

Milena van Voorden

Rozkaz wojskowy jako instytucja prawa karnego : podstawowe zagadnienia

Studia Prawnoustrojowe nr 23, 63-73

2014

Artykuł został 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, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

Milena van Voorden

Katedra Procesu Karnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Rozkaz wojskowy jako instytucja prawa karnego. Podstawowe zagadnienia

Pojęcie rozkazu wojskowego jest pojęciem prawnokarnym. Kodeks karny ustanawia jego definicję w art. 115 § 18, zgodnie z którym rozkaz to polecenie określonego działania lub zaniechania wydane służbowo żołnierzowi przez przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem¹. Wydawałoby się, iż definicja ta nie stwarza poważnych wątpliwości co do istoty rozkazu. Warto jednak poddać ją głębszej analizie.

Rozkaz jako kategoria prawa karnego powinien być rozpatrywany pod kątem praktycznego zastosowania. Podstawowym zagadnieniem wydaje się kwestia granic mocy wiążącej bezprawnego rozkazu oraz odpowiedzialności karnej wykonawcy. Należy pamiętać, iż właściwe i jednoznaczne określenie oraz pojmowanie treści rozkazu wywiera wpływ na prawidłowe kształtowanie się orzecznictwa w sprawach o przestępstwa związane z rozkazodawstwem wojskowym. Rozkaz nie jest przecież kategorią abstrakcyjną². Jest to instrument działania określonej grupy społecznej, jaką jest armia. Rozkaz będzie miał rację bytu w aspekcie prawnokarnym dopiero wtedy, gdy zaistnieje problem prawny związany z nieposłuszeństwem wobec przełożonych albo przestępnym działaniem w jego wykonaniu.

Na początek należy przede wszystkim ustalić definicję rozkazu oraz najważniejsze jego elementy. W literaturze istnieją dwie grupy prawnych definicji rozkazu. W zależności od ich źródła wyróżnia się pojęcia stworzone przez ogólną teorię prawa oraz pojęcia oparte o normy prawa pozytywnego.

Definicje wypracowane przez naukę o normach cechuje zbyt duża ogólnikowość, nie mogą być one zatem bezpośrednio odniesione do praktyki orzeczniczej. Przedstawiciele tej dyscypliny naukowej interesuje rozkaz od strony

¹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

² J. Ziewiński, *Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, MON, Warszawa 1986, s. 9–11.

norm i ich stanowienia³. Nie należy jednak zapominać, że wywiera ona duży wpływ na kształtowanie się tego pojęcia w węższym, prawnokarnym zakresie oraz w przepisach wojskowych.

Na gruncie polskim pierwsze definicje rozkazu zostały sformułowane w okresie międzywojennym i nawiązywały do przepisów prawa wojskowego i karnego. Rozkaz pojmowano wtedy, w węższym rozumieniu, jako jednostronne oświadczenie woli przełożonego bądź kategoryczne (stanowcze) wyrażenie woli rozkazującego. Taka definicja nie zawiera jednak wszystkich istotnych elementów rozkazu. Przede wszystkim traktowanie rozkazu jako oświadczenia woli przełożonego jest bardzo ogólnikowe. Również jednostronność nie jest jedyną jego istotną cechą, gdyż nie odróżnia rozkazu od pozostałych jednostronnych oświadczeń woli. Definicja rozkazu powinna zatem uwzględniać zarówno jego materialnoprawną stronę: źródła rozkazodawstwa, przedmiotowy zasięg oraz źródła posłuchu dla rozkazu, jak i stronę formalną, czyli uprawnione podmioty stosunku rozkazodawstwa i tryb stanowienia normy rozkazowej.

Istotne jest rozróżnienie dwóch członów aktu rozkazodawstwa – czasownikowego (wydanie rozkazu, rozkazywanie) i rzeczowego (treść rozkazu). W zależności od tego, na który człon położyć nacisk, różnie będzie się kształtować pojęcie rozkazu. Od strony czynnościowej rozkaz będzie *wyrażeniem woli przełożonego*, podczas gdy od strony treści ważne będzie samo *polecenie*. W obydwu wypadkach rozkaz jest pojmowany jednostronnie, tymczasem jest on przecież jednością faktu *wyrażania woli* i *treści nakazanej czynności*. Te dwa czynniki połączone są tworzeniem się powinności i narzucaniem woli jednej osoby innemu podmiotowi w wiążący sposób. To właśnie ten moment odróżnia rozkaz od innych jednostronnych aktów woli. Zatem nie samo zachowanie się rozkazodawcy i treść rozkazu będą najważniejszymi czynnikami. Podstawą pojęcia rozkazu jest okoliczność, w jakiej doszło do powstania reguły zachowania się, dlaczego ta reguła jest wiążąca dla adresata oraz co ją odróżnia od powstawania innych reguł ludzkiego postępowania.

Ze względu na prawne znaczenie tych elementów inaczej będzie się przedstawiać rozkaz występujący w grupach społecznych zorganizowanych na podstawach prawnych od poleceń powstałych w pozostałych grupach. Stosunek władzy w tym przypadku jest stosunkiem opartym na przepisach wydanych przez władzę państwową. Źródło władzy rozkazodawcy ma oparcie w przepisach prawa, tak samo zresztą jak środki przymusu. Podstawą posłuszeństwa staje się zatem nie tylko autorytet rozkazującego, ale przede wszystkim moc prawna, która wytwarza faktyczną przewagę nad rozkazobiorcą. Właśnie w takich legalnych układach społecznych powstawać będą rozkazy *sensu stricto*, będące przedmiotem zainteresowania prawa karnego.

³ Ibidem, s. 12–13.

Istnienie stosunku legalnej władzy jest zatem warunkiem powstania, źródłem oraz elementem charakteryzującym i wyróżniającym rozkaz spośród innych aktów woli.

Omawiając stosunek władztwa, nie można pominąć kwestii obowiązku posłuszeństwa. Wypełnienie rozkazu może być bowiem osiągnięte w drodze przymusu i zagrożenia sankcją karną. Adresat rozkazu znajduje się zatem w specyficznym położeniu. Z jednej strony ma on obowiązek posłuszeństwa wobec rozkazodawcy – posłuszeństwa rozkazom wiążącym. Z drugiej strony należy mieć na uwadze stan psychiczny adresata, ukształtowany przez obowiązek wykonania rozkazu, jak również przez zagrożenie sankcjami w przypadku jego niespełnienia. Uwzględnia się tutaj okoliczność mogąca rzutować na stopień zawinienia lub wymiar kary, gdy wykonując rozkaz, adresat popełnia przestępstwo. Właśnie tę przymusową sytuację adresata należy zaliczyć do istotnych elementów rozkazu.

Mimo iż rozkaz wyraźnie różni się od innych aktów woli przełożonych, zachodzi między nimi wzajemny stosunek. Pojęcia te nakładają się na siebie, eliminując się zarazem. Należy przyjąć, że każdy rozkaz jest poleceniem, jednakże nie każde polecenie jest rozkazem *sensu stricto*. Rozkaz znajduje swe pole działania tam, gdzie dla realizacji celów społecznych stosunki wewnętrzne oparte będą na surowej dyscyplinie. Powoduje to istotne ograniczenie swobody działania podwładnych, dlatego system ten jest prawnie usankcjonowany i ograniczony do wyjątkowych przypadków. Taką grupą społeczną będą związki militarne, a źródłem takiego podporządkowania wyłącznie normy prawne. Zagrożenie sankcją kary sądowej będzie zatem nie tylko ważnym elementem pojęcia rozkazu, ale również rozgraniczy rozkaz wojskowy od polecenia zwierzchnika cywilnego. W stosunkach pozamilitarnych mogą wprawdzie grozić sankcje, będą to jednak sankcje porządkowe albo dyscyplinarne. Tak na przykład w ustawie o Policji odpowiedzialność dyscyplinarna grozi za popełnienie przewinienia dyscyplinarnego polegającego na naruszeniu dyscypliny służbowej. Naruszeniem tej dyscypliny będzie zawinione przekroczenie uprawnień lub niewykonanie obowiązków wynikających z przepisów prawa lub rozkazów i poleceń wydanych przez przełożonych⁴. Niewykonanie poleceń zwierzchnika cywilnego może być z kolei tylko wyjątkowo uznane za czyn karalny sądownie – jednak nie jako formalne przestępstwo nieposłuszeństwa, a jedynie odnosić się będzie do skutków niewykonania polecenia jako przestępne niedopełnienie obowiązku albo karalne przekroczenie polecenia⁵. Zatem nie tylko teoretycznie, ale także praktycznie polecenia zwierzchnika cywilnego nie są rozkazami, przede wszystkim z braku obowiązku bezwzględnego posłuszeństwa i braku zagrożenia sankcją kary za samo

⁴ Art. 132, ust. 1–2 ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. nr 30. poz. 179 ze zm.).

⁵ J. Ziewiński, op. cit., s. 33.

niewypełnienie nakazu. Rozkaz wojskowy w odróżnieniu od innych poleceń ma charakter imperatywny i jest nasycony absolutną koniecznością spełnienia.

Konsekwencją różnego stopnia posłuszeństwa podwładnych są różnice w uprawnieniach przełożonych co do możliwości stosowania przez nich środków przymusu. Przełożony wojskowy jest uprawniony, a wręcz zobowiązany zastosować wszelkie środki niezbędne do wymuszenia posłuchu. W wypadku nieposłuszeństwa lub oporu żołnierz może zastosować środki niezbędne, by wymusić posłuch dla rozkazu, do którego wydania był uprawniony, jeżeli wymagane jest natychmiastowe przeciwdziałanie i nie da się osiągnąć celu w inny sposób. Kodeks karny wyraźnie wyłącza bezprawność działania żołnierza w takich okolicznościach⁶. Zwierzchnik cywilny nie rozporządza tak daleko idącą władzą. Żadne przepisy nie uprawniają go do stosowania tak drastycznych środków posłuchu ani nie istnieje tutaj instytucja analogiczna do ostatecznej potrzeby – nie zachodzi konieczność wymuszania posłuchu.

Z rozkazami w wąskim znaczeniu mamy do czynienia tylko tam, gdzie nasilenie władzy ustanowionej prawnie oraz podporządkowanie i posłuszeństwo znamionuje najwyższy stopień. Tego typu dyscyplina zachodzi tylko w armii i tam też mamy do czynienia z rozkazodawstwem. W zespołach cywilnych brak jest prawnych i faktycznych warunków tworzenia tego typu rozkazu. Tutaj pojawiają się akty woli niższego rządu i obowiązek posłuszeństwa niższego stopnia, nawet pomimo używania przez niektóre akty prawne terminu „rozkaz”.

Należy zgodzić się, że podstawą dyscypliny wojskowej jest posłuszeństwo podwładnych swym przełożonym. Ten obowiązek gwarantują ustawy, na podstawie których można również stosować przymus, a nawet sankcje. Z punktu widzenia prawa karnego najbardziej istotnym zagadnieniem będzie granica mocy wiążącej rozkazu bezprawnego, rozkaz wydany zgodnie z prawem nie rodzi bowiem konsekwencji prawno-karnych. Ustawa zakreśla granicę odpowiedzialności podwładnego, narzucając mu pewną barierę posłuszeństwa, poza którą nie może on wykraczać. Na pierwszym miejscu unormowania ustawowego znajdują się zasady odpowiedzialności rozkazobiorcy popełniającego czyn mający znamiona przestępstwa. Dopiero w drugiej kolejności mówi się o odpowiedzialności za niewykonanie rozkazu. Sprzeczność rozkazu z prawem rodzi zatem odpowiedzialność nie tylko z tytułu naruszenia przepisów prawa, rzutuje również na odpowiedzialność z tytułu jego niewykonania. Należy przy tym pamiętać, że osoba wydająca bezprawny rozkaz zawsze ponosi z tego tytułu odpowiedzialność.

W nauce prawa karnego ukształtowały się cztery kierunki poglądów co do mocy wiążącej bezprawnego rozkazu i odpowiedzialności wykonawcy tego rozkazu⁷:

⁶ Art. 319 § 1 k.k.

⁷ M. Czyżak, *Odrębność polskiego prawa karnego wojskowego wobec prawa karnego powszechnego*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2010, s. 102.

1) doktryna „ślepych bagnetów”, zwana też doktryną „milczących bagnetów” lub biernego posłuszeństwa,

2) doktryna „myślących bagnetów” oraz jej dwie odmiany:

- doktryna umiarkowanego posłuszeństwa,
- teoria stosunkowania (proporcji) dóbr prawnych.

Pierwsza z wymienionych w swej czystej postaci zakłada bezwzględny obowiązek posłuszeństwa w wykonaniu rozkazów przełożonego bez względu na ich treść. Konsekwencją tego jest pełny immunitet wykonawcy rozkazu – odpowiedzialność karną za skutki wynikłe z wykonania bezprawnego rozkazu ponosi tylko rozkazodawca. Wykonawca nie jest zobowiązany (ani uprawniony) do jakiegokolwiek oceny treści rozkazu – czy to jego zasadności, czy to zgodności z prawem⁸. Wyraźnie widać, iż teoria ta nie uwzględnia realiów demokratycznego państwa prawa, będąc tym samym niemożliwą do przyjęcia przez współczesne prawo karne⁹. Trudno bowiem sobie wyobrazić, aby we współczesnym społeczeństwie zaakceptowano wizerunek żołnierza-maszyny, który wykonuje bezprawne rozkazy i jest pozbawiony wątpliwości co do ich zgodności z prawem.

Przeciwstawną do teorii „ślepych bagnetów” jest teoria „myślących bagnetów” wraz ze swoimi odmianami. Ogólnie traktuje ona o niemożności uznania rozkazu za okoliczność uchylającą odpowiedzialność karną sprawy przestępstwa. Zakłada, że żołnierz jako istota myśląca w pewnych wypadkach może rozkazu nie wykonać. W swej czystej postaci pełną odpowiedzialność nakłada ona na rozkazobiorcę, nakazując mu tym samym ocenę każdego rozkazu. Takie rozwiązanie utrudnia możliwość sprawnego wydawania poleceń służbowych, a zatem nie może być uważane za właściwe¹⁰. Skoro armia opiera się na hierarchii i dyscyplinie, niemożliwe do zaakceptowania byłoby poddawanie przez rozkazobiorcę każdego rozkazu ocenie.

Należy przyznać, że obydwie te doktryny charakteryzuje daleko idąca jednostronność. Właśnie z tego powodu w doktrynie i ustawodawstwie największe uznanie zdobyła teoria umiarkowanego (względego) posłuszeństwa. Koncepcja ta zakłada ogólnie wiążącą moc rozkazu bezprawnego, w pewnych sytuacjach jednak uznaje go za niewiążący i w konsekwencji przewiduje pociągnięcie jego wykonawcy do odpowiedzialności. Granicę obowiązku posłuszeństwa wyznacza tutaj element podmiotowy – świadomość zgodności z prawem albo bezprawności czynu wykonawcy rozkazu. Ocena, czy rozkaz jest wiążący, jest obowiązkiem względnym – nie ma przymusu takiej oceny, ale w przypadku świadomości jego bezprawności istnieje obowiązek powstrzymania się od wykonania rozkazu. Podwładny ma prawo uznać, że żadne wydawane mu rozkazy nie są dotknięte wadliwością i nie istnieje

⁸ J. Ziewiński, op. cit., s. 114.

⁹ M. Czyżak, op. cit., s. 103.

¹⁰ Ibidem.

obawa narażenia się na odpowiedzialność za ich wykonanie. Można mówić tutaj o powstaniu swoistej zasady ograniczonego zaufania – podwładny ma traktować polecenie jako wiążące aż do momentu, kiedy ewentualnie uświadomi sobie, że rozkaz nosi znamiona przestępstwa¹¹.

Ustawowe rozwiązania odpowiedzialności za działanie na rozkaz oparte mogą być na ograniczeniach podmiotowych albo przedmiotowo-podmiotowych¹². W praktyce legislacyjnej zakres odpowiedzialności najczęściej opiera się na elementach strony podmiotowej czynu – świadomość wykonawcy rozkazu co do zgodności jego treści z prawem będzie decydować o jego odpowiedzialności. Istnieją dwa kierunki: odpowiedzialność tylko przy winie umyślnej, przyjęta przez większość ustaw karnych oraz odpowiedzialność, która zajdzie również przy winie nieumyślnej. Polski kodeks karny w art. 318 wyraźnie stanowi, iż wykonawca rozkazu będzie podlegał odpowiedzialności karnej, gdy wykonując rozkaz umyślnie popełnia przestępstwo.

Pośrednim rozwiązaniem jest mniej popularna teoria stosunkowania dóbr, według której granicę posłuszeństwa bezprawnemu rozkazowi i odpowiedzialności wykonawcy powinno się oprzeć na zasadzie proporcji dóbr prawnych. Zakłada się, że poświęcenie interesu prawnego mniejszej wagi na rzecz interesu prawnego większej wagi nie stanowi bezprawia. Oznacza to, że czyn podwładnego będący wykonaniem bezprawnego rozkazu, należy uznać za prawne zachowanie, gdy naruszone wykonaniem rozkazu dobro przedstawia mniejszą wartość niż interes posłuszeństwa. Z drugiej strony czyn będzie bezprawny, gdy dobro naruszone będzie miało większą wartość niż obowiązek posłuszeństwa i dyscyplina¹³. W przypadku dóbr równej wartości czyn powinien być uznany za prawnie obojętny. Porównanie wartości kolidujących doprowadzi do ustalenia granicy posłuszeństwa podwładnego wobec konkretnego bezprawnego rozkazu, co jednak nie oznacza, że czyn stanie się prawny. Czyn pozostanie bezprawny, a jedynie wykonawca nie poniesie odpowiedzialności karnej. Podstawowym zastrzeżeniem, jakie budzi ta teoria, jest ocena wartości dóbr kolidujących. Ocena ta powinna być dokonana obiektywnie – przez ustawę lub sąd, a nie zależeć od subiektywnej strony wykonawcy rozkazu, co nastęrczałoby dodatkowych trudności. Ponadto warto zauważyć, że przestępstwa popełnione w trakcie wykonania rozkazu (gdy wartość naruszonego dobra była mniejsza niż nieposłuszeństwo rozkazowi) pozostałyby bezkarne, a wykonawca rozkazu mógł mieć pełną świadomość bezprawności czynu, lecz zasłoniłby się obowiązkiem wykonania rozkazu¹⁴.

¹¹ M. Fleming, *Kodeks karny – część wojskowa. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2000, s. 51–52.

¹² J. Ziewiński, op. cit., s. 121–131.

¹³ M. Czyżak, op. cit., s. 105.

¹⁴ J. Ziewiński, op. cit., s. 148–155.

Jak zatem kształtuje się ustawowa odpowiedzialność za działanie na rozkaz? Do pełnego zrozumienia problemu konieczne będzie przybliżenie kilku pojęć. Pojęcie rozkazu prawnego czy zgodnego z prawem nie stwarza wątpliwości, dlatego podstawowym pojęciem wymagającym analizy jest pojęcie rozkazu bezprawnego jako wyznacznika granicy mocy wiążącej rozkazu. Kwestia bezprawności może dotyczyć jednak tylko takiego objawu woli przełożonego, który faktycznie będzie rozkazem – polecenia nie dotyczące służby nie są zatem rozkazami, a tym samym nie są wiążące. Podwładny nie tylko nie będzie odpowiadał karnie za ich niewykonanie, ale ponadto będzie on w pełni odpowiadał za swoje postępowanie w ramach wykonania rozkazu, bez możliwości zastąpienia się art. 318 k.k.¹⁵ Ujmując ogólnie, należy powiedzieć, iż rozkaz bezprawny to taki rozkaz, który sprzeciwi się jakimkolwiek normom prawnym. Wyróżnia się zatem dwa rodzaje bezprawności: ogólną, naruszającą wszelkie dziedziny prawa, oraz szczególnego charakteru, naruszającą normy prawa karnego. W postanowieniu z dnia 22 czerwca 1961 r. Najwyższy Sąd Wojskowy stwierdził, że pojęcia rozkazu bezprawnego i rozkazu przestępnego nie są tożsame – każdy rozkaz przestępny jest rozkazem bezprawnym, ale odwrotnie stosunek ten nie zawsze zachodzi¹⁶. Przepisy karne zawężają granice odpowiedzialności za rozkaz bezprawny, obciążając podwładnego odpowiedzialnością jedynie za czyny przestępne. Rozkaz sprzeczny z normami prawa, ale nie będący rozkazem przestępnym, powinien być wykonany, a odpowiedzialność za jego treść spada na rozkazodawcę¹⁷. Ustawodawca uznał zatem, że naruszenie pewnego kręgu przepisów prawa w wykonaniu rozkazu stanowi mniejszą szkodę społeczną niż nieposłuszeństwo wobec rozkazów. Żołnierz musi zatem wykonać rozkaz bezprawny, ale nieprzestępny. Takie rozwiązanie niewątpliwie stanowi zabezpieczenie utrzymania wysokiej dyscypliny w siłach zbrojnych.

Ustawa sankcjonuje przy tym podstawową zasadę dyscypliny wojskowej, jaką jest posłuszeństwo rozkazom. Żołnierz ma obowiązek wykonać każdy rozkaz służbowy, nie obawiając się odpowiedzialności karnej, z wyjątkiem rozkazu przestępnego¹⁸. Wart uwagi jest również fakt, że rozkaz nie musi w swej treści nakazywać popełnienia przestępstwa dosłownie – przestępstwo może być dopiero następstwem wykonania rozkazu. Do przestępnych zaliczają się jednak tylko te rozkazy, które już w czasie ich wydania bezspornie nakazywały popełnienie przestępstwa. Jan Ziewiński definiuje je jako „rozkazy spełnienia czynności związanej ze sprawami służbowymi, a jednocześnie

¹⁵ M. Flemming, op. cit., s. 51.

¹⁶ Postanowienie Najwyższego Sądu Wojskowego z dnia 22 czerwca 1961 r., Rw. 624/61, [w:] *Orzecznictwo Najwyższego Sądu Wojskowego za lata 1959–1962*, Warszawa 1964, poz. 6, s. 28.

¹⁷ M. Flemming, op. cit., s. 51.

¹⁸ S.M. Przyjemski, *Prawo karne wojskowe*, Arche s.c., Gdańsk 1999, s. 79.

nieuchronnie powodującej przestępstwo”. Takie rozkazy powinny być uznane za nadużycie władzy rozkazodawczej i nie mogą rodzić obowiązku posłuszeństwa, a tym samym ich wykonanie skutkuje karalnością wykonawcy¹⁹.

Treść art. 318 k.k. statuuje ogólną zasadę, iż żołnierz jest obowiązany wykonać każdy rozkaz przełożonego i zwolniony jest z odpowiedzialności karnej za ewentualne przestępstwo wynikłe z wykonania bezprawnego rozkazu. Ustawodawca wyraźnie jednak zaznaczył, że odpowiedzialność ta będzie miała miejsce w przypadku, gdy żołnierz wykonując rozkaz, umyślnie popełnia przestępstwo. Kodeks karny opiera więc zasady odpowiedzialności żołnierzy na winie umyślnej. Zaznaczyć należy, że chodzi tutaj o obydwie postaci winy umyślnej – bezpośredni zamiar popełnienia przestępstwa, gdy wykonawca będzie chciał popełnić przestępstwo, oraz zamiar ewentualny, gdy żołnierz będzie przewidywał i godził się z możliwością popełnienia przestępstwa²⁰. W przypadku, gdy wykonując bezprawny rozkaz, żołnierz nie wie ani nie godzi się na popełnienie przestępstwa, działa on w błędzie co do bezprawności swego czynu. Norma zawarta w art. 318 wyłącza zatem jego odpowiedzialność. Wyłączenie odpowiedzialności zaistnieje również w sytuacji, gdy wykonawca bezprawnego rozkazu nie akceptuje czynu zabronionego. Wyraźnie widać zatem, że samo ogólne wyobrażenie wykonawcy rozkazu o przestępności czynu, jak również opinia organu, że „musiał on mieć świadomość” nie wystarczą do pociągnięcia wykonawcy do odpowiedzialności.

Należy jednak pamiętać, że każdorazowe badanie treści rozkazu przez podwładnego prowadziłyby do zachwiania sprawności funkcjonowania rozkazodawstwa i podważania zasady dyscypliny wojskowej. Rozkazobiorca nie może kontrolować ani odmówić wykonania rozkazu niezgodnego z innymi dziedzinami niż prawo karne, gdyż ustawodawca, nakładając obowiązek wykonania wszelkich nieprzestępnych rozkazów, wyraźnie chciał uniknąć analizowania i sprawdzania ich mocy wiążącej. Z tego powodu kodeks karny przewiduje odpowiedzialność karną nie tylko za odmowę lub niewykonanie rozkazu, ale również za wykonanie rozkazu niezgodnie z jego treścią²¹. Poglądy Najwyższego Sądu Wojskowego były w tej kwestii jednolite: „zmuszanie podwładnego czy choćby zezwalanie mu na rozważania co do prawności otrzymanego rozkazu podważałoby karność i dyscyplinę wojskową w stopniu uniemożliwiającym sprawną działalność sił zbrojnych”²². Także w świetle dzisiejszych przepisów pogląd ten wydaje się być jak najbardziej uzasadniony. Z przepisów nie wynika obowiązek badania rozkazu dopóty, dopóki nie budzi on podejrzeń co do swego charakteru prawnego. Adresat rozkazu ma

¹⁹ J. Ziwiński, op. cit., s. 252.

²⁰ L. Gardocki, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 76–77.

²¹ Art. 343 § 1 k.k.

²² Postanowienie Najwyższego Sądu Wojskowego z dnia 22 czerwca 1961 r., *Rw. 624/61...*, s. 30.

obowiązek uznawać rozkaz za wiążący i prawny tak długo, jak długo nie będzie on budził podejrzeń co do swojej nieprzestępnosci – zasada ta będzie jednak dotyczyła tylko rozkazów noszących znamiona przestępstwa, nie zaś wszystkich rozkazów bezprawnych.

Z zagadnieniem mocy wiążącej rozkazu ściśle wiąże się kwestia uprawnienia żołnierza do zgłoszenia prośby o potwierdzenie rozkazu na piśmie. Regulamin Ogólny Sił Zbrojnych RP wyraźnie ustanawia to prawo. Podwładny może wystąpić o potwierdzenie rozkazu na piśmie, szczególnie gdy jego wykonanie miałoby nastąpić w wyjątkowych warunkach lub w sposób odmienny od ogólnie przyjętego. Co więcej, rozkazodawca ma obowiązek wniosków ten uwzględnić, a podwładny musi rozkaz wykonywać dopóty, dopóki nie nosi on oczywistych znamion przestępstwa²³. Procedura ta ma głównie na celu danie podwładnemu możliwości udokumentowania swoich wątpliwości co do treści rozkazu prawnie wadliwego, a może też skłonić rozkazodawcę do przemyślenia treści rozkazu i ewentualnej jego zmiany lub cofnięcia. Ponadto rozkaz na piśmie stanowić może dowód, iż czynność służbowa sprzeczna z prawem faktycznie została dokonana na rozkaz. Jest to jednak jedynie prawo zgłaszania prośby, nie zaś obowiązek – nie można zatem czynić podwładnemu zarzutu, iż nie uzyskał on potwierdzenia rozkazu na piśmie. Samo potwierdzenie nie stanowi również o tym, że rozkaz będzie podlegał wykonaniu. Nie będzie miało ono zatem żadnego formalnego wpływu na odpowiedzialność podwładnego – rozkaz pozostanie wiążący albo niewiążący ze względu na swoją treść, a nie formę.

Kolejną kwestią dotyczącą wykonania rozkazu bezprawnego będzie błąd – może on jednak dotyczyć tylko zgodności z normami prawa karnego. Adresat rozkazu może działać pod wpływem błędu co do przestępnego zachowania się albo co do samego obowiązku posłuszeństwa. Istotny będzie ponadto tylko błąd prawny, podczas gdy błąd faktyczny przekształci rozkaz bezprawny w rozkaz wiążący. Wyłączy on winę umyślną, a tym samym odpowiedzialność jego adresata. Problem pojawi się w sytuacji, gdy podwładny działa w błędzie, mylnie przypuszczając, że wykonanie rozkazu nosi znamiona przestępstwa. Oczywiście nie odpowie on za przestępstwo, które nie było skutkiem wykonania rozkazu, gdyż do niego nie doszło. Ten błąd nie usuwa jednak odpowiedzialności za niewykonanie rozkazu. Zgodnie zatem z zasadą posłuszeństwa rozkazom, gdy podwładny wątpi, czy odmowa wykonania rozkazu jest zgodna, czy niezgodna z prawem, to powinien on rozkaz wykonać, a w przeciwnym razie poniesie on odpowiedzialność za nieposłuszeństwo.

W pewnych sytuacjach zasady wyłączające odpowiedzialność karną żołnierza wykonującego rozkaz nie będą jednak miały zastosowania, np. w przypadku, gdy polecenie przełożonego nie będzie rozkazem lub gdy podwładny przekroczył polecenie albo wybrał bezprawny sposób jego realizacji. Należy tutaj przyjąć zasadę, iż czynności wykraczające poza rozkaz i wyczerpujące

znamiona przestępstwa nie mogą być w żadnym wypadku usprawiedliwiane obowiązkiem posłuszeństwa. Czyn taki nie może być uznany za czyn będący wykonaniem rozkazu, a podwładny powinien ponieść pełną odpowiedzialność za swoje zachowanie. Pogląd taki wyraził również Sąd Najwyższy, wyjaśniając, że bezkarność przestępnego działania w wykonaniu rozkazu dotyczy tylko tego działania, które było konieczne do wykonania rozkazu i tylko tych skutków, które były koniecznym następstwem wykonania polecenia²⁴. Wykonawca rozkazu powinien wybrać taki sposób jego wykonania, który nie będzie sprzeczny z prawem, a przy tym zachować należyłą ostrożność i staranność. Nie może przy tym ponosić odpowiedzialności za zachowanie konieczne do wykonania rozkazu lub jego konieczny skutek²⁵.

Wypada na koniec poruszyć kwestię odpowiedzialności przełożonego jako rozkazodawcy, czyli niejako autora przestępstwa. Ustawa nie wypowiada się wyraźnie co do formy działania rozkazodawcy przy realizacji przestępstwa, które jest rezultatem wykonania rozkazu. Należy przyjąć, iż przełożony powinien odpowiadać na podstawie art. 18 § 1 k.k. – jako sprawca kierowniczy. Jednakże nie realizuje ani nie uczestniczy on w realizacji czynności wykonawczej. Jego faktyczne działanie polega na wydaniu rozkazu bezprawnego, który ma znamiona przestępstwa, a czyn realizuje on poprzez podwładnego – to wykonawca spełnia rolę narzędzia, ale mimo to nie jest to przecież jego przestępstwo²⁶. Rozkaz jako akt woli obejmujący ściśle zgodne z jego treścią zachowanie się bez wątpienia mieści się zatem w ramach sprawstwa kierowniczego. Stosunek między podmiotami cechuje się przecież zależnością i pewnemu podporządkowaniu się woli kierującego.

Odpowiedzialność rozkazodawcy nie jest zależna od odpowiedzialności wykonawcy przestępnego rozkazu – zachodzi ona także wtedy, gdy wykonawca rozkazu będzie od niej zwolniony z uwagi na takie czy inne okoliczności uchylające. Z takiego stanu rzeczy wynikają dla przełożonego również dalsze konsekwencje. Przede wszystkim gdyby dobrowolnie odstąpił on od czynu (cofnął lub zmienił polecenie) albo zapobiegł przestępnemu skutkowi, to nie będzie on podlegał karze. Z kolei skorzystanie z nadzwyczajnego złagodzenia kary możliwe jest wówczas, gdy starał się on zapobiec temu skutkowi albo w razie usiłowania nieudolnego (wtedy sąd może nawet odstąpić od jej wymierzenia). Jeśli wykonawca rozkazu nie wiedział, że popełnia przestępstwo, rozkazodawca będzie ponosił odpowiedzialność sam. Gdyby rozkazobiorca miał świadomość popełniania przestępstwa w wykonaniu rozkazu, będą oni

²³ Regulamin Ogólny Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, Ministerstwo Obrony Narodowej Sztab Generalny Wojska Polskiego, Warszawa 2004, pkt 25.

²⁴ Wyrok SN z 25 czerwca 1966 r., Rw 476/66, „Orzecznictwo Izby Wojskowej Sądu Najwyższego” 1968, poz. 25.

²⁵ J. Ziewiński, op. cit., s. 292.

²⁶ M. Flemming, op. cit., s. 142.

odpowiadać razem²⁷. Ponadto należy mieć na uwadze, że odpowiedzialność rozkazodawcy będzie wyłączona w sytuacji, gdy działał on pod wpływem błędu faktycznego albo prawnego. Nie poniesie on również odpowiedzialności za eksces podwładnego, gdyż nie będzie on już obejmował rozkazu²⁸.

Wydawałoby się, iż definicja rozkazu nie powinna budzić większych wątpliwości. Warto jednak przeanalizować podstawowe jej zagadnienia i elementy. Rozkaz jest bowiem szczególną instytucją prawa karnego. Nie tylko ze względu na zawarcie jego definicji w kodeksie karnym, ale przede wszystkim ze względu na doniosłą rolę, jaką pełni dla dyscypliny wojskowej, będącej przecież podstawą funkcjonowania armii. Właśnie ze względu na tę rolę rozkaz, jego elementy oraz odpowiedzialność za jego wykonanie (lub niewykonanie) są podstawowymi instytucjami wojskowego prawa karnego.

Summary

The military order as an institution of the criminal law – fundamental issues

Key words: order, military order, military criminal law.

The article tries explaining the definition of the military order and the main problems with its definition. It brings up the problem of different definitions of the order and distinct views on its binding force. Furthermore, the article touches upon the issue of the responsibility for the actions – results of the orders – of both – its performer and his supervisor – the order.

²⁷ L. Czubiński, *Polskie wojskowe prawo karne w zarysie*, PWN, Warszawa 1981, s. 97–98.

²⁸ J. Ziwiński, op. cit., s. 293–298.