

RAFAŁ NOWORYTA

## WYZNACZANIE ŻOŁNIERZY ZAWODOWYCH NA STANOWISKA SŁUŻBOWE I ZWALNIANIE Z TYCH STANOWISK, A KWESTJA ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ ZA NIEWYKONANIE ROZKAZU PERSONALNEGO

### Streszczenie

*Przedmiotem niniejszego artykułu jest omówienie dwóch zagadnień praktycznych dotyczących problematyki stosowania przepisów o wyznaczaniu i zwalnianiu żołnierzy zawodowych ze stanowisk służbowych w kontekście ich związku z odpowiedzialnością karną. Pierwsze z tych zagadnień, dotyczy możliwości przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 343 k.k. żołnierzowi, który odmówił wykonania decyzji o wyznaczeniu go na stanowisko służbowe. Rozważania Autora skłaniają się go do postawienia tezy, że żołnierz w takim wypadku nie podlega odpowiedzialności karnej za niewykonanie rozkazu. Drugie z omawianych w artykule zagadnień dotyczy kwestii możliwości przypisania żołnierzowi, co do którego nie została wydana decyzja o zwolnieniu ze stanowiska służbowego, pomimo rozformowania jednostki wojskowej, w której pełnił on służbę, odpowiedzialności karnej za czyn z art. 338 k.k. W ocenie autora, przypisanie przewidzianego w tym przepisie znamienia samowolnego opuszczenia albo samowolnego oddalenia się poza "swoją jednostkę" będzie niedopuszczalne ze względu na fakt, iż jednostka ta nie istnieje.*

### Wstęp

Aktualny kształt regulacji zawartych w ustawie z dnia 11 września 2003 roku o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych<sup>1</sup>, zwanej w dalszej części artykułu ustawą pragmatyczną, a także w wydanych na jej podstawie aktach wykonawczych, implikuje szereg trudności w praktycznym stosowaniu przepisów o wyznaczaniu żołnierzy zawodowych na stanowiska służbowe. Powyższe problemy determinują konieczność przyjrzenia się przedmiotowym zagadnieniom w aspekcie, w jakim mogą one skutkować odpowiedzialnością karną żołnierzy zawodowych. Najdonioślejszą w tym zakresie rolę odgrywa, w ocenie autora, problematyka odpowiedzialności za typy czynów zabronionych, opisane w art. 338 k.k. i art. 343 k.k. Celem poniższych rozważań będzie przyjrzenie się dwóm wybranym zagadnieniom, jakie mogą wyłaniać się na tym tle oraz podjęcie próby znalezienia rozwiązania przedmiotowych problemów. Pierwsze z tych zagadnień będzie dotyczyło *stricte* wyznaczania żołnierzy na stanowiska służbowe, drugie natomiast, zagadnienia nierozzerwalnie z nim związanego - zwalniania żołnierzy z tych stanowisk.

### Część I

Zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy pragmatycznej, wyznaczenie żołnierza zawodowego na stanowisko służbowe, następuje w formie decyzji. Z kolei, zgodnie z pkt 16 Regulaminu

---

<sup>1</sup> Tekst jednolity Dz. U. 2010, Nr 90, poz. 593, ze zm.

Ogólnego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej<sup>2</sup>, zwanego w dalszej części artykułu Regulaminem Ogólnym, pod pojęciem rozkazu, należy rozumieć także decyzje wydane przez przełożonego. W związku z powyższym, powstaje zagadnienie, czy niewykonanie przez żołnierza np. decyzji (rozkazu personalnego) o wyznaczeniu na stanowisko służbowe, będzie implikować odpowiedzialność karną za przestępstwo z art. 343 § 1 k.k.

Przed rozpoczęciem właściwych rozważań, zachodzi jednak konieczność dokładnego wyjaśnienia użytych powyżej sformułowań, tj.: decyzja oraz rozkaz.

Ustawa pragmatyczna, zasadniczo nie zawiera definicji decyzji; jedynie w art. 6 ust. 2 pkt 2 wskazuje się, że pod tym pojęciem należy rozumieć również rozkaz personalny. W ocenie autora, nie powinno nasuwać wątpliwości, że za desygnaty powyższej nazwy (na gruncie ustawy pragmatycznej) rozumieć należy, wydawane przez organy administracji, indywidualne, władcze akty stosowania prawa administracyjnego<sup>3</sup>.

Z kolei ustawowa definicja rozkazu znajduje się w art. 115 § 18 Kodeksu karnego. Zgodnie z tym przepisem, rozkazem jest polecenie określonego działania lub zaniechania wydane służbowo żołnierzowi przez przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem. Natomiast, zgodnie z art. 15 Regulaminu Ogólnego rozkaz jest poleceniem określonego działania lub zaniechania, wydanym służbowo żołnierzowi przez przełożonego (uprawnionego starszego). Jak zostało już wskazane powyżej, powołaną definicję uzupełnia pkt 16 Regulaminu Ogólnego, zgodnie z którym, ilekroć mowa w regulaminie o rozkazie, należy przez to rozumieć również decyzje wydane przez przełożonego. Na tym etapie rozważań należy stwierdzić, że pkt 16 Regulaminu Ogólnego wprowadza jedyną istotną z punktu widzenia przedmiotowych rozważań, różnicę pomiędzy obiema wyżej wymienionymi definicjami rozkazu. W związku z powyższym, należy ustalić zakres znaczeniowy użytego sformułowania decyzja, celem wyjaśnienia znaczenia pojęcia rozkaz na gruncie Regulaminu Ogólnego.

W ocenie autora sens semantyczny przedmiotowego pojęcia, na gruncie Regulaminu Ogólnego, będzie tożsamy z jego zakresem znaczeniowym, na gruncie ustawy pragmatycznej; desygnatami będą wydawane przez przełożonych mających kompetencje organu, indywidualne, władcze akty stosowania prawa administracyjnego. Stwierdzenie powyższe implikuje wniosek, iż na gruncie Regulaminu Ogólnego, indywidualne akty stosowania prawa administracyjnego wydane przez przełożonych, będą również desygnatami pojęcia rozkaz.

Na tym etapie rozważań należy z całą mocą podkreślić, iż nie stanowią decyzji (a zatem i rozkazów), w rozumieniu pkt 16 Regulaminu Ogólnego, akty stanowienia prawa wewnątrznie obowiązującego, które często, w szczególności gdy są wydawane przez Ministra Obrony Narodowej noszą nazwę decyzji. Dla upewnienia się co do poprawności zajętą powyżej stanowiska, należy niejako *per analogiam* odwołać się do wypowiedzi doktryny, w których odmawiano statusu rozkazu (w rozumieniu art. 115 § 18 k.k.), wydanym w Siłach Zbrojnych dokumentom normatywnym, nawet wówczas, gdy nosiły one nazwę rozkaz<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Załącznik do decyzji nr 188/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 10 czerwca 2009 roku w sprawie wprowadzenia do użytku Regulaminu Ogólnego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. Urz. MON 2009, Nr 12, poz. 132).

<sup>3</sup> Należy wskazać, że doktryna prawa administracyjnego zasadniczo definiuje decyzję administracyjną poprzez wyliczenie jej cech jako aktu administracyjnego. Na potrzeby niniejszego artykułu za wystarczające uznać należy wyliczenie dokonane powyżej, por. J. Boć, *Prawo administracyjne*, Wrocław 2010, s. 321 i n., Z. Cieślak, J. Jagielski, J. Lang, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1996, s. 186 i n., J. Lang, J. Słurzewski, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Polskie prawo administracyjne*, Warszawa 1995, s. 194 i n.

<sup>4</sup> J. Ziewiński, *Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, Warszawa 1986, s. 66, S. Hoc, *Rozkaz w kodeksie karnym*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70 urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 167, M. Czyżak, *Odrębność polskiego prawa karnego wojskowego wobec prawa karnego powszechnego*, Warszawa 2010, s. 101, A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Ćwiąkalski, M.

Pogląd powyższy w ocenie autora, w pełni uzasadnia twierdzenie, iż akt normatywny, nawet zatytułowany „decyzja”, nie jest „decyzją” w rozumieniu pkt 16 Regulaminu Ogólnego.

Ponadto, należy stwierdzić, że pomimo, iż Regulamin Ogólny *expressis verbis* milczy co do tej kwestii, pod pojęciem rozkazu należy rozumieć jedynie decyzję która podlega wykonaniu zgodnie z przepisami Kodeksu postępowania administracyjnego. Rzecz jasna co do zasady, decyzją podlegającą wykonaniu jest decyzja ostateczna, niemniej w wypadkach gdy decyzja organu pierwszej instancji, również podlega wykonaniu, pomimo iż wciąż przysługuje od niej środek odwoławczy, również będzie stanowiła desygnat pojęcia rozkaz.

Rozważania powyższe prowadzą do konkluzji, że podlegająca wykonaniu decyzja o wyznaczeniu żołnierza zawodowego na stanowisko służbowe, jest rozkazem w rozumieniu pkt 16 Regulaminu Ogólnego. W tej części rozważań, zachodzi więc konieczność udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy odmowa wykonania lub niewykonanie takiego rozkazu, może implikować odpowiedzialność karną za przestępstwo z art. 343 § 1 k.k. Należy bowiem zwrócić uwagę, że rozszerzeniu definicji rozkazu, jaka została dokonana z chwilą wejścia w życie aktualnie obowiązującego Regulaminu Ogólnego, nie towarzyszyło rozszerzenie tej definicji na gruncie art. 115 § 18 k.k.

Rozwiązanie powyższego problemu, wymaga udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy przedmiotowe znamię rozkazu jest na gruncie art. 343 § 1 k.k. tożsame z legalną definicją tego pojęcia z art. 115 § 18 k.k., czy też może ono być rozumiane szerzej. Przed wprowadzeniem omawianego zapisu, zawartego w pkt 16 Regulaminu Ogólnego, zagadnienie to nie powodowało trudności interpretacyjnych, ze względu na daleko idące podobieństwo definicji rozkazu w Kodeksie karnym z definicją znajdującą się w uprzednio obowiązującym Regulaminie Ogólnym Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej<sup>5</sup>. Z kolei po wprowadzeniu przedmiotowego przepisu, w doktrynie pojawiła się, wypowiedź wyraźnie wskazująca, iż pojęcie rozkazu należy rozumieć identycznie na gruncie obu jednostek redakcyjnych kodeksu karnego<sup>6</sup>. Z powyższą wypowiedzią, należy się w ocenie autora zgodzić; przemawia za tym szereg argumentów.

Punkt wyjścia, stanowi zasada wyrażona w art. 42 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, zasadniczo powtórzona w art. 1 § 1 k.k. Jak podkreśla się w doktrynie, z wyrażonej w tym przepisie zasady *nullum crimen sine lege* wynika wymóg, aby opis typu czynu zabronionego zawarty był w akcie rangi ustawowej<sup>7</sup>. Na tle normy art. 42 ust. 1 Konstytucji, straciło aktualność stanowisko Sądu Najwyższego, dopuszczające uzupełnienie opisu typu czynu zabronionego w akcie niższej rangi<sup>8</sup>. Co prawda w doktrynie dopuszcza się możliwość doprecyzowania znamienia typu czynu zabronionego w takim akcie, jednakże powinien to być akt wydany w oparciu o ustawowe upoważnienie. W przypadku definicji rozkazu, nie sposób znaleźć podobnego upoważnienia w kodeksie karnym<sup>9</sup>. Ponadto, należy stwierdzić, że odwoływanie się na gruncie kodeksu karnego do definicji zawartej w innym akcie, w sytuacji gdy definicja stworzona niejako "na potrzeby" tego aktu znajduje się w art. 115 § 18 k.k.,

---

Dąbrowska-Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Komentarz do art. 343 Kodeksu karnego, teza 12*, System Informacji Prawnej Lex (Lex Omega).

<sup>5</sup> Załącznik do Decyzji nr 306/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 12 listopada 2003 roku w sprawie wprowadzenia do użytku Regulaminu Ogólnego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. Urz. MON 2003, Nr 17, poz. 191, ze zm.).

<sup>6</sup> Por. A. Marek, *Komentarz do art. 343 Kodeksu karnego, teza 2*, System Informacji Prawnej Lex (Lex Omega) wypowiedź tego autora wg. stanu prawnego na dzień 1 marca 2010 roku.

<sup>7</sup> G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. 1*, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 36 i n.

<sup>8</sup> Wyrok SN z dnia 21 grudnia 1995 r. - sygn. akt II KRN 158/95; OSN PriPr 1996, nr 6, poz. 2.

<sup>9</sup> R. Dębski, *O przepisach blankietowych w prawie karnym. Uwagi wprowadzające.*, Acta Universitatis Lodzensis 1991, Folia Iuridica 47, s. 18 i nast., W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 127 i n.

byłoby zabiegiem naruszającym reguły prawidłowej wykładni. Kwestią odrębną jest zagadnienie, czy akt w którym następuje doprecyzowanie ustawowego znamienia typu czynu zabronionego, może być aktem wewnątrznie obowiązującym. Na tak postawione pytanie, należy w ocenie autora udzielić odpowiedzi przeczącej.

Rozważania przedstawione powyżej w sposób jednoznaczny prowadzą do konkluzji, iż decyzje administracyjne nie stanowią rozkazów w rozumieniu art. 343 k.k. Dlatego też należy wykluczyć możliwość poniesienia odpowiedzialności karnej przez żołnierza, którego zachowanie ogranicza się jedynie do niewykonania decyzji administracyjnej wydanej przez przełożonego.

Na tym etapie rozważań, zasadnym jest ponowne odniesienie się do pojęcia rozkazu personalnego. Jak wskazano w początkowej części artykułu, rozkaz personalny jest decyzją. W związku z powyższym, w świetle przedstawionych powyżej rozważań, należy stwierdzić, że rozkaz personalny jest rozkazem w rozumieniu pkt 16 Regulaminu Ogólnego, nie jest natomiast rozkazem w rozumieniu art. 115 § 18 k.k. Dlatego też niewykonanie rozkazu personalnego nie będzie implikowało odpowiedzialności karnej żołnierza zawodowego za przestępstwo z art. 343 k.k.

Jednakże w przypadku decyzji (rozkazu personalnego) o wyznaczeniu na stanowisko służbowe, sytuacja prawna żołnierza będącego jej adresatem, może ulec dalszej komplikacji, w przypadku ukazania się w rozkazie dziennym dowódcy jednostki wojskowej "punktu", w którym dowódca "poleca" żołnierzowi objęcie obowiązków na stanowisku służbowym w określony terminie. W ocenie autora, nie powinno budzić wątpliwości, że tego rodzaju "punkt" w rozkazie dziennym stanowi rozkaz w rozumieniu art. 115 § 18 k.k.<sup>10</sup>. W związku z powyższym, jeżeli tylko, wyznaczony na stanowisko służbowe żołnierz zapozna się z tego rodzaju rozkazem np. poprzez udział w zbiórce albo apelu, na którym rozkaz ten został odczytany, czy też poprzez wydanie mu "wyciągu" z takiego rozkazu dziennego, albo też gdy treść rozkazu została mu przekazana poprzez bezpośredniego przełożonego, który zapoznaje się z rozkazem dziennym dowódcy jednostki, należy uznać, że żołnierz będzie obowiązany do wykonania rozkazu pod groźbą odpowiedzialności karnej. Dotychczasowe rozważania doktryny nakazują wyprowadzić wniosek, że irrelevantna z punktu widzenia odpowiedzialności karnej żołnierza pozostaje kwestia, czy w tego rodzaju "punkcie" zostało użyte sformułowanie "rozkazuję objąć obowiązki", czy też np. "polecam objąć obowiązki"<sup>11</sup>. Sam fakt umieszczenia tego rodzaju zapisu w rozkazie dziennym stanowi okoliczność wystarczającą dla przyjęcia, że polecenie wydane żołnierzowi miało formę rozkazu z wszystkimi konsekwencjami, jakie wiąże z tym faktem prawo karne. Kwestią odrębną, przy czym bezprzedmiotową pod względem prowadzonych w niniejszym artykule rozważań, stanowi zagadnienie, czy taki rozkaz jest zgodny z prawem, biorąc pod uwagę art. 111 pkt 7 ustawy pragmatycznej, który *expressis verbis* przewiduje sytuację odmowy pełnienia przez żołnierza służby na stanowisku i wiąże z tym faktem określone konsekwencje. Rozważając powyższą kwestię, należałoby w szczególności odnieść się do wypowiedzi Naczelnego Sądu Administracyjnego, który w swoim orzecznictwie wskazał określony kierunek wykładni wyżej wymienionego przepisu<sup>12</sup>. Jednakże rozważania te, dotyczące już problematyki kadrowej sensu *stricte*, pozostają poza zakresem tematyki odpowiedzialności karnej, ponieważ nawet stwierdzenie, że tego rodzaju rozkaz jest bezprawny, nie zmienia faktu, iż

---

<sup>10</sup> Wyrok SN z dnia 23 lutego 1972 r.; sygn. akt Rw 144/72, OSNKW 1972, nr 6, tak też J. Ziewiński, *Rozkaz... op. cit.*, s. 68.

<sup>11</sup> J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 1987, t. 2, s. 534.

<sup>12</sup> Por. przede wszystkim wyrok NSA z dnia 21 maja 2007 r.; sygn. akt I OSK 1096/06, publ. Lex nr 342531 oraz wyrok NSA z dnia 29 września 2009 r.; sygn. akt I OSK 130/09; [http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/i-osk-130-09,zolnierze\\_zawodowi,26587fd.html](http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/i-osk-130-09,zolnierze_zawodowi,26587fd.html).

korzysta on z ochrony przewidzianej dla rozkazu przez prawo karne z mocy art. 343 k.k. w zw. z art. 344 §1 k.k.

Kwestią odrębną pozostaje zagadnienie, jakie skutki wobec żołnierza może implikować, nie podporządkowanie się decyzji o wyznaczeniu na stanowisko służbowe, w sytuacji, gdy w rozkazie dziennym nie znajdzie się zapis, o jakim była mowa powyżej. Wstępna analiza zagadnienia nakazuje stwierdzić, że w takiej sytuacji możliwe będzie pociągnięcie żołnierza do odpowiedzialności w oparciu o przepisy ustawy z dnia 9 października 2009 roku o dyscyplinie wojskowej (Dz. U. 2009, nr 190, poz. 1474). Wniosek powyższy wydaje się być uprawniony, w szczególności z uwagi na treść art. 3 pkt 1 ustawy pragmatycznej, który pod pojęciem dyscypliny wojskowej, nakazuje rozumieć m. in. "przestrzeganie przez żołnierzy przepisów prawa dotyczących służby". W ocenie autora nie budzi wątpliwości, że przedmiotowe "przepisy prawa" znajdują się przede wszystkim w akcie normatywnym, jakim jest Regulamin Ogólny<sup>13</sup>.

## Część II

Z tematyką wyznaczania żołnierzy zawodowych na stanowiska służbowe, w sposób nierozzerwalny, związana jest kwestia zwalniania z tych stanowisk. W tej części rozważań, należy poprzedzić omówienie drugiego ze wspomnianych na wstępie artykułu zagadnień praktycznych, analizą przepisów ustawy, regulujących przedmiotową instytucję.

Przypadki zwalniania żołnierzy zawodowych ze stanowisk służbowych (obligatoryjne albo fakultatywne) określa art. 45 ustawy pragmatycznej. Na potrzeby dalszych rozważań, należy zwrócić szczególną uwagę treść art. 45 ust. 3a ustawy pragmatycznej. Przepis ten stanowi, iż w przypadku przeniesienia do rezerwy kadrowej lub dyspozycji albo zwolnienia z zawodowej służby wojskowej, żołnierz jest z mocy prawa zwolniony ze stanowiska służbowego. Jednakże, biorąc pod uwagę, iż przeniesienie do rezerwy kadrowej lub dyspozycji również jest dokonywane w drodze decyzji (której sentencja, w praktyce redagowana jest w następujący sposób "zwolniam z zajmowanego stanowiska służbowego i przenoszę do rezerwy kadrowej"), sytuacja zwolnienia żołnierza z zawodowej służby wojskowej jest *de facto* jedyną, w której następuje zwolnienie żołnierza ze stanowiska służbowego, bez wydania decyzji administracyjnej o zwolnieniu z tego stanowiska. W każdym innym przypadku żołnierz zajmuje stanowisko służbowe do momentu wydania wykonalnej decyzji o zwolnieniu z tego stanowiska. Tymczasem, w praktyce dochodzi niejednokrotnie do sytuacji, w których pomimo likwidacji stanowiska albo też rozformowania jednostki wojskowej (które siłą rzeczy powoduje likwidację stanowiska), nie został dopełniony ustawowy wymóg wydania decyzji o zwolnieniu żołnierza ze stanowiska służbowego. Przeprowadzona powyżej analiza przepisów ustawy pragmatycznej nakazuje jednoznacznie stwierdzić, że w świetle prawa, w tego rodzaju sytuacjach, żołnierz nadal pełni służbę na dotychczas zajmowanym stanowisku i w dotychczasowej jednostce wojskowej, pomimo że stanowisko lub jednostka już nie istnieją!

Do wyprowadzenia powyższego wniosku obliguje w ocenie autora, także treść art. 19 ustawy pragmatycznej, zgodnie z którym żołnierz zawodowy pełni służbę na stanowisku w jednostce wojskowej, w rezerwie kadrowej albo w dyspozycji. Na tym etapie rozważań wskazać należy, że z analizy powołanego przepisu wynika jednoznacznie, iż katalog wymienionych tam sytuacji ma charakter zamknięty. W związku z powyższym biorąc pod uwagę, że w omawianym stanie faktycznym nie doszło do wyznaczenia żołnierza na inne stanowisko służbowe, przeniesienia do rezerwy kadrowej ani do dyspozycji, w świetle prawa jedyną dopuszczalną konkluzją jest zawarte powyżej stwierdzenie, iż żołnierz nadal pełni

---

<sup>13</sup> Kwestia ta dotyczy *stricte* odpowiedzialności dyscyplinarnej, nie zaś karnej, w związku z czym, nie jest przedmiotem dalszych rozważań autora.

zawodową służbę wojskową na dotychczas zajmowanym stanowisku i w dotychczasowej jednostce wojskowej.

Na tle wyżej przedstawionych rozważań prawnych, rodzi się zatem pytanie, o dopuszczalność pociągnięcia takiego żołnierza do odpowiedzialności karnej za typy czynów opisane w art. 338 k.k. Wydaje się, że mniej trudności interpretacyjnych przysporzy sytuacji druga - rozformowania jednostki wojskowej. Dla dokonania prawnokarnej oceny, konieczne jest w tym wypadku przeanalizowanie znamion strony przedmiotowej omawianego typu czynu zabronionego. W art. 338 § 1 k.k., do którego odsyłają następnie przepisy § 2 i 3, jest mowa o samowolnym opuszczeniu lub samowolnym przebywaniu poza "swoją jednostką" lub „wyznaczonym miejscem przebywania”.

Analiza pierwszego z tych znamion doprowadza w ocenie autora do wniosku, że brak jest możliwości przypisania sprawcy, jego realizacji, skoro jednostka w której pełni służbę żołnierz (autor celowo używa czasu teraźniejszego) już nie istnieje. Natomiast zastosowanie zabiegu interpretacyjnego, polegającego na uznaniu za "jednostkę" w rozumieniu interpretowanego przepisu, także jej następcy prawnego, byłoby przejawem niedopuszczalnej w prawie karnym analogii na niekorzyść sprawcy<sup>14</sup>.

Warto w tym miejscu dodać, iż w praktyce zdarzają się sytuacje, w których rozformowaniu jednostki wojskowej nie towarzyszy wskazanie jej następcy prawnego, co czyni przedmiotowy zabieg interpretacyjny tym bardziej niezasadnym.

Natomiast analiza dopuszczalności przypisania żołnierzowi, samowolnego opuszczenia albo samowolnego pozostawania poza „wyznaczonym miejscem przebywania”, wymaga szerszej analizy tego znamienia. Przede wszystkim, z punktu widzenia omawianej tematyki konieczne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy pod pojęciem „wyznaczone miejsce przebywania” można rozumieć jedynie miejsce, które zostało żołnierzowi „wyznaczone” w trybie przewidzianym ustawą pragmatyczną<sup>15</sup> np. siedzibę instytucji realizującej szczególne zadania na rzecz obronności i bezpieczeństwa Państwa, czy też każde miejsce w którym nakazał przebywać żołnierzowi (w danej chwili) uprawniony przełożony. W tej kwestii, doktryna jednogłośnie wskazuje, że przedmiotowe znamię odnosi się do każdego miejsca, poza „macierzystą jednostką wojskową”, w którym przełożony nakazał żołnierzowi (choćby krótkotrwale) przebywanie<sup>16</sup>.

Powyższy wniosek może implikować daleko idące konsekwencje interpretacyjne. W pierwszej kolejności należy bowiem stwierdzić, że z mocy samego rozkazu personalnego o wyznaczeniu na stanowisko w określonej (w chwili obecnej już nieistniejącej) jednostce wojskowej, żołnierz był zobowiązany do stawiennictwa jedynie w tej jednostce. W związku z powyższym, rozformowanie jednostki, wyklucza możliwość realizacji znamion typu czynu z art. 338 k.k.

Z drugiej jednak strony, należy rozważyć sytuację, w której dojdzie do wydania żołnierzowi pełniącemu służbę w rozformowanej jednostce wojskowej, rozkazu codziennego stawiennictwa w innej jednostce, celem wykonywania zadań służbowych. W związku z powyższym, zachodzi potrzeba zastanowienia się, czy określona w takim rozkazie jednostka wojskowa, będzie stanowiła dla żołnierza „wyznaczone miejsce przebywania” o którym mowa w art. 338 k.k.

---

<sup>14</sup> Por. np. G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, J. Majewski, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks... op. cit.*, s. 45-46.

<sup>15</sup> Por. art. 22 ustawy pragmatycznej.

<sup>16</sup> W. Marcinkowski, *Zmiany w zakresie właściwości sądów wojskowych w sprawach karnych względem żołnierzy oraz pracowników cywilnych wojska*, WPP 2009, nr 1, s. 36, *Komentarz do art. 338 Kodeksu karnego*, LEX 2011, t. 20-24, W. Sieracki, *Przestępstwo samowolnego oddalenia się w świetle przepisów nowego kodeksu karnego*, WPP 1971 nr 1, s. 17, S. M. Przyjemski, *Prawo karne wojskowe*, Gdańsk 1994, s. 108, por. także wyrok SN z dnia 18 grudnia 1984 r., Rw 683/84, OSNKW 1985, nr 5-6, poz. 42.

Dla wyjaśnienia powyższej kwestii należy wskazać, że rozkaz o jakim tu mowa będzie rozkazem wydanym bez podstawy prawnej, czyli bezprawnym. Brak jest bowiem przepisu, który upoważniałby przełożonego wyższego niż dowódca jednostki „macierzystej”, do nakazania żołnierzowi codziennego stawiennictwa w innej jednostce, celem świadczenia służby na rzecz tej innej jednostki. Ustawa pragmatyczna *expressis verbis* wprowadza w art. 47 instytucję skierowania żołnierza do wykonywania zadań służbowych poza jednostką, jednakże uprawnienie to przysługuje wyłącznie dowódcy jednostki „macierzystej”. W związku z powyższym, w omawianym stanie faktycznym nie będzie istniał żaden podmiot, który byłby władny zastosować art. 47 ustawy pragmatycznej. *De lege lata* przepisy prawa nie przewidują innej, podobnej instytucji. W związku z powyższym należy stwierdzić, że wydanie tego rodzaju rozkazu będzie działaniem bezprawnym. Przedmiotowa bezprawność, w ocenie autora implikuje prawną nieskuteczność „wyznaczenia” miejsca przebywania, w świetle art. 338 k.k., co wyklucza możliwość przypisania odpowiedzialności za wymieniony typ czynu zabronionego. W związku z powyższym, w ocenie autora, żołnierz który nie wykona tego rodzaju rozkazu, nie poniesie odpowiedzialności za przestępstwo z art. 338 k.k.

Przedstawione uprzednio konkluzje, nie wykluczają jednak możliwości przypisania żołnierzowi sprawstwa przestępstwa z art. 343 k.k. Należy bowiem wskazać, że nieskuteczność wyznaczenia miejsca przebywania, w świetle art. 338 k.k., o której była mowa uprzednio, nie zmienia faktu, iż przedmiotowe wyznaczenie miejsca przebywania nastąpiło w formie rozkazu. Z kolei, warunkiem koniecznym prawnej skuteczności takiego rozkazu będzie wydanie go przez osobę przełożoną nad dowódcą jednostki, w której dotychczas pełnił służbę żołnierz. Co prawda, zgodnie z pkt 13 Regulaminu Ogólnego, przełożeni wyższego szczebla sprawują przełożenie nad żołnierzem za pośrednictwem bezpośredniego przełożonego, jednakże już pkt 25 Regulaminu Ogólnego *expressis verbis* stanowi o wydawaniu rozkazów bezpośrednio przez wyższego przełożonego. Z resztą w tego rodzaju sytuacji, należy w ocenie autora przyjąć, że wobec likwidacji jednostki, osoba przełożona nad jej dotychczasowym dowódcą, niejako *ex lege* staje się bezpośrednim przełożonym żołnierza.

Jak już była mowa na wcześniejszym etapie rozważań, przepisy art. 343 k.k. w zw. z art. 344 § 1 k.k. w sposób nie budzący wątpliwości zobowiązują żołnierzy do wykonywania także rozkazów bezprawnych, ale nie przestępnych. Dlatego też, należy stwierdzić, że żołnierz będzie obowiązany wykonać tego rodzaju rozkaz, pod rygorem narażenia się na odpowiedzialność karną<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Odrębną kwestią wymagającą pogłębionych rozważań, jest zagadnienie dopuszczalności przypisania żołnierzowi odpowiedzialności karnej z art. 338 k.k., w wypadku gdy likwidacji uległo jedynie zajmowane stanowisko służbowe, zaś właściwy organ zaniechał wydania decyzji o zwolnieniu z tego stanowiska. W ocenie autora, w tej sprawie, należy zająć stanowisko analogiczne do wyrażonego przy okazji omawiania poprzedniego zagadnienia.