

Adrian Duda, Dominika Sokółowska

**Nowe granice kryminalizacji
przestępstwa niealimentacji
oraz mechanizmy redukcji karania
według znowelizowanego brzmienia art. 209 k.k.**

1. Zmiany w brzmieniu art. 209 k.k.¹, statuującego przestępstwo tzw. niealimentacji, stanowiły w ostatnim czasie przedmiot zintensyfikowanych działań ustawodawcy z uwagi na dostrzeżoną konieczność poprawy ścigalności należności alimentacyjnych. W uzasadnieniu projektu zmian, które weszły w życie 31 maja 2017 r.², wskazano w szczególności, że:

Z danych Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, zawartych w „Informacji o realizacji ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów w 2014 r.” [...] wynika, że skuteczność działań podjętych wobec dłużników alimentacyjnych wyniosła 8,3%, a łączne wydatki na świadczenia z funduszu alimentacyjnego wyniosły około 1,5 mld zł i były o 1,4% wyższe niż analogiczne wydatki w 2013 r.³

Jako cel modyfikacji w obszarze art. 209 k.k. wskazano:

[...] popraw[ę] efektywności egzekwowania przez osoby uprawnione świadczeń alimentacyjnych oraz wyeliminowanie aktualnych i niepożądanych zjawisk

¹ Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2016, poz. 1137 tekst jedn. ze zm., dalej: „Kodeks karny”, „k.k.”

² Zob. ustawa z dn. 23 III 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów, Dz.U. 2017, poz. 952.

³ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1193, Sejm VIII kadencji, s. 2 < <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/88242DA-E71B97187C12580A500613635/%24File/1193.pdf> >.

w postaci celowego uchylania się osób zobowiązanych do alimentacji od prawnego obowiązku alimentacji przez zatajanie dochodów i posiadanego majątku⁴.

Wydaje się, że zapoczątkowanie zmian legislacyjnych zmierzających do osiągnięcia tego celu w obszarze przepisów karnych może stanowić swego rodzaju drogę na skróty. Choć w opinii społecznej komentowane zmiany spotkały się z aprobatą, a projekt został uchwalony przez Sejm zdecydowaną większością głosów, także z udziałem posłów partii opozycyjnych, autorzy niniejszego opracowania stawiają szereg tez podających w wątpliwość słuszność i poprawność konstrukcyjną propozycji ustawodawcy.

W uprzednio obowiązującym stanie prawnym hipoteza normy sankcjonującej zawarta w art. 209 § 1 k.k. brzmiała następująco:

[...] kto uporczywie uchyla się od wykonania ciążącego na nim z mocy ustawy lub orzeczenia sądowego obowiązku opieki przez niełożenie na utrzymanie osoby najbliższej lub innej osoby i przez to naraża ją na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych [...].

Takie brzmienie nadawało przestępstwu niealimentacji charakter materialny – dla wypełnienia jego znamion koniecznym było spowodowanie wskazanego stanu narażenia na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Wraz z momentem uchwalenia komentowanych zmian art. 209 k.k. uległ swoistemu rozwarstwieniu, a kryminalizacja zjawiska niealimentacji wkroczyła na dotychczasowe jej przedpole. Ściślej rzecz ujmując, w nowym ujęciu § 1 stypizowano przestępstwo formalne, brzmieniu dotychczasowego typu podstawowego (dawny § 1) nadano zaś – z pewnymi modyfikacjami – charakter typu kwalifikowanego (nowy § 1a). Jednocześnie w § 1 zrezygnowano ze znamienia uporczywości, zastępując je warunkiem, że wysokość zaległości stanowić ma równowartość co najmniej trzech świadczeń okresowych albo opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe wynosi co najmniej trzy miesiące.

Jak już wyżej wspomniano, w treści uzasadnienia projektu uchwalonych zmian wskazywano, że są one konieczne dla poprawienia efektywności w egzekwowaniu świadczeń alimentacyjnych. Tego rodzaju motywy, które legły u podstaw sformułowania nowego brzmienia art. 209 k.k., wzbudziły u autorów poważne zastrzeżenia, i to na wielu płaszczyznach. Fundamentalną w tym zakresie jest wątpliwość, czy prawo karne stanowi właściwy środek do „poprawy efektywności egzekwowania przez osoby uprawnione świadczeń

⁴ Uzasadnienie..., s. 3.

alimentacyjnych”, w szczególności – czy od zmian w tym obszarze należało rozpocząć realizację tak zakrojonego celu. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że prawo karne z założenia powinno być środkiem ostatecznym i subsydiarnym dla mechanizmów zakorzenionych w innych gałęziach prawa⁵.

Ponadto abstrahując już nawet od powyższego wskazania, wydaje się bardzo mało prawdopodobnym, by zabiegi ustawodawcze w postaci proponowanej przez ustawodawcę mogły istotnie przyczynić się do zwalczania wskazanych w uzasadnieniu negatywnych zjawisk w obszarze alimentacji. Nie przekonują także argumenty wskazujące na samą konieczność zmian w obszarze art. 209 k.k. W uzasadnieniu podniesiono, że za ową koniecznością przemawia fakt, iż obecnie 50% postępowań przygotowawczych o czyn z art. 209 § 1 k.k. zostaje umorzonych, przy czym podstawę 20% umorzeń stanowi okoliczność, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego. Z prostych wyliczeń matematycznych wynika, że jedynie w 10% wszystkich postępowań przygotowawczych o ów czyn stwierdza się brak znamion czynu zabronionego, przy czym nawet taka wysokość tego wskaźnika nie powinna, a wręcz nie może być oceniana jako przejaw jakiegokolwiek nieprawidłowości czy nieodpowiedniego zakreślenia granic penalizacji przestępstwa niealimentacji. Ustawodawca nie wskazał bowiem danych pozwalających zidentyfikować znamię, którego brak doprowadził do umorzenia postępowania w przypadkach będących podstawą zaprezentowanych danych statystycznych, w szczególności – czy problematyczne było ustalenie właśnie tych znamion, które w projekcie zostają całkowicie wyeliminowane bądź zastąpione przez inne.

Nie należy także tracić z pola widzenia specyfiki ukształtowania kolejnych etapów postępowania karnego, skorelowanych z natężeniem przekonania organu prowadzącego o fakcie popełnienia przestępstwa. Wraz z postępowaniem w gromadzeniu materiału dowodowego organ prowadzący może dojść do wniosku, że występujące we wczesnym stadium postępowania podejrzenie popełnienia przestępstwa okazało się nieuzasadnione. Nieuprawnionym jest przy tym domniemanie wynikające z takiego faktu, które prowadzi autorów komentowanych zmian do konkluzji o zbyt wąsko zakreślonym polu kryminalizacji zjawiska niealimentacji, nieprzystającym do jego aktualnej oceny w zakresie społecznej szkodliwości. Ponadto zbyt pobieżna – jak się wydaje – analiza skutków wprowadzanych zmian spowodowała, że w wielu obszarach nowe brzmienie art. 209 k.k. należy ocenić jako niedoskonałe.

⁵ Zauważyć w tym miejscu należy, że dla przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwo niealimentacji nie jest konieczne uprzednie wyczerpanie przez pokrzywdzonego mechanizmów cywilnoprawnych zmierzających do wyegzekwowania świadczenia alimentacyjnego.

Specyfika zagadnienia niealimentacji, a więc zjawiska o silnym zakorzenieniu cywilnoprawnym, wymaga, by zmiany poszerzające zakres jego penalizacji poprzedzone były wnikliwymi analizami dotyczącymi związanych z tym konsekwencji – także w wymiarze globalnym – odnoszącymi się w szczególności do zasad konstytucyjnych oraz ogólnego ukształtowania systemu prawa. Te właśnie zagadnienia będą przedmiotem analiz zawartych w niniejszym opracowaniu.

2. Lektura uzasadnienia projektu wprowadzonych zmian sugeruje, że ustawodawca dążył do poszerzenia granic kryminalizacji niealimentacji, czyniąc to w szczególności poprzez rezygnację ze znamienia skutku w postaci narażenia osoby uprawnionej na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych w typie podstawowym, wraz z jednoczesnym zastąpieniem tego znamienia określeniami liczbowymi wyznaczonymi alternatywnie – bądź to kwotą zaległości, bądź okresem opóźnienia. Jednak bliższa analiza założeń komentowanego przepisu w jego nowym brzmieniu prowadzi do wniosku, że niektóre z wprowadzonych zmian powodują w pewnych obszarach zawężenie pola kryminalizacji. W szczególności zakres obowiązku podlegającego karnoprawnej ochronie na gruncie art. 209 k.k. ma ograniczać się już jedynie do obowiązku alimentacyjnego. W poprzednio obowiązującym brzmieniu art. 209 k.k. obowiązek ten mieścił się w zakresie pojęcia „obowiązku opieki przez łożenie na utrzymanie”, nie stanowił jednak wyłącznego jego desygnatu.

Należy pamiętać, że – jak podkreślano w literaturze – podmiotem czynu zabronionego stypizowanego w art. 209 k.k. mogła być zarówno osoba, która na mocy przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁶ zobowiązana była do alimentowania wskazanych tam osób (art. 128–144 k.r.o.), jak i każda inna osoba, na której ciążył – oparty na orzeczeniu sądowym i w zakresie w nim ustalonym – obowiązek opieki⁷. Jako przykłady tych ostatnich przypadków wskazywano orzeczenia sądowe wydane np. na podstawie umowy (zasądzonej renty za dożywocie) lub jako odszkodowanie za czyn niedozwolony (zasądzonej renty za spowodowany uszczerbek na zdrowiu), a także – zawierające element zasądzenia obowiązku opieki – orzeczenia o umieszczeniu w rodzinie zastępczej oraz decyzje o czasowym oddaniu dziecka pod opiekę określonej osobie lub do państwowego domu dziecka⁸. W znowelizowanym

⁶ Dz.U. 2017, poz. 682 tekst jedn. ze zm., dalej: „Kodeks rodzinny i opiekuńczy”, „k.r.o.”

⁷ Zob. M. Szewczyk, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 904.

⁸ Zob. Z. Siwik, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, s. 1293.

brzmieniu art. 209 k.k., z uwagi na zastąpienie wyrażenia „obowiązek opieki” węższym znaczeniowo określeniem „obowiązek alimentacyjny”, uchylanie się od wypełnienia obowiązków tego rodzaju pozostanie poza zakresem normy sankcjonowanej, co z punktu widzenia przedmiotu ochrony wyznaczonego w rozdziale XXVI k.k., obejmującego oprócz rodziny także szeroko rozumianą opiekę, należy ocenić jako niekonsekwentne. Co istotne, ustawodawca w uzasadnieniu nie poświęcił uwagi tej zmianie, co sugeruje, że być może nie była ona zamierzona, z całą pewnością zaś – jej skutki nie zostały w toku przygotowywania i uchwalania projektu przeanalizowane.

3. Zasadniczą modyfikację w obszarze art. 209 k.k. stanowi rezygnacja ze znamienia uporczywości oraz znamienia skutku w postaci narażenia osoby uprawnionej na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Autor uzasadnienia projektu wskazał, że znamiona te rodziły szereg wątpliwości zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, co nie sprzyjało stabilności judykatów i nie gwarantowało pełnej karnoprawnej ochrony osób uprawnionych z tytułu alimentów⁹. W miejsce owych znamion wprowadzono kryterium obiektywne w postaci zaległości alimentacyjnej stanowiącej równowartość co najmniej trzech świadczeń okresowych albo opóźnienia w spełnieniu zaległego świadczenia innego niż okresowe, które wynosi co najmniej trzy miesiące. Pomimo zaakcentowania rozbieżności w zakresie wykładni wspomnianego znamienia skutku ustawodawca nie eliminuje go z art. 209 k.k. w sposób definitywny, czyniąc z niego znamię typu kwalifikowanego opisanego w art. 209 § 1a k.k. Taki zabieg w opinii autorów obrazuje swoistą niekonsekwencję – wątpliwości wykładnicze wynikające z nieostrości owego znamienia oraz trudności dowodowe związane z jego wykazaniem przenosi się na etap kryminalizacji niealimentacji w zaostrzonej formie¹⁰.

W obliczu tego, że zagrożenie ustawowe typu kwalifikowanego, zbliżonego w swym brzmieniu do uprzednio obowiązującego typu podstawowego, pozostaje takie samo jak zagrożenie określone w poprzednim brzmieniu art. 209 § 1 k.k., nie sposób skonstatować, jakoby motywem nowelizacji w tym obszarze miała być zmiana w ocenie abstrakcyjnego stopnia społecznej szkodliwości typu znamiennego skutkiem. Celem ustawodawcy było raczej objęcie karnoprawną ochroną dotychczasowego „przedpola” przestępstwa niealimentacji, a co za tym idzie – zapewnienie pełniejszej ochrony

⁹ Zob. uzasadnienie..., s. 2.

¹⁰ *De facto* zaostrzenie to wynikać będzie jedynie z klasyfikacji typu opisanego w § 1a jako typ kwalifikowany względem typu opisanego w § 1, zagrożenie ustawowe pozostaje bowiem niezmienione.

osób uprawnionych z tytułu alimentów. Bliższa analiza komentowanych zmian skłania ku refleksji, że skutkiem ich wprowadzenia będzie penalizacja zachowań, które z punktu widzenia zasady proporcjonalności oraz ściśle z nią skorelowanej zasady *ultima ratio* prawa karnego powinny pozostawać poza obszarem tej dziedziny prawa¹¹. O ile bowiem w pełni uzasadnioną jest karnoprawna reakcja wobec sprawcy, który wskutek uchylania się od zapłaty alimentów naraża osobę uprawnioną na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, o tyle trudno znaleźć racjonalny powód, by taką reakcję stosować także wobec sprawcy, który skutku takiego nie wywołuje – w takim przypadku jedynym powodem kryminalizacji jest w istocie fakt niewykonywania cywilnoprawnego zobowiązania.

Wskazany w uzasadnieniu zasadniczy cel modyfikacji w zakresie brzmienia art. 209 k.k. stanowić ma wzmocnienie realizacji obowiązku opieki przez zaspokojenie potrzeb materialnych osób, które same nie są w stanie ich zaspokoić. Dodatkowo w uzasadnieniu projektodawca nawiązuje do art. 71 ust. 1 Konstytucji¹², statuującego gwarancję szczególnej pomocy rodzinom znajdującym się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej¹³. Skonfrontowanie owego celu ze środkami przyjętymi dla jego realizacji prowadzić musi do wniosku, że wprowadzone w tym zakresie zmiany nie spełniają testu proporcjonalności wypracowanego na gruncie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w odniesieniu do art. 31 ust. 3 Konstytucji. Test ów zobowiązuje prawodawcę do:

- a) przyjmowania danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest związana;
- b) kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków (celów);
- c) zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami, względnie niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli¹⁴.

¹¹ Na ryzyko sprowadzenia prawa karnego do roli narzędzia mającego ułatwić egzekwowanie alimentów wskazywał w swojej opinii Sąd Najwyższy. Zob. uwagi Sądu Najwyższego do projektu o zmianie ustawy – Kodeks karny z 30 IX 2016 r., s. 2, < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12289962/12379351/12379354/dokument248191.pdf> >.

¹² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 IV 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: „Konstytucja”.

¹³ Zob. uzasadnienie..., s. 7.

¹⁴ Zob. orzeczenie TK z 26 IV 1995 r., K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12; orzeczenie TK z 31 I 1996 r., K 9/95, OTK 1996, nr 1, poz. 2; wyrok TK z 28 VI 2000 r., K 34/99, OTK 2000, nr 5, poz. 142; wyrok TK z 14 VI 2004 r., SK 21/03, OTK-A 2004, nr 6, poz. 56.

W odniesieniu do pierwszego z wymienionych wyżej kryteriów należy podkreślić, że już na gruncie poprzedniego brzmienia art. 209 k.k. wskazywano, że prawnokarna ochrona osób uprawnionych do alimentacji powinna być jedynie posiłkowa, a kryminalizacja przestępstwa niealimentacji zdecydowanie wąska¹⁵. Podstawowym mechanizmem ochrony w tym zakresie są bowiem regulacje cywilnoprawne, i to w ich obszarze w pierwszej kolejności winny być dokonywane zmiany legislacyjne usprawniające proces ściągania należności alimentacyjnych.

Nie budzi wątpliwości, że kształt uchwalonej regulacji daleko wykracza poza cel w postaci „wzmocnienia realizacji obowiązku opieki przez zaspokojenie potrzeb materialnych osób, które same nie są w stanie ich zaspokoić”. Znowelizowane brzmienie art. 209 § 1 k.k. abstrahuje bowiem od ustaleń w zakresie tego, czy zaleganie z płatnością świadczeń alimentacyjnych odnosi się do osób, które owych potrzeb nie są w stanie samodzielnie zaspokoić. Ustalenia wymaga jedynie wysokość zaległości bądź okres opóźnienia, które – jeśli wykraczają poza granicę określoną w § 1 – prowadzić mają do kryminalizacji niealimentacji. Wskazane zastrzeżenie dotyczy w szczególności drugiego z członów zaproponowanej w projekcie alternatywy, związanego z okresem opóźnienia. Trzeba bowiem zauważyć, że nawet trzymiesięczna zwłoka w zapłacie jednorazowego świadczenia alimentacyjnego w wielu przypadkach nie będzie atakować dobra prawnego chronionego w art. 209 k.k., którym jest rodzina i obowiązek opieki w aspekcie prawidłowego zabezpieczenia materialnych podstaw egzystencji osób uprawnionych¹⁶. W obliczu sztywnego określenia granicy kryminalizacji także w odniesieniu do pierwszego członu alternatywy, powiązanego z określeniem wysokości zaległości, również i w tym zakresie niejednokrotnie może dojść do sytuacji braku ataku na dobro prawne. W takich przypadkach sąd orzekający będzie musiał odwołać się do koncepcji pierwotnej legalności czynu¹⁷, która powinna być zarezerwowana dla przypadków wyjątkowych, atypowych, a jako taka nie jawi się w kontekście komentowanych zmian.

Z drugiej strony być może taki zabieg ustawodawcy należy odczytywać w szerszym kontekście, tj. jako modyfikację w zakresie dobra chronionego w art. 209 k.k. Wówczas trzeba by je określić jako zabezpieczenie prawidłowej i terminowej realizacji uprawnień wynikających z obowiązku alimentacyjnego, co już samo w sobie budzić musi poważne zastrzeżenia,

¹⁵ Zob. Z. Siwik, w: *Kodeks...*, s. 1293.

¹⁶ Zob. M. Szewczyk, w: *Kodeks...*, s. 902.

¹⁷ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 172.

odsyłające do etapu analizy zgodności z pierwszym z wyżej wymienionych kryteriów proporcjonalności. Nie jest bowiem rolą prawa karnego zapewnianie tak szerokiej ochrony względem uprawnień cywilnoprawnych. Konfrontacja brzmienia znowelizowanego przepisu z zasadą adekwatności prowadzi zatem do wniosku, że środki te w pewnych obszarach mogą dalece wykraczać poza założony cel. Nieadekwatność owych środków, co paradoksalne, nie objawia się jednakże tylko w zakresie ich nadmierności. Słusznie zauważa bowiem M. Małecki, że do pomyslenia jest sytuacja, w której granica penalizacji niealimentacji przesuwana jest nazbyt daleko z uwagi na to, że sprawca systematycznie dokonuje płatności alimentów w niepełnym wymiarze¹⁸. Należy zauważyć, że prowadzić to może do osobliwego stanu rzeczy, w którym zaktualizowane jest już znamię skutku określone w typie kwalifikowanym (nowy § 1a), a niezrealizowane są jeszcze znamiona typu podstawowego (nowy § 1). Analogiczne zastrzeżenia trzeba odnieść także i do przesłanki związanej z trzymiesięcznym okresem opóźnienia.

Kontrowersje w zakresie adekwatności nowo uchwalonych regulacji obrazują, że nadmierne przywiązywanie wagi do maksymalizacji precyzyjności brzmienia przepisu może prowadzić do tego, że z jednej strony, cytując W. Woltera, ustawodawca „strzelił poza cel”, z drugiej zaś stworzy normę, która nie będzie w stanie w pełni zrealizować jego zamierzeń. Nie budzi przy tym wątpliwości, że w pewnych wypadkach posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem ocennym i niedookreślonym oceniać należy jako w pełni zasadne, prowadzące bowiem do należytego i zgodnego z *ratio legis* stosowania normy prawnej, co będzie istotne zwłaszcza w tych przypadkach, gdy zaistnieje szczególna potrzeba uwzględnienia konkretnych okoliczności konkretnego przypadku¹⁹. W tym kontekście, w opinii autorów, odpowiednim rozwiązaniem legislacyjnym było to, które obowiązywało w poprzednim stanie prawnym. Posłużenie się znamieniem uporczywości oraz obwarowanie kryminalizacji niealimentacji koniecznością zaistnienia narażenia osób uprawnionych na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych w odpowiednim stopniu pozwalało na objęcie spektrum normowania tych sytuacji, które z punktu widzenia konieczności zapewnienia ochrony dobra prawnego tego wymagają.

¹⁸ Zob. M. Małecki, *Przestępstwo niealimentacji w perspektywie zmian (uwagi do rządowego projektu nowelizacji art. 209 k.k. z 28 października 2016 r.)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, z. 4, s. 42–43.

¹⁹ Zob. J. Długosz, *Ustawowa wyłączność i określoność w prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 432–433.

Konieczność odpowiedniego wyważenia proporcji pomiędzy efektami wprowadzonych zmian a niedogodnościami związanymi z ich wdrożeniem, akcentowana w ostatnim z kryteriów proporcjonalności wskazywanych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, również nie znajduje pełnego odzwierciedlenia na gruncie analizowanych norm. W istocie bowiem ustawodawca dąży do zwiększenia ściągalności świadczeń alimentacyjnych, co w perspektywie zagrożenia ustawowego, obejmującego obok kary ograniczenia wolności także grzywnę oraz karę pozbawienia wolności²⁰, które to kary istotnie wpływają na wypłacalność skazanego, jawi się jako cel trudny, by nie rzec – niemożliwy do zrealizowania z wykorzystaniem norm prawno-karnych. Po raz kolejny należy zatem podkreślić, że dużo bardziej uzasadnionym byłoby poszukiwanie przez ustawodawcę nowych rozwiązań w pierwszej kolejności w obszarze prawa cywilnego i administracyjnego, w szczególności w zakresie przepisów regulujących egzekucję świadczeń alimentacyjnych oraz walki ze zjawiskiem ukrywania dochodu.

4. Przechodząc do szczegółowej analizy brzmienia komentowanych zmian, dla porządku przypomnieć należy, że rezygnacji ze znamienia uprzywilejowania oraz znamienia skutku w postaci narażenia osoby uprawnionej na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych towarzyszy zastąpienie ich znamionami o charakterze ściśle sprecyzowanym. Dla realizacji znamion typu podstawowego w świetle nowego brzmienia art. 209 § 1 k.k. konieczne będzie istnienie obowiązku alimentacyjnego określonego co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem albo innym organem albo inną umową.

W uzasadnieniu projektu podkreślono, że nowelizacja obejmuje przy tym świadomą rezygnację z przywołania w art. 209 § 1 k.k. ustawy jako samoistnego źródła obowiązku alimentacyjnego. Jako argument przemawiający za takim rozwiązaniem wskazano fakt, że w tym zakresie jest to norma pusta i w rzeczywistości nie zdarzają się przypadki, w których jedyną i wyłączną podstawą ustaleń organów w toku postępowania karnego w zakresie istnienia obowiązku alimentacyjnego, jego formy oraz wysokości byłaby ustawa²¹. Przywołane stwierdzenia świadczą o tym, że ustawodawca zdaje się nie odróżniać źródła obowiązku alimentacyjnego w sensie konstytucyjnym, generalno-abstrakcyjnym, od deklaratoryjnego w swym charakterze

²⁰ W odniesieniu do tego rodzaju kary zastrzeżenie to ma ograniczone nasilenie, a to z uwagi na brzmienie art. 58 § 1 k.k.

²¹ Zob. uzasadnienie..., s. 3–4.

przejawu zastosowania normy stanowiącej owo źródło w konkretno-indywidualnej sytuacji. W większości przypadków obowiązek alimentacyjny ma bowiem swoje źródło właśnie w ustawie, tj. w przywołanych wyżej przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, wyrok zasądający alimenty ma zaś charakter deklaratoryjny i określa tylko ich wysokość²².

Co istotne, na gruncie dotychczasowego brzmienia art. 209 k.k. w doktrynie podkreślano, że do stwierdzenia przez sąd karny uchylania się od obowiązku alimentacyjnego wynikającego z ustawy nie jest konieczne wydanie orzeczenia sądowego ustalającego taki obowiązek, osobami uprawnionymi są bowiem osoby najbliższe²³. Wskazywano również, że wysokość świadczeń alimentacyjnych może być przedmiotem samodzielnych ustaleń sądu karnego²⁴. Można było więc uznać, że na gruncie poprzedniego stanu prawnego, w sytuacji, gdy osoba uprawniona do otrzymywania świadczeń alimentacyjnych z mocy przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, niesprecyzowanych jednak co do ich wymiaru wobec braku orzeczenia sądowego w tym zakresie, nie otrzymywała ich od zobowiązanego, skutkiem czego narażona była na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, sąd karny był uprawniony do pociągnięcia osoby zobowiązanej do odpowiedzialności karnej na mocy art. 209 § 1 k.k. Z kolei wobec znowelizowanego brzmienia art. 209 k.k. konieczne będzie uprzednie określenie wysokości świadczenia alimentacyjnego w jednej ze wskazanych form, którą w praktyce najczęściej będzie orzeczenie sądu rodzinnego. Powyższe prowadzi do konstatacji, że nowo uchwalone zmiany mogą znacznie odsuwać w czasie realizację karnoprawnej ochrony osób uprawnionych do alimentacji – co istotne, także tych niezdolnych do samodzielnego zaspokojenia podstawowych potrzeb egzystencjalnych – aż do momentu wydania wyroku zasądającego świadczenie alimentacyjne w konkretnej wysokości.

W odniesieniu do wspomnianego fragmentu uzasadnienia jedynie na marginesie należy wskazać, że wobec przeformułowania brzmienia przepisu w taki sposób, że mowa w nim o źródłach już nie tyle samego obowiązku, ile określenia jego wysokości, nieporozumieniem jest przytaczanie argumentacji odnoszącej się do tego pierwszego aspektu. Ponadto wobec tak

²² Zob. J. Lachowski, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2016, komentarz do art. 209 k.k., teza 4; D.J. Sosnowska, *Alimenty a prawo karne. Praktyka wymiaru sprawiedliwości*, LexisNexis 2012 (wyd. elektr.), rozdz. III, podrozdz. 1.2.

²³ Zob. Z. Siwik, w: *Kodeks...*, s. 1293.

²⁴ Zob. D.J. Sosnowska, *Alimenty...*, rozdz. III, podrozdz. 1.2.

sformułowanego brzmienia art. 209 k.k., zakładającego wyznaczenie granicy penalizacji niealimentacji poprzez posłużenie się znamieniem określającym zarówno wysokość zaległości alimentacyjnej, jak i czas pozostawania w zwłoce, wątpliwości budzi brak wskazania źródeł wyznaczenia terminu wymagalności roszczenia alimentacyjnego w sytuacji, gdy przytoczono takie źródła w odniesieniu do jego wysokości.

Przedstawionym wyżej modyfikacjom towarzyszy również zmiana skutkująca możliwością poszerzenia kryminalizacji przestępstwa alimentacji – ustawa stanowi, że wysokość obowiązku alimentacyjnego wynikać może także z ugody zawartej przed sądem albo innym organem albo z innej umowy. W odniesieniu do powyższego wątpliwości budzi poprawność terminologiczna użytego w projekcie sformułowania: „przed sądem albo innym organem”. W uzasadnieniu projektodawca nie wyartykułował, jaki inny niż sąd organ, przed którym możliwe jest zawarcie ugody, miał na myśli. Z pewnością nie można za taki uznać sądu polubownego, a to z uwagi na wyraźne wyłączenie zdolności arbitrażowej w odniesieniu do spraw o alimenty²⁵. Trudno także za organ uznać mediatora, przed którym ugoda w sprawach alimentacyjnych może być zawarta – pojęcie organu rozumiane jest bowiem jako „urząd lub instytucja o określonej funkcji, zwłaszcza związanej ze sprawowaniem władzy”²⁶. Należy zatem uznać, że w tym zakresie nowe brzmienie przepisu będzie miało charakter normy pustej, a ugodę zawartą przed mediatorem w sytuacji, gdy nie została zatwierdzona przez sąd, traktować należy jako inną umowę regulowaną przez Kodeks cywilny²⁷ w tytule XXXV. Jeśli zaś ugoda taka została sądownie zatwierdzona, ma ona wówczas moc ugody zawartej przed sądem²⁸ i w konsekwencji stanowić będzie desygnat zawartego w znowelizowanym brzmieniu art. 209 k.k. wyrażenia „ugoda zawarta przed sądem”.

Mając na uwadze, że z momentem wejścia w życie uchwalonych zmian prawnokarnie relewantne stało się zaleganie z zapłatą świadczenia alimentacyjnego wynikającego wprost także z umowy cywilnoprawnej,

²⁵ Art. 1157 ustawy z dn. 17 XI 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. 2016, poz. 1822 tekst jedn. ze zm., dalej: „k.p.c.”: „Jeżeli przepis szczególnie nie stanowi inaczej, strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe lub spory o prawa niemajątkowe – mogące być przedmiotem ugody sądowej, z wyjątkiem spraw o alimenty”.

²⁶ *Słownik języka polskiego*, < www.sjp.pwn.pl/szukaj/organ.html >.

²⁷ Ustawa z dn. 23 IV 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. 2017, poz. 459 tekst jedn. ze zm., dalej: „k.c.”

²⁸ Art. 183¹⁵ § 1 k.c.: „Ugoda zawarta przed mediatorem, po jej zatwierdzeniu przez sąd, ma moc prawną ugody zawartej przed sądem”.

zasygnalizować należy, że tak szerokie zakreślenie źródeł zobowiązania do alimentacji na gruncie nowego brzmienia art. 209 k.k. zdaniem autorów budzi poważne zastrzeżenia w kontekście konstytucyjnej zasady proporcjonalności oraz ściśle z nią powiązanej zasady *ultima ratio* prawa karnego. Trzeba zwrócić uwagę, że umowy cywilnoprawne, w tym niezatwierdzone przez sąd ugody zawarte przed mediatorem, w obecnym stanie prawnym nie stanowią nawet tytułów egzekucyjnych. Wspomniana ugoda została wykreślona z zawierającego wyliczenie tytułów egzekucyjnych art. 777 k.p.c. W literaturze podkreślano, że:

[...] punkty 2 i 2¹ zostały uchylone ustawą z 16 września 2011 r.²⁹, bowiem zawarta w nich regulacja budziła wątpliwości. Objęta tymi przepisami ugoda zawarta przed mediatorem przed jej zatwierdzeniem, jak również wyrok sądu polubownego oraz ugoda przed nim zawarta, przed stwierdzeniem ich wykonalności, zważywszy na ich charakter prawny jako dokumentów prywatnych, nie spełniają kryteriów przyjętych dla tytułów egzekucyjnych. Zachodziła więc konieczność usunięcia tych dokumentów z listy tytułów egzekucyjnych³⁰.

Wobec powyższego trudno znaleźć uzasadnienie dla kreowania takiego brzmienia art. 209 k.k., wedle którego prawnokarna ochrona dobra prawnego tak dalece wyprzedza ochronę wynikającą z przepisów prawa cywilnego. Co istotne, o ile w przypadku orzeczenia sądowego bądź zawartej przed sądem ugody lub ugody przez sąd zatwierdzonej dochodzi do weryfikacji dokonywanej przez organ władzy państwowej w zakresie tak istnienia roszczenia alimentacyjnego, jak i jego wysokości, o tyle w przypadku pozostałych kategorii wyszczególnionych w projekcie mamy do czynienia z roszczeniami, które kreowane są w ramach swobody umów bez żadnej następczej kontroli zwierzchniej. W uzasadnieniu projektu podniesiono, że „w świetle obowiązujących przepisów również [...] wymienione tytuły stanowią podstawę ustalenia świadczeń alimentacyjnych”³¹. Trzeba jednak w tym kontekście podkreślić, że owa podstawa ustalenia w procesie cywilnym jest następnie badana i oceniana przez sąd pod kątem jej zgodności z obowiązującym prawem oraz zasadami współżycia społecznego.

²⁹ Ustawa z dn. 16 IX 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2011, nr 233, poz. 1381.

³⁰ H. Pietrkowski, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom V. Postępowanie egzekucyjne*, red. T. Ereciński, Warszawa 2016, komentarz do art. 777 k.p.c., teza 10.

³¹ Uzasadnienie..., s. 4.

Mając to na uwadze, nie sposób uznać, że w odniesieniu do zobowiązań, których ważność i słuszność nie została skontrolowana przez sąd, koniecznym, adekwatnym i proporcjonalnym instrumentem reakcji na niewywiązywanie się z nich będzie reakcja karnoprawna. Stwierdzenie to zyskuje dodatkowo na trafności, jeśli wziąć pod uwagę rezygnację ze znamienia skutku w postaci narażenia osoby uprawnionej na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych w odniesieniu do typu podstawowego opisanego w art. 209 § 1 k.k.

5. Jak wspomniano powyżej, typ czynu zabronionego opisany w znowelizowanym art. 209 k.k. jest przedmiotem licznych kontrowersji związanych z kwestią spełniania przez ten przepis testu proporcjonalności. Rozważano, czy istnienie omawianego przepisu w jego obecnym brzmieniu w Kodeksie karnym da się pogodzić z postulatem *ultima ratio* prawa karnego³². Odebranie penalizacji zjawiska niealimentacji od spowodowania jakiegokolwiek skutku sprawia, że sprzeczność z art. 31 ust. 3 Konstytucji jawi się jako problem pierwszoplanowy.

Optyka ta może jednak ulec zmianie, jeśli weźmie się pod uwagę nowo wprowadzone instytucje opisane w § 4 i § 5 omawianego przepisu. Statuują one konstrukcje pozwalające na uniknięcie przez sprawcę – w mniejszym lub większym stopniu, o czym będzie jeszcze mowa – prawnokarnych konsekwencji popełnionego czynu. Ustawa różnicuje sytuację sprawców podejrzanych o popełnienie przestępstwa opisanego w § 1 od sytuacji, w której podejrzanemu zarzuca się dodatkowo narażenie osoby uprawnionej na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. W obu wypadkach aby można było mówić o jakimkolwiek ograniczeniu prawnokarnych konsekwencji, sprawca musi w terminie trzydziestu dni od daty pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego uiścić w całości zaległe alimenty. W przypadku gdy sprawcy zarzuca się popełnienie typu podstawowego – po spełnieniu przez niego wskazanego warunku nie będzie on podlegał karze. W odniesieniu jednak do typu kwalifikowanego bonifikata dla sprawcy jest nie dość, że mniejsza, to na dodatek mniej pewna. Dojść może bowiem co najwyżej do odstąpienia od wymierzenia kary, i to jedynie w sytuacji, gdy przeciwko temu nie przemawiają wina i społeczna szkodliwość czynu.

Szczegółową analizę nowo wprowadzonych elementów redukcji odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa niealimentacji poprzedzać będzie

³² Zob. M. Małecki, *Przestępstwo...*, s. 40.

polemika z niektórymi twierdzeniami zawartymi w uzasadnieniu projektu omawianej nowelizacji. W tym kontekście należy wskazać, że w uzasadnieniu projektu, opisując analizowane instytucje, stwierdzono, iż obejmują one „elementy tzw. czynnego żalu”. Ujęcie takie wzbudza poważne wątpliwości. Zdaniem autorów niniejszego opracowania omawiane instytucje uznać można co najwyżej za „swoisty czynny żal”, jak czynią to M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas w odniesieniu do instytucji opisanej w art. 295 § 1 k.k.³³ Nawet jednak taki zabieg może okazać się zbytnim uproszczeniem, różnice pomiędzy analizowanymi instytucjami a czynnym żalem są bowiem znaczne.

Instytucja czynnego żalu pojawia się w Kodeksie karnym jako element mający zachęcić sprawców do zatrzymania się w pochodzie przestępstwa lub do zapobieżenia nastąpieniu skutku³⁴. Stanowi ona przejaw prymatu funkcji ochronnej, gdyż nagradza sprawcę w sytuacji, kiedy ostatecznie nie dojdzie do realizacji znamion typu czynu zabronionego. Ten właśnie element zachęty czy też nagrody zdaje się główną przyczyną silnie narzucającego się skojarzenia instytucji czynnego żalu oraz regulacji zawartych w § 4 i § 5 art. 209 k.k. Wydaje się jednak, że mimo niewątpliwego podobieństwa gatunkowego nie można omawianych instytucji nazwać przejawami czynnego żalu. Przesądza o tym fakt, że do ich zastosowania może dojść jedynie po dokonaniu czynu zabronionego. Nie może być tym samym mowy o jakimkolwiek odstąpieniu. Normy zawarte w art. 209 § 4 i § 5 k.k. nie są więc w stanie realizować funkcji ochronnej – do realizacji znamion już bowiem doszło, powstaniu stanu narażenia na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych również nie można już zapobiec, możliwym jest zaś jedynie usunięcie negatywnych następstw zachowania przestępnego. To prowadzi do wniosku, że instytucje te realizować mogą jedynie funkcję kompensacyjną. Ochrona interesów majątkowych osób uprawnionych z tytułu alimentów, silnie skorelowana z dobrem chronionym na mocy art. 209 k.k., następuje nie poprzez skłonienie sprawcy do przerwania pochodzenia przestępstwa czy do zapobieżenia nastąpieniu skutku, lecz poprzez zmotywowanie go do uiszczenia w całości zaległych alimentów, będącego przejawem społecznie pożądanego zachowania.

Taki zamysł nie jest nowością na gruncie obowiązującego ustawodawstwa karnego. Instytucje istotnie zbliżone do omawianych zawarte są

³³ Zob. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III. Komentarz do art. 278-363*, red. A. Zoll, Warszawa 2016, s. 479.

³⁴ Zob. np. A. Liszewska, w: *System Prawa Karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 780–781.

w art. 295 § 1 k.k.³⁵, art. 296 § 5 k.k.³⁶ oraz art. 16 k.k.s.³⁷ (zwłaszcza w zakresie § 2 tego przepisu). Podobnie jak art. 295 § 1 k.k. – nowo wprowadzone normy służą: „wzmocnieniu w prawie karnym elementów restytucyjnych, związanych z naprawieniem szkody oraz rozwiązaniem w ten sposób konfliktu społecznego powstałego w wyniku popełnienia przestępstwa”³⁸. W art. 295 § 1 k.k. nie przewidziano jednakowoż gratyfikacji w postaci niepodlegania karze w ogóle. Ta z kolei obecna jest w art. 296 § 5 k.k. oraz w art. 16 k.k.s. Interesującym wydaje się spojrzenie na art. 209 § 4 i § 5 k.k. przez pryzmat właśnie tego ostatniego przepisu. Regulacja ta stanowi wyraz prymatu funkcji egzekucyjnej nad represyjną w prawie karnym skarbowym³⁹. Zauważa się jednocześnie, że:

[...] w kodeksie [karnym skarbowym – dop. nasz, A.D., D.S.] skuteczny czynny żal po popełnieniu przestępstwa lub wykroczenia skarbowego wiąże się z dobrodziejstwem bezkarności; rozwiązanie to nie jest znane żadnej innej obowiązującej ustawie karnej, w tym przede wszystkim kodeksowi karnemu⁴⁰.

Powyższe skłania ku konkluzji, że komentowanym rozwiązaniom, z uwagi na cel, któremu służą, znacznie bliżej jest do wskazywanych instytucji, ujętych w art. 295 § 1 k.k., art. 296 § 5 k.k. oraz art. 16 k.k.s., aniżeli do czynnego żalu w jego klasycznym ujęciu.

Nowo wprowadzonym konstrukcjom brak jest jednak zasadniczego elementu, zawartego zarówno w klasycznym czynnym żalu, jak i w art. 296

³⁵ Art. 295 § 1 k.k.: „Wobec sprawcy przestępstwa określonego w art. 278, 284–289, 291, 292 lub 294, który dobrowolnie naprawił szkodę w całości albo zwrócił pojazd lub rzecz mającą szczególne znaczenie dla kultury w stanie nieuszkodzonym, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia”.

³⁶ Art. 296 § 5 k.k.: „Nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie naprawił w całości wyrządzoną szkodę”.

³⁷ Art. 16 ustawy z dn. 10 IX 1999 r. – Kodeks karny skarbowy, Dz.U. 2016, poz. 2137 tekst jedn. ze zm., dalej: „k.k.s.”: „§ 1. Nie podlega karze za przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe sprawca, który po popełnieniu czynu zabronionego zawiadomił o tym organ powołany do ścigania, ujawniając istotne okoliczności tego czynu, w szczególności osoby współdziałające w jego popełnieniu. § 2. Przepis § 1 stosuje się tylko wtedy, gdy w terminie wyznaczonym przez uprawniony organ postępowania przygotowawczego uiszczono w całości wymagalną należność publicznoprawną uszczuploną popełnionym czynem zabronionym [...]”.

³⁸ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, w: *Kodeks...*, s. 478.

³⁹ Zob. G. Łabuda, w: *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2017, komentarz do art. 16 k.k.s., teza 1.

⁴⁰ G. Łabuda, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 16 k.k.s., teza 1. Teza ta nie wydaje się aktualna wobec obowiązywania art. 296 § 5 k.k.

§ 5 k.k. czy art. 295 § 1 k.k. Mowa tu o dobrowolności. Choć na tle Kodeksu karnego znaczenie tego pojęcia budzi wątpliwości⁴¹, można przyjąć, że jest istotnym dla jego zaistnienia, by w podjęciu przez sprawcę decyzji warunkującej uzyskanie określonej gratyfikacji dominowały przyczyny natury wewnętrznej⁴². Wydaje się, że na gruncie czynnego żalu w ujęciu klasycznym nie jest możliwym uznanie za dobrowolne odstąpienia od dokonania w wypadku, gdy jedyną motywacją sprawcy jest przekonanie, że w sytuacji zrealizowania kompletu znamion poniesie on nieuchronnie odpowiedzialność karną⁴³. Również w odniesieniu do czynnego żalu skarbowego – jako że w momencie zawiadomienia organów ścigania o popełnieniu przestępstwa lub wykroczenia skarbowego organy te nie mogą posiadać wyraźnie udokumentowanej wiadomości o popełnieniu przestępstwa lub wykroczenia skarbowego ani rozpocząć czynności zmierzającej do jego ujawnienia – nie jest możliwym skorzystanie z tej instytucji w przypadku pewności nastąpienia reakcji karnej na popełniony czyn. Ujawnienie okoliczności czynu w sytuacji, kiedy organ nie posiada pewnych informacji na jego temat, można uznać za przejaw społecznie pożądanego postawy, wymaganej dla skorzystania z omawianej instytucji. Ograniczenie tego rodzaju nie wynika w żaden sposób z art. 209 § 4 i § 5 k.k.

Brak pozytywnie ocenianych elementów motywacyjnych pozostaje bez znaczenia z punktu widzenia możliwości skorzystania z dobrodziejstw nowo wprowadzonych instytucji. W przypadku spełnienia wymogu określonego w art. 209 § 4 k.k. brak jest jakiegokolwiek kompetencji po stronie organów postępowania przygotowawczego czy sądowego do odmowy przyznania bonifikaty przewidzianej w tymże przepisie. Nie wydaje się również, aby kwestia pobudek sprawcy, którymi kierował się on przy podjęciu decyzji o uiszczeniu zaległych alimentów, mogła mieć jakiegokolwiek znaczenie dla ewentualnej odmowy odstąpienia od wymierzenia kary na podstawie

⁴¹ W doktrynie prawa karnego wyodrębnia się dwa główne rozumienia dobrowolności: psychologiczne i normatywne. Poglądy w tej kwestii są szczegółowo zebrane przez A. Liszewską, w: *System...*, s. 782 i n.

⁴² Tak A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 303.

⁴³ W podobny sposób przesłankę dobrowolności rozumie się na gruncie art. 296 § 5 k.k. W tym kontekście P. Kardas stwierdza, że „przesłanka dobrowolności jest spełniona, gdy sprawca decyduje się na naprawienie szkody w wyniku swobodnego wyboru, wolnego od toczącego się postępowania karnego. Innymi słowy, dobrowolne naprawienie szkody to działanie sprawcy, który nie jest zmuszony do dokonania tej czynności” – P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom III. Komentarz do art. 278-363*, red. A. Zoll, Warszawa 2016, s. 584.

art. 209 § 5 zd. 2 k.k. Zachowanie sprawcy po popełnieniu przestępstwa nie może bowiem mieć wpływu na ocenę winy czy społecznej szkodliwości czynu. Dla sprawcy chcącego skorzystać z dobrodziejstwa art. 209 § 4 lub § 5 k.k. wyłączną motywacją może być chęć minimalizacji konsekwencji prawno-karnych, których nastąpienie, w sytuacji przedstawienia mu zarzutów, jest wysoce prawdopodobne. Należy w tym miejscu wyraźnie podkreślić, że w systemie prawa karnego nie istnieje obecnie żadna inna instytucja, która pozwalałaby na całkowitą bezkarność sprawcy czynu zabronionego, przy jednoczesnym braku pozytywnie ocenianych elementów psychologicznych występujących po jego stronie. Artykuł 209 § 4 i § 5 k.k. przyznaje tym samym prymat funkcji restytucyjnej o wiele bardziej aniżeli czyni to art. 15 k.k., art. 295 § 1 k.k., art. 296 § 5 k.k. czy art. 16 k.k.s.

Umożliwienie uniknięcia odpowiedzialności karnej sprawcy bez wymogu okazania społecznie pożądanej autorefleksji psychicznej w odniesieniu do popełnionego czynu można postrzegać jako podyktowane koniecznością „ratowania” proporcjonalności omawianej regulacji w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji. Skoro bowiem znamiona typu podstawowego określonego w art. 209 § 1 k.k. sprowadzono wyłącznie do niewywiązania się ze zobowiązania cywilnoprawnego, czyniąc to poprzez usunięcie sformułowania mówiącego o uporczywym uchylaniu się od obowiązku opieki oraz znamienia odnoszącego się do skutku, konsekwentnie można by uznać, że w przypadku spełnienia owego zobowiązania odpada przyczyna dla stosowania reakcji karnej.

W powyższym kontekście zdziwienie budzi jednak fakt, że dla uniknięcia odpowiedzialności karnej wystarczy dopełnić mniej zaawansowanych czynności aniżeli te, które wynikałyby z orzeczenia zapadłego w postępowaniu cywilnym, zasądającego zaległe należności alimentacyjne. Skoro bowiem wedle brzmienia art. 209 k.k. sprawca zalegać ma ze świadczeniem w wysokości odpowiadającej co najmniej równowartości trzech świadczeń okresowych, zwłoka w zapłacie miesięcznego zobowiązania musi wynosić minimalnie dwa okresy płatności (w praktyce najczęściej będą to miesiące). W takim przypadku dla oddalenia powództwa o alimenty wobec wygaśnięcia zobowiązania oprócz zapłaty zaległych należności koniecznym byłaby również zapłata odsetek za opóźnienie, będących formą minimalnego naprawienia szkody za nieterminowe spełnienie zobowiązania pieniężnego⁴⁴, jeśli tylko roszczenie o zapłatę odsetek zostało w pozwie podniesione. Paragrafy 4 i 5 art. 209 k.k., wedle ich literalnego brzmienia, wymagają zaś jedynie

⁴⁴ Zob. wyrok SN z 7 VII 2011 r., II CSK 635/10, LEX nr 1001288.

uiszczenia zaległych alimentów. Ustawodawca karny nie bierze zatem pod uwagę ewentualnego uszczerbku, który może zostać spowodowany pozbawieniem uprawnionego możliwości czerpania korzyści z przysługującego mu świadczenia. Trzeba przy tym mieć na uwadze, że odnosi się to także do typu statuującego przestępstwo niealimentacji w jego kwalifikowanej formie.

Należy również wyakcentować pewien paradoks związany z takim ukształtowaniem komentowanych norm. Otóż wydaje się do pomyślenia sytuacja, w której uiszczenie zaległych alimentów w całości nie usunie skutku w postaci narażenia na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Możliwość taką obrazuje hipotetyczny stan faktyczny, w którym osoba uprawniona do świadczeń alimentacyjnych nie otrzymuje ich przez bardzo długi okres czasu, wskutek czego, by zaspokoić podstawowe potrzeby życiowe, zmuszona jest zaciągnąć oprocentowane pożyczki. Nietrudno sobie wyobrazić, że w takim przypadku uiszczenie zaległych świadczeń alimentacyjnych nie prowadzi w sposób konieczny do uchylecia skutku opisanego w § 1a. Niekonsekwencją ustawodawcy jest zatem posłużenie się w treści § 5 wymogiem zapłaty zaległych alimentów (tak jak ma to miejsce w § 4) w sytuacji, gdy dużo bardziej odpowiednim byłoby postawienie sprawcy warunku uchylecia zaistniałego skutku w postaci narażenia na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, a więc uiszczenia nie tylko zaległych alimentów, ale również dokonania wobec pokrzywdzonego kompensacji z tytułu zobowiązań i wydatków, do poniesienia których był on zmuszony z powodu nieotrzymania świadczeń alimentacyjnych w terminie, tak aby w ostatecznym rozrachunku pokrzywdzony nie poniósł żadnych kosztów wynikających z nierzetelności dłużnika alimentacyjnego.

Należy również zwrócić uwagę na odmienności w konsekwencjach uiszczenia zaległych alimentów we wskazanym ustawą terminie w przypadku, kiedy sprawca nie naraził osoby uprawnionej na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, oraz w sytuacji, kiedy takie narażenie miało miejsce. W pierwszym przypadku następuje obligatoryjne umorzenie postępowania karnego (art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k.⁴⁵), w drugim zaś bonifikatą dla sprawcy jest „zaledwie” odstąpienie od wymierzenia kary, pozostawione dodatkowo do decyzji sądu. Zróżnicowanie samych skutków wydaje się uzasadnione ze względu na różny abstrakcyjny stopień społecznej szkodliwości obu typów. Problematycznym jest, czy w związku z powyższym zróżnicowanie powinno dotyczyć także stopnia pewności otrzymania gratyfikacji przez

⁴⁵ Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 2017, poz. 1904 tekst jedn. ze zm., dalej: „k.p.k.”

sprawcę. Z jednej strony elastyczność wynikająca z § 5 wydaje się uzasadniona, gdyż różne mogą być rozmiary i nasilenie wspomnianego skutku, będącego elementem typu kwalifikowanego. Co więcej, niebezpieczeństwo niemożności zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych nie w każdym przypadku przeradzać się będzie w faktyczny stan takiego niedostatku. Z drugiej jednak strony, jak wcześniej wspomniano, można sobie wyobrazić sytuację, w której ów skutek będzie na tyle dotkliwy, że nawet zwrot całości zaległych alimentów nie doprowadzi do jego usunięcia.

Na powyższą kwestię można jednakowoż spojrzeć z innej perspektywy. Otóż omawiane instytucje mają przede wszystkim zachęcić sprawców do zapłaty zaległych świadczeń alimentacyjnych. Odmienność samych skutków teższe zapłaty w praktyce nie okazuje się nazbyt nasiloną – w obu przypadkach na sprawcę nie zostaje nałożona żadna z kar wymienionych w katalogu z art. 32 k.k. Przy zastosowaniu art. 209 § 5 k.k. jedyną bezpośrednią i negatywną konsekwencją, która spotyka sprawcę, jest uzyskanie statusu osoby skazanej. Ten sposób redukcji odpowiedzialności karnej nie stanowi jednak dla sprawcy pewnej perspektywy, przez co może być on dalece mniej zmotywowany do skompensowania pokrzywdzonemu zaległych należności. Wobec owej niepewności kluczowym wydaje się wypracowanie właściwego rozumienia negatywnej przesłanki zawartej w § 5, która czyni z instytucji opisanej w tym przepisie konstrukcję o charakterze względnie obligatoryjnym. Dla odmowy zastosowania dobrodziejstwa w postaci odstąpienia od wymierzenia kary w sytuacji zapłaty należności alimentacyjnych w wymaganym terminie sąd będzie zmuszony wykazać, że „wina i społeczna szkodliwość czynu przemawiają przeciwko odstąpieniu od wymierzenia kary”, a ściślej – że przeciwko temu przemawia stopień winy i stopień społecznej szkodliwości⁴⁶. Wydaje się, że wobec zastosowania tego rodzaju koniunkcji sytuacja taka w praktyce zachodzić będzie jedynie wyjątkowo.

Jakkolwiek warto postawić w tym miejscu pytanie o celowość tworzenia jakiegokolwiek klauzuli skutkującej zróżnicowaniem stopnia pewności otrzymania bonifikat wynikających z art. 209 § 4 i § 5 k.k. Różnice zachodzące pomiędzy tymi instytucjami zdają się mieć uzasadnienie sprawiedliwościowe – nie byłoby bowiem w powszechnym odczuciu sprawiedliwe, gdyby osoba, która spowodowała stan narażenia na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, uiszczając zaległe alimenty, otrzymała taką samą gratyfikację jak osoba, która swoim zachowaniem nie spowodowała takiego stanu niebezpieczeństwa. Przekonanie takie skutkuje ograniczeniem

⁴⁶ Co słusznie zauważa M. Małecki, *Przestępstwo...*, s. 52.

bonifikaty do odstąpienia od wymierzenia kary oraz pozostawienia decyzji w tej materii do uznania sądu.

Takie rozwiązanie budzi wątpliwości oraz skłania do refleksji w zakresie tego, czy nie byłoby zabiegiem bardziej konsekwentnym wprowadzenie w § 5 wymogu, o którym mowa powyżej, tj. konieczności uchylenia zaistniałego stanu narażenia na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. W przypadku takiego ukształtowania przepisu z jednej strony musiałoby dojść do pełnego usunięcia negatywnych następstw czynu, z drugiej zaś – skoro od sprawcy wymagano by więcej, aniżeli ma to miejsce wedle § 4 – możliwym byłoby dodatkowo zrównanie w obu przypadkach pozytywnych dla sprawcy konsekwencji w postaci niepodlegania karze. Taki zabieg z pewnością w większym stopniu motywowałby sprawców przestępstw kwalifikowanej niealimentacji do szybkiego uiszczenia zaległości osobom uprawnionym, a dodatkowo pozwalałby na wcześniejsze zakończenie postępowania karnego i co za tym idzie – znaczne odciążenie wymiaru sprawiedliwości od rozpoznawania spraw o te przestępstwa.

Kolejnym postulatem *de lege ferenda* są modyfikacje w obszarze przesłanki negatywnej, pozwalającej na odmowę zastosowania instrumentu redukcji odpowiedzialności karnej w postaci odstąpienia od wymierzenia kary, a więc mającej zastosowanie jedynie do sprawców typu kwalifikowanego przestępstwa niealimentacji. W obecnym brzmieniu taką odmowę uzasadnia fakt, że przemawiają za tym wina i społeczna szkodliwość czynu. W opinii autorów należałoby rozważyć, czy zamiast odesłania do (stopnia) winy i społecznej szkodliwości czynu nie byłoby właściwszym odesłanie do pojęcia celów kary, tak jak miało to miejsce w uchylonym już obecnie art. 59a § 3 k.k.⁴⁷ Jak wspomniano, poprzez ustanowienie art. 209 § 4 i § 5 k.k. silnie akcentuje się znaczenie i potrzebę kompensacji. Można zaryzykować stwierdzenie, że uczyniwszy – niezbyt przemyślany zdaniem autorów niniejszego opracowania – krok w kierunku poszerzenia granic penalizacji zjawiska niealimentacji, ustawodawca, dostrzegając niebezpieczeństwa z tym związane, czyni krok wstecz, dając sprawcy szansę na uniknięcie odpowiedzialności karnej. Powyższe spostrzeżenie obrazuje, że w obszarze omawianych regulacji prawo karne sprowadza się w istocie do roli środka mającego wymusić uiszczenie zaległych alimentów.

⁴⁷ Art. 59a § 3 k.k.: „Przepisu § 1 nie stosuje się, jeżeli zachodzi szczególna okoliczność uzasadniająca, że umorzenie postępowania byłoby sprzeczne z potrzebą realizacji celów kary. Przepis ten stanowił negatywną przesłankę zastosowania tzw. umorzenia kompensacyjnego”.

Mając na uwadze, że mechanizmy wspomnianej redukcji odnoszą się także do typu znamiennego skutkiem, zbliżonego w swym brzmieniu do poprzednio obowiązującego art. 209 § 1 k.k., trzeba dodatkowo skonstatować, że i w tym zakresie nastąpiło przewartościowanie pomiędzy społeczną potrzebą konwencjonalnego ukarania sprawcy a koniecznością usprawienia ściągalności alimentów oraz zapewnienia godnej egzystencji osobom uprawnionym do ich otrzymywania. W tym kontekście równie istotne wydaje się, by sprawca także w dalszej perspektywie terminowo wywiązywał się z obowiązku alimentacyjnego, stąd właściwym przy analizowaniu ewentualnego ekskulpowania sprawcy byłoby rozważenie okoliczności związanych nie tylko z samym czynem i stopniem zawinienia, ale też z nastawieniem sprawcy do wypełniania swych zobowiązań względem uprawnionych – w szczególności tego, czy bez konwencjonalnej reakcji karnej uda się powstrzymać go od dalszych bezprawnych zaniechań tego rodzaju. Uwzględnienie tych właśnie aspektów związanych z pozytywną bądź negatywną prognozą kryminologiczną sprawcy byłoby możliwe dzięki posłużeniu się w komentowanych przepisach klauzulą „celów kary”. Wydaje się, że skoro głównym motywem ograniczenia represji karnej w omawianym zakresie jest zachęcenie sprawcy do szybkiej zapłaty zaległego świadczenia, odmowę takiej redukcji powinno się motywować również celowościowo. W proponowanym przez autorów ujęciu nie bez znaczenia pozostaną także aktualnie akcentowane czynniki w postaci stopnia społecznej szkodliwości i zawinienia, mające również istotny wpływ na ocenę w zakresie potrzeby ukarania sprawcy.

Kontynuując analizę wprowadzonych instrumentów redukcji odpowiedzialności, zauważyć należy, że zarówno § 4, jak i § 5 określają jednakoowy termin do uiszczenia zaległych alimentów. W obu przypadkach jest to trzydzieści dni od pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego. Projektodawca słusznie zauważa, że dla zastosowania omawianych instytucji nie jest konieczne przeprowadzenie wspomnianej czynności. Chwila dokonania przesłuchania nie stanowi początku biegu terminu dla skorzystania z dobrodziejstw oferowanych przez omawiane przepisy. Nie jest jednak do końca prawdą, że termin ten otwarty jest z dołu, jak stwierdza projektodawca w uzasadnieniu, a przynajmniej otwarcie to nie jest zupełne. Naturalną granicę stanowi bowiem moment dokonania przestępstw z art. 209 § 1 czy § 1a k.k. Do tej chwili sprawca może jeszcze skorzystać z czynnego żalu opisanego w art. 15 § 1 i 2 k.k.

Umiejscowienie końca biegu terminu, w którym dokonanie kompensacji umożliwia redukcję odpowiedzialności karnej, jeszcze na etapie postępowania przygotowawczego należy uznać za podyktowane potrzebą bezzwłocznej

realizacji funkcji restytucyjnej i uchylenia negatywnych następstw czynu, a więc dążeniem do jak najszybszego zapewnienia pokrzywdzonemu zapłaty zaległych należności alimentacyjnych. Zauważyć należy, że jedynie instytucja zawarta w § 4 pozwala na to, by już na etapie postępowania przygotowawczego można było umorzyć całe postępowanie karne. Pomimo istnienia takiej możliwości nie wydaje się zasadnym stawianie tezy, że § 4 spowoduje spadek obciążenia sądów rejonowych w zakresie rozpatrywania przestępstw niealimentacji w stosunku do stanu dotychczasowego – wszak § 4 został wprowadzony z uwagi na wykreowanie w § 1 typu formalnego, a więc znacznego poszerzenia zakresu penalizacji niealimentacji. Instytucja z § 4 może jedynie zmniejszyć negatywne następstwa na tej płaszczyźnie.

W odniesieniu do określonego przez ustawodawcę terminu do spłaty należności można zauważyć, że w projekcie uchwalonych zmian w żaden sposób nie uzasadniono, dlaczego za właściwy w tym przypadku należy uznać termin trzydziestu dni. Znaczenie długości owego okresu nie jest bynajmniej zagadnieniem czysto technicznym, poprzez jego wyznaczenie wpływa się bowiem pośrednio bądź na zróżnicowanie, bądź na zniwelowanie różnic w zakresie możliwości skorzystania z dobrodziejstw przewidzianych w komentowanych przepisach przez sprawców majątnych bądź cechujących się niższym statusem majątkowym. Trudno w tym zakresie stwierdzić, czy termin trzydziestu dni należałoby uznać za odpowiedni, czy zbyt krótki – zwłaszcza wobec sygnalizowanego wyżej braku uzasadnienia projektu w tym obszarze. Odpowiedź na to pytanie przyniesie zapewne dopiero analiza stosowania omawianych konstrukcji w praktyce.

Termin wskazany w § 4 i § 5 ma charakter materialnoprawny, wobec czego nie jest możliwe jego przywrócenie, jego upływ spowoduje zaś, że nie będzie możliwym skorzystanie z mechanizmów redukujących odpowiedzialność karną sprawcy niealimentacji. W takiej sytuacji konieczne będzie zastosowanie konwencjonalnej reakcji karnej. Wyrokując co do kary, sąd będzie jednak zobligowany do uwzględnienia dokonanej przez sprawcę zapłaty zaległych alimentów. W najmniej korzystnym dla sprawcy wypadku – na podstawie art. 53 § 2 k.k. okoliczność ta wpłynie na umniejszenie kary w jej zwyczajnym wymiarze. Spłata alimentów może jednak w konkretnej sprawie stać się dla sądu podstawą podjęcia decyzji o nadzwyczajnym złagodzeniu kary, czyli – wobec zagrożenia przewidzianego w art. 209 § 1 i 1a k.k. i przy uwzględnieniu dyspozycji art. 37a k.k. oraz art. 60 § 7 k.k. – o odstąpieniu od jej wymierzenia. Nawet zatem w przypadku, gdy sprawca przekroczy ustalony trzydziestodniowy termin zapłaty, nie straci w sposób definitywny możliwości skorzystania z dobrodziejstwa o identycznym charakterze, jak

to wyrażone w art. 209 § 5 k.k. W takiej jednak sytuacji pozostawione będzie to do uznania sądu. Zauważyć przy tym należy, że odmowa odstąpienia od wymierzenia sprawcy kary, będąca wyrazem nieskorzystania z w pełni fakultatywnej możliwości, nie będzie ograniczona – tak jak ma to miejsce w przypadku art. 209 § 5 k.k. – przesłankami wymienionymi w sposób enumeratywny, a co więcej – nie będzie ona wymagała żadnego uzasadnienia ze strony sądu⁴⁸.

6. W świetle przedstawionych wyżej szczegółowych analiz nowego brzmienia art. 209 k.k. można skonstatować, że poczynionych przez prawodawcę zmian nie można ocenić jednoznacznie negatywnie. Z całą pewnością krokiem we właściwą stronę, choć niepozbawionym pewnych konstrukcyjnych nieścisłości i niekonsekwencji, było wprowadzenie mechanizmów kompensacyjnych, pozwalających na redukcję odpowiedzialności karnej dzięki uiszczeniu zaległości alimentacyjnych. Trzeba mieć bowiem na uwadze, że kwantum społecznej szkodliwości przestępstwa niealimentacji w zdecydowanej mierze wyraża się w powodowaniu niekorzystnej sytuacji majątkowej osób uprawnionych do tego rodzaju świadczeń. Owo kwantum może zostać zredukowane jedynie poprzez jak najszybsze uiszczenie zaległości, skutkujące równoległe podaniem w wątpliwość potrzeby konwencjonalnego potępienia sprawcy. Nie należy przy tym zapominać, że spełnienie świadczenia alimentacyjnego – nawet opóźnione – pozwala także na ochronę interesów fiskalnych państwa, eliminuje bowiem potrzebę zapewnienia osobom uprawnionym środków z Funduszu Alimentacyjnego.

Z kolei negatywnie ocenić należy jednocześnie poszerzenie granic penalizacji przestępstwa niealimentacji, będące konsekwencją jego rozwarstwienia na typ podstawowy o charakterze formalnym oraz typ kwalifikowany przez skutek, w dużej mierze zbliżony w swym kształcie do dotychczasowego brzmienia art. 209 § 1 k.k.

Wydaje się, że dążenie do jak najprecyzyjniejszego ukształtowania znamion typu czynu zabronionego w przypadku przestępstwa niealimentacji nie jest zabiegiem pożądanym, prowadzi bowiem do nieadekwatnego zakresienia pola kryminalizacji tego zjawiska – zarówno pod względem nadmiernego

⁴⁸ Jest tak, gdyż w sytuacji, kiedy możliwe jest nadzwyczajne złagodzenie kary na podstawie art. 60 § 2 k.k., a nie na podstawie przypadków wskazanych w ustawie, sąd nie jest zobligowany do wytłumaczenia w uzasadnieniu wyroku, dlaczego z instytucji tej nie skorzystał. Zob. J. Raglewski, *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary w polskim systemie prawa karnego (analiza dogmatyczna w ujęciu materialnoprawnym)*, Kraków 2008, s. 138.

jego poszerzenia, jak i zawężenia. Ustanawiając liczbowe ujęcie owych znamion, połączone z (niepełnym) nawiązaniem do źródła ich określenia, ustawodawca nie ustrzegł się legislacyjnych uchybień, wynikających w głównej mierze z niedostrzeżenia specyfiki zagadnień cywilnoprawnych związanych z roszczeniem alimentacyjnym.

Powyższe potwierdza, że w przypadku przestępstw o znamionach silnie zakorzenionych cywilistycznie, co do których wyraźnie akcentowana jest subsydiarna rola prawa karnego, niezbędna jest elastyczność, pozwalająca na odpowiednie kształtowanie zarówno samego pola kryminalizacji, jak i – w dalszej perspektywie – reakcji karnoprawnej. Tylko takie podejście prawodawcy będzie umożliwiała postępowanie w zgodzie z konstytucyjną zasadą proporcjonalności w ograniczaniu praw i wolności.

**New boundaries of penalization of a crime of non-support and instances
of degressivity of punishment according to the amended Article 209
of Polish Criminal Code**

Summary

The article analyzes and evaluates changes in scope of penalization of the crime of non-support, in particular from the point of view of their compliance with the principle of proportionality, as expressed in Article 31 section 3 of the Constitution of the Republic of Poland. Instruments of degressivity of punishment introduced by Article 209 § 4 and 5 of the Polish Criminal Code are also widely commented. The authors reach the conclusion that the new wording of Article 209 is not free from inconsistencies, and the rigid expression of elements constituting the prohibited act of non-support in relation to arrears in payment of maintenance may generate many complications in the practice of applying the law.

Key words: crime of non-support, principle of proportionality, degressivity of punishment, criminal liability reduction, principle of ultima ratio of criminal law

Adrian Duda – Uniwersytet Jagielloński, Katedra Prawa Karnego (doktorant),
adrian.michal.duda@gmail.com

Dominika Sokołowska – Uniwersytet Jagielloński, Katedra Prawa Karnego (doktorantka),
dominika1sokolowska@gmail.com