



PIERWSZY PREZES
SĄDU NAJWYŻSZEGO
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, dnia 03.04. 2009 r.

BSA IV - 021- 22/09

Pan
Lech CZAPLA
Zastępca Szefa
Kancelarii Sejmu

Szanowny Panie Ministre,

W odpowiedzi na pismo z dnia 12 lutego 2009 r., Ps-25/09
uprzejmie przesyłam uwagi Sądu Najwyższego do **rządowego projektu**
 ustawy o dyscyplinie wojskowej.

Z poważaniem

Prof. dr hab. Lech GARDOCKI



SĄD NAJWYŻSZY
BIURO STUDIÓW I ANALIZ
Pl. Krasieńskich 2/4/6, 00-951 Warszawa

Warszawa, dnia 03.04. 2009 r.

BSA IV - 021 - 22/09

UWAGI

do rządowego projektu ustawy o dyscyplinie wojskowej

Niniejsza opinia ogranicza się do uwag krytycznych i propozycji w zakresie przedmiotowym wynikającym z funkcji Sądu Najwyższego określonej w art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.).

Przedstawiają się one następująco:

1) W art. 2 i częściowo w art. 3 projekt zawiera unormowania o podstawowym znaczeniu dla dyscypliny wojskowej. Wymagają one uzupełnienia i modyfikacji (o czym niżej). Zgodnie z ich treścią, a także samym tytułem ustawy („o dyscyplinie wojskowej”), w art. 1 powinno się przeto najpierw wskazać, że „Ustawa określa podstawowe zasady dyscypliny wojskowej”, a dopiero potem zamieścić sformułowania dotychczas przewidziane w tym przepisie.

2) W art. 2 ust. 3 projektu konieczne jest przede wszystkim stwierdzenie, że „Przełożony kieruje służbą podporządkowanych mu żołnierzy i ma prawo wydawania im rozkazów w sprawach służbowych”, bo są to kwestie podstawowe dla dyscypliny wojskowej, a dotychczas regulują je przepisy regulaminu ogólnego Sił Zbrojnych (głównie pkt 4) - co dalej jest nie do utrzymania. Wymieniony regulamin wprowadzony został do użytku w Siłach Zbrojnych decyzją Ministra Obrony Narodowej, więc ma charakter aktu normatywnego zbyt niskiej rangi. Wydawanie rozkazów łączy się bowiem nierozzerwalnie z ograniczaniem praw i wolności żołnierzy, a to – jak zresztą trafnie zauważono w uzasadnieniu projektu (s. 2) – musi wynikać z przepisów rangi ustawowej (art. 31 ust. 3

Konstytucji RP). Uwzględnienie tej propozycji sprawi, że ustawowemu obowiązkowi wykonywania rozkazów (art. 2 ust. 2) odpowiadać będzie też ustawowe prawo do wydawania rozkazów, łącznie stanowiąc właściwą podstawę także do unormowań Kodeksu karnego dotyczących tej kwestii (art. 115 § 18, art. 318, art. 343 i art. 344).

Określając w drugiej kolejności do czego przełożony jest obowiązany, nie można wymagać od niego „tworzenia warunków do (...) reagowania dyscyplinarnego” (tak przewidziano w art. 2 ust. 3 pkt 1), gdyż wyglądałoby to na powinność stwarzania okazji do represjonowania (art. 3 pkt 12). Przełożonego można natomiast obarczyć obowiązkiem tworzenia warunków zapewniających (umożliwiających) przestrzeganie dyscypliny wojskowej przez podporządkowanych mu żołnierzy, tak jak to czyni obowiązująca ustawa o dyscyplinie wojskowej z 1997 r. w art. 2 ust. 3.

3) Podobnie, jak w stosunku do przełożonego, również w odniesieniu do starszego stopniem wojskowym, należy w art. 2 ust. 4 najpierw określić jego wyjątkowe prawo do wydawania rozkazów młodszym stopniem, wskazując zarazem sytuacje, w których ono przysługuje. Za wzór może tu posłużyć częściowo treść pkt. 27 regulaminu ogólnego Sił Zbrojnych RP. Najogólniej da się to ująć następująco: „Żołnierz starszy stopniem wojskowym ma w sprawach służbowych prawo wydawania rozkazów żołnierzom młodszym stopniem, ale tylko gdy brak przełożonego lub innego uprawnionego organu, a 1) jednostce wojskowej lub żołnierzom zagraża bezpośrednio niebezpieczeństwo, 2) narusza się prawo, dyscyplinę wojskową lub porządek publiczny, 3) zachodzi inna szczególna sytuacja, której okoliczności wymagają natychmiastowego podjęcia działań zaradczych”. Dopiero po wprowadzeniu takiego unormowania można określić, w której z tych sytuacji starszy stopniem wojskowym na obowiązek działania.

4) Nie do przyjęcia jest uregulowanie przewidziane w art. 2 ust. 5 projektu, nakładające na żołnierza prawny obowiązek powiadamiania przełożonego (lub starszego stopniem wojskowym) o naruszeniu dyscypliny wojskowej przez innego żołnierza. Żołnierz, tak jak każda inna osoba, ma prawny obowiązek powiadomienia właściwego organu, jedynie o popełnieniu niektórych najgroźniejszych przestępstw wymienionych w art. 240 § 1 k.k. O popełnieniu innego przestępstwa ściganego z urzędu, powinność zawiadamiania ma już tylko charakter obowiązku społecznego (art. 304 § 1 k.p.k.). O popełnieniu przestępstwa ściganego na wniosek albo z oskarżenia prywatnego w ogóle nie ma żadnego obowiązku zawiadamiania, podobnie zresztą, jak i o popełnieniu wykrocze-

nia. Nakładanie przeto na żołnierza prawnego obowiązku delacji o każdym naruszeniu dyscypliny wojskowej (popętnieniu przewinienia dyscyplinarnego) mogłoby wskazywać na utratę poczucia właściwych proporcji w zakresie stopnia ochrony poszczególnych dóbr. Poza tym w praktyce życia wojskowego mogłoby doprowadzić do tworzenia atmosfery nieufności (podejrzliwości) pomiędzy żołnierzami i przez to osłabić ich dobrze pojęte więzi koleżeńskie niezbędne przy wykonywaniu zadań służbowych, zwłaszcza w sytuacjach stresujących.

W miejsce dotychczas projektowanego w art. 2 ust. 5 uregulowania należy natomiast wprowadzić inne, nakładające na żołnierza obowiązek udzielenia przełożonemu lub starszemu stopniem wojskowym, na jego wezwanie, pomocy w przywróceniu naruszonej dyscypliny wojskowej. Taki ustawowy obowiązek udzielenia pomocy spoczywa na żołnierzu (również i innej osobie) na wezwanie Żandarmerii Wojskowej (art. 17 ust. 1 pkt 13 i art. 3 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych Dz. U. Nr 123, poz. 1353 ze zm.), a jest chyba oczywiste, że w interesie dyscypliny wojskowej obowiązek ten powinien się aktualizować również na wezwanie przełożonego lub starszego stopniem wojskowym i w ten sposób, przy jej spełnieniu, uzyskać wzmoczoną ochronę prawnokarną (por. art. 348 k.k.).

5) Uregulowania zawarte w art. 5-9 projektu nie mają charakteru przepisów ogólnych dotyczących zasad dyscypliny wojskowej, gdyż są związane wyłącznie z reagowaniem dyscyplinarnym, w części od strony ustrojowej (rzecznik dyscyplinarny, sądy wojskowe), a w pozostałej części od strony samego postępowania dyscyplinarnego, wobec czego powinny być przeniesione do dalszych przepisów projektu, zaczynających się od działu III, w kolejności odpowiadającej wymaganiom zasad techniki prawodawczej (por. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej – Dz. U. Nr 100, poz. 908 ze zm.).

6) W art. 16 projektu zamieszczonym na wstępie rozdziału zatytułowanego „Zasady odpowiedzialności dyscyplinarnej”, wbrew wspomnianym wymaganiom zasad techniki prawodawczej, „pomieszane” są niektóre przepisy rzeczywiście regulujące kwestie „odpowiedzialności dyscyplinarnej”, mające charakter materialny (ust. 1, 2, 3 i 6), z niektórymi (bo jedynie „wybiórczo” przyjętymi) przepisami ustanawiającymi gwarancje postępowania dla zapewnienia jego rzetelności, które mają charakter jedynie procedu-

ralny (ust. 4 i 5). W związku z tym, aby utrzymać oba rodzaje przepisów w tym dziale, trzeba

- a) uzupełnić tytuł rozdziału, nadając mu brzmienie: „Zasady ogólne odpowiedzialności dyscyplinarnej i gwarancje postępowania”,
- b) przepisy proceduralne (ust. 4 i 5) wyodrębnić z art. 16 i przenieść na koniec rozdziału (jako np. art. 19a),
- c) przepis o charakterze materialnym (ust. 3), przewidujący jedynie możliwość rezygnacji ze stosowania kar dyscyplinarnych lub środków dyscyplinarnych, (ale nie zwalniający od ponoszenia odpowiedzialności) przenieść do przepisów regulujących wymierzanie tych kar lub środków (np. do art. 23 jako ust. 4),
- d) oba rodzaje przepisów, te pozostawione w art. 16 i te przeniesione np. do art. 19a, uzupełnić rozwiązaniami koniecznymi, ale w projekcie pominiętymi, bądź umieszczonymi w niewłaściwych miejscach.

Przepisy o charakterze materialnym (art. 16) trzeba zdecydowanie uzupełnić regulacjami, które obecnie zawarte są w art. 19-21 obowiązującej ustawy o dyscyplinie wojskowej z 1997 r., a które nie wiadomo dlaczego zostały pominięte w projekcie, abowiem

- skoro przyjmuje się (słusznie), że przewinienie dyscyplinarne można popełnić umyślnie, bądź nieumyślnie, (art. 16 ust. 2), to należy wyjaśnić, co przez to rozumie się, a nie pozostawiać tu dowolności ocen rzecznikom dyscyplinarnym i przełożonym dyscyplinarnym, z reguły nie będącym prawnikami,
- pominięcie przepisów przewidujących odpowiedzialność za nakłanianie żołnierza do popełnienia przewinienia dyscyplinarnego albo za udzielanie mu pomocy do popełnienia takiego przewinienia, nie mówiąc już o odpowiedzialności za działanie wspólnie lub w porozumieniu z inną osobą, a także wręcz za kierowanie popełnieniem przewinienia dyscyplinarnego przez innego żołnierza, jest w ogóle nie do wytłumaczenia, a może niepotrzebnie sugerować wyłączenie odpowiedzialności za tego typu szkodliwe działanie,

– brak przepisu wykluczającego odpowiedzialność zbiorową za popełnienie przewinienia dyscyplinarnego, a zapewniającego indywidualizację winy w każdym wypadku, godzi wręcz w standardy demokratycznego państwa prawnego.

Gwarancje postępowania, zapewniające jego rzetelność, (nie tylko domniemanie niewinności (art. 16 ust. 4), czy rozstrzyganie niedających się usunąć wątpliwości na korzyść obwinionego (art. 16 ust. 5), ale także przestrzeganie zasady obiektywizmu (art. 45 ust. 4) i respektowanie prawa obwinionego do obrony, w tym do korzystania z pomocy jednego obrońcy (art. 51 ust. 1)), nie powinny być porzucane po różnych częściach projektu, lecz zredagowane w jednym miejscu.

7) Wątpliwości budzi potrzeba (celowość) zamieszczenia w projekcie art. 18. W istocie bowiem przepis ten ma wyłącznie charakter informacyjny, a nie konstytutywny, ponieważ również w sytuacji jego braku sędziowie sądów wojskowych będący żołnierzami ponosiliby odpowiedzialność dyscyplinarną za przewinienia dyscyplinarne na zasadach określonych w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r.- Prawo o ustroju sądów wojskowych (Dz. U. z 2007 r., Nr 226, poz. 1676 ze zm.), a prokuratorzy i asesory wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury na zasadach określonych w ustawie z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (Dz. U. z 2008 r. Nr 7, poz. 39).

Zastanawia natomiast brak wzmianki o aplikantach będących żołnierzami, którzy – przynajmniej gdy są aplikantami w wojskowym sądzie garnizonowym – ponoszą wprawdzie odpowiedzialność za przewinienia dyscyplinarne „na zasadach odnoszących się do żołnierzy zawodowych”, lecz z określonymi odmiennościami (art. 51b i art. 53 prawa o ustroju sądów wojskowych).

8) Rozdział 2 w dziale III powinien nosić tytuł zgodny z treścią zamieszczonych w nim przepisów, zaś same przepisy muszą być usystematyzowane w odwrotnej kolejności, niż zaprojektowano. Celowe wydaje się ich rozdzielenie w dwa odrębne rozdziały.

Najważniejszy jest system kar i środków dyscyplinarnych, a więc ich wyliczenie i wskazanie na czym polegają. Stąd rozdział 2 należy zatytułować „Kary i środki dyscyplinarne”, a w ramach tego rozdziału umieścić jedynie przepisy oznaczone dotychczas jako art. 24-35. Dopiero potem można ustanowić – co chyba logiczne – reguły dotyczące wymierzania tych kar i środków dyscyplinarnych, tak jak przyjmuje się w zasadniczych ustawach przewidujących odpowiedzialność za czyny zabronione (por. Kodeks karny i

Kodeks wykroczeń). I te przepisy wypadaloby ujac w nastepnym rozdziale (2a) zatytułowanym „Wymierzanie kar dyscyplinarnych oraz stosowanie srodkow dyscyplinarnych”.

9) W wykazie kar dyscyplinarnych, który zawiera dotychczas art. 24 projektu po pkt. 3 należy umieścić karę aresztu, obecnie przewidzianą dopiero w art. 88 ust. 1 w ramach działu V „Przepisy szczególne”, zaś uregulowania zawarte w art. 88 ust. 2-11 przenieść odpowiednio do innych stosownych przepisów projektu. Nie ma przy tym potrzeby dodawać, że jest to kara aresztu „izolacyjnego”, bo ten dodatek byłby uzasadniony, gdyby utrzymano karę aresztu „koszarowego”, a tę przecież projekt znosi.

Jak wynika z projektu, karę aresztu można byłoby orzekać w razie „odwieszenia” obowiązku pełnienia zasadniczej służby wojskowej, a wymierzano by ją wyłącznie żołnierzom pełniącym tę służbę.

W związku z tym wypada zwrócić uwagę, że ustawa o powszechnym obowiązku obrony RP z dnia 21 listopada 1967 r. (Dz. U. z 2004 r. Nr 241, poz. 2416 ze zm.) nie przewiduje „zawieszenia” obowiązku pełnienia zasadniczej służby wojskowej, również w brzmieniu nadanym najnowszą nowelą z dnia 9 stycznia 2009 r. (Dz. U. Nr 22, poz. 120), czego dowodem jest choćby treść zmodyfikowanych art. 45 ust. 1, art. 46 ust. 1 i art. 55 ust. 1 pkt 1. Na podstawie art. 18 ust. 1 wymienionej noweli zaprzestano jedynie bezterminowo powoływania do odbycia tej służby, co spowoduje, że przepisy dotyczące żołnierzy tej służby w najbliższym czasie staną się martwe. Z tego powodu nie można jednak „usuwać na margines” (poza uregulowania typowe) unormowań dotyczących dyscyplinarnej kary aresztu, tak jak nie czyni się tego zresztą (i słusznie) wobec innych unormowań odnoszących się wyłącznie do żołnierzy zasadniczej służby wojskowej, zawartych w kodeksie karnym (np. art. 324 § 2, art. 336 § 1, czy art. 337), bowiem ten rodzaj czynnej służby wojskowej zostaje utrzymany.

Przeniesienie podstawowej regulacji dotyczącej kary dyscyplinarnej aresztu z art. 88 ust. 1 projektu do art. 24 projektu usunie też zaprojektowaną osobliwość, polegającą na tym, że przepis ustawy upoważniający do wydania rozporządzenia wykonawczego co do tworzenia wojskowych aresztów dyscyplinarnych (art. 79 pkt 2) „wyprzedza” przepis ustawy tworzący dopiero samą instytucję aresztu dyscyplinarnego.

Przy okazji warto też zaznaczyć, że nietrafnym pojęciem „odwieszenia” obowiązku pełnienia zasadniczej służby wojskowej, o którym mowa w powołanym art. 88 ust. 1,

projektodawca posługuje się również w innych przepisach, np. w art. 42 ust. 3, art. 56 pkt 5, art. 79 ust. 2 i art. 85 ust. 2.

10) Wątpliwości nasuwa zasadność ustanowienia środka dyscyplinarnego, o którym mowa w art. 33 ust. 1 pkt 4 projektu, w części polegającej na pozbawieniu prawa do „udziału w uroczystościach wojskowych i państwowych z udziałem wojska”, skoro podobna restrykcja wynikająca z faktu skazania za przestępstwa na karę ograniczenia wolności ma mniejszy zakres (art. 323 § 2 pkt 2 k.k.), albowiem nie dopuszcza jedynie do „udziału w uroczystościach i paradach organizowanych w jednostce wojskowej lub z udziałem jednostki”.

11) Wykonywanie dodatkowych zadań służbowych „w czasie wolnym od zajęć służbowych” oraz „w wymiarze do trzech godzin dziennie” (art. 35 ust. 1 pkt 1), mając charakter represji, powinno być wykluczone w porze nocnej. Należy przeto wprowadzić zastrzeżenie, że dopuszczalne jest tylko „do capstrzyku” (jak w obowiązującym art. 323 § 3 k.k.), względnie do godz. 22⁰⁰.

12) Art. 41 powinien zostać uzupełniony o ust. 8 zawierający unormowanie, gwarantujące odszkodowanie i zadośćuczynienie w wypadku niewątpliwie niestusznego osadzenia w izbie zatrzymań, będącego przecież pozbawieniem wolności, skoro przewiduje się to w razie uchylecia lub zmiany prawomocnego orzeczenia o wymierzeniu dyscyplinarnej kary aresztu (art. 88 ust. 11 projektu), a więc uznaje, że ogólna formuła zawarta w art. 9 o odpowiednim stosowaniu przepisów kodeksu postępowania karnego tutaj nie wystarcza.

13) Art. 43 nie wyjaśnia przed jakim organem prowadzi się postępowanie „w trybie uproszczonym”, więc w ust. 2 trzeba na zakończenie dodać „a postępowanie w trybie uproszczonym tylko przed organem orzekającym w pierwszej instancji” (jeżeli uznać, że ust. 2 jest w ogóle potrzebny).

14) Art. 49 ust. 5 powinien zaczynać się wyrazami: „O wyłączeniu lub odmowie wyłączenia postanawia” (...), gdyż postanowienie może być nie tylko pozytywne, lecz również negatywne.

15) Nie do przyjęcia jest uregulowanie zawarte w art. 50 ust.1 pkt 3 projektu, w myśl którego: „W razie wyłączenia Ministra Obrony Narodowej lub kierownika instytucji cywilnej – postępowanie dyscyplinarne wszczyna, a wszczęte przejmuje, wojskowy sąd garnizonowy”. Żadnego postępowania mającego na celu stwierdzenie popełnienia przez

kogoś czynu zabronionego, ustalenia winy sprawcy i wymierzenie mu kary sąd nie wszczyna z urzędu, lecz wyłącznie na żądanie uprawnionego oskarżyciela (por. choćby art. 14 k.p.k.). Powinno się przeto przyjąć, przynajmniej co do zasady, rozwiązanie przewidziane dotychczas w art. 51 ustawy o dyscyplinie wojskowej z 1997 r., w myśl którego w opisanym przypadku działa prokurator wojskowy. Uzasadnienie projektu nie wyjaśnia zaś dlaczego zamierza się odstąpić od tej zasady i nadać w tym wypadku postępowaniu dyscyplinarnemu charakter „inkwizycyjny”, tak by sąd sam formułował zarzuty i sam rozstrzygał co do ich zasadności.

16) Zasadniczy sprzeciw budzą uregulowania zawarte w art. 87 ust. 2 i 3 projektu, wyłączające prawo do złożenia sprzeciwu od orzeczenia wydanego w uproszczonym postępowaniu dyscyplinarnym i tym samym możliwość orzekania w trybie zwykłym, a także prawo do wniesienia zażalenia lub odwołania na postanowienia wydane w toku postępowania dyscyplinarnego oraz na postanowienia o zastosowaniu dyscyplinarnego środka zapobiegawczego, mimo że uregulowania przewiduje się do stosowania jedynie „w czasie wojny oraz pełnienia służby wojskowej po ogłoszeniu mobilizacji, stanów nadzwyczajnych, a także podczas wykonywania zadań służbowych w strefie działań wojennych oraz w przypadku użycia Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa, jak również udziału w akcjach humanitarnych, poszukiwawczych lub ratowniczych”.

Żadna z ustaw regulujących postępowanie karne albo postępowanie w sprawach o wykroczenia w czasie wojny lub ogłoszenia mobilizacji albo w czasie obowiązywania któregośkolwiek ze znanych Konstytucji RP stanów nadzwyczajnych, nie pozbawia niktogo prawa do spowodowania kontroli orzeczeń wydanych w pierwszej instancji przez organ odwoławczy, chociaż każda z nich – z zastrzeżeniem określonych warunków – mogłaby chyba to czynić w zgodzie ze standardami demokratycznego państwa prawnego, które dopuszczają ograniczenia w zakresie wolności oraz praw człowieka i obywatela. Nie widać przeto powodu, dla którego należałoby usprawiedliwić pozbawienie możliwości kontroli odwoławczej orzeczeń wydanych w sprawach o przewinienia dyscyplinarne żołnierza, zwłaszcza że kary i środki dyscyplinarne stosowane w takim postępowaniu mogą być bardzo dolegliwe, a jednym z dyscyplinarnych środków zapobiegawczych jest osadzenie w izbie zatrzymań, będące pozbawieniem wolności. Pozbawienie możliwości

kontroli odwoławczej orzeczeń o których mowa, w pozostałych sytuacjach wskazanych w art. 87 projektu należy natomiast uznać wręcz za niezgodne z Konstytucją RP.

17) Nowelizacja Kodeksu wykroczeń przewidziana w art. 89 projektu dotyczy przepisów odnoszących się do wszystkich sprawców wykroczeń, a nie tylko żołnierzy, wobec czego wątpliwe jest w ogóle dokonywanie jej ustawą o dyscyplinie wojskowej. Od strony merytorycznej można mieć zresztą też zastrzeżenia, gdyż – jak wynika z uzasadnienia projektu – modyfikacje art. 33 § 4 pkt 7 i art. 51 § 2 k.w. „mają na celu rozszerzenie okoliczności obciążających sprawców wykroczeń określonych w tych artykułach, o popełnienie ich nie tylko pod wpływem alkoholu, ale i narkotyków”, podczas gdy art. 33 § 4 k.w. wskazujący (zresztą tylko przykładowo) okoliczności obciążające, takiego rozszerzenia w pkt 7 wcale nie wymaga, albowiem zalicza do nich „działanie pod wpływem alkoholu lub innego środka odurzającego”, którym jest z pewnością narkotyk. W art. 51 § 2 k.w. nie chodzi zaś o rozszerzenie „okoliczności obciążających”, lecz o dodanie znamion czynu tworzących kwalifikowany typ wykroczenia. Ich szeroki zakres, bez uzyskania odpowiedniej wiedzy specjalistycznej, uniemożliwia racjonalne ustosunkowanie się do projektu. Z kolei wprowadzenie na podstawie art. 70 § 2 k.w. karalności podejmowania w stanie po użyciu alkoholu lub podobnie działającego środka (substancji) nie tylko czynności „zawodowych”, lecz również „służbowych”, uzasadnione zostało wyłącznie potrzebami służby wojskowej, a te nie muszą być tożsame z potrzebami innych służb.

18) Jeżeli chodzi o zmiany przepisów Kodeksu karnego przewidziane w art. 90 projektu, to

– w zmodyfikowanym art. 323 § 3 k.k. należy zastrzec, że pozostawanie w określonym miejscu w dyspozycji przełożonego może trwać w czasie od zakończenia zajęć służbowych „do capstrzyku” (jak jest obecnie) lub wprost „do godz. 22⁰⁰”, a to z powodu wskazanego wyżej w uwadze 11,

– w nowym brzmieniu art. 338 § 5 k.k. nie można ograniczyć się do wskazania, iż „§ 1-3 nie stosuje się do żołnierzy zawodowych”, bo to oznaczałoby, że stosuje się do wszystkich pozostałych żołnierzy, a przecież z tych pozostałych nie wszyscy podlegają skoszarowaniu, czyli mają obowiązek pozostawania w jednostce wojskowej lub wyzna-

czonym miejscu przebywania przez całą dobę (nie wiadomo dlaczego nie skorzystano tu przynajmniej w części z zapisu dotychczasowego art. 338 § 4 k.k.),

– pominięcie w nowym brzmieniu art. 341 § 2 k.k. znamienia „uporczywości” niewykonywania obowiązku wynikającego ze służby wojskowej prowadziłoby do niezasadnego poszerzenia penalizacji czynu, bowiem od reagowania na jednorazowe niewykonanie obowiązku są właśnie środki dyscyplinarne, a wymaganie „uporczywości” w zachowaniu jest skorelowane z wymaganiem § 1, w którym też chodzi o odmowę „wykonywania” określonego obowiązku (jeżeli nie w ogóle, to co najmniej przez pewien czas), a nie o odmowę zwykłego „wykonania” (wbrew uzasadnieniu projektu, pojęcie „uporczywości” jest zaś dobrze znane w prawie karnym od dawna, chociażby na gruncie art. 209 § 1 k.k.).

19) Należy wyrazić zdecydowany sprzeciw wobec uregulowania, które przewiduje art. 92 projektu, a które w uzasadnieniu uznaje się wręcz za „kluczowe” (s. 21). Wprowadzanie do Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia, przez dodanie do niego art. 10a, zasady ścigania na wniosek dowódcy jednostki wojskowej wykroczeń popełnionych przez żołnierzy w wypadkach, w których podlegają one orzecznictwu sądów wojskowych, jest chybione, zarówno formalnie, jak i merytorycznie.

O tym, czy wykroczenie podlega ściganiu z urzędu (jak jest na ogół), czy na żądanie osoby uprawnionej, zazwyczaj pokrzywdzonego (jak jest niekiedy), decydują przepisy prawa materialnego zawarte w Kodeksie wykroczeń. Jeżeli wykroczenie podlega ściganiu na żądanie osoby uprawnionej, a nie z urzędu, to wskazuje to zawsze przepis kodeksu powiązany z regulacją typizującą dane wykroczenie (np. art. 119 § 3, art. 123 § 2, art. 124 § 3, art. 157 § 1). Chodzi tu bowiem o jedną z zasad ponoszenia odpowiedzialności, a odpowiednie przepisy prawa procesowego zawarte w Kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia służą jedynie realizacji tej zasady. Zatem, gdyby uregulowanie przewidziane w art. 92 projektu, było w ogóle do przyjęcia, to powinno być zamieszczone w Kodeksie wykroczeń, bądź w samoistnej części ustawy o dyscyplinie wojskowej (jako szczególne), mieć charakter prawnomaterialny (bez odwoływania się do art. 10 § 1 pkt 1 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia a ze wskazaniem wprost okoliczności je warunkujących), a także ogólny (kazuistyczne wyliczenia trudno tu sobie bowiem wyobrazić).

Uregulowanie, o którym mowa, z merytorycznego punktu widzenia jest nie do przyjęcia.

Po pierwsze – wbrew temu, co sugeruje uzasadnienie projektu, nie da się tu wzorować na rozwiązaniu przyjętym w części wojskowej Kodeksu karnego, w myśl którego niektóre przestępstwa ścigane są na wniosek dowódcy jednostki wojskowej. Trzeba pamiętać, że na wniosek dowódcy jednostki wojskowej ścigane są jedynie pewne przestępstwa, które godzą wyłącznie w określone „dobra wojskowe” (por. tytuły rozdziałów XXXIX – XLIV k.k.), a ponadto mają charakter przestępstw indywidualnych, których podmiot określony został jako „żołnierz”. W związku z tym uzależnienie ich ścigania od woli dowódcy jednostki wojskowej (choć też nie wyłącznie – por. art. 660 § 1 k.p.k.), jest zrozumiałe i nie nasuwa istotniejszych zastrzeżeń. Nie ma natomiast takich typów wykroczeń, które godziłyby jedynie w jakiegokolwiek dobra „wojskowe” i które popełnić mógłby wyłącznie „żołnierz”. Wszystkie typy wykroczeń godzą bowiem w chronione prawem dobra „powszechne” (nawet te zawarte w ustawie o powszechnym obowiązku obrony RP) i mają na ogół charakter ogólnospawczy, a w każdym razie nie wymagają, by ich sprawcą mógłby być tylko „żołnierz”. Fakt, że mogą być popełnione również przez „żołnierza” nie zmienia zaś ich istoty, a o niej decydują przecież określone znamiona wykroczenia, nie zaś leżące poza nimi okoliczności popełnienia konkretnego czynu. Zaistnienie tych ostatnich, względnie ich brak, uzasadnia jedynie właściwość sądu – wojskowego albo powszechnego – do orzekania w sprawach o wykroczenia, ale bez względu na to, który sąd jest akurat uprawniony do orzekania w konkretnej sprawie, przed każdym z nich ponoszenie odpowiedzialności następuje według tych samych zasad prawnomaterialnych. Uzależnienie ścigania wykroczeń popełnionych przez żołnierzy w niektórych okolicznościach leżących poza znamionami czynu zabronionego godzącego w „powszechne” dobra chronione prawem, od wniosku dowódcy jednostki wojskowej byłoby zatem niezgodne z materialnoprawną zasadą odpowiedzialności za wykroczenia.

Po wtóre – gdyby okoliczności leżące poza znamionami czynu zabronionego, a dotyczące czasu lub miejsca popełnienia wykroczenia względnie innego powiązania wykroczenia z pełnieniem służby wojskowej, które decydują o podziale właściwości do orzekania w tych sprawach pomiędzy sądy wojskowe i powszechne (art. 10 § 1 pkt 1 k.w.), uzasadniały ściganie wykroczenia o charakterze powszechnym jedynie od wnio-

sku dowódcy jednostki wojskowej, to mogłyby w praktyce zachodzić wypadki naruszenia konstytucyjnej zasady równości obywateli wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP), bo za tak samo stypizowany czyn zabroniony, jedni ponosiliby odpowiedzialność na zasadach przewidzianych w Kodeksie wykroczeń, a inni – gdyby dowódca jednostki wojskowej wniosku o ściganie nie złożył – na zasadach przewidzianych w ustawie o dyscyplinie wojskowej, przy czym, co jest niezmiernie ważne, decydowałby o tym organ pozasądowy, mimo że sprawowanie wymiaru sprawiedliwości (także w sprawach o wykroczenia) wg. Konstytucji RP należy jednoznacznie do sądów (art. 175 ust.1). Zastanawia zatem uzasadnienie projektu (s. 22), że obecnie za wykroczenie o charakterze „powszechnym”, tyle tylko, że popełnione w pewnych okolicznościach mających związek ze służbą wojskową, nie ma możliwości objęcia żołnierza odpowiedzialnością dyscyplinarną „bez wniosku uprawnionego organu” (jak wynika z art. 18 ust. 1 pkt 3 obowiązującej ustawy o dyscyplinie wojskowej z 1997 r.), a brak tej możliwości „stanowi swoisty paradoks legislacyjny, uniemożliwiający niezwłoczne i skuteczne reagowanie przez właściwych przełożonych dyscyplinarnych”. Należy podkreślić, że nie mamy tutaj do czynienia z żadnym „paradoksem”, tylko z prawną prawidłowością.

Na marginesie niejako można zresztą dodać, że wprowadzenie niezależności odpowiedzialności dyscyplinarnej za czyn będący przewinieniem dyscyplinarnym a noszący zarazem znamiona innego czynu zabronionego (art. 17 ust. 1 i ust. 3 projektu) od odpowiedzialności przewidzianej za ten czyn, bynajmniej nie powinno uniemożliwiać przełożonemu dyscyplinarnemu niezwłocznego reagowania, pod warunkiem jednak, że będzie to zgodne z art. 47 ust. 1 pkt 5 lit. c.

20) W obrębie art. 51 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, nowelizowanej w art. 93 projektu, przy okazji trzeba wprowadzić uregulowania, których dotąd brakuje, a które są niezbędne, a mianowicie

– wyposażyć żołnierzy wojskowych organów porządkowych także w uprawnienie określone w art. 17 ust. 1 pkt 13, jeżeli nie w całości, to przynajmniej do zwracania się w nagłych wypadkach do każdego żołnierza o udzielenie doraźnej pomocy,

– nałożyć na podmioty określone w art. 17 ust.3, a przynajmniej na każdego żołnierza obowiązek udzielania pomocy żołnierzom wojskowych organów porządkowych na ich wezwanie (co stanowiłoby uzupełnienie obowiązku udzielania pomocy przełożo-

nemu lub starszemu stopniem wojskowym, którego nałożenie zaproponowano wyżej w pkt 4 niniejszej opinii).