

Sygn. akt: WZP 2/12

UCHWAŁA

Dnia 14 marca 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

Przewodniczący: Prezes SN Janusz Godyń

Sędziowie SN: Wiesław Błuś

Andrzej Tomczyk (sprawozdawca)

Protokolant: Anna Krawiec

przy udziale prokuratora Naczelnej Prokuratury Wojskowej ppłk. Anny Czapigo, w sprawie st. szer. rez. D. A., po rozpoznaniu w Izbie Wojskowej na posiedzeniu w dniu 14 marca 2013 r., przekazanego na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Wojskowy Sąd Okręgowy w W., postanowieniem z dnia 28 listopada 2012 r., sygn. akt SA [...], zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy:

„czy znamiona przestępstwa z art. 338 § 1, 2 i 3 k.k., w wypadku żołnierza zawodowego, wypełnione mogą zostać wyłącznie w czasie służby regulowanym art. 60 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (tj.: Dz. U. z 2010 r., nr 90, poz. 593 ze zm.) oraz wydanym na podstawie art. 60 ust. 5 tejże ustawy rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 czerwca 2008 r. w sprawie czasu służby żołnierzy zawodowych (Dz. U. z 2008 r., nr 122, poz. 786) i rozkazami właściwego przełożonego, czy też za czas popełnienia powyższych przestępstw uznać należy również okres wykraczający poza wskazany wyżej czas służby, w szczególności w sytuacji, gdy żołnierz zawodowy nie dopełni obowiązku wynikającego z art. 60a § 1 - 4 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, ani nie zachodzi okoliczność wskazana w art. 60b tej ustawy ?”

uchwalił udzielić następującej odpowiedzi:

Znamiona przestępstw określonych w art. 338 § 1, 2 albo 3 k.k. mogą zostać wypełnione przez żołnierza zawodowego tylko wtedy, gdy samowolnie opuszcza on swoją jednostkę lub wyznaczone miejsce przebywania albo samowolnie poza nimi pozostaje w czasie służby regulowanym w art. 60 ust. 1 - 4 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz.U. z 2010 r., Nr 90, poz. 593 ze zm.), a zatem w czasie, w którym był zobowiązany do wykonywania obowiązków służbowych lub pozostawania w gotowości do ich wykonywania, co oznacza, że do czasu samowolnego oddalenia nie wlicza się dni i godzin wolnych od służby.

UZASADNIENIE

Problem przedstawiony Sądowi Najwyższemu przez Wojskowy Sąd Okręgowy w W., jako zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy, pojawił się w następującej sytuacji procesowej.

Prokurator Wojskowej Prokuratury Garnizonowej w O. oskarżył st. szer. rez. D. A. o to, że:

„ 1. w okresie nie dłuższym niż 3 miesiące, trzykrotnie, tj. w dniach 17.02.2012 r., 27-28.02.2012 r. oraz 26-27.03.2012 r., nie stawiał się w macierzystej J.W. [...] W. i samowolnie poza nią pozostawał w wymiarze nieprzekraczającym jednorazowo 48 godzin,

tj. o popełnienie przestępstwa określonego w art. 338 § 1 k.k.;

2. w dniu 15.03.2012 r. nie stawiał się do wykonywania obowiązków służbowych w macierzystej J.W. [...] W. i samowolnie poza nią pozostawał przez okres powyżej 48 godzin, nie dłużej niż przez 7 dni, tj. do dnia 19.03.2012 r., kiedy to w dniu 20.03.2012 r. otrzymał zwolnienie lekarskie,

tj. o popełnienie przestępstwa określonego w art. 338 § 2 k.k.;

3. w dniu 5.04.2012 r. nie stawiał się do wykonywania obowiązków służbowych w macierzystej J.W. [...] W. i samowolnie poza nią pozostawał przez okres

powyżej 7 dni, tj. do dnia 18.04.2012 r., kiedy to w dniu 19.04.2012 r. otrzymał zwolnienie lekarskie,

tj. o popełnienie przestępstwa określonego w art. 338 § 3 k.k.;

4. w dniu 23.04.2012 r. nie stawiał się do wykonywania obowiązków służbowych w macierzystej J.W. [...] W. i samowolnie poza nią pozostawał przez okres powyżej 7 dni, tj. do dnia 30.04.2012 r., kiedy to został zwolniony ze służby wojskowej,

tj. o popełnienie przestępstwa określonego w art. 338 § 3 k.k.

Wojskowy Sąd Garnizonowy w O., wyrokiem z dnia 9 lipca 2012 r., uznał st. szer. rez. D. A. za winnego tego, że „pełniąc zawodową służbę wojskową w J.W. [...] w W., w okresie nie dłuższym niż 3 miesiące, samowolnie pozostawał poza jednostką w wymiarze nieprzekraczającym jednorazowo 48 godzin w następujących okresach (...):

- w dniach 17.02.2012 r., 16.03.2012 r. oraz 6, 13 i 27.04.2012 r. w godzinach 7⁰⁰-13⁰⁰,

- w dniach 27-28.02.2012 r., 15, 19 i 26-27.03.2012 r. oraz 5, 10-12, 16-18 i 23-26.04.2012 r., w godzinach 7⁰⁰-15³⁰”,

tj. popełnienia przestępstwa określonego w art. 338 § 1 k.k. (sygn. akt: Sg [...]).

Wyrok ten został zaskarżony przez prokuratora, który w apelacji sformułował zarzuty:

„ 1. obrazy przepisu prawa materialnego, określonego w art. 338 § 2 k.k. polegającej na dokonaniu błędnej i niezgodnej z wolą ustawodawcy wykładni tego przepisu, tj. na przyjęciu, iż dni wolnych od służby w okresie samowolnego oddalenia żołnierza zawodowego nie wlicza się do okresu samowolnego oddalenia, co skutkowało uznaniem, że oskarżony dopuścił się wyłącznie samowolnego oddalenia określonego w art. 338 § 1 k.k., co z kolei skutkowało przypisaniem mu odpowiedzialności karnej za czyn określony w art. 338 § 1 k.k., choć ustalony w sprawie i niekwestionowany stan faktyczny wskazywał, iż st. szer. rez. D. A. spełnił wymogi odpowiedzialności za występki określony w art. 338 § 2 k.k.;

2. dwukrotnej obrazy prawa materialnego określonego w art. 338 § 3 k.k., polegającej na dokonaniu błędnej i niezgodnej z wolą ustawodawcy wykładni tego przepisu, to jest na przyjęciu, iż dni wolnych od służby w okresie samowolnego

oddalenia żołnierza zawodowego nie wlicza się do okresu trwania samowolnego oddalenia, co skutkowało miało uznaniem, iż oskarżony dopuścił się wyłącznie samowolnego oddalenia określonego w art. 338 § 1 k.k., choć ustalony w sprawie i niekwestionowany stan faktyczny wskazywał, że st. szer. rez. D. A. spełnił wymogi odpowiedzialności za występki określony w art. 338 § 3 k.k.”.

Rozpoznając apelację, Wojskowy Sąd Okręgowy w W. postanowieniem z dnia 28 listopada 2012 r., na podstawie art. 441 § 1 k.p.k., przekazał „...Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy, a mianowicie:

czy znamiona przestępstwa z art. 338 § 1, 2 i 3 k.k. w wypadku żołnierza zawodowego wypełnione mogą zostać wyłącznie w czasie służby regulowanym art. 60 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (t.j.: Dz.U. z 2010 r., nr 90, poz. 593 ze zm.) oraz wydanym na podstawie art. 60 ust. 5 tejże ustawy rozporządzeniem Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 czerwca 2008 r. w sprawie czasu służby żołnierzy zawodowych (Dz.U. z 2008 r., nr 122, poz. 786) i rozkazami właściwego przełożonego, czy też za czas popełnienia powyższych przestępstw uznać należy również okres wykraczający poza wskazany wyżej czas służby, w szczególności w sytuacji, gdy żołnierz zawodowy nie dopełni obowiązku wynikającego z art. 60a § 1-4 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, ani nie zachodzi okoliczność wskazana w art. 60b tej ustawy”.

W uzasadnieniu postanowienia Sąd ten opisał przebieg dotychczasowego postępowania w sprawie i wskazał, że „... analizując kwestię, która stanowi w niniejszej sprawie źródło rozbieżności prezentowanych przez wojskowy sąd garnizonowy oraz prokuratora (...) stwierdził, iż wyłoniło się tu zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy”.

Podkreślił przy tym, że owo zagadnienie jest prawne, wymaga zasadniczej wykładni ustawy i wyłoniło się przy rozpoznawaniu środka odwoławczego oraz powiązane jest z konkretną sprawą w taki sposób, że od rozstrzygnięcia danego zagadnienia zależy rozstrzygnięcie sprawy.

Odnosząc się do tej konstatacji, wywiódł, że „... pytanie przedstawione w niniejszej sprawie jest prawne i wymagające zasadniczej wykładni ustawy, gdyż

kwestia tego, jaki wpływ na czas popełnienia przestępstwa tzw. samowolnego oddalenia (dziś skodyfikowanego w art. 338 § 1 – 3 k.k.) ma regulacja czasu służby obowiązująca osoby popełniające ten rodzaj występku jest rozbieżnie interpretowana w dotychczasowym dorobku doktryny i judykatury, co z kolei umożliwia rozbieżne interpretacje w zakresie opisu oraz czasu czynu tzw. samowolnego oddalenia oraz jego kwalifikacji prawnej, jak również wymierzanie znacząco różnych sankcji za podobne zachowania”.

Jako dowód prawdziwości przytoczonej wypowiedzi, przypominał rozbieżne orzeczenia sądowe odnoszące się do oceny wpływu regulacji toku służby oskarżonego na zakres jego odpowiedzialności za czyn z art. 303 k.k. z 1969 r. Zauważył przy tym, „... że obowiązująca wówczas ustawa karna identycznie jak dziś definiowała istotę przestępstwa, o którym mowa, tzn. tak jak to ma miejsce dziś, penalizowała samowolne opuszczenie przez żołnierza swojej jednostki albo wyznaczonego miejsca przebywania”. Ponadto, „... w Kodeksie karnym z 1969 r. obowiązywał także odpowiednik dzisiejszego art. 6 § 1 k.k., a mianowicie art. 4 § 1 (...), stanowiący, że przestępstwo uważa się za popełnione w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany”. Tak więc „... sądy orzekające w sprawach dotyczących czynów z art. 303 k.k. z 1969 r. dokonywały wykładni identycznie sformułowanego przez ustawodawcę znamienia <<samowolności>> oraz oceniały wpływ regulacji dotyczących czasu służby podsądnych na zakres ich odpowiedzialności za tzw. samowolne oddalenie”.

Dla – zapewne – zobrazowania podobieństwa sytuacji, w której przyszło orzekać sądom w ówczesnym okresie wskazał, że za przestępstwa z art. 303 k.k. z 1969 r. odpowiadali przed sądami wojskowymi nie tylko żołnierze służby zasadniczej, ale także junacy odbywający służbę w obronie cywilnej, którzy – podobnie jak żołnierze zawodowi w obecnie obowiązującym stanie prawnym – w pewnych wypadkach mieli uregulowany tok służby przewidujący czas wolny od służby. Podniósł, że w związku z tym „... pojawiły się rozbieżności przy ocenie jak ów czas wolny wpływa na czas czynu z art. 303 k.k. z 1969 r.”.

Nie przytaczając tych rozbieżności, ani orzeczeń, z których te rozbieżności wynikały, przypominał, że „... ostatecznie pod rządami art. 303 k.k. z 1969 r. ugruntował się w orzecznictwie pogląd, z którego wynikało, że także w wypadku

junaków przestępstwo samowolnej absencji jest przestępstwem trwałym, kończącym się w szczególności z chwilą dobrowolnego powrotu sprawcy do wyznaczonego miejsca służby lub zatrzymania sprawcy przez odpowiedni organ i nie ma podstaw, aby od okresu nielegalnego przebywania poza wyznaczonym miejscem służby (lub pracy) junaka odbywającego służbę w obronie cywilnej odliczać dni wolne od zajęć, czy przewidziane przepisami przerwy między dniami pracy, bądź też czas wolny od służby wynikający z organizacji zmianowego toku służby junaków w poszczególnych oddziałach obrony cywilnej”. Wskazał tu wyroki Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 1984 r., Rw 364/84, OSNKW 1985, z. 3-4, poz. 24 i z dnia 15 lutego 1985 r., Rw 52/85, OSNKW 1985, z. 9-10, poz. 78 oraz uchwałę siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 12 września 1986 r., U 3/86, OSNKW 1986, z. 11-12, poz. 87.

Skupiając się na treści tej uchwały, szeroko przytoczył argumentację zawartą w jej uzasadnieniu i skonkludował, że od tej „... linii orzeczniczej (...) nie odstąpiono do końca okresu obowiązywania art. 303 k.k. z 1969 r., jak również, przez szereg lat pod rządami obecnie obowiązującej ustawy karnej (...), w której przestępstwo samowolnego oddalenia skodyfikowane zostało w artykule 338”.

Przyznał wprawdzie, że „... w międzyczasie przestępstwo to przestało odnosić się do junaków, ale przecież także w toku służby żołnierzy służby zasadniczej odnaleźć można było okresy, w których legalnie korzystali oni z wolnego od obowiązków służbowych (np. w okresach na jakie wydawano im tzw. przepustkę stałą). Mimo to, wykładnia pojęcia czasu czynu odnośnie występku samowolnego oddalenia nie zmieniła się, a wśród orzeczeń Sądu Najwyższego i wypowiedzi doktryny można odnaleźć cały szereg takich, w których podkreślano, że moment końcowy przestępstw tzw. samowolnych oddaleń, jako przestępstw trwałych, to chwila dobrowolnego powrotu sprawcy do miejsca służby wojskowej lub chwila zatrzymania”. Przywołał tu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002 r., WK 1/02, OSNKW 2002, z. 7-8, poz. 58 i z dnia 7 września 2004 r., WK 17/04, R-OSNKW 2004, poz. 1509 oraz: O. Górniok, S. Hoc, S.M.Przyjemski: Kodeks karny – Komentarz, Gdańsk 1999, t.3, s. 490; G. Rejman [red.]: Kodeks karny. Cześć ogólna. Komentarz, Warszawa 1999, s. 375-379.

W dalszym ciągu wywodów odnotował, że „także w związku z nowelizacją art. 338 k.k., która weszła w życie 1 stycznia 2010 r., a zatem na gruncie obecnie obowiązującej treści przepisu przewidującego penalizację samowolnych oddaleń w stosunku do wszystkich żołnierzy (nie wyłączając żołnierzy zawodowych) wyrażono ocenę, że jest to nadal przestępstwo trwałe, które przerwane zostaje dopiero przez dobrowolny powrót żołnierza do dyspozycji organów wojskowych bądź przymusowe zatrzymanie sprawcy, a czas hipotetycznie wolny od zajęć służbowych w całości zawiera się w nierozdzielnym okresie trwałego przestępstwa samowolnego oddalenia”. W tym miejscu przywołał opracowania W. Marcinkowskiego: Zmiany w prawie karnym oraz w prawie wykonawczym wynikające z nowej ustawy o dyscyplinie wojskowej, WPP 2009, nr 4, s. 47; Kodeks karny. Część Wojskowa. Komentarz, Lex/el. 2011, tezy 4, 5, 10, 14, 25, 28 i 31 komentarza do art. 338 i zaprezentował przedstawione w nich treści, stwierdzając zarazem, że znalazły one aprobatę w „wydanym w 2012 r. Komentarzu do kodeksu karnego pod redakcją M. Mozgawy (zob. Kozłowska-Kalisz P. w: M. Mozgawa [red.]: Kodeks karny. Komentarz, Lex 2012, teza 9 komentarza do art. 338)”.

Następnie ocenił, że „wbrew wskazanemu wyżej dorobkowi orzecznictwa i doktryny na gruncie art. 303 k.k. z 1969 r. oraz art. 338 k.k. prezentuje się (...) teza postanowienia Sądu Najwyższego z 23 kwietnia 2012 r. [sygnatura akt: WK 1/12, publ. w OSNKW z 2012 r., nr 6, poz. 70 (...)], z której wynika, że z uwagi na treść 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. z 2008 r., nr 122, poz. 786), 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 7³⁰ do 15³⁰. W związku z tym Sąd Najwyższy uznał jako okres samowolnej nieobecności żołnierza zawodowego w służbie wyłącznie te przedziały czasu, w których żołnierz tego obowiązku zaniechał (art. 6 § 1 k.k.). Konsekwencją

tego była konstatacja, że ze względu na to, że przestępstwo samowolnego oddalenia jest przestępstwem trwałym, w wypadku popełnienia go przez żołnierza zawodowego, dni wolne od służby przerywają okresy utrzymania stanu jego samowolnej nieobecności w swojej jednostce lub w innym wyznaczonym miejscu, podobnie jak w ramach określonego dnia, godziny wolne od służby”.

Omawiając motywy zaprezentowanego judykatu, wskazał, że Sąd Najwyższy nie podzielił zapatrywań sądów oraz przedstawicieli doktryny przedstawionych przez Sąd występujący z zagadnieniem prawnym, a przywołał wypowiedzi piśmiennictwa prawniczego kwestionującego treść wcześniejszej linii orzeczniczej (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. 319-320; Przegląd orzecznictwa Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa materialnego i procesowego za II półrocze 1986 r., WPP 1988, nr 4, s. 520-521).

Odnosząc się do treści tego orzeczenia i jego (szeroko przytoczonego) uzasadnienia Wojskowy Sąd Okręgowy w W. stwierdził, że „... zestawienie z wcześniejszymi wypowiedziami judykatury oraz doktryny dotyczącymi występków samowolnej absencji tworzy obraz dowodzący, że po ostatniej noweli art. 338 k.k. odżyła na tle tego przepisu ustawy karnej rozbieżność dotycząca oceny czasu popełnienia tych przestępstw, niegdyś związana ze statusem junaków jako sprawców samowolnych oddaleń, a dziś odnoszona do oceny czynów z art. 338 k.k., popełnionych przez żołnierzy zawodowych. Owo rozbieżne interpretowanie (...) granic czynu z art. 338 k.k. umożliwia nie tylko różne oceny co do opisu czynów zarzucanych oskarżonemu, ale otwiera także drogę do różnych interpretacji, takich samych zachowań w zakresie kwalifikacji prawnej czynów oraz sankcji karnej za ich popełnienie”. Praktycznym tego „... przykładem jest treść zarzutów środka odwoławczego rozpoznawanego przez Wojskowy Sąd Okręgowy w W. w niniejszej sprawie (...). Sytuacja, gdy norma umożliwia rozbieżne interpretacje jest niewątpliwie niekorzystna dla funkcjonowania prawa w praktyce. Wskazane jest zatem wyklarowanie zaistniałych rozbieżności w drodze zasadniczej wykładni ustawy”.

Formułując własną ocenę przedstawionych przeciwstawnych poglądów, Wojskowy Sąd Okręgowy w W. zauważył, że żaden z nich nie jest w pełni przekonujący i po wyartykułowaniu krytycznych uwag pod adresem poglądu odwołującego się do czasu służby wynikającego z unormowań ustawowych i wydanych na podstawie upoważnienia ustawowego unormowań wykonawczych skonstatował, że odwołanie się do art. 60 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych nie jest wystarczające i nie należy tracić z pola widzenia powinności żołnierza wynikających, np. z art. 60a ust. 1, 2 i 3 tej ustawy. Wymienił tutaj obowiązek uprzedzenia przez żołnierza zawodowego jego bezpośredniego przełożonego o niemożności stawienia się do służby lub spóźnieniu oraz o przyczynie niestawiennictwa, a nadto to, że zwolnienie żołnierza zawodowego od zajęć służbowych może też nastąpić z powodu choroby na podstawie stosownego zaświadczenia lekarskiego. Ten fragment wyводу podsumował stwierdzeniem, że „ ... statuując opisany wyżej obowiązek ustawodawca nie zawęził ram jego obowiązywania i powinności jego wykonywania przez żołnierza wyłącznie do dni roboczych, czy godzin służbowych w rozkazie regulującym codzienny tok służby. Poza tym, obowiązek usprawiedliwiania swej nieobecności przez żołnierza stanowi, zdaniem Wojskowego Sądu Okręgowego, emanację obowiązku bytności żołnierza zawodowego w jednostce bądź w innym wyznaczonym miejscu pobytu, jest jednym z elementów składających się na wykonywanie obowiązków służbowych zgodnie z ustalonym tokiem służby i z owego obowiązku wprost się wywodzi. Nie byłoby bowiem obowiązku informowania przełożonych przez żołnierzy o powodach nieobecności, gdyby nie istniała powinność bytności żołnierza w jednostce bądź w innym wyznaczonym miejscu. Powiadamianie przełożonych o przyczynach nieobecności żołnierza zawodowego w swojej jednostce wojskowej lub w innym wyznaczonym miejscu przebywania jest zatem elementem składowym obowiązku obecności w tych miejscach, wynikającego jednoznacznie z ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych.

Dlatego zdaniem Wojskowego Sądu Okręgowego w W., w kontekście wykładni znamion przestępstwa z art. 338 § 1 – 3 k.k., nie można tracić z pola widzenia faktu, że żołnierz, który dopuszcza się którejkolwiek z postaci samowolnego oddalenia, nie tylko nie funkcjonuje w rytmie porządku dnia w danej

jednostce, ale lekceważąc obowiązek stawiennictwa czy pobytu (...), zwykle nie informuje także przełożonego o przyczynach swej nieobecności. Tym samym całkowicie zrywa więź organizacyjną łączącą go ze służbą wojskową, w której nadal pozostaje”.

Rozważając dalej wzajemną zależność obowiązku bytności w jednostce lub innym wyznaczonym miejscu przebywania z obowiązkiem informowania przełożonego o przyczynach nieobecności (choćby nieusprawiedliwionych – jak zaznacza to WSO w W.) podsumowuje, iż „... o ile można zasadnie podnosić, że obowiązek bytności w jednostce bądź innym wyznaczonym miejscu ustaje każdorazowo po upływie godzin służbowych przewidzianych danego dnia w danej jednostce, to obowiązek poinformowania przełożonego o przyczynach nieobecności nie ustaje wraz z końcem godzin służbowych (nie wynika to z żadnego przepisu prawa). A zatem żołnierz zawodowy, który samowolnie się oddalił bądź samowolnie pozostaje poza miejscem, o którym mowa w art. 338 k.k. i nie informuje przełożonego o przyczynach swej nieobecności, także w godzinach i dniach wykraczających poza czas służby, określony w danej jednostce, trwa w zaniechaniu działania, do którego, ściśle w związku z obowiązkiem bytności w swojej jednostce lub w innym wyznaczonym miejscu przebywania, jest zobligowany”.

Te rozważania przywiodły Sąd *ad quem* do wniosku, „...że w takiej sytuacji (...) należałoby czas czynu z art. 338 § 1, 2 albo 3 k.k. liczyć bądź to do dobrowolnego zgłoszenia się żołnierza do dyspozycji organów państwowych, w tym wojskowych, bądź do przymusowego zatrzymania sprawcy, bądź do zwolnienia żołnierza z czynnej służby wojskowej w czasie trwania samowolnego oddalenia, natomiast dni wolne od służby, podobnie jak w ramach określonego dnia, godziny wolne od służby, przerywałyby okres utrzymywania się stanu samowolnej nieobecności w jednostce lub w innym wyznaczonym miejscu, tylko wtedy, jeśli danego dnia żołnierz dopełniłby także obowiązku wynikającego z art. 60a § 1-4 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, bądź przedstawił zaświadczenie lekarskie, o którym mowa w art. 60b tej ustawy.

Powyższe dobrze harmonizowałoby z podzielanym przez Sąd orzekający w niniejszej sprawie poglądem wyrażonym przez W. Marcinkowskiego, iż dopiero

dopełnienie obowiązku poinformowania o przyczynie tymczasowej nieobecności w służbie uchyla znamię samowolności w postępowaniu żołnierza”.

Prezentowana wykładnia, wedle wypowiedzi Wojskowego Sądu Okręgowego w W., pozostawałaby w zgodzie z zamiarem sprawcy i nie prowadziła do zakreślania granic czasu czynu oskarżonego sprzecznych z tym zamiarem, w przeciwieństwie do poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 23 kwietnia 2012 r.

W dalszej części wywodów Sąd *ad quem* odniósł się polemicznie do stwierdzenia Sądu Najwyższego, że prezentowana przez niego wykładnia czasu samowolnego oddalenia ma charakter prokonstytucyjny. Prezentując w największym skrócie rozumowanie Sądu występującego z zagadnieniem prawnym i używając jego terminologii, należy wskazać, że odwołał się on do okoliczności, iż „... po ostatniej nowelizacji art. 338 k.k. odpowiedzialności karnej związanej z bezprawną nieobecnością żołnierza w swojej jednostce lub w innym wyznaczonym miejscu przebywania podlegają obecnie wszyscy żołnierze niezależnie od rodzaju służby, którą pełnią. A zatem ustawodawca dał wyraźną wskazówkę, że obecnie zarówno żołnierz służby zasadniczej (...) jak i żołnierz służby zawodowej w świetle prawa karnego odpowiada za tak samo opisany w ustawie czyn samowolnej absencji”. Po przytoczeniu stwierdzenia Trybunału Konstytucyjnego, zawartego w wyroku z dnia 16 lutego 1999 r. (SK 11/98), a odnoszącego się – najogólniej ujmując – do wynikających ze służby wojskowej ograniczeń swobody jednostki, wywiódł, że prezentowana wykładnia odpowiedzialności żołnierzy zawodowych „...wcale nie byłaby odpowiedzialnością niekonstytucyjną”. Natomiast, „...pytania o konstytucyjność wykładni art. 338 k.k. rodzą się raczej przy ustaleniu, że żołnierze służby zasadniczej odpowiadają z tego samego przepisu, tak samo zredagowanego i chroniącego te same dobra prawne, w sposób wyraźnie odmienny od żołnierzy służby zawodowej”. Rozwijając tę problematykę, podał przykłady rodzące wątpliwości co do możliwości zachowania zasady równości wobec prawa w zakresie odpowiedzialności karnej za samowolne oddalenie żołnierza służby zasadniczej i żołnierza zawodowego, pozostających w tożsamej sytuacji, przy przyjęciu wykładni proponowanej w omawianym judykacie Sądu Najwyższego.

Zauważył w tym kontekście, że „podobieństwo między żołnierzem zawodowym a żołnierzem każdej innej służby, oceniane przez pryzmat pełnienia czynnej służby wojskowej, a zatem kryterium pozostającego jak najbardziej w racjonalnym związku z celem i treścią omawianej regulacji, wydaje się na tyle silne, że żołnierze wszystkich rodzajów służby wojskowej winni być na gruncie art. 338 k.k. traktowani w ten sam sposób”.

Natomiast – jak wywiódł dalej – „tworzenie, w drodze interpretacji prawa, znacznych różnic w zakresie odpowiedzialności, a nawet surowości kar grożących za podobne zachowania, wydaje się prowadzić do stanu, który może budzić wątpliwości co do zgodności takiego stanu rzeczy z konstytucyjną zasadą równości. Tym bardziej, że trudno wskazać w związku z jakimi innymi wartościami pozostawać by miało tak dalekie zróżnicowanie zakresu i surowości odpowiedzialności żołnierzy służby zawodowej za czyny z art. 338 § 1-3 k.k. w porównaniu z granicami i surowością tej odpowiedzialności w przypadku żołnierzy innych rodzajów służby wojskowej, w tym w szczególności żołnierzy służby zasadniczej. Trudno za taką istotną wartość uznać fakt, że żołnierze służby zawodowej nieco inaczej ukształtowany mają wewnętrzny porządek toku godzin służbowych”.

Podsumowując, stwierdził, że – w jego ocenie – „zasadnicza wykładnia art. 338 § 1-3 k.k., klarująca zasady odpowiedzialności za przestępstwa penalizowane w tych przepisach w sposób wskazujący jednolite reguły odpowiedzialności za omawiane przestępstwa dla żołnierzy wszystkich rodzajów służby wojskowej znanych ustawie oraz obejmująca w tym kontekście refleksję nad wszystkimi skodyfikowanymi w tych przepisach odmianami występków samowolnej absencji, byłaby użyteczna dla praktyki orzecznictwa sądów wojskowych w tym zakresie”.

Na zakończenie usprawiedliwił niewystępowanie do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem o zgodność art. 338 § 1 - 3 k.k. z Konstytucją RP, gdyż „już w drodze zasadniczej wykładni ustawy możliwe jest osiągnięcie takiego wyniku wykładni, który nie budziłby wątpliwości natury konstytucyjnej”.

Naczelny Prokurator Wojskowy w pisemnym stanowisku wniósł o podjęcie uchwały następującej treści:

„ 1. Przestępstwo z art. 338 § 1 -3 k.k. zalicza się do tzw. czynów trwałych. Istotą tego przestępstwa jest wytworzenie stanu przestępczego, pozostającego w pewnej rozciągłości czasowej, wywołanego jednym aktem woli i postępowania sprawcy.

2. Oznacza to, iż zachowanie się żołnierza zawodowego, który samowolnie oddala się ze swej jednostki lub wyznaczonego miejsca przebywania, charakteryzuje się ciągłością jednorazowego działania lub zaniechania, którego nie przerywają dni i godziny wolne od zajęć służbowych ani dodatkowe dni wolne od służby.

3. Wywiązanie się przez żołnierza z obowiązku usprawiedliwiania nieobecności, powinno jedynie stanowić kryterium pomocnicze przy dokonywaniu ustaleń w zakresie zamiaru sprawcy związanego z określeniem momentu końcowego znamienia <<samowolnego oddalenia>>”.

Uzasadniając ten wniosek w części dotyczącej warunków formalnych pozwalających na podjęcie uchwały, stwierdził, że warunki te zaistniały i wskazał, iż występują w sprawie:

- a) poważna wątpliwość w konkretnej sprawie, gdyż w praktyce sądy orzekające w tym przedmiocie rozbieżnie rozstrzygają kwestię wliczania do okresu rozpoczętego samowolnego oddalenia żołnierza zawodowego czasu hipotetycznie wolnego od zajęć służbowych, zauważając przy tym, że sąd występujący z zagadnieniem prawnym nie wskazał konkretnych orzeczeń innych sądów, w których odmiennie interpretowano znamię czasu samowolnego oddalenia;
- b) potrzeba dokonania zasadniczej wykładni ustawy, o czym świadczą przedstawione przez Sąd *ad quem* rozbieżności w literaturze i orzecznictwie oraz dostrzeżone luki interpretacyjne w wykładni przepisów;
- c) zagadnienie, które wyłoniło się przy rozpoznawaniu środka odwoławczego, podnosząc przy tym, że wprawdzie Wojskowy Sąd Okręgowy w W. przedstawił również swoją propozycję rozstrzygnięcia, harmonizującego z poglądem wypowiedzianym w doktrynie przez W. Marcinkowskiego, a pozostającego w opozycji do też zaprezentowanych w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2012 r. (sygn. akt: WK 1/12, OSNKW 2012, z. 6, poz. 70), ale poruszył przy tym problem różnej interpretacji przepisu art. 338 § 1-3 k.k. i zawartej w nim normy w odniesieniu do żołnierzy służby zasadniczej i żołnierzy zawodowych w zakresie odmiennego obliczania czasu samowolnego oddalenia w stosunku do jednej i

drugiej grupy podmiotów, co kolidowałoby z fundamentalną zasadą równości podmiotów wobec prawa.

W dalszej części wywodów wskazał – niejako w zastępstwie Wojskowego Sądu Okręgowego w W., który (jego zdaniem) wymogu tego nie dopełnił – a co warunkuje skuteczność wystąpienia z konkretnym pytaniem prawnym – rozbieżności w orzecznictwie sądów i wywiódł, że podjęcie przez Sąd Najwyższy uchwały w przedmiotowej sprawie jest niezbędne, gdyż wymaga tego waga omawianego problemu.

W tej części stanowiska przedstawił również przyczyny, czy tło, tych rozbieżności, które w ocenie Naczelnego Prokuratora Wojskowego powstały w następstwie nowelizacji Kodeksu karnego przeprowadzonej art. 92 ustawy z dnia 9 października 2009 r. o dyscyplinie wojskowej (Dz.U. Nr 190, poz. 1474). Zmiana Kodeksu karnego weszła w życie w dniu 1 stycznia 2010 r. i nadała nową treść art. 338, a nadto – co szczególnie istotne zdaniem autora stanowiska – rozszerzyła zakres podmiotowy przestępstwa samowolnego oddalenia, wprowadzając odpowiedzialność karną żołnierzy zawodowych.

W omawianej części wywodów przytoczył stanowiska autorów komentarzy, którzy dokonując interpretacji znowelizowanych znamion czasu samowolnego oddalenia z art. 338 § 1 k.k. uznali, że nieobecność żołnierza w wymiarze nieprzekraczającym jednorazowo 48 godzin oznacza ciągłość jednorazowego zachowania, a chwila, w której rozpoczyna się liczenie tych 48 godzin to zawsze taki moment, kiedy sprawca – z przyczyn służbowych – powinien znajdować się w swojej jednostce lub wyznaczonym miejscu przebywania. Jak wskazał za tymi autorami (W. Marcinkowskim i P. Kozłowską – Kalisz, dopisek SN) obydwie te miejsca sprawca może samowolnie opuścić albo może samowolnie poza nimi pozostawać – w sposób zabroniony dyspozycją art. 338 k.k. – tylko wówczas, gdy jego obecność w danym miejscu i czasie jest wymagana ze względów służbowych. Zakończenie jednorazowego wymiaru tego czasu każdorazowo nie może przekroczyć 48 godzin, przy czym co najmniej dwukrotnie w okresie nie dłuższym niż 3 miesiące. Jednorazowe samowolne oddalenie – trwające co najwyżej 48 godzin nie wyczerpuje znamion przestępstwa.

Natomiast, zdaniem tych autorów komentarzy oraz S. Hoca, [(w:) M. Filar (red.), Kodeks Karny. Komentarz, Warszawa 2012, s.1419] „dzień” w znaczeniu użytym w art. 338 § 2 i 3 k.k. jest synonimem doby, a czas hipotetycznie wolny od zajęć służbowych w całości zawiera się w nierozdzielным okresie trwałego przestępstwa samowolnego oddalenia.

Jak wynika z systematyki omawianego stanowiska Naczelnego Prokuratora Wojskowego, poglądy tych komentatorów niejako „wspierają” pierwszą grupę orzeczeń zapadłych w Wojskowym Sądzie Garnizonowym w W., O. oraz w Wojskowym Sądzie Okręgowym w W..

Odmienne poglądy zaprezentowano w orzecznictwie Wojskowego Sądu Garnizonowego w Poznaniu oraz Wojskowego Sądu Okręgowego w Poznaniu, podnosząc, że żołnierz zawodowy nie ma obowiązku pełnienia służby poza tzw. „dniami roboczymi” służby. Przy okazji omawiania tej grupy orzeczeń, Naczelny Prokurator Wojskowy odnotował, że podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 23 kwietnia 2012 r., w sprawie WK 1/12 i wskazał, iż stanowisko to jest najdalej idące, gdyż wynika z niego, że „...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 wyznaczonym dniu, 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 utrzymania stanu bezprawnego. Podobnie, w ramach określonego dnia, godziny wolne od służby. Żołnierz zawodowy, przebywając poza miejscem pełnienia służby w czasie wolnym od służby, może dowolnie dysponować swoim czasem”.

Cytując fragment postanowienia Sądu Najwyższego, Naczelny Prokurator Wojskowy wskazał, że w tej grupie orzeczeń sądy krytycznie odniosły się do zapatrywań przedstawicieli doktryny opowiadających się za wliczeniem czasu hipotetycznie wolnego od zajęć służbowych do czasu trwania samowolnego oddalenia.

Z uwagi na to, że zarówno w jednej jak i w drugiej grupie orzeczeń sądy odmiennie rozstrzygały kwestie związane z zaliczaniem „czasu wolnego od zajęć służbowych” (w tym dni wolnych od zajęć służbowych), Naczelny Prokurator Wojskowy zakwestionował sposób dokonania wykładni art. 60 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych i wydanego na jego podstawie rozporządzenia. Uznał bowiem, że błędem było wnioskowanie, iż czas służby jest czasem normowanym przez przepisy ustawy. Podjął więc próbę usystematyzowania i uściślenia takich pojęć, jak:

- czas służby żołnierzy zawodowych,
- wymiar czasu służby żołnierzy zawodowych,
- rozkład czasu służby.

Z unormowania zawartego w art. 60 ust. 1 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, stanowiącego, że „wymiar czasu służby żołnierzy zawodowych jest określany ich zadaniami służbowymi” wysnuł wniosek, że w stosunkach zatrudnienia takiego typu jak stosunek służbowy żołnierza zawodowego, charakteryzujących się znaczną zależnością (dyspozycyjnością) zatrudnionego wobec przełożonych, nie obowiązują, co do zasady, żadne ustawowe normy czasu służby (rozumianego jako czasu pracy). Generalnie więc z przepisów ustawy i wydanego na jej podstawie rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej wynika, że żołnierze zawodowi mają tzw. nienormowany czas służby i jest on jednym z elementów dyspozycyjności żołnierza zawodowego. To, że przepisy te określają tzw. „normalne godziny służby” nie oznacza, że są to godziny – normy wyznaczające granice czasowe pełnienia obowiązków służbowych. Takie granice określa bowiem w myśl art. 60 ust. 1 ustawy – zakres zadań służbowych. Natomiast „wymiar czasu służby” – według Naczelnego Prokuratora Wojskowego – to konkretna liczba godzin służby, w których żołnierz zobowiązany jest do wykonywania zadań służbowych w przyjętym okresie rozliczeniowym. Z przytoczonych unormowań wynika – w jego ocenie – że sprawa ustalania żołnierzom zawodowym rozkładu czasu służby w ramach dobowej, tygodniowej normy czasu służby w przyjętym okresie rozliczeniowym należy do kategorii spraw wynikających z podległości służbowej między przełożonymi i podwładnymi. Ponownie przy tym podkreślił, że „stosunek służbowy żołnierza zawodowego oparty

jest na przesłance dyspozycyjności, z którą wiąże się obowiązek bezwzględnego poddania się jednostronnym aktom przełożonego służbowego. Powyższa powinność polega również na wykonywaniu zadań służbowych w czasie przekraczającym godziny służby i dni służby”.

Naczelny Prokurator Wojskowy wywiódł, że „stan bezprawnego samowolnego oddalenia się żołnierza zawodowego trwa tak długo, jak długo pozostaje on bez usprawiedliwienia poza swoją jednostką bądź wyznaczonym miejscem przebywania, albowiem w ten sposób uchyla się on do wypełnienia podstawowego obowiązku – dyspozycyjności w służbie. Nie chodzi tutaj jednak o fizyczne przebywanie w jednostce (miejscu pełnienia służby), w ujęciu semantycznym, poza godzinami i dniami wynikającymi z przyjętego w jednostce rozkładu czasu służby, lecz o brak dyspozycyjności żołnierza, poza tymi godzinami, co jest jego obowiązkiem, wynikającym z faktu, iż jego czas służby nie jest normowany żadnymi przepisami prawa”. Ta konstatacja doprowadziła Naczelnego Prokuratora Wojskowego do wniosku, że właśnie dlatego w art. 338 § 2 i 3 k.k. ustawodawca nie posługuje się pojęciem „dni roboczych”, lecz operuje pojęciem „dni”, a „...zatem za dzień (w rozumieniu słownika języka polskiego – adres publikacyjny w opracowaniu Naczelnego Prokuratora Wojskowego, s. 22) należy uznać każdy okres niezależnie od tego od jakiej chwili rozpoczyna się jego liczenie. Momentem obliczania <<dni>> samowolnego oddalenia jest zatem ten dzień i godzina, w której żołnierz powinien stawić się do służby”.

Przyjęcie odmiennego zapatrywania, sprowadzającego się do zawężenia znamion samowolnego oddalenia tylko do obowiązku bytności w jednostce w sensie fizycznego przebywania, pozostaje w sprzeczności – zdaniem Naczelnego Prokuratora Wojskowego – z podstawowym obowiązkiem żołnierza zawodowego „...pozostawania w dyspozycji przełożonego – w każdym czasie – (po godzinach służby i w dniach wolnych od służby) – jeżeli taka potrzeba wyniknie z powierzonych mu zadań służbowych. Zerwanie więzi z jednostką – poprzez zamiar uchylania się od wypełniania zadań służbowych przez pewien czas (w sposób trwały) powoduje, że żołnierz <<samowolnie się oddala>>, to jest pozostaje poza dyspozycją przełożonego uniemożliwiając mu wyznaczenie go do konkretnych zadań służbowych poza rozkładem czasu służby, przyjętym w danej jednostce”.

Ponadto, Naczelny Prokurator Wojskowy zauważył, że odwoływanie się w procesie wykładni do innej gałęzi prawa - w rozpoznawanej sprawie do prawa administracyjnego – zobowiązuje interpretatorów do kompleksowego odniesienia się do wszystkich przepisów dotyczących czasu służby i absencji w służbie. Wskazał tu, jako pominięty, przepis § 13 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 29 stycznia 2008 r. w sprawie zwalniania żołnierzy zawodowych z zawodowej służby wojskowej (Dz.U. Nr 23, poz. 137 ze zm.), wydany na podstawie art. 118 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, a odnoszący się do trybu obligatoryjnego zwalniania żołnierzy zawodowych ze służby z powodu jednorazowej nieobecności w służbie przez okres trzech dni roboczych. Okres ten, tzw. „jednorazowy okres trzech dni roboczych to następujące po sobie dni robocze, niezależnie od tego czy są przedzielone dniami wolnymi od służby lub dodatkowymi dniami wolnymi od służby”. Taki też sposób obliczania nieobecności żołnierza w służbie zaaprobowali w swoim orzecznictwie sądy administracyjne.

W podsumowaniu tej części rozważań wywiódł, że „...stosując regułę wnioskowania *argumentum a simile* (przez analogię), do której odwołują się zwolennicy wyżej wymienionych poglądów – w wojskowym prawie administracyjnym – dni wolne od służby nie przerywają biegu samowolnego oddalenia”.

W dalszej części stanowiska Naczelny Prokurator Wojskowy określił istotę czynu trwałego jako polegającego na „rozsądku czasowej pewnego stanu przestępczego wywołanego jednym aktem woli i postępowania sprawcy”, na potwierdzenie czego przywołał stosowną literaturę, a następnie stwierdził, że „jeżeli zatem żołnierz zawodowy ma – wynikający z istoty służby – obowiązek wykonywania zadań służbowych – w każdym czasie – wyznaczonym przez przełożonego, a jego stosunek służbowy charakteryzuje się dyspozycyjnością – to zerwanie owej więzi z przełożonymi, poprzez nieusprawiedliwioną nieobecność w służbie w jednostce, (wyznaczonym miejscu pełnienia służby) powoduje, iż żołnierz zawodowy uniemożliwia przełożonemu skuteczne wyznaczenie mu zadań służbowych (np. dyżurów), w każdym czasie, przekraczającym rozkład czasu służby w tygodniu. Tym samym żołnierz taki uzewnętrznia swój zamiar (wolę) – samowolnego pozostawiania poza dyspozycją służbową, w swojej jednostce

(wyznaczonym miejscu pełnienia służby – tj. wywołuje stan bezprawny i utrzymuje go). Ponieważ przestępstwo samowolnego oddalenia jest ze swej istoty przestępstwem trwałym, zatem stan bezprawnej nieobecności w służbie, wytworzony przez żołnierza zawodowego trwa tak długo, jak długo trwa wytworzony działaniem sprawcy – stan zerwania więzi służbowej – łączącej żołnierza z przełożonym, a polegający na uniemożliwieniu – wyznaczania go do zadań służbowych, poza przyjętym w jednostce rozkładem czasu zajęć służbowych (arg. ex art. 60 ust. 1 ustawy o s. ż. z.)”.

Podzielił przy tym w pełni stanowisko zaprezentowane przez Wojskowy Sąd Okręgowy w W., zaprezentowane w pytaniu prawnym, a sprowadzające się do stwierdzenia, iż obowiązek ciążyący na żołnierzu zawodowym, którego naruszenie sankcjonuje art. 338 k.k. jest immanentnie związany nie tylko z organizacją toku służby, ale również z charakterem prawnym służby. W tym duchu wywiódł dalej, że każdorazowo zasadne jest ustalenie zamiaru sprawy czasowego uchylania się od wykonywania zadań służbowych. W tym kontekście (ale tylko w tym) zgodził się z Wojskowym Sądem Okręgowym w W., wskazującym na potrzebę usprawiedliwiania nieobecności w sposób wskazany w przepisach art. 60a ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych. W związku z tym podniósł, że wywiązanie się przez żołnierza z obowiązku usprawiedliwiania nieobecności powinno stanowić kryterium pomocnicze przy dokonywaniu ustaleń w zakresie zamiaru sprawcy, a nie – jak chce tego Sąd odwoławczy – przerywać okres samowolnej nieobecności. Argumentował dalej, że samo usprawiedliwienie nieobecności, jeżeli nie była ona spowodowana przesłankami obiektywnymi, nie może przesądzać o przerwaniu bezprawności działania sprawcy.

Na zakończenie rozważań Naczelny Prokurator Wojskowy kontestował zapatrywania Sądu Najwyższego zawarte w postanowieniu z dnia 23 kwietnia 2012 r., dotyczące posilkowania się przepisem art. 104 § 2 k.k. przy określaniu momentu końcowego występku z art. 338 § 1 i 2 k.k., za który należy uznać także dni i godziny wolne od służby, w których żołnierz może dowolnie dysponować swoim czasem, ponieważ „przecy temu wykładnia językowa art. 60 ust. 1 ustawy o s. ż. z. (...) a także ta sama wykładnia art. 338 k.k., albowiem ustawodawca operuje pojęciem <<dni>>, nie posługuje się natomiast terminami <<dni służby>>, ani

<<godziny służby>>. Wbrew twierdzeniom Sądu Najwyższego, taka wykładnia przepisów art. 338 § 1-3 k.k. dokonywana przez sądy odliczające tzw. dni i godziny wolne od służby, w żadnej mierze nie jest rezultatem wykładni gramatycznej i w praktyce prowadzi do swoistej depenalizacji zachowania opisanego w § 2 i 3 art. 338 k.k. w stosunku do żołnierzy zawodowych”.

Podsumowując pisemne stanowisko, Naczelny Prokurator Wojskowy uznał za zasadne wystąpienie do Sądu Najwyższego o podjęcie uchwały w trybie art. 441 § 1 k.p.k. w sposób zaproponowany w części wstępnej stanowiska.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Zgodnie z utrwalonym już w orzecznictwie i zaaprobowanym w doktrynie poglądem niesporne jest, że wystąpienie do Sądu Najwyższego z zagadnieniem prawnym w trybie art. 441 § 1 k.p.k. wymaga, by zagadnienie to:

- a) miało charakter „prawny”, a więc stanowiło istotny problem wykładniczy, czyli taki, który dotyczy przepisu rozbieżnie interpretowanego w praktyce sądowej lub o oczywiście wadliwej redakcji albo niejasno sformułowanego, dającego podstawy do przeciwstawnych interpretacji;
- b) dotyczyło kwestii wymagającej „zasadniczej wykładni ustawy”, tzn. normy umożliwiającej realnie rozbieżne interpretacje, co jest niekorzystne dla funkcjonowania prawa w praktyce, a co oznacza, że nie może w żadnej mierze chodzić o wskazanie przez Sąd Najwyższy sposobu rozstrzygnięcia konkretnej sprawy;
- c) wyłoniło się przy rozpoznawaniu środka odwoławczego, czyli było powiązane z konkretną sprawą w taki sposób, że od rozstrzygnięcia w kwestii tego zagadnienia zależy prawidłowe rozstrzygnięcie sprawy (por. T. Grzegorzczak: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2003, s.1161-1162 i cytowane tam orzecznictwo).

W ocenie Sądu Najwyższego, przedstawione przez Wojskowy Sąd Okręgowy w W. zagadnienie prawne ma charakter prawny, ponieważ przepisy art. 338 k.k. są rozbieżnie interpretowane w praktyce (sądowej, a nie jak opisał to Sąd *ad quem* „prezentowanych przez wojskowy sąd garnizonowy oraz prokuratora”) w zakresie odpowiedzialności karnej objętego nimi nowego podmiotu tych przestępstw, mianowicie żołnierzy zawodowych, co wobec specyfiki ich służby daje

podstawy do przeciwstawnych interpretacji. Wykazanie tych rozbieżności w praktyce sądowej przez Naczelnego Prokuratora Wojskowego, w zastępstwie sądu orzekającego – jak stwierdził – nie mogło wobec wagi problemu oraz rozmiaru i charakteru rozbieżności (diametralnie różne, przeciwstawne orzecznictwo na obszarach właściwości dwóch Wojskowych Sądów Okręgowych: w W. i w P.) – wystarczająco uzasadniać odmowy podjęcia uchwały. Poza tym nie można nie zauważyć, że Wojskowy Sąd Okręgowy w W., występując z zagadnieniem prawnym, nie musiał znać orzecznictwa Wojskowego Sądu Okręgowego w Poznaniu dotyczącego tej problematyki. Natomiast dla potrzeb sformułowania wątpliwości będących podłożem zagadnienia prawnego za wystarczające uznać należy przytoczenie rozbieżnych orzeczeń Sądu Najwyższego dotyczących tożsamej sytuacji faktycznej, tyle że nietypowej, bo dotyczącej zupełnie różnych podmiotów objętych dyspozycjami przepisów statuujących odpowiedzialność karną za tzw. samowolne oddalenie się i co więcej – zakotwiczonych w dwóch różnych aktach prawnych.

Podzielając pogląd Sądu *ad quem* co do zbieżności tych unormowań i sytuacji podmiotów nimi objętych, należało przyjąć za wystarczające przywołanie tych rozbieżności – również na przestrzeni obowiązywania dwóch kodeksów karnych – w doktrynie.

Podobnie rzecz się ma z przesłanką opisaną w punkcie „b”. Otóż przesłanka ta jest w rozpoznawanej sprawie spełniona. Sąd występujący z zagadnieniem prawnym, co do zasady, właściwie naświetlił powody wskazujące na rzeczywiste zaistnienie kwestii prawnej wymagającej zasadniczej wykładni ustawy w rozumieniu art. 441 § 1 k.p.k. Wprawdzie z analizy uzasadnienia postanowienia Wojskowego Sądu Okręgowego w W. zdaje się wynikać, że Sąd ten skłania się do jednego z przedstawianych stanowisk, jednak - zdaniem składu Sądu Najwyższego rozpoznającego to zagadnienie prawne - preferowanie, przez sąd występujący z rzeczywistym problemem interpretacyjnym, określonego rozwiązania nie może być okolicznością przesądzającą o odmowie podjęcia uchwały.

Rzeczywiste natomiast rozbieżności w interpretacji przepisów wskazanych w zagadnieniu prawnym i ich konsekwencje prowadzą do wniosku, że waga problemu i realność jego występowania oraz konsekwencje wyjątkowo niekorzystne dla

praktyki sądowej nakazują wręcz zbagatelizować tego rodzaju podtekst pytania i podjąć analizę przedstawionej argumentacji i jej poprawności w aspekcie przepisów, których wykładnia może rzutować na wnioskowanie co do sposobu kwalifikowania zachowań wypełniających dyspozycję samowolnego pozostawania przez żołnierza poza jednostką lub wyznaczonym miejscem przebywania.

Wreszcie, spełniona została w rozpoznawanej sprawie trzecia przesłanka dopuszczalności udzielenia odpowiedzi w formie uchwały, gdyż zagadnienie prawne wyłoniło się przy rozpoznawaniu środka odwoławczego, a więc powiązane jest z konkretną sprawą w tym znaczeniu, że od rozstrzygnięcia w kwestii tego zagadnienia zależy prawidłowe rozstrzygnięcie sprawy.

Przechodząc do istoty rozważań, przyznać należy rację Naczelnemu Prokuratorowi Wojskowemu, że zaprezentowane przez niego rozbieżności w wykładni prawa występujące w orzecznictwie sądów wojskowych, stanowiące istotny zrąb zagadnienia prawnego przedstawionego Sądowi Najwyższemu, powstały w następstwie nowelizacji Kodeksu karnego dokonanej w art. 92 pkt 2 ustawy z dnia 9 października 2009 r. o dyscyplinie wojskowej (Dz.U. Nr 190, poz. 1474), która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2010 r.

Nowelą tą ustalono nowe brzmienie art. 338 k.k., którym:

- a) w miejsce cezury 14 dni samowolnego oddalenia różnicującej tryb ścigania (dotychczas samowolne oddalenia powyżej 14 dni były ścigane z urzędu) wprowadzono 7 dni, co niewątpliwie spowodowało zaostrenie formalnych rygorów odpowiedzialności karnej;
- b) złagodzano te rygory odpowiedzialności za krótkotrwałe samowolne oddalenie, penalizując tylko te zachowania żołnierzy, którzy co najmniej dwukrotnie w okresie nie dłuższym niż 3 miesiące samowolnie opuścili swoją jednostkę lub wyznaczone miejsce przebywania albo poza nimi pozostawali w wymiarze nieprzekraczającym jednorazowo 48 godzin (dotychczasowa regulacja nie określała dolnej granicy okresu samowolnego oddalenia);
- c) wprowadzono – w drodze podziału opisanego w punkcie „a” – nową postać przestępstwa samowolnego oddalenia, obejmując nim te zachowania żołnierzy, którzy samowolnie opuścili swoją jednostkę lub wyznaczone miejsce przebywania

albo samowolnie poza nimi pozostawali przez okres powyżej 48 godzin, nie dłużej jednak niż przez okres 7 dni;

d) dyspozycjami art. 338 objęto wszystkich żołnierzy wszystkich rodzajów czynnej służby wojskowej, w tym żołnierzy zawodowych (dotychczas przepisów regulujących odpowiedzialność żołnierzy za samowolne oddalenie nie stosowało się do żołnierzy zawodowych, okresowej służby wojskowej oraz nadterminowej zasadniczej służby wojskowej, a także do oficerów i podoficerów rezerwy odbywających ćwiczenia wojskowe).

Jak z tego wynika, istota zmian polegała na wprowadzeniu trzech (w miejsce dwóch) postaci samowolnego oddalenia oraz rozszerzenia podmiotowego kręgu odpowiedzialności na wszystkich żołnierzy pełniących (odbywających) czynną służbę wojskową.

Z uzasadnienia projektu nowelizacji da się tylko ustalić, że powodem zmian była chęć wzmocnienia roli dowódcy w rozpatrywaniu krótkoterminowych samowolnych oddaleń, który w tych sprawach uprawniony jest do rozstrzygania co do trybu postępowania (wydaje się, że i w poprzednim brzmieniu dowódca miał takie uprawnienia i to w znacznie szerszym zakresie, ponieważ mógł reagować w wybranym przez siebie trybie wobec sprawców samowolnych oddaleń, trwających do 14 dni – uwaga SN). Skrócenie natomiast terminu samowolnego oddalenia, po upływie którego ściganie następuje z urzędu, projektodawca tłumaczył skróceniem czasu zasadniczej służby wojskowej, zaznaczając, że stosuje się go głównie wobec żołnierzy tej formy służby. Podkreślano również wynikające ze zmienionej regulacji prawnej uprawnienie dowódcy do rozstrzygania co do trybu postępowania, także w przypadkach czynów o nieznacznej szkodliwości, np. kilkuminutowych spóźnień do miejsca pełnienia służby (Sejm RP VI Kadencji, Nr druku 1666, ustawa z dnia 9 października 2009 r. o dyscyplinie wojskowej po rozpatrzeniu stanowiska Senatu, uzasadnienie projektu, [http:// www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl)).

W uzasadnieniu tym nie ma natomiast wzmianki dotyczącej powodów rozszerzenia podmiotowego żołnierzy odpowiadających za samowolne oddalenie. Jest to o tyle dziwne i nieułatwiające wykładni omawianych rozwiązań, że pozostawiono w niezmienionej postaci unormowanie art. 341 § 2 k.k., który – w zamyśle ustawodawcy – „ ... penalizuje uporczywe niewykonywanie obowiązku

wynikającego z pełnienia innej służby wojskowej niż zasadnicza. Niewykonywanie obowiązku wynikającego ze służby wojskowej musi mieć charakter działania uporczywego, tj. znamionować się zarówno złą wolą, jak i cechować się brakiem pozytywnej reakcji na ponawiane wezwania do stawienia się w jednostce ...” (Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego, Kodeks karny wykonawczy. Nowe Kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami. Warszawa 1997, s. 220-221), a więc m.in. samowolne oddalenie żołnierzy zawodowych.

Z uwagi na brak jakiegokolwiek wypowiedzi ustawodawcy w tej kwestii, który w czasie prac legislacyjnych zrezygnował z wyłączenia spod odpowiedzialności za te przestępstwa żołnierzy zawodowych (w projekcie rządowym przewidziano § 5 art. 338, w którym wyłączano stosowanie § 1-3 do żołnierzy zawodowych), nie sposób dociec powodów wprowadzenia omawianego rozwiązania, co nie ułatwia wykładni wzajemnego związku omawianych przepisów.

Oczywiście nie jest rolą Sądu Najwyższego ocena procesu legislacyjnego, tym niemniej to fragmentaryczne przedstawienie zmiany Kodeksu karnego i procesu jej uchwalenia było konieczne dla zobrazowania kontekstu, w którym zakotwiczone jest zagadnienie prawne. Nie ulega bowiem najmniejszej wątpliwości, że problem w tym zagadnieniu przedstawiony zaistniał wraz z objęciem odpowiedzialnością za przestępstwa samowolnego oddalenia żołnierzy zawodowych.

Okazuje się bowiem, że w art. 60 ust. 1-4 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych określono ramy czasu służby żołnierzy zawodowych i wskazano, że wymiar czasu ich służby jest określony ich zadaniami służbowymi (ust. 1), przy czym zadania te powinny być tak ustalone, by mogły być wykonane przez żołnierza w ramach czterdziestu godzin służby w tygodniu (ust. 2), przy zapewnieniu żołnierzowi minimum jedenastu godzin nieprzerwanego odpoczynku w każdej dobie i dwudziestu czterech godzin nieprzerwanego odpoczynku w okresie siedmiodniowym (ust. 3). Doprecyzowano zarazem, że wykonywanie zadań służbowych nie może przekraczać przeciętnie czterdziestu ośmiu godzin w tygodniu, w czteromiesięcznym systemie rozliczeniowym, a w zamian za czas służby przekraczający czterdzieści godzin służby w tygodniu, żołnierzowi przysługuje czas wolny od służby w takim samym wymiarze (ust. 2).

Zgodnie z przepisem art. 60 ust. 4 zasady uregulowane w ust. 2 i 3 nie mają zastosowania do żołnierzy zawodowych realizujących zadania o charakterze nadzwyczajnym niezbędne do ochrony interesów państwa, w szczególności: biorących udział w zapobieganiu skutkom katastrof naturalnych lub awarii technicznych noszących znamiona klęski żywiołowej oraz w celu ich usunięcia, pełniących służby i dyżury, odbywających ćwiczenia i szkolenia poligonowe (morskie) oraz pełniących służbę wojskową poza granicami państwa.

W ust. 5 art. 60 ustawodawca zawarł upoważnienie dla Ministra Obrony Narodowej, by w drodze rozporządzenia, określił dodatkowe dni wolne od służby, rozkład czasu służby w tygodniu, sposób udzielania czasu wolnego oraz sposób prowadzenia ewidencji czasu służby, a także okoliczności powodujące przekroczenie tygodniowego czasu służby. Powtórzył powinność ustalania zadań służbowych zawartą w przepisie ust. 2 i nakazał, by rozporządzenie tak określiło rozkład czasu służby w tygodniu, aby ustalać zadania służbowe w ramach czterdziestu godzin w pięciodniowym tygodniu służby.

W oparciu o delegację ustawową Minister Obrony Narodowej, w dniu 26 czerwca 2008 r., wydał rozporządzenie w sprawie czasu służby żołnierzy zawodowych (Dz.U. Nr 122, poz. 786), w którym m.in. określił soboty dodatkowymi dniami wolnymi do służby (§ 2) oraz uszczegółowił ustawową regulację czasu służby, nakazując by przełożeni ustalali zadania służbowe żołnierzy w sposób pozwalający na wykonywanie tych 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 (§ 4).

W ten sposób bardzo precyzyjnie i szczegółowo określony został ramowy wzorzec czasu służby żołnierza zawodowego, w którym – poza przewidzianymi przepisami prawa wyjątkami – „zmieścić” się muszą zadania służbowe żołnierzy zawodowych. Obowiązek ich wykonywania jest zaś istotą pełnionej przez nich służby wojskowej, nie istnieją bowiem żadne inne – poza omówionymi – uregulowania prawne, które określałyby odmiennie lub rozszerzająco wymiar czasu służby żołnierzy zawodowych, niż ten przewidziany w ustawie o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, to jest określony ich zadaniami służbowymi.

Jeżeli dodatkowo zważy się przy tym, że przedmiotem ochrony przepisów art. 338 k.k., są interesy związane z obowiązkiem pełnienia służby [(tak: J. Majewski (w:) A. Zoll (red.): Kodeks karny. Komentarz, t. III, Warszawa 2006, s. 959, S. Hoc *op. cit.*, s. 1418)] czy obowiązek faktycznego pełnienia służby (J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1987, t.II, s. 520), który należy rozumieć nie jako pozostawanie w stosunku służby, lecz jako wypełnianie stosunku służby rzeczywistą treścią, tj. wykonywanie czynności służbowych lub pozostawanie w gotowości do ich wykonywania, to w takim sensie żołnierz pełni służbę wojskową tylko w swojej jednostce albo w innym miejscu stanowiącym alternatywę tej jednostki, a przedmiotem samowolnego oddalenia jest obowiązek pełnienia służby wojskowej w tym właśnie węższym znaczeniu (H. Kmiecik: Glosa do wyroku Izby Wojskowej Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 1995 r., WR 62/95, WPP 1996, nr 1, s. 83-84).

Właśnie na tle oceny sposobu naruszenia obowiązku pełnienia służby w sytuacji uregulowania go przez wprowadzenie czasu służby, doszło jeszcze na gruncie art. 303 k.k. z 1969 r., do rozbieżności w orzecznictwie, z powodu których Prezes Izby Wojskowej Sądu Najwyższego przedstawił w trybie art. 18 ust. 2 w zw. z art. 13 pkt 4 ustawy z dnia 20 września 1984 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. Nr 45, poz. 241) wniosek o podjęcie uchwały zawierającej wyjaśnienie budzących wątpliwości przepisów art. 303 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 242 ust. 1 ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony PRL (Dz.U. 1984, Nr 7, poz. 31), a w szczególności:

„czy do okresu trwającej powyżej 2 (art. 303 § 1 k.k.) albo 14 (art. 303 § 3 k.k.) dni kalendarzowych samowolnej nieobecności w wyznaczonym miejscu służby junaka pełniącego zasadniczą służbę w obronie cywilnej w formie nieskoszarowanej wlicza się czas wolny od zajęć służbowych?”.

W dniu 12 września 1986 r. Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów podjął uchwałę, w której wskazał, że „od okresu trwającej powyżej 2 (art. 303 § 1 k.k.) albo 14 (art. 303 § 3 k.k.) 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 (np. niedziele i święta), ani też czasu wolnego od służby, a

wynikającego z organizacji zmianowego toku (systemu) służby junaków w poszczególnych oddziałach obrony cywilnej” (U 3/86, OSNKW 1986, z. 11-12, poz. 87).

Uzasadniając ten pogląd, Sąd Najwyższy dostrzegł istotną różnicę między sposobem odbywania służby w obronie cywilnej w systemie skoszarowanym i w systemie dochodzącym i zasadnie wywiódł, że „... junak pełniący służbę w systemie skoszarowanym ma – podobnie jak żołnierz zasadniczej służby wojskowej – obowiązek nieprzerwanego przebywania w oddziale i potrzebuje zezwolenia przełożonego na każde opuszczenie tego oddziału – również w dni wolne od zajęć służbowych. Natomiast junak odbywający służbę w systemie dochodzącym nie potrzebuje zezwolenia przełożonego na przebywanie poza oddziałem, gdyż w czasie wolnym od służby pozostaje tam legalnie (podkreślenie przywołującego tę wypowiedź składu SN), a zezwolenie jest mu niezbędne tylko na opuszczenie lub niezgłoszenie się do zajęć służbowych, które w zależności od rodzaju zadań realizowanych przez określony oddział trwają od 8 do 24 godzin na dobę, z odpowiednim wyliczeniem czasu wolnego przeznaczonego na regenerację sił”.

Ta konstatacja jednak stała się jedynie przyczyną wątpliwości, „... jak liczyć czas samowolnego pozostawiania poza miejscem służby junaka pełniącego służbę w systemie nieskoszarowanym, a w szczególności czy liczyć oddzielnie tylko poszczególne odcinki czasu, w których sprawca był zobowiązany do wykonywania określonych zadań służbowych, czy sumę tych odcinków czasu z wyłączeniem świąt i niedziel, czy też cały okres jego nieobecności bez odliczania dni wolnych od pracy oraz czasu wynikającego z organizacji zmianowego systemu służby ...”.

Wykazując zasadność tezy przywołanej na wstępie tego fragmentu rozważań ówczesny skład siedmiu sędziów Sądu Najwyższego stanął na stanowisku, że „... czas wolny od zajęć czy też wykonywania zadań służbowych i to wynikający zarówno z wykorzystywania ustawowo wolnych dni, jak i z organizacji zmianowego systemu służby (...) nie jest całkowicie prywatnym czasem junaka albo uprawnieniem bezwzględnie mu przysługującym. Do korzystania bowiem z tego czasu uprawniony jest on tylko w normalnym toku pełnienia służby, tj. wtedy, gdy wykonuje określone zadania służbowe (...). W przeciwnym razie korzystanie z tego czasu pozbawione jest racjonalnego bytu (...). Ponadto tak nierealizujący

zadań służbowych junak w sposób istotny wymyka się spod dyspozycji przełożonych, gdyż zrywa łączącą go z nimi ustawową więź organizacyjną, wynikającą ze stosunku służby (...) i dlatego pobyt poza oddziałem również w czasie wolnym od zajęć nie może być uznany za legalny”.

Ten – w istocie najdonioślejszy fragment motywów uchwały, Sąd Najwyższy zrekapitulował bardzo charakterystycznym, aczkolwiek niewiele mówiącym stwierdzeniem: „Odmienne traktowanie junaków w podobnych wypadkach byłoby zaprzeczeniem dyscyplinującej funkcji, która legła u podstaw przekazania ich spraw do właściwości sądów wojskowych”.

Na ten sposób rozumowania nie miało wpływu, że przestępstwo samowolnego oddalenia jest przestępstwem trwałym, które rozpoczyna się w chwili samowolnego opuszczenia przez sprawcę wyznaczonego miejsca pełnienia służby lub w chwili pozostawania poza tym miejscem i kończy się z chwilą powrotu sprawcy do tego miejsca lub oddania się do dyspozycji odpowiednich organów albo zatrzymania sprawcy przez właściwy organ, ponieważ Sąd Najwyższy uznał, że tego stanu trwałości nie mogą przerwać ani dni uznane za wolne od pracy, ani też dni wolne od zajęć służbowych.

Uchwała ta – co oczywiste – wyznaczyła kierunek orzecznictwa w kolejnych latach obowiązywania przepisów o zasadniczej służbie w obronie cywilnej.

Ten kierunek wykładni, już w odniesieniu do wcześniejszych orzeczeń Sądu Najwyższego, zaaprobowanych przez ówczesny skład uchwałodawczy, był kwestionowany. W przeglądzie orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego za I półrocze 1985 r. (NP 1986, nr 7-8, s. 141) Z. Ćwiąkański i A. Zoll wyrazili przypuszczenie, że w wypadku junaków odbywających służbę w tzw. systemie dochodzącym „dni wolne od zajęć przerywają okresy utrzymywania stanu bezprawnego”, a w przeglądzie za II półrocze 1985 r. (NP 1987, nr 2, s. 76) stwierdzili, że wbrew temu co przyjmuje w swoich orzeczeniach Sąd Najwyższy, przepis art. 242 ust. 1 ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony PRL „nie może zacierać i nie zaciera istotnej różnicy, jaka wynika z pełnienia zasadniczej służby w jednostce wojskowej od służby w oddziałach obrony cywilnej, w szczególności jeśli chodzi o oddziały nieskoszarowane. Dlatego nie wydaje się słuszne wliczanie do okresu, przez który

junak pełniący służbę w obronie cywilnej samowolnie opuścił oddział, dni wolnych od pracy. W systemie dochodzącym junacy nie są zobowiązani do służby i pracy w dni ustawowo wolne od pracy, a przebywając poza oddziałem w tych dniach, dowolnie mogą dysponować czasem. Nie mogą więc w tych dniach naruszać obowiązku pełnienia służby”.

Komentując natomiast samą uchwałę (Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego za II półrocze 1986, NP 1987, nr 11-12, s. 108-109) podtrzymali dotychczas wyrażone stanowisko i podkreślili, że „... w szczególności junacy w systemie dochodzącym nie są zobowiązani do służby i pracy w dni wolne od pracy, a przebywając poza oddziałem mogą dowolnie dysponować swoim czasem”.

Z jeszcze większą i szerzej uargumentowaną krytyką przywoływanych w uchwale wyroków Sądu Najwyższego oraz samej uchwały wystąpił H. Kmiecik (por. Przeglądy orzecznictwa Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego i procesowego odpowiednio: za I półrocze 1985 r., WPP 1986, nr 3, s. 319-320; za II półrocze 1985 r., WPP 1987, nr 1, s. 81; za II półrocze 1986 r., WPP 1988, nr 4, s. 520-521), który wprost wyraził brak możliwości zrozumienia jak Sąd Najwyższy pogodził trafne stwierdzenie o legalności nieobecności junaka w miejscu służby w czasie wolnym od zajęć z uznaniem jej za samowolną. Przywołał przy tym treść art. 4 § 1 k.k. (z 1969 r. – uwaga SN) i skomentował, że skoro „...junak nieskoszarowany nie ma obowiązku zgłaszania się w określone dni do oddziału obrony cywilnej (miejsca służby lub pracy) i tego też nie czyni, to nie można mówić zasadnie, iż dopuszcza się on w tym czasie zaniechania przedstawiającego się jako przestępstwo określone w art. 303 k.k. Cóż z tego – jak wywodził dalej – że przestępstwo samowolnego oddalenia jest ze swej istoty przestępstwem trwałym, skoro może ono tu trwać tylko tak długo, jak długo trwa wytworzony zaniechaniem junaka stan bezprawny ...”.

Występujący na gruncie przepisów Kodeksu karnego z 1969 r. problem odżył wraz z nowelizacją art. 338 k.k. z 1997 r. przedstawioną w części wstępnej niniejszego uzasadnienia, a jego istota, w świetle też już omówionych regulacji czasu służby żołnierzy zawodowych sprowadza się do tożsamego zagadnienia.

Odnosząc się do tej problematyki w obowiązującym stanie prawnym, niektórzy przedstawiciele doktryny uznali za aktualne poglądy wyrażone przez Sąd

Najwyższy w uchwale z dnia 12 września 1986 r. i wywiedli, że „... z uwagi na trwały charakter przestępstwa (samowolnego oddalenia – dopisek SN), 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 czasu trwania przestępstwa. Czas hipotetycznie wolny od zajęć służbowych w całości bowiem zawiera się w nierozdzielным okresie trwałego przestępstwa samowolnego oddalenia” (W. Marcinkowski: Kodeks karny. Część wojskowa. Komentarz, Warszawa 2011, s. 221; podobnie, cytując W. Marcinkowskiego i przywołując tę samą uchwałę Sądu Najwyższego S. Hoc, *op.cit.* s.1420).

Natomiast Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 23 kwietnia 2012 r., WK 1/12, przywoływanym i cytowanym przy okazji omawiania treści postanowienia Wojskowego Sądu Okręgowego w W. i stanowiska Naczelnego Prokuratora Wojskowego, nie negując trwałego charakteru przestępstwa samowolnego oddalenia, jednoznacznie przesądził, że treść art. 60 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych i wydane na jej podstawie rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 czerwca 2008 r. w sprawie czasu służby żołnierzy zawodowych (adresy publikacyjne tych aktów prawnych oraz treści zawartych w nich unormowań podano wyżej – uwaga SN) zakreślają ramy obowiązku zgłaszania się żołnierzy zawodowych do pełnienia służby. W tych ramach mają oni obowiązek pełnić służbę jedynie w przedziałach czasu ustalonych przez przełożonych. W związku z tym „...jako samowolną nieobecność żołnierza zawodowego w służbie można traktować wyłącznie te przedziały czasu, w których on tego obowiązku zaniechał...”.

Stanowisko to – bez dodatkowej argumentacji – zostało w pełni zaaprobowane w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2013 r. (WK 3/12, dotychczas niepublikowane).

Skład Sądu Najwyższego rozpoznającego zagadnienie prawne, co do zasady podziela sposób rozumowania tej – rodzącej się dopiero – linii orzecniczej. Wszak – jak już w niniejszym uzasadnieniu stwierdzono – przestępstwo

samowolnego oddalenia jest przestępstwem przeciwko obowiązkowi pełnienia służby w wąskim tego terminu znaczeniu i może być popełnione jedynie przez żołnierza, na którym taki obowiązek wykonywania zadań służbowych lub pozostawania w gotowości do ich wykonywania ciąży.

Z omawianych regulacji zawartych w art. 60 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych w sposób jednoznaczny wynika, że wymiar czasu służby żołnierzy zawodowych jest określony ich zadaniami służbowymi, które jednak nie mogą być utożsamiane z permanentną dyspozycyjnością żołnierza wobec przełożonych. Taka bowiem jest wymagana jedynie w sytuacjach szczególnych, w których żołnierze zawodowi wykonują zadania nazwane przez ustawodawcę zadaniami o charakterze nadzwyczajnym, niezbędnymi do ochrony interesów państwa, wykonywanie których wyłącza zastosowanie unormowań gwarancyjnych tę dyspozycyjność ograniczających. Mimo że katalog sytuacji szczególnych, w których żołnierze zawodowi realizują te zadania o charakterze nadzwyczajnym, nie jest katalogiem zamkniętym, to obowiązków wynikających z wykonywania zadań w ramach tych sytuacji szczególnych i związanej z nimi dyspozycyjności nie można przez pryzmat unormowania wynikającego z art. 60 ust. 1 ustawy pragmatycznej rozciągać na obowiązki służbowe realizowane w ramach unormowań zawartych w ust. 2 z zastrzeżeniem ust. 3 tego artykułu.

Wszak ogólne określenie wymiaru czasu służby żołnierzy zawodowych doprecyzowane jest w pozostałych uregulowaniach opisanych w ust. 2-4 i w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie upoważnienia z ust. 5. Oczywiście więc jest, że inny będzie wymiar czasu służby żołnierza zawodowego wykonującego zadania służbowe lub pozostającego w gotowości do ich wykonywania w ramach regulacji zawartej w ust. 2 ze wszystkimi modyfikacjami mogącymi wynikać z decyzji przełożonych (z zastrzeżeniem ust. 3), zupełnie inny natomiast w ramach regulacji zawartej w ust. 4. Każdorazowo jednak będzie to wymiar czasu służby wynikający z ust. 1, a więc określony zadaniami służbowymi żołnierza zawodowego.

W zależności od rozmiaru tych zadań różnie będzie kształtowany wymiar czasu służby żołnierza zawodowego, a co za tym idzie – obowiązek pełnienia służby w rozumieniu przepisów art. 338 k.k. Niezależnie jednak od kształtu tego

obowiązku będzie on mógł być naruszony zachowaniem się żołnierza wyłącznie wówczas, gdy obowiązek ten będzie na nim ciążył. Oczywista bowiem jest konstatacja, że nie jest możliwe naruszenie nieistniejącego obowiązku.

Jako że z omówionych i zinterpretowanych unormowań regulujących czas służby żołnierzy zawodowych ani z innych przepisów prawa nie wynika nakaz pozostawiania żołnierzy zawodowych w permanentnej dyspozycji przełożonych, przeto czas wolny od zadań służbowych jest czasem pozostawionym do dyspozycji żołnierza zawodowego i czasem tym może on swobodnie rozporządzać. Konsekwencją tego jest brak możliwości zaliczenia tego czasu do okresu samowolnego oddalenia żołnierza zawodowego niezależnie od tego, czy będąc zobowiązany do pełnienia służby w jednostce wojskowej lub wyznaczonym miejscu przebywania samowolnie je opuszcza, czy też mając obowiązek przybycia do tej jednostki bądź wyznaczonego miejsca przebywania w celu wykonania zadań służbowych – samowolnie poza nimi pozostaje.

Podsumowując, należy stwierdzić, że znamiona przestępstw określonych w art. 338 § 1, 2 albo 3 k.k. mogą zostać wypełnione przez żołnierza zawodowego tylko wtedy, gdy samowolnie opuszcza on swoją jednostkę lub wyznaczone miejsce przebywania albo samowolnie poza nimi pozostaje w czasie służby regulowanym w art. 60 ust. 1 – 4 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, a zatem w czasie, w którym był zobowiązany do wykonywania obowiązków służbowych lub pozostawiania w gotowości do ich wykonywania, co oznacza, że do czasu samowolnego oddalenia nie wlicza się dni i godzin wolnych od służby.

Podejmując niniejszą uchwałę, Sąd Najwyższy nie mógł ograniczyć swoich rozważań tylko do unormowań zawartych w art. 60 ust. 1 i 2 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych i w wydanym na podstawie art. 60 ust. 5 tej ustawy rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej, ponieważ tylko kompleksowa wykładnia przepisów regulujących określoną materię daje szansę na prawidłowość wnioskowania. Stąd wyjście poza ramy pytania i uwzględnienie w procesie wykładni również regulacji zawartych w art. 60 ust. 3 i 4 przywoływanej ustawy, odnoszących się przecież, w jakże istotny sposób, do możliwości określenia rzeczywistego wymiaru czasu służby żołnierzy zawodowych, było niezbędne.

W tym miejscu można wyrazić przypuszczenie, że gdyby i Wojskowy Sąd Okręgowy w W. spojrział na zagadnienie prawne przez pryzmat wszystkich unormowań dotyczących wymiaru czasu służby żołnierzy zawodowych doszedłby zapewne do innych wniosków, niż zaprezentowane w uzasadnieniu postanowienia z dnia 28 listopada 2012 r., a już na pewno nie powziąłby wątpliwości co do naruszenia zaaprobowaną w uchwale wykładnią zasady równości wobec prawa.

Nie wchodząc w kompetencje Trybunału Konstytucyjnego i bez ryzyka popełnienia błędu można stwierdzić, że takie naruszenie ma miejsce wówczas, gdy w tożsamej sytuacji faktycznej dwóch lub więcej podmiotów są one traktowane różnie w sensie prawnym. Brak odwołania się w procesie wykładni do regulacji wynikającej, w szczególności z art. 60 ust. 4 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, powodował pozorność postrzegania sytuacji żołnierzy służby zasadniczej i żołnierzy zawodowych za jednakową. W rzeczywistości nie ulegało przecieży najmniejszej wątpliwości, że – odwołując się do fragmentu uzasadnienia uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 12 września 1986 r. uznanego za trafny i parafrazując go nieco – żołnierz służby zasadniczej, niezależnie od wewnętrznej regulacji czasu służby i posiadanych przepustek zmuszony był do uzyskania zezwolenia przełożonego na opuszczenie miejsca pełnienia służby w przeciwieństwie do żołnierza zawodowego, który – po upływie określonego przepisami czasu służby – musiał mieć nałożone dodatkowe obowiązki przez przełożonego, a więc zakaz opuszczania miejsca pełnienia służby. W przeciwnym wypadku mógł swobodnie miejsce to opuścić. Ta diametralna różnica nie pozwalała na dokonywanie jakichkolwiek porównań w zakresie stosowania wobec tych podmiotów zasady równości wobec prawa.

Dopiero odwołanie się do regulacji zawartej w art. 60 ust. 4 przywoływanej ustawy, która wyłącza w sytuacjach tam opisanych swobodę dysponowania czasem przez żołnierzy zawodowych powoduje, że i żołnierz zawodowy w takim reżimie pełniący służbę musi również mieć zgodę przełożonego na opuszczenie miejsca jej pełnienia. W przeciwnym wypadku opuszczenie tego miejsca i dalsze poza nim pozostawanie niewątpliwie będzie nosiło cechy samowolności i rodziło odpowiedzialność na identycznych, jak w przypadku żołnierza służby zasadniczej, zasadach.

Niesłuszna więc, gdyż oparta na zdekompletowanych kryteriach, była krytyka stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w uzasadnieniu postanowienia z dnia 23 kwietnia 2012 r., a wskazującego (w zupełnie innym kontekście) na prokonstytucyjność dokonanej przez niego wykładni.

W ocenie Sądu Najwyższego rozpoznającego niniejsze zagadnienie prawne, dla udzielenia odpowiedzi zawartej w uchwale zupełnie zbędne było rozważanie wpływu niedopełnienia przez żołnierza zawodowego obowiązku wynikającego z art. 60a ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, a więc najogólniej mówiąc – informowania przełożonego o niemożności punktualnego stawienia się do służby – na byt i czas samowolnego oddalenia, ponieważ niepoinformowanie przełożonego o okoliczności usprawiedliwiającej nieobecność w miejscu pełnienia służby nie może powodować odpowiedzialności żołnierza zawodowego za samowolne oddalenie ani poinformowanie go o okoliczności nieusprawiedliwiającej nieobecność nie może żołnierza zawodowego ekskulpować. Wbrew więc szerokim wywodom poświęconym tej kwestii w uzasadnieniu zagadnienia prawnego, nie ma ona żadnego znaczenia dla istoty wykładanego problemu, a już w szczególności niewykonanie tego obowiązku przez żołnierza w czasie wolnym od służby nie może rozszerzać jego odpowiedzialności za samowolne oddalenie tylko z tego powodu, że „... trwa w zaniechaniu działania, do którego ściśle w związku z obowiązkiem bytności w swojej jednostce lub w innym wyznaczonym miejscu przebywania, jest zobligowany” (cytat z uzasadnienia postanowienia WSO w W., s. 15).

Nadawanie tak istotnego znaczenia obowiązkowi informowania przełożonych o przyczynach nieobecności w służbie i przewidywanym terminie powrotu, w kontekście, w szczególności, rozszerzenia odpowiedzialności karnej przez zachowania, które do znamion przestępstwa samowolnego oddalenia nie należą, jest niezasadne normatywnie i niedopuszczalne w świetle zasad wykładni.

Na zakończenie należy ustosunkować się do niektórych tez zawartych w pisemnym stanowisku Naczelnego Prokuratora Wojskowego, które nie zostały wyjaśnione w dotychczasowych rozważaniach.

Przede wszystkim Sąd Najwyższy ma tu na uwadze swego rodzaju zarzut wypowiedziany przy okazji krytycznej analizy m.in. postanowienia wydanego w sprawie WK 1/12, a sprowadzającego się do stwierdzenia, że w procesie wykładni

odwołanie się do innej gałęzi prawa zobowiązuje interpretatorów do kompleksowego odniesienia się do wszystkich przepisów dotyczących czasu służby i absencji w służbie.

Pominiętym w procesie wykładni – w ocenie Naczelnego Prokuratora Wojskowego – miał być przepis § 13 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 29 stycznia 2008 r., wydanego na podstawie upoważnienia zawartego w art. 118 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, przewidującej obligatoryjne zwolnienie żołnierza zawodowego ze służby z powodu jednorazowej nieobecności w służbie przez okres trzech dni roboczych (art. 111 pkt 16). Otóż, w § 13 ust. 2 rozporządzenia zdefiniowano pojęcie „jednorazowy okres trzech dni roboczych”, który to termin należy rozumieć jako „następujące po sobie dni robocze, niezależnie od tego, czy są przedzielone dniami wolnymi od służby lub dodatkowymi dniami wolnymi od służby”.

Naczelny Prokurator Wojskowy wskazał, że taki sposób obliczania nieobecności żołnierza w służbie został zaaprobowany w orzecznictwie sądów administracyjnych, wywodząc dalej, iż niezaliczanie do okresu samowolnego oddalenia tzw. dni wolnych od służby obarczone jest błędem logicznym i podsumował, że w wojskowym prawie administracyjnym dni wolne od służby nie przerywają biegu samowolnego oddalenia.

Rozumowanie to nie wydaje się przekonywające, ponieważ Naczelny Prokurator Wojskowy, dostrzegając jednoznacznie wynikającą z podstawowego unormowania zasadę niewliczania do jednorazowego okresu trzech dni roboczych nieobecności w służbie dni wolnych od służby lub dodatkowych dni wolnych od służby, postuluje przeniesienie tej reguły prawa administracyjnego, stworzonej na potrzeby ujednoliconego trybu zwalniania niesubordynowanych żołnierzy zawodowych, na grunt – w istocie – prawa karnego, wywodząc w podsumowaniu, że „... dni wolne od służby nie przerywają biegu samowolnego oddalenia”. A przecież z jego wypowiedzi zdaje się wynikać, że jest to przepis wojskowego prawa administracyjnego, zupełnie niezwiązany z tzw. samowolnymi oddaleniami i niezawierający regulacji dotyczącej przerwy lub jej braku w biegu jakiegokolwiek okresu, terminu.

Tego rodzaju argumentacja nie może prowadzić do rozszerzenia zakresu odpowiedzialności karnej żołnierza zawodowego za samowolne oddalenie i przez zaliczenie do jego okresu dni i godzin wolnych od zajęć służbowych. Nie może też spowodować uznania, że „... obowiązek pełnienia służby wojskowej trwa nie tylko w godzinach ustalonych przez porządek dnia w jednostce (rozkład czasu służby w tygodniu) lecz wynika ze stosunku służbowego żołnierza, opartego m.in. na dyspozycyjności żołnierza zawodowego”, która to okoliczność była przedmiotem rozważań przy okazji analizy unormowań zawartych w art. 60 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych.

Wbrew natomiast obawom Naczelnego Prokuratora Wojskowego zawartym w końcowej części pisemnego stanowiska i poprzedzającym je stwierdzeniu, podkreślić z całą mocą należy, że dokonana w niniejszej uchwale wykładnia językowa wsparta wykładnią systemową, a w szczególności jej wynik, nie doprowadzi w praktyce do depenalizacji zachowania opisanego w § 2 i 3 art. 338 k.k. w stosunku do żołnierzy zawodowych, co Sąd Najwyższy starał się na kartach niniejszego uzasadnienia wykazać, natomiast będzie stanowić zaporę próbom rozszerzania zakresu odpowiedzialności karnej żołnierzy nie tylko zawodowych, za postępowanie o prawnie obojętnym charakterze.

Z przytoczonych powodów Sąd Najwyższy uchwalił jak na wstępie.