

**POSTANOWIENIE SKŁADU SIĘDMIU SĘDZIÓW
Z DNIA 17 KWIETNIA 2003 R.
WZP 1/03**

1. Ustalona *ex post* niezdolność żołnierza do służby wojskowej, która pozostawała w związku z popełnieniem przestępstwa ściśle wojskowego, tj. takiego, które nie ma odpowiednika w części szczególnej Kodeksu karnego i innych ustawach karnych, jest uzewnętrznieniem tak istotnego elementu indywidualizującego ten czyn na płaszczyźnie materialnej, że *in concreto*, przy zaistnieniu innych, istotnych okoliczności wskazanych w art. 115 § 2 k.k., charakteryzujących stronę zarówno przedmiotową (np. krótkotrwała nieobecność w jednostce i dobrowolny do niej powrót sprawcy samowolnego oddalenia), jak i podmiotową (np. dopuszczenie się samowolnego oddalenia przez sprawcę w celu załatwienia, niecierpiących zwłoki, ważnych spraw osobistych bądź rodzinnych, niezwłoczny powrót do posłuszeństwa po odmowie wykonania rozkazu), rodzi po stronie sądu obowiązek rozważenia warunków uzasadniających jego przestępną.

2. Sytuacja braku rozbieżności w orzecznictwie, uzasadniająca odmowę podjęcia przez Sąd Najwyższy uchwały, o której mowa w art. 61 § 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. Nr 240, poz. 2052), nie może być utożsamiona ze zbędnością podjęcia uchwały, o której również mowa w tym przepisie, a która warunkuje umorzenie postępowania.

Przewodniczący: Prezes SN gen. dyw. J. Godyń.

Sędziowie SN: płk W. Błuś, płk S. Kosmal, płk E. Matwijów (sprawozdawca), ppłk M. Pietruszyński (sprawozdawca – uzasadnienie), płk J. Steckiewicz, ppłk A. Tomczyk.

Prokurator Naczelnej Prokuratury Wojskowej:

płk J. Cieplowski.

Sąd Najwyższy po rozpoznaniu w dniu 17 kwietnia 2003 r., w Izbie Wojskowej wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 26 lutego 2003 r., złożonego na podstawie art. 60 § 2 w zw. z art. 60 § 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. Nr 240, poz. 2052) oraz art. 16 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (jedn. tekst: Dz.U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147), o podjęcie uchwały, mającej na celu wyjaśnienie treści art. 320 k.k. w zw. z art. 1 k.k., których stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie, a mianowicie:

„Czy stwierdzona przez Wojskową Komisję Lekarską *ex post* trwała niezdolność żołnierza do służby wojskowej z powodu zapadnięcia na chorobę psychiczną w czasie pełnienia tej służby, która nie znosiła, ani w znacznym stopniu nie ograniczała jego poczytalności w czasie, ale pozostawała w związku z popełnieniem czynu karalnego przeciwko obowiązkowi pełnienia służby wojskowej lub zasadom dyscypliny wojskowej jest uzewnętrznieniem tak istotnej przesłanki indywidualizującej ów czyn, że *in concreto* zobowiązuje sąd orzekający

do rozważania warunków uzasadniających przestępność takiego czynu?”

o d m ó w i ł podjęcia uchwały.

Uzasadnienie:

Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich zmierza do wyjaśnienia treści przepisu art. 320 k.k. (dotyczącego zasad odpowiedzialności karnej żołnierzy uznanych *ex post* za niezdolnych do służby wojskowej) w związku z treścią art. 1 k.k. (dotyczącego zasad odpowiedzialności karnej określonych w części ogólnej Kodeksu karnego). Zauważa się we wniosku, że wykładnia tych przepisów, w kontekście ich wzajemnych relacji, wywołała rozbieżności w orzecznictwie Izby Wojskowej Sądu Najwyższego.

Autor wniosku wskazał, że kwestia odpowiedzialności sprawców przestępstw z części wojskowej Kodeksu karnego uznanych *ex post* za niezdolnych do służby wojskowej, w tym też kwestia konsekwencji prawnych w zakresie tej odpowiedzialności, była od dawna, jako budząca wątpliwości, w kręgu zainteresowania Sądu Najwyższego. Podnosi się we wniosku, że na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. zagadnienie to było przedmiotem rozważań pełnego składu Izby Wojskowej w uchwale z dnia 20 grudnia 1976 r., stanowiącej wówczas wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawach o przestępstwa wojskowe popełnione przez żołnierzy uznanych *ex post* za niezdolnych do służby wojskowej ze względu na stan zdrowia. W uchwale tej wyrażono pogląd, że stwierdzona *ex post* niezdolność żołnierza do służby wojskowej w chwili popełnienia przestępstwa wojskowego nie pozbawia go cech podmiotu tego przestępstwa, ale w stopniu większym lub mniejszym – w zależności od rodzaju naruszonego lub zagrożonego dobra – zmniejsza *in concreto* stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu (zob. uchwała pełnego składu Izby Wojskowej Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 1976 r., U 5/76, OSNKW 1977, z. 1–2, poz. 2). Wskazać przy tym należy, że stanowisko zawarte w wytycznych nawiązywało do wcześniejszych poglądów wypowiedzianych przez Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów Izby Wojskowej z dnia 24 marca 1964 r., RNw 70/63, gdzie stwierdzono, iż osoba powołana do służby wojskowej, która w chwili jej powołania do tej służby dotknięta była tego rodzaju wadą zdrowia, że nie podlegała powołaniu, może być podmiotem przestępstwa wojskowego. W uchwale tej wskazano, że jeżeli sprawca przestępstwa wojskowego z powodu wady zdrowia nie podlegał powołaniu do odbycia czynnej służby wojskowej i wada ta miała wpływ na popełnienie przestępstwa, wówczas powinno to być uwzględnione jako okoliczność łagodząca lub wyjątkowa (w rozumieniu art. 53 § 1 k.k.W.P.), rodząca nawet możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary w zależności od stopnia tego wpływu, a w szczególnych przypadkach uzasadniać uznanie czynu za przypadek mniejszej wagi i umorzenie postępowania karnego (zob. OSNKW 1964, z. 7–8, poz. 103). Uchwała stanowiła krok naprzód w rozstrzygnięciu kwestii zasad odpowiedzialności żołnierzy uznanych *ex post* za niezdolnych do służby wojskowej ze względu na stwierdzone wady zdrowia w porównaniu ze stanowiskiem wyrażonym w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 1962 r., Rw 1305/62 (OSP i KA 1964, z. 4, poz. 69), w którym zalecono rozważanie z urzędu celowości stosowania do takich sprawców dobrodziejstw wynikających z art. 53 k.k.W.P.

Odmienne poglądy prezentowano w piśmiennictwie, podnosząc, że osoba niezdolna do służby wojskowej nie może być podmiotem przestępstwa wojskowego, mimo iż formalnie jest żołnierzem (por. glosa W. Sierackiego i T. Leński do postanowienia SN z dnia 21 grudnia 1962 r., OSPiKA 1964, z. 4, s. 154–159; glosa T. Leński do uchwały SN z dnia 24 marca 1964 r., OSPiKA 1964, z. 11, s. 482–486). Opierając się na tych założeniach, Sąd Najwyższy w orzeczeniach z dnia 23 marca 1993 r., WR 190/92 oraz z dnia 27 sierpnia 1993 r., WO 70/93 (niepublikowanych), wyraził pogląd, będący odstępstwem od wytycznych, że stwierdzona *ex post* niezdolność żołnierza do pełnienia służby wojskowej pozbawia go cech podmiotu przestępstwa wojskowego.

Wobec tych rozbieżności w orzecznictwie, Sąd Najwyższy w 1995 r. w składzie całej Izby Wojskowej uchwalił, że „Stwierdzona *ex post* niezdolność żołnierza do służby wojskowej w chwili popełnienia przestępstwa wojskowego nie pozbawia go cech podmiotu tego przestępstwa. Niezdolność ta – w zależności od rodzaju naruszonego lub zagrożonego dobra prawnego – pozbawia natomiast czyn społecznego niebezpieczeństwa albo zmniejsza jego stopień (zob. uchwała z dnia 15 maja 1995 r., WZP 1/95, OSNKW 1995, z. 7–8, poz. 40). Tezy tej uchwały zostały zaaprobowane w doktrynie przez W. Marcinkowskiego (WPP 1995, z. 3–4, s. 107–109). Stanowisko wyrażone w uchwale było omówione w przeglądach orzecznictwa: R.A. Stefański, WPP 1996, z. 2, s. 109; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, PS 1996, z. 11–12, s. 122–125. Ci ostatni autorzy, dzieląc pierwszą część uchwały, uznali, że niezdolność ta nie może pozbawiać czynu w ogóle cechy społecznego niebezpieczeństwa.

Poglądy przedstawione w tej uchwale, nawiązujące do poglądów zawartych w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 21 grudnia 1962 r., Rw 1305/62 i uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 1964 r., znalazły, zdaniem wnioskodawcy, uznanie w późniejszym orzecznictwie Sądu Najwyższego wobec tej grupy sprawców. Wskazano, że również na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. pogląd wyrażony w uchwale całej Izby Wojskowej z dnia 15 maja 1995 r. zachował aktualność. Odwołał się do niego Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 25 stycznia 2000 r., WKN 45/99, stwierdzając, że „w niektórych wypadkach niezdolność do służby wojskowej – w zależności od rodzaju naruszonego lub zagrożonego dobra prawnego w połączeniu z wystąpieniem innych istotnych okoliczności wpływających na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu – sprawi, że brak będzie w ogóle tej szkodliwości” (OSNKW 2000, z. 5–6, poz. 47). We wniosku podniesiono, że słuszność wskazanego kierunku orzecznictwa poparto w piśmiennictwie (por. P. Jakubowski: Glosa do wyroku z dnia 25 stycznia 2000 r., OSP 2001, z. 7–8, poz. 119). Tym samym, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, ewolucja prawnej oceny czynu karalnego oznaczonego w części wojskowej Kodeksu karnego, popełnionego przez sprawcę uznanego *ex post* za niezdolnego do służby wojskowej została ugruntowana w orzecznictwie Sądu Najwyższego i doktrynie i przez to nie budziła wątpliwości w praktyce.

Z tak ustaloną w orzecznictwie Sądu Najwyższego oceną karygodności czynów bezprawnych i karalnych tej grupy sprawców rozbieżny jest, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, pogląd zawarty w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2002 r., WK 36/02 (niepubl.), oddalającego kasację Rzecznika wniesioną na korzyść skazanego. W uzasadnieniu tym Sąd Najwyższy stwierdził: „Sąd *meriti* rozpoznający sprawę przy zaistnieniu owej niezdolności do służby wojskowej nie jest obligowany do szczegółowych rozważań,

dlatego w tej konkretnej sprawie nie zachodzi brak społecznej szkodliwości czynu w ogóle, skoro regułą jest istnienie tejże szkodliwości wobec penalizacji czynu przestępnego”. W przekonaniu wnioskodawcy rozbieżność tego poglądu z dotychczasowym orzecznictwem polega na zakwestionowaniu obowiązku sądu rozpoznającego sprawę żołnierzy uznanych *ex post* za niezdolnych do służby wojskowej dokonania, przy zaistnieniu owej niezdolności, szczegółowych rozważań co do elementów indywidualizujących materialną zawartość ich czynów. Zgodnie z tym poglądem, penalizacja czynu przestępnego zakłada bowiem istnienie jego społecznej szkodliwości, co uchyla obowiązek prowadzenia rozważań w kierunku braku w tych czynach ładunku materialnego.

Naczelnny Prokurator Wojskowy w pisemnym stanowisku wskazał, że dokładna i rzeczowa analiza orzeczenia Sądu Najwyższego, które, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, jest rozbieżne z dotychczas utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego, prowadzi do zajęcia przeciwnego stanowiska od tego zaprezentowanego we wniosku. Stwierdził bowiem, że orzeczenie to respektuje dotychczasową linię orzecniczą Sądu Najwyższego. Z powołanego we wniosku zdania, które wzbudziło wątpliwości Rzecznika Praw Obywatelskich, nie można wysnuć tak daleko idącego stwierdzenia, że sąd w przypadku ustalonej niezdolności sprawcy do służby wojskowej i stwierdzonej przestępności czynu, nie jest obowiązany do oceny materialnej zawartości tego czynu. Przeczy temu fakt akceptacji przez sąd kasacyjny poczynań sądów niższej instancji, które rozważały na płaszczyźnie społecznej szkodliwości czynu inne okoliczności niż tylko niezdolność do służby wojskowej. Naczelnny Prokurator Wojskowy stwierdził również, że przepisy art. 320 k.k. i art. 1 k.k. w praktyce nie budzą wątpliwości, a stosowane w orzecznictwie nie wywołują rzeczywistych rozbieżności. Z tych względów Naczelnny Prokurator Wojskowy, uwzględniając fakt, że przedstawione w pytaniu wątpliwości nie mają charakteru rzeczywistego, gdyż nie są uzasadnione treścią art. 320 k.k. i art. 1 k.k., jak też dotychczasową linię orzecniczą Sądu Najwyższego w sprawach o przestępstwa wojskowe popełnione przez żołnierzy uznanych *ex post* za niezdolnych do służby wojskowej, w tym również kontestowanym postanowieniem Sądu Najwyższego – Izba Wojskowa z dnia 15 października 2002 r. – uznał, że podjęcie uchwały w przedstawionych warunkach stało się zbędne i wniósł o umorzenie postępowania w tym przedmiocie.

Zdaniem Sądu Najwyższego, aby dokonać rzeczowej analizy zagadnienia wskazanego we wniosku, trzeba na wstępie odnieść się do przepisów regulujących zasady odpowiedzialności karnej żołnierzy za przestępstwa określone w części wojskowej Kodeksu karnego i relacji tych przepisów do przepisów określających zasady odpowiedzialności karnej w części ogólnej tego kodeksu. Stwierdzić należy, że odpowiedzialność karną żołnierzy określają zasadniczo te same zasady, które kształtują odpowiedzialność karną pozostałych osób. Ta daleko posunięta integracja tych zasad odpowiedzialności karnej wynika z art. 317 § 1 k.k., stanowiącego, że przepisy części ogólnej i szczególnej kodeksu stosuje się do żołnierzy, jeżeli część wojskowa nie zawiera przepisów odmiennych. Część wojskowa kodeksu obejmuje przepisy, które ze względu na właściwości przedmiotu regulacji, tj. charakter dóbr chronionych i cechy podmiotu odpowiedzialności karnej, należało wyodrębnić z powszechnego prawa karnego (por. Uzasadnienie części wojskowej rządowego projektu kodeksu karnego – Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 213). Odrębnej regulacji podlega właśnie kwestia konsekwencji prawnych w płaszczyźnie odpowiedzialności karnej, związanych z ustaleniem, że

sprawca, który popełnił przestępstwo, o którym mowa w części wojskowej, był w chwili czynu niezdolny do pełnienia służby wojskowej. Artykuł 320 k.k. rozstrzyga, że również osoba niezdolna do służby wojskowej może być podmiotem przestępstwa określonego w części wojskowej i że niezdolność do służby wojskowej sama przez się nie pozbawia żołnierza kwalifikacji wymaganych od sprawcy przestępstwa wojskowego (por. J. Majewski w: G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzynkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny – Komentarz, Część szczególna, t. III, Kraków 1999, s. 605). Przepis ten określa również podstawy zastosowania fakultatywnego nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec wskazanej grupy sprawców oraz możliwość odstąpienia od wymierzenia im kary. W wypadku bowiem przestępstw określonych w części wojskowej, istotne znaczenie dla określenia rozmiaru bezprawia ma właściwa analiza tej cechy sprawcy, która konstytuuje go podmiotem zdatnym do popełnienia tych przestępstw. Zachowanie żołnierza uznanego za niezdolnego do służby wojskowej, która to niezdolność nie pozbawia go cech podmiotu zdolnego do popełnienia przestępstwa wojskowego, powinno być ocenione inną miarą niż zachowanie żołnierza zdolnego do tej służby. Niezdolność do służby wojskowej w świetle dyspozycji art. 320 k.k. sama przez się nie może sprawić, że brak będzie merytorycznego pierwiastka przestępstwa. Nie można także uznać, że niezdolność żołnierza do pełnienia służby wojskowej, w przypadku każdego przestępstwa określonego w rozdziałach XXXIX–XLIV Kodeksu karnego, będzie traktowana jako okoliczność redukująca społeczną szkodliwość czynu. Znaczenie niezdolności, na gruncie przestępstw wojskowych, trzeba oceniać w zależności od rodzaju naruszonego lub zagrożonego dobra prawnego. W tym kontekście można wyróżnić trzy grupy przestępstw: 1) przestępstwa ściśle wojskowe, tj. takie, które nie mają odpowiedników w części szczególnej kodeksu karnego i innych ustawach karnych, 2) inne przestępstwa wojskowe, które w mniejszym lub większym zakresie odpowiadają przestępstwom pospolitym, określonym w kodeksie karnym lub innej ustawie, 3) pozostałe przestępstwa wojskowe, które w swej istocie (poza podmiotem) nie różnią się od odpowiednich przestępstw pospolitych określonych w kodeksie karnym lub innej ustawie karnej. W pierwszej grupie przestępstw niezdolność do służby wojskowej będzie w sposób zasadniczy oddziaływała na płaszczyznę materialną czynu. W drugiej grupie przypadków niezdolność będzie również wpływała na społeczną szkodliwość czynów, choć w stopniu mniejszym niż w pierwszej grupie. W trzeciej grupie przypadków niezdolność nie będzie zasadniczo w ogóle wpływać na materialną zawartość czynu (por. powołaną już uchwałę pełnego składu Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 1976 r. oraz J. Majewski w: Kodeks karny..., s. 606 i n.). Aby jednak określić konsekwencje prawne w zakresie odpowiedzialności karnej, związane ze stwierdzeniem, że osoba, która popełniła przestępstwo określone w części wojskowej, była w chwili czynu niezdolna do służby wojskowej, trzeba najpierw ustalić, że ten sprawca w ogóle może ponosić odpowiedzialność karną. Ustalenia w tym zakresie muszą odwoływać się do fundamentalnych zasad odpowiedzialności karnej, określonych w części ogólnej kodeksu karnego. Kluczowe znaczenie dla określenia tych zasad ma art. 1 k.k., konstytuujący podstawowe elementy struktury przestępstwa. Przyjmuje się, że odpowiedzialności karnej podlega się po ustaleniu, że sprawca popełnił czyn: 1) bezprawny, tj. naruszający normę sankcjonowaną i niepopelniony w okolicznościach wyłączających bezprawność, 2) karalny, tj. realizujący wszystkie znamiona czynu

zabronionego i niepopelniony w okolicznościach wyłączających karalność, 3) karygodny, tj. społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy, 4) zawiniony, tj. popelniony w sytuacji, gdy sprawca mógł postąpić zgodnie z nakazem zawartym w normie prawnej (por. J. Majewski, P. Kardas: O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym – PiP 1993, z. 10, s. 74). Rozważania co do odpowiedzialności sprawcy prowadzone są w każdej ze wskazanych płaszczyzn wartościowania, składających się na elementy struktury przestępstwa, a negatywny wynik testu w którejkolwiek z nich powoduje eliminację tej odpowiedzialności. Również w przypadku czynu żołnierza uznanego *ex post* za niezdolnego do służby wojskowej przeprowadzenie takiego wartościowania, na każdej z płaszczyzn struktury przestępstwa, jest wymagane.

Rozważając niezdolność sprawcy do służby wojskowej, stwierdzić należy, że w świetle Kodeksu karnego z 1997 r. traktowana jest ona jako jedna spośród wielu okoliczności decydujących o ładunku społecznej szkodliwości czynu. Dopiero kompleksowa ocena, dokonana w aspekcie wszystkich okoliczności istniejących w konkretnej sprawie, a nie wyłącznie stwierdzająca niezdolność do służby wojskowej, może uzasadniać wyciągnięcie wniosków w zakresie rozmiaru ujemnej zawartości czynu, łącznie z takim wnioskiem, że stopień tej ujemnej zawartości może spaść poniżej granicy wyznaczającej karygodność określonego czynu. Społeczna szkodliwość czynu podlega więc stopniowaniu. Czy jednak w świetle zasad odpowiedzialności określonych w części ogólnej Kodeksu karnego, sąd może *in concreto* uznać, że w czynie brak jest w ogóle społecznej szkodliwości?

Podnosi się w doktrynie, że sąd, dokonując oceny konkretnego zachowania na płaszczyźnie materialnej, nie kwestionuje woli ustawodawcy, który wprowadził karalność zachowań określonego typu, a rozważenie kwestii ewentualnego wyłączenia odpowiedzialności karnej można dokonać stwierdzając znikomy stopień społecznego niebezpieczeństwa (por. A. Zoll: Materialne określenie przestępstwa, Prok. i Pr. 1997, z. 2, s. 7 i n.; M. Dąbrowska-Kardas: O dwóch znaczeniach pojęcia społecznego niebezpieczeństwa czynu, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, Rok I: 1997, z. 1, s. 33). Są jednak głosy przeciwne, a mianowicie, że skoro nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma (art. 1 § 2 k.k.), to tym bardziej nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, który nie wykazuje cechy społecznej szkodliwości (por. A. Wąsek: Kodeks karny, Komentarz, t. I, Gdańsk 1999, s. 30).

Zdaniem Sądu Najwyższego, uwzględnienie relacji między art. 320 k.k. i art. 1 k.k. powoduje, że za zasadne należy uznać stanowisko, iż niezdolność do służby wojskowej może, w połączeniu z innymi istotnymi okolicznościami wskazanymi w art. 115 § 2 k.k., znajdującymi uzasadnienie w realiach konkretnej sprawy, pozbawiać czyn bezprawny i karalny pierwiastka materialnego. Uwzględnienie tego, co stwierdzono na temat kształtowania się linii orzeczniczej Sądu Najwyższego, dotyczącej odpowiedzialności karnej za przestępstwa wojskowe żołnierzy uznanych *ex post* za niezdolnych do pełnienia służby wojskowej oraz wzajemnych relacji między przepisami art. 320 k.k. i art. 1 k.k., daje podstawę do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy rzeczywiście w orzecznictwie Izby Wojskowej Sądu Najwyższego istnieją rozbieżności co do wykładni przepisów art. 320 k.k. i art. 1 k.k. dla wyjaśnienia i oceny relacji: niezdolność do pełnienia służby wojskowej – społeczna szkodliwość czynu – przestępczość czynu. Wskazać przy tym należy, że o rozbieżnościach w orzecznictwie można mówić wtedy, gdy organy orzekające w konkretnych sprawach wydają różne rozstrzygnięcia lub nawet takie

same rozstrzygnięcia, ale oparte na różnej wykładni tych samych przepisów. Przypadek różnych, równorzędnych orzeczeń Sądu Najwyższego jest podstawowym przykładem „rozbieżności w orzecznictwie” (por. J. Iwulski: Podejmowanie przez Sąd Najwyższy uchwał na podstawie art. 13 pkt 3 ustawy o Sądzie Najwyższym, PS 1994, z. 11 –12, s. 40 i n.).

Otóż, gdyby zdanie zawarte w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2002 r. wyizolować z uzasadnienia tego postanowienia, to pogląd, że penalizacja czynu przestępnego eliminuje możliwość rozważenia w konkretnej, indywidualnej sprawie relacji prawnych między obszarami normatywnymi, zakreślonymi w art. 320 k.k. i art. 1 k.k., w kierunku braku w tym czynie karygodności, byłby sprzeczny z dotychczasowym orzecznictwem Izby Wojskowej Sądu Najwyższego. Sprzeczny, ale zdaniem Sądu Najwyższego, niepozbawiony racji prawnych, na co wskazują poglądy wyrażone przez niektórych, wymienionych przedstawicieli doktryny prawa karnego. Jeżeli jednak dokona się analizy całego wyводу prawnego zawartego w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2002 r., to, zdaniem Sądu Najwyższego, przekonujące będzie stwierdzenie, że orzeczenie to jako całość nie jest rzeczywiście rozbieżne z orzecznictwem Izby Wojskowej Sądu Najwyższego. Zdaniem Sądu Najwyższego, pogląd, do którego odwołał się we wniosku Rzecznik, mógłby skutkować uznaniem istnienia rozbieżności w orzecznictwie wtedy, gdyby ustalono, że pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w omawianym postanowieniu był podstawą rozważań i rozstrzygnięcia w sprawie. Jak jednak wynika z uzasadnienia postanowienia z dnia 15 października 2002 r., takiego ustalenia uczynić nie można. Skład orzekający nie był bowiem konsekwentny w praktycznej realizacji swojego stanowiska, gdyż zaakceptował poczynione przez sądy niższych instancji rozważania nad karygodnością czynu oraz uwzględnienie w tych rozważaniach innych, oprócz niezdolności sprawcy do pełnienia służby wojskowej, istotnych elementów, wpływających na materialną zawartość czynu. Sąd kasacyjny podniósł, że sądy dokonały prawidłowej oceny stopnia społecznej szkodliwości czynów sprawcy niezdolnego do służby wojskowej, mając na uwadze charakter niewykonanych rozkazów, dotyczących prostych, niesprawiających trudności czynności. Stwierdzić także należy, że w kontestowanym przez Rzecznika postanowieniu Sąd Najwyższy odwołał się do judykatu Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 2000 r., a więc nie zdystansował się od aktualnego na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. orzecznictwa. W uzasadnieniu postanowienia Sąd Najwyższy stwierdził ponadto, że niezdolność sprawcy do służby wojskowej musi być rozważana indywidualnie w każdym konkretnym przypadku, co także nie budzi wątpliwości.

Stwierdzić zatem należy, że pogląd budzący zainteresowanie Rzecznika nie korelował, ale tylko z całością wywodów uczynionych w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2002 r. W kontekście tych wywodów wskazać należy, że również w tym orzeczeniu wyrażony został inny pogląd, choć niekwestionowany przez Rzecznika, ale werbalnie sprzeczny z dotychczasowym orzecznictwem. Stwierdził bowiem, że sama niezdolność do służby wojskowej nie może decydować o pozbawieniu czynu elementu społecznej szkodliwości. Taki pogląd odbiega od poglądu przedstawionego w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 1995 r., mianowicie, że niekiedy niezdolność do służby wojskowej w ogóle może pozbawiać czyn sprawcy społecznego niebezpieczeństwa. Wskazać jednak należy, co już podnoszono, że pogląd przedstawiony w uchwale zasadny na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r., nie może utrzymać się na gruncie Kodeksu karnego z

1997 r., a to wobec wyraźnej treści art. 320 k.k. Nieaktualność wskazanego poglądu zawartego w uchwale, w zakresie objętym dyspozycją art. 320 k.k., zauważył także, jak się wydaje, Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 25 stycznia 2000 r., uznając, że ta niezdolność – w zależności od rodzaju naruszonego lub zagrożonego dobra – dopiero w połączeniu z innymi istotnymi elementami strony przedmiotowej i podmiotowej społecznej szkodliwości czynu może przesądzić o braku materialnej zawartości w tym czynie. Wynika z tego, że czynienie ustaleń w przedmiocie związku stwierdzonej niezdolności sprawcy do służby wojskowej z innymi istotnymi okolicznościami wpływającymi na ocenę materialnej zawartości czynu, należy do obowiązku sądu orzekającego.

Uwzględnienie całości rozważań uczynionych w omawianym postanowieniu, pozwała Sądowi Najwyższemu na stwierdzenie, że poza brakiem korelacji między wywodami prawnymi w jednym z orzeczeń, w orzecznictwie Izby Wojskowej Sądu Najwyższego nie zaistniała rzeczywista rozbieżność w wykładni art. 320 k.k. w związku z art. 1 k.k. w kontekście możliwości dokonania przez sąd orzekający *in concreto* oceny wpływu ustalonej niezdolności do służby wojskowej na społeczną szkodliwość czynu. Zdaniem Sądu Najwyższego, nie zachodzi także konieczność wyjaśniania przepisów prawa.

W tej sytuacji uzasadniona była odmowa podjęcia uchwały.

Podkreślić jednak należy, że ustalona *ex post* niezdolność żołnierza do służby wojskowej, która pozostawała w związku z popełnieniem przestępstwa ściśle wojskowego, tj. takiego, które nie ma odpowiednika w części szczególnej Kodeksu karnego i innych ustawach karnych, jest uzewnętrznieniem tak istotnego elementu indywidualizującego ten czyn na płaszczyźnie materialnej, że *in concreto*, przy zaistnieniu innych, istotnych okoliczności, wskazanych w art. 115 § 2 k.k., charakteryzujących stronę zarówno przedmiotową (np. krótkotrwała nieobecność w jednostce i dobrowolny do niej powrót sprawcy przestępstwa samowolnego oddalenia), jak i podmiotową (np. dopuszczenie się samowolnego oddalenia przez sprawcę w celu załatwienia, niecierpiących zwłoki, ważnych spraw osobistych bądź rodzinnych, niezwłocznego powrotu do posłuszeństwa po odmowie wykonania rozkazu), rodzi po stronie sądu obowiązek rozważenia warunków uzasadniających jego przestępczość.

Sąd Najwyższy ponadto stwierdza, że analiza gramatyczna pytania zawartego we wniosku Rzecznika, w połączeniu z analizą prawną fragmentu uzasadnienia wniosku, upoważnia do odczytania tego pytania w kontekście innych okoliczności, niż omawiane, określających zasady odpowiedzialności karnej. Uzasadnione wydaje się być odczytanie pytania postawionego we wniosku w taki sposób, czy stwierdzona *ex post* niezdolność żołnierza do służby wojskowej z powodu zapadnięcia na chorobę psychiczną w czasie pełnienia tej służby, która ani nie znosiła, ani w znacznym stopniu nie ograniczała jego poczytalności, ale choroba ta pozostawała w związku z popełnieniem czynu karalnego przeciwko obowiązkowi pełnienia służby wojskowej lub zasadom dyscypliny wojskowej, jest uzewnętrznieniem tak istotnej przesłanki indywidualizującej ów czyn, że *in concreto* zobowiązuje sąd orzekający do rozważenia warunków uzasadniających przestępczość takiego czynu.

Wskazane fragmenty uzasadnienia wniosku upoważniają do stwierdzenia, że wnioskodawca uznaje za błędny i rozbieżny z ustalonym orzecznictwem pogląd Sądu Najwyższego, wyrażony w postanowieniu z dnia 15 października 2002 r., deprecjonujący potrzebę szczegółowej analizy zagadnienia odpowiedzialności

karnej żołnierzy uznanych za niezdolnych do służby wojskowej z powodu choroby psychicznej, która to choroba nie ograniczała w żadnym zakresie poczytalności, ale pozostawała w związku z popełnieniem określonego czynu karalnego przez takiego sprawcę.

Na wstępie stwierdzić należy, że kwestionowany przez Rzecznika pogląd Sądu Najwyższego dotyczył możliwości oceny przez sąd materialnej zawartości czynu zabronionego wobec uznania jego przestępczości przez normę prawną. Sąd Najwyższy, wypowiadając ten pogląd, odniósł się do płaszczyzny materialnej czynu, a nie płaszczyzny zawinienia sprawcy. Tylko w tej ostatniej ze wskazanych płaszczyzn można byłoby rozważać określone w pytaniu mankamenty osobowości sprawcy. Mówiąc o społecznej szkodliwości czynu, trzeba mieć na uwadze tę okoliczność, że w ujęciu kompleksowym o społecznej szkodliwości czynu decydują elementy natury przedmiotowej i podmiotowej. Nie są natomiast istotne okoliczności związane z osobą sprawcy, które wpływają na wymiar kary (por. M. Dąbrowska-Kardas: op. cit., s. 34). Ujęcie kompleksowe tej kategorii prawnej jest dominujące zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie (por. wyrok SN z dnia 25 października 1984 r., V KRN 336/84, OSNPG 1985, z. 5, poz. 66 oraz K. Buchała: Prawo karne materialne, Warszawa 1989, s. 273; I. Andrejew: Polskie prawo karne, Warszawa 1978, s. 93). Znalazło ono również odbicie w treści art. 115 § 2 k.k. Natomiast wina na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r., zgodnie z elementami struktury przestępstwa, określonymi w art. 1 k.k., to ostatni element tej struktury, oddzielony od pozostałych elementów, w tym i od karygodności. Zagadnienie „bycia winnym” pojawia się wtedy, gdy zostanie ustalone, że dane zachowanie jest bezprawne, karalne i karygodne, a przy tym jednocześnie nie zachodzą okoliczności wyłączające bezprawność i karalność czynu. Możliwość uznania osoby „bycia winnym” zachodzi wtedy, gdy podmiot jest poczytalny, w wieku wymaganym przez ustawę. Musi ponadto mieć możliwość rozpoznania bezprawności czynu i rozpoznania, że nie zachodzi sytuacja wyłączająca bezprawność i winę. Nieodzwonne jest również ustalenie w konkretnej sytuacji wymagalności zgodnego z prawem postępowania. O winie można mówić w relacji do konkretnego czynu (por. J. Ziętek: Karygodność i wina jako przesłanki odpowiedzialności w nowym kodeksie karnym, Prok. i Pr. 1998, z. 6, s. 16–17). Istota wina na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. sprowadza się do zarzutu pod adresem sprawcy, że mając możliwość podjęcia, w konkretnej sytuacji, decyzji wymaganej przez prawo i postąpienia w zgodzie z tą decyzją, nie spełnił oczekiwań społecznych. Stopień tej zarzucalności będzie zależny także od właściwości osobowości sprawcy, w tym przede wszystkim jego poziomu rozwoju intelektualnego, zdolności obserwacji, wiedzy, doświadczenia życiowego (por. J. Majewski, P. Kardas: op. cit., s. 77). W tym ujęciu stopień zawinienia odnosi się do podmiotu, a nie zachowania wartościowanego w ramach kategorii społecznej szkodliwości. Wskazać w tym miejscu należy, że na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. winę traktowano jako jeden z czynników wyznaczających społeczne niebezpieczeństwo czynu (por. wyrok SN z dnia 4 lipca 1978 r., VI KRN 154/78, OSNKW 1978, z. 10, poz. 112). Jednakże na tle unormowań kodeksu karnego z 1997 r. taka relacja między winą a materialną zawartością czynu nie może się utrzymać. Wina, w świetle Kodeksu karnego z 1997 r., nie warunkuje społecznej szkodliwości czynu, a wręcz odwrotnie – społeczna szkodliwość współwyznacza (wraz ze stopniem zawinienia) winę (por. J. Majewski, P. Kardas: op. cit., s. 79).

W tej sytuacji stwierdzić należało, że Sąd Najwyższy, odnosząc się w

kwestionowanym przez Rzecznika poglądzie do możliwości rozważań w kierunku braku społecznej szkodliwości czynu popełnionego przez sprawcę uznanego za niezdolnego do służby wojskowej, w sytuacji penalizacji tego czynu, nie rozważał i nie mógł rozważyć w granicach tej kategorii prawnej elementów związanych z osobowością sprawcy, wyznaczających przecież stopień zawinienia sprawcy. Do oceny materialnej zawartości czynu odnosił się także, wskazany we wniosku, pogląd Sądu Najwyższego zawarty w postanowieniu z dnia 25 stycznia 2000 r. Nie istnieje wobec tego rzeczywista rozbieżność w aktualnym orzecznictwie Izby Wojskowej Sądu Najwyższego. Natomiast uwzględniając inny fragment uzasadnienia omawianego postanowienia, stwierdzić należy, że uwadze sądu kasacyjnego nie uszła okoliczność, że sąd pierwszej instancji nie skorzystał z możliwości stosowania dobrodziejstwa przewidzianego w art. 320 k.k., choć wiedział, iż sprawca był niezdolny do służby wojskowej oraz znał treść opinii psychiatrycznej w zakresie poczytalności sprawcy, gdyż te dokumenty ujawnił na rozprawie i uczynił przedmiotem ustaleń. Wskazać w tym miejscu należy, że ustalenie niezdolności do służby wojskowej sprawcy przestępstwa określonego w części wojskowej nie rodziło obowiązku sądu sięgnięcia po instytucję określoną w art. 320 k.k. W tej sytuacji nie można zasadnie stwierdzić, że kwestia mankamentów osobowości sprawcy nie była w ogóle rozważona przez sądy orzekające w sprawie kwestionowanej przez Rzecznika. Skoro tak, to nie znajduje uzasadnienia pogląd wyrażony we wniosku, że Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 15 października 2002 r. zdeprecjonował swój obowiązek czynienia rozważań co do mankamentów osobowości sprawcy. Nie można zatem przekonująco wywieść, że istnieją rzeczywiste rozbieżności w orzecznictwie Izby Wojskowej Sądu Najwyższego, co skutkuje odmową podjęcia uchwały, która miałaby stanowić odpowiedź również na tak odczytane pytanie przedstawione we wniosku.

W tym miejscu odnieść się należy do, wskazanej w pisemnym stanowisku Naczelnego Prokuratora Wojskowego, propozycji rodzaju rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego w przedmiocie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich. Naczelny Prokurator Wojskowy – nie podzielając stanowiska Rzecznika o ujawnieniu się rzeczywistych rozbieżności w wykładni art. 320 k.k. w zw. z art. 1 k.k. w dotychczasowej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego w sprawach o przestępstwa wojskowe popełnione przez żołnierzy uznanych *ex post* za niezdolnych do służby wojskowej – uznał za zbędne podejmowanie w takiej sytuacji uchwały i wniósł o umorzenie przez Sąd Najwyższy postępowania w przedmiocie wniosku Rzecznika. Stanowisko Naczelnego Prokuratora Wojskowego nie jest jednak trafne. Przesłanką przedmiotową wystąpienia przez Rzecznika Praw Obywatelskich z abstrakcyjnym pytaniem do Sądu Najwyższego w trybie art. 60 § 1 ustawy o Sądzie Najwyższym było ujawnienie się rozbieżności w wykładni prawa w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. J. Iwulski: op. cit., s. 35). Skoro Naczelny Prokurator Wojskowy nie podzielił stanowiska Rzecznika o ujawnieniu się rozbieżności w orzecznictwie Sądu Najwyższego, to powinien, mając na uwadze treść art. 61 § 1 ustawy o Sądzie Najwyższym, wnioskować o odmowę podjęcia uchwały. Brak bowiem rozbieżności między różnymi równorzędnymi orzeczeniami Sądu Najwyższego w wykładni prawa stanowi uzasadnioną podstawę rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego o odmowie podjęcia uchwały w przedmiocie abstrakcyjnego pytania prawnego. Sytuacja braku rozbieżności w orzecznictwie nie może być utożsamiana z sytuacją zbędności podjęcia uchwały warunkującej umorzenie postępowania. Obie, wskazane podstawy rozstrzygnięć Sądu Najwyższego, są od siebie niezależne. O ile

jednak brak rozbieżności w orzecznictwie stanowi podstawę merytorycznego rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, o tyle formuła „zbędności podjęcia uchwały” stanowi podstawę rozstrzygnięcia formalnego. Rozwijając tę formułę, podnieść należy, że leksykalne znaczenie słowa „zbędność” oznacza, że coś jest zbyteczne, niepotrzebne i można bez tego się obejść (por. Inny Słownik Języka Polskiego, pod red. M. Bańko, Warszawa 2000, s. 1303). W takim kontekście za zbędne należałoby uznać podjęcie uchwały, gdyby np. po przedstawieniu wniosku nastąpiła zmiana stanu prawnego w takim kierunku, że w świetle nowych uregulowań poprzednio obowiązujący przepis, który był różnie wykładany w równorzędnych orzeczeniach Sądu Najwyższego, nie znajduje zastosowania.

Kierując się przedstawionymi argumentami, postanowiono jak na wstępie.