

Maciej Czerwiński

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA WYDANIE I WYKONANIE ROZKAZU

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Problematyka prawna dotycząca działania na rozkaz i zasad ponoszenia odpowiedzialności jest powiązana zarówno z prawem międzynarodowym¹, jak i z wieloma innymi gałęziami prawa². Najistotniejsze znaczenie ma jednak nie tylko ogólna definicja rozkazu, która sama w sobie powoduje wiele problemów interpretacyjnych, a określenie mocy wiążącej rozkazu bezprawnego. Rozkaz jest rozumiany jako instrument działania pewnej grupy społecznej, zhierarchizowanej i wzajemnie podległej. Aby móc pociągnąć do odpowiedzialności przełożonego i podwładnego, musi być ustalona okoliczność, że konkretny akt woli nakazujący określone zachowanie się spełnia kryteria przyjęte i stosowane w danej grupie społecznej i w istocie spełnia wymogi rozkazu, a nie jest jedynie innym rodzajem aktu woli osoby go wydającej³. Dopiero po dokonaniu takiej analizy stanu faktycznego i obowiązujących przepisów i zwyczajów oraz ustaleniu, że rzeczywiście można mówić o rozkazie⁴, należy przejść do ustalenia zasad ponoszenia odpowiedzialności. Z jednej strony chodzi o odpowiedzialność karną za nieposłuszeństwo wobec przełożonych w przypadku nieuzasadnionego niewykonania rozkazu, z drugiej zaś o odpowiedzialność za przestępne działanie w razie jego wykonania.

Na tym tle szczególnie istotny wydaje się problem indywidualnej odpowiedzialności za naruszenie norm bezwzględnie obowiązujących w trakcie konfliktów zbrojnych. Po zakończeniu operacji militarnych z reguły dochodziło i dochodzi do

¹ Autor koncentruje się zwłaszcza na członkach sił zbrojnych, ale na podstawie przepisów szczególnych problem dotyczy również członków innych formacji — np. policji, służb specjalnych, straży granicznej, straży pożarnej itd. Zob. J. Majewski w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. III: *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2006, s. 1119.

² Teorią i filozofią prawa, prawem karnym, prawem administracyjnym, prawem wojskowym.

³ J. Ziewiński, *Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, wyd. II, Wydawnictwo Ministerstwa Obrony Narodowej, Warszawa 1986, s. 11.

⁴ *Ibidem*.

osądzenia sprawców naruszeń i ewentualnych zbrodni popełnionych w ich trakcie. Ze względu na nadrzędną rolę wojska i/lub jednostek paramilitarnych, a więc formacji ściśle zhierarchizowanych i wertykalnie podporządkowanych, wskazanie jednostki odpowiedzialnej za tego typu naruszenia wydaje się być wyjątkowo trudne i skomplikowane. Podstawą ich działania nie są, z reguły, indywidualnie podejmowane decyzje, a polecenia przyjmujące w wojsku postać rozkazów, wymuszające niejako określone działania. Pozostaje więc znaleźć odpowiedź na pytanie: kto i jaką w związku z tym powinien ponosić odpowiedzialność?

Mimo że problem odpowiedzialności za rozkaz (jego wydanie i wykonanie) od czasów drugiej wojny światowej nie budził większych kontrowersji, to jednak w związku z konfliktami zbrojnymi na przełomie XX i XXI wieku, ponownie stał się aktualny. Zarówno w prawodawstwach krajowych, jak i w prawie międzynarodowym są widoczne dwie koncepcje jego powstania, zależne od podmiotu dokonującego naruszenia prawa. Szczególnie w przeszłości nie bez znaczenia pozostawała okoliczność, czy do odpowiedzialności miał być pociągnięty adresat rozkazu – jego wykonawca, czy też jego twórca – rozkazodawca. W zależności od panujących w danej epoce koncepcji, możliwy był pierwszy lub drugi wariant. Jednocześnie aż do powstania koncepcji pośrednich, uwzględniających oba rozwiązania, było wyłączone ich kumulatywne stosowanie. W przypadku dowódcy/zwierzchnika chodzi o odpowiedzialność wydającego bezprawny rozkaz (ang. *command responsibility*), podczas gdy w przypadku adresatów rozkazu – jego wykonawców, istotne są warunki wyłączające bądź ograniczające odpowiedzialność (ang. *superior order defence*). Koncepcja odpowiedzialności dowódcy za rozkaz wywodzi się zaś z doktryny *respondeat superior*, która oznacza, z jednej strony, że dowódca odpowiada za działania podwładnego, z drugiej zaś, że działanie w ramach wydanego rozkazu zwalnia od odpowiedzialności wykonawcę rozkazu.

W związku z powyższym warte omówienia są zarówno kwestie odpowiedzialności dowódców, a więc osób wydających rozkazy, jak i sytuacja osób działających w ich ramach i na ich podstawie.

2. COMMAND RESPONSIBILITY – PRZESŁANKI I ZASADY POCIĄgniĘCIA DO ODPOWIEDZIALNOŚCI DOWÓDCÓW ZA WYDANY ROZKAZ

Dowódca, który wyda nielegalny rozkaz, zostanie pociągnięty do odpowiedzialności karnej z racji, iż dowodzi na polu bitwy. Odpowiedzialność ponoszona w tej sytuacji jest bezpośrednia (ang. *direct responsibility*) i wiąże się z wydaniem rozkazów niezgodnych z prawem, niezależnie od faktu, czy zostały one faktycznie wykonane. W niektórych przypadkach dowódca może jednak nie zauważyć działań na polu bitwy lub widząc działania naruszające prawo,

próbować powstrzymać zbrodnie popełniane przez podwładnych. W takich przypadkach pozornie prawo międzynarodowe nie wymaga zamierzonego działania dowódcy. Jaki jest więc zakres odpowiedzialności dowódcy? *Command responsibility* zawiera dwa pojęcia odpowiedzialności karnej: odpowiedzialność bezpośrednią – za wydanie bezprawnych rozkazów, oraz odpowiedzialność pośrednią, zwaną również niekiedy przypisaną – za bezprawne zachowanie podwładnego⁵. Oznacza to, że dowódcy⁶ mogą ponieść odpowiedzialność karną za zbrodnie wojenne dokonane przez swoich podwładnych, jeśli nie sprawowali wystarczającej kontroli nad ich poczynaniami⁷. W takich przypadkach odpowiedzialność dowódcy opiera się na zaniechaniu jego działań lub też braku podjęcia odpowiednich działań zmierzających do zapobieżenia popełnienia przestępstwa przez podwładnych. O ile, ponad wszelką wątpliwość, została potwierdzona odpowiedzialność indywidualna sprawców zbrodni o charakterze międzynarodowym, a więc również odpowiedzialność ponoszona za wydanie nielegalnego rozkazu, o tyle kwestia odpowiedzialności dowódców za czyny podwładnych, działających często w ekstremalnych warunkach bojowych, pozostaje niedoprecyzowana i nie do końca jasna. W przypadku zbyt szerokich obowiązków dowódców, mających na celu niedopuszczenie do popełnienia zbrodni przez podwładnych, których następstwem jest odpowiedzialność pośrednia, doktryna może nie tylko nie sprostać oczekiwaniom i realiom, ale wręcz doprowadzić do powstania zbyt daleko idących skutków w postaci surowych represji karnych w stosunku do dowódców⁸.

Odpowiedzialność dowódców została zaostrzona od czasu drugiej wojny światowej, co znalazło wyraz w orzecznictwie trybunałów międzynarodowych zajmujących się osądzeniem sprawców zbrodni wojennych z lat 1939–1945. Na szczególną uwagę zasługuje precedensowy proces generała Tomoyuki Yamashita, nazywanego Tygrysem Malajów⁹. W dniu 29 października 1945 r. Yamashita stanął przed amerykańskim sądem wojskowym w Manili, gdzie oskarżono

⁵ M. C. Bassiouni, P. M. Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. Commentaries on the Statute and Rules*, Transnational Publishers Inc., Irvington-on-Hudson, New York 1996, s. 345.

⁶ W przypadku doktryny *command responsibility* dowódca nie musi być wojskowym. Może być przedstawicielem rządu, policji czy jakiegokolwiek innej organizacji mogącej wydawać wiążące polecenia podwładnym. Zob. M. C. Bassiouni, P. M. Manikas, *op. cit.*, s. 420 i n.

⁷ A. D. Mitchell, *Failure to Halt, Prevent or Punish: The Doctrine of Command Responsibility for War Crimes*, „The Sydney Law Review”, September 2000, no. 381, Sydney University Law School.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Powyższy przydomek zyskał on w czasie kampanii na Półwyspie Malajskim, zakończonej upadkiem Singapuru w dniu 15 lutego 1942 r. W jej trakcie 30 tysięcy żołnierzy generała wzięło do niewoli 130 tysięcy żołnierzy (Brytyjczyków, Hindusów i Australijczyków). Była to największa w historii kapitulacja wojsk brytyjskich.

go o zbrodnie wojenne¹⁰ popełnione w okresie japońskiej okupacji Singapuru i Filipin. Głównym zarzutem stawianym generałowi był brak jego reakcji – jako naczelnego dowódcy Japońskiej XIV Armii – na zbrodnie popełniane podczas kampanii na Półwyspie Malajskim i na Filipinach. Obrona przyznawała, że zbrodnie faktycznie zostały popełnione, jednocześnie odpierając zarzut i twierdząc, że w związku z brakiem łączności pomiędzy dowództwem a poszczególnymi oddziałami, Yamashita nie mógł panować nad swoimi podwładnymi, nawet w przypadku gdyby o zbrodniach wiedział, co nie zostało jednak potwierdzone. Podnoszono również, że wiele z tych zbrodni popełnili członkowie japońskiej marynarki wojennej, która mu nie podlegała¹¹. Mimo to sąd stwierdził, że: „(1) seria zbrodni i inne ciężkie przestępstwa zostały popełnione przez członków japońskich sił zbrojnych pod dowództwem Generała, przeciw narodowi Stanów Zjednoczonych i ich sojuszników na całych Filipinach; co więcej nie były one sporadyczne, ale w wielu przypadkach były systematycznie nadzorowane przez japońskich oficerów i podoficerów, (2) w omawianym okresie nie udało się mu zapewnić skutecznej kontroli podległych wojsk, jaka była wymagana przez okoliczności”¹². Przy zastosowaniu odpowiedzialności pośredniej Yamashita został uznany za winnego i skazany na karę śmierci.

Od czasu sprawy Yamashita, oraz na skutek kolejnych procesów dotyczących zbrodni wojennych, międzynarodowe prawo karne nałożyło na dowódców ogromną odpowiedzialność, w celu zapobiegania i karania najcięższych przestępstw popełnianych przez ich podwładnych, biorąc pod uwagę ich współodpowiedzialność wynikającą z dowodzenia. Powodem takiej odpowiedzialności jest fakt, że dowodzący są najbardziej odpowiednimi osobami do kontrolowania i zapobiegania wszelkim przejawom łamania prawa na polu bitwy, ze względu na pozycję i posiadaną władzę¹³. Należy przez to rozumieć konieczność zapobiegania każdemu łamaniu prawa przez podwładnych, bez względu na okoliczność czy działanie, jakie jest następstwem rozkazu, czy też nie jest, w przypadku gdy podwładni pozostają pod faktycznym dowództwem¹⁴.

¹⁰ Zarówno w stosunku do jeńców, jak i ludności cywilnej. Chodzi tu między innymi o masakra w szpitalu Alexandra, pacyfikację dzielnicy chińskiej oraz grabieżę mienia.

¹¹ Szerzej na ten temat zob.: Case no. 21 *Trial of General Tomoyuki-Yamashita*, United States Military Commission, Manila (8th October–7th December 1945), and The Supreme Court of The United States (Judgments Delivered On 4th February 1946), http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.12.07_United_States_v_Yamashita.pdf/ (dostęp 20.07.2013).

¹² *Ibidem*.

¹³ Podobnie T. Wu & Yong-Sung King, *Criminal Liability for the Actions of Subordinates. The Doctrine of Command Responsibility and its Analogues in United States Law*, „Harvard International Law Journal” 1997, no. 38, s. 290.

¹⁴ W sprawach dotyczących odpowiedzialności pośredniej dowódców podnosi się, że sprawca musi być „częścią zespołu bezpośrednio podległemu dowództwu przełożonego, aby ten mógł być pociągnięty do odpowiedzialności”. Por. sprawa nr IT-96-21-A, Čelebići, pkt 248, <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf/> (dostęp 2.11.2013).

Prawo międzynarodowe nie nakłada jednak zbiorowej czy też zastępczej odpowiedzialności karnej, dlatego też dowodzący nie mogą być pociągnięci do odpowiedzialności za działania podwładnych, o których nie wiedzieli lub nie mogli wiedzieć. Należy więc określić przypadki, w których dowódcy ponoszą odpowiedzialność za działania własne, oraz te, w których odpowiadają za czyny dokonane przez podwładnych. Ponoszenie odpowiedzialności za działania własne występuje w sytuacji wydania nielegalnego rozkazu i jest przykładem odpowiedzialności bezpośredniej, gdy tymczasem czyny dokonane przez podwładnych wiążą się z odpowiedzialnością pośrednią.

3. ODPOWIEDZIALNOŚĆ BEZPOŚREDNIA DOWÓDCÓW ZA WYDAWANIE NIELEGALNYCH ROZKAZÓW

O odpowiedzialności bezpośredniej dowódcy za własne działania mowa jest w przypadku wydania nielegalnego rozkazu. Co jednak kryje się pod tym pojęciem? Definicję znaleźć można w orzecznictwie Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (dalej: MTKJ). W sprawie *Kordić* Izba Odwoławcza uznała, że rozkaz taki „oznacza, że osoba w pozycji władzy nakazuje innej osobie popełnienie przestępstwa”¹⁵. Ponadto polecenie takie nie musi „być udzielone na piśmie, ani w żadnej innej szczególnej formie, ani skierowane bezpośrednio do jednostki wykonującej go. [...] Istnienie takiego rozkazu może zostać udowodnione przez dowody bezpośrednie lub pośrednie”¹⁶. Przez osobę będącą w „pozycji władzy rozumie się taką osobę, która jest *de iure* lub *de facto* przełożonym”¹⁷. Funkcjonariusze cywilni również mogą zostać oskarżeni o nielegalne wydawanie rozkazów. Jak stwierdził MTKJ, w ich przypadku do poniesienia odpowiedzialności „formalne relacje przełożony–podwładny, między oskarżonym i sprawcą nie są wymagane”¹⁸. Fakt, że formalny związek nie jest wymagany, oznacza przy tym, że powinny istnieć co najmniej nieformalne relacje kształtujące relacje przełożony–podwładny. W przeciwnym razie nie ma różnicy między poleceniem a podżeganiem. Według Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy (dalej: MTKR), kluczową kwestią takiej odpowiedzialności jest to, że „osoba w pozycji władzy wykorzystuje ją, aby przekonać inną osobę do popełnienia przestępstwa”¹⁹, która z tego powodu

¹⁵ Sprawa apelacyjna nr IT-95-14/2-A, *Dario Kordić i Mario Čerkez*, pkt 28, http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/en/cer-aj041217e.pdf/ (dostęp 4.11.2013).

¹⁶ Sprawa nr IT-01-42-T, *Pavle Strugar*, pkt 331, <http://www.icty.org/x/cases/strugar/tjug/en-str-tj050131e.pdf/> (dostęp 4.11.2013).

¹⁷ Sprawa nr IT-03-66-T, *Fatmir Limaj, Isak Musliu i Haradin Bala*, pkt 515, <http://www.icty.org/x/cases/limaj/tjug/en/lim-tj051130-e.pdf/> (dostęp 5.11.2013).

¹⁸ Sprawa apelacyjna nr IT-95-14/2-A, *Dario Kordić i Mario Čerkez*, pkt 28.

¹⁹ Sprawa nr ICTR-96-4-T, *Jean Paul Akayesu*, pkt 483, <http://www.unict.org/Portals/0/Case-%5CEnglish%5CAkayesu%5Cjudgement%5Cakay001.pdf/> (dostęp 5.11.2013).

zostanie zmuszona do określonego działania. Ze względu na konieczność wskazania zamiaru sprawcy wymaganego przez prawo międzynarodowe, konieczne jest wskazanie, czy działał on „z zamiarem popełnienia przestępstwa, a także czy był świadomy istoty prawdopodobieństwa jego popełnienia w związku z wydanym poleceniem”²⁰.

W przypadku wydania nielegalnego rozkazu, przełożony nie ma możliwości podniesienia zarzutu, że wydał rozkaz, ale nie popełnił zbrodni. Fakt jej popełnienia jest bowiem okolicznością następczą w stosunku do dokonanego czynu. Podstawową i najistotniejszą kwestią bezpośredniej odpowiedzialności jest jednak pytanie, czy w przypadku oskarżenia o wydanie nielegalnego rozkazu konieczne jest jego faktyczne wykonanie? Na to pytanie należy odpowiedzieć jednoznacznie przecząco, mając na uwadze przepisy obecnie obowiązującego prawa międzynarodowego. W przygotowanym w roku 1996 przez Komisję Prawa Międzynarodowego Organizacji Narodów Zjednoczonych Projekcie Kodeksu Zbrodni przeciwko Pokojowi i Bezpieczeństwu Ludzkości²¹, art. 2 pkt 3 przewiduje indywidualną odpowiedzialność za zbrodnię, jeżeli osoba wydała rozkaz jej popełnienia, a która w rzeczywistości nastąpiła lub będzie podjęta próba jej popełnienia²². Chodzi tu o penalizowanie udziału lub przyczynienia się do popełnienia najcięższych przestępstw²³ bez względu na fakt ich rzeczywistego dokonania czy wyłącznie usiłowania. Powyższa kwestia była bardzo silnie akcentowana i wspierana podczas obrad nad statutem Międzynarodowego Trybunału Karnego (dalej: MTK). W związku z powyższym w art. 25 ust. 3 lit. b Statutu MTK znalazł się zapis, że „[o]dpowiedzialności karnej i karze za zbrodnie objęte jurysdykcją Trybunału podlega na podstawie niniejszego statutu osoba, która: [...] (b) zleca, namawia bądź nakłania do popełnienia takiej zbrodni, zarówno w przypadku jej dokonania, jak i usiłowania”²⁴. Powyższy zapis spowodował wyjaśnienie wszelkich wątpliwości mogących powstać w przypadku bezpośredniej, indywidualnej odpowiedzialności przełożonych za wydane bezprawne rozkazy.

Powyższa regulacja nakłada na dowódców obowiązek wydawania wyłącznie legalnych rozkazów. To na nich, jako osobach posiadających przywilej władzy i możliwość wydawania wiążących komend, spoczywa obowiązek dbania, aby odbywało się to w granicach prawa. Przejawy jego łamania, w przypadku najcięższych zbrodni, są przez prawo międzynarodowe penalizowane i ścigane, bez

²⁰ Sprawa nr IT-01-42-T, *Pavle Strugar*, pkt 333.

²¹ Ang. *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*.

²² *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind* 1996, „Yearbook of the International Law Commission” 1996, Vol. II, Part Two, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-eighth session, United Nations publications, United Nations, New York and Geneva 1998, s. 18.

²³ Wymienia się tu: zbrodnie ludobójstwa, przestępstwa przeciwko ludzkości, przestępstwa przeciwko Organizacji Narodów Zjednoczonych i jej personelowi oraz zbrodnie wojenne.

²⁴ Art. 25 statutu MTK, Dz. U. z 2003 r., nr 78, poz. 708.

względu na fakt popełnienia czy wyłącznie usiłowania dokonania zbrodni. Chodzi tu bowiem nie tylko o ciężar gatunkowy samego przestępstwa, ale również o fakt nadużycia zaufania i posiadanej z racji pełnienia danej funkcji, władzy, która jest przywilejem i nie ma charakteru władzy absolutnej.

4. *MENS REA REQUIREMENT* W PRZYPADKU POŚREDNIEJ ODPOWIEDZIALNOŚCI DOWÓDCÓW

Każde przestępstwo popełnione zarówno w warunkach krajowych, jak też na arenie międzynarodowej, składa się z dwóch elementów: z dokonania czynu zabronionego oraz świadomego zamiaru sprawcy, nazywanego również jego stanem umysłu²⁵. Pierwszy z nich nosi miano *actus reus*, a drugi to *mens rea*²⁶. Dopiero wystąpienie tych dwóch przesłanek łącznie warunkuje możliwość skazania sprawcy, przy założeniu, że sprawca miał zamiar popełnić przestępstwo (*dolus directus*) albo przewidując możliwość jego popełnienia godził się na to (*dolus eventualis*)²⁷. Definicja owego stanu umysłu zależy od charakteru przestępstwa. W prawie międzynarodowym jest to zazwyczaj zdefiniowane w treści konkretnej umowy międzynarodowej lub znajduje się w ogólnych zasadach trybunałów międzynarodowych. Obecnie regulacje tego typu znajdują się przeważnie w ich statutach. Na tej podstawie można stwierdzić, że ogólną, najpowszechniej akceptowaną definicję pojęcia *mens rea* można znaleźć w treści art. 30 Statutu MTK. Z jego treści wynika, że sprawca poniesie odpowiedzialność za popełnioną zbrodnię, gdy świadomie i z zamiarem jej popełnienia realizuje jej zamiana. Co więcej, ust. 2 tego artykułu stanowi, że pojęcie zamiaru w odniesieniu do czynu występuje wówczas, gdy dana osoba zmierza do jego popełnienia, a w przypadku skutku – podobnie jak w polskim prawie karnym – zamierza ona wywołać taki skutek lub jest świadoma, że taki skutek nastąpi w normalnym następstwie zdarzeń²⁸. Przy

²⁵ W literaturze anglojęzycznej szerzej na ten temat np.: M. Greenspan, *The Modern Law of Land Warfare*, University of California Press 1959, s. 476 i n.

²⁶ Ze względu na przedmiot i ramy niniejszej pracy, autor skupia się przede wszystkim na okolicznościach, które warunkują powstanie odpowiedzialności wydającego rozkaz i wykonawcy rozkazu. Fakt popełnienia czynu zabronionego nie jest istotny z punktu widzenia tematu pracy. Nie stanowi on problemu badawczego, a dopiero fakt jego popełnienia i możliwość przypisania sprawcy zamiaru znajduje się w zakresie niniejszej pracy. Z tego też względu dalsze rozważania na temat samego *actus reus* zostały w dalszej części pominięte. Szerzej na temat form winy por. np.: J. Warylewski, *Prawo Karne. Część ogólna*, wyd. 4, LexisNexis, Warszawa 2009, s. 326 i n.

²⁷ J. Warylewski, *op. cit.*, s. 326 i n.

²⁸ Szerzej na ten temat por. np. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, LEX 2010, art. 9; A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Tom I: *Komentarz do art. 1-116 k.k.*, Zakamycze 2004, art. 9.

czym „świadomość” oznacza wiedzę, że istnieje określona okoliczność albo że skutek nastąpi w normalnym następstwie zdarzeń²⁹. Oznacza to, że nie jest konieczne udowodnienie sprawcy, że działał od początku ze świadomością popełnienia czynu zabronionego. Wystarczy, że przy rozumowaniu, którego można oczekiwać od przeciętnego człowieka w danych okolicznościach, dochodzi się do wniosku, że dany skutek nastąpi, jako normalny związek przyczynowy między działaniem a jego rezultatem. W prawie międzynarodowym powszechnie przyjęto zasadę, że nikt nie zostanie skazany przez międzynarodowy organ za przestępstwo, jeżeli w chwili jego popełnienia nie miał takiego zamiaru.

W przypadku odpowiedzialności pośredniej dowódców kwestia zamiaru może być pojmowana różnie, w zależności od wystąpienia omówionych poniżej elementów.

4.1. DOWODZENIE – FAKTYCZNE PRZYWÓDZTWO

Do czasu drugiej wojny światowej, zgodnie z ugruntowaną w prawie międzynarodowym od wieków zasadą, przełożony wydający nielegalny rozkaz ponosił za niego odpowiedzialność indywidualną. W przypadku zaś samowolnego działania podwładnych był od niej zwolniony. Doświadczenia wojenne z 1. połowy XX wieku spowodowały jednak gruntowne zmiany w tej kwestii.

W związku ze zmodyfikowaną odpowiedzialnością (*command responsibility*), dowódcy, którzy wiedzieli, powinni wiedzieć lub mieli powody, aby sądzić o bezprawnych działaniach podwładnych, podlegają odpowiedzialności za brak kontroli nad nimi. Co więcej, dotyczy to nie tylko wojskowych, ale wszystkich posiadających władzę i możliwość wydawania wiążących rozkazów. *Actus reus* w takim przypadku to okoliczność, w której: „osoba w pozycji władz instruuje inną osobę do popełnienia przestępstwa”³⁰. *Mens rea* będzie stanowić, że w takim przypadku ów przełożony: „musi mieć albo zamiar popełnienia przestępstwa, lub zdawać sobie sprawę ze znacznego prawdopodobieństwa, że przestępstwo zostanie popełnione na skutek realizacji lub wykonania jego polecenia”³¹. Nie jest przy tym wymagane, aby podwładni, którzy faktycznie działali zgodnie z rozkazem, powinni mieć ten sam zamiar, który ma przełożony³².

²⁹ Art. 30 ust. 3 statutu MTK.

³⁰ Sprawa nr IT-03-66-T, *Fatmir Limaj, Isak Musliu i Haradin Bala*, pkt 515.

³¹ *Ibidem*.

³² Sprawa apelacyjna nr IT-95-14/2-T, *Dario Kordić i Mario Čerkez*, pkt 388, http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/en/kor-tj010226e.pdf/ (dostęp 7.11.2013).

4.2. FAKTYCZNA WIEDZA

Zgodnie z obowiązującym prawem międzynarodowym w sprawach karnych, gdy przełożony wiedział o niezgodnych z prawem czynach podwładnych, może być nadal odpowiedzialny, nawet jeżeli nie wydawał rozkazów. Jako przełożony ma bowiem obowiązek zapobiegać zbrodniom. W takim przypadku jego odpowiedzialność wynika z faktu, że wiedział o łamaniu prawa przez podwładnych, ale nie zapobiegł popełnieniu czynów. Artykuł 7 ust. 3 statutu MTKJ stanowi, że przełożony ponosi odpowiedzialność karną, w przypadku gdy „wiedział on, lub jeśli istniały powody, by wiedział, że podwładny popełni taki czyn lub go faktycznie popełnił, przy czym przełożony nie podjął koniecznych i możliwych środków w celu zapobieżenia takim czynom lub ukarania ich sprawców”. Przez pojęcie „wiedział” rozumie się w tym przypadku okoliczność, że miał on świadomość tego, że podwładni popełniają albo mają zamiar popełnić zbrodnię. Powyższa okoliczność może być przy tym ustalona na podstawie bezpośrednich lub poszlakowych dowodów³³, co nie stanowi złamania zasady zakazu domniemania posiadania faktycznej wiedzy. Katalog środków dowodowych należy rozumieć w tym przypadku bardzo szeroko, a jedyne ograniczenie dotyczy wyłącznie zakazu przyjęcia *a priori*, że oskarżony faktycznie posiadał wymaganą przez prawo wiedzę, co z kolei skutkowałoby przerzuceniem na niego całego ciężaru dowodowego³⁴.

5. ODPOWIEDZIALNOŚĆ NA ZASADZIE RYZYKA

W przypadku odpowiedzialności pośredniej dowódców, można wskazać jeszcze na dwie skrajne jej podstawy, a mianowicie na zasadę ryzyka oraz na zaniechanie. W przypadku zasady ryzyka dowódca będzie ponosić odpowiedzialność karną za działania swoich podwładnych wyłącznie ze względu na pełnioną funkcję³⁵. Oskarżyciel nie będzie musiał w takim przypadku udowadniać

³³ Sprawa nr IT-96-21-A, Čelebići Case, pkt 383.

³⁴ Tego rodzaju sytuacja została wprowadzona w art. 10 Kanadyjskiej Regulacji dotyczącej Przepływów Wojennych (por. *Law Reports of Trials of War Criminals. Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission*, vol. IV, His Majesty's Stationery Office, London 1948, s. 85). Zgodnie z nią: „Jeżeli istnieją dowody, że zbrodnia wojenna była wynikiem wspólnych działań po części jednostki lub grupy ludzi, to dowody przedstawione na jakkolwiek zarzut dotyczący tego przestępstwa przeciwko jakemukolwiek członkowi tej jednostki lub grupy mogą być odbierane jako dowód *prima facie* odpowiedzialności każdego członka tej jednostki lub grupy za popełnienie tego przestępstwa”. W realiach odpowiedzialności dowódcy oznaczałoby to, że jeżeli istnieje dowód popełnienia zbrodni przez podwładnych, to z założenia oznacza to również dowód winy przełożonego.

³⁵ Por. sprawa ICTR-96-13-A, *Alfreda Musema*, pkt 129, <http://www.unictr.org/Portals/0/Case%5CEnglish%5CMusema%5CJudgement%5C000127.pdf/> (dostęp 7.11.2013).

jego zamiaru, wystarczające będzie bowiem udowodnienie, że pozostawał on zwierzchnikiem osób, które dopuściły się popełnienia przestępstwa. Zgodnie z tym założeniem, dowódca, jeśli nawet nie wydał nielegalnych rozkazów, będzie odpowiedzialny za działania podwładnych, bez względu na to, że podjął wszystkie niezbędne kroki, aby temu zapobiec. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której istniałaby możliwość oskarżenia i skazania osoby nieposiadającej wymaganego przez prawo międzynarodowe *mens rea*, wyłącznie z powodu pełnionej funkcji. Co więcej, taka regulacja byłaby niezgodna z obowiązującymi przepisami prawa międzynarodowego, gdyż zgodnie z nimi odpowiedzialności karnej za popełnioną zbrodnię podlega wyłącznie osoba, „gdy świadomie i z zamiarem jej popełnienia realizuje znamiona zbrodni”³⁶, co w przypadku zasady ryzyka nie ma miejsca.

6. ZANIECHANIE

Druga koncepcja skrajnej odpowiedzialności pośredniej dowódców przewidyje, że poważne zaniechanie dowódcy polegające na zaniechaniu podejmowania odpowiednich działań zostanie potraktowane jako równoznaczne ze zgodą na popełnienie zbrodni przez sprawcę lub tożsame z zamiarem jej popełnienia³⁷. Idee pociągnięcia do odpowiedzialności dowódców za zaniechania w sprawowaniu nadzoru nad podwładnymi i brak podejmowania odpowiednich i dostępnych działań w celu zapobiegania lub ukarania za popełnione zbrodnie, były znane prawu międzynarodowemu od czasu drugiej wojny światowej. Koncepcja ta została wskazana w procesie Tokijskim, gdzie Trybunał stwierdził, że: „Hirota dopuścił się zaniechania swoich obowiązków”³⁸, nie nalegając przed Rządem, że należy podjąć natychmiastowe działania, aby położyć kres wszelkim okrucieństwom, nie podejmując również żadnych innych działań będących w jego mocy, aby osiągnąć

³⁶ Art. 30 statutu MTK.

³⁷ Sprawa nr ICTR-96-4-T, *Jean Paul Akayesu*, pkt 488.

³⁸ Kōki Hirota był politykiem japońskim, który sprawował funkcję premiera oraz ministra spraw zagranicznych Japonii w latach trzydziestych XX wieku. Jego sprawa przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym dla Dalekiego Wschodu (Trybunał Tokijski) stanowiła precedens. Pierwszy raz w historii międzynarodowego prawa karnego doszło bowiem do skazania na karę śmierci polityka-cywila, za – jak to określono – lekceważenie obowiązku zapobiegania naruszeniom międzynarodowego prawa wojennego. Jak wiadomo indywidualna odpowiedzialność dowódców za zaniechanie polegające na braku reakcji na popełniane przez podwładnych zbrodnie została ustanowiona w sprawie generała Yamashita. Nigdy wcześniej nie była jednak stosowana wobec cywili. Niemniej Trybunał Tokijski uznał, że Hirota jako Minister Spraw Zagranicznych dysponował wiedzą opartą głównie na raportach wywiadu i przedstawicieli armii, z których wynikało, że na terytorium Chin dochodzi do masowego popełniania zbrodni wojennych przez żołnierzy japońskich. Mimo realnie posiadanej władzy nie interweniował w celu zatrzymania tej fali przemocy. Zostało to uznane za zaniechanie i zaniechanie podjęcia odpowiednich czynności.

ten sam rezultat. Jego beczynność urosła do rangi przestępstwa zaniechania³⁹. Jako norma prawa międzynarodowego została jednak wyrażona wprost dużo później. Nastąpiło to w I Protokole Dodatkowym z dnia 8 czerwca 1977 r. do Konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r.⁴⁰, w którego ramach został zredagowany art. 86 ust. 2 w następujący sposób:

„Okoliczność, że naruszenie Konwencji lub niniejszego protokołu zostało popełnione przez podwładnego, nie zwalnia jego przełożonych od odpowiedzialności karnej lub – odpowiednio – dyscyplinarnej, jeżeli wiedzieli lub byli w posiadaniu wiadomości, które pozwalały im wnioskować w danych okolicznościach, że podwładny popełnia lub popełnił takie naruszenie, i jeżeli nie poczynili wszelkich praktycznie możliwych kroków w celu zapobieżenia takiemu naruszeniu lub ukaraniu za nie”.

Powyższa regulacja nakłada *de facto* trzy obowiązki, którym musi sprostać dowódca. Jest to nie tylko konieczność zapobiegania popełnianiu naruszeń zgodnie z posiadaną wiedzą, ale także wiadomościami, które pozwolą takie działania w danych okolicznościach wywnioskować. Konieczne jest również podjęcie wszelkich środków, którymi konkretny dowódca dysponuje i które są możliwe do realizacji w danym momencie, aby nie dopuścić do naruszenia. W przypadku złamania postanowień konwencji mimo podjętych działań, dowódca w momencie, w którym poweźmie o tym wiadomość, ma obowiązek zainicjowania odpowiedniego postępowania dyscyplinarnego lub karnego względem sprawcy takiego naruszenia. W przeciwnym razie naraża się na możliwość poniesienia indywidualnej odpowiedzialności za taki czyn.

Mimo uregulowania zasady ponoszenia odpowiedzialności pośredniej za zaniechanie, należy stwierdzić, że nie jest to jedyna koncepcja regulująca tę kwestię. Koncepcja zaniechania obowiązków jako podstawa odpowiedzialności ma bowiem zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy mimo ciężącego na dowódcy obowiązku zapobiegania popełnianiu przestępstw, nie sprostał on temu obowiązkowi. W przypadku zaś, gdy naruszenie prawa następuje poza wiedzą i możliwościami przewidzienia takiego zachowania, nie może mieć ona zastosowania⁴¹.

Z kwestią zaniechania związana jest również zasada wyższego standardu (ang. *higher standard*), którą czasami tłumaczy się jako zasadę: „wiedział lub miał powód, by wiedzieć” lub „wiedział lub powinien był wiedzieć”. Pochodzi ona z procesu Generała Yamashita, a następnie została potwierdzona w Tokio.

³⁹ Tak też MTKR, w sprawie nr ICTR-96-4-T, *Jean Paul Akayesu*, pkt 490.

⁴⁰ Dz. U. z 1992 r., nr 41, poz. 175.

⁴¹ W związku z wciąż obowiązującymi w orzecznictwie międzynarodowym wyrokami Trybunału Tokijskiego czy też MTKR należy uznać, że orzecznictwo międzynarodowe wyszło poza standard wynikający z zasady ponoszenia odpowiedzialności pośredniej za zaniechanie, przyjmując zdecydowanie szerszy zakres odpowiedzialności i możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej dowódców. Szczególnie wyraźnie widać to na przykładzie sprawy generała Yamashita i Jeana Paula Akayesu.

Co ciekawe, zasady tej nie stosowano podczas procesów w Norymberdze. W sprawie Yamashita, w której „oskarżony wiedział lub miał podstawy, by wiedzieć o powszechnym popełnieniu zbrodni przez żołnierzy i jednostki pod jego dowództwem, jego brak informowania się poprzez oficjalne i dostępne dla niego źródła o okolicznościach powszechnie wiadomych wśród jego podwładnych i podległej mu ludności cywilnej, mogą być wyłącznie potraktowane jako zaniechanie przez niego obowiązków”⁴². Zasada „wiedział lub miał powód, by wiedzieć” wydaje się bardzo szeroka ze względu na to, że zależy od możliwości dostępu do informacji wynikającej z pełnienia określonej funkcji. W takim przypadku zasada ta zbliża się do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka nałożonej ze względu na pozycję dowódcy. Sądy międzynarodowe konsekwentnie jednak odmawiają uznania jej za podstawę ponoszenia odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, gdyż brak jej wymaganej przez prawo międzynarodowe *mens rea* sprawcy.

Obiektywne kryteria pojawiają się w przypadku MTKJ, którego Statut w art. 7 ust. 3 stanowi: „Statut nie zwalnia przełożonego od odpowiedzialności karnej, jeśli wiedział on lub jeśli istniały powody, by wiedział, że podwładny popełni taki czyn lub go faktycznie popełnił, przy czym przełożony nie podjął koniecznych i możliwych środków w celu zapobieżenia takim czynom lub ukarania ich sprawców”. Treść przytoczonego artykułu została powtórzona również w statucie MTKR⁴³. Na podstawie treści wymienionego art. 7 ust. 3, w sprawie *Čelebići Case*, Trybunał w ten sposób wyjaśnił zasadę wyższego standardu: „Izba Orzekająca przyjmuje za punkt wyjścia zasadę, że przełożonemu nie jest wolno pozostawać rozmyślnie ślepy na czyny podwładnych. Nie może być wątpliwości, że przełożonemu, który po prostu ignoruje informacje będące faktycznie w jego posiadaniu, a przekonujące do wniosku, że są popełniane przestępstwa, lub wkrótce mogą zostać popełnione przez podwładnych, popełnia bardzo poważne zaniedbanie obowiązków, za które może on być pociągnięty do odpowiedzialności karnej w ramach doktryny *superior responsibility*”⁴⁴. Trybunał wskazał przy tym, że faktyczna wiedza nie może być domniemywana, lecz musi być ustalona w drodze chociażby dowodów poszlakowych.

Kolejną regulację powyższej kwestii wprowadzono na mocy statutu MTK. Przewidziano w nim rozróżnienie odpowiedzialności ze względu na osobę przełożonego. Odmienne traktowani są na jego podstawie dowódcy wojskowi, a inaczey osoby cywilne pozostające w innych niż militarne stosunkach zwierzchnictwa i podległości. Zgodnie z treścią art. 28 lit. a ppkt i, osoba działająca w charakterze dowódcy wojskowego poniesie odpowiedzialność karną za popełnione przez podwładnych żołnierzy zbrodnie, gdy: „wiedziała, albo, biorąc pod uwagę okoliczności w danym czasie, powinna była wiedzieć, że siły zbrojne popełniały czy zmierzały

⁴² Cytat za majorem W. H. Parksem, *Command Responsibility for War Crimes* „Military Law Review”, vol. 62, Headquarters Department of The Army, Washington D.C., Fall 1973, s. 32.

⁴³ Art. 6 ust. 3.

⁴⁴ Sprawa nr IT-96-21-A, *Čelebići Case*, pkt 387.

do popełnienia takich zbrodni⁷⁴⁵. W przypadku zaś stosunków zwierzchnictwa i podległości innych niż militarne, wprowadza łagodniejsze przesłanki, stanowiąc, że: „przełożony wiedział albo świadomie zlekceważył informację, która wyraźnie wskazywała na to, że podwładni popełniali lub zmierzali do popełnienia takich zbrodni⁷⁴⁶. Zgodnie z powyższym, MTK nakłada zdecydowanie bardziej surowe i restrykcyjne wymogi na przełożonych wojskowych niż cywilnych, wychodząc ze słusznego założenia, że możliwości informacyjne, posiadana faktyczna władza i możliwość kontroli dowódców jest nieporównywalna w obu przypadkach, ze zdecydowaną przewagą tych pierwszych. W związku z czym naturalnym następstwem jest konieczność stawiania szerszych i bardziej restrykcyjnych wymogów wojskowym, jako osobom bardziej uprzywilejowanym i dysponującym większą, realną władzą.

7. SUPERIOR ORDER DEFENCE – PRZESŁANKI I ZASADY POCIĄgniĘCIA DO ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA DZIAŁANIA NA ROZKAZ

Zarzut obrony oparty na doktrynie *superior order* jest jednym z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień w międzynarodowym prawie karnym. Stawia bowiem ono żołnierzy przed dylematem, czy powinni przestrzegać rozkazów przełożonych, czy też nie powinni, a także, w jakich okolicznościach może to wystąpić. Z punktu widzenia podwładnych, nieposłuszeństwo rozkazom jest surowo zabronione przez współczesne normy krajowych praw wojskowych, ponieważ tylko taka konstrukcja gwarantuje pomyślność działań wojennych. Z drugiej zaś strony, w przypadku bezwarunkowego ich przestrzegania narażają się na możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności przed sądem za dokonanie zbrodni wojennych. Co więcej, narażają się przez takie działanie na krytykę i zarzut ze strony sądu, że w danych okolicznościach powinni byli odmówić wykonania rozkazu, gdyż był on bezprawny. W tego typu sytuacjach można mówić o zjawisku określanym we współczesnej filozofii prawa mianem tzw. spraw trudnych (*hard cases*)⁴⁷. Powyższy dylemat stał się przedmiotem badań Alberta V. Dicey’a (brytyjskiego konstytucjonalisty), który stwierdził, że w takiej sytuacji żołnierz stoi przed dziwnym wyborem – „rozstrzelania na podstawie wyroku sądu wojskowego za odmowę wykonania rozkazu, albo powieszenia na podstawie wyroku sądu powszechnego za wykonanie rozkazu⁷⁴⁸”.

⁴⁵ Art. 28 lit. a ppkt i statutu MTK.

⁴⁶ Art. 28 lit. b ppkt i statutu MTK.

⁴⁷ Szczegółowo w tej kwestii zob. J. Zajadło (red.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, LexisNexis, Warszawa 2008.

⁴⁸ Cytat za S. Hinek, *The Superior Order Defence: Embraces at Last?*, „The New Zealand Postgraduate Law E-Journal” 2005, no. 2, s. 30.

W prawie międzynarodowym można wskazać, z historycznego punktu widzenia, że w stosunku do żołnierzy/podwładnych broniących się przed odpowiedzialnością zarzutem działania na rozkaz, czy też wykonywaniem obowiązków służbowych, zastosowanie miała jedna z czterech wypracowanych na przestrzeni wieków koncepcji odpowiedzialności⁴⁹. Dla celów niniejszego opracowania wskazują dwie, które mają szczególne znaczenie:

a) doktryna *respondeat superior* – prezentująca całkowite wyłączenie odpowiedzialności karnej osoby działającej na rozkaz bez względu na charakter tego rozkazu⁵⁰;

b) doktryna *absolute liability* – prezentująca bezwzględną odpowiedzialność karną pomimo działania na rozkaz z uwzględnieniem charakteru tego rozkazu⁵¹.

8. DOKTRYNA *RESPONDEAT SUPERIOR*

Doktryna *respondeat superior* była najbardziej rozpowszechniona i stosowana w prawie międzynarodowym do końca lat trzydziestych XX wieku⁵². Ugruntowanie i popularność zyskała dzięki publikacji podręcznika prawa międzynarodowego autorstwa profesora Lassa Oppenheima⁵³, powszechnie uważanego za czołowego przedstawiciela współczesnego prawa międzynarodowego. To właśnie w pierwszej edycji jego dzieła⁵⁴ została ugruntowana zasada, że żołnierz, który wykonuje rozkazy przełożonego, nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za ich wykonanie. Teza, którą tam postawiono, brzmiała następująco: „naruszenie zasad dotyczących sztuki wojny jest zbrodnią wojenną wyłącznie w sytuacji, gdy popełnione jest bez rozkazu lub polecenia rządu wojującej strony. Jeżeli członkowie sił zbrojnych dopuszczają się naruszeń w wykonaniu rozkazów rządu, nie są zbrodniarzami wojennymi i nie mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności przez wroga. [...] w przypadku, gdy członkowie sił dopuszczają się przestępstw w wykonaniu rozkazów dowódców, nie mogą zostać ukarani, gdyż wyłącznie

⁴⁹ Zob. J. Zajadło, P. Zajadło, *Na marginesie wydarzeń w Nangar Khel: respondeat superior?*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2008, nr 1, s. 66.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Wybuch drugiej wojny światowej oraz jej skala i liczba naruszeń prawa międzynarodowego zmusiły aliantów do weryfikacji tego poglądu, w taki sposób, aby było możliwe pociągnięcie do odpowiedzialności zbrodniarzy wojennych.

⁵³ Podręcznik ten zatytułowany *International Law: A Treatise* został wydany po raz pierwszy w latach 1905–1906. Od tego czasu był wielokrotnie uzupełniany, nowelizowany i poprawiany, a jego najnowsza dziewiąta edycja jest nadal uznawana za jedną z kluczowych pozycji w dziedzinie prawa międzynarodowego.

⁵⁴ L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. II: *War and Neutrality*, Longmans, Green, and Co., London, New York and Bombay 1906.

odpowiedzialni są ich dowódcy”⁵⁵. Zgodnie z nią działanie na rozkaz dowódcy lub polecenie rządu usprawiedliwiało każdy akt i każde zachowanie. Co więcej, w żadnym przypadku nie było możliwe pociągnięcie do odpowiedzialności indywidualnego sprawcy, gdyż wyłącznie odpowiedzialny, a więc i wyłącznie winny był dowódca. Powyższe uregulowanie odzwierciedlało ogólnie panującą w tym okresie praktykę państw, które w podobny sposób regulowały w krajowych systemach prawnych kwestię odpowiedzialności żołnierzy za działania na polu bitwy. W owym czasie nacisk kładziono przede wszystkim na dyscyplinę i jedność w armii, a nie na okoliczności mogące uchronić członków sił zbrojnych wojujących stron od popełniania przestępstw wojennych. Drugie wydanie⁵⁶ wspomnianego opracowania zawierało już swoiste odstępstwo od powyższej tezy i przewidywało możliwość indywidualnego pociągnięcia do odpowiedzialności. Zgodnie ze zakwalifikowanym poglądem, w przypadku dopuszczenia się przestępstwa wojennego przez szeregowego żołnierza, możliwe było uznanie go za przestępcę wojennego i osądzenie za to, ale tylko przez wroga, pod warunkiem dostania się do jego niewoli. Innymi słowy, żołnierz wykonujący rozkazy dowódcy lub działający na polecenie rządu, nigdy nie mógłby być uznany za przestępcę wojennego przez swój własny kraj i osadzony na podstawie krajowych przepisów prawnych.

Doktryna *respondeat superior* wyrażała i odzwierciedlała interesy dyscypliny wojskowej, która przede wszystkim wymagała i egzekwowała natychmiastowe posłuszeństwo i przestrzeganie hierarchicznego podporządkowania. Rolą żołnierza było bezwarunkowe wykonywanie poleceń przełożonego, gdyż tylko natychmiastowe działanie bez zawahania gwarantowało powodzenie działań militarnych i było w związku z tym pożądane. Fakt ścisłego podporządkowania i konieczność przestrzegania rozkazów i poleceń przełożonych uzasadniały powyższą doktrynę. Skoro podwładni nie mieli możliwości rozważania zasadności dyspozycji przełożonych, gdyż mogło to ich narazić na konsekwencje karne za naruszenie dyscypliny wojskowej, to trudno byłoby od nich egzekwować odpowiedzialność za działania, na które nie mieli wpływu⁵⁷.

Poglądy Oppenheima wywarły ogromny wpływ na regulację krajowych porządków prawnych w dziedzinie wojskowości w Wielkiej Brytanii i USA. Wyraz pełnej aprobaty powyższych poglądów znalazł odzwierciedlenie zarówno w brytyjskim, jak i wzorowanym na nim amerykańskim podręczniku wojskowym⁵⁸. Przewidywały one, że członkowie sił zbrojnych, którzy dopuścili się naruszeń zasad wojennych lub innych przestępstw na skutek wykonania rozkazów przełożonych lub poleceń rządów, nie mogli być pociągnięci do odpowiedzialności przez wrogów.

⁵⁵ *Ibidem*, § 253, s. 264–265.

⁵⁶ *Ibidem*, 2nd Edition 1912, s. 310.

⁵⁷ A. Eser, „Defences” in *Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen*, [w:] K. Schmoller (Hrsg.), *Festschrift für Otto Triffler zum 65. Geburtstag*, Springer Verlag, Wien–New York 1996, s. 761.

⁵⁸ *Military Manuals* w Wielkiej Brytanii i *The 1914 Rules of Land Warfare* w USA.

Ówczesnie panujące poglądy wyrażone w doktrynie *respondeat superior* były ugruntowane i powszechnie akceptowane na arenie międzynarodowej. Ich korzenie wywodziły się jeszcze z poglądów Grocjusza, Hobbesa czy van Bijkershoek'a, a więc filozofów nierozdzielnie związanych z nowożytnym prawem międzynarodowym. Wszyscy oni uważali, że wojna, czy też wojna sprawiedliwa, są atrybutem i domeną suwerena, czyli władcy lub państwa. I to właśnie na nich spoczywała odpowiedzialność za słuszność i uzasadnienie samej wojny oraz za jej przebieg i skutki⁵⁹. Powyższe poglądy obowiązywały w prawie międzynarodowym do początku lat czterdziestych XX wieku, kiedy to ze względu na panującą wówczas sytuację międzynarodową musiały zostać zweryfikowane. Narodowy socjalizm i panujące w Europie ruchy totalitarne spowodowały tak wielką eskalację przemocy i zbrodni zarówno na arenach krajowych, jak i międzynarodowej, i to zarówno w sferze wojskowej, jak i politycznej, że doktryna ta przestała spełniać oczekiwania społeczności międzynarodowej i pozostawała w zupełnym odehraniu od rzeczywistości panującej po drugiej wojnie światowej. Jako doktryna skrajna i niedostosowana do współczesnych realiów, została całkowicie odrzucona i obecnie nie ma żadnego zastosowania w prawie międzynarodowym.

9. DOKTRYNA *ABSOLUTE LIABILITY*

Doktryna *absolute liability* została wypracowana w latach czterdziestych XX wieku. Była całkowitym zaprzeczeniem doktryny *respondeat superior* i została opracowana na potrzeby osądzenia zbrodniarzy wojennych z okresu drugiej wojny światowej. Przewidywała, że w przypadku wydania bezprawnego rozkazu, podwładny ma obowiązek odmowy jego wykonania i nie może go spotkać żadna negatywna konsekwencja za niewykonanie rozkazu. W przypadku zaś wykonania takiego rozkazu, wykonawca działa na własne ryzyko, to znaczy, że gdyby jego działanie doprowadziło do naruszenia prawa międzynarodowego, to wówczas będzie on mógł być pociągnięty do odpowiedzialności przed sądem⁶⁰. W takim przypadku nie będzie

⁵⁹ Szerzej na ten temat np.: C. van Bijkershoek, *A treatise on the law of war*, The Lawbook Exchange Ltd., Foundations of the Laws of War, General Editor: Joseph Perkovich, Clark, New Jersey 2008 (Reprint originally published: Farrand&Nicholas, Philadelphia 1810); Hobbes Studies Editor-in-Chief: Martin A. Bertman, BRILL, Leiden, The Netherlands; A. C. Cutler, *The 'Grotian Tradition' in International Relations*, „Review of International Studies”, January 1991, vol. 17, No. 1, Cambridge University Press, s. 41–65.

⁶⁰ Indywidualną odpowiedzialność w prawie międzynarodowym wprowadzono i uznano właśnie na podstawie tej doktryny. Pojawiała się ona w wielu procesach prowadzonych przez Amerykański Trybunał w Norymberdze i stanowiła podstawę umożliwiającą pociągnięcie do odpowiedzialności karnej. Por. Akt oskarżenia w sprawie przeciwko Alfredowi Krupp von Bohlen und Halbach (Military Tribunals, Case No. 10, *The United States of America against Alfred Felix Alwin Krupp von Bohlen und Halbach and others*, http://www.loc.gov/rf/frd/Military_Law/Nuremberg_Indictments.html) (dostęp 10.11.2013).

miał możliwości obrony i zasłaniania się działaniem na rozkaz. Uzasadnieniem tej koncepcji było uznanie, że żołnierz nie jest automatem czy też narzędziem w rękach dowódców, a jednostką obdarzoną wolną wolą, która musi indywidualnie przeanalizować konkretną sytuację na polu bitwy⁶¹. W związku z wydarzeniami na frontach w Europie, Afryce i Azji, a przede wszystkim z postępowaniem żołnierzy na terytoriach okupowanych i skalą łamania przez nich prawa międzynarodowego, alianci zostali zmuszeni do weryfikacji obowiązującej i utrwalonej doktryny usprawiedliwiającej działanie na rozkaz. Gdyby tego nie uczynili, nigdy nie mogliby pociągnąć do odpowiedzialności zbrodniarzy wojennych i postawić ich przed Norymberskim czy Tokijskim Trybunałem. W związku z przesunięciem szali zwycięstwa na stronę aliantów jasne stało się, że w myśl obowiązujących przepisów nie będzie możliwości osądzenia większości zbrodni popełnionych przez członków armii agresorów. Dlatego też już w roku 1944⁶² została zweryfikowana przez Herscha Lauterpachta teza głoszona przez Oppenheima (zawarta w wydanym po raz kolejny jego podręczniku uwzględniającym dokonane poprawki). W tym samym roku zweryfikowano, i to w sposób radykalny, odpowiednie postanowienia brytyjskich i amerykańskich regulaminów wojskowych⁶³. Działania takie popierała również społeczność międzynarodowa, żywo zainteresowana osądzeniem zbrodniarzy wojennych. Na tej podstawie doktryna *absolute liability* została uznana przez Trybunał Norymberski za generalną zasadę odpowiedzialności i stała się jedną z zasad norymberskich, mimo że w rzeczywistości należałoby uznać ją za retroaktywne działanie prawa⁶⁴.

Po zakończeniu głównych procesów i osądzeniu sprawców zbrodni wojennych, doktryna *absolute liability* stała się powszechnie obowiązującą i przyjmowaną na arenie międzynarodowej. Jednak jej główną wadą było postawienie żołnierza przed dylematem, czy działanie w ramach rozkazu jest jeszcze działaniem zgodnym z prawem, czy już takim nie jest. Konieczność każdorazowej weryfikacji poleceń dowódców pod względem ich legalności z prawem międzynarodowym stała się niejako obowiązkiem szeregowego żołnierza. W przypadku wykonania rozkazu niezgodnego z tymi normami, narażał się on na odpowiedzialność karną. Z punktu widzenia dowództwa wojskowego regulacja ta była wyjątkowo nietrafna i wręcz nie do przyjęcia, zważywszy na skuteczność strategii i powodzenia operacji zbrojnych. Została wypracowana w warunkach konieczności rozliczenia

⁶¹ L. N. Sadat, *The International Criminal Court and the transformation of international law: justice for the new millennium*, Transnational Publishers Inc. 2002, s. 218–219.

⁶² Co ciekawe, część doktryny nadal hołdowała koncepcji *respondeat superior*. Na przykład jeszcze w roku 1943 na takim stanowisku stał Hans Kelsen. Por. H. Kelsen, *Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals*, „California Law Review” 1943, vol. 31, s. 556 i n.

⁶³ M. R. Lippman, *Humanitarian Law: the Development and Scope of the Superior Order Defence*, „Penn State International Law Review” 2001, vol. 20, s. 178 i n.

⁶⁴ Szerzej na ten temat por. K. Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford University Press 2001, s. 20 i n.

sprawców zbrodni wojennych z okresu drugiej wojny światowej, nie odnosiła się jednak w sposób realny do ewentualnych przyszłych działań bojowych. Ścisłe jej przestrzeganie mogło doprowadzić bowiem do całkowitego paraliżu jakichkolwiek działań wojennych. Dopiero upływ kilku dekad obowiązywania zasad ustalonych w Norymberdze spowodował ich weryfikację. Stało się to także możliwe dzięki rozwojowi współczesnego prawa natury i jego wpływu na prawo międzynarodowe. Obecnie podstawowe zasady prawa międzynarodowego, wywodzące się z praw natury, określa się jako *ius cogens*, a więc normy niezbywalne, podstawowe i pierwotne, które muszą być bezwzględnie przestrzegane przez każde państwo (*obligatio erga omnes*)⁶⁵, i żaden traktat, umowa czy inne działania nie mogą i nie mają prawa ich naruszać⁶⁶. Każde działanie państwa, rządu, dowódcy czy szeregowego żołnierza niezgodne z tymi zasadami będzie traktowane jako postępowanie nielegalne i łamiące obowiązujące prawo międzynarodowe. W związku z powyższym, doktrynę *absolute liability* należy obecnie uznać za skrajną i współcześnie nieobowiązującą.

10. WNIOSKI KOŃCOWE

Kwestia odpowiedzialności za wydanie i wykonanie rozkazu, choć do dziś budzi wiele kontrowersji i emocji, jest obecnie szczegółowo uregulowana w prawie międzynarodowym. Stało się tak dzięki przyjęciu statutu MTK i utworzeniu stałego, międzynarodowego organu sądowego powołanego i władnego do ścigania i osądzania sprawców najcięższych zbrodni międzynarodowych. Obecnie obowiązująca kompleksowa regulacja zawarta w jego statucie określa i szczegółowo precyzuje okoliczności ponoszenia odpowiedzialności zarówno przez wydającego, jak i przez wykonawcę rozkazu, wskazując jednocześnie kontratyty wyłączające ponoszenie odpowiedzialności zarówno przez wydających, jak i wykonujących rozkazy. Zdaniem autora, regulacja ta jest najbardziej sprawiedliwa, gdyż jednoznacznie wprowadza karalność czynów zabronionych popełnionych zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio. Jednocześnie dzięki uwzględnieniu argumentów podnoszonych przez dziesięciolecia dopuszcza stosowanie kontratypów wyłączających bądź ograniczających odpowiedzialność sprawców, kiedy okoliczności danej sprawy wskazują, że wymierzenie sprawy nawet niskiej kary byłoby niesprawiedliwe. W przeciwieństwie do poprzednich regulacji, w statucie MTK w większości od razu wskazano na konkretne przesłanki powodujące ograniczenie bądź wyłączenie odpowiedzialności sprawcy,

⁶⁵ Szerzej na ten temat: M. C. Bassiouni, *International Crimes: Ius Cogens And Obligatio Erga Omnes*, [w:] *59 Law & Contemporary Problems*, Duke University School of Law, Autumn 1996, s. 63–74.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 72 i n.

dzięki czemu w przyszłości możliwe będzie uniknięcie wielu kontrowersyjnych sytuacji i wyroków.

Statut MTK stanowi ponadto kwintesencję całego dorobku doktrynalnego i orzecznictwa, dotyczącego kwestii odpowiedzialności zarówno za wydanie, jak i wykonanie rozkazu. Przenosi tym samym na współczesny grunt prawa międzynarodowego wszystko co najlepsze z niemal każdej koncepcji dotyczącej problematyki rozkazu wypracowanej przez wieki.

Maciej Czerwiński

RESPONSIBILITY FOR ISSUANCE AND EXECUTION OF AN ORDER

‘On the issue of responsibility for issuance and execution of an order’ is the study dedicated to an important, although little explored in Polish conditions, problem of orders. The complexity, due to a different basis of liability and its multi-subject, is presented according to two aspects. The first one is liability for issuing the order, the other is liability for enforcement of the order. Due to the strict bound of basic issues related to the matter of responsibility for the issuance and enforcement of the order with criminal responsibility, the article is recognized from an international legal and criminal standpoint, shown mainly on the basis of the jurisprudence of international tribunals. A general emphasis is put on a discussion and familiarization with matters relating to the fields of command responsibility and superior order defense, which are the essential notions concerning matters of individual responsibility for the issuance and enforcement of orders.

Keywords: command responsibility, superior order defence, respondeat superior, absolute liability, execution of orders