

POSTANOWIENIE Z DNIA 23 KWIETNIA 2012 R.

WK 1/12

1. Sprawcę przestępstwa samowolnego oddalenia (art. 338 § 1, 2 i 3 k.k.) cechuje nie zamiar uchylenia się od służby wojskowej w ogóle, lecz jedynie zamiar uchylenia się od określonego obowiązku wynikającego z pełnienia tej służby, mianowicie obowiązku bytności w swojej jednostce wojskowej lub w innym wyznaczonym miejscu przebywania w ustalonym czasie.

2. Z treści art. 60 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 593 ze zm.) oraz § 4 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 czerwca 2008 r. w sprawie czasu służby żołnierzy zawodowych (Dz. U. Nr 122, poz. 786) wynika, że poza sytuacjami szczególnymi przewidzianymi w tych przepisach, żołnierz zawodowy ma obowiązek zgłaszać się do pełnienia służby w swojej jednostce wojskowej lub w innym wyznaczonym miejscu i służbę tę pełnić jedynie w ustalonych przez przełożonych przedziałach czasu, w ramach pięciodniowego tygodnia służby, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy, w dniach od poniedziałku do piątku w godzinach od 7.30 do 15.30. W związku z tym, w takim wypadku, jako samowolną nieobecność żołnierza zawodowego w służbie można traktować wyłącznie te przedziały czasu, w których on tego obowiązku zaniechał (art. 6 § 1 k.k.).

3. Ze względu na to, że przestępstwo samowolnego oddalenia (art. 338 § 1, 2 i 3 k.k.) jest przestępstwem trwałym, w wypadku popełnienia go przez żołnierza zawodowego dni wolne od służby przerywają okresy utrzymywania stanu jego samowolnej nieobecności w swojej jednostce

wojskowej lub w innym wyznaczonym miejscu, podobnie jak w ramach określonego dnia, godziny wolne od służby.

Przewodniczący: sędzia SN M. Pietruszyński (współautor uzasadnienia).

Sędziowie SN: E. Matwijów (sprawozdawca), A. Tomczyk.

Prokurator Naczelnej Prokuratury Wojskowej: płk J. Balcerak.

Sąd Najwyższy w sprawie szer. rez. Grzegorza M., uniewinnionego od zarzutu popełnienia przestępstwa określonego w art. 338 § 2 k.k. po rozpoznaniu w Izbie Wojskowej na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2012 r. kasacji wniesionej przez prokuratora na niekorzyść od wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego w P. z dnia 13 grudnia 2011 r., utrzymującego w mocy wyrok Wojskowego Sądu Garnizonowego w P. z dnia 23 września 2011 r., o d d a l i ł kasację (...).

UZASADNIENIE

Wyrokiem Wojskowego Sądu Garnizonowego w P. z dnia 23 września 2011 r., szer. rez. Grzegorz M. został uznany za winnego popełnienia przestępstwa z art. 338 § 3 k.k. polegającego na tym, że w okresie od dnia 4 maja 2011 r. do dnia 11 maja 2011 r. samowolnie pozostawał poza Jednostką Wojskową w M. i za ten czyn skazany na karę 2 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 2 lat.

Tymże wyrokiem Sąd uniewinnił oskarżonego od popełnienia czynu z art. 338 § 2 k.k. polegającego na tym, że w okresie od dnia 21 kwietnia

2011 r. do dnia 23 kwietnia 2011 r. samowolnie pozostawał poza swoją Jednostką Wojskową w M.

Od powyższego wyroku, w części dotyczącej uniewinnienia oskarżonego, apelację wniósł prokurator, który orzeczeniu temu zarzucił „obrazę przepisu prawa materialnego tj. art. 338 § 2 k.k., polegającą na wadliwej wykładni tego przepisu, a sprowadzającą się do uznania, iż uprawnione było wyeliminowanie soboty, tj. dnia 23 kwietnia 2011 r. z zarzutu opisanego w pkt. 1 aktu oskarżenia i w konsekwencji uznanie, iż oskarżony pozostawał samowolnie poza macierzystą Jednostką Wojskową jedynie w okresie od dnia 21 kwietnia 2011 r. godz. 7⁰⁰ do dnia 22 kwietnia 2011 r. godz. 13⁰⁰, podczas gdy prawidłowo ustalony stan faktyczny wymagał przypisania oskarżonemu faktu pozostawania na samowolnym oddaleniu w okresie od dnia 21 kwietnia 2011 r. godz. 7⁰⁰ do dnia 23 kwietnia 2011 r. godz. 24⁰⁰ i tym samym uznania, że oskarżony dopuścił się występku określonego w art. 338 § 2 k.k., zamiast uniewinnienia oskarżonego od występku określonego w powołanym przepisie, w wyniku przyjęcia, iż szer. rez. Grzegorz M. pozostawał samowolnie poza jednostką przez okres krótszy niż 48 godzin”.

Na tej podstawie skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia Sądu pierwszej instancji w części dotyczącej uniewinnienia szer. rez. Grzegorza M. od zarzutu popełnienia przestępstwa określonego w art. 338 § 2 k.k. i przekazanie sprawy w tej części do ponownego rozpoznania.

Wojskowy Sąd Okręgowy w P., wyrokiem z dnia 13 grudnia 2011 r., apelacji prokuratora nie uwzględnił i zaskarżony wyrok Sądu pierwszej instancji utrzymał w mocy.

Od tego prawomocnego wyroku kasację na niekorzyść wniósł prokurator Wojskowej Prokuratury Okręgowej w P., który zarzucając „rażące naruszenie obowiązującej ustawy karnej, a mianowicie przepisu art.

338 § 2 k.k., poprzez dokonanie jego błędnej i niezgodnej z wolą ustawodawcy wykładni, mającej istotny wpływ na treść orzeczenia, a polegającej – przy zaaprobowaniu wykładni tego przepisu zaprezentowanej przez Sąd pierwszej instancji – na przyjęciu, iż dni wolnych od służby kończących okres samowolnego oddalenia żołnierza zawodowego, nie wlicza się do okresu trwania tego samowolnego oddalenia, co skutkowało uznaniem, iż oskarżony nie wyczerpał ustawowych znamion przestępstwa stypizowanego w art. 338 § 2 k.k. i jego uniewinnieniem, chociaż ustalony w sprawie i niekwestionowany stan faktyczny wskazywał, że szer. rez. Grzegorz M. spełnił wymogi odpowiedzialności za samowolne oddalenie na czas powyżej 48 godzin i nie dłużej niż 7 dni”, wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz wyroku Wojskowego Sądu Garnizonowego w P. z dnia 23 września 2011 r. w części dotyczącej uniewinnienia szer. rez. Grzegorza M. od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 338 § 2 k.k.

W toku rozprawy kasacyjnej prokurator Naczelnej Prokuratury Wojskowej, na podstawie art. 441 § 1 i 2 k.p.k. z uwagi na wyłonienie się zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy, wniósł o odroczenie rozpoznania sprawy i przekazanie zagadnienia do rozstrzygnięcia powiększonemu składowi Sądu Najwyższego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

W związku z diametralnie odmiennymi interpretacjami treści art. 338 § 2 k.k. w odniesieniu do żołnierzy zawodowych, które wyłoniły się w niniejszej sprawie, Sąd Najwyższy rozważał wniosek prokuratora o wystąpienie do powiększonego składu Sądu Najwyższego, a także rysujące się możliwości wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym co do prawidłowej wykładni art. 338 § 1 – 3 k.k. oraz jego zgodności z Konstytucją RP.

Wnikliwa analiza argumentów zaprezentowanych przez prokuratora oraz przez Sądy obu instancji w uzasadnieniu wyroku, co do wykładni treści

art. 338 § 2 k.k., prowadzi do wniosku, iż istniejące w sprawie niniejszej wątpliwości nie są tego rodzaju, aby zachodziła potrzeba sięgania do tych instrumentów, które były przedmiotem wstępnych rozważań Sądu Najwyższego.

Możliwość wystąpienia przez skład orzekający Sądu Najwyższego, który rozpoznaje kasację do powiększonego składu tego Sądu z pytaniem dotyczącym istotnych wątpliwości co do wykładni prawa unormowana została w art. 59 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.). Przepis ten dotyczy poważnych wątpliwości co do wykładni przepisów mających zastosowanie w konkretnej sprawie. Sytuacja ta jest oczywiście podobna do tej na gruncie art. 441 § 1 k.p.k., z tym że dotyczy innego układu procesowego, w jakim pojawia się to zagadnienie, a powodem wystąpienia są jedynie „poważne wątpliwości co do wykładni prawa” i to podjęte przez Sąd Najwyższy w określonych w przepisie art. 59 ustawy o Sądzie Najwyższym procedurach (por. postanowienie składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 27 stycznia 2009 r., I KZP 24/08, OSNKW 2009, z. 3, poz. 20). W płaszczyźnie zatem tego przepisu należało rozważyć zagadnienie prawne nurtujące skarżącego.

Mając na uwadze to, że występujący w sprawie problem interpretacji prawa, zdaniem Sądu Najwyższego, nie miał tak istotnego charakteru, jak wymaga tego przepis art. 59 ustawy o Sądzie Najwyższym, został on rozstrzygnięty przez skład Sądu Najwyższego rozpoznający przedmiotową kasację.

Przechodząc do merytorycznych rozważań podnieść należało, że podstawę zarzutu wywiedzionego w kasacji stanowiły rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 3 lipca 1984 r., Rw 364/84, OSNKW 1985, z. 3-4, poz. 24 oraz uchwała z dnia 12 września 1986 r., U 3/86, OSNKW 1986, z. 11-12, poz. 87) odnoszące się do kwestii zaliczania dni ustawowo wolnych od pracy do okresu samowolnego oddalenia junaków

odbywających służbę w obronie cywilnej w systemie nieskoszarowanym oraz wspierający je pogląd doktryny. W pierwszym ze wskazanych orzeczeń stwierdzono, że przestępstwo samowolnego oddalenia określone w art. 303 k.k. (z 1969 r. – dopisek SN) jest przestępstwem trwałym, kończącym się w szczególności z chwilą dobrowolnego powrotu do wyznaczonego miejsca służby lub zatrzymania sprawcy przez odpowiedni organ i dlatego brak jest podstaw, aby od okresu nielegalnego przebywania poza wyznaczonym miejscem służby (lub pracy) junaka odbywającego służbę w obronie cywilnej odliczać wolne dni od zajęć. W uchwale stwierdzono, że od okresu trwającej powyżej 2. (art. 303 § 1 k.k. z 1969 r. – dopisek SN) albo 14. (art. 303 § 3 k.k. z 1969 r. – dopisek SN) dni kalendarzowych samowolnej nieobecności w wyznaczonym miejscu służby (pracy) junaka pełniącego zasadniczą służbę w obronie cywilnej w formie nieskoszarowanej nie odlicza się ani dni uznanych za wolne od pracy, ani też czasu wolnego od służby, a wynikającego z organizacji zmianowego toku (systemu) służby junaków w poszczególnych oddziałach obrony cywilnej.

W kasacji podniesiono, że poglądy judykatury znajdują akceptację doktryny. W komentarzu autorstwa Wojciecha Marcinkowskiego (W. Marcinkowski: Kodeks karny. Część wojskowa. Komentarz, Warszawa 2011, s. 221) wyrażono pogląd, że okres 48 godzin, którego dotyczy zarówno § 1 jak i § 2 art. 338 k.k. kończy się niezależnie od tego, czy w chwili upływu tego czasu sprawca powinien ze względów służbowych znajdować się w miejscu, które samowolnie opuścił lub poza którym pozostawał 48 godzin wcześniej. Zdaniem komentatora, z uwagi na trwały charakter przestępstwa samowolnego oddalenia czas hipotetycznie wolny od zajęć służbowych (w tym także dni ustawowo wolne od pracy), który następuje po tym, kiedy żołnierz samowolnie opuścił swoją jednostkę lub wyznaczone miejsce przebywania albo nie przybył lub nie powrócił do tych

miejsc, samowolnie poza nimi pozostając – ani nie przerywa samowolnego oddalenia, ani nawet nie podlega odliczeniu od okresu trwania przestępstwa. Podzielając wskazane poglądy judykatury i doktryny skarżący wskazał, że skoro na skutek nowelizacji przepisu art. 338 k.k. żołnierze zawodowi zostali poddani tym samym rygorom odpowiedzialności co dawniej żołnierze służby zasadniczej, to dotychczasowe poglądy wypowiedziane co do przestępstwa trwałego odnosić się powinny do przestępstw tego rodzaju popełnionych przez żołnierzy zawodowych. Skarżący podniósł, że sąd odwoławczy w swoich wywodach przywiązał zbyt dużą uwagę do przepisów organizacyjnych, dotyczących czasu pracy żołnierzy zawodowych, nie odnosząc się w sposób właściwy do okoliczności, które były akcentowane w powołanych poglądach judykatury i doktryny.

Tych zapatrywań prawnych Sąd Najwyższy nie podziela. Oceniając zasadnicze wywody kasacji, już na wstępie podnieść należało, że skarżący, dokonując wykładni w zakresie czasu trwania przestępstwa samowolnego oddalenia, w ogóle nie odniósł się do przepisów Kodeksu karnego, które określają czas popełnienia czynu zabronionego (art. 6 § 1). Odwołanie się do treści tego przepisu powiązane z fragmentem uzasadnienia uchwały co do legalności pozostawiania junaka pełniącego służbę w systemie nieskoszarowanym, poza oddziałem obrony cywilnej, stanowiło przecież zasadniczy wątek wypowiedzi przedstawiciela piśmiennictwa prawniczego, kwestionującego treść uchwały (por. H. Kmiecik: Przegląd orzecznictwa Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego i procesowego za I półrocze 1985 r., WPP 1986, nr 3, s. s. 319-320 oraz za II półrocze 1986 r., WPP 1988, nr 4, s. 520-521). Ten przeciwny pogląd znalazł akceptację w wypowiedziach innych przedstawicieli doktryny (por. Z. Ćwiakalski, A. Zoll: Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego za I półrocze

1985 r., NP 1986, nr 7-8, s. 127-128 oraz za II półrocze 1985 r., NP 1987, nr 2, s. 141). Wypowiedzi tych przedstawicieli doktryny zostały co prawda wskazane w uzasadnieniu kasacji, ale nie poddano ich właściwej analizie prawnej.

Zdaniem tego składu Sądu Najwyższego odwołanie się do treści przepisu art. 6 § 1 k.k. w powiązaniu z uregulowaniem dotyczącym zakresu obowiązków ciążących na żołnierzu zawodowym, prowadzi do ustaleń przeciwnych od tych proponowanych przez skarżącego. Zgodnie ze wskazanym przepisem czyn zabroniony uważa się za popełniony w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany. Z przepisu tego wynika, że czyny zabronione popełnione przez zaniechanie charakteryzują się specyficzną temporalizacją wynikającą z ich istoty. Te czyny zabronione polegające na niepodjęciu działania łączą się zawsze z naruszeniem obowiązku (por. A. Zoll (red.): Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Kraków 2004, s. 123). Czasem popełnienia czynu zabronionego charakteryzującego się zaniechaniem jest czas, w którym sprawca, zgodnie z obowiązkiem, powinien działać w określonym kierunku i w określony sposób. Zakres obowiązków służbowych żołnierza zawodowego określa ustawa z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 593 ze zm.). Odwołanie się właśnie do przepisów tej ustawy było, wbrew twierdzeniu skarżącego, istotnym elementem procesu wykładni czasu trwania czynu zabronionego określonego w art. 338 § 1 i 2 k.k. W zakresie wymiaru czasu służby żołnierzy zawodowych ustawa w art. 60 ust. 1 stanowi, że wymiar ten jest określony ich zadaniami służbowymi. Z kolei, w ust. 2 tego artykułu wskazano, że zadania służbowe tych żołnierzy powinny być ustalane w sposób pozwalający na ich wykonanie w ramach czterdziestu godzin służby w tygodniu. Wykonanie zadań służbowych nie może przekraczać przeciętnie czterdziestu ośmiu godzin w tygodniu, w czteromiesięcznym

okresie rozliczeniowym. W zamian za czas służby przekraczający czterdzieści godzin służby w tygodniu żołnierzowi zawodowemu należy się czas wolny od służby w takim samym wymiarze. Szczegółowe określenie czasu służby nastąpiło na mocy rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 czerwca 2008 r. w sprawie czasu służby żołnierzy zawodowych (Dz. U. Nr 122, poz. 786). W § 4 rozporządzenia określono, że przełożeni ustalają zadania służbowe żołnierzy w sposób pozwalający na wykonanie zadań w pięciodniowym tygodniu służby, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy, w dniach od poniedziałku do piątku, w godzinach od 7.30 do 15.30. Zatem, zgłaszając się w miejscu pełnienia służby w wyznaczonych dniach i godzinach żołnierz zawodowy czyni zadość ciężącemu na nim obowiązkowi w zakresie przestrzegania czasu służby. Skoro żołnierz zawodowy nie ma obowiązku zgłaszania się do miejsca służby w innych dniach niż wyznaczone oraz w innych godzinach w wyznaczonych dniach i tego nie czyni, to nie można zasadnie twierdzić, że nie dopełnia on w tym czasie ciężącemu na nim obowiązkowi i dopuszcza się zaniechania przedstawiającego się jako przestępstwo samowolnego oddalenia. Ustalenia tego nie może przekreślić odwołanie się do trwałego charakteru przestępstwa samowolnego oddalenia. Wskazać w tym kontekście należało, że w doktrynie za przestępstwo trwałe rozumie się takie przestępstwo, które polega na utrzymywaniu pewnej trwającej nieprzerwanie sytuacji przestępczej w każdej chwili jej trwania, przy czym przerwanie tej sytuacji jest w mocy sprawcy. Sytuacja ta trwa w każdej chwili od jej wytworzenia do zakończenia. Wskazać również należało, że moment końcowy przestępstw określonych w art. 338 § 1 i 2 k.k. jako przestępstw trwałych to chwila uczynienia zadość obowiązkowi (zgłoszenie się do służby lub powrót do jednostki) lub chwila zatrzymania. Momentem końcowym jest również chwila, w której na sprawcy przestał ciążyć określony obowiązek (arg. z art. 104 § 1 k.k.). Charakteryzując

stronę podmiotową tego przestępstwa wskazać należało, że sprawcę cechuje nie zamiar uchylenia się od pełnienia służby wojskowej w ogóle, lecz jedynie zamiar uchylenia się na pewien czas od określonego obowiązku wynikającego z pełnienia tej służby (obowiązku bytności w swojej jednostce albo w wyznaczonym miejscu przebywania). Zatem, z trwałego charakteru przestępstwa samowolnego oddalenia wynika, że może ono trwać tylko tak długo jak długo utrzymuje się stan bezprawny wytworzony przez żołnierza zawodowego, czyli każdorazowa samowolna nieobecność w wyznaczony dzień, w wyznaczonych godzinach w miejscu pełnienia służby. Wobec tego jako samowolne oddalenie można temu żołnierzowi zawodowemu liczyć tylko te określone przedziały czasu, w których obowiązany był przebywać w miejscu pełnienia służby i obowiązku tego zaniechał. Dni wolne od służby przerywają okresy utrzymywania stanu bezprawnego. Podobnie, w ramach określonego dnia, godziny wolne od służby. Żołnierz zawodowy, przebywając poza miejscem służby w czasie wolnym od służby, może dowolnie dysponować swoim czasem. Taki jest, zdaniem Sądu Najwyższego, rezultat gramatycznej i gwarancyjnej wykładni przepisów prawa istotnych dla określenia czasu trwania czynu zabronionego określonego w art. 338 § 1 i 2 k.k.

Taka wykładnia czasu trwania przestępstwa samowolnego oddalenia pozostaje w zgodzie z zasadą wolności człowieka określoną w art. 31 Konstytucji RP, ma więc charakter prokonstytucyjny.

W końcowej części uzasadnienia należało zdaniem Sądu Najwyższego odnieść się do ważnej kwestii prawnej, która pozostała poza rozważaniami obu sądów i skarżącego. W przekonaniu Sądu Najwyższego prawidłowe odczytanie treści przepisu art. 338 § 1 k.k., w szczególności zwrotu „jednorazowo”, powinno w tej sprawie prowadzić do podjęcia rozważań, czy nie doszło do dokonania dwóch samowolnych oddaleń (21 i

22 kwietnia 2011 r.), a zatem przestępstwa samowolnego oddalenia kwalifikowanego z art. 338 § 1 k.k.

Zagadnienie to z uwagi na treść art. 434 § 1 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. nie mogło być jednak przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu kasacyjnego.

Z przytoczonych wyżej powodów, zdaniem Sądu Najwyższego kasację należało uznać jako niezasadną.