
S. Tarapata, W. Zontek, *Obowiązek wykonania rozkazu i niewykonanie rozkazu oraz ich prawnokarne konsekwencje*, w: *Prawo na granicy. Prawne aspekty kryzysu migracyjnego w Polsce*, red. W. Wróbel, Kraków 2022, <https://prawonagranicy.pl>

Dr hab. Szymon Tarapata

Dr Witold Zontek

Obowiązek wykonania rozkazu i niewykonanie rozkazu oraz ich prawnokarne konsekwencje

1. Przepisy regulujące posłuszeństwo rozkazowi

Śłużby 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.

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).

DZIAŁ I
PODSTAWOWE UWARUNKOWANIA SŁUŻBY WOJSKOWEJ
Rozdział I
ZASADY ZALEŻNOŚCI ŻOŁNIERZY
PRZEŁOŻONY I PODWŁADNY,
STARSZY I MŁODSZY

1.

Organizacja wojska opiera się na hierarchicznym podporządkowaniu żołnierzy.

(...)

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.

WYDAWANIE I WYKONYWANIE ROZKAZÓW

13.

Rozkaz jest poleceniem podjęcia określonego działania lub jego zaniechania wydanym służbowo żołnierzowi przez przełożonego (uprawnionego starszego).

14.

Ilekroć mowa w regulaminie o rozkazie, należy przez to rozumieć również decyzje wydawane przez przełożonego.

15.

Wydający rozkaz jest zobowiązany uwzględnić stopień przygotowania podwładnego, warunki i okoliczności wykonania rozkazu oraz zapewnić niezbędne do tego siły i środki.

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.

17.

Rozkaz wydaje się ustnie, na piśmie lub za pomocą sygnałów.

(...)

19.

Rozkaz musi być zwięzły, zrozumiały i wydany stanowczo.

20.

Żołnierz po otrzymaniu rozkazu wydanego ustnie potwierdza to słowem "ROZKAZ" i wykonuje go. Przełożony może sprawdzić zrozumienie rozkazu.

21.

O wykonaniu rozkazu żołnierz melduje przełożonemu, który go wydał, jeśli przełożony nie zarządzi inaczej.

(...)

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

	<p>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> <p>24.</p> <p>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>(...)</p> <p>27.</p> <p>Rozkazodawca odpowiada za treść rozkazu oraz dające się przewidzieć skutki jego wykonania, a wykonawca rozkazu – za sposób realizacji.</p> <p>28.</p> <p>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>
<p>Ustawa z 6 IV 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1882 z późn. zm.).</p>	<p>Art. 27.</p> <p>1.</p> <p>Przed podjęciem służby policjant składa ślubowanie według następującej roty:</p> <p>„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”.</p> <p>Art. 58.</p> <p>1.</p> <p>Policjant jest obowiązany dochować obowiązków wynikających z rotacji złożonego ślubowania.</p> <p>2.</p> <p>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.</p> <p>3.</p>

	<p>O odmowie wykonania rozkazu lub polecenia, o których mowa w ust. 2, policjant powinien zameldować Komendantowi Głównemu Policji z pominięciem drogi służbowej.</p> <p style="text-align: center;">Art. 132.</p> <p style="text-align: center;">1.</p> <p>Policjant odpowiada dyscyplinarnie za popełnienie przewinienia dyscyplinarnego polegającego na naruszeniu dyscypliny służbowej lub nieprzestrzeganiu zasad etyki zawodowej.</p> <p style="text-align: center;">2.</p> <p>Naruszenie dyscypliny służbowej stanowi czyn policjanta polegający na zawinionym przekroczeniu uprawnień lub niewykonaniu obowiązków wynikających z przepisów prawa lub rozkazów i poleceń wydanych przez przełożonych uprawnionych na podstawie tych przepisów.</p> <p style="text-align: center;">3.</p> <p>Naruszeniem dyscypliny służbowej jest w szczególności:</p> <p style="text-align: center;">1)</p> <p>niedopełnienie obowiązków policjanta wynikających ze złożonego ślubowania, a także przepisów prawa;</p> <p style="text-align: center;">2)</p> <p>odmowa wykonania lub niewykonanie rozkazu lub polecenia, z zastrzeżeniem przypadku określonego w art. 58 ust. 2;</p> <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 style="text-align: center;">1.</p> <p>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 nieugięte 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> <p style="text-align: center;">1.</p> <p>Funkcjonariusz jest obowiązany dochować obowiązków wynikających z rotacji złożonego ślubowania.</p> <p style="text-align: center;">2.</p>

	<p>Funkcjonariusz obowiązany jest odmówić wykonania rozkazu lub innego polecenia, jeśli wykonanie rozkazu lub innego polecenia łączyłoby się z popełnieniem przestępstwa.</p> <p>3.</p> <p>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> <p>Art. 135. [Naruszenie dyscypliny służbowej – pojęcie]</p> <p>1.</p> <p>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.</p> <p>2.</p> <p>Naruszeniem dyscypliny służbowej jest w szczególności:</p> <p>1)</p> <p>niedopełnienie obowiązków funkcjonariusza wynikających ze złożonego ślubowania, a także z przepisów prawa;</p> <p>2)</p> <p>odmowa wykonania lub niewykonanie rozkazu lub polecenia, z zastrzeżeniem przypadku określonego w art. 63 ust. 2;</p> <p>Art. 143a.</p> <p>Przepisy art. 115 § 18 oraz art. 318 i 344 Kodeksu karnego mają odpowiednie zastosowanie do funkcjonariuszy Straży Granicznej.</p>
<p>Ustawa z 21 XI 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 372 z późn. zm.).</p>	<p>Art. 244.</p> <p>1.</p> <p>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.</p>

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 funkcjonariuszy jest regulowany identycznie art. 344 k.k. Jak podaje J. Majewski, „dyrektywa zawarta w art. 344 § 1 wskazuje wiążąco następujący sposób rozwiązywania rzeczonoego 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 kategorycznego 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

¹ Wyrok SN z 17 II 2016 r., WA 16/15.

² J. Majewski [w:] *Kodeks...*, art. 344.

³ Tak wyrok SN z 11 X 2004 r., WA 13/04.

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 konsekwencje – odpowiada on znamionom przedmiotowym przestępstwa. I na tym polega największa trudność w podjęciu decyzji o niesubordynacji. 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 spowoduje bezpośrednie 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) stanowią 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 swoistego nadużycia określonego rozkazu, który nie służy określonej 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 nieproporcjonalny 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 spowoduje na daną osobę niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 k.k.), stanowi nieudzielenie pomocy (art. 162 k.k.), spowoduje 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 pewien 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 wykonania rozkazu”⁷. Zatem okoliczność wyłączająca winę dotyczy jedynie wykonania rozkazu zgodnie z jego treścią, która nakazywała popełnić przestępstwo.

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...*, art. 318.

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 SN z 18 X 2016 r., III KK 182/16.

⁷ Wyrok SN z 14 III 2012 r., WA 39/11,

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), biorąc pod uwagę szczątkową, ale już jednak powszechnie dostępną wiedzę o wątpliwościach co do legalności wprowadzenia stanu wyjątkowego na granicy, realiach wielokrotnych push-back’ów 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 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

⁸ Wyrok SN z 18 X 2016 r., III KK 182/16.

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 medyczno-survivalowej) 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-back'ów 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 przejęcia 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.

Bibliografia

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

Wyrok SN z 11 X 2004 r., WA 13/04

Wyrok SN z 14 III 2012 r., WA 39/11.

Wyrok SN z 17 II 2016 r., WA 16/15.

Wyrok SN z 18 X 2016 r., III KK 182/16.

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