

JÓZEF KOREDCZUK

Uniwersytet Wrocławski

Poglądy Juliusza Makarewicza na zmiany w prawie karnym niemieckim po 1933 roku

Juliusz Makarewicz był najwybitniejszym polskim prawnikiem zajmującym się prawem karnym w okresie od końca XIX w. do 1939 r. Po ukończeniu w 1893 r. studiów na Wydziale Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego kontynuował je w Niemczech (w Halle), uczestnicząc w latach 1894–1897 w zajęciach sławnego seminarium prowadzonego przez Franza Rittersa von Liszta. W 1919 r. został członkiem Komisji Kodyfikacyjnej RP i przewodniczącym jej sekcji prawa karnego materialnego. Uznawany jest za głównego twórcę polskiego kodeksu karnego z 1932 r., a także za jednego z tych uczonych, którzy stworzyli zręby współczesnej karnistyki polskiej, wyrastając i dojrzewając naukowo w kręgu prawniczej myśli niemieckiej, z której jednakże udało mu się wyjść¹. Był również aktywnym politykiem, członkiem Polskiego Stronnictwa Chrześcijańskiej Demokracji (PSChD), z którego list w latach 1925–1935 był senatorem RP i wiceprzewodniczącym Komisji Prawniczej Senatu².

¹ J. Makarewicz jest także jedynym polskim uczonym w XX w., którego prace opublikowane na początku stulecia są wciąż wydawane w formie reprintów w Niemczech. Dotyczy to jego najbardziej znanej pracy *Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage* wydanej w 1976 r.; P. Kardas, *Juliusza Makarewicza filozofia prawa karnego a podstawowe zasady odpowiedzialności karnej we współczesnym prawie karnym*, [w:] *Dziedzictwo prawne XX wieku. Księga pamiątkowa z okazji 150-lecia Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego*, Kraków 2002, s. 513.

² Juliusz Makarewicz urodził się 9 maja 1872 r. w Samborze. Jego ojciec był znanym inżynierem kolejnictwa, a także uczestnikiem powstania styczniowego. Do gimnazjum uczęszczał początkowo w Tarnowie, a potem w Krakowie. Ukończył je w 1889 r. Studiował na Wydziale Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, będąc w trakcie studiów prezesem Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa. W 1894 r. uzyskał stopień doktora, natomiast habilitował się w 1897 r. na podstawie rozprawy *Idealny zbieg przestępstw w ustawie karnej austrijskiej*. Po odbyciu praktyki w Sądzie Krajowym w Krakowie (1894) był sędzią śledczym Sądu Okręgowego w Krakowie (do

Zmiana ustroju politycznego, a taka niewątpliwie w Niemczech nastąpiła po dojściu Hitlera do władzy, wiąże się ściśle ze zmianą dotychczas obowiązującego systemu prawa karnego. System ten bowiem zawsze wynika z przyjętych założeń aksjologicznych, które w warunkach przełomu ulegają zasadniczemu prze wartościowaniu. Przemiany te z reguły są baczным przedmiotem badań prawników, często przypada im w nich podstawowa rola. Przejście od państwa demokratycznego do totalitaryzmu nie wymaga wprowadzie takiego rozliczenia się z przeszłością, jakby to miało miejsce odwrotnie, nie oznacza jednak, że dokonywało się gładko. Wiązało się również z przewycięzeniem wielu problemów, wiążących się chociażby ze złamaniem oporu i protestów społecznych, przewartościowaniem norm chroniących interesy państwa, a także dotyczących istoty przestępstw politycznych, nadmiernym legalizmem organów państwowych³.

Kwestie te niewątpliwie także żywo interesowały Makarewicza. Jego kompetencje jako wybitnego prawnika i aktywnego polityka uprawniają do uznania go za jednego z najbardziej kompetentnych obserwatorów zmian w Niemczech – nie tylko w prawie karnym, ale również politycznych po 1933 r.

Przedmiotem zainteresowań Makarewicza odnośnie do zmian w prawie karnym niemieckim po 1933 r. były zarówno same zmiany przepisów prawa karnego materialnego (kodeksu karnego z 15 maja 1871 r.)⁴, jak i zmiany poglądów w literaturze karnej niemieckiej, której był baczным czytelnikiem. Także wśród przedstawicieli nauki prawa karnego w Niemczech byli tacy, którzy zaakceptowali nowy porządek polityczno-prawny hitlerowskiej Rzeszy (np. neoheglista Wilhelm Sauer, twórca znanej formuły, iż „prawem jest to, co służy niemieckie-

1904 r.). W 1904 r. został powołany na stanowisko profesora nadzwyczajnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, a od 1907 r. był profesorem Katedry Prawa i Procesu Karnego Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie. W roku akademickim 1909/10 był dziekanem Wydziału Prawa i Administracji UJK, a w roku akademickim 1923/24 – rektorem Uniwersytetu Jana Kazimierza. Był członkiem Polskiej Akademii Umiejętności (1923) i Amerykańskiej Akademii Nauk w Bostonie (1933). „Mistrz” profesorów: Juliusza Nowotnego, Emila Stanisława Rappaporta, Zdzisława Papierkowskiego, Ludwika Dworzaka, Stanisława Pławskiego i Rafała Lemkina. Otrzymał doktorat *honoris causa* Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie (1937; promotorem jego doktoratu był prof. Kamil Stefko). Od 1946 r. podjął pracę na Uniwersytecie Lwowskim im. Iwana Franki. Inne jego ważniejsze prace, poza powoływanyymi w niniejszym przyczynku: *Klasycyzm i pozytywizm w nauce prawa karnego* (1896), *Nowożytnie zadania filozofii prawa* (1905), *Juristische Abhandlungen* (1907), *Zarys postępowania karnego austriackiego* (1909), *Demokratyzacja nowożytnych społeczeństw* (1913), *Polskie prawo karne Polski przedrozbiorowej* (1919), *Instygator w dawnym prawie polskim* (1922), *Zbrodnia i kara* (1922), *Przebudowa społeczna* (1923). Zmarł we Lwowie 20 kwietnia 1955 r. i został pochowany na cmentarzu Łyczakowskim. Na jego temat por.: A. Zoll, *Juliusz Makarewicz (1872–1955)*, [w:] (red.) J. Stelmach, W. Uruszczak, *Złota Księga Wydziału Prawa i Administracji*, Kraków 2000, s. 275–279; M. Wąsowicz, *Juliusz Makarewicz – uczonej i kodyfikator*, „*Studia Iuridica*” 1993, t. 26, s. 111–131; J. Wojciechowska, *Juliusz Makarewicz (1872–1955). Kariera naukowa i polityczna*, „*Przegląd Prawa Karnego*” 1992, nr 7, s. 5–22; K. Pol, *Poczet prawników polskich*, Warszawa 2000, s. 855–878.

³ A. Zoll, *Prawo karne jako instrument wspomagający transformację*, [w:] (red.) A. Eser, A. Zoll, *Prawo karne a problem zmiany ustroju politycznego*, Kraków 1998, s. 7–9.

⁴ Dalej określanego, w przypadku powoływania się na jego konkretny przepis, jako: n.k.k.

mu narodowi, a bezprawiem to, co mu szkodzi”, a zwłaszcza tzw. szkoła kilońska – Georg Dahm, F. Schaffstein). Swój stosunek do prawa karnego niemieckiego wyrażał on także często, porównując przepisy polskiego prawa karnego z przepisami niemieckimi. Szczególnie wydanie polskiego kodeksu karnego z 1 lipca 1932 r.⁵ stało się okazją do takich porównań. Opinie Makarewicza na temat zmian w prawie karnym niemieckim – niewątpliwie uznanego autorytetu wśród prawników polskich – o tyle miały istotne znaczenie, że zwracał on najczęściej uwagę na najważniejsze kwestie nie tylko w prawie niemieckim, ale również polskim. Były to ponadto opinie bezkompromisowe, na które inni się nie zdobyli.

Najpełniej swoje stanowisko odnośnie do zmian w prawie karnym niemieckim wyraził on w odczycie *Prawo karne i prawa obywatela*, wygłoszonym 20 stycznia 1936 r. w auli Uniwersytetu Jana Kazimierza podczas uroczystej akademii z okazji 275. rocznicy założenia Uniwersytetu Lwowskiego⁶. Była to jego reakcja na zwyrodnienie prawa karnego w ówczesnych państwach totalitarnych (Rzeszy niemieckiej i Rosji sowieckiej). Do swoich ocen zmian w prawie karnym niemieckim nawiązał także w publikacjach będących odpowiedzią na echa III Zjazdu Prawników Polskich w Katowicach–Krakowie w listopadzie 1936 r. (który Andrzej Zoll określił jako „mocno brunatniejący”), zwłaszcza *Prawo karne w Katowicach*. Prawnej oceny zmian w prawie karnym niemieckim dokonuje on także w dziele swego życia – *Kodeksie karnym z komentarzem*. Szczególnie cenne są jego uwagi zawarte w piątym wydaniu tego komentarza z 1938 r., kiedy to już – przynajmniej dla niego – był wyraźnie widoczny kierunek zmian w prawie karnym niemieckim.

* * *

Analizując zmiany w prawie karnym niemieckim, Makarewicz podkreślał, że Niemcy są państwem, które cierpi na hiperprodukcję ustaw⁷. Przestrzegał przy tym, że pomysły nowelizacji tylko pewnych artykułów, które w danej chwili (z zasadniczych względów) są niewygodne, należą do najbardziej niebezpiecznych. Należy unikać zmian dorywczych (w literaturze niemieckiej określanych mianem *Teilreformen*), niemających podstaw w ogólnej strukturze kodeksu karnego bez naruszania jego myśli przewodnich, będących tylko dowodem lekkomyślności w stosunku do pracy ustawodawczej⁸.

Już w trakcie prac nad polskim kodeksem karnym Makarewicz, jako zwolennik nurtu socjologicznego, żywo interesował się środkami zabezpieczającymi w prawie karnym, opowiadając się za ich wprowadzeniem, co też się stało. Kwe-

⁵ Dalej określanego, w przypadku powoływania się na jego konkretny przepis, jako: p.k.k.

⁶ Odczyt ten ukazał się także w języku niemieckim; J. Makarewicz, *Das Strafrecht und die Rechte des Staatsbürgers*, „Revue Pénale Suisse” 1936, z. 3.

⁷ J. Makarewicz, *Błąd co do przestępności działania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1936, R. XVI, z. 1, s. 38.

⁸ J. Makarewicz, *Czy nowelizować Kodeks Karny?*, „Głos Sądownictwa” 1938, R. X, nr 3, s. 181.

stia środków zabezpieczających nabrała także nowego i o wiele bardziej istotnego znaczenia w prawie karnym niemieckim po 1933 r. Ich wprowadzenie do prawa karnego, celem zabezpieczenia państwa, stało się jednym z pierwszych i głównych haseł, jakie pojawiły się po dojściu Hitlera do władzy. Na przejście od słów do czynów nie trzeba było długo czekać. Jednym z pierwszych aktów prawnych wprowadzających istotne zmiany w systemie środków zabezpieczających przewidzianych w prawie karnym niemieckim było rozporządzenie z 28 lutego 1933 r. o ochronie narodu i państwa (*zum Schutz von Volk und Staat*), wprowadzające instytucję aresztu ochronnego (*Schutzhaft*). Makarewicz, nie wdając się w jego istotę, akceptował zasadność wprowadzenia wspomnianego aresztu ochronnego tylko jako kautele przed nie dość uzasadnionym stosowaniem danego zabiegu w danym wypadku. Nie kwestionując samego prawa państwa do stosowania przymusu⁹. Chodziło mu bowiem przede wszystkim o formalne gwarancje praw osób, wobec których miano stosować areszt ochronny.

Z podobnych powodów występował także przeciwko sterylizacji. Możliwość dokonania aktu sterylizacji w Niemczech wprowadziła ustawa z 14 lipca 1933 r. o ochronie przed dziedzicznie obciążonym potomstwem (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*), której § 1 stanowił: „Kto jest chory dziedzicznie, może poprzez zabieg chirurgiczny zostać pozbawiony zdolności płodzenia (sterylizowany), jeżeli według doświadczeń wiedzy medycznej z dużym prawdopodobieństwem można oczekiwać, że jego potomstwo odziedziczy po nim fizyczne lub umysłowe wady”. W sprawie tej Makarewicz nie kwestionował prawa państwa do jej stosowania. Obawy jego natomiast budziło to, czy w danym państwie (miał tu na myśli najpierw Niemcy) istnieją dostateczne zabezpieczenia przed jej nie dość uzasadnionym stosowaniem¹⁰. Były one całkowicie uprawnione, jako że w praktyce sterylizację stosowano obligatoryjnie, jeśli wystąpiła jedna z chorób dziedzicznych ją uzasadniających. W następstwie takiej interpretacji wspomnianego przepisu w krótkim czasie w Niemczech zabiegom sterylizacji poddano kilkadziesiąt tysięcy osób, spośród których żadna nie podjęła nawet próby odwołania się od wydanego wobec niej w pierwszej instancji orzeczenia trybunału do spraw zdrowotności dziedziczenia¹¹.

Za jedną z najważniejszych nowelizacji prawa karnego niemieckiego, zmieniających jego dotychczasowy charakter, uznał Makarewicz nowelę z 28 czerw-

⁹ J. Makarewicz, *Prawo karne i prawa obywatela*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1936, R. XVI, z. 1, s. 103.

¹⁰ L. Górnicki, *Prawo Trzeciej Rzeszy w nauce i publicystyce prawniczej Polski międzywojennej (1933–1939)*, Bielsko-Biała 1993, s. 122, przyp. 43.

¹¹ F. Połomski, *Spór o stosowanie hitlerowskiego ustawodawstwa sterylizacyjnego do Polaków na terenie Opolszczyzny*, „Studia Śląskie. Seria nowa” 1960, t. III, s. 175; A. Wąsek, *Sterylizacja osób niepełnosprawnych psychicznie – akt barbarzyństwa czy dobrodziejstwa?*, „Przegląd Prawa Karnego” 1992, nr 5, s. 7–8. Już w pierwszym roku obowiązywania tej ustawy za zgodą *Erbgesundheitsgerichte* sterylizacji poddano 56 244 osoby. W okresie zaś do 1937 r. poddano tym zabiegom 225 000 osób; A. Flatau-Kowalska, *Środki zabezpieczające w prawie karnym*, Warszawa 1956, s. 104, przyp. 283.

ca 1935 r., dopuszczającą możliwość uznania czynu za zasługujący na ukaranie, gdy wymaga tego podstawowa myśl ustawy karnej i zdrowe wyczucie narodu (*Volksempfinden*). Makarewicz zwracał uwagę, że powyższa możliwość naruszała zasadę ścisłego stosowania ustawy karnej i była pogwałceniem jednej z podstawowych zasad prawa karnego – *nullum crimen sine lege anteriori*. Dodawał jednak, że zgodnie z oficjalnym wydawnictwem niemieckim – *Das kommende deutsche Strafrecht* (1934) – zasadą prawa karnego państwa narodowo-socjalistycznego była zasada, iż „nie ma kary bez winy”¹². Łagodziło to przynajmniej częściowo pogwałcenie zasady działania prawa karnego wstecz. Zdumienie Makarewicza budził fakt, iż stało się to udziałem społeczeństwa, które wychowane w XIX stuleciu na filozofii Kanta i Hegla najbardziej przyczyniło się do sformułowania tejże zasady oraz broniło się zaciekle przed wprowadzeniem jakiegokolwiek przymieszki celowości do kary pojmowanej jako czysta odpłata¹³.

Przyjęcie powyższej noweli, zdaniem Makarewicza, w prawie karnym niemieckim oznaczało powrót do zasady odpłaty, a zawarta w jej tekście intytucja, iż jej celem jest: „Tworzenie prawa przez odpowiednie stosowanie ustawy” (*Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung des Strafgesetzes*), doprowadzi do przekształcenia prawa niemieckiego w prawo zwyczajowe, jako że będzie ono tworzone w przyszłości w oparciu o wyroki i rozstrzygnięcia sędziów niemieckich bądź też Trybunału Rzeszy. Natomiast dla podkreślenia Makarewicz dodaje, iż w Polsce zasada *nullum crimen sine lege anteriori* znalazła w tym czasie bardzo silne wzmocnienie poprzez zapis art. 68 ust. 4 Konstytucji z 1935 r., stanowiący, iż: „nikt nie może być [...] karany za czyn nie zabroniony przez prawo przed jego popełnieniem”¹⁴.

Podkreślał on także, że konsekwencją wynikającej z noweli zasady – „tworzenia prawa przez odpowiednie stosowanie ustawy” – było to, iż sędzia niemiecki zamiast orzekać na podstawie wyraźnego przepisu ustawy, musiał najpierw wyszukać „myśl podstawową” kodeksu karnego, następnie wybadać „zdrowe wyczucie społeczne” i dopiero potem stwierdzić, czy dany czyn jest społecznie szkodliwy i zasługuje na karę¹⁵. Owa procedura myślowa, jak widzimy, była dosyć długa i kryjąca w sobie wiele niebezpieczeństw. Oddzielała cienką linią prawo od bezprawia, dowolność sędziów od praworządności. To, co się stało, było jednakże nieuniknione. Do tego czasu bowiem ze zdrowym wyczuciem społecznym zapoznawano się poprzez ustawodawstwo parlamentarne. Faktycznie jednak od chwili zaniechania działalności przez *Reichstag*, a prawnie od chwili wydania

¹² J. Makarewicz, *Prawo karne w Katowicach*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1937, R. LXIV, nr 6, s. 87.

¹³ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 50; J. Makarewicz, *Prawo... obywatela*, s. 107.

¹⁴ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 50–51.

¹⁵ J. Makarewicz, *Prawo... obywatela*, s. 108–109. Hitler wzywał do tworzenia „nowego typu myślenia prawniczego”.

noweli z 1935 r., droga ta została zamknięta. Od tej pory o zdrowym wyczuciu społecznym miał decydować sędzia niemiecki¹⁶.

Zdaniem Makarewicza prawo karne niemieckie w ten sposób tworzone być miało w przyszłości przez sędziów na podstawie ich własnych rozstrzygnięć. Stałoby się prawem opierającym się na prejudykacjach, prawem zwyczajowym, co w przypadku prawa niemieckiego oznaczało krok wstecz w jego rozwoju. I zamiast przyczynić się do przyspieszenia reakcji karnej na czyn szkodliwy¹⁷, w praktyce prowadziło do tego, iż obywatel nie wiedział, za co go jutro mogła spotkać kara. Wskazywał ponadto, że zawarta w noweli z 1935 r. zasada *Rechtschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze* była podstawową zasadą rzymskiego prawa karnego, zgodnie z którym jednostka wobec społeczeństwa nie miała żadnych praw (*salus rei publicae suprema lex esto*)¹⁸. W prawie karnym Trzeciej Rzeszy następował zatem – odwrotnie do przypadku prawa cywilnego – proces „receptji” rzymskiego prawa karnego.

Makarewicz zwracał uwagę, że pogwałcenie zasady *nulla poena sine lege* w Niemczech nastąpiło już wcześniej, w związku z wydaniem 29 marca 1933 r. ustawy o wymierzaniu i wykonaniu kary śmierci (zwanej *lex van der Lubbe*). Ustawa ta rozporządzeniu z 28 lutego 1933 r. „o ochronie narodu i państwa” nadała moc wsteczną aż do 31 stycznia 1933 r. (kiedy to nastąpiło podpalenie *Reichstagu*). Nastąpiło to tylko po to, by sprawcom czynów popełnionych w tym czasie (tj. między 31 stycznia a 28 lutego 1933 r.) można było wymierzyć karę śmierci. Wyrażał on także przy tej okazji obawę o możliwość pogwałcenia w Niemczech – kolejnej podstawowej zasady współczesnego prawa karnego – zasady *nullum crimen sine lege*. Wskazywał przy tym, że postulaty ograniczenia zasady *nullum crimen sine lege* pojawiły się w owym czasie także w literaturze niemieckiej i głosili je uczeni tej miary, co Karl Siegert (profesor uniwersytetu w Getyndze)¹⁹. Podkreślał on, że wątpliwości co do zasadności pogwałcenia tejże zasady nie miało pruskie Ministerstwo Sprawiedliwości, powołujące się na uzasadnienie austriackiej ustawy z 1 grudnia 1931 r. o karach za nierzetelność

¹⁶ L. Górnicki, *op. cit.*, s. 123. Przejawem wpływów niemieckich na prawo polskie może być rządowa propozycja z 23 stycznia 1937 r. zmiany art. 165 § 1 pkt a) kodeksu postępowania karnego z 1928 r., która przewidywała, iż tymczasowe aresztowanie może nastąpić, gdy przeciwko oskarżonemu istnieją dostateczne poszlaki i ponadto podejrzany był on o popełnienie przestępstwa szczególnie niebezpiecznego dla ładu prawnego, a pozostawienie go na wolności godziłoby w poczucie prawne społeczeństwa. Już w pierwszych reakcjach na ten projekt podkreślano, że „poczucie prawne społeczeństwa” jest pojęciem tak elastycznym, że każdy sędzia będzie mógł je wypełnić taką treścią, jaką będzie chciał. Niebezpieczeństwo to szczególnie groziło w odniesieniu do przestępstw politycznych; „Palestra” 1937, R. XIV, dodatek do nr 3, s. 128, 181 i 187–188.

¹⁷ Wskazywał na to chociażby § 170a noweli stanowiący: *hat die Staatsanwaltschaft zu prüfen, ob auf die Tat der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft und ob durch entsprechende Anwendung dieses Strafgesetzes der Gerechtigkeit zum Siege verholfen werden kann*.

¹⁸ J. Makarewicz, *Prawo... obywatela*, s. 109 i 116.

¹⁹ K. Siegert, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, Tübingen 1934, s. 19–21.

(*Untreue*). W uzasadnieniu ustawy austriackiej dopuszczano między innymi możliwość stosowania ustawy karnej nowej do czynu dawniej bezkarnego, jeżeli tylko czyn ten sprzeciwiał się poglądom moralnym i prawnym istniejącym już w chwili jego spełnienia, chociażby nie były ujęte w przepis prawa karnego. Również na posiedzeniu ministrów 7 marca 1933 r. przedłożono opinie profesorów Johannes Naglera (z Wrocławia, ucznia Karla Bindinga), H. von Webera (z Jeny) i F. Öttkera (z Würzburga), akceptujących ograniczenie zasady *nulla poena sine lege*²⁰. Powątpiewała natomiast w możliwość stwierdzenia, jakie poglądy moralne i prawne obowiązywały w okresie popełnienia czynu karygodnego, niemiecka komisja kodyfikacyjna dla prawa karnego. Dlatego też zgłaszała ona pewne zastrzeżenia co do mocy wstecznej ustawy karnej. Zastrzeżenia miał także Makarewicz, podkreślając, iż na mocy wspomnianych ustaw karnych sędziom w Niemczech przyznano zbyt dużą władzę dyskrecyjną, co uczyniło prawa obywatela czysto iluzorycznymi²¹.

Przykładem ilustrującym tę tezę może być możliwość stosowania analogii w prawie karnym niemieckim, wprowadzona wspomnianą nowelą z 1935 r. Makarewicz zwracał jednak uwagę, że analogia dopuszczona tą nowelą wykraczała znacznie dalej niż normalna analogia, czyli taka, która odwoływała się tylko do podstawowych myśli kodeksu z 1871 r. i wyczucia prawnego narodu, lecz pragnęła tworzenia prawa pod pretekstem stosowania ustawy karnej aktualnie obowiązującej. Zdając sobie sprawę z możliwości (niebezpieczeństw), jakie niesie za sobą stosowanie analogii, Makarewicz wyrażał obawę – w ślad za Eduardem Kohlrauschem²² – że nowela ta ma niezwykle doniosłe znaczenie, którego niestety nie dało się wówczas (tj. w 1935 r.) jeszcze ocenić²³. Wątpliwość ta w głosie Makarewicza oznaczała, że mogła to być zarówno ocena pozytywna, jak i negatywna. Nie przekonała Makarewicza co do niepewności prawnej związanej ze stosowaniem analogii także wypowiedź Hansa Franka, że zapobiegnie temu obowiązek stosowania się przez sędziów do części ogólnej kodeksu karnego.

Wracając także do wydarzeń w Niemczech z 1934 r., wskazał on na wsteczny charakter ustawy z 3 lipca 1934 r. o środkach dla obrony koniecznej państwa (*Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr*), przedstawionej na posiedzeniu rządu przez ministra sprawiedliwości Franza Gürtnera, legalizującej fakt pozbawienia życia wielu obywateli niemieckich 30 czerwca oraz 1 i 2 lipca 1934 r. przez najwybitniejszych przedstawicieli władzy państwowej bez formalnego sądu i wyroku. Zakwestionował on zakwalifikowanie tego faktu przez ustawodawcę niemieckiego z punktu widzenia prawa karnego jako obrony koniecznej organizmu

²⁰ K. Jonca, *Koncepcje narodowosocjalistycznego prawa w Trzeciej Rzeszy*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” No 366, „Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi” t. III, s. 79.

²¹ J. Makarewicz, *Prawo... obywatela*, s. 111–112.

²² E. Kohlrausch, *Das kommende Deutsche Strafrecht*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1936, t. 55, s. 384–385.

²³ J. Makarewicz, *Prawo... obywatela*, s. 108.

państwowego (*Staatsnotwehrrechts*). Jego zdaniem była to reakcja karząca ze strony grupy społecznej lub ze strony czynników tę grupę społeczną reprezentujących. Forma zaś tej reakcji była charakterystyczna bądź to dla społeczeństwa znajdującego się na najniższym stopniu kultury, bądź to społeczeństwa znajdującego się w okresie rewolucji, będącego jego samorzutną reakcją na czyn społecznie szkodliwy. Mimo wyrażonych wątpliwości co do oceny wspomnianej ustawy Makarewicz trafnie ją ocenił. Pisze bowiem dalej, iż ustawa ta stanowi prymityw w zakresie wymiaru sprawiedliwości, a zalegalizowanie wspomnianej reakcji społecznej nastąpiło przez *Reichsregierung*, czyli tych samych ludzi, którzy dokonali egzekucji²⁴. Nastąpiło to, na co zwrócił niedawno uwagę Friedrich Christian Schroeder. Otóż wręcz charakterystyczne dla przewrotów politycznych jest to, że, po ich dokonaniu, sprawcy tychże skutecznie udaremniają zastosowanie wobec siebie sankcji karnych²⁵. Na posiedzeniu ministrów 3 lipca 1934 r. Hitler uzasadnił opracowanie projektu wspomnianej ustawy koniecznością chwili, „by zapobiec katastrofie”. Wydano ją na wypadek sytuacji, „gdyby z pewnych kół wysunięto zastrzeżenia natury prawnej co do sposobu rozgromienia rewolty [...] rozruchów wojskowych, wobec których nie można by zastosować *quasi*-postępowania procesowego”²⁶.

Słuszność oceny tych wydarzeń, dokonanej przez Makarewicza, potwierdza także ocena tych wydarzeń z dzisiejszej perspektywy czasu. Nie ma bowiem wątpliwości, iż to, co nastąpiło w Niemczech w dniach (nocach – *sic!*) 30 czerwca – 2 lipca 1934 r., było zwykłym mordem, formą reakcji społeczeństwa, które już nisko upadło, gdy idzie o stopień kultury, ale jeszcze nie najniżej. Było także formą reakcji społeczeństwa niemieckiego, jednak nie całego, lecz tylko nazistowskich czynników to społeczeństwo reprezentujących.

Na marginesie należy podkreślić, że wydarzenia, o których mowa, przeszły do historii jako pucz Röhma (bądź też tzw. noc długich noży), w trakcie którego wymordowano przywódców SA na czele z Ernstem Röhmem. Wywarły one także istotny wpływ na przyspieszenie procesu „ujednoczenia” (*Gleichschaltung*), odbywającego się przy zachowaniu pozorów legalności i opartego na nowych aktach normatywnych uchylających dotychczasowy porządek prawny. „Ujednoczenie” w pierwszej kolejności miało objąć prawo karne. Pierwszym krokiem w tym kierunku była wspomniana ustawa z 3 lipca 1934 r., sankcjonująca pucz. Jej uza-

²⁴ J. Makarewicz, *Prawo... obywatela*, s. 112; L. Górnicki, *op. cit.*, s. 125.

²⁵ F.Ch. Schroeder, *Zasady politycznego prawa karnego w demokratycznym państwie prawa*, [w:] (red.) A. Eser, A. Zoll, *op. cit.*, s. 140. Podobnie po zabójstwie sekretarza ambasady niemieckiej w Paryżu Ernsta von Ratha przez polskiego Żyda, Herszela Grynszpana, w 1938 r. zbiorowy akt zemsty na Żydach w Niemczech (tzw. *Kristallnacht*) zarówno przez czynniki miarodajne, jak i przez oficjalną opinię Rzeszy Niemieckiej został uznany za zgodny z prawem; G. Wirszubski, *Rozwój przestępczości w Trzeciej Rzeszy*, „Wileński Przegląd Prawniczy” 1939, R. X, nr 4, s. 108. Szczegółowo na temat tego zdarzenia por. K. Jonca, „*Noc kryształowa*” i *casus Herszela Grynszpana*, Wrocław 1992.

²⁶ K. Jonca, *Koncepcje...*, s. 78.

sadnienie polityczne dziesięć dni później, na posiedzeniu *Reichstagu* 13 lipca 1934 r., przedstawił sam Hitler. Komentarz zaś prawny do tejże ustawy, który okrył go „smutną sławą”, był autorstwa znanego Carla Schmitta²⁷.

Źródeł negatywnych, wstecznych zmian w prawie karnym niemieckim Makarewicz doszukiwał się w panującym ówczesnie w Niemczech ustroju politycznym oraz stosunkach społecznych. Podkreślał, iż obowiązujące prawo karne stanowi jakby ich fotografię, jest dokładnym negatywem fotograficznym odbijającym rzeczywistość (w odmiennym tylko układzie światłocienia), odzwierciedlającym zmianę zasadniczej ideologii dotyczącej wzajemnych stosunków między obywatelem i państwem. Zmianę, w ramach której rozporządzenie z 1933 r. o ochronie narodu i państwa stało się podstawą zawieszenia praw obywatelskich i wprowadzenia w Niemczech obozów koncentracyjnych. Makarewicz podkreślał przy tym, że zmiany te w niemieckim prawie karnym nastąpiły z całą świadomością ich skutków²⁸.

Nawiązując do przewidzianej tym rozporządzeniem możliwości zastosowania wobec obywateli aresztu ochronnego, Makarewicz wskazywał, iż mogło to następować poza jakąkolwiek kontrolą. Wobec bowiem zmian ustrojowych w Niemczech po 1933 r. rząd znajdował się poza wszelką kontrolą ciała ustawodawczego (*Reichstagu*). Także przewidziana w tymże rozporządzeniu sądowa kontrola zarządzenia aresztu ochronnego nie miała większego znaczenia²⁹. Sąd bowiem wprawdzie miał prawo odmówienia nakazu aresztowania, skutkiem czego policyjne przytrzymanie traciło podstawę prawną, jednakże rozporządzenie z 1934 r. zastrzegało, iż w tego rodzaju przytrzymaniach pomimo odmówienia przez sąd nakazu aresztowania pozostawało ono w mocy, jeżeli inne powody (bliżej nieokreślone) to uzasadniały³⁰.

Także w następstwie nowelizacji niemieckiego kodeksu karnego z 29 maja 1943 r.³¹ nastąpiło odrzucenie zasady akcesoryjnej odpowiedzialności karnej podlegacza i pomocnika, zapoczątkowując akcentowanie w rozważaniach dogmatycznych zasad indywidualizacji i subiektywizmu jako samoistnej podstawy ich odpowiedzialności. W ten sposób konstrukcję odpowiedzialności podlegacza i pomocnika w niemieckim prawie karnym oparto na założeniach, jakie stanowi-

²⁷ H. Wolan, *Kilka uwag o „ujednolicaniu” społeczno-politycznym w III Rzeszy w okresie puachu Röhma (1934 r.)*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” No 281, „Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi” t. II, s. 322–323; L.A. Bentin, *Johannes Popitz und Carl Schmitt. Zur wirtschaftlichen Theorie des totalen Staates in Deutschland*, München 1972, s. 84, przyp. 35.

²⁸ J. Makarewicz, *Prawo... obywatela*, s. 112–113.

²⁹ J. Koredczuk, *Wpływy niemieckie na polskie rozwiązania prawne dotyczące „osób niebezpiecznych” w okresie międzywojennym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” No 2639, „Studia nad Faszyzmem i Zbrodniami Hitlerowskimi” t. XXVII, s. 261.

³⁰ J. Makarewicz, *Prawo... obywatela*, s. 114, przyp. 23; O. Meißner, G. Kaisenberg, *Staats- und Verwaltungsrecht im Dritten Reich*, Berlin 1935, s. 104–106.

³¹ Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und Alpen- und Donau-Reichsgaue (Strafrechtsangleichungs-VO), Reichsgesetzblatt, Teil 1 – RGBl, s. 341.

ły podstawę koncepcji Makarewicza w tym zakresie w trakcie prac nad polskim kodeksem karnym z 1932 r.³²

* * *

Odwołując się do poglądów Edmunda Mezgera zawartych w jego podręczniku *Strafrecht. Ein Lehrbuch* (1933), Makarewicz kwestionuje jego pogląd, iż obowiązujący kodeks karny niemiecki powoduje, że sędzia niemiecki nie może domagać się od sprawcy przestępstwa, by miał świadomość karygodności, ma on natomiast badać w każdym razie, czy zachodzi świadomość bezprawności jako przesłanka odpowiedzialności karnej. Zwracając uwagę, że pogląd ten nie jest zupełnie nowy, lecz został przejęty od Anzelma Feuerbacha, wskazywał, że w literaturze niemieckiej było i jest kwestią sporną, czy świadomość przestępności należy do pojęcia złego zamiaru. Przywoływał tu samego F. von Liszta – który uważał, że nie należy ona (świadomość bezprawności) do złego zamiaru – oraz głoszącego odmienny pogląd Ernsta Belinga³³. Cytuje także K. Siegerta, który twierdził, iż od znajomości okoliczności czynu o wiele ważniejsza jest świadomość jego szkodliwości społecznej³⁴. Powołuje się także na sprawozdanie niemieckiej komisji kodyfikacyjnej z 1934 r., która uznała, iż „umyślnie działa nie ten już, kto czynu dokonuje świadomie i chcąc, lecz tylko ten, kto przy tym ma świadomość albo godzi się, że popełnia bezprawie lub narusza ustawę”³⁵. Makarewicz wskazuje, że stanowisko doktryny niemieckiej było w większości sprzeczne z zasadą przyjętą przez polski Sąd Najwyższy na posiedzeniu 21 kwietnia 1934 r., iż „do przyjęcia winy umyślnej nie jest potrzebne ustalenie, że sprawca miał świadomość bezprawności czynu”. Sam zresztą Makarewicz też nie zgadzał się z polskim Sądem Najwyższym, czyli akceptował poglądy doktryny niemieckiej³⁶.

Nie wszyscy zgadzali się także ze stanowiskiem Makarewicza co do świadomości bezprawności czynu na gruncie polskiego kodeksu karnego. Na przykład Władysław Wolter wskazywał na sprzeczność art. 20 § 2 p.k.k. stanowiącego, że sprawca odpowiada karnie bez względu na to, czy miał świadomość bezprawności czynu czy nie z art. 14 § 1 p.k.k., określającego, kiedy można przypisać sprawcy winę umyślną – gdy sprawca chciał popełnić przestępstwo albo kiedy przewidywał je i godził się na nie, a więc musiał wiedzieć, że czyn był bezprawny. Makarewicz bronił się, replikując, iż gdyby zachodziła nieświadomość bezprawności czynu, to według art. 14 § 1 p.k.k. nie byłoby przestępstwa umyślnego (złego zamiaru), lecz tylko przestępstwo nieumyślne, skoro sprawca skutku

³² P. Kardas, *op. cit.*, s. 531–532.

³³ E. Beling, *Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen 1906, s. 185.

³⁴ K. Siegert, *op. cit.*, s. 51.

³⁵ F. Gürtner, *Das kommende deutsche Strafrecht. Bericht über die Arbeit den amtlichen Strafrechtskommission*, Bd. I. Allgemeiner Teil, Berlin 1934, s. 51; J. Makarewicz, *Bląd...*, s. 33 i 38.

³⁶ J. Makarewicz, *Bląd...*, s. 33 i 46.

przestępnego nie przewiduje, chociaż może lub powinien (art. 14 § 2 p.k.k.). Sprawa ta była również sporna w literaturze niemieckiej. Dlatego projekt niemieckiego kodeksu karnego z 1930 r. wydzielał świadomość bezprawności czynu z pojęcia złego zamiaru³⁷.

Makarewicz, nie biorąc w nim udziału, bacznie śledził także echa III Zjazdu Prawników Polskich w Katowicach–Krakowie, który odbył się w listopadzie 1936 r. Odpowiadając na postulaty „młodych”, które zapadły na tym Zjeździe, domagające się ukrócenia stosowania krótkotrwałych kar pozbawienia wolności poprzez zastosowanie w imię prewencji generalnej surowszych wymiarów kar, zwracał uwagę, że nie jest to postulat nowy. Już bowiem w literaturze niemieckiej rozbrzmiewał on pod hasłem walki z „nadużyciem krótkotrwałych kar pozbawienia wolności” (*Missbrauch der kurzzeitigen Freiheitsstrafen*). Także Makarewicz zgadzał się z tym, że w kodeksie karnym polskim nie ma miejsca dla krótkotrwałych kar pozbawienia wolności. Wobec ludzi bowiem, którzy mogą się poprawić bez wykonania kary, stosować należy warunkowe wstrzymanie wykonania kary. Wobec tych zaś, do których musi się rzeczywiście stosować wykonanie kary, może ulec ono wydłużeniu. Nie zgadzał się jednak z drogą, jaką postulowano w tym zakresie w literaturze niemieckiej i na Zjeździe w Katowicach, jako godzącą w zasadę subiektywizmu przewidzianą w art. 54 p.k.k.³⁸

* * *

Podkreślając, że kodeks karny polski (art. 15) opiera się na zasadzie subiektywizmu, Makarewicz zwracał uwagę, że część sędziów polskich, nadmiernie przejmując się literaturą niemiecką, stojącą na stanowisku kodeksu karnego z 1871 r., wprowadza do praktyki polskiej tzw. obiektywne warunki wyższej karygodności. Zwracał tu uwagę na interpretację art. 240 p.k.k. (dotyczącego bójki), podkreślając, iż w polskim kodeksie karnym nie ma obiektywnych warunków wyższej karalności, że wyższa kara może spotkać tylko tego, kto sprowadził następstwa czynu, od którego ona zależy, chociażby w sposób zawiniony czy niezawiniony. Koncepcja obiektywnych warunków wyższej karalności jego zdaniem była sprzeczna z zasadą, iż sprawca powinien ponosić odpowiedzialność tylko za te zmiany w świecie zewnętrznym, które wprawdzie pozostają w związku przyczynowym z jego karygodnym działaniem, jednakowoż przez sprawcę nie były zamierzone, ani nie były przewidziane, ani też sprawca nie miał obowiązku ich przewidywać³⁹.

Pisząc także o okolicznościach uzależniających wyższą karalność (art. 15 § 1 p.k.k.), podkreślał, że kodeks polski wbrew doktrynie niemieckiej nie ogra-

³⁷ S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. 3. *Okres międzywojenny*, Kraków 2001, s. 412.

³⁸ J. Makarewicz, *Czy...*, s. 186–187.

³⁹ J. Makarewicz, *Czy...*, s. 182; J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 35; S. Pławski, *Walka Makarewicza o praworządność*, „Państwo i Prawo” 1966, R. XXI, z. 2, s. 242–243.

nicza złego zamiaru od samego stanu faktycznego (istoty czynu), lecz domaga się woli popełnienia przestępstwa od jego sprawcy lub co najmniej jego zgody na przestępność działania. Makarewicz wskazał, że ujęcie złego zamiaru w polskim kodeksie karnym wymaga od sprawcy woli spełnienia przestępstwa. Było ono zatem częściowo podobne do ujęcia złego zamiaru według Roberta von Hippa, rozumianego jako nastrój woli skierowany świadomie na czyn bezprawny z pełną świadomością jego bezprawności, przy czym ujęcie to uważał on za niezbędny wymóg kryminalistycznej kultury. Zdaniem Makarewicza w kodeksie polskim jednoznacznie ucięto istniejący w tej kwestii w nauce niemieckiej spór, stanowiąc w art. 14 p.k.k., że nie ma złego zamiaru bez woli lub zgody sprawcy na przestępny charakter czynu⁴⁰.

Podobnie, broniąc zasady indywidualizacji, podkreślał on, że są w Sądzie Najwyższym sędziowie, którym ten postulat nie odpowiadał. Sędziowie ci najchętniej chcieli, by karygodność czynu zależała od szczególnych właściwości lub stosunków, uzasadniających karygodność wszystkich współwinnych (np. podżegaczy, pomocników) nawet wtedy, gdy właściwości i stosunki te zachodziły choćby tylko po stronie jednego współwinnego. Makarewicz wskazywał, że projekt tak szerokiej odpowiedzialności, odległej od zasad indywidualizacji, opracowała niemiecka komisja kodyfikacyjna, przygotowująca kodeks karny Trzeciej Rzeszy – komisja, która postawiła sobie za cel więcej karać i surowiej karać, widząc w tym remedium na uratowanie powojennej ludzkości. Makarewicz uważał wszelkie próby zmiany istniejących przepisów w dziedzinie tzw. udziału w przestępstwie za niepożądane. Postulował, by sądy polskie choć raz zechciały spojrzeć na każdego ze współwinnych jako na samoistną i samodzielnie odpowiadającą jednostkę⁴¹. Do sędziów Sądu Najwyższego, których na pewno nie miał na myśli Makarewicz, należał Kazimierz Bzowski, który pisał, że indywidualizacja kary zależnie od osobowości przestępcy jest postulatem niewzruszonym w literaturze karnej okresu międzywojennego. Z wyjątkiem jedynie literatury prawniczej hitlerowskiej⁴².

Także omawiając konstrukcję przymusu fizycznego przyjętą w art. 19 p.k.k., podkreśla on, że wyklucza uznanie za przesłankę bezkarności groźbę, czyli przymus psychiczny. Odmienne od przepisu § 52 n.k.k., gdzie przymus fizyczny (*vis absoluta*) i groźbę (*vis compulsiva*) połączono w jednym przepisie, mimo iż są to dwa tak różne zjawiska. Stało się to powodem poważnych trudności zarówno w praktyce, jak i w literaturze niemieckiej⁴³.

Dyskusję wzbudzało również przewidziane w art. 20 § 2 p.k.k. tzw. zboczenie działania, polegające na tym, iż jeżeli jego skutkiem dokonany zostanie czyn

⁴⁰ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 84–85.

⁴¹ J. Makarewicz, *Czy...*, s. 185.

⁴² K. Bzowski, *Jeszcze o liczbie instancji w postępowaniu karnym*, „Gazeta Sądowa Warszawska” 1936, R. LXIII, nr 42, s. 581.

⁴³ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 97, przyp. 1.

inny aniżeli zamierzony, lecz jednakowy z zamierzonym co do skutków i jednakowo przez ustawę ze względu na te skutki zagrożony, to czyn ten należy uważać za umyślnie dokonane przestępstwo. Pomimo jednoznaczności przepisu Makarewicz zwracał uwagę, iż polska praktyka sądowa zmierzała – wbrew ujęciu winy przyjętemu w polskim kodeksie karnym – do rozszczepienia stanów faktycznych, z jakimi spotykamy się przy zboczeniu działania. Tak jak to miało miejsce w doktrynie niemieckiej, gdzie byli przedstawiciele aprobujący kierunek, w jakim zmierzała polska praktyka sądowa, a których Makarewicz charakteryzuje jako „skłonnych do najdziwniejszych konstrukcji, byle jak najdalej od stanowiska życiowego”⁴⁴. Wskazywał tu na R. von Hippa⁴⁵ oraz Sąd Rzeszy. Występowali jednak także przedstawiciele głoszący na temat zboczenia działania takie same poglądy jak Makarewicz. Należał tu w pierwszej kolejności jego mistrz F. von Liszt oraz Reinhard Frank⁴⁶. Jako wytłumaczenie tego stanu rzeczy w literaturze niemieckiej podawał on, iż w kodeksie karnym niemieckim z 1871 r. nie określono w tym zakresie jednej z podstawowych kwestii, co to jest „przestępstwo umyślne”.

Nie akceptując szczególnie poglądów – dotyczących *aberatio ictus* – głoszonych przez pierwszą grupę uczonych niemieckich, którą Makarewicz określił mianem „grupy Hippa et Co”, podjął z nimi szeroką dyskusję⁴⁷. Zarzucił im niekonsekwencję, iż przy ocenie *aberatio ictus* nieświadomie schodzą z płaszczyzny określenia winy umyślnej jako stanu psychicznego, obejmującego wolą wyłącznie znamiona ustawowe przestępstwa (zamiar), na płaszczyznę określenia winy umyślnej jako nastroju woli (postanowienie), obejmującego szczegóły faktyczne (nawet prawnie obojętne) późniejszego przebiegu działania i wywołania skutku. Innymi słowy, utożsamiają oni winę umyślną z jej postacią zwaną „zamiarem”, a tam, gdzie chodzi o zboczenie działania, utożsamiają winę z jej postacią zwaną „postanowieniem”. Zapominają w ten sposób o istotnej różnicy między nimi, mianowicie o tym, iż „zamiar” odnosi się do stanu faktycznego w szczegółach ważnych dla ustawy karnej, a „postanowienie” obejmuje całokształt stanu faktycznego z wszelkimi dodatkami, interesującymi sędziego co najwyżej z punktu widzenia wymiaru kary. Mimo nieżyciowości i bezsensowności powyższych konstrukcji Makarewicz pisał, iż są w Polsce ludzie, którym one imponują, stanowiąc rzekomo dowód szczegól-

⁴⁴ *Ibidem*, s. 101.

⁴⁵ R. v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Bd 2. *Das Verbrechen Allgemeine Lehren*, Berlin 1930, s. 334.

⁴⁶ F. v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin 1925, s. 179–180; R. Frank, *Kommentar zur Strafgesetzbuch*, Berlin 1927, s. 140–141. Władysław Wolter zarzucał, iż F. von Liszt pomieszał odnośnie do zboczenia działania błąd co do indywidualności przedmiotu, przeciwko któremu skierowane zostało działanie, z błędem co do przyczynowości działania; W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego Część ogólna*, Kraków 1933, t. I, s. 155.

⁴⁷ Do „grupy” tej mieli należeć: Adolf Merkel, L. v. Bar, Karl Birkmeyer, Philipp Allfeld, Justus Olshausen, Adolf Lobe, Wachenfeld, Fritz van Calker, Richard Schmidt, Paul Merkel i Heinrich Gerland. Jak widać, była to plejada karnistów niemieckich; R. v. Hippel, *loc. cit.*, przyp. 6.

nego ich pogłębienia metodą „teoretyczno-poznawczą”⁴⁸. Co ciekawe, stanowisko Makarewicza co do zasady zaakceptował także Władysław Wolter⁴⁹, który w wielu kwestiach z nim się nie zgadzał.

Jedną z tych kwestii była sprawa obrony koniecznej. Makarewicz wykluczał jakiegokolwiek formalne „podżeganie”, „pomocnictwo”, „pomoc konieczną” do obrony koniecznej czy też „pomoc konieczną” przy obronie koniecznej. Ponieważ działanie osoby napadniętej w obronie koniecznej ma charakter samoistny, a poza tym obrona konieczna nie jest obroną własną (napadniętego), lecz jest obroną prawa, dlatego też każdy, kto pomaga napadniętemu – tak samo jak on – działa samoistnie, broni prawa na własną odpowiedzialność⁵⁰. Musi przy tym uważać, by nie przekroczyć jego granic. Odmienne stanowisko w tej kwestii reprezentowała doktryna niemiecka; w nauce polskiej podzielał je także wspomniany W. Wolter⁵¹.

W kontekście powyższego zwrócił on uwagę na wadliwą stylizację – wydanego dopiero co po wejściu w życie polskiego kodeksu karnego – orzeczenia Sądu Najwyższego z 30 listopada 1932 r. (Zbiór orzeczeń nr 22/33), w którym stwierdzał, iż: „nieodzownym warunkiem pomocnictwa w rozumieniu art. 27 p.k.k. jest ustalenie, że pomoc ta była obiecana przed dokonaniem przestępstwa, i ustalenie to winno się znaleźć w sentencji wyroku”. W treści tego orzeczenia, jego zdaniem, widoczne są ślady świadomego lub podświadomego nawiązania do stanowiska literatury i judykatury niemieckiej, wywołanego przez wyraźny przepis § 257 ust. 3 n.k.k. Przepis, który jednak odnosił się do przyjętej w kodeksie niemieckim sztucznej konstrukcji pomocnictwa traktowanej jako tzw. niewłaściwe uczestnictwo (*Begünstigung*). Konstrukcji, na którą w ogóle nie było miejsca na gruncie polskiego kodeksu karnego⁵².

W literaturze polskiej podkreśla się do dziś oryginalność konstrukcji „podżegania” i „pomocnictwa” autorstwa Makarewicza. Zwraca się jednak uwagę, że powstały one w wyniku lektury dzieł Goetza (twórcy norweskiego kodeksu karnego z 1902 r., który po 1933 r. miał zakaz wykładania), Nicoladoniego i Fojnickiego⁵³. Ostały się one, co do zasady, mimo że na przełomie lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych zgromadziły się nad nimi czarne chmury. Krytykowano je zwłaszcza od strony techniczno-konstrukcyjnej i negatywnych skutków kryminalnopolitycznych w praktyce. Także przedstawiciele niemieckiej nauki prawa

⁴⁸ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 102–103; J. Makarewicz, *Prawo karne Wykład porównawczy*, Lwów–Warszawa 1924, s. 143.

⁴⁹ W. Wolter, *Zarys...*, s. 154–155.

⁵⁰ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 110.

⁵¹ W. Wolter, *Zarys...*, s. 135.

⁵² J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 136.

⁵³ A. Spotowski, *Erscheinungsformen der Straftat im deutschen und polnischen Recht*, Baden-Baden 1979, s. 85. Na temat głoszonych przez nich poglądów odnośnie do podżegania i pomocnictwa por. W. Wolter, *Zarys...*, s. 221–223.

karnego oceniali je zdecydowanie krytycznie, zarzucając im, że polski system współdziałania przestępnego wykazuje podobieństwa do krytykowanej w nauce niemieckiej koncepcji przestępstwa sprawstwa i uczestnictwa (*Täter und Teilnahmsdelikt*)⁵⁴.

Pisząc o stanie wyższej konieczności w polskim kodeksie karnym, Makarewicz podkreślał, że nie czyni on takiego rozróżnienia, jakie występowało w literaturze niemieckiej – w której zaznaczyła się tendencja do odróżniania wyższej konieczności przewidzianej w ustawie (*Notstand*) od wyższej konieczności pozaustawowej (*übergesetzlicher Notstand*)⁵⁵. Stan ten w literaturze niemieckiej, jego zdaniem, wynikał z ciasnoty formuły ustawowej § 54 n.k.k.⁵⁶

Makarewicz uważał, że kodeks karny z 1932 r. jest kodeksem polskim i nie można czerpać natchnienia do wykładni jego przepisów w obcej nauce, a zwłaszcza niemieckiej. W sięganiu do nauki niemieckiej przy wykładni polskiego kodeksu (a godzi się przypomnieć, że wszedł on w życie 1 lipca 1932 r.) widział Makarewicz podwójne niebezpieczeństwo: wypaczenia oryginalnych koncepcji kodeksu oraz niebezpieczeństwo dla kultury polskiej przez infiltrację niemieckiej myśli prawniczej do polskiego prawoznawstwa. Konsekwentnie przestrzegał przed tym, co napisał już w 1924 r. we wstępie do swojego *Prawa karnego*, że nie można „być lennikiem myśli niemieckiej”, „tkwić niewolniczo w systematyce jednego społeczeństwa” oraz „cytować wyłącznie tylko literatury niemieckiej”⁵⁷.

Z niektórymi swoimi niemieckimi interlokutorami miał okazję Makarewicz porozmawiać, uczestnicząc w sierpniu 1935 r. w 11. Międzynarodowym Kongresie Prawa Karnego i Więziennictwa, który odbywał się w Berlinie. Makarewicz wystąpił na tymże kongresie z referatem poświęconym kolizji ustaw karnych w czasie *Gesetzesänderung nach Urteilsspruch*, na podstawie polskiego kodeksu karnego z 1932 r. Według niego na jedno z trzech pytań (problemów), nad którymi toczyła się dyskusja w sekcji I: *Gesetzgebung*, w której pracach brał udział, a które brzmiało: *Soll eine Milderung in der Strafgesetzgebung auf bereits rechtskräftige Entscheidungen Einfluß haben? Welcher Einfluß kann einer Änderung der Gesetzgebung über den Strafvollzug auf Strafen, die vor dieser Änderung endgültig, ausgesprochen sind oder deren Vollzug bereits begonnen hatte, eingeräumt werden?*, najlepszą odpowiedź stanowiła treść art. 2 § 2 p.k.k. Przepis art. 2 § 2 p.k.k. zakazywał wykonania kary już wymierzonej, jeżeli według no-

⁵⁴ A. Wąsek, *Przypisanie przestępstwa i współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym*, [w:] (red.) T. Kaczmarek, *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990, s. 140–141.

⁵⁵ E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, München und Leipzig 1933, s. 232, 239 i 367.

⁵⁶ J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 114.

⁵⁷ J. Makarewicz, *Prawo... porównawczy*, s. III–IV; S. Pławski, *op. cit.*, s. 241–242. Makarewicz w swoich pracach istotnie rzadko powoływał się na opracowania literatury niemieckiej, a jeżeli już, to po to, by jej coś wytknąć. Odmienne niż W. Wolter, który w *Zarysie systemu prawa karnego* z 1933 r. bardzo często to robił i pod wpływem krytyki Makarewicza w wydany w 1947 r. *Prawie karnym. Zarys wykładu systematycznego* od tego odszedł.

wej ustawy czyn, objęty wyrokiem, nie był przestępstwem. Przepis ten wyływał z myśli, że nie należy karać czynów, które poczucie prawne społeczeństwa, wyrażone w nowej ustawie, uznało za niekaralne⁵⁸. Zupełnie zatem odwrotnie niż w Niemczech, gdzie nowela do kodeksu karnego z 28 czerwca 1935 r. obligowała do uznania karalności czynu, gdy wymagało tego zdrowe wyczucie narodu.

Ostro w stosunku do tego, co powiedział Makarewicz, na kongresie wystąpił E. Mezger, z podobnym co i on referatem – *Strafmilderung und Strafvollzugsänderung bei rechtskräftig erkannten Strafen*. Jego zdaniem polski kodeks karny z 1932 r., w zakresie dwóch wspomnianych pytań, miał charakter wsteczny⁵⁹.

Przedstawiciele nauki niemieckiej prawie w ogóle nie powoływali się na opracowania naukowe polskie. Starano się natomiast na bieżąco w Niemczech śledzić polskie prace legislacyjne, wydając tłumaczenia najważniejszych ustaw. Sam Makarewicz przetłumaczył tekst polskiego kodeksu karnego na język niemiecki. Tłumaczenie to ukazało się drukiem w 1932 r. nakładem *Verlag des Hilfsarbeitenbüros der Kodifikationskommission*⁶⁰. Również w 1933 r. czasopismo „*Zeitschrift für Ostrecht*” wydało cykl monografii dotyczących polskiej kodyfikacji karnej, między innymi Stefana Glasera *Das neue polnische Strafgesetzbuch und die deutsche Strafrechtsform*, Makarewicza *Das Strafgesetzbuch für die Republik Polen* oraz Wenzla Grafa Gleispacha *Das polnische Strafgesetzbuch*. Rozprawę o kodyfikacji polskiej opublikował także Grzegorz Wirszubski – *Das polnische Strafgesetzbuch vom 11.6.1932 und die kriminalpolitische Forderung der Gegenwart* (München 1933)⁶¹.

Z satysfakcją odnotował także Makarewicz (co należało do rzadkości) pozytywne reakcje w literaturze niemieckiej na temat polskiego kodeksu karnego. Przykładem może być opinia Richarda Buscha (sędziego sądu okręgowego i docenta Uniwersytetu w Lipsku) o możliwości zarządzenia w stosunku do przestępcy charakteryzującego się wstrętem do pracy umieszczenia go po odbyciu kary w domu pracy przymusowej, przewidziana w art. 83 p.k.k. Obserwator niemiecki podkreślał, że przepis ten pozwala zarządzić środek zabezpieczający w tym czasie, w którym nie ma jeszcze warunków do zarządzenia umieszczenia w zakładzie dla niepoprawnych w stosunku do osób, które z pewnością dopuszczać się będą w przyszłości czynów karygodnych⁶². Problem środków zabezpieczających w stosunku do osób charakteryzujących się wstrętem do pracy także w Niem-

⁵⁸ „*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*” 1936, Bd. 55, s. 175 i 244.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 249.

⁶⁰ Jeszcze w 1932 r. ukazało się następne wydanie kodeksu wraz z rozporządzeniami (w 1933 r. jako wydanie specjalne) oraz uzupełnione *Polnische Gesetze und Verordnungen in deutscher Übersetzung*, zawierające ponadto tłumaczenie polskiego kodeksu wykroczeń.

⁶¹ „*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*” 1935, Bd. 54, s. 737.

⁶² J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 267, przyp. 1; J. Makarewicz, *Prawo. . w Katowicach*, s. 85; R. Busch, *Kritische Bemerkungen zum polnischen Strafgesetzbuch*, „*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*” 1936, Bd. 55, s. 638.

czek w owym czasie był przedmiotem nie tylko szerokiej dyskusji w literaturze, ale również prac ustawodawczych. Dyskusja ta jednakże bardziej miała podłoże polityczne niż prawnokarne, tak jak to było w Polsce. Różnica między Polską a Niemcami była taka, że w Polsce domów pracy przymusowej, o których była mowa w art. 83 p.k.k., nie utworzono do 1939 r., w Niemczech natomiast tak⁶³.

Niestety, poza kwestią przestępców niepoprawnych w pozostałym zakresie Busch już znacznie mniej chwalił polski kodeks karny oraz uważał, że w porównaniu z niemieckim kodeksem karnym nie jest on tak radykalny. Podkreślał na przykład konieczność zmiany przepisów dotyczących przestępstw przeciwko życiu, a powołując się na art. 59 p.k.k., wskazywał na zbyt szeroką władzę dyskrecyjną daną polskiemu sędziemu w zakresie możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary, co w przypadku braku w stosunku do sędziów politycznych wskazań oraz obowiązującego światopoglądu bądź to niewyrobionych politycznie, bądź nieuświadamiających sobie celów politycznych państwa prowadzić mogło do niepewności prawnej i podważenia świadomości prawnej narodu⁶⁴.

Nawiązując także do postawy sędziów, zarzucał on, że polski kodeks karny nie daje żadnego określenia pojęcia przestępcy zawodowego i z nawyknięcia, pozostawiając to orzecznictwu. Wyrażał w związku z tym obawę, że sędziowie polscy, stosując art. 84 p.k.k., przewidujący możliwość zarządzenia umieszczenia w zakładzie dla niepoprawnych nawet w stosunku do osób sądzonych po raz pierwszy, będą decydować się na ten krok jedynie w stosunku do recydywistów (i to w stosunku do wielokrotnych). Recydywa bowiem jest najpewniejszą podstawą oceny nawyknięcia lub zawodowego przestępcy i to o tyle pewną, że wyłączającą z góry błędne zastosowanie prawa⁶⁵.

* * *

Krytyczna analiza zmian w prawie karnym niemieckim po 1933 r. prowadzona przez Makarewicza miała na celu obronę charakteru prawa karnego w Polsce, by nie przekształciło się ono w tzw. polityczne prawo karne, tak jak to się stało w Niemczech. Prawo, które w sensie negatywnym oznaczało prawo karne traktowane jako narzędzie sprawiedliwości politycznej lub upolitycznionej, nadużywającej go do celów politycznych. Głównym celem tego prawa była karnoprawna ochrona państwa i jego istnienia. Do politycznego prawa karnego w szerokim znaczeniu należały także znamiona czynów przestępczych, a te, jak wiadomo, by-

⁶³ Przykładając do tego istotną wagę, jeszcze przed uchwaleniem polskiego kodeksu karnego Makarewicz na posiedzeniu senatu RP 7 marca 1931 r. wzywał go do uchwalenia rezolucji, by rząd jak najszybciej zorganizował (przewidziane w projekcie kodeksu karnego) zakłady zabezpieczające dla przestępców niepoprawnych i psychicznie nienormalnych; J. Makarewicz, *Wzrost przestępczości w Polsce*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1931, nr 11, s. 163; S. Płaza, *op. cit.*, s. 451.

⁶⁴ R. Busch, *op. cit.*, s. 640–641.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 638.

ły określane przez właściwe prawo karne⁶⁶. W literaturze podnoszono, że oparcie państwa na zasadach politycznego prawa karnego nie zawsze oznaczało pogwałcenie obowiązującego porządku prawnego. Było ono niebezpieczne, gdy manifestowało się przede wszystkim w zwalczaniu „przeciwnika politycznego”⁶⁷ za pomocą samych tylko środków prawa karnego⁶⁸.

Porównanie przez Makarewicza przepisów polskiego kodeksu karnego z niemiecką doktryną prawa karnego często prowadziło do wniosku, że w wielu kwestiach szedł on znacznie dalej niż to, co ona głosiła (jeszcze do niedawna najlepsza na świecie). Przykładem mogą być rozważania dotyczące pomocnictwa, podlegania czy stanu wyższej konieczności. Jest to niewątpliwie gloryfikowanie przez Makarewicza swojego dzieła, ale obiektywnie biorąc, jest to także konsekwencja różnicy wieku między obydwoma kodyfikacjami. Można by powiedzieć, że polska kodyfikacja karna z 1932 r. jest w pewien sposób „córką” niemieckiej kodyfikacji karnej z 1871 r., choć znając poglądy Makarewicza, można być pewnym, iż nie zgodziłby się z tym twierdzeniem. Młodszy o sześćdziesiąt lat kodeks polski niewątpliwie czerpał z doświadczeń i błędów kodeksu niemieckiego. Osoby próbujące dokonać oceny dorobku Makarewicza podkreślają przy tym, że dopiero zestawienie przepisów polskiego kodeksu karnego z 1932 r. z przepisami niemieckiej ustawy karnej z 1871 r. w całej jaskrawości ukazuje specyfikę i oryginalność polskiej konstrukcji⁶⁹.

Krytykę zmieniającej się po 1933 r. doktryny prawa karnego niemieckiego dokonaną przez Makarewicza można uznać za część jego dążeń do uniezależnienia doktryny prawa karnego polskiego od obcych wpływów. Dążeń, pojawiających się w jego twórczości już przed 1933 r., które przyniosły mu uznanie nawet ze strony jego oponentów naukowych⁷⁰. Zaskakujące, że w tej krytyce obie strony – i Makarewicz, i przedstawiciele doktryny niemieckiej – często dochodziły do tych samych wniosków, odwołując się do różnych argumentów. Przykładem może być wspomniany spór między Makarewiczem a Mezgerem na kongresie w Berlinie.

⁶⁶ H. Roggemann, *Karnoprawny stosunek do przeszłości NRD na przykładzie odpowiedzialności za strzały przy Murze Berlińskim i sądowe bezprawie jako obraz politycznego prawa karnego*, [w:] (red.) A. Eser, A. Zoll, *op. cit.*, s. 116. Uchylenie nazistowskiego politycznego prawa karnego w Niemczech nastąpiło dopiero ustawą Sojuszniczej Rady Kontroli nr 1 z 20 września 1945 r.

⁶⁷ Za takich niewątpliwie uznawano w Trzeciej Rzeszy wszelkich sprawców przestępstw karnych.

⁶⁸ F.Ch. Schroeder, *op. cit.*, s. 139.

⁶⁹ P. Kardas, *op. cit.*, s. 517.

⁷⁰ W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947, s. 13.

DIE ANSICHTEN VON JULIUSZ MAKAREWICZ
ÜBER DIE VERÄNDERUNGEN IM DEUTSCHEN STRAFRECHT
NACH 1933

Zusammenfassung

Juliusz Makarewicz, ein bedeutender polnischer Strafrechtler, Kodifikator, Kenner des deutschen Rechts und Politiker, beurteilte die Veränderungen im deutschen Strafrecht sehr kritisch unter Hinweis auf deren politische Bedingtheiten und die Gefährdung der Bürgerrechte. Er unterstrich, dass diese die wichtigsten Institutionen des gegenwärtigen Strafrechts betreffen – die Vorbeugungsmittel, den Grundsatz „nullum crimen sine lege“, die Analogie und die Urteilsfindungsgrundlage. Nach seiner Meinung waren die in Deutschland nach 1933 in dieser Hinsicht vorgenommenen Änderungen ein Rückgang des deutschen Rechts. In Verteidigung seiner Meinungen führte er auch eine Polemik mit Vertretern der Strafrechtswissenschaft in Deutschland, die diese Änderungen akzeptierten.

Eine Gelegenheit zu Äußerungen über das deutsche Recht bot J. Makarewicz auch der Kommentar zum polnischen Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1932, in welchem er die polnischen Lösungen mit den deutschen vergleicht. Es ist bemerkenswert, dass er in der Polemik konsequent den polnischen Charakter der polnischen Strafrechtskodifikation verteidigt und sich jeglichen deutschen Einflüssen in dieser Hinsicht, sowohl wissenschaftlichen wie legislatorischen, vor und nach 1933, widersetzt. Er bekämpfte auch die Ansichten der polnischen Juristen, sowohl der Vertreter der Doktrin wie der Praxis, die diesen Einflüssen unterlagen. Er trug ebenfalls zur Verbreitung des polnischen Strafgesetzbuches in Deutschland bei und verteidigte diesen gleichzeitig vor den Angriffen seitens der Vertreter der deutschen Doktrin.

Bei der Beobachtung der Veränderungen im deutschen Recht formulierte J. Makarewicz kritische Befürchtungen, die sich nach Ansicht des Verfassers bestätigten. Die vorgenommene kritische Analyse ging aus der Sorge hervor, dass Veränderungen im damaligen polnischen Recht nicht in derselben Richtung eintreten würden.