

Sygn. akt VII Ka 1044/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 listopada 2018 roku

Sąd Okręgowy w Olsztynie w VII Wydziale Karnym Odwoławczym w składzie:

Przewodniczący: SSO Leszek Wojgienica

Protokolant: st. sekr. sąd. Jolanta Jankowska

Przy udziale prokuratora Prokuratury Okręgowej Anny Winogrodzkiej - Miszczak

po rozpoznaniu w dniu 29 listopada 2018 roku sprawy D. W., syna E. i H. z d. S., urodzonego (...) w K., oskarżonego z art. 209 § 1 kk w zw. z art. 209 § 1a kk, na skutek apelacji prokuratora od wyroku Sądu Rejonowego w K. z dnia 14 września 2018 roku, w sprawie (...)

Zaskarżony wyrok uchyla i sprawę przekazuje do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w K..

VII Ka 1044/18

UZASADNIENIE

D. W. został oskarżony o to, że od dnia 21 czerwca 2013 roku do dnia 4 kwietnia 2018 roku, w K., uchylał się od wykonywania ciążącego na nim z mocy ustawy i orzeczenia sądowego obowiązku alimentacyjnego, określonego co do wysokości wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z dnia 30.12.2009 roku, w sprawie (...) poprzez nielożenie na utrzymanie osób najbliższych: córek P. W. (1) i W. W. oraz syna P. W. (2), gdzie łączna wysokość powstałych wskutek tego zaległości stanowi równowartość co najmniej trzech świadczeń okresowych, czym naraził wymienionych na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, przy czym w okresie od dnia 21 czerwca 2013 roku do dnia 30 maja 2017 roku uporczywie uchylał się od wykonywania tego obowiązku alimentacyjnego, to jest o przestępstwo z art. 209 § 1 kk w zw. z art. 209 § 1a kk.

Wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z dnia 14 września 2018 roku, w sprawie (...), wydanym na podstawie art. 335 § 1 kpk:

I. Oskarżony D. W. został uznany za winnego zarzucanego mu czynu, za który został skazany na podstawie art. 209 § 1 kk w zw. z art. 209 § 1a kk w zw. z art. 11 § 2 kk, zaś na podstawie art. 209 § 1a kk w zw. z art. 11 § 3 kk w zw. z art. 34 § 1a pkt 1 kk w zw. z art. 35 § 1 kk wymierzono mu karę 1 roku ograniczenia wolności z obowiązkiem wykonywania nieodpłatnej kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze 30 godzin miesięcznie;

II. Na podstawie art. 34 § 3 kk w zw. z art. 72 § 1 pkt 3 kk zobowiązano oskarżonego do wykonywania ciążącego na nim obowiązku alimentacyjnego na utrzymanie małoletnich dzieci;

III. Na podstawie art. 624 § 1 kpk oskarżony został zwolniony od kosztów sądowych.

Apelację do tego wyroku wniósł prokurator, który zaskarżył go na korzyść oskarżonego w części dotyczącej błędnego wskazania podstawy prawnej kary wymierzonej oskarżonemu w pkt I, na podstawie art. 427 § 1 i 2 kpk i art. 438 pkt 1 kpk zarzucając obrazę przepisów prawa materialnego, to jest art. 11 § 2 kk, polegającą na jego zastosowaniu i uznaniu D. W. za winnego czynu z art. 209 § 1 kk w zw. z art. 209 § 1a kk w zw. z art. 11 § 2 kk oraz oparciu wymiaru kary na podstawie art. 209 § 1a kk w zw. z art. 11 § 3 kk, podczas gdy oskarżony jest sprawcą jednego przestępstwa, określonego w art. 209 § 1 kk w zw. z art. 209 § 1a kk.

Podnosząc powyższy zarzut autor apelacji sformułował wnioski o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez wskazanie art. 209 § 1a kk, jako podstawy prawnej wymierzenia oskarżonemu kary ograniczenia wolności.

Sąd odwoławczy zważył, co następuje:

Zarzut apelacji, którego następstwem był wniosek o zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie węższym, aniżeli wynika to z rzeczywistego zakresu zaskarżenia (skarżący nie wnosił o wyeliminowanie przepisu art. 11 § 2 kk z kwalifikacji prawnej czynu), obnażył szereg problemów w obszarze obowiązywania ustawy w czasie, jak też nadania właściwej kwalifikacji prawnej czynowi, który przed i po nowelizacji miał inaczej określone znamiona modalne. Sygnalizowane problemy wynikają zresztą wprost z treści zarzutu apelacyjnego, który nie pozostaje niestety w koincydencji z wnioskiem dotyczącym oczekiwanego rozstrzygnięcia reformatoryjnego. Z treści zaskarżonego wyroku wynika bowiem, że sąd przyjął konstrukcję prawną zbiegu przepisów ustawy, gdy tymczasem we wniosku o zmianę zaskarżonego wyroku nie pojawił się postulat o jej wyeliminowanie, ograniczony jedynie do modyfikacji podstawy prawnej wymiaru kary. Uwaga powyższa jest jednak nieistotna dla wykazania powodów uchylania zaskarżonego wyroku w oparciu o podstawę prawną z art. 440 kpk. Dwa niezależne od siebie powody legły u podstaw takiego zapatrywania sądu odwoławczego. Po pierwsze, w czynie przypisanym oskarżonemu w okresie od 21 czerwca 2013 roku do 30 maja 2017 roku prokurator nie zrezygnował z posłużenia się znamieniem „uporczywości”, które przecież w nowej ustawie zostało wyeliminowane. Nie dostrzegł tym samym, że w aktualnym stanie prawnym odpowiedzialność karna została zaostrzona, skoro ustawodawca wymaga spełnienia mniejszej liczby warunków granicznych dla wyczerpania znamion przestępstwa. Jednym ze znamion ewidentnie ograniczającym możliwość postanowienia zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 209 § 1 kk w starym stanie prawnym była „uporczywość”. Zgodnie z przepisem art. 209 § 1 kk sprzed nowelizacji, sprawcy należało udowodnić nie tylko uchylanie się od obowiązku alimentacyjnego, ale również uporczywość w realizacji tego znamienia. A skoro tak, to oczywistym jawi się wniosek, że spełnienie warunków, które aktualnie zostały wprowadzone do znowelizowanego przepisu nie jest wystarczające dla wyczerpania znamion tego samego przestępstwa w minionym stanie prawnym.

W postanowieniu SN z dnia 25 stycznia 2018 roku (I KZP 10/17, LEX nr 2429615, OSNKW 2018/3/24, Prok.i Pr.-wkł. 2018/6/6) wyrażono pogląd, że po dokonaniu zmian w art. 209 § 1 k.k. częściowa dekryminalizacja nastąpiła jedynie w odniesieniu do takich zachowań sprawców, będących zobowiązanymi na podstawie ustawy do łożenia na utrzymanie osoby najbliższej, wobec których obowiązek alimentacyjny nie został określony co do jego wysokości w orzeczeniu sądu, ugodzie lub umowie. W pozostałej części, w odniesieniu do wynikającego z ustawy obowiązku alimentacyjnego, przestępność takich zachowań nie uległa zniesieniu. W dalszej części wywodów uzasadnienia rzeczono postanowienia SN stwierdził, że brzmienie art. 209 § 1 k.k. sprzed i po nowelizacji, dokonanej ustawą z dnia 23 marca 2017 roku o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów (Dz. U. 2017, poz. 952), jakkolwiek ustawodawca wprowadził modyfikację zakresu kryminalizacji - z jednej strony zrezygnował w typie podstawowym ze skutku w postaci narażenia osoby uprawnionej na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, z drugiej natomiast - wprowadził wymóg, że w każdym wypadku (a więc również wtedy, gdy źródłem obowiązku jest ustawa) obowiązek alimentacyjny ma być określony co do wysokości w orzeczeniu sądu, wspomnianej ugodzie czy umowie oraz doprecyzował, rezygnując ze znamienia uporczywości, iż łączna wysokość powstałych wskutek uchylania się zaległości stanowić ma równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych albo jeżeli opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe wynosić będzie co najmniej 3 miesiące, to jednak rezygnacja ze znamienia uporczywości nie oznacza, by doszło do jakościowej zmiany, wobec utożsamienia znamienia „uporczywość” ze znamieniem „uchylanie się”. Jak wynika z uzasadnienia przywołanego postanowienia zabieg zrównania pojęcia „uchylanie się” z pojęciem „uporczywość” był nieodzowny, aby uzasadnić cały wywód dotyczący intertemporalnych zagadnień związanych ze zmianą przepisu ustawy, a w konsekwencji stwierdzić, że ewentualne wątpliwości mają charakter pozorny. Tymczasem, gdy się przyjrzeć bliżej dokonanej zmianie i uwzględnić potrzebę rozróżnienia pojęć „uchylanie się” oraz „uporczywość”, wnioski będą zupełnie inne, aniżeli wynika to z cytowanego orzeczenia. Wystarczy bowiem przenieść aktualny zespół znamion w przestrzeń prawną obowiązującą przed dokonaną przez ustawodawcę zmianą by stwierdzić, że sprawca czynu polegającego na uchylaniu się od obowiązku alimentacyjnego, wynikającego np. z orzeczenia sądowego, który nie

opłacił trzech świadczeń okresowych, a więc czynu znamionującego przestępstwo w aktualnym stanie prawnym, nie podlegałby odpowiedzialności karnej w stanie prawnym obowiązującym do dnia wejścia w życie nowelizacji, albowiem w starym stanie prawnym występowało dodatkowe znamię – „uporczywość”, rozumiane jako „upór, zawzięcie, utrzymywanie pewnego uciążliwego stanu” (vide: Słownik Języka Polskiego, PWN 1981, t. III). Uporczywość jest zatem czymś więcej aniżeli tylko uchylaniem się. Zresztą, jak wynika z przepisu sprzed nowelizacji w przepisie wyraźnie rozróżniono w nim te dwa terminy, wymagając od sprawcy nie tylko uchylania się, ale również swoistego nastawienia psychicznego, przejawiającego się w uporze, zawzięciu sprawcy. Dzisiaj ustawa takiego wymagania nie stawia, jakkolwiek z drugiej strony poszerza katalog działań znamionujących przestępstwo, skoro samo niespełnienie trzech świadczeń okresowych, a więc upływ czasu krótszy niż 3 miesiące, otwiera drogę do rozważenia przestępczego charakteru czynu.

Niezależnie od powyższego, i to jest druga okoliczność warunkująca orzeczenie sądu odwoławczego, zważając na treść zeznań M. W., trudno doprawdy dostrzec w zachowaniu oskarżonego znamienia uchylania się od obowiązku alimentacyjnego w okresie czasu do nowelizacji przepisu art. 209 kk. Z jej zeznań można nawet wywodzić, że oskarżony obowiązek ten realizował w różnej postaci, w zależności od możliwości, jakie stwarzało mu życie, wykorzystując te możliwości zgodnie z oczekiwaniami matki dzieci. Nie sposób zatem przyjąć by w okresie czasu do nowelizacji zachowanie oskarżonego podsyte było uporczywością w zaniechaniu spełnienia świadczeń o charakterze pieniężnym. Można stąd wywieść uzasadnione wrażenie, że wniesienie aktu oskarżenia z wnioskiem złożonym na podstawie art. 335 § 1 kpk warunkowane było zmianą przepisu ustawy, co jeszcze bardziej wzmacnia prawidłowość poglądu wyrażonego na początku niniejszego uzasadnienia. Dlatego właśnie zaskarżony wyrok uchylono, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji (art. 440 kpk w zw. z art. 438 pkt 1 kpk). Zdaniem sądu odwoławczego uwzględnieniu wniosku prokuratora towarzyszyła obraza przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 4 § 1 kk. Wniosek ten nie powinien być zatem uwzględniony, a sprawę należy rozpoznać na zasadach ogólnych, przeprowadzając cały przewód sądowy