

RAFAŁ NOWORYTA

**KILKA UWAG DOTYCZĄCYCH PROBLEMATYKI
ODPOWIEDZIALNOŚCI ŻOŁNIERZA ZAWODOWEGO
ZA PRZESTĘPSTWA Z ART. 338 KODEKSU KARNEGO**

**Some opinions related to professional soldiers' responsibility for
unauthorized leave determined by article 338 of the Penal Code"**

Streszczenie

Tematyka artykułu obejmuje wybrane zagadnienia z zakresu problematyki odpowiedzialności karnej za typy czynów zabronionych, opisane w przepisie wymienionym w treści tytułu. Na początku rozważań autor rozstrzyga kwestię, iż żołnierz zawodowy jest zdolny do ponoszenia odpowiedzialności za każdy z tych typów. W dalszej części artykułu objaśnia, iż zakresem kryminalizacji objęte są jedynie takie zachowania osób należących do wymienionej grupy podmiotów, które pozostają w sprzeczności z przepisami regulującymi ich czas służby. W związku z powyższym warunkiem koniecznym realizacji np. znamienia samowolnego pozostawania poza jednostką wojskową przez okres powyżej 48 godzin będzie okoliczność, iż na sprawcy ciążył obowiązek nieprzerwanego pozostawania w jednostce przez okres powyżej 48 godzin. Z powyższego autor wywodzi wniosek, iż w przeważającej ilości stanów faktycznych, tego rodzaju zachowania żołnierzy zawodowych będą stanowiły przestępstwa z art. 338 § 1 k.k., a jedynie wyjątkowo np. w warunkach szkolenia poligonowego możliwe będzie przypisanie im odpowiedzialności z art. 338 § 2 albo § 3 k.k. Artykuł odsyła do najnowszych orzeczeń Sądu Najwyższego co do zasady aprobując wyrażone w nich poglądy.

Aktualny kształt regulacji art. 338 k.k. wywołuje istotne wątpliwości w kwestiach dotyczących przypisywania żołnierzom zawodowym odpowiedzialności za czyny zabronione stypizowane w tym przepisie. Przedmiotowe kontrowersje dotyczą przede wszystkim zagadnienia relacji pomiędzy znamionami modalnymi, określającymi długość okresu pozostawania przez sprawcę poza jednostką wojskową lub wyznaczonym miejscem przebywania, a przepisami o czasie służby żołnierzy zawodowych. Już na wstępie rozważań, należy bowiem wskazać, że to przepisy ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych¹ (zwanej w dalszej części artykułu ustawą pragmatyczną) oraz wydanego na jej podstawie rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 czerwca 2008 r. w sprawie czasu służby żołnierzy zawodowych², zwanego w dalszej części artykułu rozporządzeniem, określają ramy czasowe, w których żołnierz zawodowy jest zobligowany przebywać w jednostce wojskowej lub w wyznaczonym miejscu przebywania.

Powyższe wątpliwości już trzykrotnie były przedmiotem postępowań, w toku których konieczne stało się dokonanie wykładni przepisu przez Sąd Najwyższy³. W ocenie autora, na uwagę zasługuje fakt, że we wszystkich trzech sprawach, Sąd Najwyższy przedstawił tożsame stanowisko, co do omawianej problematyki. Okoliczność ta pozwala domniemywać, że zaprezentowane poglądy znajdują trwałe odzwierciedlenie w praktyce orzeczniczej sądów wojskowych. Dlatego też, tym bardziej pożądane, staje się dokonanie analizy przedmiotowej problematyki, także pod kątem oceny zasadności stanowiska prezentowanego przez Sąd Najwyższy w powołanych orzeczeniach.

W ocenie autora zasadnym jest, aby refleksje dotyczące wskazanej powyżej tematyki, poprzedzić uwagami dotyczącymi semantyki znamienia podmiotowego „żołnierz”, które stanowi element konstytutywny przestępstwa z art. 338 k.k. Zgodnie z art. 115 § 17 k.k. żołnierzem jest osoba pełniąca czynną służbę wojskową. Na tym etapie rozważań wskazać należy, że kodeks karny nie definiuje pojęcia czynnej służby wojskowej ani też pojęcia osoby pełniącej czynną służbę wojskową. Stosowna definicja legalna znajduje się w art. 59 ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej⁴, zwanej w dalszej części artykułu ustawą o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z treścią tego przepisu, zakres przedmiotowy pojęcia żołnierz w czynnej służbie wojskowej, nie obejmuje żołnierzy zawodowych. W ocenie autora, powyższa

¹ Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 593, t.j. ze zm.

² Dz. U. z 2008 r. Nr 122, poz. 786.

³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2012 r. (sygn. akt WK 1/12, OSNKW 2012 nr 6, poz. 70), postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2013 r. (sygn. akt WK 3/12, LEX nr 1282453), uchwała SN z dnia 14 marca 2013 r. (sygn. akt WZP 2/12, OSNKW 2013 nr 6, poz. 46).

⁴ Dz. U. z 2012 r., poz. 461, t.j. ze zm.

okoliczność może implikować wątpliwość, czy dopuszczalne jest zaliczenie tej ostatniej grupy do grona podmiotów objętych definicją z art. 115 § 17 k.k.

De lege lata żaden spośród typów czynów zabronionych, opisanych w kodeksie karnym, nie stanowi o żołnierzach zawodowych. Część wojskowa kodeksu karnego *expressis verbis* stanowi o tej grupie podmiotów, jedynie w rozdziale XXVIII i to w sposób pośredni, przewidując środek karny wydalenia z zawodowej służby wojskowej⁵.

Natomiast art. 338 § 4 k.k., w pierwotnej wersji, przewidywał wyłączenie tej grupy spośród kręgu podmiotów zdolnych do ponoszenia odpowiedzialności karnej zarówno za typ podstawowy przestępstwa z art. 338 § 1 k.k. jak i za typ kwalifikowany z art. 338 § 2 k.k.⁶ Na tym etapie rozważań, należy podkreślić, że w praktyce, w okresie obowiązywania przepisu w ówczesnym kształcie, sprawcami stypizowanych w nim czynów zabronionych, byli głównie żołnierze służby zasadniczej⁷.

Ustawą z dnia 9 października 2009 r. o dyscyplinie wojskowej⁸, dokonano istotnej nowelizacji art. 338 k.k. polegającej m.in. na wykreśleniu sformułowania, które literalnie stanowiło o zawężeniu kręgu podmiotów zdolnych ponosić odpowiedzialność za przewidziane w tym przepisie występki. Zastanawiając się nad doniosłością powyższej zmiany, z punktu widzenia problematyki rozważań, należy zauważyć, że uzasadnienie projektu nie dostarcza odpowiedzi na przedmiotowe pytania. Projektodawca wskazuje, iż uzasadnieniem proponowanej zmiany jest okoliczność, że przepis ten został zredagowany w czasie, gdy okres odbywania służby zasadniczej był istotnie dłuższy. Nie wypowiada się on natomiast, w kwestii przypisywania odpowiedzialności za przedmiotowe typy czynów zabronionych żołnierzom zawodowym. W związku z powyższym, należy stwierdzić, że lektura uzasadnienia projektu nie tylko nie eliminuje powstałych wątpliwości lecz dodatkowo je pogłębia.

W ocenie autora, okoliczność, iż przepisy rozdziału XXVIII k.k. ustanawiają środek karny w postaci wydalenia z zawodowej służby wojskowej, stanowi wystarczający argument jurydyczny dla stwierdzenia, że pod pojęciem żołnierza z art. 115 § 17 k.k. należy rozumieć także żołnierza zawodowego. W związku z powyższym, pomimo iż uzasadnienie projektu na ten temat milczy, zasadnym jest stwierdzenie, że zabieg legislacyjny, polegający na usunięciu przepisu wyraźnie wyłączającego żołnierzy zawodowych spośród kręgu podmiotów zdolnych

⁵ Por. art. 326 k.k. i 332 k.k.

⁶ Por. Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553, ze zm.

⁷ Por. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o dyscyplinie wojskowej (Druk Sejmowy nr 1666/2009, Sejmu RP VI Kadencji).

⁸ Dz. U. z 2009 r. Nr 190, poz. 1474, ze zm.

ponosić odpowiedzialność za typy z art. 338 k.k., należy uznać za wyraz świadomej decyzji ustawodawcy, mającej na celu rozszerzenie zakresu kryminalizacji.

Nie mniej jednak, okoliczność, iż pełnienie czynnej służby wojskowej, stanowi definiens zawartej w art. 115 § 17 k.k. definicji legalnej, zaś jedynym miejscem w systemie prawa, gdzie zostało określone pojęcie służby czynnej, jest powołany art. 59 ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej, należy uznać za przejaw niekonsekwencji prawodawcy. Co prawda wskazany przepis ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej, zawiera zastrzeżenie "*w rozumieniu niniejszej ustawy*". Jednakże wobec braku odmiennej definicji legalnej tego pojęcia, w jakimkolwiek innym akcie prawnym, obowiązujący kształt regulacji uznać należy za niezadowalający.

Powyższe rozważania, pozwalają definitywnie stwierdzić, że *de lege lata* żołnierze zawodowi podlegają odpowiedzialności za typy czynów zabronionych, opisane w art. 338 k.k. Przedmiotowy wniosek implikuje konieczność bliższego przyjrzenia się charakterowi tej odpowiedzialności, w aspekcie wspomnianego na wstępie zagadnienia właściwej interpretacji znamion określających ramy czasowe przebywania poza jednostką lub wyznaczonym miejscem przebywania. W ocenie autora, właściwa analiza tych znamion, wymaga odniesienia się do norm regulujących czas służby żołnierzy zawodowych. Dlatego też, na tym etapie rozważań, konieczne jest powołanie niektórych spośród przepisów normujących powyższą tematykę.

Zgodnie z art. 60 ust. 2 ustawy pragmatycznej zadania służbowe żołnierzy zawodowych powinny być ustalane przez przełożonych w sposób pozwalający na ich wykonywanie w ramach czterdziestu godzin służby w tygodniu. Wykonywanie zadań służbowych nie może przekraczać przeciętnie czterdziestu ośmiu godzin w tygodniu, w czteromiesięcznym okresie rozliczeniowym. Ponadto, w zamian za czas służby przekraczający czterdzieści godzin służby w tygodniu, żołnierzowi zawodowemu przysługuje czas wolny od służby w takim samym wymiarze. Z kolei, zgodnie z art. 60 ust. 3 ustawy pragmatycznej, żołnierzowi zawodowemu przysługuje prawo do co najmniej jedenastu godzin nieprzerwanego odpoczynku w każdej dobie oraz dwudziestu czterech godzin nieprzerwanego odpoczynku w okresie siedmiodniowym. Wskazane przepisy, zgodnie z art. 60 ust. 4 ustawy pragmatycznej, nie znajdują zastosowania do żołnierzy zawodowych realizujących zadania o charakterze nadzwyczajnym niezbędne do ochrony interesów państwa.

Powołane normy, znajdują uszczegółowienie w wydanym na podstawie ustawy pragmatycznej rozporządzeniu. Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia przełożeni, co do zasady, ustalają zadania służbowe w sposób pozwalający na ich wykonanie w dniach od poniedziałku

do piątku, w godzinach od 7.30 do 15.30. Z kolei § 4 ust. 3 i 4 przewiduje możliwość określenia przez dowódcę jednostki wojskowej innych godzin służby; indywidualnie dla żołnierza albo też dla całego lub części stanu osobowego jednostki.

Zgodnie z art. 1 § 1 k.k. odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Jak słusznie podkreśla się w doktrynie, konstrukcja tego przepisu implikuje wniosek, iż odpowiedzialności karnej może podlegać jedynie osoba, która dopuściła się zachowania naruszającego obowiązujący porządek prawny⁹. Dlatego też, w toku dalszych rozważań, dotyczących już *stricte* zagadnienia odpowiedzialności prawnokarnej, konieczne będzie odnośnienie się do przepisów o czasie służby żołnierzy zawodowych, celem wartościowania, jakie przejawy pozostawiania przez żołnierza, poza jednostką wojskową lub wyznaczonym miejscem przebywania cechują się bezprawnością.

Art. 338 § 1 k.k. przewiduje dwa alternatywnie określone sposoby realizacji znamion tego typu czynu; pierwszy – co najmniej dwukrotne samowolne opuszczenie przez żołnierza swojej jednostki lub wyznaczonego miejsca przebywania w okresie nie dłuższym niż 3 miesiące, na czas nie dłuższy niż 48 godzin oraz drugi – samowolne pozostawianie poza jednostką wojskową lub wyznaczonym miejscem przebywania w wymiarze nie dłuższym niż 48 godzin. Jak zostało wskazane powyżej, relewantne z punktu widzenia problematyki niniejszego artykułu, są znamiona określające ramy czasowe, w jakich żołnierz przebywał poza miejscami, w których zobowiązany był przebywać. W związku z powyższym, podkreślenia wymaga, że art. 338 § 1 k.k., w przeciwieństwie do przewidujących surowszą odpowiedzialność typów z art. 338 § 2 k.k. i art. 338 § 3 k.k., stanowi wyłącznie o nieobecności trwającej nie dłużej niż 48 godzin.

Z kolei art. 338 § 2 k.k. przewiduje surowszą odpowiedzialność karną żołnierza, który samowolnie opuszcza swoją jednostkę lub wyznaczone miejsce przebywania albo samowolnie poza nimi pozostaje przez okres powyżej 48 godzin, jednakże nie dłużej niż przez okres 7 dni.

Najsurowszy wymiar kary, spośród typów wymienionych w omawianej jednostce redakcyjnej kodeksu karnego, przewiduje art. 338 § 3 k.k., stanowiący o odpowiedzialności karnej żołnierza, który samowolnie opuszcza swoją jednostkę lub wyznaczone miejsce przebywania albo samowolnie poza nimi pozostaje przez okres powyżej 7 dni.

⁹ Szerzej A. Zoll, *O normie z punktu widzenia prawa karnego*, KSP 1990, s. 76 i nast., J. Majewski, P. Kardas, *O dwóch znaczeniach pojęcia winy w prawie karnym*, PiP 1993, z. 10, s. 74.

Na tym etapie rozważań należy wskazać, że za wyjątkiem przewidzianego w art. 338 § 1 k.k. wymogu co najmniej dwukrotnego opuszczenie przez żołnierza swojej jednostki lub wyznaczonego miejsca przebywania, w okresie nie dłuższym niż 3 miesiące, który to wymóg dotyczy zachowań trwających nie dłużej niż 48 godzin, jedynym kryterium różnicującym poszczególne typy jest znamię modalne określające czas trwania stanu bezprawnego.

Przedmiot dalszych rozważań autora będzie stanowiło zagadnienie, jakiego rodzaju zachowania stanowią realizację poszczególnych, spośród tych trzech, znamion modalnych.

Jak wynika z powołanych uprzednio przepisów, regulujących czas służby, żołnierz zawodowy, co do zasady, zobowiązany jest do wykonywania swoich obowiązków w dniach od poniedziałku do piątku w godzinach od 7.30 do 15.30. W związku z powyższym uzasadnione wątpliwości budzi kwestia, czy nieobecność żołnierza przez 3 kolejne dni służby np. czwartek, piątek, a następnie poniedziałek, będzie stanowiła nieobecność przez okres powyżej 48 godzin, czy też wymiar – powyżej 48 godzin nie zostanie w tym wypadku przekroczony, ze względu na okoliczność, iż dni wolne od służby uniemożliwiają realizację znamienia determinującego surowszą odpowiedzialność karną. Powyższa wątpliwość implikuje kolejne pytanie – czy przeszkodą dla realizacji tego znamienia będzie okoliczność, iż już w pierwszy dzień, o godzinie 15.30, na żołnierzu przestał ciążyć obowiązek przebywania na terenie jednostki. Na tym etapie należy wskazać, iż przedmiot dalszych rozważań będą stanowiły wyłącznie nieobecności, które już w pierwszym dniu przybrały postać samowolnego pozostawiania, nie zaś samowolnego opuszczenia swojej jednostki lub wyznaczonego miejsca przebywania¹⁰.

Powyższa tematyka stała się przedmiotem uwag zawartych w uzasadnieniach, powołanych na wstępie orzeczeń. W ocenie Sądu Najwyższego, dni wolne od służby, zaś w ramach danego dnia – godziny wolne od służby, przerywają okres utrzymywania stanu bezprawnego, stanowiącego znamię typu czynu zabronionego z art. 338 § 2 k.k. Przedmiotowe okoliczności, zgodnie z przedstawionym poglądem, uniemożliwiają realizację przez żołnierza znamienia pozostawiania poza jednostką lub wyznaczonym miejscem przebywania, przez okres powyżej 48 godzin. *A minori ad maius*, w ocenie autora, nie może stanowić przedmiotu sporu, iż owa przerwa (w ocenie Sądu Najwyższego) wyklucza także możliwość przypisania żołnierzowi zawodowemu przebywającemu poza jednostką wojskową przez okres powyżej 7 dni, odpowiedzialności karnej za występki z art. 338 § 3 k.k.

¹⁰ Analiza problematyki samowolnego oddalenia wymagałaby odrębnych rozważań, które nie będą stanowiły przedmiotu dalszych uwag autora.

Na tym etapie rozważań, zasadnym jest powołanie argumentów wyrażonych w przedmiotowych orzeczeniach. Biorąc pod uwagę, iż w analizowanym stanie faktycznym, sprawca dopuścił się zachowania bezprawnego poprzez zaniechanie, czasem popełnienia przestępstwa, zgodnie z normą art. 6 § 1 k.k., będzie czas, w którym sprawca, zgodnie z obowiązkiem, powinien był działać w określonym kierunku i w określony sposób. Sąd Najwyższy wskazał, iż na żołnierzu zawodowym ciąży obowiązek działania (polegający na przebywaniu w określonym miejscu), jedynie w dniach i w godzinach wynikających z przepisów o czasie służby. Dlatego też chwila, w której na sprawcy przestała ciążyć przedmiotowa powinność, kończy byt danego przestępstwa. Przedmiotowy wniosek implikuje stwierdzenie, iż dni wolne od służby, zaś w ramach danego dnia – godziny wolne od służby, przerywają okres utrzymywania stanu bezprawnego, stanowiącego znamię typu czynu zabronionego z art. 338 § 2 k.k. Jak wynika z uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r., pogląd odmienny oznaczałby penalizację naruszenia przez żołnierza nieistniejącego obowiązku.

Z kolei, w końcowej części powołanego postanowienia z dnia 23 kwietnia 2012 r. Sąd Najwyższy zauważył, iż zachowanie żołnierza, polegające na dwukrotnym samowolnym pozostawaniu poza jednostką wojskową, w dwóch kolejnych dniach, od godz. 7.30 do 15.30, może implikować odpowiedzialność za dwa odrębne przestępstwa z art. 338 § 1 k.k. Powyższa kwestia nie stała się jednak przedmiotem dalszych rozważań zawartych w przedmiotowym uzasadnieniu.

Odnosząc się do powołanych orzeczeń, autor pragnie stwierdzić, iż co do zasady, podziela wyrażone w nich poglądy Sądu Najwyższego. Biorąc pod uwagę, że wygłoszone tezy dotyczą odpowiedzialności żołnierzy, na których ciążył obowiązek stawiennictwa w jednostce, wyłącznie w godzinach, o jakich *expressis verbis* mowa w § 4 ust. 1 rozporządzenia, poniższy etap rozważań będzie dotyczył tej problematyki.

Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy, w uzasadnieniach wszystkich powołanych orzeczeń, przestępstwo z art. 338 § 2 k.k. jest przestępstwem trwałym, w związku z czym jego ontologia uzależniona jest od tego, jak długo utrzymuje się stan bezprawny¹¹. Tym samym, wygaśnięcie cięższej na żołnierzu powinności przebywania na terenie jednostki wojskowej, które co do zasady następuje w każdy dzień, od poniedziałku do piątku, o

¹¹ Co do istoty przestępstwa trwałego por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 1975 r. (sygn. akt II KRN 46/74, niepubl.), uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2000 r. (sygn. akt I KZP 58/99, OSNKW 2000 nr 3-4, poz. 23). Por. także W. Marcinkowski, Kodeks karny. Część wojskowa, Warszawa 2011, s. 221. Powołany autor uznając trwały charakter przestępstw z art. 338 § 1 k.k. i art. 338 § 2 k.k. wywodzi z tego faktu odmienne wnioski.

godzinie 15.30, kończy jego aktywność przestępną w formie zaniechania. Ewentualne zaniechanie przez żołnierza, zadośćuczynieniu obowiązkowi stawiennictwa w jednostce w kolejnym dniu, będzie stanowiło odrębne zaniechanie, podlegające odrębnemu wartościowaniu. Jak zostało wskazane we wcześniejszej części rozważań, zaaprobowanie powyższego poglądu determinuje wniosek, iż *a minori ad maius* również ontologia przestępstwa z art. 338 § 3 k.k. jest uzależniona od trwałego utrzymywania się stanu bezprawnego.

W ocenie autora, wszelkie alternatywne warianty interpretacji omawianych przepisów są *de lege lata* niezasadne.

Literalna wykładnia wszystkich typów z art. 338 k.k. (za wyjątkiem samowolnego opuszczenia z art. 338 § 1 k.k.), przede wszystkim wynikający z niej trwały charakter przestępstw, determinuje wniosek, iż są to przestępstwa, które mogą zostać popełnione wyłącznie jednym czynem. Zasadność powyższego twierdzenia, na gruncie art. 338 § 1 k.k. znajduje dodatkowe uzasadnienie w znamieniu modalnym „jednorazowo”. Jakkolwiek, typy z art. 338 § 2 k.k. i art. 338 § 3 k.k. nie zawierają przedmiotowego epitetu, ich konstrukcja jednoznacznie przesądza, że każda czynność samowolnego opuszczenia albo samowolnego przebywania, stanowiąca naruszenie ciężącego na żołnierzu obowiązku, musi stanowić jeden czyn. Literalna wykładnia znamion „opuszcza” i „pozostaje”, wyklucza dopuszczalność stwierdzenia, iż możliwa jest ich realizacja w formie kilku odrębnych zaniechań, których łączny czas przekraczałby 48 godzin bądź 7 dni. Tego rodzaju pogląd byłby dopuszczalny wyłącznie wówczas, gdyby uznać wskazane typy za tzw. przestępstwa wieloczynowe¹². Biorąc pod uwagę niezasadność takiego stanowiska, niedopuszczalnym zabiegiem interpretacyjnym byłoby potraktowanie, jako jednego przestępstwa z art. 338 § 2 k.k., kilku ośmiogodzinnych nieobecności sprawcy w jednostce wojskowej, których suma przekraczałaby 48 godzin. Wadliwość powyższego rozumowania stanowi implikację przedstawionego wymogu realizacji znamion tego typu czynu zabronionego jednym czynem.

W ocenie autora, za szczególnie niezasadne należałoby uznać wliczanie, do okresów samowolnego pozostawiania, przedziałów czasowych, w których żołnierz *lege artis* przebywał poza terenem jednostki. Jak słusznie podkreśla się w doktrynie, prawo karne jest skonstruowane z norm sankcjonowanych i norm sankcjonujących¹³. Pierwsze z nich, które co

¹² K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 340-341. Por. A. Zoll [w:] G. Bogdan, Z. Cwiągalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, t. 1, s. 97, Por. także T. Dukiet-Nagórska, *Tak zwane przestępstwa zbiorowe w polskim prawie karnym*, Katowice 1987, s. 13.

¹³ A. Zoll, *O normie...*, op. cit., s. 76 i nast.

do zasady mają swoje źródła w innych dziedzinach prawa, wyznaczają obowiązujące wzorce postępowania. Drugie natomiast, będące właściwymi normami prawa karnego, ustanawiają sankcję z tytułu zachowań niezgodnych z owymi wzorcami. W ocenie autora, zaliczenie godzin, w których żołnierz, zgodnie z obowiązującymi go normami sankcjonowanymi, przebywał poza jednostką wojskową, na poczet znamion typu czynu zabronionego, oznaczałoby, iż sprawca postępując *lege artis* realizuje znamiona typu czynu zabronionego. Tego rodzaju pogląd pozostawałby w oczywistej sprzeczności z art. 1 § 1 k.k., w związku z czym należy uznać go za niedopuszczalny.

W ocenie autora, powyższe rozważania implikują wniosek, że utrata przez zachowanie sprawcy charakteru bezprawnego (co do zasady następująca w dzień powszedni o godzinie 15.30) wyznacza koniec ram czasowych, w których dopuszczał się on przestępstwa. Innymi słowy żołnierz, na którym *in concreto* ciąży obowiązek przebywania w jednostce wojskowej lub w wyznaczonym miejscu przebywania wyłącznie w okresie, o jakim mowa w § 4 ust. 1 rozporządzenia, jest zdolny do przypisania mu odpowiedzialności jedynie za najłagodniejszy spośród typów opisanych w art. 338 k.k. Zaniechanie przez takiego sprawcę zadośćuczynienia obowiązkowi stawiennictwa w jednostce w kolejnym dniu będzie stanowiło odrębne przestępstwo z art. 338 § 1 k.k.¹⁴

Prima facie może powstać wrażenie, iż przedstawiony sposób rozumienia analizowanych znamion wyklucza możliwość przypisywania żołnierzom zawodowym odpowiedzialności z art. 338 § 2 k.k. i art. 338 § 3 k.k. Na zagadnienie to zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w końcowej części uzasadnienia powołanej uchwały, niestety nie omawiając szerzej przedmiotowej kwestii. Dlatego też autor pragnie jeszcze raz podkreślić, że powyższe rozważania dotyczyły odpowiedzialności podmiotu z art. 115 § 17 k.k., na którym ciążył obowiązek przebywania w jednostce wojskowej lub w wyznaczonym miejscu przebywania, jedynie w okresie, o jakim mowa w § 4 ust. 1 rozporządzenia. Kwestią wymagającą odrębnego omówienia jest odpowiedzialność żołnierza, na którego został nałożony obowiązek o odmiennej treści.

Jak wynika z powołanych przepisów o czasie służby, przełożony może, nie przekraczając przy tym wymiaru przeciętnie czterdziestu ośmiu godzin służby w tygodniu, w czteromiesięcznym okresie rozliczeniowym, zażądać od podwładnego, aby w określonym dniu wykonywał zadania służbowe np. od godziny 7.30 do godziny 18.30. Jeżeli żołnierz, należycie powiadomiony o nałożonym na niego obowiązku, nie stawi się w tym dniu w

¹⁴ Zagadnieniem wymagającym odrębnych rozważań pozostaje kwestia zbiegu tego typu przestępstw. Przedmiotowy problem pozostaje poza zakresem rozważań autora.

jednostce, wówczas dopuści się zaniechania, którego ramy czasowe będą wyznaczone granicami cięższej na nim powinności. Oczywiście zachowanie opisane w podanym przykładzie również będzie kwalifikowane z art. 338 § 1 k.k., zaś przepisy o prawie żołnierza do odpoczynku z art. 60 ust. 3 ustawy pragmatycznej, co do zasady wykluczą możliwość nałożenia na żołnierza obowiązku w wymiarze o jakim mowa w art. 338 § 2 k.k. i 338 § 3 k.k.

Natomiast, w ocenie autora, tylko naruszenie przez żołnierza obowiązku, który został na niego nałożony zgodnie z treścią norm sankcjonowanych, może implikować odpowiedzialność karną za wymienione typy czynów zabronionych.

Zgodnie z art. 60 ust. 4 ustawy pragmatycznej, przepisy art. 60 ust. 2 i 3 (w istocie wszystkie przepisy limitujące wymiar czasu służby), nie znajdują zastosowania do żołnierzy zawodowych realizujących zadania o charakterze nadzwyczajnym niezbędne do ochrony interesów państwa, przy czym ustawodawca wymienia przykładowy katalog tego rodzaju zadań. Zgodnie z powyższą regulacją, dowódca jednostki może nałożyć na żołnierza obowiązek udziału np. w szkoleniu poligonowym, trwającym nieprzerwanie przez okres 14 dni. W takim wypadku na żołnierzu będzie ciążyła powinność przebywania w wyznaczonym miejscu (np. w ośrodku szkolenia poligonowego) przez okres dwóch tygodni. Sprawca, który nie stawia się na takie szkolenie, dopuści się zaniechania, które zależnie od jego długotrwałości, zrealizuje znamiona jednego z typów z art. 338 k.k.

Nie ulega wątpliwości, że żołnierz, przez cały czas trwania czynu, będzie miał możliwość przerwać stan bezprawny, realizując obowiązek stawiennictwa w ośrodku szkolenia poligonowego. Wówczas, zależnie od czasowego wymiaru dokonanego zaniechania, zachowanie będzie podlegało kwalifikacji z art. 338 § 1 k.k., art. 338 § 2 k.k. albo art. 338 § 3 k.k. W przypadku samowolnego pozostawania poza ośrodkiem szkolenia poligonowego przez cały okres 14 dni, zachowanie będzie stanowiło przestępstwo z art. 338 § 3 k.k.

Na tym etapie rozważań autor dostrzega potrzebę objaśnienia, w jaki sposób należy obliczać długotrwałość nieobecności sprawcy. Nie ulega wątpliwości, iż momentem początkowym jest chwila, w której po stronie żołnierza nastąpiła aktualizacja obowiązku stawiennictwa. Jeżeli zatem, sprawca był zobowiązany stawić się np. o godz. 6.00 w miejscu, z którego cały pododdział, służbowym środkiem transportu, udaje się w rejon szkolenia – czas popełniania przestępstwa rozpoczyna swój bieg właśnie w tym momencie. Jeśli natomiast sprawca, za zgodą uprawnionego przełożonego, miał prawo samodzielnie dotrzeć do ośrodka poligonowego, przy czym jego obowiązkiem było stawiennictwo w terminie do godz. 20.00, to bezprawne zaniechanie rozpocznie swój bieg właśnie w tym momencie.

Nie ulega wątpliwości, że byt przestępstwa dobiega końca w chwili zadośćuczynienia obowiązkowi albo w czasie gdy przedmiotowy obowiązek przestaje na sprawcy ciążyć. W związku z powyższym, w sytuacjach podobnych do powyższego przykładu, nie powinno wywoływać trudności interpretacyjnych dokonanie prawnokarnej oceny, czy żołnierz dopuszczał się zaniechania przez okres dłuższy, czy też nie dłuższy niż 48 godzin.

Przedmiotem sporu może stać się natomiast określenie, czy czas aktywności przestępnej przekroczył wymiar 7 dni. Problem ten najlepiej zilustruje przykład żołnierza, który nie stawiał się na szkolenie poligonowe w poniedziałek o godz. 7.30, a następnie zadośćuczynił swojemu obowiązkowi tydzień później – w kolejny poniedziałek o godz. 12.00. Na gruncie przedmiotowego przypadku może powstać uzasadniona wątpliwość, czy sprawca dopuścił się czynu z art. 338 § 2 czy też z art. 338 § 3 k.k.

Odpowiedź na powyższe pytanie uzależniona jest od interpretacji pojęcia „dni” stanowiącego element konstytutywny obu przepisów. W ocenie autora, zasadnym zabiegiem będzie zaliczenie do desygnatów powyższej nazwy, wyłącznie pełnych dób zegarowych tj. przedziałów czasowych pomiędzy godz. 0.00 a godz. 24.00.¹⁵ Niedopuszczalnym byłoby natomiast, uznanie za jeden dzień np. okresu od godz. 7.30 w poniedziałek do tej samej godziny dnia następnego. Powyższe stwierdzenie determinuje wniosek, iż realizację znamion typu czynu zabronionego z art. 338 § 3 k.k. można przypisać jedynie sprawcy, który jednorazowo dopuścił się zaniechania obejmującego okres czasu dłuższy niż 7 pełnych dób zegarowych. Należy wskazać, iż pod pojęciem „dłuższy”, autor rozumie dowolnie krótki przedział czasowy, który wykracza poza owe 7 pełnych dób.

Przedmiotowe rozważania implikują wniosek, iż w powołanym przykładzie, żołnierzowi będzie można przypisać odpowiedzialność karną za występki z art. 338 § 2 k.k., gdyż przebywał on poza ośrodkiem szkolenia poligonowego jedynie przez 6 pełnych dób zegarowych – tj. od wtorku do niedzieli. Aktywność przestępna sprawcy, w okresach od godz. 7.30 do godz. 24.00 w poniedziałek oraz od godz. 0.00 do godz. 12.00, w kolejny poniedziałek, jakkolwiek dokonana tym samym czynem, a zatem stanowiąca to samo przestępstwo, będzie irrelevantna z punktu widzenia realizacji znamienia kwalifikującego z art. 338 § 3 k.k.

Podsumowując, autor pragnie podkreślić, iż w jego ocenie, przedstawiony sposób interpretacji omówionych typów czynów zabronionych jest jedynym, który daje się pogodzić z zasadami części ogólnej kodeksu karnego. Dlatego też, należy z aprobatą ocenić jego

¹⁵ Por. uwagi na temat pojęcia „dzień” wyrażone na gruncie Kodeksu cywilnego - E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, 5 wyd., Warszawa 2013, s. 272.

zbieżność z poglądami wyrażonymi przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniach powołanych orzeczeń. Odrębnym zagadnieniem pozostaje kwestia oceny, czy konstrukcja typów z art. 338 § 2 k.k. i art. 338 § 3 k.k. nie prowadzi do nadmiernego zawężenia zakresu zastosowania tych przepisów, z punktu widzenia racjonalnej polityki karnej. Problem ten może jednak stanowić wyłącznie przedmiot rozważań *de lege ferenda*.

ABSTRACT

The article covers some selected issues concerning the professional soldiers' responsibility for offences determined by article 338 of the Penal Code. An author makes an interpretation of the law on the basis of facts of cases. He takes recently made judicial decisions of the Supreme Court into considerations in order to present his position.