

**POSTANOWIENIE Z DNIA 15 LUTEGO 2002 R.
WK 1/02**

Przepisów dotyczących młodocianego nie stosuje się do takiego sprawcy przestępstwa samowolnego oddalenia (art. 338 § 1 lub 2 k.k.), który ukończył 21 lat w czasie trwania tego przestępstwa (art. 115 § 10 k.k. w zw. z art. 6 § 1 k.k.), albowiem końcową chwilą jego popełnienia jest dopiero moment ustania wytworzonego i utrzymywanego przez sprawcę stanu bezprawnego, tj. samowolnej nieobecności w macierzystej jednostce wojskowej lub w wyznaczonym miejscu przebywania.

Przewodniczący: sędzia SN płk W. Maciak (sprawozdawca).

Sędzia SN: płk A. Kapłon.

Sędzia WSO (deleg. do SN): płk J. Malinowski.

Prokurator Naczelnej Prokuratury Wojskowej: ppłk J. Cieplowski.

Sąd Najwyższy w sprawie Marka Ż., skazanego za popełnienie przestępstwa określonego w art. 338 § 1 k.k., po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2002 r. kasacji, wniesionej przez Zastępcę Prokuratora Generalnego – Naczelnego Prokuratora Wojskowego – na niekorzyść od wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego w W. z dnia 10 września 2001 r., utrzymującego w mocy wyrok Wojskowego Sądu Garnizonowego w W. z dnia 31 maja 2001 r.

o d d a l i ł kasację, a kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciążył Skarb Państwa (...)

Uzasadnienie:

Wyrokiem Wojskowego Sądu Garnizonowego w W. z dnia 31 maja 2001 r. Marek Ż. uznany został winnym tego, że:

„w dniu 11 grudnia 2000 r. do godz. 16 ³⁰ nie powrócił z przepustki jednorazowej do JW. w S. i samowolnie poza nią pozostawał do dnia 19 lutego 2001 r. do godz. 11 ⁴⁵, kiedy to został zatrzymany przez patrol Żandarmerii Wojskowej”, tj. popełnienia przestępstwa określonego w art. 338 § 1 k.k.

Za występki ten oskarżonemu wymierzono karę 3 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. oraz art. 70 § 1 k.k. warunkowo zawieszono na okres próby wynoszący 2 lata.

W wyniku apelacji prokuratora, który orzeczeniu temu zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych, polegający na nieprzyznaniu Markowi Ż. statusu osoby młodocianej, co skutkowało obrazą przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 70 § 2 k.k. i art. 73 § 2 k.k., w konsekwencji czego okres próby przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności sąd pierwszej instancji wyznaczył na okres 2 lat, a nadto oskarżony w tym okresie nie został oddany pod dozór kuratora, Wojskowy Sąd Okręgowy w W., wyrokiem z dnia 10 września 2001 r., zaskarżone orzeczenie utrzymał w mocy.

Kasację od wymienionego wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego w W., na

niekorzyść Marka Ż., wniosł Zastępca Prokuratora Generalnego – Naczelny Prokurator Wojskowy.

Nie kwestionując rodzaju i wysokości wymierzonej kary, Naczelny Prokurator Wojskowy, na podstawie art. 523 § 1 i 4 pkt 2 k.p.k., wyrokowi temu zarzucił: „rażące naruszenie prawa materialnego, a to przepisu art. 115 § 10 k.k. oraz w efekcie art. 70 § 2 k.k. i art. 73 § 2 k.k. polegające na uznaniu, iż Marek Ż. nie jest sprawcą młodocianym i niezastosowaniu art. 670 § 2 k.k., jako podstawy prawnej okresu próby wyznaczonego przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności i art. 73 § 2 k.k., jako podstawy obligatoryjnego dozoru przełożonego wojskowego, a następnie kuratora sądowego”.

Opierając się na tak sformułowanym zarzucie, autor kasacji, na podstawie art. 537 § 1 i 2 k.p.k., wniosł o „– uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Wojskowemu Sądowi Okręgowemu w W. do ponownego rozpoznania”.

W tym stanie sprawy Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Kasacja Zastępcy Prokuratora Generalnego – Naczelnego Prokuratora Wojskowego nie jest zasadna.

Nie jest trafny bowiem wywiedziony w niej pogląd, iż w chwili popełnienia przypisanego mu występku samowolnego oddalenia Marek Ż. miał status młodocianego.

W omawianej sprawie oskarżony w dniu 11 grudnia 2000 r. nie powrócił z jednorazowej przepustki do macierzystej jednostki i samowolnie poza nią pozostawał do dnia 19 lutego 2001 r., kiedy to został zatrzymany przez patrol Żandarmerii Wojskowej. Przebywając na samowolnym oddaleniu oskarżony, w czasie jego trwania, w dniu 29 grudnia 2000 r. ukończył 21 lat (urodzony 29 grudnia 1979 r.).

Wywodząc, że występki określony w art. 338 k.k., będąc przestępstwem trwałym, jest dokonany z chwilą rozpoczęcia się bezprawnego stanu, którym jest samowolna nieobecność żołnierza, autor kasacji uważa, że przyjęcie przez sąd odwoławczy, iż oskarżony nie korzystał ze statusu młodocianego, co miało wpływ na treść wyroku, z uwagi na pominięcie przy warunkowym zawieszeniu kary pozbawienia wolności zasad określonych w art. 70 § 2 k.k. i w art. 73 § 2 k.k., które to przepisy obligowały do określenia minimalnego okresu próby na 3 lata i orzeczenia dozoru, jest oczywistym naruszeniem prawa karnego materialnego, tj. art. 115 § 10 k.k. Dla potwierdzenia słuszności swego stanowiska Naczelny Prokurator Wojskowy powołuje tezę 15 komentarza (M. Fleming: Kodeks karny – część wojskowa – komentarz, Warszawa, 2000 s. 110), w której stwierdza się, że występki określony w art. 338 k.k., który jest przestępstwem trwałym, dokonany jest już w chwili rozpoczęcia się bezprawnego stanu, a dalsza nieobecność jest jedynie utrzymywaniem wytworzonego przez żołnierza tego stanu, co nie ma konstytutywnego znaczenia dla bytu przestępstwa. Stanowisko takie, zdaniem skarżącego, potwierdzają też wyroki SN: z dnia 27 lutego 1970 r., Rw 134/70 (OSNKW 1970, z. 6, poz. 64), z dnia 13 sierpnia 1993 r., WR 107/93 (OSNKW 1993, z. 11–12, poz. 74), z dnia 5 lipca 1985 r., Rw 592/85 (OSNKW 1986, z. 3–4, poz. 26).

Według oceny składu orzekającego w niniejszej sprawie, przytoczone przez prokuratora w kasacji wyroki potwierdzają jedynie, że początkiem popełnienia przez sprawcę przestępstwa trwałego, np. samowolnego oddalenia, dezercji, nielegalnego posiadania broni, itp., jest moment wywołania swoim czynem stanu bezprawnego. Jest to jednak tylko początkowa faza przestępstwa trwałego, które jest

następnie utrzymywane przez pewien czas. W przypadku samowolnego oddalenia ten stan bezprawny ustaje z chwilą dobrowolnego powrotu sprawcy do jednostki lub miejsca służby, jak również z chwilą zatrzymania przez organ wojskowy lub policję (por. O. Górniok, St. Hoc, St. M. Przyjemski: Kodeks karny – Komentarz, Gdańsk 1999, t. 3 do art. 338 k.k., s. 490, a także J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: Kodeks karny – Komentarz, Warszawa 1987, t. 5 do art. 303). Podobnie w Komentarzu do kodeksu karnego – część ogólna, pod redakcją G. Rejman (Warszawa 1999, t. 5 i 8 do art. 6 § 1 k.k., s. 375–376), jego autorzy za czas popełnienia przestępstwa trwałego uważają czas wywołania i utrzymywania przez sprawcę stanu przestępnego wypełniającego znamiona takiego przestępstwa, czyli cały okres zachowania się sprawcy, składającego się na przestępstwo trwałe. Wprowadzie art. 115 § 10 k.k. przyjmuje, że młodocianym jest sprawca, który w chwili popełnienia czynu zabronionego nie ukończył 21 lat, to określenie „chwila” w odniesieniu do przestępstw trwałych, nie może, zdaniem Sądu Najwyższego, odnosić się jedynie do początkowej fazy wywołania stanu bezprawności, np. samowolnego oddalenia się, ale do całego przestępnego okresu, zakończonego dobrowolnym zgłoszeniem się sprawcy bądź jego zatrzymaniem.

K. Buchała i A. Zoll w tezie 3 do art. 115 § 10 k.k. (Kodeks karny – komentarz. Część ogólna, Kraków 2000, s. 632) stwierdzają, że: „art. 115 § 10 w sposób niewłaściwy używa wyrażenia «chwili popełnienia czynu zabronionego». Wyrażenie to należy rozumieć – zgodnie z art. 6 § 1 jako «czas popełnienia czynu zabronionego», tzn. sprawca w czasie, w którym działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany, nie ukończył 21 lat”.

W rozpoznawanej sprawie autor kasacji uważa zaś, że skoro nawet tylko w początkowej fazie samowolnego oddalenia, jego sprawca nie miał ukończonych 21 lat, to powinien być przez sąd orzekający traktowany jako młodociany, ze wszelkimi wynikającymi z tego faktu konsekwencjami, związanymi z koniecznością zastosowania wobec niego obostrzeń wynikających z art. 70 § 2 k.k. i art. 73 § 2 k.k. Zdaniem składu orzekającego natomiast, za czas popełnienia samowolnego oddalenia się należy przyjąć cały okres bezprawnego zachowania się sprawcy, do chwili jego ujęcia bądź dobrowolnego zgłoszenia się, a więc przerwania wytworzonego przez niego stanu przestępnego i wówczas nie ma znaczenia fakt, że w pierwszej fazie tegoż czynu jego sprawca nie miał ukończonych 21 lat, a więc, zgodnie z art. 115 § 10 k.k., był młodocianym. Nie można bowiem dla oceny prawnokarnej czynu dzielić go na części, w której sprawca był, a później nie był młodocianym.

Gdyby przyjąć za czas popełnienia przestępstwa jedynie moment samowolnego oddalenia się z jednostki lub wyznaczonego miejsca przebywania, to czas trwania bezprawności tego czynu nie miałby istotnego znaczenia. A przecież ustawodawca w art. 338 k.k. różnicował odpowiedzialność karną sprawcy tego czynu (§ 1 i 2 art. 338 k.k.) w zależności od czasu trwania tego przestępstwa.

Za przyjęciem, że za czas popełnienia przestępstwa trwałego uważać należy moment jego zakończenia, przemawia też fakt, iż okres przedawnienia karalności przestępstwa (art. 104 § 2 k.k.) liczony jest albo od czasu zadośćuczynienia obowiązкови albo od chwili, w której na sprawcy obowiązek przestał ciążyć, a więc ustania stanu bezprawności czynu, czyli jego zakończenia.

Tego rodzaju stanowisko Sąd Najwyższy wyrażał już w wielu orzeczeniach – por. wyroki SN: z dnia 20 grudnia 1975 r., II KRN 46/75 (OSNKW 1976, z. 2, poz. 27), z dnia 20 listopada 1984 r., Rw. 608/84 (OSNKW 1985, z. 5–6, poz. 45),

uchwała SN z dnia 30 września 1985 r., U 1/85 (OSNKW 1986, z. 1–2, poz. 3), z dnia 5 listopada 1985 r., Rw 592/85 (OSNKW 1986, z. 3–4, poz. 26).

W omawianej sprawie, zdaniem składu orzekającego, można więc wyrazić pogląd, iż przepisów dotyczących młodocianego nie stosuje się do takiego sprawcy przestępstwa samowolnego oddalenia (art. 338 § 1 lub 2 k.k.), który ukończył 21 lat w czasie trwania tego przestępstwa (art. 115 § 10 k.k. w zw. z art. 6 § 1 k.k.), albowiem końcową chwilą jego popełnienia jest dopiero moment ustania wytworzonego i utrzymywanego przez sprawcę stanu bezprawnego, tj. samowolnej nieobecności w macierzystej jednostce wojskowej lub wyznaczonym miejscu przebywania.

Uznając, iż brak było podstaw w rozpoznawanej sprawie do przyznania oskarżonemu statusu młodocianego, określonego w art. 115 § 10 k.k., należało kasację Naczelnego Prokuratora Wojskowego wniesioną na niekorzyść Marka Ż. oddalić jako bezzasadną.