

# Rozkaz wojskowy jako okoliczność wyłączająca winę — analiza teoretyczno-dogmatyczna wybranych aspektów

DOMINIKA KIELBAS

ORCID: 0000-0001-8120-7166  
Uniwersytet Wrocławski (absolwentka)

## Abstrakt

Instytucja wyłączenia przestępności czynu zabronionego w warunkach wykonania polecenia ewoluowała na przestrzeni lat. Odgrywa ona niezwykle ważną rolę z punktu widzenia gwarancyjnej funkcji prawa karnego. Jest też swoistym potwierdzeniem znaczenia zasady posłuszeństwa w strukturach wojskowych, a także w innych jednostkach, do których regulujące ją przepisy stosuje się we właściwy sposób. Obowiązująca regulacja odnosi się do zasady umiarkowanego posłuszeństwa będącej gałęzią teorii „myślących bagnetów”. Analiza krajowych i międzynarodowych norm prawnych, a także doktryny i orzecznictwa pozwala na wyciągnięcie wniosku, że wykonanie rozkazu stanowi szczególną okoliczność wyłączającą winę, przypominającą nieco regulację dotyczącą kolizji obowiązków. Art. 318 k.k. nie wyłącza winy sprawcy w przypadku, gdy popełnia on przestępstwo umyślnie. Mówimy tu o sytuacji, w której żołnierz chce lub godzi się na realizację działania noszącego znamiona typu czynu zabronionego i realizuje je, choćby nie zdawał sobie sprawy z bezprawności swojego zachowania. Fakt, że sprawcą jest żołnierz wykonujący rozkaz, nie wyklucza jednak zastosowania przepisów części ogólnej uchylających przestępność. W związku z tym przy uwzględnieniu wspomnianych czynników i spełnieniu odpowiednich przesłanek można wyłączyć winę lub bezprawność czynu na zasadach ogólnych.

**Słowa kluczowe:** prawo karne, rozkaz wojskowy, ekskulpacja.

## Uwagi wstępne

Hierarchiczna struktura i zasada karność rozumiana jako obowiązek posłuszeństwa podwładnych wobec przełożonych jest nieodzownym elementem sił zbrojnych<sup>1</sup>. Można nawet postawić tezę, że posłuszeństwo jest warunkiem *sine qua non* funkcjonowania jakiejkolwiek organizacji militarnej, przez co w warunkach wojskowości dyscyplina staje się dobrem samoistnym<sup>2</sup>. Przed ustawodawcą każdego państwa stoi wyzwanie stworzenia norm, które będą sprzyjały przestrzeganiu dyscypliny wojskowej, a jednocześnie uchronią społeczeństwo przed nadużyciami prowadzonymi w konsekwencji do uczynienia z żołnierza bezmyślnej maszyny wykonującej każde polecenie. Problem stał się szczególnie aktualny po drugiej wojnie światowej, kiedy w czasie procesów norymberskich linia obrony większości osób uczestniczących w zbrodniach wojennych opierała się właśnie na powołaniu się na rozkaz przełożonego.

Problematyka odpowiedzialności żołnierza działającego w warunkach rozkazu pozostaje prawnie indyferentna, dopóki mamy do czynienia z tak zwanym rozkazem prawnym. W takiej sytuacji, zgodnie z zasadą karność, żołnierz jest obowiązany rozkaz wykonać. Niewykonanie rozkazu stanowi zresztą przestępstwo *sui generis*. Sprawa jest nieco bardziej skomplikowana, gdy przedmiotowy rozkaz dotyczy zachowania bezprawnego, a w szczególności wypełniającego znamiona czynu zabronionego (o rozróżnieniu rozkazu bezprawnego i przestępnego poniżej). Dochodzi wtedy do konfliktu żołnierskiego obowiązku posłuszeństwa z powszechnym obowiązkiem przestrzegania norm prawnych<sup>3</sup>. W takiej sytuacji zastosowanie znajdzie art. 318 kodeksu karnego<sup>4</sup>, stanowiący, że „Nie popełnia przestępstwa żołnierz, który dopuszcza się czynu zabronionego będącego wykonaniem rozkazu, chyba że wykonując rozkaz umyślnie popełnia przestępstwo”.

---

<sup>1</sup> J. Majewski, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 4, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2016, s. 768.

<sup>2</sup> *Ibidem*, s. 767.

<sup>3</sup> W. Skrzypek, *Odpowiedzialność karna żołnierza za wykonanie i wydanie rozkazu przestępnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2016, nr 3, s. 7.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku — Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1950).

Wyłączenie możliwości pociągnięcia żołnierza do odpowiedzialności karnej za czyn popełniony w warunkach wykonywania rozkazu jest zabiegiem powszechnie stosowanym we współczesnych ustawodawstwach<sup>5</sup> i ma bogatą tradycję. Niemniej wyróżnia się ono na tle innych norm uchylających przestępność czynu zabronionego, wykazując pewne cechy specyficzne, co stwarza pole do rozważań teoretyczno-dogmatycznych mających daleko idące konsekwencje dla praktycznego zastosowania owej instytucji. Analiza przedmiotowego zagadnienia wymaga sięgnięcia również do przepisów stanowiących o obowiązku wykonania rozkazu oraz uchyleniu się od jego wykonania (przede wszystkim art. 343 i 344 k.k.), a także do teorii posłuszeństwa w służbach wojskowych.

## 1. Rys historyczny

Jak już wspomniano, normatywna regulacja działania żołnierza w warunkach rozkazu wojskowego nie stanowi *novum* na gruncie polskiego prawa karnego, niemniej na przestrzeni lat kształtowała się ona zgola różnorodnie. Posłuszeństwo i hierarchiczność od wieków stanowią fundamentalne zasady każdej jednostki militarnej, w związku z czym początki funkcjonowania pojęcia rozkazu sięgają prawa rycerskiego. Ewolucję rzeczonoego zagadnienia można przedstawić ujmując pewne etapy w sposób ogólny.

Regulujące tę materię karne przepisy wojskowe epoki przedrozbiowej charakteryzowały się tym, że podwładny obowiązany był do bezwzględnego posłuszeństwa. Ówczesny poziom rozwoju norm prawa karnego uniemożliwiał dyferencjację rozkazu prawnego i bezprawnego, zatem nie mogło być mowy o jakichkolwiek odstępstwach od wykonania rozkazu. Ponadto przepisy typizowały w kazuistyczny sposób czyny zabronione w postaci niewykonania albo nieprawidłowego wykonania rozkazu (na przykład poprzez jego przekroczenie bądź odmowę jego wykonania)<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> W niektórych państwach obowiązują odrębne przepisy ustanawiające granice mocy wiążącej rozkazu bezprawnego oraz ustanawiające sankcje karne za wykonanie rozkazu bezprawnego wykraczającego poza taką moc wiążącą.

<sup>6</sup> Więcej na ten temat J. Ziewiński, *Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, Warszawa 1986, s. 77–83.

Pewnego rodzaju krokiem milowym była XIX-wieczna regulacja ogólnych zasad odpowiedzialności podwładnego i przełożonego za przestępny czyn będący wykonaniem rozkazu. Obowiązujące wówczas na ziemiach polskich prawa austriackie, pruskie i rosyjskie opierały odpowiedzialność podwładnego na uczestnictwie w przestępstwie wraz z przełożonym. Takie unormowanie zostało recypowane przez polskiego ustawodawcę kodeksami karnymi wojskowymi z lat 1928 oraz 1932<sup>7</sup>.

W odpowiedzi na wydarzenia drugiej wojny światowej ustawodawca Polski Ludowej zmienił przepisami z 1944 roku zasady odpowiedzialności żołnierza, wprowadzając osobliwą dwutorowość. Żołnierze co do zasady obowiązani byli do biernego posłuszeństwa, jednakże dokonane w warunkach rozkazu zbrodnie wojenne oraz przestępstwa kolaboracji pociągały za sobą pełną odpowiedzialność<sup>8</sup>.

Podobna do dzisiejszej regulacja znalazła się w art. 290 § 1 kodeksu karnego z 1969 roku<sup>9</sup>, który stanowił, że „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”. Łatwo zauważyć, że różnica między przepisem obecnie obowiązującym a ówczesnym sprowadza się do ich końcowych fragmentów. Niefortunne sformułowanie „wiedział albo co najmniej godził się” rodziło wiele wątpliwości, jako że było nieodokreślone. Co więcej, jak zauważył A. Marek, nie uwzględniało ono alternatywy wiedzy i woli<sup>10</sup>.

## 2. Ewolucja teorii posłuszeństwa wobec bezprawnego rozkazu

Zmiany normatywne stanowiły swoistą konsekwencję ewolucji poglądów traktujących o mocy wiążącej bezprawnego rozkazu wojskowego. Nie tracąc z pola widzenia wartości samej w sobie, jaką jest dyscy-

<sup>7</sup> *Ibidem*, s. 91–96.

<sup>8</sup> *Ibidem*, s. 97–102.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 roku — Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94).

<sup>10</sup> W. Kutzmann, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, Warszawa 2018, s. 1849.

plina wojskowa, doktryna podjęła się trudu rozważań nad zasadnością, celowością oraz granicami prawnego przymusu wykonania rozkazu wojskowego. Nie sposób bowiem zaprzeczyć, że nawet najwyżsi rangą funkcjonariusze służb państwowych mogą postępować wbrew prawu, a podwładni są przecież istotami myślącymi, reprezentującymi jakiś system wartości i mogą skutkiem owego bezprawia przeciwdziałać, na przykład poprzez odmowę wykonania rozkazu. Wobec powyższych dylematów, w ślad za nauką francuską wyróżniamy trzy zasadnicze szkoły dotyczące granic mocy wiążącej rozkazu wykonania czynu przestępnego i odpowiedzialności jego wykonawcy.

Tak zwaną teorię ślepych bagnetów, zwaną również teorią bezwzględного posłuszeństwa, cechowało pierwotne ujęcie podporządkowania rozkazowi w strukturach militarnych. Hołdowała ona zasadzie karności w nieograniczonym zakresie, sprowadzając żołnierza do roli jedynie biernego wykonawcy poleceń służbowych. W myśl tej doktryny niewykonanie jakiegokolwiek rozkazu naraża podwładnego na odpowiedzialność dyscyplinarną. Winien jest on dać posłuch poleceniu przełożonego, nawet będąc w pełni świadomym, że doprowadzi to do naruszenia prawa, w tym karnego. Takie rozumienie dyscypliny wojskowej skutkuje oczywiście pełnym wyłączeniem ponoszenia odpowiedzialności za dokonanie czynu zabronionego w warunkach wykonywania rozkazu, nie można bowiem postawić żołnierza w sytuacji, w której nie jest on w stanie zachować się w sposób nieprzestępny. Wobec tego pełna odpowiedzialność za rozkaz bezprawny spoczywa na rozkazodawcy<sup>11</sup>. Rzeczona koncepcja wraz z rozwojem prawa była coraz bardziej krytykowana, gdyż w jej myśl łatwo o nadużycia spowodowane instrumentalnym traktowaniem dyscypliny wojskowej<sup>12</sup>.

W opozycji do wyżej zarysowanej doktryny wykształciły się teorie myślących bagnetów, których głównym założeniem jest niedopuszczalność całkowitego wyłączenia odpowiedzialności za posłuszeństwo wobec bezprawnego rozkazu<sup>13</sup>. Dyferencjacji poszczególnych kierunków tych teorii nauka dokonała uwzględniając kryterium zakresu rzeczowej odpowiedzialności.

<sup>11</sup> J. Ziewiński, *Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, Warszawa 1986, s. 111–114.

<sup>12</sup> W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 1848.

<sup>13</sup> J. Ziewiński, *op. cit.*, s. 121.

Pierwszy z nich, będący teorią myślących bagnetów w „czystej” postaci, jest skrajnym przeciwieństwem teorii bezwzględного posłuszeństwa, hołdując zasadzie nieograniczonej odpowiedzialności<sup>14</sup>. W myśl tej koncepcji dyscyplina wojskowa nie jest dobrem nadrzędnym wobec innych dóbr chronionych prawem i rozkazobiorca w każdej sytuacji obowiązany jest do rozważenia ewentualnej kolizji, a w przypadku jej wystąpienia, do negacji rozkazu<sup>15</sup>. Sztywne określenie reguł odpowiedzialności zmuszające żołnierza do każdorazowej analizy legalności czynu będącego przedmiotem rozkazu nie mogło sprawdzić się w praktyce, toteż doktryna krytycznie odnosiła się do tego rozwiązania<sup>16</sup>.

Odpowiedzią na rzeczoną krytykę była zasada umiarkowanego posłuszeństwa, w myśl której żołnierz co do zasady obowiązany jest wykonać każdy rozkaz, z wyjątkiem takiego, co do którego ma świadomość, że jest on bezprawny. Nie jest więc uprawniony do oceny zgodności z prawem poleceń przełożonego, lecz jedynie obowiązany do powstrzymania się od świadomego naruszenia prawa karnego, jeśli owa świadomość występuje niejako apriorycznie<sup>17</sup>. Takie naruszenie wiązałoby się oczywiście z odpowiedzialnością karną za dokonanie przestępstwa. Sprawca nie mógłby jednak zostać pociągnięty do odpowiedzialności za dokonanie czynu zabronionego w wykonywaniu rozkazu w warunkach nieumyślności.

Doktryna zna również traktującą o granicach mocy wiążącej rozkazu bezprawnego teorię stosunkowania dóbr. Z uwagi na jej nikłe praktycznie zastosowanie na przestrzeni lat, celowe jest jedynie zasygnalizowanie jej ogólnych założeń. Punktem wyjścia przedmiotowej koncepcji jest zwrócenie uwagi na kolizję dóbr prawnie chronionych w przypadku rozkazu. Rozkazobiorca winien jest posłuszeństwo wobec rozkazu, który prowadzi do naruszenia prawa, wyłącznie jeśli przemawia za tym dobro wyższe niż chronione naruszaniem przepisem. Jednocześnie nie jest on uprawniony do oceny „wartości” dóbr, o których mowa. Przesądzać o niej powinny elementy obiektywne, ujmowane z punktu widzenia ustawy i sędziego, a pewnym wyznacznikiem mogą być sankcje grożące za

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 122.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 122–123.

<sup>16</sup> *Ibidem*, s. 130.

<sup>17</sup> *Ibidem*, s. 130–131.

naruszenie danej normy<sup>18</sup>. Zdaje się, że takie rozumienie zasady karności nie rozwiązuje problemów żołnierza, który działa przecież pod presją w warunkach dyscypliny wojskowej, często w sytuacjach nagłych, i wymaganie od niego chłodnego kalkulowania przepisów, nie wspominając już o orzecznictwie, jest co najmniej nieracjonalne. Nic więc dziwnego, że teoria ta nie znalazła szerszego odzwierciedlenia normatywnego.

Zakres związania żołnierza bezprawnym rozkazem po drugiej wojnie światowej stał się przedmiotem zainteresowania prawa międzynarodowego. Art. 8 Statutu Trybunału Norymberskiego z 8 sierpnia 1945 roku stanowi, iż „okoliczność, że oskarżony działał w wykonaniu rozkazu swojego rządu albo swojego zwierzchnika, nie zwalnia go od odpowiedzialności; może jednak spowodować złagodzenie kary, o ile Trybunał uzna, że wymaga tego sprawiedliwość”. Przepis ten można nazwać definitywnym zerwaniem z zasadą ślepych bagnetów<sup>19</sup>. Kluczową rolę odgrywa również art. 33 Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego<sup>20</sup>, który przesądza o niemożności wyłączenia odpowiedzialności za czyny oczywiście karygodne popełnione w warunkach wykonywania rozkazu<sup>21</sup>.

### 3. Charakter instytucji rozkazu wojskowego na gruncie obowiązujących przepisów polskiego prawa karnego

#### 3.1. Elementy definicyjne pojęcia rozkazu

Unormowanie art. 318 k.k. jest w istocie potwierdzeniem zasady karności, nawiązującym jednak do teorii myślących bagnetów, a konkretniej do zasady umiarkowanego posłuszeństwa. Aby poprawnie ustalić zakres zastosowania rzeczzonego przepisu, należy przede wszystkim

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 148–156.

<sup>19</sup> W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 1853.

<sup>20</sup> Przepis ten stanowi: „1. Popęlnienie przez sprawcę zbrodni podlegającej jurysdykcji Trybunału na skutek wykonania polecenia rządu albo przełożonego wojskowego lub cywilnego nie zwalnia go od odpowiedzialności karnej, chyba że: a) na sprawcy ciążył prawny obowiązek wykonania polecenia rządu lub przełożonego; b) sprawca nie wiedział, że polecenie było bezprawne; c) polecenie nie było oczywiście bezprawne. 2. W rozumieniu przepisów niniejszego artykułu polecenia popełnienia zbrodni ludobójstwa oraz zbrodni przeciwko ludzkości są oczywiście bezprawne”.

<sup>21</sup> W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 1853.

zdefiniować pojęcie rozkazu. Ustawodawca wprowadzając do kodeksu karnego definicję legalną, rozstrzygnął większość wątpliwości co do kwalifikacji poszczególnych poleceń w służbach wojskowych. Zgodnie ze słowniczkiem wyrazów ustawowych „rozkazem jest polecenie określonego działania lub zaniechania wydane służbowo żołnierzowi przez przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem” (art. 115 § 18 k.k.). W myśl przywołanego przepisu rozkazem jest polecenie konkretne, wydane służbowo do konkretnego podwładnego i wyrażające wolę przełożonego w odniesieniu do konkretnego zadania<sup>22</sup>. Należy więc w szczególności rozróżnić polecenie, często nazywane potocznie rozkazem, od rozkazu *sensu stricto*.

Jak słusznie podnosi Sąd Najwyższy, czynnikiem decydującym o tym, czy dane polecenie należy zakwalifikować jako rozkaz, jest „nie forma wydania polecenia, lecz rzeczywista i wyraźna wola przełożonego, wyrażona w taki sposób, aby podwładny zrozumiał treść wydanego mu polecenia, zobowiązującego go do wykonania lub zaniechania określonej czynności zgodnie z wolą przełożonego”<sup>23</sup>.

Sąd Najwyższy odniósł się także do pojęcia przełożonego:

Za przełożonego żołnierza, odwołując się do treści przepisu art. 115 § 18 k.k. jak i przepisów części wojskowej, uznać należy żołnierza, który na mocy przepisów organizacyjno-służbowych lub decyzji uprawnionego organu (przełożonego wyższego szczebla) ma prawo wydawania temu żołnierzowi (podwładnemu) rozkazów, kieruje jego służbą oraz za nią odpowiada — OSNKW 1974, z. 6, poz. 126, OSNKW 1993, z. 5–6, poz. 31, OSNKW 1997, z. 5–6, poz. 38<sup>24</sup>.

Warto również podkreślić, że ogólne przepisy obowiązujące w wojsku, takie jak regulaminy, zarządzenia czy instrukcje, nie stanowią rozkazu w myśl kodeksu karnego<sup>25</sup>, nie są one bowiem poleceniami skierowanymi do imiennie określonego adresata, a regułami obowiązującymi *in genere* w jednostce militarnej. Naruszenie bądź stosowanie się do tego

<sup>22</sup> Por. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 248.

<sup>23</sup> Zob. wyrok SN z 20 sierpnia 1973 roku, sygn. RW 542/73, LEX 21574.

<sup>24</sup> Zob. wyrok SN z 11 października 2004 roku, sygn. WA 13/04, OSNwSK 2004, Nr 1, poz. 1747.

<sup>25</sup> Por. wyroki SN: z 11 grudnia 1971 roku, sygn. RW 1311/71, Biul. IWSN, Nr 1, poz. 11; z 7 listopada 1986 roku, sygn. N 24/86, OSNKW 1987, Nr 5–6, poz. 50.

typu reguł będzie więc irrelewantne z punktu widzenia norm prawa karnego odnoszącego się do rozkazu wojskowego.

### 3.2. Wyłączenie odpowiedzialności sprawcy czynu zabronionego popełnionego w warunkach wykonywania rozkazu — kontratyp czy okoliczność wyłączająca winę?

Należy odróżnić pojęcie rozkazu przestępnego od rozkazu bezprawnego. Rozkaz bezprawny jest pojęciem szerszym i wynika z naruszenia porządku prawnego<sup>26</sup>, natomiast rozkaz przestępny prowadzi do wypełnienia znamion typu czynu zabronionego, w wyniku czego aktualizuje się związek z prawem karnym. Art. 318 k.k. dotyczy bowiem *expressis verbis* wyłącznie rozkazu przestępnego. Nie znajdzie natomiast zastosowania do sytuacji, kiedy w analogicznych warunkach dojdzie do wykroczenia. Odpowiedzialność karna wykonawcy w takim przypadku uchylona jest z mocy samego prawa, poprzez nadrzędność dyscypliny wojskowej<sup>27</sup>.

*De lege lata* osoba popełniająca czyn zabroniony w warunkach wykonywania rozkazu nie popełnia przestępstwa. Dwutorowość systemu odpowiedzialności, z jaką mamy do czynienia na gruncie polskiego prawa karnego, w pewien sposób wymusza ustalenie, czy owa nieprzestępnność czynu spowodowana jest wyłączeniem jego bezprawności, czy też brakiem elementu struktury przestępstwa, jakim jest zawinienie. Doktryna nie jest w tej kwestii jednolita, mimo że aktualnie znacząca jej większość opowiada się za kwalifikacją rozkazu jako okoliczność wyłączającą winę<sup>28</sup>. Podobnie przedstawiają się poglądy w orzecznictwie<sup>29</sup>. Rozstrzygnięcie tej kwestii ma daleko idące konsekwencje na płaszczyż-

<sup>26</sup> Wyrok SN z 7 listopada 1986 roku, sygn. N 24/86, OSNKW 1987, Nr 5–6, poz. 50.

<sup>27</sup> W. Skrzypek, *op. cit.*, s. 8.

<sup>28</sup> Pogląd przeciwny występuje zazwyczaj w starszej literaturze. Jeśli chodzi o najbardziej współczesnych autorów, to czołowym przedstawicielem doktryny ujmującym rozkaz jako kontratyp jest J. Warylewski, który zalicza tę instytucję do tak zwanych kontratypów względnych, czyli wyłączających bezprawność kryminalną.

<sup>29</sup> Sąd Najwyższy między innymi w wyroku z 18 października 2016 roku, sygn. III KK 182/16, LEX nr 2142035, uznał działanie w warunkach rozkazu za okoliczność wyłączającą winę, natomiast w wyroku z 17 lutego 2016 roku, sygn. WA 16/15, LEX nr 2023428, rozpatrywał „zakres kontratypu” z art. 318 k.k.

nie stosowania prawa, przesądza bowiem o dopuszczalności stosowania obrony koniecznej wobec wykonawcy takiegoż rozkazu. Analiza rzeczowego zagadnienia wymaga wyjścia poza zakres art. 318 k.k. i szerszego spojrzenia na pojęcie rozkazu oraz jego rolę w systemie prawnym.

Posłuszeństwo wobec rozkazu stanowi obowiązek ustawowy każdego żołnierza<sup>30</sup>. Niewykonanie rozkazu jest w myśl art. 343 k.k. przestępstwem *sui generis*, niemniej restrykcję podporządkowania poleceniom przełożonych łagodzi art. 344 k.k., w szczególności wyłączając jego zastosowanie wobec żołnierza odmawiającego wykonania bądź niewykonującego rozkazu przestępnego (art. 344 § 1 k.k.). Jak słusznie zauważył J. Majewski, rzeczony przepis stanowi swoiste *lex specialis* wobec unormowanego w art. 26 § 5 przypadku kolizji obowiązków<sup>31</sup>. Ponadto z przywołanych przepisów można wyinterpretować dyrektywę nakazującą pierwszeństwo dóbr chronionych prawem karnym względem dobra w postaci dyscypliny wojskowej, przy jednoczesnym pierwszeństwie dyscypliny wojskowej względem dóbr, które nie są objęte ochroną na gruncie prawa karnego<sup>32</sup>.

Wobec powyższego należy uznać, że żołnierz obowiązany jest postąpić zgodnie z przepisami prawa karnego, nawet jeśli wiąże się to z odmową wykonania rozkazu. Negacja bezprawnego rozkazu będzie zachowaniem zgodnym z prawem, zaś jego wykonanie w każdym przypadku będzie naruszeniem prawa, zatem nie można uznać, że art. 318 k.k. ustanawia okoliczność wyłączającą bezprawność<sup>33</sup>. Jak podnosi J. Majewski, skądinąd słusznie, merytoryczną przesłanką wyłączenia odpowiedzialności żołnierza działającego w warunkach wykonywania bezprawnego rozkazu jest to, że działa on w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego<sup>34</sup>. Można więc powiedzieć, że wyłączenie odpowiedzialności opiera się tutaj na tych samych racjach co w przypadku określonym w art. 28 § 1 k.k., jednakże z uwagi na zasady panujące w wojskowości zostało ono rozszerzone również o sytuacje, kiedy ów błąd nie jest uzasadniony. Nie sposób bowiem postawić żołnierzowi

<sup>30</sup> J. Majewski, *op. cit.*, s. 774.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*, s. 775.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

funkcjonującemu w warunkach dyscypliny zarzutu, że mógł i powinien zachować się zgodnie z normą powszechnie obowiązującą.

W związku z pewnymi podobieństwami między unormowaniem odpowiedzialności sprawcy czynu zabronionego błędzącego co do faktu a sprawcy wykonującego rozkaz, w doktrynie pojawiają się niekiedy nawiązujące do dorobku literatury z czasów obowiązywania kodeksu karnego z 1969 roku głosy, że instytucja rozkazu ustanawia szczególną formę błędu co do oceny prawnej<sup>35</sup>. Niemniej pogląd taki zdaje się nie być uzasadniony, z uwagi na oparcie odpowiedzialności sprawcy na kryterium umyślności<sup>36</sup>.

Wobec przedstawionej analizy *de lege lata* należy zgodzić się z opinią, że omawiana instytucja wyłącza przestępność czynu zabronionego przez wzgląd na brak elementu zawinienia po stronie sprawcy. Takie rozwiązanie bezsprzecznie wiąże się z możliwością stosowania obrony koniecznej wobec żołnierza dopuszczającego się bezpośredniego zamachu na dobro prawne w warunkach wykonywania owego rozkazu, gdyż pomimo braku przestępności, będzie ono nadal bezprawne w myśl norm kodeksu karnego. Zdaje się to być uzasadnione także z punktu widzenia aksjologicznego, gdyż *de facto* legalizuje samoobronę przed naruszeniem prawa przez funkcjonariusza.

#### 4. Umyślne popełnienie przestępstwa jako okoliczność wykluczająca uchylenie karalności w myśl art. 318 k.k.

Końcowy fragment artykułu 318 k.k. nie jest tak problematyczny jak analogiczny przepis art. 290 kodeksu z 1969 roku, niemniej zasługuje na szczególną uwagę. Bezsporne jest, że rzeczony fragment dotyczy wyłącznie przestępstw umyślnych, toteż unieniemożliwia pociągnięcie do odpowiedzialności żołnierza nieumyślnie dokonującego występkę, którego typizacja zawiera znamię nieumyślności.

Umyślne popełnienie czynu zabronionego musi mieć swoje podłoże na płaszczyźnie intelektualnej oraz wolicjonalnej<sup>37</sup>. Aby wypełnić zna-

<sup>35</sup> M. Flemming, *Kodeks karny — część wojskowa. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 55.

<sup>36</sup> J. Majewski, *op. cit.*, s. 776.

<sup>37</sup> Zob. M. Bojarski, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 136.

mię umyślności, sprawca musi chcieć albo godzić się na wypełnienie zespołu znamion przedmiotowych (to, czy wszystkich, czy też tylko części z nich, jest sporne) przy jednoczesnej świadomości występowania okoliczności stanowiących kontekst owej woli. Chęć czy też zgoda na określone zachowanie oraz świadomość, o której mowa, muszą występować koincydentalnie z zachowaniem wypełniającym rzeczzone znamiona. Co szczególnie istotne, umyślna realizacja znamion typu czynu zabronionego nie wymaga od sprawcy świadomości bezprawności swojego zachowania<sup>38</sup>. Należy więc stanowczo rozdzielić stronę podmiotową przestępstwa od nieświadomości bezprawności, która — w przypadku gdy jest usprawiedliwiona — może stanowić okoliczność wyłączającą winę.

W doktrynie można niekiedy spotkać głosy, że słowa „chyba że wykonując rozkaz umyślnie popełnia przestępstwo” oznaczają, że przypisanie odpowiedzialności, mimo iż czyn zabroniony został popełniony w warunkach wykonywania rozkazu, jest dopuszczalne tylko w sytuacjach, kiedy sprawca chce albo godzi się na wypełnienie znamion przestępstwa, jednocześnie zdając sobie sprawę z jego przestępnego charakteru<sup>39</sup>. Pogląd taki nawiązuje do tak zwanej teorii zamiaru<sup>40</sup>, w myśl której świadomość bezprawności jest warunkiem *sine qua non* umyślności. Taką wykładnię ocenić należy krytycznie. Sprawca może wszak w pełni świadomie chcieć dopuścić się jakiegoś zachowania (strona podmiotowa), nie zdając sobie jednocześnie sprawy z tego, że popełni w ten sposób przestępstwo, co może być podstawą wyłączenia winy. Przepis art. 318 k.k. stanowi jedynie o „umyślnym popełnieniu przestępstwa”, nie wprowadzając żadnego dodatkowego wymogu. Nie można wobec tego domniemywać większego zawężenia odpowiedzialności, niż pozwala na to *ex lege* ustawodawca.

Tradycyjnie już doktryna przyjmuje, że końcowy fragment rzeczowego przepisu dotyczy sytuacji, które nazwiemy działaniem w warunkach błędu co do faktu<sup>41</sup>. Umyślnością, o której mowa, objęte będą natomiast wszelkie sytuacje, w których wykonawca rozkazu co najmniej

<sup>38</sup> *Ibidem*, s. 136.

<sup>39</sup> W. Skrzypek, *op. cit.*, s. 10.

<sup>40</sup> J. Lachowski, [w:] *System Prawa Karnego. Zasady odpowiedzialności*, t. 3, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 659.

<sup>41</sup> W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 1852.

w zamiarze ewentualnym spełnia znamiona przestępstwa umyślnego, choćby nie uświadamiał sobie bezprawności swojego zachowania. W takim przypadku żołnierz może liczyć na dobrodziejstwo okoliczności wyłączającej winę w postaci nieświadomości bezprawności ustanowionej w art. 30 k.k., pod warunkiem oczywiście, że jego błąd był usprawiedliwiony. W przeciwnym razie zostanie on pociągnięty do odpowiedzialności karnej, z możliwością zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary przez wzgląd na umniejszenie jego zawinienia<sup>42</sup>.

Podobna konstrukcja znajdzie zastosowanie w przypadku urojenia okoliczności wyłączającej winę w postaci działania w warunkach rozkazu. Chodzi o sytuację, kiedy żołnierz dokonuje czynu zabronionego w błędnym przekonaniu, że robi to, wykonując rozkaz. Również wtedy będzie on działał w warunkach błędu wyłączającego winę, o ile jest on usprawiedliwiony<sup>43</sup>. Rozkazobiorca, który dokonuje czynu zabronionego przekraczając granice rozkazu, nie korzysta z ochrony w myśl art. 318 k.k., gdyż *de facto* nie działa on wtedy w warunkach wykonywania rozkazu. Rzeczony przepis obejmuje swoim zakresem jedynie zachowania wprost nakazane przez rozkazodawcę bądź takie, bez których wykonanie rozkazu nie byłoby w ogóle możliwe<sup>44</sup>. Zasada ta znajdzie więc zastosowanie również w przypadku usprawiedliwionego błędnego przeświadczenia o szerszym zakresie rozkazu.

Należy nadmienić, że oparcie odpowiedzialności żołnierza wykonującego przestępny rozkaz na kryterium umyślnego popełnienia przestępstwa nie wyłącza możliwości zastosowania wobec niego przepisów o stanie wyższej konieczności<sup>45</sup>. Przy spełnieniu przesłanek z art. 26 k.k. może on zostać zwolniony z odpowiedzialności karnej na zasadach ogólnych. Niewykluczone, że w takiej sytuacji znajdzie zastosowanie nawet okoliczność wyłączająca bezprawność, jeśli dobro ratowane poprzez wykonanie rozkazu będzie przedstawiało wartość oczywiście wyższą niż poświęcane.

<sup>42</sup> Por. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 143; podobnie też wyrok SN z 18 października 2016 roku, sygn. III KK 182/16, LEX nr 2142035.

<sup>43</sup> W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 1853.

<sup>44</sup> Wyrok SN z 4 listopada 2011 roku, sygn. V KK 164/11, OSNKW 2012, Nr 2, poz. 16.

<sup>45</sup> W. Kutzmann, *op. cit.*, s. 1854.

## Podsumowanie

Reasumując, instytucja wyłączenia odpowiedzialności za dokonanie czynu zabronionego w warunkach wykonywania rozkazu ewoluowała na przestrzeni lat. Odgrywa ona niezwykle istotną rolę z punktu widzenia funkcji gwarancyjnej prawa karnego. Jest również swoistym potwierdzeniem doniosłości zasady posłuszeństwa w strukturach wojskowych, a także innych jednostkach, do których przepisy ją regulujące stosuje się w sposób odpowiedni. Obowiązująca regulacja nawiązuje do zasady umiarkowanego posłuszeństwa stanowiącej odłam teorii myślących bagnetów. Analiza norm prawnych — krajowych i międzynarodowych — a także doktryny i orzecznictwa pozwala wysnuć wniosek, że stanowi ona specyficzną okoliczność wyłączającą winę, nieco przypominającą regulację kolizji obowiązków. Art. 318 k.k. nie wyłącza winy sprawcy w przypadku, kiedy popełni on przestępstwo umyślnie. Mowa tutaj o sytuacji, w której żołnierz świadomie, chcąc albo godząc się na zrealizowanie znamion typu czynu zabronionego, zrealizuje je, nawet gdyby nie uświadamiał sobie bezprawności swojego zachowania. Okoliczność, że sprawcą jest żołnierz wykonujący rozkaz nie wyłącza jednak zastosowania przepisów części ogólnej, uchylających przestępność. Wobec powyższego, przy spełnieniu odpowiednich przesłanek, wina, względnie bezprawność, może zostać wyłączona na zasadach ogólnych.

## Bibliografia

### Literatura

- Bojarski M., *Prawo karne*, Warszawa 2017.
- Flemming M., *Kodeks karny — część wojskowa. Komentarz*, Warszawa 2000.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2008.
- Kutzmann W., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, Warszawa 2018.
- Lachowski J., [w:] *System Prawa Karnego. Zasady odpowiedzialności*, t. 3, red. R. Dębski, Warszawa 2013.
- Majewski J., [w:] *System Prawa Karnego*, t. 4, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2016.
- Skrzypek W., *Odpowiedzialność karna żołnierza za wykonanie i wydanie rozkazu przestępnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2016, nr 3.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.
- Ziewiński J., *Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, Warszawa 1986.

## Orzecznictwo

Wyrok SN z 11 grudnia 1971 roku, sygn. RW 1311/71, Biul. IWSN, Nr 1 poz. 11.

Wyrok SN z 20 sierpnia 1973 roku, sygn. RW 542/73, LEX 21574.

Wyrok SN z 7 listopada 1986 roku, sygn. N 24/86, OSNKW 1987, Nr 5–6, poz. 50.

Wyrok SN z 11 października 2004 roku, sygn. WA 13/04, OSNwSK 2004, Nr 1, poz. 1747.

Wyrok SN z 4 listopada 2011 roku, V KK 164/11, OSNKW 2012, Nr 2, poz. 16.

Wyrok SN z 18 października 2016 roku, sygn. III KK 182/16, LEX nr 2142035.

Wyrok SN z 17 lutego 2016 roku, sygn. WA 16/15, LEX nr 2023428.

## Military order as a circumstance excluding culpability — theoretical and dogmatic analysis. Selected aspects

### Abstract

The institution of exemption from liability for committing a criminal act under the conditions of executing an order has evolved over the years. It plays an extremely important role from the perspective of the guarantee function of criminal law. It also specifically confirms the significance of the obedience principle in military structures as well as in other units to which the provisions regulating it apply in an appropriate manner. The current regulation refers to the principle of moderate obedience being a branch of the “thinking bayonets” theory. The analysis of national and international legal norms as well as doctrine and jurisprudence allows us to draw the conclusion that executing an order constitutes a specific circumstance excluding guilt, somewhat resembling the regulation regarding conflict of duties. Article 318 of the Penal Code does not exclude the perpetrator’s guilt in the case where they commit an offence intentionally — the topic here is a situation in which a soldier consciously intends or agrees to carry out an action which bears the characteristics of a type of a forbidden act, realizes them, even if he is not aware of the unlawfulness of his conduct. The fact that the perpetrator is a soldier executing an order does not, however, exclude the application of provisions of the general part abrogating criminality. Taking these factors into consideration, under suitable prerequisites, guilt or unlawfulness may be excluded on general principles.

**Keywords:** criminal law, military order, exculpation.