

Sygn. akt: WK 3/12

POSTANOWIENIE

Dnia 12 lutego 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Wiesław Błuś (przewodniczący)

SSN Marian Buliński

SSN Jan Bogdan Rychlicki (sprawozdawca)

Protokolant : Anna Krawiec

przy udziale prokuratora Naczelnej Prokuratury Wojskowej ppłk. Anny Czapigo

w sprawie szer. rez. M. G. uniewinnionego od zarzutu popełnienia przestępstwa określonego w art. 338 § 2 k.k., po rozpoznaniu w Izbie Wojskowej na rozprawie w dniu 12 lutego 2013 r., kasacji wniesionej przez prokuratora Wojskowej Prokuratury Okręgowej w P. na niekorzyść oskarżonego od wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego w P. z dnia 4 stycznia 2012 r., utrzymującego w mocy wyrok Wojskowego Sądu Garnizonowego w P. z dnia 25 października 2011 r.

p o s t a n o w i ł

oddalić kasację, a kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego obciążyć Skarb Państwa.

UZASADNIENIE

Szer. rez. M. G. został oskarżony o to, że:

„ 1. W dniu 5 maja 2011 r. po zakończeniu obowiązującego zwolnienia lekarskiego nie stawił się w macierzystej jednostce JW. /.../ i samowolnie poza nią pozostawał

do dnia 7 maja 2011 r. kiedy to w dniu 11maja 2011 r. uzyskał zwolnienie lekarskie na okres 08.05.2011 r, do 20.05.2011 r.

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

2. w dniu 18 czerwca 2011 r. po zakończeniu obowiązującego zwolnienia lekarskiego nie stawiał się w macierzystej JW /.../ i samowolnie poza nią pozostawał do dnia 30 czerwca 2011 r. kiedy to dobrowolnie stawiał się w miejscu pełnienia służby

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

Wojskowy Sąd Garnizonowy w P. wyrokiem z dnia 25 października 2011 r. na podstawie art. 414 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. uniewinnił go od dokonania zarzucanego mu występku określonego w pkt. 1 aktu oskarżenia, natomiast uznał go za winnego popełnienia występku określonego w pkt. 2 aktu oskarżenia i na podstawie art. 338 § 3 k.k. wymierzył mu karę 2 miesięcy pozbawienia wolności, której wykonanie na podstawie art. 69 § 1 i 2 k.k. i art. 70 § 1 pkt 1 k.k. warunkowo zawiesił na okres próby lat 2.

Apelację od tego wyroku na niekorzyść oskarżonego w części uniewinniającej wniósł prokurator Wojskowej Prokuratury Garnizonowej. Zarzucił orzeczeniu „obrazę przepisu prawa materialnego w postaci art. 338 § 2 k.k. polegającej na wadliwej wykładni tego przepisu, a sprowadzającej się do uznania, iż uprawnione było wyeliminowanie soboty, tj. dnia 7.05.2011 r., z zarzutu opisanego w pkt. 1 i w konsekwencji uznanie, iż oskarżony pozostawał samowolnie poza macierzystą JW jedynie w okresie od 05.05. 2011 r. do 06.05.2011 r., podczas gdy prawidłowo ustalony stan faktyczny wymagał przypisania oskarżonemu faktu pozostawania na samowolnym oddaleniu w okresie od 05.05.2011 r. do 07.05.2011 r. do godz. 24.00 i tym samym uznania, że oskarżony dopuścił się występku określonego w art. 338 § 2 k.k., zamiast uniewinnienia oskarżonego od występku określonego w tym przepisie, w wyniku przyjęcia, iż szer. rez. G. pozostawał samowolnie poza jednostką przez okres nie przekraczający 48 godzin”. W związku z tym zarzutem prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia sądu I instancji w części dotyczącej uniewinnienia szer. rez. M. G. od

zarzutu popełnienia przestępstwa określonego w art. 338 § 2 k.k. i przekazanie sprawy w tej części do ponownego rozpoznania przez Wojskowy Sąd Garnizonowy.

Wojskowy Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 4 stycznia 2012 r., uznając apelację prokuratora za oczywiście bezzasadną utrzymał w mocy zaskarżony wyrok. Sąd odwoławczy dokonując oceny podniesionego zarzutu odwołał się do określonych regulacji ustawowych i podustawowych dotyczących czasu pełnienia służby wojskowej przez żołnierzy zawodowych (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., § 1, § 3, § 4 i 5, § 6 ust. 2 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) i wywiódł, że czas wykonywania przez żołnierzy zawodowych obowiązków wynikających z pełnienia służby wojskowej jest prawnie uregulowany a szczegółowo określa go dowódca jednostki. Natomiast w pozostałym czasie (po godzinach pełnienia służby, w dni wolne od pracy oraz dodatkowe dni wolne od pracy, a nadto kiedy żołnierzowi nie wyznaczono dodatkowych obowiązków służbowych w tych poszczególnych ramach czasowych) żołnierz ten przebywając poza jednostką nie narusza przepisów art. 338 k.k.

Kasację od wyroku Sądu odwoławczego na niekorzyść szer. rez. M. G. wniósł prokurator Wojskowej Prokuratury Okręgowej. Zaskarżając powyższe orzeczenie utrzymujące w mocy wyrok Wojskowego Sądu Garnizonowego z dnia 25 października 2011 r., uniewinniający szer. rez. M. G. od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 338 § 2 k.k. (pkt 1 aktu oskarżenia) zarzucił „rażące naruszenie obowiązującej ustawy karnej, a mianowicie przepisu art. 338 § 2 k.k., poprzez dokonanie jego błędnej i niezgodnej z wolą ustawodawcy wykładni, mającej istotny wpływ na treść orzeczenia, a polegającej – przy zaaprobowaniu wykładni tego przepisu zaprezentowanej przez Sąd I instancji – na przyjęciu, iż dni wolnych od służby, kończących okres samowolnego oddalenia żołnierza zawodowego, nie wlicza się do okresu trwania tego samowolnego oddalenia, co skutkowało uznaniem, iż oskarżony nie wyczerpał ustawowych znamion przestępstwa stypizowanego w art. 338 § 2 k.k. i jego uniewinnieniem, chociaż ustalony w sprawie i niekwestionowany stan faktyczny wskazywał, że szer. rez. M. G. spełnił wymogi odpowiedzialności za samowolne oddalenie na czas powyżej 48 godzin i nie dłużej niż 7 dni” i wniósł o:

„uchylenie wyroku Wojskowego Sądu Garnizonowego z dnia 25 października 2011 r. w części dotyczącej uniewinnienia szer. rez. M. G. od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 338 § 2 k.k. oraz uchylenie wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego z dnia 4 stycznia 2012 r. utrzymującego w mocy rozstrzygnięcie uniewinniające i w związku z powyższym, przekazanie sprawy w zaskarżonym zakresie Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania”.

Prokurator w uzasadnieniu kasacji podniósł, że Sąd odwoławczy dokonał uproszczonej oceny problematyki przestępstwa określonego w art. 338 § 2 k.k. W szczególności nie odniósł się do aktualnego, jakkolwiek ugruntowanego w tej mierze orzecznictwa opartego o wykładnię przepisu art. 303 § 3 k.k. z 1969 r. (wyrok SN z dnia 3 lipca 1984 r. OSNKW 1985 r., z. 3-4, poz. 24, uchwała SN z dnia 12 września 1986 r. OSNKW 1986 r. z. 11-12, poz. 87) oraz aktualnych poglądów doktryny w zakresie stosowania przepisu art. 338 k.k. (W. Marcinkowski, Kodeks karny, część wojskowa Komentarz, Warszawa 2011, tezy 5 i 28 s.198 i 214 oraz do postanowienia SN z dnia 7 września 2004 r. WK 17/04, niepubl.).

Autor kasacji wywodzi, że na tle nowych uregulowań prawnych dotyczących zasad pełnienia służby przez żołnierzy zawodowych zasadny jest wniosek, że od okresu samowolnego opuszczenia przez żołnierza jednostki nie należy „odejmować” *in concreto* dnia 7 maja 2001 r. do godz. 24.00, gdyż według oceny skarżącego nie ma znaczenia okoliczność, że sprawca przerwał okres samowolnego opuszczenia jednostki bezpośrednio po upływie dnia wolnego od służby przedstawiając stosowne zwolnienia lekarskie. Prokurator akcentuje, że to przerwa rzeczywista, a nie pozorna prowadzi do przerwania stanu przestępnego kwalifikowanego na podstawie art. 338 k.k. Nadto skarżący zauważa, że ustawodawca odmiennie, niż to przyjęto w przepisie art. 338 k.k. określił okresy nieobecności żołnierza w służbie jako tzw. dni robocze (art. 111 pkt. 16 cyt. wyżej ustawy), a więc w ocenie autora kasacji użycie przez ustawodawcę słów „dni” i „dni roboczych” oznacza, że ustawodawca szerzej określił zachowania żołnierzy zawodowych skutkujących odpowiedzialnością karną na podstawie art. 338 k.k. Skarżący w podsumowaniu swoich wywodów wywiódł, że oba sądy dopuściły się rażącego naruszenia prawa materialnego mającego istotny wpływ na treść wydanych orzeczeń poprzez błędną wykładnię art. 338 § 2 k.k. polegającą na wyeliminowaniu z opisu czynu

zarzucanego szer. rez. M. G. dnia 7 maja 2011 r. i przez to ograniczeniu jego „samowolnego oddalenia do okresu 5-6 maja 2011 r”.

Sąd Najwyższy po wysłuchaniu prokuratora Naczelnej Prokuratury Wojskowej popierającego kasację rozważył, co następuje.

Kasacja jest niezasadna i podlega oddaleniu z następujących powodów.

Na wstępie należało zauważyć, że Sąd pierwszej instancji nie dokonał zmiany opisu czynu z pkt. 1 lecz uniewinnił szer. rez. M. G. od zarzucanego mu w pkt. 1 aktu oskarżenia przestępstwa, a Sąd odwoławczy uznał apelację prokuratora za oczywiście bezzasadną i utrzymał w mocy zaskarżony kasacją prokuratora wyrok. Wbrew temu co podnosi skarżący Sąd odwoławczy dokonał prawidłowej wykładni przepisu art. 338 § 2 k.k., a podstawą jego rozważań były regulacje prawne zawarte w cyt. wyżej przepisach ustawy i rozporządzenia. Argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu kasacji jest całkowicie chybiona. W ocenie składu orzekającego przedstawione na poparcie stanowiska skarżącego określone judykaty Sądu Najwyższego oraz pogląd przedstawiciela doktryny nie znajdują zastosowania przy wykładni art. 338 k.k. Dotyczyły one stanu prawnego – Kodeks karny z 1969 r. art. 303 zawierającego m. in. przepis § 6, który wyłączał odpowiedzialność karną oficerów i chorążych oraz żołnierzy służby zawodowej i okresowej za popełnienie przestępstwa tzw. samowolnego oddalenia. Nie ulega więc wątpliwości, że regulacje prawne odnoszące się do tej materii, a to Kodeks karny z 1969 r. oraz Kodeks karny z 1997 r. odmiennie kształtowały odpowiedzialność karną żołnierzy zawodowych za tego rodzaju zachowania i w związku z tym wywód skarżącego o potrzebie skorzystania z wykładni art. 303 k.k. z 1969 r. jest błędny. Należało też zauważyć w tym miejscu, że powołane przez skarżącego orzeczenia Sądu Najwyższego były kontestowane w piśmiennictwie prawniczym (por. H. Kmieciak: Przegląd orzecznictwa Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego i procesowego za I półrocze 1985 r., WPP 1986, nr 3 i Z. Cwiakalski i A. Zoll: Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego za I półrocze 1985 r., NP.1986 nr 7-8 oraz za II półrocze 1985 NP. 1987 nr 2). Skład orzekający w pełni podziela te wypowiedzi. Zważywszy na kategorię wywodów skarżącego o celowości stosowania wykładni art. 338 k.k. przez pryzmat poglądów

prezentowanych w powyższych orzeczeniach należało zaakcentować, że problematyka stosowania art. 338 k.k. stała się przedmiotem oceny Sądu Najwyższego w postanowieniu z dnia 23 kwietnia 2012 r. WK 1/12 (OSNKW 2012 r, z.6 poz. 12). W szczególności Sąd Najwyższy m. in. wyraził pogląd:

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

3. Ze względu na to, że przestępstwo samowolnego oddalenia (art. 338 § 1, 2 i 3 k.k.) jest przestępstwem trwałym, w wypadku popełnienia go przez żołnierza zawodowego dni wolne od służby przerywają okresy utrzymywania stanu jego samowolnej nieobecności w swojej jednostce wojskowej lub w innym wyznaczonym miejscu, podobnie jak w ramach określonego dnia, godziny wolne od służby.”

Skład orzekający w pełni akceptuje te poglądy, a zważywszy na kompleksowość rozważań nie ma potrzeby ich powtarzania. Chybione są też wywody skarżącego o posiłkowaniu się regulacją, o której mowa w art. 111 pkt 16 cyt. ustawy bowiem dotyczy to zupełnie innej materii. Przepis ten zamieszczony został w Rozdziale 7, określającym przypadki zwalniania żołnierzy zawodowych ze służby wojskowej i przeto nie znajduje żadnego zastosowania przy wykładni art. 338 § 2 k.k. Natomiast przepisami, które mają wprost zastosowanie do czasu pełnienia przez żołnierza zawodowego służby są odpowiednie zapisy w cyt. wyżej aktach prawnych. Na kanwie tych rozważań w tej części można uczynić taką uwagę (która nie była rzecz jasna podnoszona w kasacji), że dzień 7 maja 2012 r. (sobota) jakkolwiek był dniem wolnym „od służby”, to jednakże nie był dniem ustawowo wolnym od pracy (por. szerzej postanowienie SN z dnia 23 lutego 2012 r. III KK

289/11, OSNKW 2012 r., z. 6 poz. 63). Z kolei wywody skarżącego o legalizacji pobytu szer. rez. M. G. poza jednostką poprzez uzyskanie zwolnienia lekarskiego (s. 11 uzasadnienia kasacji) rażą dowolnością.

Mając powyższe rozważania na uwadze należało kasację prokuratora Wojskowej Prokuratury Okręgowej oddalić jako niezasadną. O kosztach sądowych postępowania kasacyjnego orzeczono na podst. art. 632 pkt 2 k.p.k.