

TOMASZ CHRABSKI  
HENRYK KMIĘCIAK

## GLÓWNE PROBLEMY PRAWNE POWSTAŁE W ZWIĄZKU Z NOWELIZACJĄ ART. 338 KODEKSU KARNEGO

**The most important problems related to amending the article 338 of Penal Code**

### Streszczenie

*Artykuł poświęcony jest praktycznym aspektom stosowania art. 338 k.k. Przedstawiono w nim poglądy autorów dotyczące mankamentów obecnie obowiązujących przepisów o samowolnym oddaleniu i braku wzajemnej korelacji z innymi przepisami, w tym z art. 104 § 2 k.k. i 666 § 1 k.p.k. Poruszono także ważny problem odpowiedzialności żołnierzy zawodowych za czyny stypizowane w art. 338 § 1-3 k.k. na tle uchwały Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r., sygn. akt WZP 2/12. Na zakończenie artykułu autorzy sformułowali ważne dla praktyki postulaty de lege ferenda dot. art. 338 k.k. i 341 § 2 k.k.*

Nowelizacja art. 338 k.k. nastąpiła z mocy art. 92 pkt 2 ustawy z dnia 9 października 2009 r. o dyscyplinie wojskowej (Dz.U. Nr 190, poz. 1474), zaś weszła w życie z dniem 1 stycznia 2010 r. Miała charakter gruntowny, ale jednocześnie świadczący, niestety, o niskim poziomie legislacji. Innowacje wprowadzono bowiem nieuważnie, bez dostosowania do nich brzmienia przepisów korespondujących. W rezultacie powstało sporo, absolutnie niepożądanych, problemów istotnie komplikujących praktykę, których rozwiązanie w pełni i w sposób unikający kontrowersji nie wydaje się możliwe bez ponownego zadziałania ustawodawcy. Dlatego też warto w niniejszym artykule przedstawić główne problemy i opatrzyć je komentarzem.

1. W tym celu niniejsze rozważania należy rozpocząć od przypomnienia, że przed nowelizacją art. 338 k.k. sformułowany był następująco:

„§ 1. Żołnierz, który samowolnie opuszcza swoją jednostkę lub wyznaczone miejsce przebywania albo samowolnie poza nimi pozostaje, podlega karze aresztu wojskowego albo pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Jeżeli nieobecność sprawcy czynu określonego w § 1 nie trwała dłużej niż 14 dni, sprawca podlega karze ograniczenia wolności, aresztu wojskowego do roku albo pozbawienia wolności do roku.

§ 3. Ściganie przestępstwa określonego w § 2 następuje na wniosek dowódcy jednostki.

§ 4. Przepisów § 1 i 2 nie stosuje się do żołnierzy zawodowych, okresowej służby wojskowej oraz nadterminowej zasadniczej służby wojskowej, a także do oficerów i podoficerów rezerwy odbywających ćwiczenia wojskowe”.

Obecnie (tj. po nowelizacji) art. 338 k.k. ma następujące brzmienie:

„§ 1. Żołnierz, który co najmniej dwukrotnie w okresie nie dłuższym niż 3 miesiące samowolnie opuszcza swoją jednostkę lub wyznaczone miejsce przebywania albo samowolnie poza nim pozostaje w wymiarze nieprzekraczającym jednorazowo 48 godzin, podlega karze ograniczenia wolności.

§ 2. Żołnierz, który samowolnie opuszcza swoją jednostkę lub wyznaczone miejsce przebywania albo samowolnie poza nimi pozostaje przez okres powyżej 48 godzin, nie dłużej jednak niż przez okres 7 dni, podlega karze ograniczenia wolności, karze aresztu wojskowego do roku albo pozbawienia wolności do roku.

§ 3. Żołnierz, który samowolnie opuszcza swoją jednostkę lub wyznaczone miejsce przebywania albo samowolnie poza nimi pozostaje przez okres powyżej 7 dni, podlega karze aresztu wojskowego albo pozbawienia wolności do lat 3.

§ 4. Ściganie przestępstwa określonego w § 1 i 2 następuje na wniosek dowódcy jednostki wojskowej”.

Porównanie obu przytoczonych wyżej przepisów pozwala dostatecznie zorientować się, w czym obecne regulacje zawarte w art. 338 k.k. różnią się od uprzednich. Zdecydowanie nie wystarcza to jednak do dostrzeżenia problemów powstałych w związku z nowelizacją tego artykułu. Stają się one bowiem widoczne dopiero po skonfrontowaniu innowacji z pozostawionym bez zmian ich otoczeniem normatywnym oraz po przeanalizowaniu na tym tle ich treści. I tak:

2. Widać wyraźnie, że w wyniku nowelizacji art. 338 k.k. uległa zwiększeniu liczba postaci samowolnego oddalenia – z dwóch przewidzianych uprzednio w § 1 i w § 2 do trzech określonych obecnie w § 1, w § 2 i w § 3.

Jest oczywiste, że to wyłącznie rezultat ich bardzo kazuistycznej typizacji według długości czasu trwania samowolnego oddalenia, ponieważ przedmiotowo obszar penalizacji tego rodzaju czynu nie został przecież poszerzony, a wręcz przeciwnie – uległ nawet pewnemu zawężeniu<sup>1</sup>. Zwiększenie liczby postaci karalnego samowolnego oddalenia tą metodą i według tego kryterium nie może nie zaskakiwać. Po pierwsze – oznacza radykalną zmianę stanowiska ustawodawcy, który nadając w 1997 r. pierwotny kształt art. 338 k.k., nie bez racji odcinał się wszak od regulacji zawartych w poprzednich kodeksach<sup>2</sup> właśnie dlatego, że były zbyt kazuistyczne, albowiem „przywiązywały nadmierną wagę do czasu bezprawnego przebywania żołnierza poza jednostką lub wyznaczonym miejscem przebywania”<sup>3</sup> naturalnie jako czynnika normotwórczego. Po wtóre – owa radykalna zmiana stanowiska jest trudna do zrozumienia, gdyż jej uzasadnienie rozmija się z treścią nowych regulacji. Mianowicie motywy ustawodawcze wskazują, że miała ona zasadniczo na „celu wzmocnienie roli dowódcy w rozpatrywaniu krótkoterminowych samowolnych oddaleń”<sup>4</sup>, a realia są takie, iż w tym zakresie nastąpiło wyraźne osłabienie tej roli. O ile bowiem uprzednio dowódca jednostki wojskowej uprawniony był do wnioskowania o ściganie karne każdego samowolnego oddalenia na czas nieprzekraczający 14 dni, tak obecnie uprawnienie to przysługuje mu jedynie w odniesieniu do samowolnego oddalenia trwającego nie dłużej niż 7 dni, co zresztą zauważył już też Sąd Najwyższy<sup>5</sup>.

Jakkolwiek jednak na to zwiększenie liczby karalnych postaci samowolnego oddalenia patrzeć, faktem normatywnym jest, że w § 3 art. 338 k.k., który uprzednio nie typizował żadnej postaci tego przestępstwa, lecz tylko wskazywał tryb ścigania jednej z nich, obecnie taką postać określono. Nie ulega wątpliwości, że określając ją w tak oznaczonym przepisie, należało jednocześnie dokonać stosownej zmiany art. 104 § 2 k.k., stanowiącego przecież, iż:

---

<sup>1</sup> Z treści znowelizowanego § 1 art. 338 k.k. wynika jednoznacznie, że zdepenalizowano jednorazowe (pojedyncze) samowolne oddalenie na czas nieprzekraczający 48 godzin.

<sup>2</sup> Zob. chociażby art. 303 k.k. z 1967 r. (Dz.U. Nr 13, poz. 94, ze zm.).

<sup>3</sup> Zob. Uzasadnienie rządowego projektu Kodeksu karnego [w:] Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 219.

<sup>4</sup> Zob. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o dyscyplinie wojskowej, który wpłynął do Sejmu VI kadencji w dniu 22 lutego 2009 r. (druk nr 1666), a także W. Marcinkowski, *Kodeks karny. Część wojskowa. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 197.

<sup>5</sup> Zob. fragment uzasadnienia uchwały Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2013 r., WZP 2/12 (OSNKW 2013, z. 6, poz. 46, s. 21).

„Przedawnienie w stosunku do przestępstw określonych w art. 144, art. 145 § 2 lub 3, **art. 338 § 1 lub 2** oraz art. 339 biegnie od chwili uczynienia zadość obowiązкови albo od chwili, w której na sprawcy obowiązek przestał ciążyć” (podkreślenie T.Ch., H.K.), tak by regulacja obejmowała również przestępstwo określone obecnie w art. 338 § 3 k.k., ponieważ nic nie uzasadnia tutaj zróżnicowania. Zmiana art. 104 § 2 k.k., o której mowa, powinna więc polegać bądź na uzupełnieniu wyliczenia paragrafów art. 338 o § 3 k.k., bądź na pominięciu w ogóle tego wyliczenia, podobnie jak to ma miejsce przy art. 339 k.k. Niestety, takiej zmiany nie dokonano.

W ocenie autorów jest to ewidentne niedopatrzenie legislacyjne, gdyż niczym innym nie da się wymienionego mankamentu wytłumaczyć. O trafności tego wniosku świadczy zresztą też wypowiedź W. Marcinkowskiego, o którym wiadomo, że „współtworzył ustawę z dnia 9 października 2009 r. o dyscyplinie wojskowej, także wynikające z niej zmiany w przepisach prawa karnego materialnego i procesowego oraz prawa wykroczeń”<sup>6</sup>, a który w swoim komentarzu do znowelizowanego art. 338 k.k., co prawda z pewną asekuracją, ale jednak przyznał, iż art. 104 § 2 k.k. nie został znowelizowany „najprawdopodobniej wskutek zwykłego przeoczenia”<sup>7</sup>. Trzeba więc mieć nadzieję, że ustawodawca w końcu dostrzeże owo przeoczenie i poprzez właściwą ingerencję w tekst art. 104 § 2 k.k. doprowadzi do jej spójności z brzmieniem art. 338 k.k.

Dopóki to nie nastąpi, zdaniem W. Marcinkowskiego, „nieodzowne jest zastosowanie *argumentum a fortiori*”<sup>8</sup>, czyli – jak z tego wynika – w istocie rozszerzenie zakresu odniesienia art. 104 § 2 k.k. o przestępstwo określone w art. 338 § 3 k.k. w drodze wykładni logicznej. Nie wydaje się jednak, aby to było rzeczywiście nieodzowne, albowiem istnieje znacznie prostsze, niekontrowersyjne wyjście. Mianowicie, skoro obecnie dla ustalenia początku biegu przedawnienia przestępstwa określonego w art. 338 § 3 k.k. nie ma *expressis verbis* zastosowania norma **szczególna**, jaką bezsprzecznie zawiera art. 104 § 2 k.k., to jest oczywiste, że w tym celu należy posłużyć się normą **ogólną** zawartą w art. 101 § 1 k.k., która nakazuje przyjąć, iż przedawnienie również tego przestępstwa biegnie „od czasu jego popełnienia”, czyli – w myśl definicji zamieszczonej w art. 6 § 1 k.k. – od czasu „w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany”. Ponieważ w tym rozumieniu czas popełnienia przestępstwa określonego w art. 338 § 3 k.k., jako przestępstwa **trwałego**, obejmuje nie tylko czas wypełnienia przez sprawcę ustawowych znamion czynu

<sup>6</sup> Zob. A. Czapiło, *Z żalobnej karty. Płk dr Wojciech Marcinkowski*, WPP 2011, nr 2, s. 117-118.

<sup>7</sup> Zob. W. Marcinkowski, *Kodeks...*, s. 224.

<sup>8</sup> Tamże.

(do czego dochodzi już z chwilą przekroczenia 7 dni samowolnego oddalenia), lecz także następujący po nim czas dalszego utrzymywania wytworzonego stanu bezprawnego, to jest rzeczą jasną, że przedawnienie tego przestępstwa na podstawie art. 101 § 1 k.k. zaczyna biec też dopiero od zakończenia owego stanu, w szczególności wskutek dobrowolnego powrotu sprawcy, jego zatrzymania albo zwolnienia z czynnej służby wojskowej. Wbrew pozorom, wychodzi więc na to samo, na co wyszłoby, gdyby zastosowanie miał tu art. 104 § 2 k.k. I nic dziwnego, jeżeli zważy się, że art. 104 § 2 k.k. w stosunku do wskazanych w nim enumeratywnie niektórych przestępstw trwałych w istocie jedynie precyzuje regułę, którą w stosunku do innych przestępstw o takim charakterze przyjmuje się w drodze stosownej interpretacji.

3. Równie dobrze widać także, że wskutek nowelizacji art. 338 k.k. nastąpiło odwrócenie kolejności uszeregowania poszczególnych postaci karalnego samowolnego oddalenia. Jak dość lapidarnie ujął to W. Marcinkowski: „Przed wskazaną powyżej nowelizacją kolejność dwóch paragrafów art. 338 k.k. różnicujących dwa typy samowolnych oddaleń ze względu na czas ich trwania była ustalona *a maiori ad minus* (§ 1 i 2), natomiast dzisiaj są to trzy odrębne typy przestępstw usystematyzowane *a minori ad maius* (§ 1, 2 i 3)”<sup>9</sup>. W rezultacie, jeżeli uprzednio § 1 typizował długotrwałe samowolne oddalenie (na czas powyżej 14 dni; por. § 2), zagrożone alternatywnie karą aresztu wojskowego albo karą pozbawienia wolności do lat 3 i podlegające ściganiu z urzędu (por. § 3), to teraz tenże przepis określa krótkotrwałe samowolne oddalenie (na czas nieprzekraczający jednorazowo 48 godzin, gdy jest co najmniej drugim w tym wymiarze w ciągu 3 miesięcy), zagrożone wyłącznie karą ograniczenia wolności i podlegające ściganiu na wniosek dowódcy jednostki wojskowej (por. § 4). To odwrócenie kolejności uszeregowania typów przestępstwa samowolnego oddalenia trudno kwestionować, bo daje się ono obronić faktem budowy art. 338 k.k. w całości od nowa. Jednakże dokonując tego odwrócenia, powinno się zarazem odpowiednio zmodyfikować dotychczasowe brzmienie art. 666 § 1 k.p.k., w myśl którego: „Tymczasowe aresztowanie żołnierza oskarżonego o popełnienie przestępstwa określonego w **art. 338 § 1**, art. 339, art. 343 § 2, art. 345, 352 i art. 358 Kodeksu karnego może nastąpić wyjątkowo również wtedy, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że oskarżony ponownie popełni jedno z tych przestępstw” (podkreślenie T.Ch., H.K.). Mianowicie w zakresie, w którym przytoczone unormowanie odnosi się do wypadku oskarżenia żołnierza o popełnienie przestępstwa określonego w art. 338 § 1 k.k., wskazanie przy tym artykule na § 1 należało

---

<sup>9</sup> Zob. W. Marcinkowski, *Kodeks...*, s. 197.

zastąpić wskazaniem na § 3, gdyż wymagała tego konieczność zachowania dotychczasowego sensu regulacji oraz jej zgodności z ogólnymi zasadami stosowania tymczasowego aresztowania jako najbardziej drastycznego środka zapobiegawczego. Tego zabiegu legislacyjnego też nie dokonano.

W rezultacie regulacja zawarta w art. 666 § 1 k.p.k. w omawianym zakresie automatycznie zmieniła pod względem merytorycznym swój punkt odniesienia. Jeżeli bowiem uprzednio odnosiła się jedynie do „najcięższego” samowolnego oddalenia, tak obecnie odnosi się ona wyłącznie do „najłżejszego” spośród nich. Jest to sytuacja wręcz kuriozalna, gdyż koliduje co do zasady zarówno z powszechnie obowiązującymi **zakazami** stosowania tymczasowego aresztowania, jak i z charakterem **funkcji** tego środka zapobiegawczego wyznaczonej w art. 666 § 1 k.p.k.

Przypomnieć zatem trzeba najpierw, że w myśl art. 259 § 3 k.p.k. tymczasowe aresztowanie „nie może być stosowane, jeżeli przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą roku” (niebawem będzie nawet „nieprzekraczającą 2 lat”<sup>10</sup>), a więc tym bardziej (*a maiore ad minus*), gdy zagrożone jest wyłącznie karą łagodniejszego rodzaju (nieizolacyjną), czyli m.in. taką jak określona obecnie w art. 338 § 1 k.k. Wprawdzie zakaz ten nie dotyczy wypadku, w którym „sprawca został ujęty na gorącym uczynku lub bezpośrednio potem” (art. 259 § 3 k.p.k. *in fine*), jednakże ów wyjątek wkrótce zniknie<sup>11</sup>, a póki co w takim wypadku na przeszkodzie zastosowaniu tymczasowego aresztowania wobec sprawcy przestępstwa określonego w art. 338 § 1 k.k. stoi zakaz wynikający z art. 259 § 2 k.p.k. Wszak w myśl tego przepisu „Tymczasowego aresztowania nie stosuje się, gdy na podstawie okoliczności sprawy można przewidywać, że sąd orzeknie w stosunku do oskarżonego karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania lub karę łagodniejszą (...)”, a w sprawie o przestępstwo określone w art. 338 § 1 k.k. od razu przecież wiadomo, iż bez względu na jej okoliczności karą orzeczoną może być jedynie kara ograniczenia wolności. Oczywiście nie można zapominać, że od obu wymienionych zakazów istnieją dalsze wyjątki, mianowicie „gdy oskarżony ukrywa się, uporczywie nie stawia się na wezwania lub w inny bezprawny sposób utrudnia postępowanie albo nie można ustalić jego tożsamości” (art. 259 § 4 k.p.k.), ale w sprawie oskarżonego o popełnienie przestępstwa

---

<sup>10</sup> Zob. art. 259 § 3 k.p.k. w brzmieniu nadanym mu przez art. 1 pkt 76 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2013, poz. 1247) i oczekujący na wejście w życie z dniem 1 lipca 2015 r.

<sup>11</sup> Tamże.

określonego w art. 338 § 1 k.k. zastosowanie tymczasowego aresztowania z tych akurat powodów praktycznie wydaje się mało realne<sup>12</sup>.

Niezależnie od tego trzeba pamiętać, że funkcja, którą spełnia tymczasowe aresztowanie na gruncie art. 666 § 1 k.p.k., jest co do istoty tożsama z funkcją spełnianą przez ten środek zapobiegawczy na gruncie art. 258 § 3 k.p.k., a tę – jak wynika z treści art. 249 § 1 k.p.k. – zasadniczo pomyślano wszak „w celu zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego **ciężkiego** przestępstwa” (podkreślenie T.Ch., H.K.). Za takie uznaje się zaś tylko zbrodnię oraz występki zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat (argument z art. 258 § 2 k.p.k.). W części wojskowej kodeksu karnego nie stypizowano zbrodni, więc art. 666 § 1 k.p.k. ma na uwadze jedynie enumeratywnie wyliczone występkę. Co prawda ze względu na potrzebę odpowiedniego zabezpieczenia dyscypliny wojskowej wskazanie niektórych z nich nastąpiło przy zastosowaniu niewątpliwie obniżonego kryterium „ciężkości”, jednakże przecież „w sposób niekłóący się zasadniczo z ogólnymi zasadami stosowania środków zapobiegawczych”<sup>13</sup>. Stąd też w tym kontekście, o ile uprzednio możliwość stosowania na podstawie art. 666 § 1 k.p.k. tymczasowego aresztowania wobec oskarżonego o długotrwałe samowolne oddalenie jedynie w uzasadnionej obawie, że popełni je „ponownie”, dawała się zrozumieć, bo jednak chodziło o przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3, o tyle teraz gdy literalnie odnosi się do oskarżonego o krótkotrwałe samowolne oddalenie, zagrożone wyłącznie karą ograniczenia wolności, pozostaje w rażącej dysproporcji do celu określonego zasadą i jako taka nie ma również racjonalnego uzasadnienia.

W świetle powyższego wydawałoby się, że nie sposób w ogóle brać po uwagę, aby opisana sytuacja mogła powstać z woli ustawodawcy. A jednak W. Marcinkowski dość jednoznacznie zasugerował, jakoby brak modyfikacji art. 666 § 1 k.p.k. był wynikiem „decyzji nowelizacyjnej”, z rozmysłem odnoszącej przewidzianą tym przepisem pozaprocesową przesłankę stosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego właśnie do

---

<sup>12</sup> „Tożsamość” żołnierza oskarżonego o popełnienie samowolnego oddalenia z jego jednostki wojskowej (wyznaczonego mu poza nią miejsca przebywania) nie może być nieznana, zaś o „ukrywaniu się” oskarżonego o krótkotrwałe samowolne oddalenie (art. 338 § 1 k.k.) w rozumieniu art. 279 § 1 k.p.k. trudno mówić, bo gdy do niego dojdzie, będziemy mieli do czynienia już z innym przestępstwem, określonym w art. 338 § 2 k.k. albo w art. 338 § 3 k.k., jeżeli nie wręcz w art. 339 k.k. W wypadku, w którym żołnierz oskarżony o popełnienie przestępstwa określonego w art. 338 § 1 k.k. „uporczywie nie stawia się na wezwania”, z reguły wystarcza reagowanie poprzez doręczenie mu wezwania za pośrednictwem przełożonego (art. 134 § 1 k.p.k.) albo zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie (art. 75 § 2 k.p.k. i art. 247 § 1 k.p.k.). Takiego reagowania wymaga zresztą w pierwszej kolejności konieczność respektowania zasady minimalizacji stosowania środków przymusu (argument z art. 257 § 1 k.p.k.).

<sup>13</sup> Zob. *Uzasadnienie rządowego projektu Kodeksu postępowania karnego* [w:] *Nowe kodeksy...*, s. 451.

wypadku oskarżenia żołnierza o krótkotrwałe samowolne oddalenie, a nie – jak uprzednio – o długotrwałe, ponieważ: „**Ustawodawca uznał**, że przy stosowaniu tymczasowego aresztowania w związku z popełnieniem samowolnego oddalenia na okres dłuższy niż określony w art. 338 § 1 k.k., wystarczające są przesłanki powszechnie obowiązujące, wymienione w art. 258 k.p.k.”<sup>14</sup> (podkreślenie T.Ch., H.K.). Niestety Autor nie wyjaśnił jednak, na czym oparł swoją sugestię. Nie wiadomo zatem, dlaczego ustawodawca miałby **zrezygnować** z istniejącej dotychczas na podstawie art. 666 § 1 k.k. możliwości stosowania tymczasowego aresztowania przy oskarżeniu o długotrwałe samowolne oddalenie stypizowane obecnie w art. 338 § 3 k.k., skoro samo wystąpienie najbardziej uzasadnionej obawy, że oskarżony popełni je „ponownie”, nie wystarczyłoby do zastosowania tego środka zapobiegawczego na podstawie art. 258 § 1-3 k.p.k., zaś z myślą o umocnieniu dyscypliny wojskowej „obostrzono” nawet konstytutywne znamię przestępstwa przez przyjęcie, iż zostaje ono już wypełnione, gdy bezprawna nieobecność żołnierza w jego jednostce lub w innym wyznaczonym miejscu przebywania przekracza 7 dni, a nie – jak dawniej – 14 dni. Wiadomo natomiast, że nie da się racjonalnie przypisać ustawodawcy, iż chciał (bez jakiegokolwiek objaśnienia) **wprowadzić** nieistniejącą dotychczas na podstawie art. 666 § 1 k.p.k. możliwość stosowania tymczasowego aresztowania przy oskarżeniu o krótkotrwałe samowolne oddalenie określone obecnie w art. 338 § 1 k.k., mimo że zachodziły ku temu przeszkody prawne wynikające z obowiązujących pryncypiów. Dlatego trzeba przyjąć, że brak modyfikacji art. 666 § 1 k.p.k. to wyłącznie skutek niezachowania należytej uwagi w toku procesu legislacyjnego, podobny zresztą do omówionego już przeoczenia potrzeby uzupełnienia art. 104 § 2 k.k., a także jednakowego oznaczenia różnej treści zapisów w art. 671 k.p.k. w trakcie jego wcześniejszych nowelizacji, teraz właśnie dopiero ustawą o dyscyplinie wojskowej poprawionego<sup>15</sup>. Odmierna sugestia W. Marcinkowskiego to tylko wniosek wyciągnięty dość dowolnie *post factum*, który może być odczytywany jako próby znalezienia wytłumaczenia owego kompromitującego legislatorów niedopatrzenia. Tę drugą konstatację zdaje się zresztą potwierdzać zaproponowany przez Autora w powołanym komentarzu sposób wyjścia z zaistniałej sytuacji; napisał przecież: „Należy dojść do wniosku,

---

<sup>14</sup> Zob. W. Marcinkowski, *Kodeks...*, s. 224.

<sup>15</sup> Zob. art. 93 pkt 2 powołanej na wstępie opracowania ustawy z dnia 9 października 2009 r. o dyscyplinie wojskowej nadający nowe brzmienie art. 671 k.p.k. i w ten sposób naprawiający błąd, o którym mowa, po jego wytknięciu w piśmiennictwie przez różnych autorów. W tej materii zob. H. Kmieciak, *Zakres obrony obowiązkowej w postępowaniu przed sądami wojskowymi według art. 671 k.p.k. po nowelizacjach* (WPP 2009 nr 1, s. 42 i n.) oraz J. Grajewski, *W kwestii nowelizacji art. 671 k.p.k. w kontekście poprawnej legislacji* (Palestra 200 nr 5-6, s. 96 i n.).



że przepis art. 666 § 1 k.p.k. stanowi inaczej aniżeli art. 259 § 2,3 i 4 k.p.k., a przy tym – z mocy art. 646 zdanie drugie k.p.k. – jest to *lex specialis* w odniesieniu do przepisu powszechnie obowiązującego; *dura lex, sed lex*<sup>16</sup>. To zaś nie dość, że oczywista nadinterpretacja, to jeszcze zdecydowanie o charakterze antygwarancyjnym. Zresztą sam Autor mimochodem ją zdyskredytował, bo będąc konsekwentny, powinien był uznać, że art. 666 § 1 k.p.k. to *lex specialis* także w odniesieniu do art. 249 § 4 k.p.k., a postąpił jednak odwrotnie, trafnie przyjmując, że: „Z powodu zagrożenia występku z art. 338 § 1 k.k. tylko karą ograniczenia wolności nie jest dopuszczalne stosowanie – na podstawie art. 249 § 4 zdanie pierwsze k.p.k. – w stosunku do nieprawomocnie skazanego żołnierza tzw. międzyinstancyjnego tymczasowego aresztowania trwającego aż do chwili rozpoczęcia wykonania kary”<sup>17</sup>.

Pozostaje więc oczekiwać na ustawowe dostosowanie treści art. 666 § 1 k.p.k. do znowelizowanego brzemienia art. 338 k.k. Dopóki ono nie nastąpi, przed stosowaniem tymczasowego aresztowania na podstawie art. 666 § 1 k.p.k. wobec oskarżonego o popełnienie przestępstwa określonego obecnie w art. 338 § 1 k.p.k. chronić powinno w praktyce uznanie, również w tym wypadku, priorytetu ogólnych zakazów stosowania tego środka zapobiegawczego.

4. Najbardziej widocznym efektem nowelizacji art. 338 k.k. jest jednak brak w nim klauzuli zawartej uprzednio w § 4, mocą której z kręgu podmiotów przestępstwa samowolnego oddalenia każdego typu wyłączeni byli, w całości bądź w części, żołnierze określonych nazwowo rodzajów służby wojskowej. Obecnie zatem odpowiedzialności karnej przewidzianej w art. 338 § 1-3 k.k. podlegają wszyscy żołnierze, bez względu na różnice występujące w ich statusie wewnątrzwojskowym. Nas interesuje tu wyłącznie fakt, że zakresem odpowiedzialności karnej, o którym mowa, objęto obecnie również **żołnierzy zawodowych**, gdyż ich status wewnątrzwojskowy warunkowany sposobem pełnienia służby jest zasadniczo odmienny od wszystkich pozostałych, więc przyjęcie w tej części tak ogólnego rozwiązania nasuwa poważne zastrzeżenia natury merytorycznej, wielce zarazem utrudniając egzekwowanie tej odpowiedzialności na gruncie art. 338 k.k.

a) Jak wiadomo, przed nowelizacją art. 338 k.k. żołnierze zawodowi, nie ponosząc odpowiedzialności karnej na podstawie tego artykułu, jako należący do „innej służby niż zasadnicza”, za niedopełnienie obowiązku obecności w nakazanym czasie w swojej jednostce wojskowej lub w wyznaczonym im poza nią miejscu przebywania (nieusprawiedliwioną

---

<sup>16</sup> Zob. W. Marcinkowski, *Kodeks...*, również s. 224.

<sup>17</sup> Tamże.

absencję), odpowiedzialność taką ponosili jednak na podstawie art. 341 § 2 k.k., który to przepis w tym celu został specjalnie ustanowiony, chociaż przedmiot ochrony wskazano w nim ogólnie poprzez użycie określenia „obowiązek wynikający ze służby wojskowej”<sup>18</sup>. Na podstawie art. 341 § 2 k.k. podlegali za to karze aresztu wojskowego albo pozbawienia wolności do lat 3, czyli takiej samej, jakiej na podstawie art. 338 § 1 k.k. podlegaliby wówczas za samowolne oddalenie na okres powyżej 14 dni, gdyby ten przepis miał do nich zastosowanie, jednak pod warunkiem, że nieusprawiedliwiona absencja utrzymywana była „uporczywie” niezależnie od czasu jej trwania.

Jest oczywiste, że po nowelizacji art. 338 k.k., gdy wszyscy żołnierze, łącznie z zawodowymi, objęci zostali zakresem odpowiedzialności karnej przewidzianej w tym przepisie, art. 341 § 2 k.k. stracił rację, która legła u podstawy jego wprowadzenia. Wydawałoby się przeto, że w konsekwencji powinien zostać uchylony, a jednak bez jakiegokolwiek oficjalnego wyjaśnienia pozostał. Niewykluczone więc, że tylko wskutek kolejnego niedopatrzenia, ale możliwe też, iż celowo – dla ochrony innego, bliżej niewyszczególnionego, obowiązku wynikającego ze służby wojskowej, bo sformułowana ogólnie dyspozycja przepisu na to pozwalała. Nie do przyjęcia jest natomiast przypuszczenie, że art. 341 § 2 k.k. pozostawiono w obrocie prawnym w celu wzmożenia (spotęgowania) odpowiedzialności karnej za czyny stypizowane w art. 338 § 1-3 k.k. w wypadku popełniania ich „uporczywie”, gdyż godziłoby to w samą ideę ujednoczenia tej odpowiedzialności, którą ustawodawca wyraźnie się kierował. Wszak spod tak wzmożonej odpowiedzialności, z zupełnie niezrozumiałych względów, wyłączeni zostaliby w tym wypadku całkowicie żołnierze służby zasadniczej jako nienależący przecież do kręgu podmiotów czynu zabronionego w art. 341 § 2 k.k. Zaskakuje przeto lakoniczna teza W. Marcinkowskiego, że obecnie, tj. „po nowelizacji, która weszła w życie dnia 1 stycznia 2010 r. (...) możliwy jest kumulatywny zbieg przepisów art. 341 § 2 z art. 338 § 1 k.k., a zwłaszcza z § 2 lub 3 art. 338 § 1, 2 i 3 art. 338 k.k.”<sup>19</sup>. Skoro bowiem wszystkich żołnierzy objęto jednakowo zakresem odpowiedzialności karnej za każdą z postaci samowolnego oddalenia przewidzianą w art. 338 § 1, 2 i 3 k.k., to znaczy, że wynikający ze służby wojskowej wyspecyfikowany obowiązek obecności żołnierza w nakazanym czasie w jednostce wojskowej lub w innym wyznaczonym miejscu przebywania wyjęto w ogóle z zakresu ochrony prawnokarnej przewidzianej w art. 341 § 2 k.k. ze wszelkimi tego konsekwencjami. Odtąd więc przedmioty ochrony art. 338 § 1-

---

<sup>18</sup> Zob. W. Kubala, *Uzasadnienie części wojskowej projektu kodeksu karnego*, WPP 1990, nr 4, zwłaszcza s. 470-471, a także oficjalne uzasadnienie do Kodeksu karnego wymienione w przypisie 3), s. 220-221.

<sup>19</sup> Zob. W. Marcinkowski, *Kodeks...*, s. 252.

3 k.k. i art. 341 § 2 k.k., choć rodzajowo podobne, różnią się. Nie widać więc, by pomiędzy tymi przepisami zachodził jakikolwiek zbieg, a jeżeli nawet zachodzi, to podlegałyby on eliminacji na zasadzie specjalności, gdyż art. 338 § 1-3 k.k. w stosunku do art. 341 § 2 k.k. w zakresie, w jakim kręgi podmiotów określonych nimi czynów są zbieżne, to bez wątpienia *lex specialis*<sup>20</sup>.

b) Inicjatorzy nowelizacji, o której mowa, nie zamierzali w ogóle objąć żołnierzy zawodowych zakresem odpowiedzialności karnej przewidzianej w art. 338 § 1-3 k.k., a zależało im jedynie na zmianie granic odpowiedzialności tych żołnierzy na gruncie art. 341 § 2 k.k. Stosowny projekt rządowy utrzymywał bowiem w art. 338 k.k. § 5 z wyraźnym zastrzeżeniem, że: „Przepisów § 1-3 nie stosuje się do żołnierzy zawodowych”<sup>21</sup>, natomiast z art. 341 § 2 k.k. usuwał wymaganie, by sprawca czynu zachowywał się „uporczywie”, nadając temu przepisowi następujące brzmienie: „Tej samej karze podlega żołnierz innej służby niż zasadnicza, który nie wykonuje obowiązku z niej wynikającego”<sup>22</sup>. Poza samym wskazaniem na „nieprecyzyjność” ustawowego wyrażenia „uporczywie”, której to oceny można było z powodzeniem nie podzielać<sup>23</sup>, uzasadnienie projektu jednoznacznie wiązało proponowaną zmianę art. 341 § 2 k.k. z „potrzebą penalizacji tego rodzaju czynu (...), jeżeli nie był uporczywy, lecz jednostkowy, a w istotnym stopniu naruszał interesy służby i

---

<sup>20</sup> Trudno nie zwrócić też uwagi na fakt, że podobnie jak obecnie, również przed wyjściem w życie wymienionej nowelizacji (w okresie od dnia 1 września 1998 r. do dnia 31 grudnia 2009 r.) istniała – co prawda w mniejszej skali, ale jednak – pewna kategoria żołnierzy, którzy odpowiadali cechom podmiotu zarówno przestępstwa określonego wówczas w art. 338 § 1-2 k.k. (bo klauzula zawarta w § 4 ich pomijała), jak przestępstwa określonego w niezmienionym art. 341 § 2 k.k. (gdyż należeli zarazem do „innej służby niż zasadnicza”). Ostatnio do tej kategorii zaliczali się jeszcze głównie szeregowi (w tym i starsi szeregowi) rezerwy odbywający ćwiczenia wojskowe. Mimo to w literaturze przedmiotu nie widać publikacji, która opowiadałaby się za dopuszczalnością kwalifikowania ówczesnych samowolnych oddaleń tych żołnierzy popełnianych „uporczywie” z obu wymienionych przepisów w zw. z art. 11 § 2 k.k.

<sup>21</sup> Zob. art. 90 pkt 2 projektu ustawy o dyscyplinie wojskowej powołanego w przypisie 4).

<sup>22</sup> Zob. art. 90 pkt 3 tego projektu.

<sup>23</sup> Wyrażenie „uporczywie” jako cecha określonego zachowania sprawcy przestępstwa na gruncie polskiego prawa karnego znane jest od dawna (znamionuje przecież np. przestępstwo niealimentacji określone w art. 209 k.k., a niegdyś w art. 186 k.k. z 1969 r.) i zasadniczo nie sprawia już trudności w wykładni. Jak zaś należy je rozumieć wprost na gruncie art. 341 § 2 k.k., wyjaśniono w motywach ustawodawczych, zaznaczając że „uporczywe” niewykonywanie obowiązku wynikającego ze służby wojskowej musi „znamionować się złą wolą, jak i cechować się brakiem pozytywnej reakcji na ponawiane wezwania do stawienia się w jednostce albo polegać na utrudnianiu przekazania takiego wezwania lub innym podobnym zachowaniu się” (zob. uzasadnienie powołane w przypisie 3, s. 221). W zgodzie z tym wyjaśnieniem pozostaje też stanowisko doktryny (zob. chociażby J. Majewski w pracy zbiorowej pod redakcją A. Zolla, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278-363, t. 3*, Zakamycze 2006, s. 1086-1087; M. Flemming, *Kodeks karny – część wojskowa. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 126; W. Marcinkowski, *Kodeks...*, s. 252) i orzecznictwa (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2003 r. WK 22/03 – OSNKW 2004 z. 2, poz. 19).

odznaczał się znaczną szkodliwością społeczną<sup>24</sup>, jednakże powodów pojawienia się tej potrzeby uzasadnienie projektu także nie precyzowało.

Jakie argumenty sprawiły, że ostatecznie art. 341 § 2 k.k. pozostał w dotychczasowym brzmieniu, zaś w znowelizowanym art. 338 k.k. zabrakło § 5, nie wiadomo. Ustawodawca przyjął bowiem bez uwag natury merytorycznej w tej materii rozwiązanie wypracowane przez podkomisję sejmową<sup>25</sup>, natomiast w samej podkomisji na posiedzeniu decydującym o kształcie tego rozwiązania w istocie też nie przeprowadzono dyskusji, gdyż padło zapewnienie poselskie, że: „Myśmy to zaakceptowali w konsultacjach wewnętrznych”<sup>26</sup>.

Mimo to, nie trudno zauważyć, że obejmując zakresem odpowiedzialności karnej przewidzianej w art. 338 § 1-3 k.k. również żołnierzy zawodowych, czyli postępując formalnie wbrew projektowi rządowemu, pod hasłem ujednolicenia tej odpowiedzialności ustawodawca w gruncie rzeczy zrealizował to, do czego zmierzał ów projekt drogą nowelizacji art. 341 § 2 k.k., tyle że w inny sposób. Nie ulega przecież wątpliwości, że przyjętym unormowaniem wyraźnie **poszerzono dotychczasowe pole penalizacji** tych czynów żołnierzy zawodowych, które polegają na samowolnej nieobecności w nakazanym czasie w jednostce wojskowej lub w wyznaczonym poza nią miejscu przebywania, a o to właśnie we wspomnianym projekcie chodziło. Ponieważ jednak w ogóle **nie wykazano takiej konieczności**, można zasadnie mówić o narażeniu tegoż unormowania na zarzut niekonstytucyjności z powodu nieuwzględnienia w należyтым stopniu zasady proporcjonalności restrykcji (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Wiadomo wszak, że wszyscy żołnierze zawodowi – w odróżnieniu od żołnierzy pochodzących z poboru – pełnią służbę wojskową dobrowolnie, przy czym stanowi ona dla nich, a często także dla ich rodzin, źródło utrzymania, wobec czego do reagowania na ich samowolną (nieusprawiedliwioną) absencję w służbie wystarczające są na ogół różne środki administracyjne bądź dyscyplinarne, zaś represja karna niezbędna jest tylko w ograniczonym zakresie jako *ultima ratio*. W zakresie szerszym, niż wynikający dotychczas z art. 341 § 2 k.k., dawałaby się przeto uzasadnić co

---

<sup>24</sup> Zob. uzasadnienie do art. 90 pkt 3 projektu, o którym mowa w przypisie 22).

<sup>25</sup> Zob. art. 91 pkt 2 projektu ustawy o dyscyplinie wojskowej, stanowiący załącznik do sprawozdania podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu tej ustawy z dnia 10 lipca 2009 r. (Sejm VI kadencji, Komisja Obrony Narodowej, druk nr 1666).

<sup>26</sup> Wynika to z odsłuchania dźwiękowego nagrania obrad podkomisji sejmowej z dnia 20 maja 2009 r., które udostępniło Archiwum Sejmu RP (sygn. 16 OBN 06 N 6). Na tej podstawie można także wysnuć wniosek, że przyjęcie owego rozwiązania miało związek z bliżej nieokreślonym wnioskiem Naczelnego Prokuratora Wojskowego, a celem było ujednolicenie odpowiedzialności karnej wszystkich żołnierzy za samowolne oddalenie na gruncie art. 338 k.k. („objęcie ich tą samą sankcją”), jednak bez podania argumentów uzasadniających to.

najwyżej w sytuacjach wymagających od żołnierzy zawodowych zachowania nadzwyczajnego stopnia dyspozycyjności. Warto bowiem tu nadmienić, że żołnierz zawodowy – jak wynika z art. 111 pkt 16 i art. 115 ust. 1 pragmatyki służbowej – podlega zwolnieniu (obligatoryjnie, decyzją administracyjną) z czynnej służby wojskowej już w wypadku „nieobecności w służbie jednorazowo przez okres trzech dni roboczych, która nie została usprawiedliwiona”<sup>27</sup>. Tego rodzaju zwolnienie z zawodowej służby wojskowej ze względu na jego skutki da się zaś porównać bardziej do zastosowania środka karnego, jakim jest zakaz wykonywania zawodu (art. 39 pkt 2 k.k.), bo z wyuczonych specjalności ściśle wojskowych z reguły trudno korzystać poza tą służbą, niż do powszechnie znanego zwolnienia z pracy, którą w tej samej profesji można wykonywać często gdzie indziej. A dodać trzeba, że zakaz wykonywania określonego zawodu jest terminowy (art. 43 § 1 k.k.), natomiast wskazane zwolnienie z zawodowej służby wojskowej bezterminowe.

Zasadność objęcia żołnierzy zawodowych zakresem odpowiedzialności karnej przewidzianej w art. 338 § 1-3 k.k. wydaje się jednak jeszcze bardziej wątpliwa z punktu widzenia innej zasady konstytucyjnej, mianowicie – choć wygląda to paradoksalnie – zasady równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP)<sup>28</sup>, gdyż według niej równość ta odnosi się jedynie do podmiotów znajdujących się w takiej samej (jednakowej) sytuacji prawnej. Tutaj zaś mamy do czynienia ze zgeneralizowanym **zrównaniem odpowiedzialności** karnej za samowolną absencję w służbie odmiennych kategorii żołnierzy, zawodowych i niezawodowych, znajdujących się w **nierównych sytuacjach** prawnych, bo zasadniczo **różniących** się m.in. sposobem pełnienia służby, który stanowi istotne kryterium dla kształtowania tej odpowiedzialności. Wiadomo, że żołnierze niezawodowi podlegają obowiązkowi zakwaterowania na terenie jednostki wojskowej („skoszarowaniu”) i w związku z tym – zgodnie z postanowieniem właściwego regulaminu – obowiązani są przebywać w tejże jednostce (jeżeli nie wyznaczono im innego służbowego miejsca przebywania) nieustannie, również w czasie wolnym od zajęć służbowych, a nawet w dni wolne od służby, potrzebując na każde jej opuszczenie albo pozostanie poza nią stosownego zezwolenia

---

<sup>27</sup> Chodzi o przepisy ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz.U. z 2010 r. Nr 90, poz. 593, ze zm.), dalej też nazywanej pragmatyką służbową. Zob. także § 11 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 29 stycznia 2008 r. w sprawie zwalniania żołnierzy zawodowych z zawodowej służby wojskowej (Dz.U. z 2014 r., poz. 670).

<sup>28</sup> Ze wstępu do uzasadnienia postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2012 r. WK 1/12 (OSNKW 2012 z. 6, poz. 70) wynika, że na tę kwestię zwrócono uwagę już na pierwszej po wejściu w życie nowelizacji art. 338 k.k. rozprawie kasacyjnej w sprawie o samowolne oddalenie żołnierza zawodowego, tyle że nastąpiło to dość marginalnie, gdyż w konkretnym wypadku nie dostrzeżono potrzeby zwracania się o rozstrzygnięcie do Trybunału Konstytucyjnego.

przełożonych<sup>29</sup>. Stąd nie ma przeszkód do kształtowania ich odpowiedzialności według kryteriów wynikających z treści art. 338 § 1-3 k.k. Żołnierze zawodowi natomiast pełnią służbę wojskową, co do zasady, w sposób podobny do świadczenia pracy ze stosunku pracy, ponieważ – w myśl przepisów pragmatyki służbowej i przepisów wydanych w jej wykonaniu – obowiązani są jedynie do stawiania się każdorazowo w jednostce wojskowej (lub w innym wyznaczonym miejscu) oraz przebywania w niej (w nim) tylko w czasie określonym ich zadaniami służbowymi, który z reguły powinien odpowiadać normie 40 godzin w tygodniu (w dopuszczalnych wyjątkach nie więcej niż przeciętnie 48 godzin w tygodniu w czteromiesięcznym okresie rozliczeniowym) i chociaż, w zależności od potrzeb, może być wyznaczany różnie, to w typowych wypadkach mieści się w przedziale od poniedziałku do piątku w godzinach od 7.30 do 15.30<sup>30</sup>. W konsekwencji też tylko w tak nazwowo i liczbowo limitowanym czasie służby potrzebują oni zezwolenia przełożonych na opuszczenie jednostki lub alternatywnego dla niej miejsca, względnie pozostawania poza nimi. Limitowany w ten sposób czas służby nie ma zastosowania wyłącznie do żołnierzy zawodowych „realizujących zadania o charakterze nadzwyczajnym niezbędne dla ochrony interesów państwa, w szczególności biorących udział w zapobieganiu skutków 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”<sup>31</sup>. Zatem jedynie w tych specyficznych wypadkach, jeżeli dla wykonania zadań służbowych o charakterze nadzwyczajnym lub chociażby pozostawania w gotowości do ich wykonywania, żołnierze zawodowe poddani zostaną okresowo obowiązkowi permanentnego przebywania w jednostce wojskowej lub w innym wyznaczonym miejscu, ich sposób pełnienia służby da się uznać za podobny do sposobu pełnienia służby przez żołnierzy niezawodowych z wszelkimi tego konsekwencjami prawnymi. Tak więc zakresem odpowiedzialności karnej przewidzianej w art. 338 § 1-3 k.k. żołnierzy zawodowych można by objąć co najwyżej też tylko w takich wypadkach i pod

---

<sup>29</sup> Zob. pkt 99 Regulaminu Ogólnego Sił Zbrojnych RP, wprowadzonego decyzją Ministra Obrony Narodowej Nr 445/MON z dnia 30 grudnia 2013 r. (Dz.Urz. MON z 2013 r., poz. 398). Identyfikacyjnie stanowił uprzednio pkt 104 Regulaminu Ogólnego Sił Zbrojnych RP wprowadzony decyzją Ministra Obrony Narodowej Nr 188 /MON z dnia 10 czerwca 2009 r. i uzupełniony decyzją tegoż Ministra Nr 507/MON z dnia 31 grudnia 2010 r. – sygn. Szt.Gen.1613/2009.

<sup>30</sup> Zob. art. 60 ust. 1-3 pragmatyki służbowej wskazanej w przepisie 28 oraz § 4-6 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 czerwca 2008 r. w sprawie czasu służby żołnierzy zawodowych (Dz.U. Nr 122, poz. 786).

<sup>31</sup> Zob. art. 60 ust. 4 te same pragmatyki służbowej. „Służby i dyżury” wskazane w tym przepisie to tzw. służby szczególne, do których odnoszą się regulacje zawarte w art. 356 i 357 k.k.

takim warunkiem. We wszystkich pozostałych wypadkach, które w końcu składają się na powszedniość, art. 338 § 1-3 k.k. określający samowolne oddalenie w każdej postaci jako przestępstwo trwałe o temporalnych znamionach strony przedmiotowej do tego się nie nadaje.

c) W związku z powyższym egzekwowanie od żołnierzy zawodowych odpowiedzialności karnej za samowolną nieobecność w służbie na podstawie art. 338 § 1-3 k.k. – oczywiście poza wymienionymi wypadkami specyficznymi – natrafia na poważne przeszkody, niekiedy nawet w stopniu, który w drodze wykładni wydaje się niezwykle trudny do pokonania.

Jak dotąd największe kontrowersje pod tym względem wywołała zalecana przez W. Marcinkowskiego metoda obliczania czasu trwania samowolnego oddalenia żołnierza zawodowego. Stwierdził on bowiem, że: „Za aktualne w tej kwestii należy uznać poglądy wyrażone przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 12 września 1986 r. U.3/86, OSNKW 1986, nr 11-12, poz. 87”<sup>32</sup>, czyli dominujące o orzecznictwie na tle art. 303 § 1 i 3 k.k. z 1969 r. w zw. z art. 242 ust. 1 ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony PRL (Dz.U. z 1984 r. Nr 7, poz. 31) w odniesieniu do ówczesnych junaków odbywających zasadniczą służbę w obronie cywilnej systemem nieskoszarowanym, który był zbliżony do systemu, w jakim na ogół pełnią służbę obecnie żołnierze zawodowi. Przypomnieć przeto trzeba, że w tejże uchwale Sąd Najwyższy przyjął, iż: „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”. W. Marcinkowski nie wspomniał jednak nawet o zdecydowanej krytyce, z którą spotkała się ta uchwała ze strony przedstawicieli zarówno doktryny<sup>33</sup>, jak i praktyki<sup>34</sup>, a była to krytyka w pełni zasłużona, gdyż podstawę przyjętego rozstrzygnięcia – jak wynika z jego uzasadnienia – stanowił czas trwania w ogóle stosunku służby, a nie czas trwania wynikającego z tego stosunku obowiązku przebywania w wyznaczonym miejscu dla wykonywania zajęć służbowych lub w gotowości do ich wykonywania, zaś tylko ten właśnie powinien być brany

---

<sup>32</sup> Zob. W. Marcinkowski, *Kodeks...*, s. 214.

<sup>33</sup> Zob. Z. Cwiakalski i A. Zoll, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego: za I półrocze 1985 r.* (Nowe Prawo 1986, nr 7-8, s. 141); *za II półrocze 1985* (Nowe Prawo 1987, nr 2, s. 76); *za II półrocze 1986 r.* (Nowe Prawo 1987, nr 11-12, s. 108-109).

<sup>34</sup> Zob. 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); *za II półrocze 1985 r.* (WPP 1987, nr 1, s. 81); *za II półrocze 1986 r.* (WPP 1988, nr 4, s. 520-521).

pod uwagę przy ustalaniu czasu popełnienia przestępstwa samowolnego oddalenia (wtedy art. 4 § 1 k.k. z 1969 r., obecnie art. 6 § 1 k.k.). Trafnie przeto teraz w starannie uargumentowanej uchwale z dnia 14 marca 2013 r. WZP 2/12, Sąd Najwyższy nie zaaprobował zapatrywania W. Marcinkowskiego i zbieżnego z nim stanowiska Naczelnego Prokuratora Wojskowego zaprezentowanego w postępowaniu o wydanie owej uchwały, stwierdzając, 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 (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”<sup>35</sup>. Trochę szkoda jedynie, że w przytoczonym sformułowaniu uchwały *in fine* zabrakło istotnego dla jej precyzyjności zastrzeżenia, które znajduje pełne oparcie w treści uzasadnienia, a które można by wyrazić słowami: „chyba że w sytuacjach wskazanych w art. 60 ust. 4 obowiązek przebywania w jednostce lub w innym wyznaczonym miejscu obejmuje również takie dni i godziny”<sup>36</sup>.

Prawidłowe z punktu widzenia ocen prawnokarnych rozstrzygnięcie przez Sąd Najwyższy wymienionej wyżej kwestii, która jest tu bez wątpienia kluczowa, nie zamyka – niestety – listy problemów do rozwiązania, bo jak zwykle najtrudniejsze pod tym względem są kwestie szczegółowe.

W świetle powołanej uchwały jest np. dość oczywiste, że – poza sytuacjami, które ma na uwadze art. 60 ust. 4 pragmatyki służbowej – najdłuższy okres jednorazowego krótkotrwałego samowolnego oddalenia żołnierza zawodowego może wynosić tylko tyle, ile wynosi czas służby tego żołnierza każdego dnia, czyli w typowych wypadkach 8 godzin. Praktycznie więc w tych wypadkach nie ma możliwości przekroczenia jednorazowym zachowaniem granicy 48 godzin, które rozdziela przestępstwo samowolnego oddalenia w postaci określonej w art. 338 § 1 k.k. od takiego przestępstwa w postaci określonej w art. 338 § 2 k.k. Co więcej, nawet zsumowanie tych godzin z pięciu dni służby w tygodniu tego też nie spowoduje. W tym celu trzeba by więc doliczać godziny służby z dalszych dni następnego tygodnia, co oznacza, że na

---

<sup>35</sup> Zob. OSNKW 2013 z. 6, poz. 46 (teza łącznie z uzasadnieniem).

<sup>36</sup> Podobną usterką „niepełności” dotknięta była też uchwała SN z dnia 18 sierpnia 2009 r. WZP 2/90 (OSNKW 2009, z. 9, poz. 73), na którą to usterkę nie bez powodu zwracał uwagę w głosie H. Kmieciak (zob. WPP 2009, nr 4, zwłaszcza s. 130-131).



przestępstwo określone w art. 338 § 2 k.k. musiałyby się składać wiele krótkotrwałych, samowolnych oddaleń, a to jest nie do pogodzenia z opisem jego znamion. Poza tym nie widać podstaw prawnych do takiego zsumowania godzin poszczególnych samowolnych oddaleń, które ma na uwadze art. 338 § 1 k.k. Niegdyś wprawdzie w orzecznictwie Sądu Najwyższego dopuszczano przyjęcie, że czyny o znamionach przestępstwa trwałego (jak np. dezercja, o której traktował art. 304 k.k. z 1969 r.) w określonych warunkach mogą składać się na jedno przestępstwo ciągłe (art. 58 tego kodeksu)<sup>37</sup>, więc mogłoby to obecnie skłaniać do rozważenia możliwości zastosowania konstrukcji czynu ciągłego (art. 12 k.k.), oczywiście *mutatis mutandis*, czyli wyłącznie gdy sprawca popełniał poszczególne krótkotrwałe oddalenia z tym samym, z góry powziętym zamiarem, jednakże byłoby to bezproduktywne. Nie bez racji zauważono już przecież w orzecznictwie sądowym, że art. 12 k.k. nie ma zastosowania w odniesieniu do tych przestępstw, których czasownikowe określenie strony przedmiotowej dopuszcza wielokrotność działania sprawcy<sup>38</sup>, a dla bytu przestępstwa określonego w art. 338 § 1 k.k. jest ona wręcz wymagana. Wygląda zatem tak, że w typowych wypadkach, w których czas służby nie trwa jednorazowo nieprzerwanie dłużej niż 48 godzin, żołnierz zawodowy za samowolną absencję w tej służbie będzie mógł ponieść odpowiedzialność karną jedynie na podstawie art. 338 § 1 k.k., nigdy zaś na podstawie art. 338 § 2 k.k., nie mówiąc już o art. 338 § 3 k.k., co – jak się wydaje – w intencji ustawodawcy wcale nie leżało. W tych wypadkach bowiem samowolne oddalenie żołnierza zawodowego nie może też trwać „przez okres powyżej 48 godzin” (art. 338 § 2 k.k.), a tym samym ani do 7 dni (także art. 338 § 2 k.k.), ani powyżej 7 dni (art. 338 § 3 k.k.). Przy okazji warto przy tym zauważyć, że „dzień” w rozumieniu tych przepisów stanowi odpowiednik „doby”, czyli jednostki czasu liczącej 24 godziny, zaś „dzień”, według którego można liczyć nieobecność żołnierza zawodowego w służbie, to jednak na ogół mniej.

d) W związku z powyższym *de lege ferenda* postulujemy powrót do wyłączenia żołnierzy zawodowych z zakresu odpowiedzialności karnej przewidzianej w art. 338 § 1-3 k.k. Może to nastąpić w formie dodania do art. 338 k.k. w jego § 5 stosownej klauzuli, tak jak proponował rządowy projekt nowelizacji tego artykułu w 2009 r., ale może też przez zmianę określenia podmiotu każdego typu przestępstwa samowolnego oddalenia – z obecnego „żołnierz” na „żołnierz niezawodowy”. W konsekwencji nastąpiłby również powrót do ponoszenia przez

---

<sup>37</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 1978 r. Rw.211/78 (OSNKW 1978, z. 7-8, poz. 81).

<sup>38</sup> Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 grudnia 2002 r. II AKa (Prokuratura i Prawo 2003, z. 9, poz. 17 dodatek), powoływany m.in. przez A. Wąska w pracy zbiorowej pod redakcją M. Filara, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 49.

żołnierzy zawodowych odpowiedzialności karnej za samowolną absencję w służbie na podstawie art. 341 § 2 k.k. Dobrze by jednak było dotychczasowe określenie podmiotu przestępstwa sypizowanego tym przepisem „żołnierz innej służby niż zasadnicza” zastąpić określeniem „żołnierz zawodowy”, jako że teraz wszyscy pozostali żołnierze mieszczą się już w kręgu podmiotów przestępstwa przewidzianego w art. 338 § 1-3 k.k. Nie widzimy też przeszkód do ewentualnego preredagowania dyspozycji art. 341 § 2 k.k. w inny sposób, pod warunkiem wszakże, iż obszar penalizacji czynu pozostanie ograniczony, a znamiona przestępstwa nie będą miały charakteru temporalnego.

Aktualne pozostają także postulaty sformułowane w artykule dotyczącym potrzeby doprecyzowania treści art. 104 § 2 k.k. oraz art. 666 § 1 k.p.k., a wynikające z radykalnej zmiany art. 338 k.k.

#### **ABSTRACT**

This article describes practical problems to apply article 338 of Penal Code. It presents professional opinions on disadvantages of regulations that determined an unauthorized leave. It covers problems related to time limitation of prosecution (art. 104 § 2 Penal Code) and temporary arresting perpetrators (art. 666 § 1 Penal Procedure Code). The newest decisions of Supreme Court and proposals *de lege ferenda* were presented as well.