

Rozkaz bezprawny – zakamufLOWANA kolizja obowiazk6w? Analiza art. 344 k.k. w swietle art. 26 § 5 k.k.

Unlawful order – a camouflaged collision of duties? Analysis of article 344 of the Polish penal code in the light of article 26 § 5 of the Polish penal code.

STRESZCZENIE

Artykuł ma na celu przybliżenie uregulowania kolizji obowiazk6w w art. 26 § 5 k.k. oraz jej komparatystyczne ujęcie w zestawieniu z art. 344 k.k. Autorka, w oparciu o poglądy doktryny oraz przepisy ustawy, analizuje podobieństwa i różnice między dwoma wspomnianymi artykułami, jako wniosek końcowy ujmując podrzędny charakter art. 344 wobec art. 26 § 5 k.k.

1. Wprowadzenie

Przystępując do analizy poszczeg6lnych zagadnień w polskiej karnistyce należy nieuchronnie spodziewać się jednego lub więcej spor6w w doktrynie. Nie inaczej sytuacja przedstawia się w kwestii tzw. „kolizji obowiazk6w”, opisanej w art. 26 § 5 kodeksu karnego¹. Jest to swoiste *novum* wprowadzone po raz pierwszy w kodeksie karnym z 1997 r., które po ponad 20 latach obowiazywania nadal nastęrcza najwybitniejszym przedstawicielom doktryny wielu trudnościami interpretacyjnymi.

Na potrzeby niniejszego artykułu, analizie poddana zostanie wspomniana wyżej konstrukcja w zestawieniu z treścią art. 344 k.k., określającego zakres usprawiedliwionej odmowy wykonania rozkazu. Wyb6r przepisu z części wojskowej kodeksu karnego podyktowany został wyjątkowym w stosunku do reszty ustawy pochodzeniem aksjologicznym oraz zakresem

¹ Ustawa kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 r., t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2204, ze zm., dalej jako „k.k.”.

ochrony – służba wojskowa jest bowiem szczególnym rodzajem służby publicznej. Organizacja sił zbrojnych opiera się na dwóch podstawowych elementach, jakimi są hierarchiczna budowa oraz dyscyplina wojskowa. Powyższe uwarunkowania strukturalne stanowią o sile wojska oraz jego zdolności do wykonywania zadań związanych zarówno z obronnością państwa, jak i misjami koalicyjnymi czy pokojowymi. Fundamentem dowodzenia jest zaś kwestia wydawania rozkazów – od niej zależy efektywność realizacji zadań armii.

2. Definicja rozkazu

Definicja rozkazu ujęta została w art. 115 § 18 kodeksu karnego, zgodnie z którym „rozkazem jest polecenie określonego działania lub zaniechania wydane służbowo żołnierzowi przez przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem.” Regulaminowe ujęcie opiera się na pkt 13 Regulaminu Ogólnego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej – „rozkaz jest poleceniem podjęcia określonego działania lub jego zaniechania wydanym służbowo żołnierzowi przez przełożonego (uprawnionego starszego)”². Definicja regulaminowa w pełni koreluje zatem z ustawową.

Ważnym aspektem jest również rozróżnienie rozkazu od polecenia, a wężiej – rozkazu w rozumieniu potocznym – *sensu largo* od rozkazu wojskowego *sensu stricto*. Rozgraniczenie odbywa się w oparciu o różne natężenie obowiązku posłuszeństwa podwładnych wobec przełożonych oraz klasyfikacja sankcji za niezastosowanie się do niego. Rozkaz w sensie potocznym oznacza zatem polecenie zwierzchnika cywilnego, a rozkaz *sensu stricto* winien być rozumiany jako rozkaz wojskowy, wydany przez wojskowego przełożonego i występujący tylko w związkach militarnych³. Elementem zapewniającym odpowiednie egzekwowanie posłuszeństwa jest sankcja karna, stanowiąca także granicę między poleceniem cywilnym a rozkazem wojskowym. Z powyższego wynika wzajemne nakładanie się oraz eliminowanie tych dwóch pojęć – każdy rozkaz jest poleceniem, lecz nie każde polecenie jest rozkazem. Wyrażenie woli w postaci rozkazu powinno mieć formę niepozostawiającą wątpliwości co do swojej istoty, tzn. należy wyraźnie zaznaczyć, iż nie jest to prośba ani życzenie. Dopuszcza się przekaz słowny w formie nakazowej lub zakazującej, potwierdzony przez żołnierza słowem „rozkaz”⁴.

² Regulamin Ogólny Sił Zbrojnych RP, Dz. Urz. Ministra Obrony Narodowej, Warszawa, dnia 30 grudnia 2013 r., poz. 398.

³ J. Ziewiński, *Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, Wydawnictwo Ministerstwa Obrony Narodowej, Warszawa 1986.

⁴ W. Marcinkowski, *Kodeks karny. Część wojskowa. Komentarz.*, Lex, Warszawa 2011.

Za działanie w warunkach rozkazu wojskowego nie może być uznane działanie, które nie zostało wprost nakazane przez rozkazodawcę lub działanie w porozumieniu czy za zgodą przełożonego. Analogicznie, przepisów o rozkazie nie stosuje się do wykorzystania sytuacji, jaką daje wykonanie polecenia przełożonego, w celu popełnienia czynu zabronionego, np. poprzez dokonanie kradzieży „przy okazji” wykonywania rozkazu ani do sytuacji, gdy czyn przestępny jest konsekwencją nienależytego lub niewłaściwego wykonania rozkazu, niezależnie od motywacji⁵.

Podsumowując powyższe założenia, nakładając na siebie definicje leksykalne, kodeksowe oraz elementy formalnoprawne, można sformułować następującą definicję rozkazu wojskowego: „wyrażenie woli przełożonego w sprawach służbowych, zobowiązującej podwładnego do ściśle określonego zachowania się (działania lub zaniechania), pod rygorem zastosowania środków przymusu i odpowiedzialności karnej (dyscyplinarnej i sądowej)”⁶.

3. Odpowiedzialność za wydanie rozkazu przestępnego i bezprawnego

3.1. Rozkaz przestępny a rozkaz bezprawny

Związek rozkazu z prawem karnym zachodzi w sytuacji, kiedy jego wykonanie narusza normy tego prawa. Istota tego konfliktu zasadza się na sprzeczności dwóch kardynalnych z punktu widzenia sił zbrojnych zasad – pełnego posłuszeństwa oraz wytyczenia jego granicy. Wynika z tego, że połączeniem między prawem karnym a wojskowością nie jest sama konstrukcja rozkazu, a reguły odpowiedzialności rozkazobiorcy, który w wyniku wykonania rozkazu popełnia przestępstwo. Strona rozkazodawcy nie budzi wątpliwości, gdyż odpowiada on zarówno za wydanie rozkazu przestępnego, jak i za czyn stanowiący jego przedmiot. Dotyczy to różnych form zjawiskowych przestępstwa – podżeganie, sprawstwo bezpośrednie, sprawstwo kierownicze czy polecające. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż wbrew opinii części doktryny⁷, celem art. 318 k.k. nie jest wyznaczanie granic posłuszeństwa wobec rozkazu, a określenie zasad odpowiedzialności żołnierza za popełnienie czynu zabronionego – przedmiotu rozkazu przestępnego⁸.

⁵ J. Majewski [w:] A. Barczak-Oplustil [et al.], *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. III, red. A. Zoll, Warszawa 2016.

⁶ J. Ziewiński, *op. cit.*

⁷ A. Zoll, *Polecenie służbowe jako element kształtujący odpowiedzialność karną*, „Palestra” 1986, Nr 4, s. 46 i n.

⁸ M. Czyżak, *Odrębność polskiego prawa karnego wojskowego wobec prawa karnego powszechnego*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2010.

Zakres semantyczny rozkazu przestępnego określa orzecznictwo Sądu Najwyższego⁹ poprzez stwierdzenie, że pojęcie rozkazu bezprawnego jest szersze niż rozkazu przestępnego i nie zachodzi między nimi związek tożsamościowy. Bezprawność można określić jako sprzeczność z obowiązującym porządkiem prawnym, przestępność zaś jako nakaz popełnienia przestępstwa. Między tymi pojęciami zachodzi wzajemne przenikanie i eliminacja – każdy rozkaz przestępny jest rozkazem bezprawnym, ale nie każdy rozkaz bezprawny prowadzi do naruszenia norm prawa karnego. Podwładny nie jest związany rozkazem przestępnym i nie może się nim zastrajać, a jego wykonanie pociąga za sobą odpowiedzialność karną. Wykonanie rozkazu bezprawnego jest obligatoryjne, a wszelkie konsekwencje obciążają rozkazodawcę.

3.2. Odpowiedzialność karna rozkazodawcy i wykonawcy rozkazu

Definicja ustawowa zawarta w art. 115 § 18 k.k., niemalże tożsama z regulaminową definicją pkt 13 Regulaminu Ogólnego SZ RP, stwarza teoretyczne pole do sformułowania hipotezy o umyślności żołnierza popełniającego przestępstwo na rozkaz. Należy jednak pamiętać o analizie dokonywanej *in concreto* dla każdego przypadku, bowiem potwierdzenie tego podejrzenia uniemożliwia ekskulpowanie wykonawcy czynu na podstawie art. 318 k.k.¹⁰. Rozkazodawca, jak każdy człowiek, może kierować się zasadą, iż dozwolone jest wszystko to, co nie jest zakazane przepisami prawa. Możliwa jest konstrukcja rozkazu bezprawnego, który nie jest przestępny, a mianowicie jego wykonawca nie popełnia przestępstwa umyślnego. Tego typu rozkaz nie jest objęty klauzulą wyłączenia odpowiedzialności opisaną w art. 318 k.k., a jego niewykonanie powoduje odpowiedzialność dyscyplinarną lub karną zobowiązanego żołnierza. Adekwatną konstrukcją ma także wydanie służbowego polecenia zaniechania konkretnego działania. Przepisy o umyślności i wyłączeniu stosowania art. 318 k.k. są stosowane analogicznie – jeżeli żołnierz umyślnie popełnił przestępstwo poprzez wykonanie rozkazu w postaci zaniechania działania¹¹. W odniesieniu do treści art. 318 k.k. kluczowe jest odróżnienie rozkazu, który podlega wykonaniu (nieprzestępnego) od rozkazu, który nie podlega wykonaniu, ponieważ jest poleceniem popełnienia przestępstwa (przestępnego). *A contrario*, z treści przytoczonego przepisu wynika, iż wypełnienie rozkazu przestępnego, pod warunkiem świadomości rozkazobiorcy o charakterze tego polecenia, wyklucza uchylenie odpowiedzialności. Co więcej, w tej sytuacji rozkazobiorca jest zobowiązany do odmowy posłuszeństwa. Redakcja polecenia nie

⁹ Wyrok SN z 7 listopada 1986 r., N 24/86.

¹⁰ W. Marcinkowski, *Kodeks karny. Część...*, s. 44.

¹¹ *Ibidem*, s. 45.

musi bezpośrednio wskazywać na zlecenie dokonania czynu przestępnego. Werbalne odzwierciedlenie znamion przestępstwa nie musi pokrywać się ze wszystkimi znamionami ustawowymi, wystarczy, aby prowadziło rozkazobiorcę do umyślnego popełnienia przestępstwa¹². Wykonawca takiego rozkazu nie jest zwolniony z konieczności wykonania go z chwilą otrzymania. Punktem wyłączającym ochronę z art. 318 k.k. jest moment, w którym rozkazobiorca uzyskuje świadomość o przestępnym charakterze ewentualnej kontynuacji wykonywania nakazanych czynności. Ocena odpowiedzialności rozkazodawcy oparta jest na ogólnej zasadzie indywidualizacji winy opisanej w art. 20 k.k. i zależy bezpośrednio od jego świadomości co do przestępnego charakteru wydanego rozkazu. Z tego powodu rozkazodawca odpowiada tylko i wyłącznie za treść polecenia oraz możliwe do przewidzenia skutki jego wykonania, wykonawca zaś za skutki i sposób realizacji rozkazu. Możliwe jest także pociągnięcie rozkazodawcy do odpowiedzialności jako sprawcy polecającego na gruncie art. 18 § 1 k.k. Z punktu widzenia rozkazobiorcy, możliwa jest również sytuacja wykonania rozkazu przestępnego w warunkach nieumyślności, w tym świadomej nieumyślności (tzw. lekko-myślności). Jest to sytuacja, kiedy wykonawca wiedział o naruszeniu obowiązujących zasad ostrożności oraz przewidywał możliwość dokonania czynu zabronionego, jednak nie godził się na jego popełnienie. Ocena odpowiedzialności wykonawcy i rozkazodawcy może być niezależna. Jednakże uchylenie winy podwładnego nie unieważnia podstaw odpowiedzialności karnej przełożonego. Może on odpowiadać jako podżegacz lub sprawca polecający, jeżeli konstrukcja nakazu odpowiada definicji terminu „polecenie”¹³ – warto zauważyć, iż jest ona szersza niż definicja rozkazu.

Winno się dokonać dychotomicznego podziału kwalifikacji odpowiedzialności: za sam fakt wydania rozkazu oraz za czyn zabroniony stanowiący jego wykonanie. Przed wprowadzeniem kodeksu Makarewicza w 1969 r., wydanie rozkazu przestępnego utożsamiane było z podżeganiem do czynu zabronionego objętego poleceniem, a w tymże kodeksie zrównane zostało ze sprawstwem. Kodeks karny z 1997 r. w art. 18 § 1 wprowadził natomiast nową postać sprawczego współdziałania – „Odpowiada za sprawstwo nie tylko ten, kto wykonuje czyn zabroniony sam albo wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, ale także ten, kto kieruje wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę lub wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie takiego czynu”. Jako element konstytuujący sprawstwo polecające traktować należy jako zależność między osobą wydającą polecenie wykonania czynu zabronionego a wykonawcą.

¹² J. Ziewiński, *Rozkaz...*, op. cit., s. 251.

¹³ M. Szczepaniec, *Sprawstwo polecające a sprawstwo kierownicze – problemy z rozgraniczeniem*, „Palestra” 2007, Nr 70–84.

Może mieć ona charakter sformalizowany (np. Policja czy wojsko) jak i nieformalny (np. grupa przestępcza)¹⁴. Wykorzystuje się obawę wykonawcy przed negatywnymi konsekwencjami w wypadku zaniechania, a więc faktyczną zależność między współdziałającymi osobami i uzależnienie sprawy wykonawczego od sprawy polecającego¹⁵.

Kwestia form stadialnych sprawstwa polecającego nie różni się od innych konfiguracji sprawczych. O samym dokonaniu można mówić wtedy, gdy wykonawca dokonał już czynu zabronionego będącego przedmiotem rozkazu. Usiłowanie zaś zaistnieje wtedy, kiedy sprawca polecający przekazał polecenie lub zmierzał do jego przekazania sprawcy¹⁶. W odniesieniu do regulacji z obowiązującego kodeksu karnego, wyłania się zasadniczy problem wyznaczenia granic wyłączenia bezprawności czynu będącego wykonaniem rozkazu przestępczego. W treści przepisu art. 318 § 1 k.k. – „Nie popełnia przestępstwa żołnierz, który dopuszcza się czynu zabronionego będącego wykonaniem rozkazu, chyba że wykonując rozkaz umyślnie popełnia przestępstwo” – użycie słowa „umyślnie” wprowadza możliwość popełnienia tego przestępstwa zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zatem granicą nieodpowiedzialności żołnierza za czyn zabroniony dokonany w warunkach działania na rozkaz jest umyślność po stronie wykonawcy.

Końcowym zagadnieniem w kwestii konstrukcji prawnej odpowiedzialności za wykonanie rozkazu przestępczego jest wykonanie przestępstwa skutkowego popełnionego przez zaniechanie. W myśl art. 2 k.k., odpowiedzialność gwaranta wynika z obciążenia sprawcy prawnym, szczególnym obowiązkiem zapobiegnięcia skutkowi. W innym wypadku będzie odpowiadał tylko za przestępstwo formalne, którego znamiona realizuje zaniechanie działania pożądanego przez ustawodawcę. Przepis wskazuje także, iż obowiązek ten ma wynikać bezpośrednio z normy prawnej lub innego aktu o znaczeniu prawnym. Ze względu na swój charakter, przestępstwo niezapobiegnięcia skutkowi zawsze stanowić będzie przestępstwo indywidualne. W myśl ustawy, źródłem obowiązku gwaranta mogą być także akty prawne niższego rzędu, a nawet oparte na prawie rozkazy służbowe i polecenia – dzięki temu rozkaz wojskowy winien zostać włączony do tejże grupy.

Warto zwrócić również uwagę na fakt, iż żołnierz wykonujący rozkaz bezprawny w sposób świadomy musi liczyć się ze wszystkimi konsekwencjami, także prawnymi, tego czynu. Dopuszczalna jest zatem obrona konieczna (art. 25 k.k.) w odpowiedzi na czyn będący przedmiotem rozkazu

¹⁴ M. Czyżak, *Odrębność...*, s. 115.

¹⁵ K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116 kodeksu karnego*, Zakamycze, 2000.

¹⁶ M. Czyżak, *Odrębność...*, s. 116.

bezprawnego, zarówno polecającego dokonanie jak i doprowadzającego do dokonania czynu przestępnego.

4. Kolizja obowiązków w świetle kodeksu karnego z 1997 r.

Uregulowanie kwestii kolizji obowiązków w obecnie obowiązującym kodeksie karnym jest oszczędne i enigmatyczne. Tak z treści art. 26 § 5 k.k. wynika, iż „przepisy § 1-3 stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy z ciężących na sprawcy obowiązków tylko jeden może być spełniony”, tzn. na sprawcy ciążyą przynajmniej dwa obowiązki, które pozostają ze sobą w kolizji, czyli nie mogą być jednocześnie wykonane. Tego rodzaju lakoniczna redakcja przepisu siłą rzeczy tworzy pole do odmiennych jej interpretacji, skutkujących sporami w doktrynie prawa karnego. J. Majewski pozostaje w przekonaniu, iż kolizja obowiązków jest tylko pozorna, bowiem w tym przypadku nie znajdują zastosowania wszystkie, teoretycznie niezgodne ze sobą normy, a aktualizuje się jedynie część z nich. Według m.in. W. Wróbla, analizując art. 26 k.k. jako całość, nasuwa się wniosek, iż kolizja ta jest zasadniczo kolizją dwóch wartości, które są jednocześnie zagrożone¹⁷.

W sytuacji kolizji obowiązków ustawodawca nakazał odpowiednie stosowanie przepisów o stanie wyższej konieczności, co implikuje rozróżnienie dwóch funkcji tej konstrukcji – może ona wyłączać bezprawność czynu lub wyłączać winę. Kryterium odróżnienia będzie stanowiła proporcja wartości dóbr, dla zachowania których mają być spełnione pozostające w kolizji obowiązki. Analogicznie jak w § 1–3 art. 26 k.k., w § 5 wypełnienie obowiązku w stosunku do dobra o większej wartości, skutkujące niewykonaniem go w stosunku do dobra o wartości niższej, stanowić będzie zachowanie legalne, a bezprawność czynu zostanie wyłączona.

Punktem zapalnym jest kwestia kolizji obowiązków w odniesieniu do dóbr tej samej wartości. W przypadku stanu wyższej konieczności, który według wskazania ustawodawcy obieramy za przykład modelowy, jest to okoliczność wyłączająca winę (art. 26 § 2 k.k.). Inaczej sytuacja kształtuje się w przypadku kolizji obowiązków. Według W. Wróbla¹⁸ i A. Wąska¹⁹ zachowanie niemożliwe do zrealizowania nie może być podstawą do uznania czynu za bezprawny – ustawodawca nie wskazuje bowiem, które z dwóch

¹⁷ A. Zoll [w:] A. Barczak-Oplustil et al., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, red. A. Zoll, W. Wróbel, Warszawa 2016

¹⁸ A. Zoll [w:] A. Barczak-Oplustil et al., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, red. A. Zoll, W. Wróbel, Warszawa 2016.

¹⁹ A. Wąsek, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część ogólna.*, t. 1.

kolidujących dóbr ma być ratowane. Jeżeli bierzemy pod uwagę dwa dobra o nieoczywście różnej wartości, to stosując odpowiednio art. 26 § 2 k.k., wyłącza się winę w stosunku do niewykonania obowiązku dotyczącego dobra o nieoczywście wyższej wartości. Stosowanie przepisów o stanie wyższej konieczności odpowiednio, a nie wprost, daje pole do wysnucia wniosku, że w przypadku kolizji dóbr o równej wartości, należy wykonać obowiązek w stosunku do tego dobra, którego szanse uratowania są większe²⁰.

Wracając do poglądów J. Majewskiego, odnoszącego się do konstrukcji art. 26 § 5 k.k. nader krytycznie, należałoby się zastanowić, czy aby formalna sprzeczność norm nie podlega eliminacji już na poziomie odpowiedniej egzegezy (reguł kolizyjnych czy dyrektyw interpretacyjnych). Jest to niewątpliwie novum w obecnych poglądach doktryny – autor poddaje w wątpliwość założenie o samej możliwości ciężenia na sprawcy przynajmniej dwóch obowiązków pozostających ze sobą w kolizji. Logiczną konsekwencją jest rozciągnięcie tej wątpliwości na fakt jednoczesnej aktualizacji norm formalnie ze sobą niezgodnych. W sytuacji, kiedy przychodzi nam te normy ważyć, spór winien być rozstrzygany za pomocą reguł kolizyjnych lub dyrektyw interpretacyjnych, co każdorazowo musi prowadzić do eliminacji niezgodności i niweluje problem, zanim zdążył on w ogóle powstać. J. Majewski jako jedyny przypadek możliwej kolizji obowiązków podaje hipotetyczną sytuację, gdy sprawca swoim bezprawnym działaniem lub zaniechaniem uniemożliwił sobie wypełnienie wszystkich zbiegających się norm²¹. Nietrudno jednak zauważyć, że nie jest to przypadek wypełniający znamiona art. 26 § 5 k.k. i winien być rozstrzygany według reguł oceny samopozbawienia się możliwości zachowania się w sposób wymagany przez prawo.

5. Żołnierz w obliczu rozkazu bezprawnego – analiza art. 344 k.k.

Znając ramy prawne oraz poglądy doktryny w kwestii kolizji obowiązków, a także omówienie rozkazu według obowiązującego kodeksu karnego, warto skonfrontować te dwie regulacje. Otrzymanie przez żołnierza rozkazu bezprawnego stawia go w sytuacji konfliktu dwóch wartości – z jednej strony dyscypliny wojskowej, z drugiej zaś każdorazowo innego dobra prawnego (przypadki te należy rozpatrywać kazuistycznie). Z treści art. 344 k.k. wynika, iż „nie popełnia przestępstwa określonego

²⁰ A. Zoll [w:] A. Barczak-Oplustil et al., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, red. A. Zoll, W. Wróbel, Warszawa 2016.

²¹ J. Majewski, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Warszawa 2002, s. 233.

w art. 343²² żołnierz, który odmawia wykonania rozkazu polecającego popełnienie przestępstwa albo nie wykonuje go”. Kształtuje się zatem nieuchronnie kolizja normy nakazującej posłuchu dla rozkazu wojskowego z jakąkolwiek inną normą rangi ustawowej, która nie musi być adresowana *stricto* do żołnierzy, może dotyczyć wszystkich podległych jurysdykcji polskiego kodeksu karnego – wykonując rozkaz, adresat nie może spełnić obowiązku wyznaczonego przez drugą normę.

Nietrudno wyobrazić sobie taką sytuację w sferze legalnej – np. z zastosowaniem przepisów o stanie wyższej konieczności (wyłączającym bezprawność) lub obronie koniecznej. Jednakże żołnierz jako adresat rozkazu bezprawnego, czyli odwołując się do pkt 3.1 niniejszego artykułu – wydanego bez umocowania prawnego, niewątpliwie znajduje się w sytuacji kolizji obowiazków, gdyż realizując obowiazek dyscypliny wojskowej narusza tym samym normę nakazaną mu w porządku powszechnym i *vice versa*. Warto zwrócić uwagę na fakt, że w przypadku rozkazu przestępnego druga z norm musi być sprzężona chociażby w pewnym zakresie z sankcją karną.

Jako swoistą „igłę magnetyczną” w wyjściu z tego impasu możemy traktować art. 344 k.k., jednak z uwzględnieniem zakresów znaczeniowych pojęć „rozkaz bezprawny” i „rozkaz przestępny”. Jak omówiono w pkt 3.2. niniejszego artykułu, żołnierz ma wręcz obowiazek niewykonania rozkazu, którego przestępnosc obejmuje swoją świadomością. Zestawiając tę wiedzę z kwestią kolizji obowiazków, należy stwierdzić, iż kwalifikacja norm w art. 344 k.k. winna przebiec w taki sposób, aby w przypadku wydania rozkazu przestępnego aktualizował się obowiazek żołnierza co do normy karalnej, a w przypadku wydania rozkazu bezprawnego, obowiazek co do zachowania dyscypliny wojskowej. Tego rodzaju wykładnia pozostaje w zgodzie z treścią przepisu art. 318, 343 oraz 344 k.k. W przypadku otrzymania rozkazu bezprawnego, żołnierz staje w obliczu konfliktu obowiazków: posłuchu dla rozkazu oraz powszechnego posłuchu dla prawa. Ustawodawca w dyrektywie zawartej w art. 344 wskazuje na następującą relację między tymi normami:

- 1) dyscyplina wojskowa ustępuje przed dobrem prawnym chronionym pod groźbą sankcji karnej;
- 2) dobra prawne niechronione sankcją karną ustępują przed dyscypliną wojskową²³.

Rozwiązanie to pozostaje jednak obarczone pewną wadliwością. Jeżeli przyjmujemy, że żołnierz jest co do zasady związany wykonaniem każdego rozkazu z wyjątkiem rozkazu przestępnego, to należy się zastanowić, jak uargumentować konieczność wykonania przez żołnierza rozkazów

²² Niewykonanie rozkazu – przyp. aut.

²³ J. Majewski [w:] A. Barczak-Oplustil et al., *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. III, red. A. Zoll, Warszawa 2008, teza 6 do art. 344.

bezpprawnych (a jednocześnie nie-przestępnych), ową bezprawność zauważając i akceptując? Czy aby przypadkiem sytuacja konfliktu obowiązku przestrzegania dyscypliny wojskowej i z drugiej strony chronienia normy naruszanej przez bezprawność rozkazu nie jest per se kolizją obowiązków z art. 26 § 5 k.k.? Według niektórych przedstawicieli doktryny, nieposłuszeństwo wobec rozkazu nieprzestępnego może skutkować wyłączeniem odpowiedzialności karnej na podstawie art. 26 § 2 k.k., a zatem stanu wyższej konieczności. Pozostając przy interpretacji J. Majewskiego, rozwiązaniem tej sytuacji jest kwestia odpowiedniej klasyfikacji i aktualizacji norm – bezprawność, wprowadzie nie w formie przestępności, ale w dalszym ciągu sprzeczności z całościowo postrzeganym porządkiem prawnym, winna ustąpić dyscyplinie wojskowej i pokierować żołnierza do wykonania rzeczowego rozkazu, konsekwencjami tego czynu obarczając rozkazodawcę.

6. Podsumowanie

Nakładając na siebie wszystkie wyciągnięte w toku niniejszego artykułu wnioski należy stwierdzić, iż art. 344 § 1 k.k. stanowi *lex specialis* wobec art. 26 § 5, tym samym reguluje on szczególny przypadek kolizji obowiązków. Pogląd ten spotyka się z akceptacją części przedstawicieli doktryny. Jest to w zasadzie sposób na ominięcie niejako wadliwej i nastęrczającej trudności interpretacyjnych konstrukcji przepisu art. 26 § 5 k.k. Kluczowym dla wykładni powołanych przepisów jest rozstrzygnięcie kwestii bezprawności i przestępności wydanego rozkazu, bowiem na podstawie art. 344 k.k., ten właśnie element wyznacza granice odpowiedzialności żołnierza za niewykonanie rozkazu. Jednocześnie, niezależnie od głoszonych poglądów, pozwala odpowiednio klasyfikować normy pozostające, jakby się mogło wydawać, na kursie kolizyjnym.

A B S T R A C T

The article aims to approximate the settlement of conflicts of duties in art. 26 § 5 of the Penal Code and its comparative approach in combination with art. 344 of the Penal Code. The author, on the basis of the views of the doctrine and the provisions of the Penal Code, analyzes the similarities and differences between the two mentioned articles, and as the final conclusion, mentions the inferior character of art. 344 in comparison with art. 26 § 5 of the Penal Code.

