

# Andrzej Zoll

---

## Polecenie służbowe jako element kształtujący odpowiedzialność karną : (artykuł dyskusyjny)

---

Palestra 30/4(340), 46-60

---

1986

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

ANDRZEJ ZOLL

## POLECENIE SŁUŻBOWE JAKO ELEMENT KSZTAŁTUJĄCY ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA

(Artykuł dyskusyjny)

*W artykule prezentowane jest stanowisko, że rozkaz jest odmianą polecenia służbowego, wyróżnioną przez sankcje grożące za niewykonanie rozkazu. Podstawową tezą jest twierdzenie, że rozkaz bezprawny, a także polecenie bezprawne nie mają nigdy mocy wiążącej. Niewykonanie takich rozkazów lub poleceń nie może prowadzić do odpowiedzialności karnej. Z treści przepisu wyłączającego odpowiedzialność karłą za wykonanie przestępnego rozkazu (art. 290 § 1 k.k.) nie można wnioskować o zakresie odpowiedzialności karnej za niewykonanie rozkazu (art. 309 § 1 i 310 k.k.). Urojenie bezprawności polecenia służbowego lub rozkazu należy oceniać w granicach błędu co do bezprawności (art. 24 § 2 i 3 k.k.), przy czym tylko usprawiedliwiony błąd wyłącza odpowiedzialność karłą. Osoba wydająca polecenie służbowe (rozkaz) odpowiada — z wyjątkiem wypadków szczególnie regulowanych — na podstawie konstrukcji sprawstwa kierowniczego.*

I. Współczesna doktryna polskiego prawa karnego poświęca stosunkowo mało zainteresowania problematyce wpływu polecenia służbowego na odpowiedzialność karłą, i to zarówno w aspekcie wpływu na tę odpowiedzialność okoliczności, że czyn zabroniony został wykonany jako realizacja polecenia służbowego, jak i w aspekcie odpowiedzialności za niewykonanie polecenia służbowego.<sup>1</sup> Problematyce tej mało uwagi poświęca również orzecznictwo Sądu Najwyższego.

Polecenie służbowe jako czynnik kształtujący odpowiedzialność karłą było przedmiotem nieco większego zainteresowania ze strony karnistów zajmujących się prawem karnym wojskowym, gdzie również wyraźna regulacja prawna odpowiedzialności związanej z rozkazem do takich zainteresowań skłania, a poniekąd i zmusza.<sup>2</sup>

Czyżby więc problem polecenia służbowego nie miał istotnego znaczenia dla ustalenia prawnokarnej odpowiedzialności w codziennym orzecznictwie zarówno sądów powszechnych jak i wojskowych? Gdyby tak było w rzeczywistości, to byłby to sygnał zmuszający do działań ukierunkowanych na to, by uczulić praktykę na docenianie tego czynnika. Z punktu widzenia teoretycznego nie ma żadnych wątpliwości, że jest to element istotnie wpływający na odpowiedzialność,

<sup>1</sup> Brak jest w literaturze karnistycznej monografii poświęconej tym zagadnieniom. Problem polecenia służbowego był w aspekcie odpowiedzialności karnej poruszany w szczególności w pracach: G. Rejman: Odpowiedzialność karłą za niewłaściwe wykonanie nadzoru w zespołowym działaniu, Warszawa 1972, s. 144 i n.; H. Popławskiego: Odpowiedzialność karłą podwładnego za czyn bezprawny popełniony w wykonaniu polecenia służbowego, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” nr 2/1963; S. Piwnika: Odpowiedzialność karłą przełożonego (poleceniodawcy) i podwładnego (wykonawcy polecenia), „Problemy Praworządności” nr 11/1977. Zagadnieniom prawnokarnym poświęca też uwagę J. Łętowski: Polecenie służbowe w administracji, Warszawa 1972, s. 245 i n.

<sup>2</sup> Z prac dotyczących obecnego stanu prawnego należy wymienić przede wszystkim monografię J. Ziewińskiego: Rozkaz wojskowy w prawie karnym, Warszawa 1973, a także pracę J. Muszyńskiego: Problematyka rozkazu wojskowego w prawie karnym PRL, „Studia Prawnicze” nr 33/1972.

choć jego charakter prawny i zakres kształtowania odpowiedzialności jest wyjątkowo sporny.

Każdy prawnik-praktyk wie dobrze z własnego doświadczenia, w jak licznych wypadkach popełnienia czynu zabronionego przewija się w sprawie — oprócz sprawcy realizującego znamiona określonego typu — druga osoba, której wolę realizował sprawca bezpośredni i który ze względu na zależność służbową czuł się do tego zobowiązany. Ta druga osoba, jak słusznie zauważa G. Rejman, będzie występowała w sprawie najczęściej w charakterze świadka, chociaż teoria przewiduje dla niej inną rolę procesową.<sup>3</sup>

Wręcz truizmem jest stwierdzenie, że problem wpływu polecenia służbowego na odpowiedzialność karną nie może być ograniczany jedynie do stosunków panujących w siłach zbrojnych, gdzie charakter prawny rozkazu i jego oddziaływanie na odpowiedzialność jest najczęściej w ustawodawstwach wyraźnie określony. Znaczenie polecenia służbowego w sferze odpowiedzialności również karnej występuje wszędzie tam, gdzie mamy do czynienia z hierarchiczną strukturą stosunków międzyludzkich, gdzie występuje przełożony i podwładny.

II. Dla ułatwienia dalszych rozważań muszę na wstępie dokonać pewnych uzgodnień terminologicznych. W przepisach nie ma określenia tego, co nazywa się poleceniem służbowym, chociaż stanowi ono wielokrotnie wyrażenie języka prawnego.<sup>4</sup> Znaczenie tego pojęcia należy więc ustalić na podstawie jego rozumienia potocznego. Osobiście przez polecenie rozumiem akt woli jednej osoby skierowany do drugiej osoby po to, by adresat tego aktu postąpił zgodnie z wolą wydającego polecenie, przy czym wydający polecenie musi dysponować wystarczającym elementem władzy, jakiej poddany jest adresat polecenia. W poleceniu zawarty jest *implicite* atrybut władztwa i posłuszeństwa. Polecenie służbowe oznacza, że akt woli wydającego polecenie dotyczy zachowania podwładnego w ramach stosunku służbowego. Wszystkie więc polecenia przełożonego wydane podwładnemu poza zakresem jego stosunku służbowego nie mogą być traktowane jako polecenia służbowe.<sup>5</sup>

W ramach prowadzonych tu rozważań interesować mnie będą tylko tego rodzaju polecenia, w których stosunek władztwa i posłuszeństwa oparty jest na obowiązującej w państwie normie prawnej. Poza zakresem moich rozważań będą więc te wszystkie sytuacje, w których mamy do czynienia z wydawaniem poleceń w ramach działalności organizacji czy grup nielegalnych, w których władza jednej osoby w stosunku do drugiej, uznana przez członków danej grupy lub organizacji, nie ma jednak prawnej podstawy.

Jak już wyżej wspomniałem, większość wypowiedzi w nauce prawa karnego dotyczących interesujących mnie w tym miejscu zagadnień, odnosi się bezpośrednio do rozkazu wojskowego. Powstaje więc pytanie, jaki jest stosunek rozkazu wojskowego do polecenia służbowego wydawanego najczęściej w służbach cywilnych i czy dorobek nauki w zakresie rozkazu wojskowego może być wprost odnoszony do problemów „cywilnego” polecenia służbowego. Wydaje się, że jedynie właściwą odpowiedzią jest taka, która uznaje rozkaz wojskowy za odmianę polecenia służbowego wyróżnioną przez sankcje grożące za niewykonanie rozkazu.<sup>6</sup> Rozkaz nie różni się natomiast od polecenia służbowego jakimiś odrębnymi

<sup>3</sup> G. Rejman: op. cit., s. 163.

<sup>4</sup> Na przykład w art. 18 ustawy z 16.IX.1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (Dz. U. Nr 31, poz. 214).

<sup>5</sup> Por. J. Muszyński: op. cit., s. 37 i n.

<sup>6</sup> Por. J. Ziewiński: op. cit., s. 31.

„kwalifikacjami prawnymi wiążącymi się z samym aktem rozkazu jako takim”.<sup>7</sup> Nie ma więc żadnych przeszkód, aby dorobek teorii prawa karnego wojskowego odnosić odpowiednio do zagadnień polecenia służbowego w sferze pozawojskowej.

Do problemów dotyczących różnic między poleceniem służbowym a rozkazem powrócę przy analizie odpowiedzialności za odmowę wykonania polecenia służbowego (rozkazu).

III. Podstawowa trudność związana z kwestią wpływu polecenia służbowego na odpowiedzialność karną dotyczy naturalnie wypadków, w których wydanie polecenia służbowego przez przełożonego jest ujemnie wartościowane z punktu widzenia prawa, gdyż jego wykonanie prowadzi do sprzeczności zachowania wykonującego polecenie z porządkiem prawnym. Jeżeli polecenie służbowe nie prowadzi do konfliktu zachowania wykonującego polecenie z porządkiem prawnym, to sytuacja wydaje się z punktu widzenia ocen prawnych zupełnie wyraźna. Trudność sprowadza się zatem do rozwiązań sytuacji konfliktowych, kiedy to polecenie służbowe tworzy dla jego adresata powinność określonego zachowania się, a jednocześnie obowiązujące przepisy prawa nie zezwalają na zachowanie będące wypełnieniem tej powinności.

W nauce wyróżnić można trzy modele rozwiązywania konfliktów polecenia służbowego z przepisami prawa.<sup>8</sup> Podkreślić przy tym należy, że w doktrynie modele te odnosi się jednoznacznie zarówno do rozkazu jak i do polecenia służbowego w szerokim tego słowa znaczeniu, mimo że ich nazwy sugerują jedynie związek z wojskowym rozkazem.

a. Model bezwzględnego posłuszeństwa przełożonym, zwany też w teorii prawa karnego teorią „ślepych bagnetów”, oparty jest na założeniu, iż dyscyplina wojskowa, a także w administracji państwowej wymaga bezwzględnego posłuszeństwa podwładnego poleceniom wydawanym przez przełożonego. Podwładnemu nie wolno badać ani legalności wydanego polecenia, ani jego celowości. Taką legalność czy celowość się zakłada. Zgodnie z tym modelem podwładny jest zwolniony od odpowiedzialności za wykonanie polecenia również wtedy, kiedy stanowi ono przestępstwo. Całą odpowiedzialność za skutki wykonania polecenia ponosi wydający polecenie.<sup>9</sup> Model ten nie występuje już dzisiaj w klasycznej, czystej postaci. Spotkać go można częściej w ustawodawstwach regulujących zagadnienia odpowiedzialności za wykonanie rozkazu wojskowego.<sup>10</sup>

b. Model bezwzględnego posłuszeństwa prawu, zwany teorią „myślących bagnetów”, nakazuje podwładnemu ocenę zgodności polecenia służbowego z prawem i przyjmuje pełną odpowiedzialność prawną wykonującego polecenie. Model ten nie znajduje wielu zwolenników, w szczególności w doktrynie prawa karnego wojskowego. Obowiązuje do dzisiaj w prawie angielskim.<sup>11</sup> Nakłada on na podwładnych zbyt trudne zadania, skłaniając ich raczej do ograniczania sfery działań, aby nie narazić się na odpowiedzialność.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Patrz J. Łętowski: op. cit., s. 129.

<sup>8</sup> Por. J. Łętowski: op. cit., s. 168 i n.; J. Ziewiński: op. cit., s. 76 i n.

<sup>9</sup> Por. J. Łętowski: op. cit., s. 168.

<sup>10</sup> Model ten miał leżeć u podstaw np. regulacji przyjętej przez k.k. WP z 1944 r. oraz ustawodawstwa wojskowego radzieckiego (por. W. M. Czchikwadze: Radzieckie prawo karne wojskowe — część ogólna, Warszawa 1952, s. 184—185). Na temat interpretacji regulaminów wojskowych obowiązujących w ZSRR — patrz: J. Muszyński: op. cit., s. 32—33.

<sup>11</sup> Por. H. Street: Liability of the State for Illegal Conducts of its Organs (w:) Haftung des Staates für rechtswidrige Verhalten seiner Organe, Kolonia—Berlin 1967, s. 247 i n.

<sup>12</sup> Por. J. Łętowski: op. cit., s. 169.

c. Model umiarkowanego posłuszeństwa zakłada, że wykonujący rozkaz ma obowiązek powstrzymać się od zachowań naruszających prawo. Zakres tego obowiązku jest różnie określony w ustawodawstwach, zbliżając ten model pośredni bądź do modelu bezwzględnego posłuszeństwa przełożonemu, bądź do modelu bezwzględnego posłuszeństwa prawu. Różne jest również uzasadnienie wyznaczenia granic obowiązku posłuszeństwa dla rozkazów (poleceń służbowych) prowadzących do naruszenia prawa.<sup>13</sup>

W związku z przedstawionymi tu modelami sposobów rozwiązania konfliktów między obowiązkiem posłuszeństwa poleceniu przełożonego a obowiązkiem podporządkowania się prawu trzeba zwrócić uwagę na pewne nieporozumienie, które — wydaje się — jest głęboko zakorzenione, w szczególności w wojskowej doktrynie prawa karnego.

Kwalifikacje danego systemu prawnego do jednego z wyżej przedstawionych modeli dokonuje się na podstawie przepisów regulujących odpowiedzialność za dokonanie czynu sprzecznego z prawem w wykonaniu polecenia służbowego (rozkazu). Przykładowo, opierając się na takich założeniach, zaliczono system polskiego prawa karnego wojskowego pod rządami kodeksu karnego Wojska Polskiego z 1944 r. do modelu bezwzględnego posłuszeństwa przełożonemu, jako że kodeks ten w art. 21 § 1 wyłączał odpowiedzialność żołnierza dokonującego czynu zabronionego w wykonaniu rozkazu.<sup>14</sup> Z przepisu tego wyciągnięto wniosek, że żołnierzowi nie wolno było, w okresie obowiązywania k.k. W.P., odmówić wykonania rozkazu nawet sprzeciwiającego się prawu.<sup>15</sup> Za merytorycznie uzasadnione, lecz wyraźnie sprzeczne z ustawą uznawano postanowienie Najwyższego Sądu Wojskowego z 29.XII.1950 r.,<sup>16</sup> przyjmujące interpretację, że art. 21 § 1 k.k. W.P. nie uwalnia od odpowiedzialności karnej żołnierza wykonującego rozkaz oczywiście przestępny.<sup>17</sup> Obecnie przyjmuje się, że kodeks karny przez regulację zawartą w art. 290 § 1 k.k. wprowadził do naszego prawa karnego model umiarkowanego posłuszeństwa i że przepis ten rzutuje bezpośrednio na zakres odpowiedzialności za przestępstwa określone w art. 309 § 1 i 310 k.k.<sup>18</sup> Do jakich absurdalnych wręcz rozstrzygnięć prowadzi tego rodzaju wnioskowanie, pokażą w następnym punkcie tej pracy. W tym miejscu chcę zakwestionować w ogóle prawo do takiego wnioskowania.

Z przepisu regulującego odpowiedzialność za popełnienie czynu zabronionego w ramach wykonywania polecenia służbowego (rozkazu) wnioskowanie o odpowiedzialności karnej za niewykonanie polecenia służbowego (rozkazu) tylko

<sup>13</sup> Należy tu wspomnieć o wyodrębnionej w czwarty model przez J. Ziewińskiego (op. cit., s. 115) koncepcji S. Glasera tzw. stosunkowości dóbr. S. Glaser przyjmuje, że „dla oceny charakteru prawnego czynu podwładnego powinien być miarodajny stosunek wartości z jednej strony interesu, jaki przedstawia dla prawa posłuszeństwo, z drugiej zaś tego dobra, które podwładny naruszył”. Por.: S. Glaser: *Wiążący bezprawny rozkaz*, Kraków 1933, s. 23.

<sup>14</sup> Por. np. J. Muszyński: op. cit., s. 41.

<sup>15</sup> Wyraźnie stwierdził to Najwyższy Sąd Wojskowy w uchwale Zgromadzenia Sędziów z dnia 18.XII.1961 r. przyjmując, że „niezgodność rozkazu, wydanego w sprawach służbowych, z przepisami prawa, regulaminami, instrukcjami, zarządzeniami lub rozkazami przełożonych nie stanowi okoliczności wyłączonej odpowiedzialności karnej za niewykonanie lub odmowę wykonania takiego rozkazu.” (Orzecznictwo Najwyższego Sądu Wojskowego, Warszawa 1964, s. 95). Por. też B. Korycki: *Odpowiedzialność żołnierza za działanie na rozkaz według nowego k.k.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” nr 4/1969, s. 517.

<sup>16</sup> Por. Orzecznictwo Najwyższego Sądu Wojskowego, Warszawa 1960, s. 33—34.

<sup>17</sup> Por. J. Muszyński: op. cit., s. 43.

<sup>18</sup> Patrz J. Ziewiński: op. cit., s. 255, a także W. Kulesza: *Z problematyki art. 290 § 1 k.k.*, „Zeszyty Naukowe UŁ” z. 62/1979, s. 124.

w wąskim zakresie jest uprawnione. W szczególności dopuszczalne jest wnioskowanie, że w tych wypadkach, w których wykonawca polecenia służbowego (rozkazu) ponosi odpowiedzialność za jego wykonanie, nie może on być jednocześnie związany poleceniem służbowym (rozkazem) i nie może odpowiadać za niewykonanie polecenia służbowego (rozkazu). Nikt nie może bowiem odpowiadać za powstrzymanie się od dopuszczenia się czynu zabronionego. Natomiast niedopuszczalne jest wnioskowanie przyjmujące, że w tych wypadkach, w których wyłączona jest odpowiedzialność za wykonanie polecenia, automatycznie przesądzona jest odpowiedzialność za niepodporządkowanie się poleceniu służbowemu (rozkazowi). Nie ma tu bowiem żadnej logicznej, a również i rzeczowej zależności między tymi dwoma regulacjami prawnymi.

Przyjęte powszechnie w nauce przedstawione wyżej modele wprowadzają w błąd. Uważam, że przepis ustawy uwalniający od wszelkiej odpowiedzialności wykonawcę polecenia służbowego (rozkazu) nie przesądza jeszcze w sposób automatyczny o tym, że na gruncie takiego systemu prawnego otrzymujący polecenie jest bezwzględnie zobowiązany do jego wykonania, i to niezależnie od oceny prawnej wydanego polecenia.

Ustalenie to ma dla moich rozważań istotne znaczenie, gdyż nakazuje ono zbadać — niezależnie od siebie — odpowiedzialność osoby, która popełnia czyn zabroniony w wykonaniu polecenia służbowego, oraz odpowiedzialność osoby odmawiającej wykonania polecenia służbowego. Odpowiedzialność w obu tych wypadkach zależeć będzie od zupełnie różnych elementów. Odrębnym problemem wymagającym ustosunkowania się jest kwestia odpowiedzialności wydającego polecenie. Wymienione wyżej modele mogą mieć pewne znaczenie jedynie przy badaniu odpowiedzialności osoby popełniającej czyn zabroniony w wykonaniu polecenia służbowego.

IV. Zaczynam analizę od problemu odpowiedzialności osoby odmawiającej wykonania polecenia służbowego. Musimy w tym wypadku odrębnie rozpatrzyć polecenie służbowe oraz rozkaz w rozumieniu art. 290 § 3 k.k. Jak już wspomniałem, różnica między poleceniem służbowym a rozkazem, sprowadza się do grożącej sankcji za niepodporządkowanie się woli przełożonego. Jedynie za niewykonanie rozkazu, o którym mowa w art. 290 § 3, lub za odmowę jego wykonania bądź za wykonanie go niezgodnie z jego treścią grozi odpowiedzialność karna przewidziana w art. 309 § 1 lub art. 310 k.k.<sup>19</sup> Niewykonanie polecenia służbowego w sferze pozawojskowej nie rodzi samo przez się odpowiedzialności karnej nawet w służbach o zbliżonych do wojska strukturach organizacyjnych.<sup>20</sup> Zjawisko to należy tłumaczyć tym, że jedynie w wojsku dyscyplina stanowi samodzielne dobro prawne, samodzielnie wartości podlegającą ochronie prawnej. Nie jest przypadkiem, że rozdz. XXXIX k.k. został za tytułowany „Przestępstwa przeciwko zasadom dyscypliny wojskowej”. We wszystkich innych dziedzinach życia dyscyplina jest bardzo istotnym, często koniecznym warunkiem realizacji zadań, do których wypełnienia powołana jest dana służba, ale jest ona tylko środkiem służącym do realizacji zadań. Nie jest natomiast wartością podlegającą samodzielnej ochronie.

Zasada głosząca, że w sferze pozawojskowej niewykonanie polecenia służbowego nie pociąga za sobą automatycznie odpowiedzialności karnej, zostaje w pew-

<sup>19</sup> Jak wyżej (przyp. 18), s. 32 i n.

<sup>20</sup> Jak wyżej (przyp. 18), s. 36. Również Sąd Najwyższy w uchwale Izby Karnej z 25.VI. 1949 r. („Państwo i Prawo” nr 8/1949) stwierdził, iż „z ogólnych pojęć ustalonych w prawie wynika, że rozkaz występuje jedynie tam, gdzie obowiązuje dyscyplina wojskowa, oparta na zasadach bezwzględnego posłuszeństwa i wzmożonej odpowiedzialności za niewykonanie rozkazu”.

nych sytuacjach ograniczona. Słusznie stwierdza J. Ziewiński, że „(...) władza centralna w państwie, wykazująca cechy władzy absolutnej lub dyktatorskiej i opierająca się na aparacie policyjno-wojskowym, chętnie ucieka się do «rozkazodawstwa» (...)».<sup>21</sup> W szczególności w sytuacjach zagrożenia może nastąpić wprowadzenie odpowiedzialności karnej za niewykonanie polecenia służbowego na równi z niewykonaniem rozkazu. Taka możliwość jest również przewidziana w obowiązującym w Polsce systemie prawa. Ustawa o powszechnym obowiązku obrony PRL z dnia 21.XI.1967 r.<sup>22</sup> stwierdza w art. 241 ust. 3 pkt 4, że w rozumieniu przepisów karnych w czasie mobilizacji lub wojny „niewykonanie lub odmowa wykonania polecenia przełożonego wydanego w sprawach służbowych osobie pełniącej służbę w obronie cywilnej lub jednostce zmilitaryzowanej jest równoznaczne z niewykonaniem lub odmową wykonania rozkazu”. Według tego przepisu osoby nie wykonujące polecenia służbowego lub odmawiające wykonania wydanego np. w jednostce zmilitaryzowanej podlegają odpowiedzialności karnej z art. 309 § 1 lub 310 k.k. Należy w tym miejscu już tylko przypomnieć, że taki stan prawny obowiązywał w Polsce na mocy uchwały Rady Państwa z dnia 12.XII.1981 r. w sprawie wprowadzenia stanu wojennego ze względu na bezpieczeństwo państwa.<sup>23</sup>

Na marginesie tych rozważań warto zaznaczyć, że kwestia odpowiedzialności karnej osób nie wykonujących polecenia w jednostkach zmilitaryzowanych tylko na pozór wydaje się być jednoznacznie uregulowana w art. 241 ust. 3 pkt 4 wspomnianej ustawy. Zgodnie bowiem z art. 188 ust. 2 tej ustawy jednostki administracji państwowej lub gospodarki narodowej stają się jednostkami zmilitaryzowanymi z dniem objęcia ich militaryzacją, a więc po określeniu ich przez Komitet Obrony Kraju.<sup>24</sup> Militaryzacja może być wprowadzona — zgodnie z art. 188 ust. 1 — po ogłoszeniu mobilizacji lub w czasie wojny. Jednakże jest wątpliwe, czy już samo zmilitaryzowanie uruchamia stosowanie art. 241. Przepis ten bowiem nie jest zharmonizowany z art. 202, który stwierdza, że osoby pełniące służbę w jednostce zmilitaryzowanej podlegają dyscyplinie wojskowej dopiero wtedy, kiedy jednostka zmilitaryzowana zostanie przydzielona w całości lub w części do jednostek Sił Zbrojnych na czas określony lub dla wykonania określonego zadania.<sup>25</sup> Zgodnie więc z art. 202 samo zmilitaryzowanie danej jednostki nie powoduje jeszcze, że osoby pełniące w niej służbę podlegają dyscyplinie wojskowej. Nie mogą więc takie osoby być sprawcami przestępstwa przeciwko tej dyscyplinie. Zachodzi zatem — m. zd. — ewidentna sprzeczność między art. 202 a art. 241 omawianej ustawy.

Pomijając jednak sytuacje wyjątkowe, należy stwierdzić, że tylko niewykonanie rozkazu, odmowa jego wykonania lub wykonanie go niezgodnie z treścią prowadzi do odpowiedzialności karnej. Niewykonanie natomiast innego polecenia służbowego nie stanowi samo przez się czynu zabronionego w znaczeniu prawa karnego i może rodzić jedynie odpowiedzialność dyscyplinarną na podstawie przepisów prawa pracy lub innych dziedzin prawa.

<sup>21</sup> J. Ziewiński: op. cit., s. 30.

<sup>22</sup> Tekst jednolity; Dz. U. z 1984 r. Nr 7, poz. 31.

<sup>23</sup> Dz. U. z 1981 r. Nr 29, poz. 155.

<sup>24</sup> Patrz na temat militaryzacji A. Saulewicz: Zagadnienia militaryzacji w świetle przepisów ustawy o powszechnym obowiązku obrony PRL, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” nr 1/1969, s. 84 i n.

<sup>25</sup> A. Saulewicz stwierdza, że podleganie rozkazodawstwu wojskowemu w ramach jednostki zmilitaryzowanej łączy się dopiero z chwilą przydzielenia tej jednostki do sił zbrojnych (A. Saulewicz: jw., s. 84).

Niewykonanie polecenia służbowego w sferze pozawojskowej może prowadzić jednak do odpowiedzialności karnej, jeżeli spełnione zostaną dodatkowe warunki. Polecenie służbowe stwarza dla konkretnej osoby obowiązek określonego zachowania się. Niewypełnienie tego obowiązku może być jednym ze znamion czynu zabronionego. Może tu np. wchodzić w grę odpowiedzialność z art. 246 k.k., jeśli niewypełnienie obowiązku będzie się łączyć z działaniem na szkodę dobra społecznego lub jednostki. W sferze gospodarczej niewypełnienie obowiązku może rodzić odpowiedzialność z art. 217 k.k. Polecenie służbowe może nakładać na jego adresata obowiązki gwaranta niewystąpienia skutku stanowiącego znamię czynu zabronionego. Niewypełnienie takiego polecenia służbowego prowadzić będzie, w razie wystąpienia skutku, do odpowiedzialności za przestępstwo materialne.<sup>26</sup>

Powyższe uwagi dotyczyły oceny prawnej zachowania osoby nie wykonującej lub odmawiającej wykonania polecenia bądź niewłaściwie wykonującej polecenie służbowe, którego wykonanie nie prowadziło podwładnego (wykonawcy polecenia) do konfliktu z obowiązującym prawem. Żeby wyczerpać tę problematykę należy jeszcze podkreślić, że odpowiedzialność karna osoby nie wykonującej polecenia sięga granic możliwości psycho-fizycznych adresata polecenia. Od strony dogmatycznej powstaje do rozstrzygnięcia trudny problem, czy brak odpowiedzialności osoby nie wykonującej polecenia służbowego przekraczającego jej możliwości psycho-fizyczne wynika z tego, że niewykonanie polecenia nie może być traktowane jako czyn będący podstawą odpowiedzialności karnej, czy też ma miejsce w takim wypadku okoliczność wyłączająca winę. Opowiadam się za pierwszym rozwiązaniem, gdyż niewykonanie polecenia nie może być w omawianym wypadku traktowane jako zachowanie dowolne. Dowolność zachowania jest traktowana przez wszystkie koncepcje dotyczące czynu jako warunek *sine qua non* przyjęcia wystąpienia czynu jako podstawy odpowiedzialności karnej.<sup>27</sup>

Podstawową trudność w związku z odpowiedzialnością za niewykonanie polecenia służbowego stanowi kwestia mocy wiążącej polecenia służbowego, którego wykonanie prowadzi do naruszenia prawa. Jak już o tym była mowa, szczególnie w doktrynie prawa karnego wojskowego o zakresie mocy wiążącej rozkazu prowadzącego do naruszenia prawa<sup>28</sup> wnioskuje się z uregulowania odpowiedzialności za wykonanie rozkazu przestępnego w tym sensie, że w tych wypadkach, w których ustawodawca wyłącza odpowiedzialność wykonawcy rozkazu, przyjmuje się moc wiążącą rozkazu, a więc odpowiedzialność za niewykonanie jest rozkazu. Wpada więc rozpocząć analizę od ustalenia mocy wiążącej bezprawnego rozkazu.

Ograniczę swe rozważania do obowiązującego obecnie stanu prawnego. Z art. 290 § 1 k.k. wyciąga się wniosek, że skoro ustawa wprowadza karalność jedynie wykonawcy rozkazu, który wiedział albo co najmniej godził się na to, iż wykonując rozkaz popełnia przestępstwo, to tylko w tych wypadkach rozkaz nie ma mocy wiążącej. Natomiast w pozostałych wypadkach — a więc również wtedy, kiedy rozkaz jest bezprawny, a nawet przestępny, tylko że nie został jako taki rozpoznany przez jego wykonawcę — jest on dla podwładnego bezwzględnie wiążący.<sup>29</sup> Jak stwierdziłem wyżej, wnioskowanie takie nie jest prawnie uzasadnione.

<sup>26</sup> Por. G. Rejman: op. cit., s. 155 i 156.

<sup>27</sup> Niejednoznaczne stanowisko co do tej kwestii zajmuje J. Muszyński stwierdzając, że niemożność wykonania rozkazu ze względu na stan zdrowia fizycznego lub psychicznego stanowi pozaustawową okoliczność wyłączającą winę, „sprawca bowiem nie popełnia żadnego zabronionego czynu” (J. Muszyński: op. cit., s. 59).

<sup>28</sup> W tych rozważaniach za rozkaz bezprawny uważam tylko taki rozkaz, którego wykonanie prowadzi do naruszenia prawa.

<sup>29</sup> J. Ziewiński (w swej pracy cytowanej wyżej) stwierdza: „Niektóre rozkazy narusza-



Z karalności za wykonanie rozkazu można wnioskować o braku jego mocy wiążącej, ale z braku karalności za wykonanie rozkazu nie wolno wnioskować o jego mocy wiążącej.

Wręcz absurdalnie brzmi stwierdzenie, że rozkaz przestępny jednak wiąże, a więc stwarza dla adresata opartą na prawie powinność określonego sprzecznego z prawem postępowania. Najwyższy chyba czas, aby z tego rodzaju interpretacją zerwać na zawsze. Polecenie zwierzchnika (rozkazodawcy) nie można nigdy stawiać ponad prawem.<sup>30</sup> Słusznie pisał S. Glaser: „Nie można się zgodzić na twierdzenie, że to, co jest sprzeczne z przedmiotowym porządkiem prawnym, a więc bezprawne, przestaje nim być z powodu rozkazu. Taka metamorfoza bezprawia w prawo nie da się uzasadnić i musi być uznana za dowolność”.<sup>31</sup> Rozkaz, którego wykonanie prowadzi do naruszenia prawa (rozkaz bezprawny), nigdy nie ma mocy wiążącej, i to bez względu na to, czy był „oczywiście” czy „nieoczywiście” bezprawny<sup>32</sup> i czy bezprawność jego została przez wykonawcę rozpoznana. Bezprawność jest kategorią obiektywną i zachodzi lub nie. Słusznie stwierdza J. Muszyński, że polecenie sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym nie może być w ogóle traktowane jako rozkaz.<sup>33</sup> Autor ten jednak już niekonsekwentnie stwierdza dalej, że „(...) podwładny może odmówić wykonania rozkazu tylko wówczas, gdy stwierdzi, że następstwem wykonania rozkazu jest przestępstwo; jeśli dojdzie do przekonania, że tym następstwem będzie inny czyn bezprawny (lecz nie przestępny), to nie może odmówić wykonania rozkazu”.<sup>34</sup> Uważam, że przestępstwo z art. 309 § 1 k.k. wchodzi w grę tylko wtedy, kiedy rozkaz obiektywnie był zgodny z prawem, a w szczególności, kiedy wykonanie rozkazu nie prowadziło do naruszenia prawa.<sup>34a</sup> Tu jednak trzeba zwrócić uwagę na to, że w naszej literaturze nie zawsze jednoznacznie i właściwie wyznacza się granice między bezprawnością a legalnością. Bezprawność oznacza sprzeczność z całym porządkiem prawnym, a nie tylko z jednym przepisem. Zachowanie naruszające wartość chronioną przez normę prawną, może być usprawiedliwione potrzebą ochrony innej wartości. O wyborze, która z dwóch wartości musi być wówczas poświęcona, decydują kryteria społecznej opłacalności.<sup>35</sup> Ma rację J. Muszyński twierdząc, że w razie kolizji obowiązku ogólnoobywatelskiego z obowiązkiem wojskowym „(...) powinien mieć pierwszeństwo obowiązek, którego niewykonanie wyrządziłoby określonym interesom społecznym większą szkodę od korzyści, które społeczeństwo mogłoby osiągnąć, gdyby żołnierz wykonał drugi — ciężący na nim obowiązek (...)”.<sup>36</sup>

Za bezprawny należy uznać taki rozkaz, który prowadzi do naruszenia chronio-

---

jące zakazy prawa karnego (a więc godzące bezpośrednio w dobra społeczne lub indywidualne prawem chronione), w pewnych okolicznościach nie podlegają wykonaniu (podkr. moje, A.Z., s. 255—256).

<sup>30</sup> Por. G. Rejman: op. cit., s. 145.

<sup>31</sup> S. Glaser: op. cit., s. 20.

<sup>32</sup> Słuszną krytykę tych gradacji przeprowadza J. Muszyński: op. cit., s. 44.

<sup>33</sup> Jak wyżej (przyp. 32), s. 47—48.

<sup>34</sup> Jak wyżej (przyp. 32), s. 49—50.

<sup>34a</sup> Słusznie, chociaż niekonsekwentnie w stosunku do swoich wcześniejszych wywodów, twierdzi W. Kulesza, że w art. 309 k.k. jest mowa o „wiązącym rozkazie” (patrz: W. Kulesza: op. cit., s. 125). Czy bezprawny rozkaz może wiązać? Skąd miałaby się brać moc wiążąca rozkazu, skoro bezprawność oznacza sprzeczność z porządkiem prawnym.

<sup>35</sup> Bliżej na ten temat — A. Zoll: Okoliczności wyłączające bezprawność czynu, Warszawa 1982, s. 110.

<sup>36</sup> J. Muszyński: op. cit., s. 46—47.

nej prawem wartości społecznej, jeśli nie służy on zabezpieczeniu innej, przynajmniej tak samo cennej wartości.

Niewykonanie takiego rozkazu jest zawsze społecznie korzystne i nie może stanowić dokonania przestępstwa z art. 309 k.k.

Nie są, moim zdaniem, uzasadnione obawy, że taka interpretacja prowadzi do osłabienia ochrony dyscypliny wojskowej.<sup>87</sup> Zapobiegać będzie takim ujemnym zjawiskom właściwa interpretacja strony podmiotowej przestępstwa z art. 309 § 1 k.k. Odmowę wykonania rozkazu motywowaną przekonaniem, że rozkaz jest bezprawny, a tymczasem był on legalny, a więc wiążący — należy ocenić jako błąd co do oceny prawnej czynu. Powstrzymanie się od wykonania rozkazu będzie bowiem według oceny jego adresata zachowaniem legalnym, podczas gdy obiektywnie rzecz biorąc jest ono zachowaniem bezprawnym. Tylko więc usprawiedliwione przekonanie o bezprawności rozkazu będzie prowadzić do wyłączenia odpowiedzialności karnej. Przyjęcie usprawiedliwionego błędu będzie ograniczone przez funkcjonowanie zasady zaufania do przełożonego. Należy przyjąć, że nie będzie w zasadzie usprawiedliwione przekonanie o bezprawności rozkazu w tych wypadkach, w których adresat rozkazu, po wyrażeniu swoich wątpliwości, otrzymał potwierdzenie obowiązku wykonania rozkazu.

Adresat rozkazu odmawiający jego wykonania ponosi więc ryzyko, że w razie późniejszego okazania się, iż rozkaz był legalny, błąd ten może nie być uznany za usprawiedliwiony. Jeszcze większe ryzyko ponosi żołnierz odmawiający wykonania potwierdzonego rozkazu; w wypadku takim szanse uznania błędu za usprawiedliwiony są znikome.<sup>88</sup>

Nie zagraża dyscyplinie wojskowej, lecz wręcz zgodna jest z zasadą sprawiedliwości możliwość zastosowania wobec żołnierza, popełniającego przestępstwo z art. 309 pod wpływem nie usprawiedliwionego błędu, nadzwyczajnego złagodzenia kary przewidzianego w art. 24 § 3 k.k.

Podsumowując przytoczone wyżej uwagi, należy m. zd. przyjąć następujące zasady odpowiedzialności za niewykonanie rozkazu:

- Rozkaz, którego wykonanie prowadzi do dokonania czynu bezprawnego (w przyjętym wyżej znaczeniu), nigdy nie ma mocy wiążącej. Niewykonanie takiego rozkazu nie prowadzi do odpowiedzialności z art. 309 § 1 k.k.
- Niewykonanie rozkazu ze względu na błędne przyjęcie, że jest on bezprawny, należy ocenić na podstawie art. 24 § 2 k.k. jako nieświadomość bezprawności niewykonania rozkazu. Błąd taki wyłączy odpowiedzialność karna tylko wtedy, kiedy jest usprawiedliwiony. Wypadki usprawiedliwienia błędu będą o tyle rzadkie, że podwładny powinien kierować się zaufaniem do przełożonego.
- Wyłącza praktycznie możliwość usprawiedliwienia błędu potwierdzenie rozkazu przez przełożonego w razie zgłoszenia przez podwładnego wątpliwości co do jego legalności.

Analogiczne zasady dotyczą mocy wiążącej bezprawnego polecenia służbowego w sferze pozawojskowej. Sama odmowa wykonania takiego polecenia nigdy nie może prowadzić do odpowiedzialności karnej, a nawet dyscyplinarnej. Art. 18 ust. 2 ustawy o pracownikach urzędów państwowych, przewidujący obowiązek wykonania polecenia w razie jego potwierdzenia na piśmie,<sup>89</sup> należy interpre-

<sup>87</sup> Takie obawy są powszechne w doktrynie wojskowej. Por. np. J. Ziewiński: op. cit., s. 259 i in.

<sup>88</sup> Patrz przypis 22.

<sup>89</sup> W podobnym kierunku próbuje rozwiązać omawiane trudności J. Muszyński, który

tować w ten sposób, że w razie takiego potwierdzenia urzędnik nie będzie się mógł powołać na usprawiedliwioną nieświadomość bezprawności odmowy wykonania polecenia.

V. Drugim zasadniczym kompleksem zagadnień wiążących się z poleceniem służbowym jako czynnikiem kształtującym odpowiedzialność karną jest problem odpowiedzialności wykonawcy bezprawnego polecenia służbowego.

Przedstawione wyżej trzy modele rozwiązania konfliktu między obowiązkiem posłuszeństwa wynikającym ze stosunku służbowego a nakazem przestrzegania porządku prawnego wskazują, że polecenie służbowe może być uznawane przez dany system prawny za okoliczność w każdym wypadku wyłączająca odpowiedzialność karną wykonawcy polecenia, za okoliczność nie wpływającą na samą odpowiedzialność karną wykonawcy polecenia, wreszcie dany system może akceptować model mieszany uznając, że polecenie służbowe tylko pod pewnymi warunkami stanowi okoliczność wyłączającą odpowiedzialność karną. Jest sprawą bezsporną, że obecnie obowiązujący u nas system prawa karnego opiera się, jeśli chodzi o wykonawcę rozkazu, na modelu pośrednim. Większe trudności natomiast powstają przy próbie zakwalifikowania naszego systemu w razie wykonania bezprawnego polecenia służbowego w sferze pozawojskowej.

Co się tyczy rozkazu, to zgodnie z art. 290 § 1 k.k. „nie popełnia przestępstwa żołnierz, który dopuszcza się czynu zabronionego będącego wykonaniem rozkazu, chyba że wiedział albo co najmniej godził się na to, iż wykonując rozkaz popełnia przestępstwo”. Wyłączenie przestępności czynu żołnierza wykonującego rozkaz zostało w tym przepisie potraktowane stosunkowo szeroko.

W związku z art. 290 § 1 k.k. rodzi się zasadnicze pytanie, jaki charakter prawny ma wyłączenie przestępności czynu żołnierza dopuszczającego się czynu zabronionego będącego wykonaniem rozkazu. Jaki element konieczny dla przestępności czynu nie jest w takim wypadku spełniony? Czy brak jest bezprawności, czy też brak zawinienia? Stanowiska na ten temat są w literaturze podzielone.

W starszej literaturze przeważał pogląd, że działający na rozkaz, wypełniając obowiązek,<sup>40</sup> nie może nigdy działać bezprawnie.<sup>41</sup> Zwolennikiem traktowania działania na rozkaz jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu, legalizującej ten czyn, jest w naszej współczesnej literaturze H. Popławski. Autor ten uzasadnia swoje stanowisko w bardzo charakterystyczny sposób: „Dla społeczeństwa zawsze jest mniejsze niebezpieczeństwo wówczas, gdy nawet czasem wyjątkowo któryś ze zwierzchników wyda niezgodne z obowiązującymi przepisami polecenie czy decyzję, niż by mniej na ogół wykształceni i doświadczeni podwładni mieli zamiast wykonać polecenia i załatwiać szybko na bieżąco sprawy, zaczęli rozmyślać na temat słuszności i celowości poleceń służbowych”.<sup>42</sup> Pozostawiając tę wypowiedź bez komentarza, chcę jednak zaznaczyć, że jest zupełnie odwrotnie, niż twierdzi Popławski. Prawidłowość jest chyba następująca: im wyższe stanowisko w hierarchii społecznej ma dana osoba, tym groźniejsze dla społeczeństwa są jej

---

również zabezpieczenie dla dyscypliny wojskowej widzi w ryzyku, jakie bierze na siebie żołnierz odmawiający wykonania rozkazu, w jego przekonaniu bezprawnego (por. J. Myszkiński: op. cit., s. 59).

<sup>40</sup> Przyjmowano więc krytykowany przeze mnie pogląd o mocy wiążącej bezprawnego, a nawet przestępnego rozkazu.

<sup>41</sup> Por. na ten temat G. Stratenwerth: Verantwortung und Gehorsam, Tybinga 1958, s. 4—5. Przegląd stanowisk starszej literatury, w szczególności niemieckojęzycznej, przedstawia S. Glaser: op. cit., s. 16 i n.

<sup>42</sup> H. Popławski: op. cit., s. 46.

bezprawne zachowania, w tym również wydawane przez nią polecenia służbowe. H. Popławski osłabia jednak też swoje stanowisko stwierdzając, że polecenia służbowe mające charakter wyraźnie przestępny nie może uchylić bezprawności czynu wykonawcy takiego polecenia.<sup>43</sup>

Również A. Spotowski omawia problem rozkazu w ramach okoliczności wyłączających bezprawność czynu.<sup>44</sup>

W literaturze polskiej przeważa jednak zdecydowanie pogląd przyjmujący, że brak przestępności czynu w razie wykonania rozkazu nie wynika z braku bezprawności czynu, a jedynie jest uzasadniony brakiem zawinienia. W szczególności stanowisko takie zajmują autorzy podręczników prawa karnego: K. Buchała,<sup>45</sup> J. Śliwowski<sup>46</sup> oraz W. Wolter.<sup>47</sup> Wyraźnie odrzuca traktowanie rozkazu (polecenia służbowego) jako okoliczności wyłączającej bezprawność G. Rejman.<sup>48</sup>

Zdecydowanie należy się opowiedzieć przeciwko stanowisku uznającemu dopuszczenie się czynu zabronionego w ramach wykonania rozkazu za okoliczność wyłączającą bezprawność (kontratyp). W pełni przekonywającą jest tu argumentacja J. Śliwowskiego, który stwierdza: „Trudno przyznać, iż ten sam substrat czynu powodujący nieodpowiedzialność rozkazobiorcy, a natomiast odpowiedzialność rozkazodawcy, może stanowić okoliczność uchylającą bezprawność tego czynu. Nie ma «częściowej zgodności z prawem» jak i nie ma «częściowej bezprawności». W aspekcie poszczególnych osób implikowanych w ramach tego samego splotu wydarzeń może być tylko nieodpowiedzialność jednych na skutek braku ich winy, a odpowiedzialność drugich oparta na zaistnieniu tej winy”.<sup>49</sup>

Rozwiązanie odmienne, traktujące działanie w ramach rozkazu jako kontratyp, prowadzi również do konsekwencji praktycznych, które nie mogą być w żaden sposób zaakceptowane. Uznanie legalności zachowania wykonującego rozkaz pozabawiałoby osobę, której chronione prawem dobra wykonanie rozkazu narusza, prawa stosowania obrony koniecznej.<sup>50</sup>

Czyn żołnierza dopuszczającego się czynu zabronionego będącego wykonaniem rozkazu jest zachowaniem bezprawnym, a brak przestępczości uzasadniony jest nakreślonymi w art. 290 § 1 *in fine* granicami możliwości postawienia zarzutu.

Brak możliwości uczynienia sprawcy zarzutu uzasadnić należy właśnie wspomnianym wyżej ryzykiem adresata rozkazu związanym z oceną prawności wydanego rozkazu oraz z koniecznym w stosunkach wojskowych zaufaniem podwładnego do legalnego charakteru zachowania przełożonego. Żołnierz ma prawo zakładać, że jego przełożony wydaje mu rozkaz zgodny z prawem. Nawet więc wtedy, kiedy żołnierz ma pewne wątpliwości, czy wydany mu rozkaz jest legalny, podjęcie przez niego działania, będącego wykonaniem rozkazu, w błędnym przeświadczeniu o jego legalności musi być uznane za usprawiedliwione.

Mamy tu więc do czynienia ze szczególną formą błędu co do oceny prawnej (art. 24 § 2 k.k.), a ściślej — z określeniem w tej specyficznej sytuacji warunków,

<sup>43</sup> Jak wyżej (przyp. 42).

<sup>44</sup> A. Spotowski: *Przestępstwa służbowe*, Warszawa 1972, s. 147 i n.

<sup>45</sup> K. Buchała: *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 381 i n.

<sup>46</sup> J. Śliwowski: *Prawo karne*, wyd. 2, Warszawa 1979, s. 165.

<sup>47</sup> W. Wolter: *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 248.

<sup>48</sup> G. Rejman: *op. cit.*, s. 147. Ze starszych autorów — podobnie: E. Krzymuski: *System prawa karnego — Część ogólna*, Kraków 1921, s. 50 oraz S. Śliwiński: *Prawo karne*, Warszawa 1948, s. 203—204.

<sup>49</sup> J. Śliwowski: *op. cit.*, s. 165.

<sup>50</sup> Ten argument podnosi G. Stratenwerth: *op. cit.*, s. 6—7.

w których błąd co do oceny prawnej ma być uznany za usprawiedliwiony i ma powodować wyłączenie przestępności.

Trudno byłoby przyznać, że wyznaczenie granic usprawiedliwienia błędu zostało w art. 290 § 1 *in fine* dokonane w sposób jednoznaczny. Ustawa wprowadza karalność wykonawcy rozkazu, jeśli „wiedział albo co najmniej godził się na to, iż wykonując rozkaz, popełnia przestępstwo”. Określenie to nie odpowiada żadnemu z ustawowych określeń elementów podmiotowych przestępstwa. Jedynie „godzenie się” wskazuje na to, że może tu chodzić o formę umyślności w postaci zamiaru wynikowego. Błędnie jednak została ta forma przeciwstawiona „wiedzy” o popełnieniu przestępstwa, gdyż zamiar wynikowy w swej warstwie intelektualnej charakteryzuje się przecież „przewidywaniem możliwości popełnienia czynu zabronionego”. Wydaje się, że można znaleźć uzasadnienie dla kroku ustawodawcy polegającego na odstąpieniu od formuły określenia przestępstwa umyślnego [w art. 7 § 1 k.k. W art. 290 § 1 k.k. nie chodzi bowiem o wskazanie na umyślność realizacji znamion czynu zabronionego, lecz przede wszystkim o to, że sprawca ma obejmować swą świadomością ocenę prawną realizowanego przez siebie czynu, co — jak wiadomo — nie wchodzi już w zakres określenia przestępstwa umyślnego w art. 7 § 1 k.k. Świadomość przestępności realizowanego czynu przesądza oczywiście umyślność co do realizacji znamion określonego typu czynu zabronionego. Wydaje mi się, że uniknęłoby się wieloznaczności, gdyby ustawodawca ograniczył się jedynie do elementu intelektualnego, pomijając w art. 290 § 1 „godzenie się”. Również błędem jest operowanie terminem „wiedza”, gdyż nie jest jasne, czy chodzi o aktualne przeżycie psychiczne, czy o „zakodowaną” przez sprawcę informację, która może, ale nie musi być uaktualniona w czasie dokonywania czynu. Art. 290 § 1 k.k. powinien — m. zd. — mieć treść następującą: „Nie popełnia przestępstwa żołnierz, który dopuszcza się czynu zabronionego będącego wykonaniem rozkazu, chyba że miał świadomość tego, iż wykonując rozkaz, popełnia przestępstwo”.

Jest rzeczą zupełną oczywistością i dlatego jedynie wspomnę o tym, że wykonawca rozkazu będzie odpowiadał za własny eksces. Przede wszystkim zaś rozkaz nie będzie wyłączał jego odpowiedzialności w tych wypadkach, w których był on legalny, a przestępstwo wynikłe z niewłaściwego wykonania rozkazu bądź w sposób zamierzony przez wykonawcę (prowadzić to będzie do odpowiedzialności wykonawcy za przestępstwo umyślne), bądź też w wyniku nieostrożności wykonawcy (prowadzić to może do odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne).

Przechodzę obecnie do analizy wpływu na odpowiedzialność karną tej okoliczności, że czyn zabroniony został popełniony w wykonaniu polecenia służbowego w sferze pozawojskowej.

Jeśli się przyjmie jako rozwiązanie wzorcowe regulację z ustawy o pracownikach urzędów państwowych, to wyłączenie odpowiedzialności (w szerokim tego słowa znaczeniu) rozciąga się w zasadzie — zgodnie z art. 18 tej ustawy — na czyny nie stanowiące przestępstwa oraz na takie, które nie grożą niepowetowanymi stratami. Polecenie służbowe prowadzące do popełnienia przestępstwa lub którego wykonanie groziłoby niepowetowanymi stratami nie wyłącza odpowiedzialności karnej urzędnika-adresata polecenia (art. 18 ust. 3). W stosunkach pozawojskowych polskie ustawodawstwo zbliża się więc wyraźnie do modelu „myślących bagnetów”, przyjmującego pełną odpowiedzialność wykonawców poleceń służbowych.

Nie będę już bliżej uzasadniał twierdzenia, że polecenie służbowe nie może być traktowane jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu (kontratyp). Po-

zostaje więc zbadanie, jaki wpływ ma ta okoliczność na winę wykonawcy polecenia.

Granice wymagalności zgodnego z prawem zachowania wyznaczone zostają normatywnie. W sferze pozawojskowej w zasadzie brak jest unormowania wyłączającego odpowiedzialność wykonawcy polecenia za czyny zabronione w znaczeniu prawa karnego.<sup>51</sup> Wręcz odwrotnie, podstawowa dla sfery pozawojskowej regulacja w ustawie o pracownikach urzędów państwowych z 1982 r. stanowi w art. 18 ust. 3, że „urzędnikowi państwowemu nie wolno wykonywać poleceń, których wykonanie stanowiłoby przestępstwo lub groziłoby niepowetowanymi stratami”. Innymi słowy, polecenie służbowe nie stanowi okoliczności wyłączającej winę. Ustawa zezwala na wymagania od urzędnika rozpoznania przestępnego charakteru polecenia przełożonego i bezwzględna odmowę wykonania takiego polecenia. Kryteria są tutaj wyraźnie ostrzejsze niż w wypadku rozkazu. Odpowiedzialność sięga bowiem granic możliwości rozpoznania przestępności czynu (art. 24 § 2 k.k.). Słusznie więc stwierdza J. Łętowski, że na tle obowiązujących u nas przepisów karnych działanie w wyniku polecenia służbowego zwierzchnika nie stanowi dla wykonawcy żadnej okoliczności generalnie zwalniającej”.<sup>52</sup>

Stwierdzenie, że dopuszczenie się czynu zabronionego w ramach wykonania polecenia służbowego nie prowadzi do wyłączenia winy, nie wyklucza oczywiście tego, że można w takich wypadkach dopatrywać się czasami okoliczności zmniejszającej zarzucalność czynu. Będzie to miało miejsce w szczególności wtedy, kiedy wykonawca polecenia, kierując się zaufaniem do legalności postępowania przełożonego, działał pod wpływem błędu co do bezprawności swojego zachowania. Zgodnie z art. 24 § 3 k.k. może mieć wtedy miejsce nadzwyczajne złagodzenie kary.<sup>53</sup> W zasadzie brak będzie podstaw do łagodzenia kary, nawet w ramach sędziowskiego wymiaru, w wypadkach, w których wykonawca polecenia służbowego miał świadomość przestępnego charakteru czynu wykonywanego w ramach polecenia służbowego. To ostatnie stwierdzenie nie odnosi się jednak do sytuacji wyjątkowych, w których zmniejszenie winy, a w krańcowych wypadkach nawet jej wyłączenie może wynikać z ogólnych okoliczności wyłączających lub ograniczających winę, jak np. w razie działania pod wpływem przymusu (*vis compulsiva*) lub groźby.<sup>54</sup> Normatywną podstawę wyłączenia winy stanowić będzie w tych wypadkach art. 23 k.k.

VI. Przechodzę obecnie do omówienia odpowiedzialności karnej osoby wydającej bezprawne (przestępne) polecenie służbowe (rozkaz).

Odpowiedzialność karna wydającego polecenie służbowe (rozkaz) zależna jest — jak słusznie stwierdza S. Piwnik<sup>55</sup> — od tego, czy samo wydanie bezprawnego polecenia nie realizuje znamion odrębnego typu czynu zabronionego, od tego, w jaki sposób ujęte jest w ustawodawstwie karnym współdziałanie przestępne,

<sup>51</sup> Do wyjątkowych należy unormowanie zawarte w art. 35 ust. 2 ustawy z 27.XI.1961 r. o transporcie drogowym i spedycji krajowej (Dz. U. z 1961 r. Nr 53, poz. 297). Przepis ten stanowi, że nie podlega karze za wykroczenia określone w art. 80—44 tej ustawy osoba, która wykonała decyzje organu przełożonego lub nadzorczego.

<sup>52</sup> J. Łętowski: op. cit., s. 245.

<sup>53</sup> Por. S. Piwnik: op. cit., s. 23.

<sup>54</sup> Mogą się zdarzyć sytuacje, w których ustawodawca przesuwając granice wymagalności zgodnego z prawem zachowania, żądając nawet w razie bezpośredniego zagrożenia życia dania posłuchu normom prawnym. Taki wypadek określony został w art. 5 § 1 dekretu z dnia 31.VIII.1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami wojennymi oraz dla zdrajców Narodu Polskiego (Dz. U. z 1946 r. Nr 69, poz. 376).

<sup>55</sup> S. Piwnik: op. cit., s. 14.

a w szczególności sprawstwo, i w końcu od tego, czy podwładny zrealizował wydane mu polecenie.

W niektórych wypadkach samo wydanie polecenia służbowego niezgodnego z prawem może stanowić realizację znamion czynu zabronionego. Jeżeli np. prezes sądu wyda polecenie sędziemu, aby w określony sposób rozstrzygnął sprawę, to prezes, bez względu na szczegółową treść tego polecenia, popełnia przestępstwo z art. 246 k.k. Uogólniając, jeżeli wydanie polecenia służbowego przez funkcjonariusza publicznego stanowi przekroczenie uprawnień tego funkcjonariusza i powoduje zagrożenie dla dobra społecznego lub jednostki, to czyn taki realizuje znamiona art. 246 k.k., chyba że wyczerpuje również znamiona innego typu czynu zabronionego (art. 246 § 4 k.k.). Jeżeli wydanie polecenia służbowego łączy się z naruszeniem praw pracownika wynikających ze stosunku pracy lub z przepisów o ubezpieczeniu społecznym i motywowane było złośliwością lub charakteryzowało się uporczywością, to niezależnie od działań wykonującego polecenie może wchodzić w grę kwalifikacja prawna z art. 190 k.k. Ze względu na pobudkę działania wydanie bezprawnego rozkazu prowadzić może do odpowiedzialności za przestępstwo z art. 319 k.k. za nadużycie swych uprawnień w celu wyrządzenia dolegliwości podwładnemu lub młodszemu stopniem.

Dawniej w doktrynie wydanie polecenia dokonania czynu zabronionego kwalifikowano jako podżeganie.<sup>56</sup> Związane to było z wąskim ujmowaniem sprawstwa przez panującą teorię formalno-objektywną, według której sprawcą jest tylko ta osoba, która swoim zachowaniem zrealizowała znamiona czynu zabronionego. Poleceniodawca nie mógł więc być traktowany jako sprawca przestępstwa. Sytuacja zmieniła się diametralnie na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. Art. 290 § 2 k.k. nie pozostawia pod tym względem cienia wątpliwości stanowiąc, że ten kto wydał rozkaz, w wykonaniu którego dopuszczono się przestępstwa, odpowiada za sprawstwo. Przepis ten jest właściwie zbędny ze względu na zakwalifikowanie przez art. 16 k.k. — do kategorii sprawstwa — kierowania wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę. Stosunek władztwa, jaki zachodzi między rozkazodawcą a rozkazobiorcą oraz między przełożonym a podwładnym, pozwala bez większych wątpliwości zakwalifikować odpowiedzialność wydającego polecenie służbowe, w wykonaniu którego dopuszczono się czynu zabronionego, jako opartą na konstrukcji sprawstwa kierowniczego. Pogląd ten jest właściwie powszechnie aprobowany w polskiej doktrynie prawa karnego.<sup>57</sup> Rozwiązanie ustawy należy uznać za trafne. Wydający polecenie jest osobą, która organizuje i z racji swej funkcji władczej kieruje wykonaniem czynu zabronionego. Sprowadzenie roli takiej osoby we współdziałaniu przestępnym do funkcji podżegania lub pomocnictwa nie jest adekwatne do społecznego poczucia prawnego.<sup>58</sup> Sprawstwo kierownicze to coś więcej we współdziałaniu przestępnym niż podżeganie lub pomocnictwo. Konstrukcja ta dobrze oddaje stosunek podporządkowania bezpośredniego wykonawcy czynu zabronionego wydającemu polecenie służbowe przełożonemu.

Potraktowanie osoby wydającej polecenie (rozkaz) za sprawcę przestępstwa realizowanego przez wykonawcę polecenia (ściślej: za współsprawcę) ma istotne znaczenie praktyczne. Polecenie (rozkaz) prowadzące do dokonania czynu zabro-

<sup>56</sup> Por. E. Krzymuski: op. cit., s. 156; S. Glaser: op. cit., s. 26; S. Śliwiński: op. cit., s. 204.

<sup>57</sup> Por. W. Wolter: op. cit., s. 302; J. Łętowski: op. cit., s. 246; J. Muszyński: op. cit., s. 61—62; S. Piwnik: op. cit., s. 16.

<sup>58</sup> Por. Uzasadnienie do projektu k.k., Warszawa 1968, s. 100.

nionego (a więc w przyjętym tu rozumieniu polecenie bezprawne) może stanowić w niektórych wypadkach jedynie podstawę odpowiedzialności przełożonego za przestępstwo nieumyślne. Przełożony może wydać np. polecenie nieostrożnego zachowania lub nie uwzględniające kwalifikacji odbiorcy polecenie np. jazdy pojazdem mechanicznym wbrew obowiązującemu zasadom ostrożności. Odpowiedzialność przełożonego za wynikłe skutki (np. śmierć uczestnika ruchu) będzie odpowiedzialnością za przestępstwo nieumyślne. Przy kwalifikacji poleceńodawcy jako podlegacza powstają zasadnicze trudności z uzasadnieniem jego odpowiedzialności za nie zamierzone, ale zawinione wskutek lekkomyślności lub niedbalstwa skutki wydanego polecenia.<sup>59</sup>

Jeżeli wykonujący polecenie nie zrealizował, wbrew treści polecenia, czynu zabronionego, to wydający polecenie — z wyjątkiem wypadków, kiedy już samo wydanie polecenia stanowi realizację typu czynu zabronionego — nie może odpowiadać za dokonanie przestępstwa. Sprawstwo kierownicze czerpie sens swojego bezprawia z zaatakowania chronionej prawem wartości społecznej, a nie z samego kierowania czynem zabronionym wykonywanym przez inną osobę. Przestępstwo w formie sprawstwa kierowniczego jest więc dokonane tylko wtedy, kiedy wykonawca zrealizuje wszystkie znamiona czynu zabronionego. Wydający polecenie może zatem odpowiadać za usiłowanie pod warunkiem, że miał zamiar dokonania czynu zabronionego i że jego zachowanie zmierzało już bezpośrednio do realizacji zamiaru. Wydaje się, że wydanie polecenia (rozkazu) podwładnemu może być uznane za wyczerpujące znamiona zachowania zmierzającego bezpośrednio do dokonania.<sup>60</sup> Odwołanie bezprawnego polecenia przed przystąpieniem wykonawcy do jego realizacji należy traktować jako prowadzące do bezkarności dobrowolne odstąpienie od zamiaru popełnienia przestępstwa. W późniejszych stadiach, przy zaawansowanej realizacji polecenia, do bezkarności konieczne będzie aktywne zapobieżenie nastąpienia czynu zabronionego.

Ramy tego opracowania nie pozwalają na omówienie wszystkich zagadnień związanych ze znaczeniem polecenia służbowego dla odpowiedzialności karnej. Ograniczyłem się więc do analizy tych problemów, które — m. zd. — są najistotniejsze z punktu widzenia charakteru prawnego omawianej instytucji i praktycznych konsekwencji przyjętych rozwiązań.

<sup>59</sup> Patrz: wytyczne Sądu Najwyższego w sprawach o przestępstwa drogowe z 28.II.1975 r., OSNKW nr 3—4/1975, poz. 33.

<sup>60</sup> Tak samo J. Muszyński: op. cit., s. 62—64 oraz S. Piwnik: op. cit., s. 18.

## EWA BORKOWSKA-BAGIEŃSKA

### O PATRONACH ALBO ADWOKATACH — TEKST Z 9.II.1777 R. NIE ZNANEGO AUTORA

*Autorka omawia nie znane ogółowi prawników, zwłaszcza adwokatów, materiały z dyskusji, jaka się toczyła nad statusem adwokatów w czasie prac nad Zbiorem Praw Sądowych Andrzeja Zamoyskiego.*

W XVII i w pierwszej połowie XVIII wieku, a więc w okresie oligarchii magnackiej, zaznaczył się w Polsce wyraźny upadek sądownictwa. Nie skodyfikowane prawo sądowe i wadliwa organizacja sądów, których kompetencja nie była