. Lecz nie było to jeszcze wezwanie do uznania nadużyć w tym zakresie za przestępstwo ścigane przez prawo. Pierwszym bodaj myśli-

³⁴ Por. M. Ossowska, *Ethos rycerski i jego odmiany*, Warszawa 1973, s. 94 i n., 114 i n.

³⁵ Charakterystyczny przypadek przytacza J. B. Herzog w swej znakomitej acz niestety nieukończonych książce na temat „Norymbergii” (*Nuremberg: Un echec fructueux?* Paris 1975, s. 8). Otóż orzeczenie Izby Karnej Trybunału Kasacyjnego we Francji z 15 XII 1871 r. stwierdza, że pojedyńczy a nie zorganizowany zabór mienia przez żołnierzy (chodziło po prostu o wino i likiery!) nie jest rekwizycją lecz plądrowaniem (*pillage*) w pojęciu kodeksu karno-wojskowego z 1857 r. Zważmy, że rzecz dzieje się pod koniec XIX w. a francuski autor — wybitny prawnik — uważa orzeczenie za przełomowe.

³⁶ *De jure ac pacis*, Ks. III, rozdz. IV, ust. 8-14, rozdz. V, ust. 1 rozdz. XI, ust. 8-15.

cielem, który wyraził ideę tak śmiałą, był żyjący przed półtora stuleciem prawnik niemiecki Johann Jacob Moser, uważany za ojca niemieckiej nauki o państwie ³⁷.

Jednakże dopiero wielka wojna europejska (zanim stała się już „światową”) dostarczała materiałów do refleksji prawniczej i do poszukiwania środków wyegzekwowania prawa wojny w trybie represji karnej, czego nie uczyniły konwencje międzynarodowe z przełomu XIX i XX w. Nieprawości popełnione już w pierwszych miesiącach wojny, osobliwe rozstrzeliwania zakładników przez wojska niemieckie w Belgii (naruszając najpierw neutralność tego kraju!) skłoniły rządy francuski, belgijski, brytyjski i rosyjski do powołania komisji dochodzeniowych w celu ustalenia wypadków złamania prawa międzynarodowego przez Niemcy. Rząd Belgii powołał taką komisję 7 sierpnia, rząd Francji 1 września 1914 r. ³⁸ Prawdę rzekłszy większy ciężar gatunkowy miały zbrodnie tureckie wobec ludności ormiańskiej i greckiej w 1915 r., które spowodowały wspólną deklarację francusko-brytyjsko-rosyjską w tej sprawie (28 maja 1915 r.), lecz prawdą jest również, że na przyszłych decyzjach politycznych i regulujących prawnych zaważyły sprawy bliższe opinii zachodnio-europejskiej.

W dniu 4 października 1918 r. rząd francuski ogłosił pod adresem Niemców ostrzeżenie, w którym przypominał, że systematyczne naruszenie prawa międzynarodowego i podstawowych zasad cywilizacji ludzkiej musi pociągnąć za sobą odpowiedzialność moralną, materialną i karną osób, które wydawały rozkazy i które je wykonywały. Ostrzeżenie odnosiło się bezpośrednio do barbarzyńskiego niszczenia kraju w czasie wycofywania się wojsk niemieckich z północnej Francji, ale treść jego dotyczyła wszystkich aktów bezprawia popełnionych w czasie tej wojny.

Wkrótce też po kapitulacji Niemiec na konferencji pokojowej w Paryżu kreowana została międzynarodowa komisja złożona z 15 osób (zwana także „Komisją 15-tu”) dla zbadania odpowiedzialności sprawców wojny i sankcji, jakie miały być orzeczone przeciw sprawcom (*Commission des Responsabilités des auteurs de la guerre et Sanctions*). Komisja działała przy francuskim Ministerstwie Spraw Wewnętrznych w okresie między 3 lutego i 29 marca 1919 r. pod prezydencją delegata amerykańskiego Roberta Lansinga, którego zastępcą był sławny prawnik amerykański James Brown Scott. Sekretarzem Komisji został Albert de la Pradelle, profesor prawa uniwersytetu paryskiego ³⁹. Francuzi, chociaż mieli (oprócz La Pradelle'a) tylko dwóch przedstawicieli (tak jak Amerykanie, Brytyjczycy, Włosi i Japończycy; po jednym: Belgowie, Grecy, Polacy, Rumuni i Serbowie), wywierali niewątpliwie największy wpływ na prace

³⁷ *Grundsätze des Völkerrechts in Kriegszeiten*, 1752, s. 18.

³⁸ Por. M. Merle, *Le Procès de Nuremberg et le châtiment des criminels de guerre*, Paris 1949, s. 15 i n.

³⁹ *La Paix de Versailles. Documentation Internationale*. Paris 1930, t. I, s. 274.

Komisji, której celem miało być nie tylko udokumentowanie popełnionych przestępstw. Szło przecież o to, by sprawcy nie uniknęli kary i by ochronić ludzkość przed powtórzeniem zbrodni. Tak to właśnie ujął w przemówieniu wstępnym delegat Francji André Tardieu ⁴⁰ i w tym duchu odbywały się prace Komisji. W jej końcowym sprawozdaniu, powierzonym komitetowi redakcyjnemu, znalazły się następujące stwierdzenia:

1) Niemcy i Austro-Węgry działały z premedytacją na rzecz wojny i razem ze swoimi sojusznikami, Turcją i Bułgarią, prowadziły wojnę w sposób barbarzyński i bezprawny, tzn. z pogwałceniem praw i zwyczajów wojny oraz zasad ogólnoludzkich.

2) Wszystkie państwa uczestniczące w wojnie mają prawo postawić przed sądem osoby winne naruszenia praw i zwyczajów wojny, nie wyłączając nawet głów państwa.

3) Zdaniem Komisji, niektóre przestępstwa powinny być poddane jurysdykcji międzynarodowej w postaci Wysokiego Trybunału, złożonego z przedstawicieli różnych państw ⁴¹.

W dokumentach konferencji paryskiej znajdują się tylko ogólne wskazania Komisji na temat materialnych zasad ścigania przestępstw popełnionych w toku wojny, które zresztą tu nie nazywają się jeszcze *crimes de guerre*. Natomiast w pełnym tekście sprawozdania (opublikowanym już po ostatniej wojnie ⁴²) wyliczone są podmiotowe i przedmiotowe cechy tych przestępstw. Komisja uznała mianowicie, że powinny być pociągnięte do odpowiedzialności jednako wojskowi i osoby cywilne, którym dowiedziono czyny popełnione na szkodę jeńców wojennych oraz osób znajdujących się pod ich władzą na terenach okupowanych. Zalecenia Komisji miały na celu coś więcej:

1) Wyrażne określenie pojęcia *bellum justum* (tzn. zdefiniowanie zachowań, które można by uznać za desygnaty tego pojęcia).

2) Ustalenie jasnego rozróżnienia odpowiedzialności za wywołanie wojny od odpowiedzialności wynikającej ze sposobu prowadzenia działań zbrojnych.

3) Ustalenia subsydiarnej własności rzeczowej i podmiotowej dla jurysdykcji międzynarodowej, aby ustalić pogwałcenie praw i zwyczajów

⁴⁰ Ibidem, t. III, s. 9.

⁴¹ Ibidem, t. III, s. 481, aneks IV, s. 555. Wysoki Trybunał miałby składać się z 3 sędziów amerykańskich, 3 francuskich, 3 włoskich, 3 japońskich i po jednym Polaku, Czechu, Rumunie, Portugalczyku i Serbie. Anglicy, którzy odnosili się z rezerwą do całej imprezy, nie byli wymienieni w projekcie Komisji. Sąd składałby się z pięciosobowych gremiów orzekających dla każdego przypadku i orzekałby „na podstawie prawa narodów (*droit des gens*), takiego, jakie wynika ze zwyczajów ustalonych między narodami cywilizowanymi, praw ogólnoludzkich (*des lois des humanité*) i wymogów opinii (*conscience*) publicznej”.

⁴² Druk (w tłum. angielskim), w: *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of Laws of War*, London 1948, s. 41 i n.

wojny oraz praw ogólnoludzkich. Komisja ustaliła 32 takie przypadki⁴³, wśród których znalazły się zbrodnie przeciwko życiu, zdrowiu, czci i mieniu, chronione przez wszystkie cywilizowane ustawy karne prawa powszechnego i wojskowego, o jakich wspominaliśmy.

Warto jednak przypomnieć tę listę, gdyż była to pierwsza próba taksatywnego zestawienia przestępczych stanów faktycznych (które uzyskać powinny sankcję społeczności międzynarodowej) obok generalnej zasady naruszania praw i zwyczajów wojny oraz zasad ogólnoludzkich (humanitarnych). Były to w kolejności:

- 1) Morderstwa i masakry⁴⁴. Systematyczne stosowanie terroru.
- 2) Zabijanie zakładników⁴⁵.
- 3) Torturowanie osób cywilnych.
- 4) Celowe głodzenie osób cywilnych.
- 5) Gwałty.
- 6) Porywanie dziewcząt i kobiet w celu zmuszania ich do prostytucji.
- 7) Deportacja osób cywilnych.
- 8) Internowanie osób cywilnych w nieludzkich warunkach.
- 9) Zmuszanie osób cywilnych do pracy w związku z militarnymi operacjami nieprzyjaciela.
- 10) Uzurpowanie sobie suwerenności w warunkach okupacji militarnej.
- 11) Przymusowy pobór do wojska mieszkańców okupowanego terytorium.
- 12) Próby wynaradawiania mieszkańców okupowanego terytorium.
- 13) Grabież.
- 14) Konfiskowanie własności.
- 15) Ściąganie bezprawnych i nadmiernie wysokich kontrybucji i rekwizycji.
- 16) Obniżanie wartości waluty i puszczanie w obieg fałszywej waluty.
- 17) Nakładanie zbiorowych kar.
- 18) Nieusprawiedliwiona dewastacja i niszczenie własności.

⁴³ Ibidem, s. 34. Por. R. Bierzanek, *The Prosecution of War Crimes*, w: *A. Treatise of International Criminal Law*, t. I *Crimes and Punishment*, wyd. Ch. Bassiouni, V. P. Nanda, Springfield 1973, s. 562 i n.

⁴⁴ Pojęcie „masakry” odpowiadało najogólniej późniejszemu pojęciu „genocidum” (o czym niżej) i wprowadzone zostało prawdopodobnie po doświadczeniach z masowymi eksterminacjami Ormian i Greków przez Turków.

⁴⁵ Zabijanie zakładników uważano za relikw przeszłości, ponieważ samo zjawisko brania zakładników nie mieściło się w wyobrażeniach *Jus publicum Europaeum* (tak klasyczny podręcznik prawa międzynarodowego Oppenheim’a, *International Law* wyd. z 1906 r., cyt. według Bierzanek’a, o.c., s. 104). Przypomnijmy, że niemiecki wojskowy kodeks karny z 1872 r. (podobnie jak współczesne wojskowe kodeksy karne innych państw) nie wprowadzał w ogóle tego pojęcia. Dopiero wydarzenia wojenne przywróciły aktualności tej sprawie.

- 19) Celowe bombardowanie bezbronnych miejsc.
- 20) Nieuzasadnione niszczenie przybytków religijnych i charytatywnych, zakładów oświatowych, zabytkowych budynków i pomników.
- 21) Niszczenie statków handlowych i pasażerskich bez ostrzeżenia i bez zapewnienia bezpieczeństwa pasażerom i załodze.
- 22) Niszczenie kutrów rybackich i statków ratunkowych.
- 23) Celowe bombardowanie szpitali.
- 24) Atakowanie i niszczenie statków-szpitali.
- 25) Pogwałcenie innych reguł w odniesieniu do Czerwonego Krzyża.
- 26) Używanie trujących i duszących gazów.
- 27) Używanie wybuchowych i rozpryskowych pocisków i innych nie-ludzkich broni.
- 28) Instrukcje dla odmowy kwater.
- 29) Złe traktowanie rannych i więźniów wojennych.
- 30) Zatrudnianie więźniów wojennych w sposób nielegalny.
- 31) Pogwałcanie białych flag.
- 32) Zatrutowanie studni.

Wnioski Komisji przyjęte zostały wprawdzie jednogłośnie, ale nie oznaczało to wcale, by weszły do ostatecznej redakcji traktatu, a stało się to za sprawą delegacji japońskiej i amerykańskiej. Większe znaczenie miało oczywiście powściągliwe stanowisko Amerykanów, jako że przewodnictwo Komisji leżało w ich rękach. W dniu 4 kwietnia 1919 r. Robert Lansing i James Brown Scott złożyli oświadczenie w tej materii (*Memorandum of Reservations*) i choć nie było to formalne *votum separatum*, przecież nie mogło pozostać bez wpływu na dalszy bieg sprawy.

Cytowany już francuski autor Herzog⁴⁶ twierdzi, że obiekcje Amerykanów odpowiadały pewnej koncepcji ujmowania prawa międzynarodowego, sprowadzonej do prostej tezy: *nulla lex, nulla iniuria*. Odpowiedzialność państwa i jego organów można było rozpatrywać tylko na płaszczyźnie politycznej, ponieważ umowy międzynarodowe wprowadzały wprawdzie zakazy, ale nie statuowały odpowiedzialności karnej za naruszenie praw i zwyczajów wojny — tym bardziej zaś — „zasad ogólnoludzkich” — pojęcia trudnego do zdefiniowania i nieznanego prawu międzynarodowemu. Lecz argumentacja Herzoga jest nazbyt prosta i zbyt ostro ocenia memorandum Lansinga-Scotta. W tekście dokumentu mówi się bowiem *expressis verbis*, że każdy naród przystępując do wojny musi zdać sobie sprawę, jak wielka odpowiedzialność ciąży na nim. Jeśli przystępuje do wojny napastniczej, godzi się z tym, że popełnia tym samym przestępstwo. Nie znaczy to jednak, aby w tym przypadku można bez zastrzeżeń domagać się kary, nie daje się wszak wyraźnie określić, jaki akt jest równoznaczny z napaścią, a kiedy zaczyna się obrona, aby prawo mogło bez wątpliwości zdefiniować agresora. Co zaś dotyczy pogwałce-

⁴⁶ Herzog, o.c., s. 14.

nia zasad ogólnoludzkich, to istotnie płynność tego pojęcia wymyka się normie prawnej.

Wydaje się jednak, że nie argumentacja jest ważna — nie była ona bowiem koniecznie spójna z podstawowymi założeniami *common law* — ile rzeczywiste interesy polityczne, wyraźnie ujawniające się w toku konferencji pokojowej w Paryżu. Przypomnijmy, że prezydent Wilson w sławnym piśmie do Kongresu, datowanym 2 kwietnia 1917 r. (Deklaracja Wilsona ⁴⁷) wyraził się niedwuznacznie, kogo uważa się za wroga. Stany Zjednoczone występują jako przyjaciel narodu niemieckiego — napisał — są natomiast wrogiem niemieckiego rządu. Łatwo sobie wyobrazić, że zdanie było adresowane do wyborców, zważywszy, że mniej więcej co dziesiąty wyborca amerykański był niemieckiego pochodzenia, zasymilowanym najpóźniej w czwartym pokoleniu ⁴⁸.

Niemniej idea sankcji karnej wobec głowy państwa, szefa rządu lub jakiegokolwiek organu — bądź w formie decyzji politycznej, bądź w trybie represji prawnej — nie była obca amerykańskiej doktrynie prawnej, ściślej — jej miarodajnym przedstawicielem ⁴⁹.

By uznać odpowiedzialność głowy państwa, szefa rządu lub innego organu władzy, należało najpierw — zgodnie z tą doktryną — oddzielić podmiotowość państwa od podmiotowości narodu czy społeczeństwa. Państwo (sc. jego organa), które stosuje przemoc wbrew zobowiązaniom międzynarodowym, traktuje się w tej doktrynie jakoby dokonało ono naruszenia własnej konstytucji, ponieważ konstytucja nie może stawiać państwa poza nawiasem społeczności międzynarodowej i nie może pozwolić na sprzeniewierzenie się fundamentalnym prawom społeczeństwa ludzkiego. Każdy akt władzy dokonany przeciw społeczności międzynarodowej powinien wobec tego spowodować w konsekwencji nie tylko sankcje międzynarodowe, ale powinien być najpierw uznany za naruszenie naczelných praw danego państwa. Inaczej mówiąc, rząd uznany za agresora, byłby winny również zdrady głównej w rozumieniu własnego ustawodawstwa konstytucyjnego i powinien być pociągnięty do odpowiedzialności karnej przed jurysdykcją własnego państwa.

W świetle tej doktryny należałoby oczekiwać, że rząd oskarżony o agresję byłby nie tylko potępiany przez opinię międzynarodową, ale powinien stanąć pod pręgierzem własnej opinii patriotycznej. Okazało się, że znakomita większość niemieckiej opinii publicznej (która sama siebie nazywała „patriotyczną”) odniosła się do tej sprawy akurat odwrotnie. W tym momencie chciałbym tylko przypomnieć, że wyrażony wyżej pogląd — jakoby nie wydawał się karkołomny — nie musiał wynikać

⁴⁷ *Official Statement of War Aims and Peace Proposals*, wyd. J. B. Scott, Washington 1921, s. 89.

⁴⁸ Por. L. Hersch, *Les Migrations internationales comme facteur de paix et de guerre*, „Revue internationale de Sociologie”, r. 37 z 1929 r., nr IX - X, s. 16 i n.

⁴⁹ Por. Q. Wright o.c., t. II, s. 913 i n.

z moralistycznych przesłanek, nieobcych przecież amerykańskiej myśli politycznej. Źródła tej doktryny, tak w każdym razie tłumaczy Quincy Wright⁵⁰, wywodzą się z orzecznictwa w sprawie nadużyć dokonywanych przez korporacje przemysłowe. Skoro nie można było pociągać do odpowiedzialności karnej osoby prawnej, kara musiała spaść na osoby pełniące funkcje jej organów, sama bowiem odpowiedzialność cywilna byłaby „karaniem beneficjentów”, to znaczy właścicieli lub współników.

W europejskiej tradycji kontynentalnej zachował się natomiast precedens i to stosunkowo świeży. W deklaracji Kongresu Wiedeńskiego z 13 marca 1815 r. orzeczono, że *Napoleon Bonaparte umieścił sam siebie poza zasięgiem stosunków społecznych i obywatelskich jako nieprzyjaciel (ludzkości) zakłócający pokój świata i naraził się na odpowiedzialność represji publicznej*⁵¹. Stanowisko głowy państwa lub szefa rządu, albo jedno i drugie, mogło zatem w wyobrażeniu współczesnych oznaczać utożsamianie z państwem winnym naruszenia prawa międzynarodowego. Tę drogę wybrali też twórcy traktatu w części dotyczącej sankcji (cz. VIII) orzeczonych w art. 227 - 230.

Przypomnijmy, że art. 227 stanowił: *Mocarstwa sprzymierzone i stowarzyszone stawiają w stan publicznego oskarżenia Wilhelma II, byłego cesarza Niemiec, o najwyższą obrazę moralności międzynarodowej i świętej powagi traktatów*⁵².

Zostanie ustanowiony specjalny trybunał dla sądzenia oskarżonego, który będzie miał zapewnione istotne gwarancje prawa obrony — głosił dalej art. 227 — który to trybunał będzie się składał z 5 sędziów, mianowanych przez każde z następujących Mocarstw, a mianowicie: *Stany Zjednoczone Ameryki, Wielka Brytania, Francja, Włochy i Japonia* (inaczej przeto niż w propozycji „Komisji 15-tu”). Trybunał wyda wyrok czytamy dalej — *kierując się względami na najwyższe zasady polityki międzynarodowej, z troską, aby zapewnić poszanowanie uroczystych umów oraz międzynarodowych zobowiązań, zarówno jak międzynarodowej moralności; oznaczy karę, którą uzna, że powinna być zastosowana*.

Dyspozycje art. 227 i odesłanie do sankcji karnej (posiadającej znaczenie prejudykatu) były nie jeden raz komentowane — tak w krążących się opiniach politycznych, jak i w literaturze prawniczej. Ale nie dla tej jednej przyczyny można czuć się zwolnionym od obowiązku wszelkiej egzegezy tekstu, jakkolwiek godne uwagi jest rozróżnienie między „obrazą moralności międzynarodowej” a „świętą powagą traktatów” oraz zawarte motywy przewidywanej sankcji karnej z punktu widzenia prewencji *pro futuro*: „najwyższe zasady polityki międzyarodo-

⁵⁰ Ibidem, s. 914, przyp. 67.

⁵¹ Ibidem, s. 813.

⁵² Tekst polski według ustawy z dnia 31 VII 1919 r. o ratyfikacji traktatu pokoju, Dz. U. RP 1920, nr 35, poz. 199.

wej”, „uroczyste umowy” i „międzynarodowe zobowiązania”, ale także „moralność międzynarodowa”. W tym kontekście musiały one znaczyć co innego niż *accidentalium* względem „najwyższych zasad polityki międzynarodowej”. Sądzę, że można im przyznać wartość samoistną: racji sumienia pogodzonej ze zwielokrotnioną racją stanu, wspólną dla całej społeczności narodów. Interpretacja genetyczna byłaby równie interesująca jak interpretacja gramatyczna. Nie dałyby się one jednak zweryfikować przez doświadczenie historii.

W ostatnim akapicie art. 227 mowa była o wydaniu w ręce mocarstw sprzymierzonych i stowarzyszonych oskarżonego cesarza Wilhelma. Wilhelm Hohenzollern zbiegł, jak wiadomo, do Holandii, dlatego należało uzyskać zgodę rządu holenderskiego na wydanie jego osoby. W dniu 28 czerwca 1919 r. tj. dokładnie w dniu podpisania traktatu, francuski chargé d'affaires w Hadze wystosował notę do rządu Jej Królewskiej Mości (w imieniu mocarstw stowarzyszonych i sprzymierzonych), wyrażając obawę, iż były cesarz może zbiec lub ukryć się, proponując, zarazem, by odciążyć władze holenderskie od odpowiedzialności⁵³, gdyby to nastąpiło. W dwa tygodnie później, 10 lipca 1919 r., rząd holenderski odpowiedział wszakże, iż *zastrzega sobie prawo wykonywania swoich praw suwerennych*, co równało się oczywistej odmowie. 15 stycznia 1920 r., czyli pięć dni po wejściu w życie traktatu, alianci wystąpili ponownie do rządu w Hadze, przedstawiając tym razem katalog zarzutów przeciw Wilhelmowi. Odpowiedź nadeszła w tydzień później (27 stycznia) i zawierała jasno sformułowaną odmowę, w której wyjaśniono, że rząd holenderski nie czuje się związany treścią art. 227 oraz, że *tradycja narodowa i honor Holendrów nie pozwalają wydawać uchodźcy politycznego*.

Korespondencja dyplomatyczna toczyła się jeszcze przez parę tygodni, przy czym alianci ponowili swoje żądanie i raz jeszcze zaproponowali zorganizować własną ochronę osoby oskarżonego. Ostatecznie i kategorycznie rząd holenderski (w nocy z 2 marca) odmówił jakimkolwiek żądaniom w tej sprawie, powołując się na zasadę suwerenności. Co więcej, na mocy dwóch dekrétów królewskich, wydanych w kilkanaście dni po tym, były cesarz i były następca tronu uzyskali prawo stałego zamieszkania w Holandii i położyło to kres wątpliwościom na temat politycznego azylu. Protest aliantów (w nocy z dnia 24 marca 1920 r.) miał już teraz tylko charakter prestiżowy, nigdy zresztą więcej odnośne rządy nie wróciły do tej sprawy.

Przyczyny polityczne, które wpłynęły na stanowisko Królestwa Holandii, nie dające się skądinąd wyjaśnić za pomocą jednej prostej odpowiedzi, nie są jednak w tej chwili istotne. Cesarz wymknął się od odpowiedzialności osobistej, ale pozostały normy prawa, gdyż przecież

⁵³ Por. A. J. Toynbee, *Survey of International Affairs 1920 - 1923*, Oxford Univ. Press 1925, s. 96 i n.

postanowienia art. 227 nie zostały przez to przekreślone, ani nawet nie można ich w tym przypadku traktować jako *lex imperfecta*.

Niemniej stanowisko rządu holenderskiego nadaje się, by uczynić refleksję ogólniejszej natury. Otóż, powołując się na zasadę suwerenności (choć nie pozostawała ona w związku przyczynowym ze sprawą wydania oskarżonego cesarza Rzeszy Niemieckiej) rząd Jej Królewskiej Mości przyjął zasady z doktryny *Juris Publici Europaeum*, czyli prymatu własnego prawa nad powszechnymi zasadami prawa międzynarodowego. Treści Traktatu Wersalskiego pozostały dla Królestwa Holandii jako państwa neutralnego *res inter alios acta*, nie pociągały za sobą zatem żadnych zobowiązań międzynarodowych. Stanowisko rządu holenderskiego — i to właśnie ze względu na neutralność tego kraju — skłania do wniosku, że „najwyższa obraza moralności międzynarodowej” nie może być dyspozycją czynu przestępczego, ani „najwyższe zasady moralności międzynarodowej” nie mogą być wartością chronioną przez prawo narodów, jeśli jeden z uczestników społeczności międzynarodowej kwestionuje ich charakter abstrakcyjny i powszechny. Wierność traktatom (ich „świętej powadze”) w aspekcie skutków ich naruszenia ważna jest w konsekwencji tylko dla poszkodowanych, jakby przyjmując *mutatis mutandis* tezę z tej teorii prawa karnego, która mówi, że „karze się nie czyn, a sprawcę”.

Być może, ocena idzie za daleko. W owym czasie, czyli na początku lat dwudziestych, zbyt silne były konkretne napięcia i antagonizmy polityczne wykraczające poza doraźne cele. Znane są dzieje wykonywania postanowień Traktatu Wersalskiego i znane odstępstwa, jakie czyniono krok za krokiem. Sprawa odpowiedzialności karnej nie była od początku sprawą kluczową. Nieprzypadkowo wszak przypominała się ona dopiero z całą mocą po drugiej wojnie światowej.

Zasady ustanowione w art. 227 traktatu odbijały niejasności i niekonsekwencje stanowisk, jakby twórcy tego przepisu zatrzymali się w połowie drogi: między tradycją i panującymi zasadami doktrynalnymi a nowymi próbami rozwiązań, które narzuciła groza wojny światowej. Z perspektywy lat można wydedukować jednak, iż twórcy tej części traktatu godzili się na zasady następujące:

1) Uznanie, że naruszenie prawa międzynarodowego pociąga za sobą odpowiedzialność karną.

2) Odpowiedzialność spada na państwo, ale ponosić ją będzie przede wszystkim przywódca państwa, on bowiem personifikuje państwo i wyraża hipostazę władzy.

3) Przywódca państwa — dotyczy to cesarza Niemiec ⁵⁴ — powinien

⁵⁴ Warunkiem było jednak przyjęcie formalnej hierarchii ustrojowej, wynikającej z proklamacji króla pruskiego Wilhelma I, datowanej w Wersalu 18 I 1871 r. i konstytucji Rzeszy z 14 IV 1871 r. Niemniej alianci zdawali sobie sprawę, że faktyczne kierownictwo państwa znajdowało się w rękach Oberste Heeresleitung

także ponieść odpowiedzialność za czyny swoich podwładnych, jakby był „najwyższym przełożonym dyscyplinarnym”, który wydał rozkazy. Przyjęta została milcząco zasada *respondeat superior*, która wszakże — jak o tym dalej — nie zwalniała od odpowiedzialności karnej innych sprawców czynów karalnych.

Prawdą jest, że twórcy traktatu nie zapomnieli o innych sprawcach czynów karalnych. Art. 228 stanowił, że mocarstwa sprzymierzone i stowarzyszone mogą postawić przed własne sądy wojskowe osoby oskarżone o działania naruszające prawa i zwyczaje wojny. Na rząd niemiecki nałożono obowiązek wydania tych osób władzom mocarstw sprzymierzonych i stowarzyszonych lub innych wskazanych państw według dostarczonej imiennej listy.

Wiadomo, że pierwsza redakcja traktatu doręczona 7 maja 1919 r. niemieckiej delegacji (pod przewodnictwem ministra spraw zagranicznych w gabinecie Scheidemanna hr. Brockdorff-Rantzaua) wywołała w Niemczech dramatyczne sprzeciwy i falę protestów, wśród których nie mało miejsca zajęła sprawa odpowiedzialności za wywołanie wojny i za zbrodnie wojenne. Szczególne oburzenie wzbudził art. 231, w którym *expressis verbis* orzeczono o odpowiedzialności Niemiec i ich sojuszników za *spowodowanie wszystkich strat i wszystkich szkód*, jakie wycierpieć musiały rządy państw sprzymierzonych i stowarzyszonych oraz ich ludność. Warto przypomnieć, że kontrpropozycje niemieckie (złożone 29 maja 1919 r.) nie zmieniły postanowień o sankcjach i reparacjach na rzecz aliantów, przyniosły tylko zmianę decyzji w sprawie Górnego Śląska (art. 88 stanowiący o plebiscycie), co absolutnie nie zadowoliło niemieckiej opinii publicznej. Ultymatywne żądanie Clemenceau (16 czerwca 1919 r.) z zagrożeniem interwencji militarnej, by Niemcy w ciągu 5 dni (przedłużone o dalsze dwa dni) podpisały traktat, wywołało kryzys rządowy i ustąpienie gabinetu Scheidemanna.

Nowy gabinet Gustava Bauera postawił sprawę w Zgromadzeniu Narodowym jako votum zaufania dla rządu. Debata odbyła się w dniach 22 - 23 czerwca 1919 r. i po niezmiernie burzliwych obradach w pierwszym dniu przyniosła zgodę parlamentu na podpisanie traktatu pokojowego⁵⁵, co oznaczało, że reprezentacja narodu gotowa jest przyjąć zawarte w traktacie postanowienia za prawo wiążące. Niemniej z postanowienia sprawy w exposé kanclerza i z głosów wielu mówców, którzy

(przynajmniej od sierpnia 1916 r.), czyli feldmarsz. Hindenburga i jego zastępcy gen. Ludendorffa. W istocie osobistą odpowiedzialność za znaczną część czynów („najwyższa obraza moralności międzynarodowej”) wykonywanych wskutek decyzji najwyższego organu państwa (według 32-punktowego wyliczenia „Komisji 15-tu”) powinien ponosić „Generalquartiermeister” Ludendorff, uznany skądinąd przez Komisję winnym przestępstw wojennych.

⁵⁵ 237 głosów za, 138 głosów przeciw, 5 wstrzymujących się, 1 nieważny. Źródło: Verhandlungen der Verfassungsgebenden Deutschen National-Versammlung; Stenographische Berichte, t. 327, s. 1113 i n.

opowiadali się za podpisaniem traktatu i votum zaufania dla rządu wnioskować można, iż przepisy traktatu przyjmuje się pod przymusem⁵⁶. Wprawdzie istota przymusu i jego wpływ na nieważność zawartych umów międzynarodowych nie była jeszcze przedmiotem teoretycznych dociekań, ale samo wprowadzenie tego pojęcia oznaczało, że Niemcy mogą nie uznać ważności postanowień traktatu lub, iż można to będzie interpretować na mocy klauzuli *rebus sic stantibus*. Dotyczyło to bodaj w pierwszej kolejności postanowień artykułów 227, a zwłaszcza 228 traktatu, dowodzą zaś tego głosy zarówno z ław większości rządowej, jak tym bardziej opozycji prawicowej i centrowej.

We wstępnym wystąpieniu kanclerza Bauera znalazł się *passus*, który wyraźnie mówił o zastrzeżeniu względem art. 227 - 230. Zdanie kanclerza podtrzymali Paul Löbe w imieniu frakcji socjalistów większościowych (SPD) i przewodniczącej frakcji Centrum, Adolf Gröber, zresztą prawnik (sędzia) z zawodu. Udramatyzowane zdania o rabunku niemieckich ziem i zagarnięciu suwerenności państwowej, jakie znalazły się w przemówieniu posła Posadkowsky-Wehnera z DNVP (byłego zwierzchnika samorządu prowincji Poznań i prawnika z wykształcenia) nie wniosły raczej nic nowego do interpretacji postanowień o odpowiedzialności karnej Niemców, ale i tu wtrącono nader sugestywne zdanie, że *wielki naród złożony z 70 milionów nie może dopuścić, by wydawać obywateli niemieckich nieprzyjacielowi dla skazywania na podstawie kodeksu karnego posiadającego moc wsteczną*. Podobnie w głosie Wilhelma Kahla z partii demokratycznej (DVP), profesora prawa na uniwersytecie w Berlinie i członka synodu ewangelickiego kościoła pruskiego. Powiedział on, że wydanie w ręce aliantów byłego cesarza oraz innych „rzekomo winnych” Niemców byłoby hańbą dla narodu niemieckiego. Ze wszystkich wypowiedzi przebiega jedna wspólna ocena: dyspozycje art. 227 - 228 są w opinii niemieckiej bezprawnymi i to w pojęciu, jakie temu terminowi nadaje się w języku prawa.

Ale i bez zachęty, jaką był przebieg debaty w Zgromadzeniu Narodowym, rząd niemiecki nie omieszkiał na drodze dyplomatycznej wyrazić sprzeciwu dla sankcji karnych wobec obywateli niemieckich (nota z 5 listopada 1919 r. doręczona rządowi alianckim przez przedstawiciela Niemiec, barona von Lersnera). Nacisk ze strony niemieckiej był tak silny⁵⁷, że alianci ugięli się. W efekcie wymiany not pomiędzy delegatem niemieckim von Lersnerem i przewodniczącym konferencji premierów alianckich Millerandem ze stycznia i lutego 1920 r. rządy alianckie zgodziły się wbrew postanowieniom art. 228, aby osoby wymienione na lis-

⁵⁶ Na wniosek posła Eugena Schiffera z partii liberalnej (DDP) nb. przedstawiciela Niemiec w Trybunale Haskim (Schiffer był prawnikiem i sędzią w pruskim trybunale administracyjnym) Zgromadzenie przyjęło uchwałę, że „przyjmuje”, ale nie aprobuje aktu podpisania traktatu.

⁵⁷ T o y n b e e, o.c., s. 98.

tach przestępców wojennych podlegały jurysdykcji niemieckiej, jeśli dotyczyć to będzie Niemców⁵⁸.

Postępowanie z oskarżenia przeciwko Niemcom nie zakończyło się tak dramatycznym fiaskiem, ale też obróciło się faktycznie wniwecz: zdanie J. B. Herzoga o „parodii wymiaru sprawiedliwości”⁵⁹ nie wydaje się absolutnie przesadą. Kiedy na sesji Zgromadzenia Ogólnego Ligi Narodów w dniu 18 grudnia 1920 r. w Genewie upadła sprawa powołania międzynarodowego trybunału dla sądzenia spraw przeciw „porządkowi publicznemu międzynarodowemu i powszechnemu prawu narodów” (Zgromadzenie uznało to za „przedwczesne”)⁶⁰, nie pozostawało nic innego jak zaakceptować, że właściwą dla osądzenia spraw określonych w art. 228 Traktatu Wersalskiego będzie jurysdykcja niemiecka przy udziale obserwatorów z krajów alianckich, które to kraje wystąpiły z imiennym oskarżeniem. Do udziału aliantów w postępowaniu nigdy wszakże nie doszło. Od czerwca 1922 r. zabrakło także obserwatorów alianckich. Już bowiem w końcu 1919 r. (niemal bezpośrednio po złożeniu alianckiej noty z 5 listopada) Zgromadzenie Narodowe Rzeszy uchwaliło ustawę o „ściganiu zbrodni wojennych”⁶¹, mocą której właściwość rzeczowa w tych sprawach przyznana została Trybunałowi Rzeszy w Lipsku (w postępowaniu jednoinstancyjnym), według prawa obowiązującego w Niemczech.

Ustawa z 18 grudnia 1919 r. (wraz z uzupełnieniem o przepisy proceduralne z 24 marca 1920 r.) wydaje się aktem szczególnie ważnym. Jest ona po pierwsze świadectwem, że państwo niemieckie czyniąc załość naciskom opinii publicznej nie uznało mocy prawnej art. 228 Traktatu Wersalskiego; po wtóre, że Niemcy nie godzą się na stosowanie żadnych innych niż własne przepisów prawa karnego materialnego, tylko

⁵⁸ Na liście przedstawionej Niemcom w nocie z 3 II 1920 r. znajdowało się 901 nazwisk, w tym 896 polityków, urzędników oraz oficerów armii i marynarki wojennej niemieckiej. Na liście znalazło się paru oskarżonych Turków i Bułgarów. Względem tych ostatnich Włochy wysunęły żądanie, by sądzeni byli przez tamtejsze sądy. Lista sporządzona była na podstawie dochodzeń przeprowadzonych przez Francję, Belgię, Wielką Brytanię, Polskę, Rumunię, Włochy i Królestwo Serbii, Chorwacji i Słoweni (Francja — 334, Belgia — 334, Wielka Brytania — 97, Polska — 57, Rumunia — 41, Włochy — 29). Na liście znajdowały się nazwiska Hindenburga, Ludendorffa, Mackensena, Tirpitz, Bethmanna-Hollwega, ks. Wirtemberskiego i bawarskiego następcy tronu ks. Ruprechta. Por. History of the UNWCC, s. 46 i n.

⁵⁹ Herzog, o.c., s. 17 i n.

⁶⁰ Actes de la première assemblée de la Société des Nations (1920), s. 744 i n.

⁶¹ Ust. z 18 XII 1919 r. RGBl., s. 2125 uzupeł. ustawą z 24 II 1920 r., RGBl., I, s. 341, § 1 ust. z 18 XII 1919 r. głosił: *Bei Verbrechen oder Vergehen, die ein Deutscher im In-oder Ausland während des Krieges bis zum 28. Juni 1919 gegen feindliche Staatsangehörige oder feindliches Vermögen begangen hat, ist das Reichsgericht für die Untersuchung in erster und letzter Instanz ausschliesslich zuständig.* § 2: *Der Oberreichsanwalt ist verpflichtet, nach deutschen Rechte straffbare Handlungen auch dann zu verfolgen, wenn die Tat im Ausland begangen und durch die Gesetze des Ortes, wo sie begangen ist, mit Strafe bedroht ist.*

przepisy kodeksu karnego z 1871 r. i wojskowego kodeksu z 1872 r., o którym — z tego między innymi powodu — była już mowa. Wniosek stąd, że sprzeciwiając się samej koncepcji wymiaru sprawiedliwości orzeczonej w art. 228, Niemcy „uratowały” zasadę prymatu suwerenności państwa nad nakazem prawa międzynarodowego.

Wskutek kompromisu zawartego pomiędzy rządami alianckimi a rządem niemieckim w lutym 1920 r. listę oskarżonych zredukowano do 45 osób, uznanych za szczególnie obciążone według oceny rządów brytyjskiego, francuskiego i belgijskiego. Lecz i tu wyszły na jaw okoliczności trudne do przezwyciężenia, które — jak łatwo sobie wyobrazić — podziały na rzecz oskarżonych zgodnie ze starą zasadą, że wątpliwości rozstrzyga się na ich korzyść. Śledztwa prowadzone w urzędzie Naczelnego Prokuratora Rzeszy (*Obereichsanwalt*) w Lipsku toczyły się opieszale, ale też postępowanie było szczególnie utrudnione. Zaczynało się najpierw od tego, że nie można było po prostu odnaleźć oskarżonych (gdy np. zdemobilizowali się z wojska); to samo dotyczyło świadków. I tak na przykład brytyjscy świadkowie nie chcieli się godzić na zeznawanie przed władzami niemieckimi i nie było środków, aby ich do tego zmusić. Łatwo sobie wyobrazić, że władze niemieckie kierowały się zwyczajnym oportunizmem w postępowaniu dowodowym⁶². Ostatecznie stanęło na tym, że Trybunał Lipski sądzić miał tylko w 13 sprawach, tyle bowiem oskarżeń wniosła prokuratura. Przebieg poszczególnych procesów, które toczyły się od maja 1921 r. i zakończyły się (z jednym wyjątkiem) już w lipcu wywołał liczne komentarze tak w krajach alianckich, jak w samych Niemczech⁶³.

Tu były one pożywką nieustannej propagandy nacjonalistycznej, tam — tzn. we Francji, Wielkiej Brytanii i innych krajach koalicji antyniemieckiej (między innymi w Polsce) wywołały ostrą krytykę i powszechne oburzenie. W większości przypadków zapadały wyroki uniewinniające lub niewspółmiernie niskie. Z różnych powodów sąd nie dawał wiary świadkom oskarżenia lub kwestionował wiarygodność dowodów zgromadzonych w śledztwie. Tak było w sprawie podoficera Randohra (z listy belgijskiej), oskarżonego o akty brutalności wobec dzieci, by wymusić przyznanie się, jakoby miały one zniszczyć linię telefoniczną w m. Grammont. Sąd uniewinnił Randohra nie przyjmując zarzutu torturowania dzieci, z uzasadnieniem, iż świadectwu dzieci nie można dawać wiary.

Szczególnie pouczający, i to z różnych powodów, był *cassus* komandora por. Karla Neumanna, dowódcy łodzi podwodnej U-67, oskarżonego z listy brytyjskiej, o storpedowanie statku-szpitala „Dover Castle” (26 maja 1919 r. na Morzu Śródziemnym). Neumann został uniewinniony, po-

⁶² Por. C. Mullins, *The Leipzig Trials*, London 1921; por. także *History of the UNWCC*, s. 46 i n.

⁶³ C. Mullins, o.c., s. 217 i n.; *History of the UNWCC*, s. 48 i n.

nieważ sąd przyjął konstrukcję działania na rozkaz, w oczywiście ścieśniającej interpretacji § 47 wojskowego kodeksu karnego.

Nie dało się wszakże przyjąć takiej interpretacji w innym, bardziej drastycznym przestępstwie przeciw prawom i zwyczajom wojny oraz przepisom własnego kodeksu karnego. Oskarżonym (również z listy brytyjskiej) był porucznik marynarki Patzig, dowódca łodzi podwodnej U-86, która w czerwcu 1918 r. zatopiła na Atlantyku statek-szpital „Llandlovery Castle”. Sądzone jednak nie Patziga, którego „nie udało się odszukać”, ale dwóch jego podwładnych: poruczników Dithmana i Boldta. Zarzucono im, że wbrew rozkazom dla zatarcia śladów zbrodni rozkazali otworzyć ogień do rozbitków, wskutek czego 234 osoby poniosły śmierć. Obaj oficerowie otrzymali wyroki po cztery lata więzienia („Cztery lata więzienia dla bohaterskich marynarzy łodzi podwodnej!” — pisała prasa niemiecka), ale obaj po paru miesiącach zbiegli. W jednym przypadku stało się to prawdopodobnie przy pomocy personelu więzienia w Hamburgu.

Innym szczególnie skandalicznym przypadkiem był casus Stenger-Cruscius z oskarżenia francuskiego. Mjr. Cruscusowi zarzucono, iż spowodował śmierć kilkunastu więźniów francuskich, kilku zaś z nich zastrzelił na rozkaz swego przełożonego gen. Stengera, ten zaś z kolei zasłaniał się, iż Cruscus nie zrozumiał jego rozkazu. Sąd zastosował przepis § 47 wojskowego kodeksu karnego i skazał Cruscusa na dwa lata więzienia, Stengera zaś uwolnił od winy i kary. Nawiasem mówiąc, podczas rozprawy doszło do demonstracji publicznej na rzecz generała, a przeciw obecnemu na sali obserwatorowi francuskiej misji wojskowej.

Już nawet te przykłady wystarczą, by zgodzić się na nazwę „parodii wymiaru sprawiedliwości”. Wydaje się jednak, że było to ostateczne fiasko idei wyrażonych na konferencji paryskiej i utrwalonych w postanowieniach represyjnych Traktatu Wersalskiego. Z takim doświadczeniem weszła w okres międzywojenny Europa „powersalskiego ładu”, czyli po prostu Europa kapitalistyczna. Okres ten nie przyniósł, być może, wiele, ale na pewno przyczynił się do delegalizacji wojny i kryminalizacji czynów popełnionych w czasie jej trwania, jeżeli odpowiadały pojęciom pogwałcenia moralności międzynarodowej i zasad ogólnoludzkich. Trzeba było jednak, niestety, przyszłych zbrodni popełnionych w tak strasznym rozmiarze i z tak niegodziwych pobudek, by uruchomić karzącą moc prawa.

