

Sygnatura akt VI Ka 473/19

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia **31 lipca 2019 r.**

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział VI Karny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący sędzia Krzysztof Ficek

Protokolant Monika Dąbek

po rozpoznaniu w dniu 23 lipca 2019 r.

przy udziale Artura Buli Prokuratora Prokuratury Rejonowej w T.

sprawy **M. K. (1)** ur. (...) w P.

syna C. i A.

oskarżonego z art. 209§1 kk w zw. z art. 209§1a kk

na skutek apelacji wniesionej przez obrońcę oskarżonego

od wyroku Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach

z dnia 22 lutego 2019 r. sygnatura akt VI K 916/18

na mocy art. 437 kpk, art. 438 kpk, art. 624 kpk

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

– jako podstawę prawną rozstrzygnięcia z punktu 6 o karze łącznej przyjmuje art. 85 kk i art. 86 § 1 kk w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r.,

– na mocy art. 69 § 1 i 2 kk oraz art. 70 § 1 pkt 1 kk w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r. warunkowo zawiesza wykonanie orzeczonej wobec oskarżonego w punkcie 6 kary łącznej pozbawienia wolności na okres próby 5 (pięciu) lat,

– na mocy art. 72 § 1 pkt 3 kk w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 r. zobowiązuje oskarżonego do wykonywania ciężącego na nim obowiązkułożenia na utrzymanie córki W. K.;

2. w pozostałej części zaskarżony wyrok utrzymuje w mocy;

3. zwalnia oskarżonego od zapłaty kosztów sądowych postępowania odwoławczego, obciążając wydatkami Skarb Państwa.

Sygn. akt VI Ka 473/19

UZASADNIENIE

Wyrokiem Sądu Rejonowego w Tarnowskich Górach z dnia 22 lutego 2019 r., w sprawie o sygn. akt VI K 916/18:

- w punkcie 1. uznano oskarżonego M. K. (1) za winnego tego, że w okresie od maja 2013 r. do 6 stycznia 2014 r. w P. uporcezywie uchylał się od wykonania ciężącego na nim z mocy ustaw i wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z

dnia 26 września 2007 r., sygn. akt I RC 328/07 obowiązku opieki poprzez nielożenie na utrzymanie córki W. K. przez co naraził ją na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, tj. popełnienia czynu wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 209 § 1 kk w związku z art. 4 § 1 kk w brzmieniu obowiązującym w dacie czynu i za to na mocy art. 209 § 1 kk wymierzono mu karę 5 miesięcy pozbawienia wolności;

- w punkcie 2. uznano oskarżonego M. K. (1) za winnego tego, że w okresie od 7 listopada 2014 r. do czerwca 2015 r. w P. uporczywie uchylał się od wykonania ciążącego na nim z mocy ustawy i wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 26 września 2007 r., sygn. akt I RC 328/07 obowiązku opieki poprzez nielożenie na utrzymanie córki W. K. przez co naraził ją na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, tj. popełnienia czynu wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 209 § 1 kk w związku z art. 4 § 1 kk w brzmieniu obowiązującym w dacie czynu i za to na mocy art. 209 § 1 kk wymierzono mu karę 4 miesięcy pozbawienia wolności;

- w punkcie 3. uznano oskarżonego M. K. (1) za winnego tego, że w okresie od grudnia 2015 r. do lutego 2016 r. w P. uporczywie uchylał się od wykonania ciążącego na nim z mocy ustawy i wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 26 września 2007 r., sygn. akt I RC 328/07 obowiązku opieki poprzez nielożenie na utrzymanie córki W. K. przez co naraził ją na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, tj. popełnienia czynu wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 209 § 1 kk w związku z art. 4 § 1 kk w brzmieniu obowiązującym w dacie czynu i za to na mocy art. 209 § 1 kk wymierzono mu karę 3 miesięcy pozbawienia wolności;

- w punkcie 4. uznano oskarżonego M. K. (1) za winnego tego, że w okresie od czerwca 2016 r. do października 2016 r. w P. uporczywie uchylał się od wykonania ciążącego na nim z mocy ustawy i wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 26 września 2007 r., sygn. akt I RC 328/07 obowiązku opieki poprzez nielożenie na utrzymanie córki W. K. przez co naraził ją na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, tj. popełnienia czynu wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 209 § 1 kk w związku z art. 4 § 1 kk w brzmieniu obowiązującym w dacie czynu i za to na mocy art. 209 § 1 kk wymierzono mu karę 3 miesięcy pozbawienia wolności;

- w punkcie 5. uznano oskarżonego M. K. (1) za winnego tego, że w okresie od czerwca 2017 r. do kwietnia 2018 r. w P. uchylał się od wykonywania ciążącego z mocy ustawy oraz wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 26.09.2017 r., sygn. I RC 328/07 obowiązku łożenia na utrzymanie uprawnionej W. K. alimentów, gdzie łączna wartość powstałych wskutek tego zaległości stanowi równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych, co naraziło w/w na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, tj. popełnienia czynu z art. 209 § 1 kk w zw. z art. 209 § 1 a kk, przy przyjęciu, iż wyrok był wydany w roku 2007, a wyczerpującego znamiona przestępstwa z art. 209 § 1kk w zw. z art.209 § 1 a kk i za to na mocy art. 209 § 1a kk wymierzono mu karę 7 miesięcy pozbawienia wolności;

- w punkcie 6. na mocy art. 85 § 1 i 2 kk i art. 86 § 1 kk połączono wymierzone oskarżonemu kary pozbawienia wolności i wymierzono mu karę łączną 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności;

- w punkcie 7. na mocy art. 624 § 1 kpk zwolniono oskarżonego od ponoszenia wydatków postępowania, którymi w całości obciążono Skarb Państwa oraz na mocy art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 23 czerwca 1973 r. o opłatach w sprawach karnych (tekst jedn. Dz. U. z 1983 r., Nr 49, poz. 223 z późn. zm.) zwolniono oskarżonego od opłaty.

Apelację od tego wyroku wniósł obrońca oskarżonego. Zaskarżył wyrok w całości, zarzucając mu:

- w zakresie pkt 1-4 wyroku na podstawie art. 438 pkt 3 kpk błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż oskarżony uporczywie uchylał się od wykonywania obowiązku alimentacyjnego wynikającego z wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 26 września 2007 r. (sygn. akt I RC 328/07) oraz swoim zachowaniem naraził małoletnią W. K. na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, podczas gdy z okoliczności sprawy wynika, iż oskarżony nie uiszczal orzeczonych alimentów z uwagi na brak środków, nie natomiast istnienie u oskarżonego złej woli w tym zakresie, a u małoletniej nie wystąpił stan bezpośredniego i konkretnego zagrożenia niemożnością zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych;

- w zakresie pkt 5 wyroku na podstawie art. 438 pkt 3 kpk błąd w ustaleniach faktycznych polegający na przyjęciu, iż oskarżony uchylał się od wykonywania obowiązku alimentacyjnego wynikającego z wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 26 września 2007 r. (sygn. akt I RC 328/07) oraz swoim zachowaniem naraził małoletnią W. K. na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, podczas gdy z okoliczności sprawy wynika, iż oskarżony nie uiszczał orzeczonych alimentów z uwagi na brak środków, nie natomiast istnienie u oskarżonego złej woli w tym zakresie, a u małoletniej nie wystąpił stan bezpośredniego i konkretnego zagrożenia niemożnością zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych.

Podnosząc te zarzuty obrońca wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia i uniewinnienie oskarżonego od zarzucanych mu czynów, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Ponadto, z ostrożności procesowej, w przypadku braku uwzględnienia przez Sąd zarzutów w zakresie winy oskarżonego zaskarżonemu wyrokowi zarzucił na podstawie art. 438 pkt 4 kpk rażąco niewspółmierność kary, poprzez wymierzenie oskarżonemu kar: 5 miesięcy pozbawienia wolności, 4 miesięcy pozbawienia wolności, 3 miesięcy pozbawienia wolności, 3 miesięcy pozbawienia wolności oraz 7 miesięcy pozbawienia wolności, a następnie wymierzeniu kary łącznej w wysokości 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności, bowiem orzeczone kary są rażąco surowe, nie uwzględniają one stopnia szkodliwości społecznej czynów oskarżonego oraz są sprzeczne z celem zapobiegawczym wychowawczym, powodując w konsekwencji powstawanie dalszych zaległości alimentacyjnych i uniemożliwienie spłaty zaległych alimentów, co Sąd I instancji winien mieć na uwadze wymierzając kare za przestępstwo objęte niniejszym postępowaniem. W przypadku uwzględnienia ww. wniosku wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia i orzeczenie wobec oskarżonego kary o charakterze wolnościowym w dolnej granicy kary, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy stwierdził, co następuje:

Wywiedziona apelacja okazała się częściowo zasadna, a mianowicie w zakresie kwestionowania orzeczenia bezwzględnej kary łącznej pozbawienia wolności. Nie podzielił natomiast Sąd odwoławczy zarzutów negujących winę i sprawstwo oskarżonego co do przypisanych mu przestępstw niealimentacji.

Ponieważ dalej idące są zarzuty oparte o art.438 pkt 3 kpk do nich należało się odnieść w pierwszej kolejności.

Nie ma podstaw do przyjęcia, by Sąd Rejonowy wadliwie ocenił materiał dowodowy, a następnie dokonał błędnych ustaleń faktycznych. Dowody przeprowadzone w sprawie dały podstawę do przyjęcia, że M. K. (1) miał możliwości uiszczania alimentów w przedmiotowym okresie, ale z premedytacją tego nie robił, jak również jego zachowanie cechowało się uporczywością.

Oskarżony przyznał się do popełnienia zarzucanych mu czynów, twierdząc, że nie płacił alimentów, bo nie miał z czego. W ocenie Sądu odwoławczego twierdzenie to jest gołosłowne, gdyż co innego wynika z pozostałego materiału dowodowego. Oskarżony jest osobą młodą. Z akt sprawy nie wynika, by miał jakiegokolwiek przeciwwskazania do pracy. Był zarejestrowany jako bezrobotny, ale nie w okresach objętych zarzutami. Nie ma racji obrońca, że oskarżony był zarejestrowany jako bezrobotny w latach 2013-2018 i podejmował próby znalezienia zatrudnienia. Z informacji PUP w P. z maja 2018 roku wynika, że ostatnia rejestracja oskarżonego miała miejsce od 1 września 2014 roku do 6 listopada 2014 roku (k.24v.). Statusu bezrobotnego został pozbawiony z dniem 7 listopada 2014 roku z powodu pobytu za granicą. Wcześniej, co dotyczy okresu zaczynającego się w maju 2013 roku (początek pierwszego zarzutu), dnia 30 kwietnia 2013 roku został pozbawiony statusu osoby bezrobotnej z powodu niezgłoszenia się w wyznaczonym terminie. Także 11 sierpnia 2014 roku pozbawiony został statusu poszukującego pracy z powodu pobytu za granicą. Ważne również jest i to, że 28 kwietnia 2014 roku otrzymał ofertę pracy w firmie (...), z której nie skorzystał. Przytoczone informacje świadczą na niekorzyść oskarżonego. Wynika z nich jasno, że wyjeżdżał za granicę i trudno przyjąć, by nie chodziło o zarobek. Nadto luźno traktował bycie bezrobotnym skoro w określonych terminach nie zgłaszał się do urzędu pracy. Począwszy od listopada 2014 roku, czyli w zakresie zarzutów 2-5 aktu oskarżenia,

oskarżony nie figuruje w rejestrze bezrobotnych i jest pewne, że przebywa za granicą. W tych okolicznościach jest wysoce wątpliwe, by oskarżony nie posiadał żadnych środków do życia. Zauważył to obrońca. Píše jednak, że owszem oskarżony miał środki do życia w Niemczech, ale z uwagi na wysokie koszty utrzymania nie posiadał ich na tyle, by uiszczać alimenty. Podkreślić trzeba, że są to wyłącznie twierdzenia obrony, niemające wsparcia w wyjaśnieniach oskarżonego czy dokumentach. Ma rację Sąd Rejonowy, że fakt okresowego braku zarejestrowania oskarżonego jako bezrobotnego świadczy o tym, że pracował dorywczo i osiągał z tego tytułu dochody. Jednocześnie nie przekonuje wywód, że zarobek za pracę w Niemczech nie wystarczał na płacenie alimentów. W przyjętych okresach oskarżony nie zapłacił ani złotówki. To Sąd Rejonowy przekonująco twierdzi, że w tych okolicznościach oskarżony nie płacił alimentów, choć obiektywnie był w stanie. Dodać trzeba, że podczas przesłuchania w charakterze podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym oskarżony podał, że jego dochód miesięczny to 5500-6000 złotych netto (k.72v.). Wyjaśnił też, że aktualnie doszedł do porozumienia z byłą żoną i w miarę możliwości będzie płacił zasądzone alimenty na córkę. Nie można tego fragmentu wyjaśnień oskarżonego odczytać inaczej niż tak, że to brak porozumienia z byłą żoną był powodem niepłacenia alimentów, co oczywiście jest istotne w kontekście próby wykazania przez obrońcę, że okoliczności obiektywne uniemożliwiły oskarżonemu realizację obowiązku alimentacyjnego. Obrońca przemilcza te fragmenty zeznań M. K. (2), które dodatkowo świadczą o negatywnej postawie oskarżonego wobec swojego obowiązku. Zeznała ona, że mniej więcej w marcu 2018 roku w rozmowie telefonicznej oskarżony powiedział, że i tak nic nie będzie płacił (k.27v.). Natomiast w sierpniu 2018 roku poinformował ją, że „nie widuję dziecka, nie będę płacić alimentów” (k.47v.). To negatywne nastawienie oskarżonego do obowiązku alimentacyjnego świadek potwierdziła na rozprawie (k.109v.). Zatem jest oczywiste, że oskarżony mając realne i faktyczne możliwości, alimentów celowo nie płacił. Z całą pewnością utrudniony kontakt oskarżonego z córką, również w związku z jego pobytem za granicą, nie jest żadnych tłumaczeniem.

Wbrew twierdzeniom obrońcy postępowanie wykazało również i to, że swoim zachowaniem oskarżony naraził W. K. na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. M. K. (2) siebie i córkę utrzymywała z pensji 3100 złotych netto. Wszystko przeznaczała na utrzymanie gospodarstwa domowego. Podała jakie ponosiła wydatki i jakie były potrzeby córki, która jest obecnie dorastającą osobą. Nadto jakie ograniczenia wiązały się z uzyskiwanymi dochodami. Zeznając w 2019 roku wskazała, że podjęła dodatkową pracę. Musi spłacić kredyt, który wzięła w związku z leczeniem ortodontycznym córki (k.109v.). Konieczność podjęcia dodatkowej pracy nie świadczy o dobrej sytuacji finansowej M. K. (2) i jej córki. Tak jak i domaganie się pomocy publicznej z funduszu alimentacyjnego, która ostatecznie nie została przyznana.

Mając powyższe na uwadze Sąd odwoławczy nie uwzględnił zarzutów apelacji kwestionujących okoliczności podmiotowe i przedmiotowe przypisanych M. K. (1) przestępstw.

Podzielił natomiast Sąd Okręgowy zarzut rażącej niewspółmierności kary bezwzględnego pozbawienia wolności. Sąd Rejonowy prawidłowo za każde z przypisanych oskarżonemu przestępstw orzekł krótkoterminowe kary pozbawienia wolności. Nie można zapominać, że oskarżony jest osobą karaną. Łączny okres niealimentacji to 36 miesięcy. Nadto orzeczenie innej kary byłoby niecelowe (kara grzywny) lub kary tej, z uwagi na pobyt oskarżonego w Niemczech, nie można by wykonać (kara ograniczenia wolności). Do zaakceptowania jest również kara łączna 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności. Została ona orzeczona z zastosowaniem zasady asperacji (Sąd mógł orzec karę w granicach od 7 miesięcy do 1 roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności). Uwzględnia związek między przestępstwami. Wszystkie dotyczą niealimentacji na szkodę tej samej osoby, w niepokrywających się okresach, w ciągu lat 2013-2018.

Rozstrzygając o odpowiedzialności karnej za poszczególne czyny, do czterech z nich Sąd Rejonowy zastosował przepisy Kodeksu karnego obowiązujące w dacie czynu. Są to różne przepisy, począwszy od tych obowiązujących w styczniu 2014 roku (czyn z punktu 1.). W praktyce orzeczniczej przyjęło się, że nakaz dokonania wyboru między konkurującymi ustawami i zastosowania całościowo tylko jednej z nich, tj. tej, która in concreto

jest względniejsza dla sprawcy, nie obejmuje zastosowania jednej, wybranej ustawy do wszystkich czynów sprawcy, będących przedmiotem osądu w jednym postępowaniu, a więc do wszystkich zapadłych w nim rozstrzygnięć. Wymóg zastosowania w całości ustawy względniejszej odnosi się do poszczególnych czynów, a nie do całości wyroku

obejmującego różne czyny (tak m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 lipca 2017 roku, IV KK 248/17). Mógł zatem Sąd Rejonowy do poszczególnych czynów zastosować różne ustawy. Nie oceniając kwestii czy rzeczywiście przepisy obowiązujące w dacie czynu są dla sprawcy względniejsze w związku ze zmianą treści art.209 kk od 31 maja 2017 roku (patrz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 2018 roku, I KZP 10/17), rozstrzygnięcie to należało zaakceptować w świetle zakazu reformationis in peius z art. 434 kpk i dalszych konsekwencji w zakresie kary.

Sąd Rejonowy przyjął, że skoro oskarżony był karany na karę pozbawienia wolności i wymierzył mu karę powyżej 1 roku pozbawienia wolności, to w świetle obowiązujących w dacie orzekania przepisów nie jest możliwe warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej 1 roku i 2 miesięcy pozbawienia wolności. Byłoby to rozumowanie uprawnione przy przyjęciu, że w zakresie orzeczenia o karze łącznej zastosowanie mogą mieć tylko przepisy obowiązujące w dacie orzekania albo wszystkie przestępstwa popełniono po 30 czerwca 2015 roku, kiedy to nie ma możliwości orzekania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania w wymiarze powyżej 1 roku oraz co do sprawców, którzy w czasie popełnienia przestępstwa byli skazani na karę pozbawienia wolności. Taki wniosek w świetle obowiązujących przepisów nie jest jednak uprawniony. W orzeczeniu z dnia 27 lipca 2017 roku, IV KK 248/17 Sąd Najwyższy wskazał, że wyrok może dotyczyć wielu spraw (postępowanie w stosunku do każdego czynu jest osobną sprawą). „Podobnie, zupełnie innym postępowanie w stosunku do wyrokowania co do konkretnego czynu jest wymierzenie kary łącznej. Jest to bowiem osobna sprawa rozstrzygana przez sąd w jednym postępowaniu”. Oznacza to, że stosowanie różnych temporalnie ustaw do poszczególnych czynów odnosi się również do wymierzenia kary łącznej, gdyż każde z tych rozstrzygnięć stanowi odrębny przedmiot orzekania. Jeśli zatem dwa z pięciu czynów przypisanych oskarżonemu zostały popełnione przed 1 lipca 2015 roku, zaś Sąd Rejonowy ustalił, czego nikt nie kwestionuje i co nie zostało zaskarżone na niekorzyść oskarżonego, że w tym zakresie zastosowanie mają przepisy Kodeksu karnego obowiązujące w dacie czynu, to rozważenia wymagało czy w takim razie do kary łącznej i dalszych konsekwencji nie powinny być stosowane przepisy obowiązujące przed 1 lipca 2015 roku jako względniejsze dla sprawcy. Niewątpliwie pod rządami Kodeksu karnego w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 roku możliwe było warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej pozbawienia wolności do lat 2, zaś uprzednia karalność na karę pozbawienia wolności generalnie nie była przeszkodą do stosowania probacji. Jeśli zatem oskarżony był do tej pory raz karany (k.770) i to za przestępstwo przeciwko mieniu w roku 2014, zaś obecnie przypisano mu pięć przestępstw niealimentacji, pracuje oraz w pewnym zakresie zaczął realizować obowiązek alimentacyjny (uiścił dwukrotnie alimenty po wszczęciu postępowania), a nadto zaczął zdawać sobie sprawę z powagi sytuacji, pozbawianie go wolności w tej chwili nie jest konieczne. W sprawach z art.209 kk istotne jest przede wszystkim, by oskarżony uregulował zaległe alimenty oraz uiszczał alimenty bieżące. Jest na to duża szansa skoro pracuje i dobrze zarabia. Dlatego Sąd Okręgowy zmienił rozstrzygnięcie o karze łącznej z punktu 6 poprzez przyjęcie jako podstawy prawnej art.85 kk i art.86 § 1 kk w brzmieniu obowiązującym do 30 czerwca 2015 roku. Następnie warunkowo zawiesił wykonanie kary łącznej pozbawienia wolności na okres próby 5 lat i zobowiązał oskarżonego do wykonywania ciężącego na nim obowiązku łożenia na utrzymanie córki W. K.. Podstawą tych rozstrzygnięć są przepisy Kodeksu karnego obowiązujące do 30 czerwca 2015 roku.

Kara z długim okresem próby oraz obowiązkiem łożenia na utrzymanie dziecka powinna spełnić cele wychowawcze wobec M. K. (1) i zapobiec popełnianiu przez niego kolejnych przestępstw. Także w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa jest rozstrzygnięciem prawidłowym. Pierwszym celem reakcji karnej w przypadku przestępstw niealimentacji winno być przekonanie sprawcy do zmiany postawy i wykonywania swojego podstawowego obowiązku jako rodzica. W przypadku oskarżonego najlepiej służyć temu będzie danie szansy, która gdy nie zostanie wykorzystana zamieni się w karę izolacyjną.

W pozostałej części zaskarżony wyrok należało utrzymać w mocy.

Oskarżonego, który ma wysokie zadłużenie alimentacyjne oraz obowiązek płacenia alimentów bieżących, zwolniono od uiszczenia kosztów sądowych, obciążając wydatkami Skarb Państwa.