

Szymon Tarapata, Witold Zontek

Obowiązek wykonania rozkazu i niewykonanie rozkazu oraz ich prawnokarne konsekwencje

Obligation to obey an order and failure to obey an order
and their criminal law consequences

1. Przepisy regulujące posłuszeństwo rozkazowi

Służby mundurowe (dla klarowności wyводу pod tą nazwą opisujemy także żołnierzy), z uwagi na swoją hierarchiczną budowę, opierają się na dyscyplinie, której elementem jest posłuszeństwo rozkazom przełożonych. Poniżej przedstawiono tabelę z wykazem przepisów zobowiązujących funkcjonariuszy poszczególnych formacji mundurowych do wykonywania rozkazów.

Akt normatywny	Treść
Ustawa z 9 X 2009 r. o dyscyplinie wojskowej (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1489).	Art. 2. 1. Żołnierz obowiązany jest do przestrzegania dyscypliny wojskowej. Art. 3. Użyte w ustawie określenia oznaczają: 1) dyscyplina wojskowa – przestrzeganie przez żołnierza przepisów prawa dotyczących służby wojskowej i innych przepisów prawa przewidujących odpowiedzialność dyscyplinarną na zasadach i w trybie określonym w ustawie oraz wykonywanie rozkazów i decyzji wydanych w sprawach służbowych.

Akt normatywny	Treść
Decyzja Nr 445/MON Ministra Obrony Narodowej z 30 XII 2013 r. w sprawie wprowadzenia do użytku Regulaminu Ogólnego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.Urz. MON z 2013 r., poz. 398).	<p data-bbox="679 225 750 248">DZIAŁ I</p> <p data-bbox="542 254 891 301">PODSTAWOWE UWARUNKOWANIA SŁUŻBY WOJSKOWEJ</p> <p data-bbox="667 313 762 336">Rozdział I</p> <p data-bbox="545 342 886 419">ZASADY ZALEŻNOŚCI ŻOŁNIERZY PRZEŁOŻONY I PODWŁADNY, STARSZY I MŁODSZY</p> <p data-bbox="439 430 992 478">1. Organizacja wojska opiera się na hierarchicznym podporządkowaniu żołnierzy.</p> <p data-bbox="439 483 471 506">(...)</p> <p data-bbox="439 511 992 666">10. Podwładnym jest żołnierz lub osoba niebędąca żołnierzem, który na mocy prawa został podporządkowany przełożonemu pod względem organizacyjnym lub specjalistycznym, jeśli wynika to z dokumentów kompetencyjnych. Z tego tytułu jest on zobowiązany do wykonywania rozkazów, poleceń i wytycznych przełożonego.</p> <p data-bbox="498 684 933 707">WYDAWANIE I WYKONYWANIE ROZKAZÓW</p> <p data-bbox="439 719 992 797">13. Rozkaz jest poleceniem podjęcia określonego działania lub jego zaniechania wydanym służbowo żołnierzowi przez przełożonego (uprawnionego starszego).</p> <p data-bbox="439 802 992 850">14. Ilekroć mowa w regulaminie o rozkazie, należy przez to rozumieć również decyzje wydawane przez przełożonego.</p> <p data-bbox="439 855 992 933">15. Wydający rozkaz jest zobowiązany uwzględnić stopień przygotowania podwładnego, warunki i okoliczności wykonania rozkazu oraz zapewnić niezbędne do tego siły i środki.</p> <p data-bbox="439 938 992 1038">16. W wypadku utraty łączności z przełożonym, żołnierz działa samodzielnie, kierując się otrzymanym rozkazem (zadaniem), obowiązującymi przepisami prawa, regulaminów, instrukcji, jak również treścią roty przysięgi wojskowej.</p> <p data-bbox="439 1044 992 1091">17. Rozkaz wydaje się ustnie, na piśmie lub za pomocą sygnałów.</p> <p data-bbox="439 1097 471 1120">(...)</p> <p data-bbox="439 1125 992 1148">19. Rozkaz musi być zwięzły, zrozumiały i wydany stanowczo.</p> <p data-bbox="439 1153 992 1231">20. Żołnierz po otrzymaniu rozkazu wydanego ustnie potwierdza to słowem "ROZKAZ" i wykonuje go. Przełożony może sprawdzić zrozumienie rozkazu.</p> <p data-bbox="439 1236 992 1284">21. O wykonaniu rozkazu żołnierz melduje przełożonemu, który go wydał, jeśli przełożony nie zarządzi inaczej.</p> <p data-bbox="439 1289 471 1312">(...)</p> <p data-bbox="439 1317 992 1522">23. W szczególnie uzasadnionych wypadkach podwładny może wystąpić o wydanie rozkazu na piśmie, zwłaszcza gdy dotyczy on zadania do wykonania w specyficznych warunkach lub w sposób odmienny od ogólnie przyjętych zasad. Rozkazodawca ma obowiązek sporządzić rozkaz na piśmie, a podwładny rozkaz wykonać. W sytuacji gdy skutkiem rozkazu będzie popełnienie przestępstwa, podwładny ma prawo odmówić wykonania rozkazu.</p>

Akt normatywny	Treść
	<p>24. O niemożności wykonania rozkazu podwładny jest zobowiązany niezwłocznie powiadomić wydającego rozkaz, a o odmowie wykonania rozkazu podwładny jest zobowiązany niezwłocznie powiadomić przełożonego wyższego szczebla od przełożonego wydającego rozkaz, dokładnie opisując zaistniałą sytuację w formie ustnej lub pisemnej. (...)</p> <p>27. Rozkazodawca odpowiada za treść rozkazu oraz dające się przewidzieć skutki jego wykonania, a wykonawca rozkazu – za sposób realizacji.</p> <p>28. Żołnierz, który wykonując rozkaz wiedział lub godził się na to, że popełnia przestępstwo, ponosi odpowiedzialność karną. Odpowiedzialność karną ponosi również ten, kto taki rozkaz wydał. Ustalenie to obowiązuje niezależnie od treści punktów 23 i 25, których wymowę należy pojmować jako działanie mieszczące się w granicach prawa.</p>
Ustawa z 6 IV 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1882 z późn. zm.).	Art. 27. 1. Przed podjęciem służby policjant składa ślubowanie według następującej roty:
	„Ja, obywatel Rzeczypospolitej Polskiej, świadom podejmowanych obowiązków policjanta, ślubuję: służyć wiernie Narodowi, chronić ustanowiony Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej porządek prawny, strzec bezpieczeństwa Państwa i jego obywateli, nawet z narażeniem życia. Wykonując powierzone mi zadania, ślubuję pilnie przestrzegać prawa, dochować wierności konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej, przestrzegać dyscypliny służbowej oraz wykonywać rozkazy i polecenia przełożonych. Ślubuję strzec tajemnic związanych ze służbą, honoru, godności i dobrego imienia służby oraz przestrzegać zasad etyki zawodowej”.
	Art. 58. 1. Policjant jest obowiązany dochować obowiązków wynikających z rotę złożonego ślubowania. 2. Policjant obowiązany jest odmówić wykonania rozkazu lub polecenia przełożonego, a także polecenia prokuratora, organu administracji państwowej lub samorządu terytorialnego, jeśli wykonanie rozkazu lub polecenia łączyłoby się z popełnieniem przestępstwa. 3. O odmowie wykonania rozkazu lub polecenia, o których mowa w ust. 2, policjant powinien zameldować Komendantowi Głównemu Policji z pominięciem drogi służbowej.
	Art. 132. 1. Policjant odpowiada dyscyplinarnie za popełnienie przewinienia dyscyplinarnego polegającego na naruszeniu dyscypliny służbowej lub nieprzestrzeganiu zasad etyki zawodowej. 2. Naruszenie dyscypliny służbowej stanowi czyn policjanta polegający na zawinionym przekroczeniu uprawnień lub niewykonaniu obowiązków wynikających z przepisów prawa lub

Akt normatywny	Treść
	<p>rozkazów i poleceń wydanych przez przełożonych uprawnionych na podstawie tych przepisów.</p> <p>3. Naruszeniem dyscypliny służbowej jest w szczególności:</p> <ol style="list-style-type: none">1) niedopełnienie obowiązków policjanta wynikających ze złożonego ślubowania, a także przepisów prawa;2) odmowa wykonania lub niewykonanie rozkazu lub polecenia, z zastrzeżeniem przypadku określonego w art. 58 ust. 2; <p style="text-align: center;">Art. 141a.</p> <p>Przepisy art. 115 § 18 oraz art. 318 i 344 Kodeksu karnego mają odpowiednie zastosowanie do funkcjonariuszy Policji.</p>
<p>Ustawa z 12 X 1990 r. o Straży Granicznej (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1486 z późn. zm.).</p>	<p style="text-align: center;">Art. 33.</p> <p>1. Przed podjęciem służby funkcjonariusz Straży Granicznej składa ślubowanie według następującej roty:</p> <p>„Ja, obywatel Rzeczypospolitej Polskiej, świadom podejmowanych obowiązków funkcjonariusza Straży Granicznej – ślubuję służyć wiernie Narodowi Polskiemu, mając zawsze na względzie interes Państwa Polskiego.</p> <p>Ślubuję stać nieugięcie na straży niepodległości i suwerenności oraz strzec nienaruszalności granicy państwowej Rzeczypospolitej Polskiej, nawet z narażeniem życia.</p> <p>Ślubuję ściśle przestrzegać zasad Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i obowiązującego porządku prawnego oraz ofiarnie i sumiennie wykonywać powierzone mi zadania, przestrzegać dyscypliny służbowej, wykonywać rozkazy i polecenia przełożonych, dochować tajemnic związanych ze służbą, strzec dobrego imienia służby, honoru i godności, a także przestrzegać zasad etyki funkcjonariusza Straży Granicznej”.</p> <p style="text-align: center;">Art. 63.</p> <ol style="list-style-type: none">1. Funkcjonariusz jest obowiązany dochować obowiązków wynikających z rotty złożonego ślubowania.2. Funkcjonariusz obowiązany jest odmówić wykonania rozkazu lub innego polecenia, jeśli wykonanie rozkazu lub innego polecenia łączyłoby się z popełnieniem przestępstwa.3. O odmowie wykonania rozkazu lub innego polecenia, o którym mowa w ust. 2, funkcjonariusz powinien w formie pisemnej zameldować Komendantowi Głównemu Straży Granicznej z pominięciem drogi służbowej. <p style="text-align: center;">Art. 135. [Naruszenie dyscypliny służbowej – pojęcie]</p> <ol style="list-style-type: none">1. Naruszenie dyscypliny służbowej stanowi czyn funkcjonariusza polegający na zawinionym przekroczeniu uprawnień lub niewykonaniu obowiązków wynikających z przepisów prawa, w tym z rozkazów i poleceń wydanych przez przełożonych uprawnionych na podstawie tych przepisów.2. Naruszeniem dyscypliny służbowej jest w szczególności: <ol style="list-style-type: none">1) niedopełnienie obowiązków funkcjonariusza wynikających ze złożonego ślubowania, a także z przepisów prawa;2) odmowa wykonania lub niewykonanie rozkazu lub polecenia, z zastrzeżeniem przypadku określonego w art. 63 ust. 2;

Akt normatywny	Treść
	Art. 143a. Przepisy art. 115 § 18 oraz art. 318 i 344 Kodeksu karnego mają odpowiednie zastosowanie do funkcjonariuszy Straży Granicznej.
Ustawa z 21 XI 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 372 z późn. zm.).	Art. 244. 1. W czasie mobilizacji lub wojny osoby pełniące służbę w obronie cywilnej lub w jednostkach zmilitaryzowanych albo do niej powołane ponoszą odpowiedzialność karną za przestępstwa popełnione w związku z tą służbą, według przepisów odnoszących się do żołnierzy w czynnej służbie wojskowej.

2. Rozkaz i jego niewykonanie

Definicja samego rozkazu znajduje się w art. 115 § 18 k.k. (polecenie określonego działania lub zaniechania wydane służbowo żołnierzowi przez przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem), a także w decyzji Nr 445/MON Ministra Obrony Narodowej z 30 XII 2013 r. w sprawie wprowadzenia do użytku Regulaminu Ogólnego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (polecenie podjęcia określonego działania lub jego zaniechania wydanym służbowo żołnierzowi przez przełożonego / uprawnionego starszego).

Jak wynika z powyżej przytoczonych aktów normatywnych, funkcjonariusze służb mundurowych są zobowiązani do wykonywania rozkazów, lecz ustawodawca nie przyjął skompromitowanej wielokrotnie w przeszłości teorii tzw. „ślepych bagnetów” (na którą powoływali się zbrodniarze wojenni), polegającej na bezwzględnym posłuszeństwie rozkazowi, niezależnie od jego charakteru¹. Oznacza to, że system prawny przewiduje wyjątki od bezwzględnego obowiązku wykonania rozkazu (por. cytowane wyżej regulacje ustawy o Straży Granicznej i Policji oraz decyzji MON). Przedstawiciel służb mundurowych nie jest więc bezwzględnie związany poleceniami swych przełożonych, lecz owo związanie sięga do tego punktu, w którym kończy się prawo.

W przypadku żołnierzy niewykonanie rozkazu stanowi przestępstwo z art. 343 k.k., natomiast w odniesieniu do funkcjonariuszy Straży Granicznej oraz Policji stanowi to przewinienie dyscyplinarne. Brak odpowiedzialności karnej lub dyscyplinarnej dla wszystkich tych

¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r., WA 16/15.

funkcjonariuszy jest regulowany identycznie art. 344 k.k. Jak podaje J. Majewski, „dyrektywa zawarta w art. 344 § 1 wskazuje wiążąco następujący sposób rozwiązywania rzeczzonego konfliktu: dyscyplina wojskowa musi ustąpić przed każdym dobrem prawnym chronionym, pod groźbą sankcji karnej, natomiast wszelkie te dobra prawne, których sankcja karna nie chroni, muszą ustąpić przed dyscypliną wojskową”². Odmowa wykonania rozkazu polecającego popełnienie przestępstwa lub jego niewykonanie jest wobec kategoriycznego sformułowania art. 344 § 1 k.k. (nie popełnia przestępstwa) legalna.

Kiedy zatem mamy do czynienia z rozkazem polecającym dokonanie przestępstwa?

Muszą zostać spełnione kumulatywnie dwa warunki (jest to kluczowe z uwagi na struktury normatywne identyfikowane w prawie karnym i zasady wykładni przepisów karnych w perspektywie metody wykładni derywacyjnej):

- a) przedmiotem rozkazu jest działanie lub zaniechanie odpowiadające opisowi zawartemu w znamionach przedmiotowych jakiegokolwiek typu czynu zabronionego, pomijając znamiona określające konsekwencje zachowania sprawcy, tj. skutek czy następstwo,
- b) nie ma podstaw prawnych do jego wydania, tj. jest bezprawny, albo są podstawy do jego wydania, lecz przełożony nie spełnia wszystkich przesłanek do jego wydania³.

Pierwszy z warunków nie sprawia szczególnych problemów, gdy chodzi o jego znaczenie. Opis zachowania (działanie / zaniechanie) musi być identyfikowalne w perspektywie znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego. Ocena tego następuje *ex ante*, tj. w czasie odebrania takiego rozkazu przez podwładnego. Zapewne rzadkością będzie takie sformułowanie treści rozkazu, które niejako „słowami ustawy” opisuje jego przestępczy charakter („Nakazuję złamać rękę zatrzymanemu”, „Nakazuję stworzyć bezpośrednie zagrożenie dla życia przez odłączenie od aparatury medycznej i zabranie pacjenta ze szpitala”). Chodzi raczej o te przypadki, gdzie ton rozkazu nominalnie jest neutralny i zgeneralizowany, lecz biorąc pod uwagę obiektywny kontekst zarówno jego wydania, jak i okoliczności ewentualnego wykonania oraz prawdopodobne

² J. Majewski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 344 k.k.

³ Tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2004 r., WA 13/04.

konsekwencje – odpowiada on znamionom przedmiotowym przestępstwa. I na tym polega największa trudność w podjęciu decyzji o nie-subordynacji. Wymaga ona posiadania nie tylko wiedzy o aktualnym stanie prawnym w zakresie typów czynów zabronionych, ale także aktualnej wykładni znamion oraz wiedzy o kontekście normatywno-społecznym. Tytułem przykładu, gdy przełożony poleca udanie się helikopterem do miejsca X, to jest to polecenie przestępstwa (np. art. 174 § 1 k.k.), gdy kontekst związany z warunkami pogodowymi, umiejętnościami podwładnego, stanem technicznym pojazdu oraz stosownymi procedurami wskazuje na istotne prawdopodobieństwo, że lot sprowadzi bezpośrednio niebezpieczeństwo katastrofy lotniczej. Odmowa wykonania rozkazu musi być poprzedzona pogłębioną analizą tych wszystkich czynników.

Drugie z kryteriów dotyczy oceny, czy przełożony jest w ogóle władny wydać taki rozkaz. Z istoty wykonywania zadań przez służby mundurowe wynika, że pewne zachowania, które formalnie są penalizowane, stanowią immanentny element ich pracy. Chociażby zachowania opisane w ustawie z 24 V 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 2418), czy art. 3 i in. ustawy z 21 XI 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 372 z późn. zm.) lub art. 2 i n. ustawy z 17 XII 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa (Dz.U. z 2014 r., poz. 1510 oraz z 2019 r., poz. 1726) stanowić mogą częstokroć realizację znamion przestępstw, ale z uwagi na treść tych aktów normatywnych, gdy spełnione są przesłanki użycia np. broni lub przymusu bezpośredniego – zachowania takie są legalne, gdyż stanowią realizację ustawowych kompetencji funkcjonariusza.

Może się wreszcie zdarzyć, że będzie istnieć formalna podstawa do wydania określonego rozkazu, lecz jego wydanie nastąpi niezgodnie z celem tejże podstawy prawnej. Chodzi tu o sytuację, w której dochodzi do swobodnego nadużycia określonego rozkazu, który nie służy określonemu celowi wojskowemu, lecz staje się jedynie pretekstem do tego, by wyrządzić określoną szkodę w dobrach prawnie chronionych innej osoby. Stanie się tak np. wtedy, gdy dowódca wyda polecenie stosowania środków przymusu bezpośredniego w oczywisty sposób nieproporcjonalnych do istniejącego zagrożenia, czyniąc to, by wyrządzić ciężki uszczerbek na zdrowiu człowiekowi, którego zachowanie jest źródłem określonego niebezpieczeństwa.

Dlatego dla oceny, czy dany rozkaz legalnie autoryzuje czynności realizujące formalnie znamiona typu czynu zabronionego, należy dokonać analizy całego kontekstu normatywnego stojącego u podstaw jego wydania.

W przypadkach, z którymi mamy do czynienia na granicy z Białorusią, ocena tego, czy rozkaz nakazuje popełnić przestępstwo, dotyczy właśnie konieczności uwzględnienia szeregu czynników natury prawnej i faktycznej. Chodzi przykładowo o następujące zachowania, które poleca się funkcjonariuszom:

1. Zawrócenie lub przetransportowanie osoby z użyciem siły poza granicę Rzeczypospolitej Polskiej (tzw. push-back) i zmuszenie jej do przejścia na stronę białoruską.
2. Odebranie osobie telefonu/ładowarki lub ich zniszczenie.
3. Brak przekazania żywności i napojów, środków podstawowej ochrony, lekarstw.
4. Odmowa dopuszczenia do tych osób pomocy medycznej.
5. Brak zgody na udzielenie chociażby chwilowej pomocy przez osoby trzecie (m.in. wolontariuszy).
6. Zabranie osób ze szpitala lub placówki medycznej i przewiezienie ich z powrotem na tereny przygraniczne (do lasu, w obrębie bagnistych terenów, na których panują dodatkowo ujemne temperatury).

W każdym z powyższych przypadków należy ocenić dwie kwestie:

- faktyczną – czy podjęcie tego zachowania sprowadza na daną osobę niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 k.k.), stanowi nieudzielenie pomocy (art. 162 k.k.), sprowadza niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób (art. 165 § 1 pkt 5 k.k.), stanowi zniszczenie lub zabór mienia z użyciem groźby lub przemocy (art. 288 k.k. i art. 280 k.k.),
- prawną – czy istnieje podstawa prawna do wydania rozkazu tej treści i czy wydanie tego rozkazu mieści się w jej granicach.

Jeżeli na pierwsze z tych pytań odpowiemy twierdząco, a na drugie przecząco to mamy do czynienia z rozkazem polecającym popełnienie przestępstwa.

3. Ryzyko dla funkcjonariusza w razie odmowy wykonania rozkazu; błąd co do kontratypu z art. 344 k.k.

Od strony formalnej zastosowanie art. 344 k.k., czy to do przestępstwa z art. 343 k.k., czy przewinienia dyscyplinarnego, powinno skutkować brakiem wszczęcia postępowania, a gdyby takowe wszczęto – do jego umorzenia. Jednak ostatecznie ocena spełnienia przesłanek art. 344 k.k. należeć będzie do podmiotu zewnętrznego wobec samego funkcjonariusza i jego przełożonego, czyli organów ścigania lub sądów.

Powstaje pytanie, jak rozwiązać problem błędnego rozpoznania rzeczywistości normatywnej i pozanormatywnej przez odmawiającego wykonania rozkazu. Błąd dotyczy kontekstu normatywnego, czyli bądź to ogólnej kompetencji przełożonego do sformułowania rozkazu, który prowadziłby do realizacji znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego, bądź to zakresu tych kompetencji. Innymi słowy, chodzi np. o przypadki, kiedy podwładny niezasadnie uznałby, że mimo iż w pewnych przypadkach jest możliwe wydanie polecenia użycia siły lub broni (istnieje podstawa normatywna autoryzująca takie działania – np. ustawa o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej), to *in concreto* nie można było polecić wykonania tej czynności.

Błąd dotyczący kontekstu faktycznego sprowadza się do nieprawidłowego rozpoznania rzeczywistości, które wpływa na ocenę tego, że *in concreto* rozkaz poleca dokonania przestępstwa (np. narażenia człowieka na niebezpieczeństwo utraty życia), podczas gdy *ex ante* – zdaniem odbiorcy rozkazu – nie istniało ryzyko takiego stanu rzeczy (odmawiający błędnie przypuszcza, że miejsce, w jakie ma odtransportować zatrzymaną osobę, jest niebezpieczne, podczas gdy zapewnione jej będzie tam adekwatne bezpieczeństwo, albo też niebezpieczeństwo istnieje, ale nie jest bezpośrednie).

4. Wyłączenie winy za czyn realizujący przestępczy rozkaz

Kodeks karny przewiduje okoliczność wyłączającą winę funkcjonariusza za wykonanie rozkazu, które sprowadza się do popełnienia przestępstwa. Jak wskazano wyżej – z poszczególnych regulacji merytorycznych (branżowych) wynika zakaz wykonywania rozkazu polecającego popełnienie przestępstwa. Jednak w sytuacji, w której funkcjonariusz

nie skorzysta ze ścieżki, jaką daje mu art. 344 k.k., wciąż jest w pełnym sposób chroniony. Z uwagi na specyfikę funkcjonowania służb w systemie hierarchicznego podporządkowania istnieje domniemanie obowiązku wykonania rozkazu zgodnie z jego treścią i zakaz jego kwestionowania. Zatem funkcjonariusz, postawiony w obliczu alternatywy – wykonać rozkaz albo – dostrzegając jego potencjalnie przestępczy charakter – odmówić, musi podjąć decyzję, która z uwagi na jego pozycję w strukturach służby, wiedzę, możliwości weryfikacji kontekstu prawnego i faktycznego niesie ryzyko. Albo bowiem dopuści się on przestępstwa, wykonując rozkaz, albo (gdyby jego wątpliwości okazały się niezasadne i nieusprawiedliwione) poniesie odpowiedzialność karną (żołnierz) lub dyscyplinarną (Policja, Straż Graniczna)⁴. Podkreślić należy jedno – zawsze wykonanie rozkazu polecającego popełnienie przestępstwa jest bezprawne⁵ i co najwyżej system prawny może uwolnić wykonującego rozkaz od kary, przewidując okoliczności wyłączające winę⁶ lub karalność. W przypadku art. 318 k.k. ustawodawca przesądził, że wyłączona zostanie wina funkcjonariusza, gdy wykona taki rozkaz, ale tylko wtedy, gdy będzie istnieć po jego stronie nieumyślność. Co to w praktyce oznacza?

Zgodnie z orzecznictwem „wykonaniem rozkazu w rozumieniu art. 318 k.k. jest tylko takie działanie lub zaniechanie, które zostało przez rozkazodawcę wprost nakazane, albo bez którego wykonanie rozkazu byłoby niemożliwe. Tylko w takich sytuacjach podwładny może uwolnić się od odpowiedzialności karnej za popełnione przestępstwo, nie odpowiada on też za skutki, które były koniecznym następstwem

⁴ „Dzięki unormowaniu z art. 318 k.k. w sytuacjach ryzykownych, dynamicznych, nieprzewidywalnych żołnierz nie musi zastanawiać się nad ewentualnością odpowiedzialności karnej. W sytuacjach tego rodzaju, gdy żołnierz ma świadomość prawdopodobieństwa, że zachowanie odpowiadające treści rozkazu zrealizuje przedmiotowe znamiona typu czynu zabronionego, oraz gdy zrealizowane są pozostałe przesłanki przyjęcia umyślności z art. 9 § 1 k.k., żołnierz ma obowiązek odmówienia wykonania rozkazu. Wówczas zastosowanie znajduje art. 344 § 1 k.k.” – P. Zakrzewski, *Stopniowanie...*, pkt IV.4.3. *Rozkaz...*

⁵ J. Majewski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 318 k.k.

⁶ „Regulacja art. 318 k.k. należy do okoliczności uchylających winę sprawcy czynu zabronionego. 2. W wypadku usprawiedliwionej nieświadomości podwładnego co do bezprawności popełnionego czynu podwładny nie podlega odpowiedzialności, natomiast gdy ta nieświadomość nie jest usprawiedliwiona, sąd może jedynie zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary” – wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2016 r., III KK 182/16.

wykonania rozkazu”⁷. Zatem okoliczność wyłączająca winę dotyczy jedynie wykonania rozkazu zgodnie z jego treścią, która nakazywała popełnić przestępstwo.

Z nieumyślnym czynem w wyniku wykonania rozkazu mamy do czynienia jedynie, gdy sprawca albo nie ma świadomości prawdopodobieństwa realizacji znamion jakiegoś czynu, ale – z uwagi na standard nałożony na niego przez system prawny – takową powinien mieć (nieświadoma nieumyślność), albo dostrzega owo prawdopodobieństwo, lecz nie chce ani nie godzi się na popełnienie czynu zabronionego (świadoma nieumyślność). Z tą drugą sytuacją będziemy mieć do czynienia, gdy dostrzegając wysokie prawdopodobieństwo realizacji znamion typu, sprawca podjął zachowanie, które w jego zamiarze miało zminimalizować to ryzyko, co wskazuje, że nie jest mu obojętne, czy do realizacji znamion dojdzie. Pamiętać należy, że gdyby wykazano, że godził się na to, że wykonując rozkaz, popełnia przestępstwo, okoliczność wyłączająca winę z art. 318 k.k. nie ma zastosowania. Wówczas bowiem podwładny, wykonując rozkaz, umyślnie popełnia przestępstwo w rozumieniu przywołanego przepisu.

W jaki zatem sposób funkcjonariusz może podjąć owe czynności minimalizujące niebezpieczeństwo? Rozpoznając zbyt duże ryzyko dla dobra prawnego, może chociażby zażądać wydania indywidualnie rozkazu na piśmie. Oczywiście nie prowadzi to automatycznie do wniosku o braku godzenia się, ale stanowi w pewnym sensie minimalny „ślad” powziętych wątpliwości, który może być wskazówką przemawiającą za tym, iż nie chce ani nie godzi się, aby czyn zabroniony nastąpił. Naturalnie wszelkie inne sposoby upewnienia się, czy rozkaz nie poleca popełnienia przestępstwa w postaci chociażby wniosku/prośby o doprecyzowanie warunków wykonania rozkazu albo udzielenia dodatkowych informacji (np. co będzie działo się z osobą zabraną ze szpitala i przekazaną dalej), są dowodowo trudne do wykazania z uwagi na to, że bezpośrednio zainteresowany przełożony wydający rozkaz nie ma interesu w tym, by pozostawiać ślad czyichkolwiek wątpliwości co do charakteru polecenia.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania (przedstawiające przykładowe konteksty prawnokarne rozkazu), a także szczątkową, ale już jednak powszechnie dostępną wiedzę o wątpliwościach co do legalności wprowadzenia stanu wyjątkowego na granicy, realiach wielokrotnych

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2012 r., WA 39/11.

push-backów osób słabszych (dzieci, kobiety, nastolatki), rzeczywistości pogodowo-infrastrukturalnej pogranicza polsko-białoruskiego, można stwierdzić, że przywołane wcześniej najbardziej jaskrawe przypadki stosowania siły i narażania uchodźców na niebezpieczeństwo z dużym prawdopodobieństwem realizują przedmiotowe znamiona przestępstwa. Wobec tego kwestia udowodnienia zamiaru ewentualnego może być mniej złożona. Z pewnością wywiezienie osoby chorej (np. zabranej ze szpitala), słabszej (dziecko, kobieta z dzieckiem), w stanie wyczerpania lub rannej do lasu w zimie bez zapewnienia jej podstawowych środków medycznych, żywnościowych i innych, pozwalających na przetrwanie w stanie nie pogorszenia zdrowia obiektywnie przedstawia wysokie prawdopodobieństwo tego, że może ona doznać uszczerbku na zdrowiu, a nawet stracić życie. Jest to wiedza dostępna każdemu dorosłemu człowiekowi.

Pozostaje zatem jedynie kwestia rozpoznania przez funkcjonariusza, oprócz tych faktycznych kontekstów realizacji konkretnego rozkazu, także w aspekcie prawnym, tj. ustawowej autoryzacji przełożonego, do wydania *in concreto* takiej treści rozkazu. Sąd Najwyższy wskazał, że „w wypadku usprawiedliwionej nieświadomości podwładnego co do bezprawności popełnionego czynu podwładny nie podlega odpowiedzialności, natomiast gdy ta nieświadomość nie jest usprawiedliwiona, sąd może jedynie zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary”⁸. Umysłne popełnienie przestępstwa w rozumieniu art. 318 k.k. oznacza nie tylko zamiar w odniesieniu do znamion przedmiotowych, ale także możliwość świadomości tego, że w swej istocie rozkaz jest bezprawny (brak prawnej autoryzacji do jego wydania). Jeżeli potencjalny sprawca mógł rozpoznać, że rozkaz jest niezgodny z prawem, lecz – mimo to – wykonuje go i obejmuje umyślnością przedmiotowe znamiona czynu zabronionego, można pociągnąć go do odpowiedzialności karnej.

Oznacza to, że jeżeli po stronie wykonawcy rozkazu występuje umyślność, i błędzi on co do legalności zachowania zgodnego z rozkazem, to o tym, czy ostatecznie poniesie on odpowiedzialność karną, zadecydują przesłanki określone w art. 30 k.k. Trzeba przy tym pamiętać, że przy ocenie usprawiedliwienia błędu co do oceny prawnej muszą zostać wzięte w rachubę akty prawa międzynarodowego, opinie ekspertów, które

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2016 r., III KK 182/16.

dotyczą sytuacji na granicy polsko-białoruskiej, oraz zasady zdrowego rozsądku. Nie wymaga dokonywania szczególnych zabiegów interpretacyjnych np. wniosek, że wywiezienie w środku nocy chorego człowieka na bagna, pozostawienie go na mrozie bez żywności, napojów i odpowiedniego ekwipunku jest rażącym naruszeniem szeregu standardów prawa wewnętrznego i międzynarodowego chroniących prawa człowieka. Udowadniając, że w takiej sytuacji po stronie funkcjonariusza istniał zamiar ewentualny pozbawienia życia, można bez kłopotu stwierdzić, że błąd co do oceny prawnej takiego zachowania był nieusprawiedliwiony.

Trzeba przy tym pamiętać, że przy ocenie usprawiedliwienia nieświadomości bezprawności należy sięgnąć po konstrukcję wzorca osobowego. Polega ona na przeprowadzeniu symulacji myślowej sprowadzającej się do zweryfikowania, czy modelowy (wzorcowy) funkcjonariusz, będąc na miejscu potencjalnego sprawcy, zorientowałby się, że podjęcie konkretnego zachowania jest niezgodne z prawem. W toku tej oceny należy wziąć pod uwagę kwantum wiedzy, jakie przedstawiciel służb winien posiadać w czasie szkolenia do wykonywania zawodu. Nie bez znaczenia są też również opinie, oficjalne wystąpienia, odezwy i rekomendacje organizacji pozarządowych i Rzecznika Praw Obywatelskich, czyli publicznie dostępne źródła, w których podmioty te sygnalizują, że wykonywanie określonej praktyki jest niezgodne z prawem.

5. Konkluzja

Niestety, wszystkie opisane powyżej przypadki związane z wykonaniem bądź niewykonaniem rozkazu przełożonego zasadzają się na zaufaniu podwładnych do przełożonych i dalej – do całej struktury służby lub wojska. W obecnej sytuacji dostrzegamy, że potencjalne bezprawie dzieje się na etapie ustawy i rozporządzeń oraz najwyższych hierarchicznie czynników w poszczególnych służbach. Wszelkie problemy związane ze zgodnością poszczególnych uregulowań dotyczących postępowania na obszarze stanu wyjątkowego na granicy z Białorusią „skapują” niżej i na końcu konkretny funkcjonariusz staje przed dylematem i chaosem informacyjnym.

Systemowa hierarchiczność podporządkowania nie może jednak w pełni wypierać indywidualnej odpowiedzialności karnej czy dyscyplinarnej. Uznać należy, że w przypadkach najbardziej oczywistych od strony faktycznej zachowań funkcjonariuszy w wykonaniu rozkazu

(wywożenie chorych, rannych czy też kobiet z dziećmi do lasu na mrozie bez zapewnienia im jakiegokolwiek adekwatnej pomocy medyczo-surwiwalowej) musi budzić w każdym funkcjonariuszu wątpliwości w kwestii zgodności rozkazu z prawem. W takich przypadkach nie ma miejsca na usprawiedliwienie błędu co do potencjalnej oceny prawnej takich czynów. W zakresie faktycznym uczestniczenie w takich zadaniach powoduje po stronie funkcjonariusza co najmniej godzenie się na to, że dana osoba dozna uszczerbku lub jej życie będzie poważnie zagrożone. Jego obowiązkiem jest wszak przestrzeganie Konstytucji i aktów prawa międzynarodowego, które nie pozwalają, poza ekstremalnymi przypadkami, naruszać dóbr takich, jak życie, wolność czy zdrowie innych (zwłaszcza słabszych).

W przypadkach, które trafiają do mediów, gdzie słychać często wulgarne wypowiedzi i pewną ochoczość w wywożeniu zatrzymanych osób z powrotem na bagna czy do lasu, nie mamy wątpliwości, że jesteśmy świadkami w pełni umyślnych i – nazywając rzeczy po imieniu – sadystycznych zachowań. Wszystko to ostatecznie będzie skonfrontowane prędzej czy później z oceną sądową. Uważamy, że w momencie gdy zapadnie pierwsze prawomocne orzeczenie sądu dekretnujące nielegalność działań na granicy (nawet oczywiście w odniesieniu do konkretnej sprawy) da to asumpt do powzięcia przez wszystkich uczestniczących w akcjach na granicy do podania w wątpliwość legalności rozkazów płynących od przełożonych. Wymagana będzie wówczas (dla własnej prawnej ochrony) aktywność samych funkcjonariuszy w celu uzyskania wiążących i pisemnych informacji co do kontekstu prawnego. Samo wykonywanie push-backów na Białoruś, gdzie imigranci narażeni są na tortury oraz nieludzkie i poniżające traktowanie, zmuszanie cudzoziemców do przekroczenia granicy bez zgody białoruskich władz i bez zapewnienia z ich strony przejścia migranta, musi budzić istotne zastrzeżenia z punktu widzenia zgodności takiej praktyki z wymogami wynikającymi z aktów prawa międzynarodowego. Przyszłe orzeczenia sądu i trybunałów, kwestionujące taką praktykę, w szczególności wydane przez SN i ETPC, mogą przemawiać za tym, że usprawiedliwienie nieprawidłowej oceny prawnej tego rodzaju czynów, dokonanych po wydaniu tych judykatów, nie będzie możliwe.

Polski ustawodawca oparł odpowiedzialność za wykonanie rozkazu o treści przestępnej na zasadzie „myślących bagnetów”. Przedstawiciel

służb nie może więc być całkowicie bezrefleksyjny wobec poleceń swego przełożonego. Jest on uprawniony do weryfikacji zgodności z prawem kierowanych do niego rozkazów i może powstrzymać się od ich wykonania wówczas, gdy są one sprzeczne z przepisami prawa.

Co przy tym istotne, kierowanie przez przełożonych jakichkolwiek gróźb wobec podwładnych z powodu odmowy wykonania przez nich bezprawnych rozkazów, stanowi postąpienie bezprawne i realizuje znamiona określone w art. 191 § 1 k.k. w zw. z art. 231 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Nie bez znaczenia jest też, że samo wydanie rozkazu popełnienia przestępstwa, z uwagi na relację przełożony-podwładny, wyczerpuje cechy co najmniej usiłowania sprawstwa polecającego przestępstwa o treści takiej, jaka wynika z rozkazu. Prawo karne zawiera więc szereg instrumentów, które mają za zadanie chronić żołnierzy przed mobbowaniem ich ze strony przełożonych z powodu odmowy wykonania czynów bezprawnych.

Summary

The refugee crisis on the Polish-Belarusian border related to the appearance on the border of a significant number of people who were brought to the territory of Belarus and then directed to the territory of Poland in an organized manner by Belarusian services led to a number of actions by, among others, Polish authorities, the legal aspects of which required urgent elaboration. This article addresses the issue of the obligation to obey an order and failure to obey an order and their criminal law consequences. The Polish legislator based the responsibility for carrying out an order with criminal content on the principle of "thinking bayonets." Thus, a service representative cannot be completely unreflective of his superior's orders. He is entitled to verify the legality of the orders addressed to him and may refrain from carrying them out when they contradict the law. However, the systemic hierarchical nature of subordination cannot fully displace individual criminal or disciplinary responsibility. It should be recognized that in cases that are most obvious from the factual side, the behavior of officers in the execution of an order (taking sick, wounded, or women with children to the forest in the cold without providing them with any adequate medical-survival assistance) must raise doubts in every officer about the legality of the order. In such cases, there is no room for excuses for error regarding the potential legal evaluation of such acts.

Keywords

refugees, crisis, order, refusal to obey an order, Polish-Belarusian border, state of emergency, restrictions on rights and freedoms

Szymon Tarapata, Witold Zontek

Bibliography

Majewski J., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k.*,
red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2022.

Zakrzewski P., *Stopniowanie winy w prawie karnym*, Warszawa 2016.