

POSTANOWIENIE

Dnia 20 marca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Przemysław Kalinowski (przewodniczący)

SSN Małgorzata Gierszon (sprawozdawca)

SSN Jerzy Grubba

Protokolant Ewa Sokołowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Krajowej Jacka Radoniewicza
w sprawie J. Z.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 20 marca 2019 r.,

przekazanego na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Rejonowy w O.,
postanowieniem z dnia 6 grudnia 2018 r., sygn. akt II Kp [...] /18, zagadnienia
prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy:

„Czy wobec nowelizacji art. 209 k.k. wprowadzonej ustawą z dnia 23 marca 2017 roku o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów (Dz. U. 2017.952) do oceny zachowań osoby zobowiązanej do alimentacji, której obowiązek został określony co do wysokości orzeczeniem sądu, ugodą lub umową, zapoczątkowanych przed dniem 31 maja 2017 roku, stosować należy wyłącznie art. 209 k.k. w jego aktualnym brzmieniu, czy też możliwe jest skorzystanie z normy art. 4 § 1 k.k. i zastosowanie art. 209 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji - jeżeli tak, czy art. 209 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji ma zastosowanie tylko do stanów faktycznych zakończonych z dniem 30 maja 2017 roku, czy również do rozpoczętych przed dniem 31 maja 2017 roku i zakończonych po tej dacie?”

p o s t a n o w i ł
odmówić podjęcia uchwały.

UZASADNIENIE

Przekazane Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne wyłoniło się na tle następującej sytuacji procesowej.

Postanowieniem z dnia 24 września 2018 r. prokurator Prokuratury Rejonowej w O. umorzył dochodzenie w sprawie uchylania się w okresie od 15 października 2008 r. do 17 października 2015 r. w O. od wykonywania obowiązku alimentacyjnego na rzecz J. Z. określonego co do wysokości wyrokiem Sądu Wojewódzkiego w K., I C (...), przy czym łączna wysokość powstałych wskutek tego zaległości stanowiła równowartość powyżej trzech świadczeń okresowych, to jest o przestępstwo z art. 209 § 1 k.k. – wobec braku znamion czynu zabronionego.

Postanowienie to zostało zaskarżone przez pełnomocnika pokrzywdzonego J. Z., który nie formułując zarzutów podniósł (w lakoniczny sposób) brak weryfikacji w przeprowadzonym postępowaniu podstawowych kwestii związanych z uchylaniem się J. Z. od ciążącego na nim obowiązku alimentacyjnego, nieprzeprowadzenie dowodu z zeznań matki pokrzywdzonego na okoliczność narażenia pokrzywdzonego na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych oraz brak wyjaśnienia, z jakiego powodu J. Z. nie płacił zasądzonych na rzecz J. Z. alimentów. W związku z powyższym skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy prokuratorowi do ponownego postępowania.

Prokurator wnosząc o utrzymanie w mocy zaskarżonego postanowienia w piśmie z dnia 9 listopada 2018 r. zauważył, że w oparciu o informację komornika o tym, że J. Z. od lutego 2011 r. do 31 marca 2015 r. w miarę systematycznie uiszczał zasądzone na rzecz syna alimenty, to „ewentualne jego czyny popełnione przed lutym 2011 r. stosownie do dyspozycji art. 101 pkt 4 k.k. uległy przedawnieniu”.

Rozpoznając zażalenie Sąd Rejonowy w O. uznał, że w sprawie zachodzą wątpliwości sformułowane w przytoczonym na wstępie zagadnieniu prawnym i

dlatego, na podstawie art. 441 § 1 k.p.k., przekazał je Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia.

Uzasadniając swoją decyzję Sąd Rejonowy w pierwszej kolejności wskazał, że rozstrzygnięcie przedstawionego zagadnienia prawnego ma decydujące znaczenie dla rozpoznania środka odwoławczego. Od niego ma zależeć stwierdzenie negatywnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., a mianowicie braku znamion czynu zabronionego.

Przechodząc do uzasadnienia potrzeby dokonania zasadniczej wykładni art. 209 k.k. Sąd Rejonowy odniósł się do zmian dokonanych w art. 209 k.k. nowelą z dnia 23 marca 2017 r. (ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów, Dz.U. 2017 poz. 952 – powołanej dalej jako ustawa z 23 marca 2017 r.), a następnie do orzeczeń Sądu Najwyższego dotyczących znowelizowanego art. 209 kk, to jest postanowienia z dnia 25 stycznia 2018 r., I KZP 10/17 (OSNKW 2018, nr 11, poz. 73) oraz postanowienia z dnia 9 maja 2018 r., IV KK 79/18 (Lex nr 2499811). Przyznał, że stwierdzono w nich, iż konsekwencją nowelizacji art. 209 k.k. była (tylko) częściowa depenalizacja zachowań przewidzianych w poprzednim brzmieniu art. 209 k.k. Sąd Rejonowy podkreślił jednak, że te orzeczenia dotyczyły wpływu wspomnianej nowelizacji na prawomocne wyroki skazujące za przestępstwo z art. 209 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji, a tym samym wpływu na toczące się postępowanie wykonawcze i stosowanie art. 4 § 4 k.k. Natomiast sformułowane zagadnienie prawne odnosi się do wpływu dokonanej zmiany art. 209 k.k. na toczące się postępowania albo postępowania wszczęte po wejściu w życie nowelizacji (czyli od dnia 31 maja 2017 r.), których przedmiotem są czyny popełnione wyłącznie w okresie sprzed wejścia w życie nowelizacji art. 209 k.k. albo w okresie, który rozpoczął się przed wejściem w życie nowelizacji, a który zakończył się pod rządami ustawy znowelizowanej.

Uzasadniając zwrócenie się do Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego Sąd Rejonowy dokonał następnie porównania poprzedniego i obecnego brzmienia art. 209 k.k. oraz doszedł do wniosku, że z uwagi na usunięcie znamienia „uporczywości” oraz zawężenie równowartości zaległości alimentacyjnej do 3 świadczeń okresowych, a czasu opóźnienia do 3 miesięcy, od

dnia 31 maja 2017 r. w polskim porządku prawnym obowiązuje nowy typ przestępstwa. Nie można bowiem utożsamiać pojęcia „uporczywości” uchyłania się od obowiązku alimentacyjnego z uchyłaniem się od tego obowiązku w zakresie co najmniej 3 świadczeń okresowych albo gdy opóźnienie wynosi co najmniej 3 miesiące. W konsekwencji dokonana przez prawodawcę redukcja znamion czynu zabronionego doprowadziła do zaostrzenia odpowiedzialności karnej wobec osób, które uchyłają się od wykonania obowiązku alimentacyjnego.

Następnie Sąd Rejonowy zauważył, że z uwagi na treść art. 1 § 1 k.k., sprawca nie może ponosić odpowiedzialności za czyn, który w czasie jego dokonania nie był przestępstwem, a stał się nim po pewnym czasie w wyniku zmiany ustawy. Podobnie, jeśli taka zmiana ustawy wejdzie w życie w trakcie postępowania karnego, to nie jest możliwe skazanie za czyn, który w czasie jego popełnienia nie był czynem zabronionym. W przeciwnym razie ustawa karna działałaby wstecz. Odnosząc te rozważania do art. 209 k.k., Sąd stwierdził, że w związku z tym, iż w wyniku zmiany tego przepisu w polskim porządku prawnym pojawił się zupełnie inny czyn zabroniony, który jedynie potocznie określany jest mianem „niealimentacji”, to art. 209 k.k. w jego nowym brzmieniu stosować należy od dnia wejścia w życie wspomnianej noweli, czyli od dnia 31 maja 2017 r. Przepisu tego nie można stosować do czynów popełnionych przed tą datą. Stanowiłoby to „wskrzeszanie” poprzedniego brzmienia art. art. 209 k.k.

W dalszej kolejności Sąd Rejonowy przywołał praktyczne argumenty mające przemawiać za wyżej przedstawionym stanowiskiem, a mianowicie: trudności dotyczące ustalenia wysokości zaległości alimentacyjnej albo długości okresu opóźnienia płatności, gdy sprawcą jest osoba nieplacąca alimentów przez kilka lat; możliwość zakwalifikowania jako przestępstwa niealimentacji zachowania polegającego na nieplaceniu alimentów w związku z chorobą, niepełnosprawnością, czy osadzeniem w zakładzie karnym. Zdaniem Sądu Rejonowego przyjęcie możliwości kwalifikowania jako przestępstwa niealimentacji na podstawie obecnego brzmienia art. 209 k.k. także zachowań, które zostały popełnione przed wejściem w życie nowelizacji z 23 marca 2017 r. rodzi także niebezpieczeństwo przełamania zasady powagi rzeczy osądzonej. Możliwe jest bowiem postawienie zarzutu popełnienia przestępstwa niealimentacji osobom,

wobec których doszło do zatarcia ich wcześniejszego skazania za to przestępstwo. Jako ostatni argument wymieniony został brak możliwości skorzystania z instytucji przewidzianych w art. 209 § 4 i 5 k.k. przez dłużników, których zaległość alimentacyjna jest wysoka. To zdaniem Sądu Rejonowego świadczy o tym, że dopuszczalność kwalifikacji prawnej czynów popełnionych przed wejściem w życie nowelizacji art. 209 k.k. na podstawie tego przepisu w jego brzmieniu obecnie obowiązującym, prowadzi do naruszenia zasady równości wobec prawa. Wieloletni dłużnicy alimentacyjni są w gorszej sytuacji od osób, które uchylały się od płacenia alimentów od dnia wejścia w życie nowelizacji.

Prokurator Prokuratury Krajowej wniósł o odmowę podjęcia uchwały. Uzasadniając swoje stanowisko stwierdził, że przedstawione przez Sąd Rejonowy w O. zagadnienie prawne ma charakter abstrakcyjny. Przedstawiony przez ten Sąd problem nie ma znaczenie dla rozpoznania sprawy.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Przekazanie do rozpoznania Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego w trybie art. 441 § 1 k.p.k. jest możliwe jedynie wówczas, gdy łącznie spełnione są następujące przesłanki:

- w postępowaniu odwoławczym wyłoniło się „zagadnienie prawne”, czyli istotny problem interpretacyjny, a więc taki, który dotyczy przepisu rozbieżnie interpretowanego w praktyce sądowej lub przepisu o wadliwej redakcji albo niejasno sformułowanego, dającego możliwość różnych przeciwstawnych interpretacji,

- zagadnienie to wymaga „zasadniczej wykładni ustawy”, czyli przeciwdziałania rozbieżnościom interpretacyjnym, już zaistniałym w orzecznictwie bądź mogącym – z uwagi np. na istotne różnice poglądów doktryny - w nim zaistnieć, które to rozbieżności są niekorzystne dla prawidłowego funkcjonowania prawa w praktyce,

- pojawiło się ono „przy rozpoznawaniu środka odwoławczego”, a więc jest powiązane z konkretną sprawą, i to w taki sposób, że od rozstrzygnięcia tego zagadnienia prawnego zależy rozstrzygnięcie danej sprawy (zob. np. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 16 czerwca 1993 r., I KZP 14/93, Wokanda 1993, nr 11, s. 8, LEX nr 22115; z dnia 19 stycznia 2012 r., I KZP 20/11, OSNKW 2012, z. 1, poz. 4; z dnia 27 lutego 2013 r., I KZP 1/13, OSNKW 2013, z.

5, poz. 38; z dnia 24 sierpnia 2016 r., I KZP 5/16, OSNKW 2016, z. 10, poz. 66 oraz R. A. Stefański: Instytucja pytań prawnych do Sądu Najwyższego w sprawach karnych, Kraków 2001, s. 264 - 299).

Badając wystąpienie tych warunków w niniejszej sprawie stwierdzić należy, że spełniony został – i to tylko częściowo - jedynie ostatni warunek. Postanowienie z dnia 6 grudnia 2018 r. wydane zostało przez Sąd Rejonowy w O., który rozpoznawał zażalenie pełnomocnika J. Z. na postanowienie Prokuratury Rejonowej w O. z dnia 24 września 2018 r. w sprawie PR I Ds. (...) o umorzeniu dochodzenia. Nie ma zatem wątpliwości, że zagadnienie prawne pojawiło się przy rozpoznawaniu środka odwoławczego. Zgodnie z art. 441 § 1 k.p.k. skuteczne wystąpienie z pytaniem prawnym wymaga jednak wykazania przez sąd odwoławczy powiązania zagadnienia z konkretną sprawą w taki sposób, że od sposobu jego rozpoznania zależy rozstrzygnięcie owej sprawy. Innymi słowy, zaistnieć musi sytuacja procesowa, w której dokonanie wykładni określonego przepisu (przepisów) jest konieczne do wydania w sprawie prawidłowego orzeczenia. Nie może być natomiast przedmiotem pytania zagadnienie, którego rozwiązanie nie będzie ważyć na treści rozstrzygnięcia przez sąd odwoławczy (T. Grzegorzczuk: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Warszawa 2014, s. 1504; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, T. II, Warszawa 2011, s. 872; R. A. Stefański: op. cit., s. 295-299, postanowienie SN z 10 marca 1995 r., I KZP 1/95, OSNKW 1995, z. 5 - 6, poz. 37).

Przedstawione zagadnienie jedynie w części ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Zaskarżone postanowienie Prokuratora Prokuratury Rejonowej w O. dotyczyło umorzenia dochodzenia w przedmiocie uchylania się od wykonywania obowiązku alimentacyjnego w okresie trwającym od 15 października 2008 r. do 17 października 2015 r. Dlatego sformułowany w postanowieniu problem jako dotyczący także stanów faktycznych, w których uchylanie się od obowiązków alimentacyjnych rozpoczęło się przed dniem 31 maja 2017 r., a zakończyło po tej dacie, pozostaje bez znaczenia dla rozpoznawanej przez Sąd Rejonowy w O. sprawy.

W zakresie, w jakim sformułowany problem spełnia wyżej wymienioną przesłankę, nie stanowi jednak istotnego problemu interpretacyjnego

wymagającego zasadniczej wykładni ustawy. Nie jest też przedmiotem rozbieżności w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych. Tych bowiem Sąd Rejonowy nie wskazał, ograniczając się w istocie w tym zakresie do kontestowania orzecznictwa Sądu Okręgowego w K., które – w ocenie pytającego Sądu – nie zasługuje na aprobatę. Lektura uzasadnienia postanowienia z dnia 6 grudnia 2018 r. pozwala jednak na stwierdzenie, że przyczyną takiej oceny i zwrócenia się przez Sąd Rejonowy o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego było poczynienie przez ten Sąd błędnych założeń co do wykładni znamion przestępstwa z art. 209 k.k. - w brzmieniu obowiązującym po wejściu w życie ustawy z 23 marca 2017 r.

Zakres zmian dokonanych w art. 209 k.k. w wyniku tej noweli nie może prowadzić do wniosku, że doszło do całkowitej dekryminalizacji zachowań, które stanowiły przestępstwo niealimentacji na podstawie poprzedniego brzmienia tego przepisu. Tylko w takiej sytuacji możliwe byłoby stwierdzenie braku znamion czynu zabronionego i umorzenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w powołanym przez Sąd Rejonowy postanowieniu z dnia 25 stycznia 2018 r., I KZP 10/17 (OSNKW 2018, nr 11, poz. 73), zmiana art. 209 k.k. doprowadziła do dekryminalizacji, ale jedynie w odniesieniu do zachowań osób zobowiązanych do łożenia na utrzymanie osoby najbliższej, wobec których ten obowiązek nie został określony co do jego wysokości w orzeczeniu sądu, ugodzie lub umowie. To stanowisko Sąd Najwyższy potwierdził w postanowieniu z dnia 9 maja 2018 r., IV KK 79/18 (Lex nr 2499811), które również zostało przywołane w uzasadnieniu postanowienia Sądu Rejonowego. Wprawdzie orzeczenia te dotyczyły wpływu zmiany wspomnianą nowelą przepisu art. 209 k.k. na prawomocne wyroki skazujące, ale zawarte w nich tezy odnoszące się do wykładni art. 209 k.k. mają znaczenie także dla odpowiedzialności za czyn wypełniający znamiona przestępstwa z art. 209 k.k. sprzed jego nowelizacji, która to odpowiedzialność nie została jeszcze prawomocnie rozstrzygnięta.

Głównym argumentem powołanym w uzasadnieniu Sądu Rejonowego mającym przemawiać za dekryminalizacją zachowań wypełniających znamiona przestępstwa art. 209 k.k. sprzed jego nowelizacji jest rezygnacja w nowym brzmieniu art. 209 k.k. ze znamienia „uporczywości” w uchylaniu się od wykonania obowiązku alimentacyjnego. Prawodawca w jego miejsce wprowadził znamię

odnoszące się do powstania zaległości alimentacyjnej o równowartości co najmniej 3 świadczeń okresowych oraz (alternatywnie) doprowadzenia do co najmniej 3 miesięcznego opóźnienia wykonania świadczenia innego niż okresowe. Zgodzić należy się ze stwierdzeniem Sądu Rejonowego, że konsekwencją tej zmiany było zaostrzenie odpowiedzialności osób uchylających się od wykonania obowiązku alimentacyjnego. Nie może to jednak prowadzić do wniosku, że w każdym przypadku skazania na podstawie art. 209 k.k. w jego obecnym brzmieniu za czyn popełniony przed wejściem w życie nowelizacji art. 209 k.k. z 23 marca 2017 r., dochodzi do skazania za czyn, który w czasie jego dokonania nie był przestępstwem.

Wykazując błędność takiego przekonania – zawartego w uzasadnieniu Sądu Rejonowego - przede wszystkim zwrócić należy uwagę na sposób rozumienia znamienia „uporczywość” występującego w art. 209 k.k. sprzed jego nowelizacji. To ustawowe znamię miało charakter ocenny oraz obiektywno – subiektywny, łączyło bowiem w sobie dwa elementy. Jeden z nich charakteryzował zachowanie sprawcy od strony podmiotowej, a polegał na szczególnym nastawieniu psychicznym wyrażającym się w nieustępliwości, chęci postawienia na swoim (obojętnie z jakich pobudek), podtrzymywaniu własnego stanowiska na przekór ewentualnym próbom jego zmiany (mimo np. wszczęcia egzekucji cywilnej). Jako przejaw takiego nastawienia psychicznego wskazywano porzucenie pracy lub jej zmianę na gorzej płatną. Oprócz tego, przyjęcie zrealizowania znamienia uporczywości wymagało zbadania elementu obiektywnego polegającego na trwaniu takiego stanu rzeczy przez pewien dłuższy czas. Przykładowo wskazane zostało wstrzymywanie się z zapłatą kolejnych rat alimentacyjnych co najmniej przez okres 3 miesięcy lub płacenie ich nieregularnie albo w kwotach znacznie niższych od należnych. Taka właśnie wykładnia znamienia „uporczywości uchylania się” od alimentów w rozumieniu art. 209 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym włącznie do dnia 30 maja 2017 r. była praktycznie jednolicie w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych prezentowana (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 1976 r., VI KZP 13/75, OSNKW 1976, z. 7 - 8, poz. 86; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2001 r., V KKN 504/2000, OSNKW 2001, Nr 7 - 8, poz. 57; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 grudnia 2000 r., II

AKz 289/00, KZS 2000, z. 12, poz. 28; postanowienie Sądu Najwyższego z 7 listopada 2017 r., II KK 211/17, Lex nr 2417590). Natomiast stanowisko doktryny w przedmiocie sposobu rozumienia znamienia „uporczywość” nie było jednolite, ale dominował pogląd o jego obiektywno-subiektywnym charakterze, czyli zgodny ze sposobem jego rozumienia w orzecznictwie sądowym (zob. A. Wąsek, J. Warylewski, w: Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117 - 221. Tom I, pod red. A. Wąska, R. Zawłockiego, Warszawa 2010, s. 1247 - 1248; A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 475; M. Mozgawa, w: Kodeks karny. Komentarz praktyczny, pod red. M. Mozgawy, Warszawa 2010, s. 440; M. Szewczyk, w: Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117 - 277 k.k., pod red. A. Zolla, Warszawa 2013, s. 908 - 909). Warto przy tym zaakcentować, że w orzecznictwie przyjmowano, iż jeśli okres niealimentacji obejmuje 2 miesiące, to nie spełnia znamienia uporczywości (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2008 r., V KK 277/08, OSNwSK 2008, poz. 2524).

Już w świetle zaprezentowanego sposobu odczytania znamienia „uporczywości”, którego realizacja przez sprawcę była konieczna dla możliwości przypisania mu sprawstwa występkę określonego w art. 209 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym włącznie do dnia 30 maja 2017 r. dokonana przez prawodawcę zmiana art. 209 k.k. w zakresie rezygnacji ze znamienia „uporczywość” na rzecz znamion określających okres opóźnienia albo wysokość opóźnionej zaległości nie może być interpretowana jako zmiana o charakterze jakościowym, czyli taka, która świadczyłaby o podjęciu decyzji o kryminalizacji niealimentacji w oparciu o kryterium, które wcześniej nie było uwzględnione przez prawodawcę. Wymagany w poprzednim brzmieniu art. 209 § 1 k.k. obiektywno-subiektywny charakter znamienia „uporczywość” i rezygnacja z tego znamienia przez prawodawcę ustawą z 23 marca 2017 r. uprawnia stwierdzenie, że w tym zakresie rzeczywiście nowelizacja ta doprowadziła do redukcji warunków karalności tego czynu. Spośród dwóch elementów kreujących to znamię „uporczywości” pozostał jedynie element obiektywny. „Uporczywość uchylania” się od alimentów w poprzednim brzmieniu art. 209 § 1 k.k. wymagała ustalenia zarówno powtarzalności zachowania sprawcy (co znamienne w poprzednim stanie prawnym powszechnie w orzecznictwie przyjmowano, okres co najmniej 3 miesięcy, jako wymagany dla przyjęcia

„uporczywości uchylania”), ale i wykazania jego złej woli. Nowela z 23 marca 2017 r. wprowadziła zrezygnowała ze znamienia „uporczywości” uchylania się od obowiązku alimentacyjnego i w to miejsce wprowadzono sztywne określenie wysokości zaległości alimentacyjnych („jeżeli łączna wysokość powstałych wskutek tego zaległości stanowi równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych albo jeżeli opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe wynosi co najmniej 3 miesiące”), to jednak, ta zmiana, jeszcze nie oznacza, że obecnie samo powstanie zaległości alimentacyjnych w określonej kwocie lub opóźnienia w spełnieniu świadczenia innego niż okresowe, jest wystarczającą przesłanką do uznania, iż zrealizowano znamiona z art. 209 § 1 k.k. Dla bytu tego przestępstwa nieustannie i niezmiennie nie wystarczy (tak jak i poprzednio nie wystarczyło) samo potwierdzenie, że oskarżony nie płaci alimentów, do których łożenia był zobowiązany, lecz konieczne jest równoczesne ustalenie, iż od tego obowiązku „uchyla się”. W orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, utrwalił się pogląd, że uchylanie się od obowiązku łożenia na utrzymanie osoby uprawnionej do alimentacji - w rozumieniu art. 209 § 1 k.k., zarówno w brzmieniu obowiązującym przed nowelą z 23 marca 2017 r., jak i aktualnie obowiązującym – zachodzi wtedy, gdy zobowiązany mając obiektywną możliwość wykonania tego obowiązku, nie dopełnia go ze złej woli. Takie negatywne nastawienie psychiczne do świadczenia ciążących na nim alimentów i stan uchylania się przez niego od ich zapłaty, musiał (w stanie prawnym obowiązującym przed nowelą z 23 marca 2017 r. – zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą – nie mógł być krótszy niż 3 miesiące – por. uchwała Sądu Najwyższego z 9 czerwca 1976 r., VI KZP 13/75, OSNKW 1976, z. 7 - 8, poz. 86) i obecnie nadal musi (z tym że teraz w sposób sztywno określony poprzez wskazanie wysokości zaległości alimentacyjnych) trwać przez określony dłuższy czas (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 7 listopada 2017 r., II KK 211/17, Lex nr 2417590 i wskazane tam orzeczenia oraz Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II, pod red. A. Zolla, Zakamycze 2006, s. 738 – 739, Kodeks Karny. Część szczególna. Komentarz. Tom I, pod red. A. Wąska i R. Zawłockiego, Warszawa 2010, s. 1244 - 1246). Twierdzenie (a tak uważa Sąd Rejonowy), że wskutek wspomnianej samej eliminacji pojęcia „uporczywie” z dyspozycji przepisu art. 209 § 1 k.k. i zmiany tego znamienia odnoszącej się do

samego „uchylania się od obowiązku alimentacyjnego” poprzez redukcję składających się na niego elementów, prawodawca doprowadził do dekryminalizacji zachowań, które przed wejściem w życie tej zmiany wypełniały warunki wynikające z obu elementów składających się na „uporczywość”, jest zatem pozbawione podstaw. Stanowisko przeciwne (zob. M. Paprocki, Wykładnia artykułu 209 Kodeksu karnego po nowelizacji z dnia 23 marca 2017 r. – zagadnienia intertemporalne, *Probacja* 2017, nr 3, s. 141; Ł. Pohl, Zakres i skutki depenalizacji wywołanej nowelizacją przepisu określającego znamiona przestępstwa niealimentacji, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny* 2017, z. 4, s. 92) wynika właśnie z nieuwzględnienia owego obiektywno - subiektywnego charakteru znamienia „uporczywości” uchylania się od wykonania ciążącego na sprawcy obowiązku alimentacji, wymaganego już w poprzednim brzmieniu art. 209 § 1 k.k.

Odnosząc się do pozostałych przytoczonych przez Sąd Rejonowy argumentów stwierdzić należy, że całkowicie chybiony jest ten dotyczący rzekomego naruszenia art. 1 § 1 k.k. wskutek stosowania na podstawie art. 4 § 1 k.k. przepisu art. 209 k.k. w jego nowym brzmieniu do czynów popełnionych przed jego nowelizacją. Z uzasadnienia postanowienia tego Sądu wynika, że błędnie przyjmuje, iż takie czyny wypełniać będą musiały jedynie znamiona art. 209 k.k. po jego nowelizacji. Oznaczałoby to, że – w takich przypadkach - wystarczające dla skazania za niealimentację byłoby zbadanie okresu opóźnienia albo wysokości zaległości alimentacyjnej. Taka sytuacja rzeczywiście prowadziłaby do naruszenia zasady *nullum crimen sine lege*. Niemniej jednak dla pociągnięcia do odpowiedzialności za przestępstwo niealimentacji popełnione przed wejściem w życie nowelizacji z 23 marca 2017 r. czyn musi wypełniać jednocześnie znamiona opisane w poprzedniej, jak i obecnie obowiązującej wersji brzmienia art. 209 k.k. Sąd musi zatem – postępując w myśl reguł wskazanych w art. 4 § 1 k.k. - dokonać podwójnej oceny czynu – z punktu widzenia obecnego i poprzedniego brzmienia tego przepisu (zob. W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 419).

W argumentacji Sądu Rejonowego pojawił się także zarzut „wskrzeszania” poprzedniego brzmienia art. 209 k.k. Formułując go Sąd Rejonowy nie dostrzega konsekwencji wynikających z obowiązywania art. 4 § 1 k.k. Przepis ten odnosi się

do sytuacji, w której w czasie orzekania obowiązuje inna ustawa niż w czasie popełnienia przestępstwa i zawiera zasadę, zgodnie z którą w takiej sytuacji stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy (*lex mitior agit*). Tym samym, o ile został spełniony wymieniony wcześniej warunek podwójnej oceny tego samego czynu jako przestępstwa na podstawie poprzednio i obecnie obowiązującej ustawy, art. 4 § 1 k.k. dopuszcza w takiej sytuacji stosowanie obowiązującej ustawy wstecz albo stosowanie ustawy uchylonej przez prawodawcę po jej uchyleniu. Używając użytego przez Sąd Rejonowy określenia, owo „wskrzeszanie” uchylonej ustawy stanowi istotę zasady *lex mitior agit*. Dlatego zgodzić należy się z poglądem, że formalnym aktem uchylenia obowiązującej normy prawnej ustawodawca wyłącza z zakresu jej zastosowania stany faktyczne, które mogą zdarzyć się po jej uchyleniu, a tym samym zawęża zakres jej zastosowania wyłącznie do tych sytuacji, które wystąpiły przed jej uchyleniem (W. Wróbel, op. cit., s. 44).

Odniesć należy się również do wymienionych w uzasadnieniu postanowienia dodatkowych argumentów mających przemawiać za koniecznością odmiennej wykładni art. 209 k.k. Przyjmując, że na podstawie obecnie obowiązującego art. 209 k.k. istnieje możliwość zakwalifikowania jako przestępstwa niealimentacji zachowania polegającego na niepłaceniu alimentów w związku z chorobą, niepełnosprawnością, czy osadzeniem w zakładzie karnym, Sąd Rejonowy przyjmuje, że „uchylanie się” od obowiązku alimentacyjnego oznacza każdy brak realizacji tego obowiązku. W konsekwencji rezygnacja w nowym brzmieniu tego przepisu z „uporczywości” uchylania się od wykonywania tego obowiązku prowadzić miałyby do kwalifikacji jako przestępstwa niealimentacji z art. 209 § 1 k.k. każdego braku realizacji tego obowiązku, gdy łączna wysokość zaległości wyniesie równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych albo gdy opóźnienie innego świadczenia niż okresowe wyniesie co najmniej 3 miesiące. Nie można zgodzić się z takim stanowiskiem. Zawarte w art. 209 § 1 k.k. znamię czynnościowe określone jako „uchylanie się” nie oznacza – jak to już powyżej zauważono - braku wykonywania obowiązku alimentacyjnego z przyczyn obiektywnych.

Jak stwierdził Sąd Najwyższy w przywołanej uchwale z dnia 9 czerwca 1976 r., VI KZP 13/75 „uchylanie się od obowiązku łożenia na utrzymanie osoby

uprawnionej do alimentacji zachodzi wtedy, gdy zobowiązany mając obiektywną możliwość wykonania tego obowiązku, nie dopełnia go ze złej woli.” Podkreślił to również projektodawca noweli z 23 marca 2017 r., który w uzasadnieniu do projektu podkreślił, że znamię „uchylanie się” pozwoli na wykluczenie z zakresu penalizacji sytuacji, w których zobowiązany nie wykonuje obowiązku alimentacyjnego z przyczyn niezależnych od jego woli (*Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny, druk nr 1193, s. 4 - 5*). Dlatego w sytuacjach opisanych w uzasadnieniu postanowienia Sądu Rejonowego nie dochodzi do wypełnienia znamion przestępstwa niealimentacji.

Za odmienną wykładnią art. 209 k.k. nie mogą również przemawiać ewentualne trudności wynikające z konieczności dokładnego określenia czynu zarzucanego, a następnie przypisanego sprawcy, czy ryzyko naruszenia powagi rzeczy osądzonej, bo są to problemy praktyczne niezależne od dokonanej zmiany art. 209 k.k.

Nie można się również zgodzić z zarzutem naruszenia zasady równości wobec prawa w związku z wykładnią art. 209 § 1 k.k. wykluczającą dekryminalizację zachowań wypełniających znamiona art. 209 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji. Wprowadzenie w art. 209 § 4 i 5 k.k. instytucji pozwalających na umorzenie postępowania albo odstąpienie od wymiaru kary świadczy o lepszej sytuacji sprawcy, wobec którego odpowiedzialność za przestępstwo niealimentacji rozstrzygana jest po wejściu w życie nowelizacji art. 209 k.k. Dokonując wyboru ustawy względniejszej dla sprawcy Sąd bierze pod uwagę wszystkie okoliczności mające znaczenie dla odpowiedzialności oskarżonego, a zatem także możliwość skorzystania z tych instytucji. Różna wysokość zadłużenia sprawcy przestępstwa niealimentacji nie stanowi rezultatu określonej treści przepisów prawa, a jest konsekwencją zachowania sprawcy tego przestępstwa. Dlatego fakt wystąpienia tych różnic nie może świadczyć o naruszeniu zasady równości wobec prawa.

Potwierdza to również ratio legis tych instytucji. Uzasadniając wynikające z nich uprzywilejowania sprawcy przestępstwa niealimentacji, który uścił w całości zaległe alimenty, projektodawca podkreślił, że wpływ na ich ustanowienie miał charakter naruszonego dobra i przyczyny penalizacji niealimentacji. Ich celem jest przede wszystkim zapewnienie pomocy rodzinie (*Uzasadnienie do projektu ustawy*

o zmianie ustawy - Kodeks karny, druk nr 1193, s. 7). Nie chodzi zatem o wykazanie jakiegokolwiek aktu będącego wyrazem czynnego żalu sprawcy niealimentacji, ale tylko takiego, który zapewni uprawnionemu z tytułu alimentacji wszystkie należne mu środki. Poza tym, w przypadku przestępstwa kwalifikowanej niealimentacji z art. 209 § 1a k.k., nawet pomimo uiszczenia w całości zaległych alimentów w ciągu 30 dni od pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego, sąd może nie odstąpić od wymierzenia kary, jeżeli przemawiają za tym wina i społeczna szkodliwość czynu.

Reasumując stwierdzić należy, że **do oceny czynu osoby zobowiązanej do alimentacji, której obowiązek został określony co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem albo innym organem, albo inną umową, a popełnionego przed dniem 31 maja 2017 r., możliwe jest – przy respektowaniu reguł wskazanych w art. 4 § 1 k.k. - zastosowanie przepisu art. 209 k.k., zarówno w brzmieniu dotychczasowym, jak i obowiązującym obecnie.** Warunkiem jest ustalenie, że sprawca wyczerpał swoim zachowaniem znamiona przestępstwa niealimentacji wymagane w dotychczasowym brzmieniu tego przepisu, a równocześnie zrealizował wymagane dla tego przestępstwa znamiona w brzmieniu nadanym tą nowelizacją. W takiej sytuacji organ procesowy po dokonaniu takiej podwójnej oceny czynu, bądź to zastosuje ustawę nową, bądź też obowiązującą poprzednio jako względniejszą dla sprawcy.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały.