

Mikołaj Małecki

Przestępstwo niealimentacji w perspektywie zmian (uwagi do rządowego projektu nowelizacji art. 209 k.k. z 28 października 2016 r.)

1. Na początku września 2016 r. ukazał się ministerialny projekt nowelizacji art. 209 k.k.¹, zmierzający, w ocenie projektodawców, do skuteczniejszego zwalczania zjawiska niealimentacji². W toku rządowego procesu legislacyjnego³ projekt zmian w art. 209 k.k. przybrał następującą postać, ogłoszoną jako projekt z dn. 28 października 2016 r. skierowany pod obrady Stałego Komitetu Rady Ministrów⁴:

Art. 209. § 1. Kto uchyla się od wykonania obowiązku alimentacyjnego określonego co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem albo innym organem albo inną umową, jeżeli łączna wysokość powstałych z tego tytułu zaległości stanowi równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych albo jeżeli opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe wynosi co najmniej 3 miesiące, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

§ 1a. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 naraża osobę uprawnioną na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

¹ Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 ze zm., dalej: „Kodeks karny”, „k.k.”

² Zob. pierwotny projekt z dn. 13 IX 2016 r., dostępny na stronie Rządowego Procesu Legislacyjnego, < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12289962/12379339/12379340/dokument244841.pdf> >.

³ Zob. przebieg rządowego procesu legislacyjnego: < <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12289962> >.

⁴ Zob. projekt z dn. 28 X 2016 r., dostępny na stronie Rządowego Procesu Legislacyjnego, < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12289962/12379366/12379367/dokument253123.pdf> >, dalej: „projekt”.

§ 2. Ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub 1a następuje na wniosek pokrzywdzonego, organu pomocy społecznej lub organu podejmującego działania wobec dłużnika alimentacyjnego.

§ 3. Jeżeli pokrzywdzonemu przyznano odpowiednie świadczenia rodzinne albo świadczenia pieniężne wypłacane w przypadku bezskuteczności egzekucji alimentów, ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub § 1a odbywa się z urzędu.

§ 4. Nie podlega karze sprawca przestępstwa określonego w § 1, który nie później niż przed upływem 30 dni od daty pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego uiszczył w całości zaległe alimenty.

§ 5. Sąd odstępuje od wymierzenia kary, jeżeli nie później niż przed upływem 30 dni od daty pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego sprawca przestępstwa określonego w § 1a uiszczył w całości zaległe alimenty, chyba że wina i społeczna szkodliwość czynu przemawiają przeciwko odstąpieniu od wymierzenia kary.

Zmiany w obrębie proponowanego § 2 i 3 względem aktualnego brzmienia art. 209 k.k. mają charakter wyłącznie dostosowawczy, związany z propozycją wyodrębnienia dwóch typów niealimentacji: podstawowego w § 1 i kwalifikowanego w § 1a, nie wymagają w związku z tym szerszego omawiania. Bliższej analizie zostaną natomiast poddane propozycje zawarte w przepisach spełniających funkcje typizujące, tj. proponowany § 1 oraz 1a projektu, a także nowe instytucje wyłączające możliwość ukarania sprawcy z projektowanego § 4 i 5. Uwagi do wskazanego projektu zmian w Kodeksie karnym zostaną poprzedzone opiniami krytycznymi zgłoszonymi w toku rządowego procesu legislacyjnego przez osoby reprezentujące władzę sądowniczą. Na kanwie analizy proponowanych przepisów wskazane zostaną alternatywne rozwiązania legislacyjne, dotyczące w szczególności proponowanych w art. 209 § 4 i 5 k.k. instytucji uniemożliwiających ukaranie sprawcy czynu zabronionego.

2. Projektodawca przewiduje rozszerzenie zakresu kryminalizacji przestępstwa niealimentacji przez usunięcie wymogu narażenia osoby uprawnionej na niezaspokojenie podstawowych potrzeb życiowych, stanowiącego znamię czynu zabronionego z aktualnie obowiązującego art. 209 § 1 k.k. W konsekwencji odpowiedzialność karna grozić ma sprawcy uchylającemu się od płacenia alimentów niezależnie od kondycji finansowej osoby uprawnionej, umożliwiającej zaspokajanie jej potrzeb życiowych o charakterze podstawowym. Jak wskazuje się w uzasadnieniu projektu, celem takiego zabiegu jest poprawa „efektywności egzekwowania przez osoby uprawnione świadczeń alimentacyjnych oraz wyeliminowania aktualnych

i niepożądanych zjawisk w postaci celowego uchylania się osób zobowiązanych do alimentacji od prawnego obowiązku alimentacji poprzez zatajanie uzyskiwanych dochodów i posiadanego majątku⁵. Projektodawca wskazuje ponadto, że „blisko 50% wszczętych postępowań przygotowawczych o czyn z art. 209 § 1 k.k. zostało umorzonych, przy czym podstawą 20% umorzeń była okoliczność, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego⁶. Odwołano się również do dostrzeżonych w nauce prawa karnego kontrowersji związanych ze znamieniem narażenia osoby uprawnionej na niemożliwość zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, tj. kwestią pośredniości czy bezpośredniości narażenia oraz możliwością zwolnienia danej osoby z obowiązku alimentacyjnego w wypadku pełnego zaspokojenia potrzeb życiowych uprawnionego przez inny podmiot zobowiązany do alimentacji.

Propozycja rozszerzenia zakresu kryminalizacji przestępstwa niealimentacji spotkała się z negatywnymi opiniami podmiotów fachowych, uczestniczących w konsultacjach publicznych⁷. Przykładowo, sędziowie apelacji krakowskiej podnieśli:

[...] błędnym jest wprowadzanie karalności dodatkowego typu czynu zabronionego poprzez eliminację znamienia „narażenia na zaspokojenie potrzeb życiowych uprawnionego”, bowiem aspekt sytuacji materialnej uprawnionego powinien mieć znaczenie przy ocenie działania zobowiązanego, zaś taki przepis powoduje pewien automatyzm karalności. Sędziowie również stoją na stanowisku, że przestępstwo tzw. „niealimentacji” nie powinno być w ogóle zagrożone karą pozbawienia wolności, bowiem osadzenie sprawcy w rzeczywistości przekreśla możliwość wywiązania się z nałożonego obowiązku, a więc w rzeczywistości obraca się przeciwko osobie uprawnionej⁸.

W tym samym duchu wypowiedział się przedstawiciel Sądu Rejonowego w Wałbrzychu, pisząc, że: „[...] przepis ten przewiduje karę pozbawienia wolności za długi” i oceniając proponowaną wersję art. 209 § 1 k.k. jako

⁵ Uzasadnienie projektu z dn. 28 X 2016 r., s. 4, < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12289962/12379366/12379367/dokument253123.pdf> >.

⁶ Uzasadnienie projektu z dn. 28 X 2016 r., s. 4, < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12289962/12379366/12379367/dokument253123.pdf> >.

⁷ Uwagi zgłaszane w ramach konsultacji publicznych dotyczyły pierwotnej wersji projektu z dn. 13 IX 2016 r. Część zmian wprowadzonych w projekcie z dn. 28 X 2016 r., szczególnie w zakresie projektowanego art. 209 § 4 i 5 k.k., wynikała z uwzględnienia spostrzeżeń zgłoszonych w toku konsultacji.

⁸ Pismo prezesa SA w Krakowie z dn. 22 IX 2016 r., < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12289962/12379345/12379348/dokument246147.pdf> >.

zbyt rygorystyczną⁹. Prezes Sądu Rejonowego w Nysie zaproponował przesunięcie treści art. 209 § 1 k.k. w projektowanym brzmieniu do Kodeksu wykroczeń, co odciążałoby system penitencjarny i zredukowało populację skazanych, przy pozostawieniu bez zmian aktualnie obowiązującego art. 209 § 1 k.k.¹⁰ Krytycznie o projektowanym przepisie wypowiedzieli się także sędziowie apelacji gdańskiej, stwierdzając, że proponowana zmiana:

[...] stanowi nieuzasadnione rozciągnięcie odpowiedzialności karnej za niewywiązywanie się ze zobowiązania o charakterze cywilno-prawnym. [...] Proponowana zmiana w ocenie sędziów nie zdyscyplinuje osób zobowiązanych do alimentacji, a tylko uzasadnione przekonanie osiągnięcia takiego celu może stanowić założenie zmiany przepisów karnych. [...] Nadto w ocenie sędziów w pierwszej kolejności winny być podejmowane czynności zmierzające do poprawy ściągłości zadłużeń alimentacyjnych. Osoby, które uchylają się „z wyboru” od łożenia świadczeń alimentacyjnych nadal będą się od nich uchylać, natomiast osoby, które często nie ze swojej winy znajdują się przejściowo w trudnej sytuacji materialnej, czy to z uwagi na utratę pracy, czy z uwagi na stan zdrowia, będą ścigane z samego tytułu, że nie realizują obowiązku alimentacyjnego¹¹.

O wykorzystywaniu prawa karnego do zwalczania zjawiska niealimentacji wypowiedział się negatywnie Sąd Najwyższy, zalecając, aby „roli prawa karnego nie sprowadzać jedynie do narzędzia, mającego ułatwić egzekwowanie alimentów od osób zobowiązanych”¹². Uwagi do projektu zgłosił także Prezes Sądu Rejonowego w Krośnie Odrzańskim, wskazując:

Proponowana zmiana treści art. 209 k.k. nie przyniesie zakładanej idealistycznie i życzeniowo „poprawy efektywności egzekwowania przez osoby uprawnione świadczeń alimentacyjnych” oraz nie doprowadzi do „wyeliminowania aktualnych i niepożądanych zjawisk w postaci celowego uchylania się osób zobowiązanych do alimentacji od prawnego obowiązku alimentacji poprzez zatajanie uzyskiwanych dochodów i posiadanego majątku”, a jedynie spowoduje zwiększenie liczby osób skazanych za niealimentację i osadzonych w za-

⁹ Zob. pismo prezesa SA we Wrocławiu z dn. 23 IX 2016 r., < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12289962/12379345/12379348/dokument246149.pdf> >.

¹⁰ Zob. pismo prezesa SA we Wrocławiu z dn. 23 IX 2016 r., < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12289962/12379345/12379348/dokument246149.pdf> >.

¹¹ Pismo wiceprezesa SA w Gdańsku z dn. 23 IX 2016 r., < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12289962/12379345/12379348/dokument247573.pdf> >. Zob. także uwagi wskazujące na praktyczne problemy wynikające z nowego ukształtowania znamion czynu zabronionego z art. 209 § 1 k.k. wskazane w tym piśmie.

¹² Pismo pierwszego prezesa SN z dn. 30 IX 2016 r., < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12289962/12379351/12379354/dokument248191.pdf> >.

kładach karnych na koszt podatników. Biorąc pod uwagę, iż sprawcami przestępstwa z art. 209 k.k. często są osoby ubogie i wyraźnie pozbawione chęci do pracy bądź możliwości zarobkowania, przymus karny nie przyniesie żadnego pozytywnego skutku w tym zakresie. Nie ma żadnego dowodu, iż wola polityczna i nawet słuszne założenia odnoszą jakikolwiek skutek w postaci oddziaływania na społeczeństwo i zmianę postaw poszczególnych osób zobowiązanych do alimentacji¹³.

Problematyka odpowiedzialności karnej za przestępstwo niealimentacji była przedmiotem korespondencji Rzecznika Praw Obywatelskich z Prokuratorem Generalnym na początku 2016 r.¹⁴ Ten ostatni w pisemnym stanowisku wyraził dezaprobatę wobec rozszerzenia odpowiedzialności karnej za niealimentację za sprawą zmiany opisu czynu zabronionego, którego znamiona byłyby wyczerpane bez względu na wystąpienie sytuacji narażającej osobę uprawnioną na niemożliwość zaspokojenia fundamentalnych potrzeb życiowych:

[...] eliminacja z zespołu znamion przestępstwa niealimentacji skutku w postaci narażenia osoby uprawnionej na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych ogranicza realizację przez normę wynikającą z postulowanego kształtu przepisu podstawowej funkcji prawa karnego, jaką stanowi funkcja ochronna, istotnie zmniejszając abstrakcyjny stopień społecznej szkodliwości klasy zachowań, które wypełniałyby znamiona tak zmodyfikowanego unormowania. Poprzez oparcie przesłanki usprawiedliwiającej karalność zachowania wyłącznie na fakcie niewywiązania się sprawcy z obciążającego go obowiązku, bez konieczności oceny, czy zachowanie to prowadzi do faktycznego pokrzywdzenia osoby uprawnionej do alimentów, konstrukcja ta stanowi przejaw nadmiernej subiektywizacji prawa karnego prowadzącej do zerwania łączności pomiędzy zachowaniem sprawcy a jego społecznym znaczeniem, a tym samym do nadmiernego poszerzenia zakresu kryminalizacji, naruszającego zasadę traktowania prawa karnego jako *ultima ratio* polityki społecznej¹⁵.

3. Ustosunkowując się do przedstawionych przez projektodawcę argumentów oraz biorąc pod uwagę opinie zgłoszone w toku konsultacji publicz-

¹³ Pismo prezesa SA w Poznaniu z dn. 23 IX 2016 r., < <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12289962/12379345/12379348/dokument247575.pdf> >.

¹⁴ Zob. pismo Rzecznika Praw Obywatelskich Adama Bodnara z dn. 5 I 2016 r., < https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_PG_ws_uchylania_sie_od_obowiazku_placecia_alimentow.pdf >.

¹⁵ Pismo Prokuratora Generalnego Andrzeja Seremeta z dn. 22 II 2016 r., < https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Odp_PG_niealimentacja.pdf >.

nych, należy stwierdzić, że dążenie projektodawcy do poprawy efektywności egzekwowania alimentów z wykorzystaniem regulacji prawa karnego jest nieporozumieniem. Rolą prawa karnego jest piętnowanie najbardziej rażących i karygodnych naruszeń norm postępowania z dobrami prawnymi, nie zaś regulowanie stosunków społecznych przez wprowadzanie mechanizmu pozwalającego na zaspokajanie roszczeń majątkowych danej osoby w swoistym zastępstwie lub jako alternatywa procedur przewidzianych w innych gałęziach prawa. Ustawodawca karny nie powinien zastępować regulacjami prawa karnego mechanizmów restytucyjnych przewidzianych w innych dziedzinach prawa, nie może także ograniczać wolności i praw człowieka regulacją prawnokarną w sytuacji, gdy nie jest to konieczne w praworządnym państwie prawnym dla ochrony ważnych wartości konstytucyjnych (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP)¹⁶. Wspominany w stanowisku sędziów apelacji krakowskiej automatyzm karalności, związany z typem czynu zabronionego określonego w projektowanym art. 209 § 1 k.k., wskazuje na naruszenie przez omawianą regulację zasady *ultima ratio* prawa karnego. W istocie rzeczy mamy tu do czynienia z propozycją karania za długi, sygnalizowaną w jednej z przytoczonych opinii przedstawicieli władzy sądowniczej. Tego rodzaju konsekwencji starali się uniknąć twórcy analogicznego co do konstrukcji art. 186 § 1 k.k. z 1969 r.¹⁷ przez posłużenie się znamieniem „uporczywości” uchylania się od niealimentacji, aby „zapobiec zbyt pochopnemu uciekaniu się do ścigania karnego wtedy, gdy prawidłowo przeprowadzona egzekucja cywilna albo zgoła środki oddziaływania społecznego mogą dać pożądane efekty bez uznawania sprawcy za przestępcę i bez kary kryminalnej, która pogarsza i tak rozluźnione więzy łączące sprawcę z zaniedbaną rodziną”¹⁸.

Jeżeli instytucje władzy publicznej nie radzą sobie z egzekwowaniem obowiązku alimentacyjnego, w ramach prac koncepcyjnych nad ulepszeniem polskiego prawa (rozumianego jako system prawny) należy w pierwszej kolejności rozważyć, w jaki sposób poprawić efektywność działania instytucji odpowiedzialnych za egzekwowanie zapłaty alimentów, np. zwiększyć sprawność i skuteczność egzekucji, zrationalizować system opłat egzekucyjnych pobieranych przez komorników sądowych czy wzmocnić nadzór

¹⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 IV 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: „Konstytucja RP”, „Konstytucja”.

¹⁷ Ustawa z dn. 19 IV 1969 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1969, nr 13, poz. 94 ze zm., dalej: „k.k. z 1969 r.”

¹⁸ M. Siewierski, w: *Kodeks karny. Komentarz. Tom II. Część szczególna*, Warszawa 1987, s. 185.

nad działalnością komorników sądowych¹⁹. Zamiast zwiększać represyjność prawa karnego w niczym nieuzasadnionej nadziei na jego oddziaływanie ogólnoprewencyjne, należałoby przede wszystkim zidentyfikować rzeczywiste przyczyny słabej ściągalsności alimentów. Próżno szukać informacji na ten temat w uzasadnieniu omawianego projektu. Projektodawca powołał się za to na dwudziestoprocentowy odsetek umorzeń postępowań karnych w sprawach o niealimentację z powodu niewyczerpania przez zobowiązanego znamion czynu zabronionego, jednakże statystyka ta niczego nie wyjaśnia, ponieważ nie wiadomo, ile postępowań zostało umorzonych z powodu niezrealizowania znamienia „narażenia osoby uprawnionej na niemożliwość zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych”, a tego warunku odpowiedzialności karnej dotyczy proponowana zmiana art. 209 § 1 k.k. (postępowania mogły zostać umorzone z powodu braku realizacji bardziej podstawowych znamion omawianego czynu zabronionego, takich jak „uchyla się” oraz „uporczywie”, np. w sytuacji, gdy osoba zobowiązana w ogóle nie dysponowała środkami finansowymi).

Projektodawca nie wyjaśnił, w jaki sposób kryminalizacja uchylania się od obowiązku alimentacyjnego bez względu na fakt narażenia osoby uprawnionej na niemożliwość zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych wpłynie na efektywność egzekwowania wypłaty alimentów. Jeżeli sprawca zataja swoje dochody i posiadany majątek, aby nie płacić alimentów, to czyni to niezależnie od tego, czy osobie uprawnionej grozi niemożliwość zaspokojenia jej podstawowych potrzeb życiowych, czy nie. Projektodawca nie uprawdopodobnił, w oparciu o dane empiryczne, że zakładany cel nowelizacji, sprowadzający się do zwiększenia efektywności ściągania niezapłaconych alimentów, ma w praktyce jakąkolwiek szansę powodzenia wskutek wejścia w życie proponowanej nowelizacji oraz że osiągnięcie tego celu nie jest w praktyce funkcjonowania instytucji państwowego państwa możliwe inaczej jak tylko przez kryminalizację uchylania się sprawcy od obowiązku alimentacyjnego, czyli przez najbardziej intensywny sposób ingerencji w wolności i prawa człowieka. W tej perspektywie projektowany typ czynu zabronionego z art. 209 § 1 k.k. zdaje się nie spełniać warunku przydatności i konieczności ograniczenia wolności i praw człowieka w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji²⁰, wobec czego jest on,

¹⁹ Zob. informacja zamieszczona na stronie internetowej Rzecznika Praw Obywatelskich, < <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/prokurator-generalny-o-sciganiu-sprawcow-przestepstwa-niealimentacji> >.

²⁰ Wymóg proporcjonalności jest spełniony, jeżeli wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (zasada przydatności), jest niezbędna

przynajmniej w aspekcie tego wzorca oceny konstytucyjności prawa, niezgodny z ustawą zasadniczą.

Należy podkreślić, że wątpliwości związanych z rozszerzeniem zakresu penalizacji przestępstwa niealimentacji nie usuwa towarzysząca proponowanym zmianom instytucja uchylenia karalności czynu zabronionego w przypadku zapłacenia w całości zaległych alimentów (projektowany art. 209 § 4 k.k.), chociażby dlatego że w wielu wypadkach sprawcy czynu zabronionego może być nie stać na to, aby w ciągu 30 dni uregulować wszystkie dotychczasowe zaległości. Okoliczność wyłączająca karalność w kształcie określonym w art. 209 § 4 k.k. nie wpływa więc na ocenę konstytucyjności proponowanego typu czynu zabronionego z art. 209 § 1 k.k.

Mniejsze kontrowersje wzbudza propozycja doprecyzowania znamienia „uporczywości” uchylenia się od alimentacji przez wskazanie na wysokość powstałych zaległości jako równowartość co najmniej trzech świadczeń okresowych. Jednak również i ta zmiana prowadzi do nieznanego na gruncie dotychczasowego stanu prawnego nowości normatywnych.

Z jednej strony, proponowana nowelizacja ogranicza zakres odpowiedzialności karnej sprawcy uchylającego się od alimentacji, zarówno na gruncie proponowanego typu podstawowego, jak i projektowanego typu kwalifikowanego z art. 209 § 1a k.k., który to przepis przejmuje wszystkie znamiona przedmiotowe wskazane w § 1. Jeżeli sprawca niealimentacji celowo zaniży wysokość wypłacanych kwot pieniężnych – przykładowo, zamiast świadczyć okresowo kwotę 500 zł określoną orzeczeniem sądu, będzie

dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (zasada konieczności), a jej efekty pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zasada proporcjonalności *sensu stricto*). Zob. wyrok TK z 11 V 1999 r., K 13/98, OTK 1999, nr 4, poz. 74, a także: wyrok TK z 11 IV 2000 r., K 15/98, OTK 2000, nr 3, poz. 86 („Poszukując odpowiedzi na pytanie, czy ingerencja w sferę konstytucyjnego prawa jednostki jest zgodna z zasadą konieczności, należy rozważyć, czy cel, do którego dąży ustawodawca można osiągnąć przy pomocy środków równie skutecznych, ale mniej uciążliwych dla jednostki”); wyrok TK z 20 VI 2005 r., K 4/04, OTK-A 2005, nr 6, poz. 64 („[...] rozwiązania wprowadzone na mocy kwestionowanej nowelizacji znajdują uzasadnienie w normach konstytucyjnych, gdyż służą ochronie porządku publicznego. Nie spełniają natomiast wymogu konieczności i proporcjonalności sensu stricto. Niektóre cele założone przez ustawodawcę mogą być osiągnięte za pomocą środków równie skutecznych, ale mniej uciążliwych”); wyrok TK z 26 III 2007 r., K 29/06, OTK-A 2007, nr 3, poz. 30 („Przesłanka «proporcjonalności», niezbędną dla uznania zasadności wprowadzenia ograniczenia konstytucyjnych wolności, oznacza dla ustawodawcy obowiązek wyboru najmniej dolegliwego środka”). Szerzej: M. Szydło, w: *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 796 i n.

wypłacać co miesiąc jedynie 100 zł – po trzykrotnym zaniechaniu wypełnienia obowiązku nie wyczerpie jeszcze znamion typu podstawowego ani typu kwalifikowanego, gdyż łączna wartość zaległych należności wyniesie jedynie 1200 zł (trzykrotność 400 zł, podczas gdy dla wyczerpania znamion konieczne będzie powstanie zaległości stanowiącej równowartość trzech świadczeń okresowych, czyli trzykrotności 500 zł). Dopiero po upływie kolejnego miesiąca będzie można przyjąć realizację znamion omawianego przestępstwa, chyba że sprawca ureguluje do tego czasu zaległe należności. Warto zauważyć, że tego rodzaju „historia” może się powtarzać – sprawca złośliwie zwleka z zapłaceniem alimentów, przez co naraża rodzinę na niemożliwość zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, ale *ex post*, zanim zaległości osiągną równowartość trzykrotnego świadczenia okresowego, wywiązuje się z obowiązku alimentacji. Pod rządami nowych przepisów zachowanie to nie będzie realizowało znamion czynu zabronionego, podczas gdy w aktualnym stanie prawnym mogłoby ono zostać potraktowane jako przejaw uporczywej niealimentacji.

Z drugiej strony, proponowane regulacje budzą wątpliwości w kontekście zasady *ultima ratio* prawa karnego. Przykładowo, jeśli wysokość zasądzonych alimentów wyniesie 500 zł miesięcznie, a osoba zobowiązana do alimentacji będzie wypłacać comiesięcznie osobie uprawnionej o 100 zł mniej, czyli 400 zł, to po upływie 15 miesięcy zaległość z tego tytułu wyniesie 1500 zł, czyli równowartość co najmniej trzech świadczeń okresowych. W ten sposób sprawca zrealizuje znamiona czynu zabronionego z proponowanego art. 209 § 1 k.k., przy czym brak w budżecie zaległych 100 zł miesięcznie nie musi narażać na niezaspokojenie podstawowych potrzeb życiowych osoby uprawnionej, która bądź co bądź regularnie otrzymywała od sprawcy kwotę 400 zł.

Rezygnacja z warunku „uporczywego” uchylania się od alimentacji i usunięcie z przepisu tego określenia na rzecz wskazania odpowiedniej wysokości zaległych alimentów doprowadzi do zmiany normatywnej w aspekcie znamion strony podmiotowej omawianego czynu zabronionego. W literaturze karnistycznej i orzecznictwie zazwyczaj przyjmuje się, że znamię uporczywości ogranicza karalność uchylania się od alimentacji w rozumieniu art. 209 § 1 k.k. (podobnie na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r.) wyłącznie do zamiaru bezpośredniego²¹. Po wejściu w życie proponowanej zmiany

²¹ Zob. przykładowo: J. Lachowski, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. Violetta Konarska-Wrzošek, Warszawa 2016, komentarz do art. 209 k.k., t. 8; Z. Siwik, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, komentarz do art. 209 k.k., t. 6; M. Szwar-

sprawca będzie odpowiadał karnie także wtedy, gdy dopuści się czynu z zamiarem wynikowym (przewidując możliwość niezapłacenia alimentów bądź niezaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych osoby uprawnionej, godzi się na zaistnienie takiego stanu rzeczy; zaniechanie nie musi być celowe czy intencjonalne). Eliminacja wymogu szczególnie nagannego, celowego nastawienia psychicznego sprawcy do czynu, prowadząca do rozszerzenia zakresu penalizacji bez podania powodów takiego posunięcia legislacyjnego potwierdza naruszenie przez projektowaną regulację zasady *ultima ratio* prawa karnego.

4. Rządowa propozycja nowelizacji art. 209 § 1 k.k. staje się do pewnego stopnia zrozumiała po uwzględnieniu kontekstu społecznego, związanego z uchwaleniem w dn. 11 lutego 2016 r. ustawy o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci²², regulującej zasady przyznawania określonym podmiotom świadczenia wychowawczego powszechnie znanego w opinii publicznej jako program 500+, czyli świadczenia w wysokości 500 zł miesięcznie na dziecko. Udział w programie 500+ polepsza sytuację finansową rodziny, co w kontekście omawianego projektu zmian w Kodeksie karnym rodzi pytanie o zakres zastosowania art. 209 § 1 k.k., zgodnie z którym obecnie, przypomnijmy, warunkiem wyczerpania znamion czynu zabronionego jest narażenie osoby uprawnionej na niemożliwość zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych.

czyk, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016, komentarz do art. 209 k.k., t. 5; M. Szewczyk, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz LEX. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, komentarz do art. 209 k.k., t. 36; wyrok SN z 24 XI 1970 r., V KRN 437/70, OSNKW 1971, nr 3, poz. 37: „Uporczywość w uchyłaniu się od obowiązku łożenia na utrzymanie osób, wobec których istnieje obowiązek alimentowania [...] zachodzi w takiej sytuacji, w której zobowiązany, mający obiektywną możliwość wykonywania powyższego obowiązku, obowiązku tego nie wykonuje, wykazując przy tym złą wolę”; wyrok SN z 19 XII 1979 r., V KRN 297/79, OSNPG 1980, nr 6, poz. 79: „«Uporczywe» uchylenie się oznacza długotrwałe postępowanie nacechowane nieuczępliwością”; wyrok SN z 3 VII 2007 r., III KK 144/07, LEX nr 307769: „Jednym ze znamion przestępstwa uchyłania się od obowiązku alimentacyjnego jest uporczywość uchyłania się od obowiązku alimentacyjnego, a zatem wystąpienie po stronie sprawcy złej woli polegającej na umyślnym uchyłaniu od tej powinności, mimo możliwości jej wykonywania”; wyrok SA w Białymstoku 23 IV 2015 r., II AKa 62/15, LEX nr 1730142: „Uporczywym uchyłaniem się od płacenia alimentów w rozumieniu art. 209 k.k. jest tylko taka sytuacja, gdy sprawca, mając ku temu realne i faktyczne możliwości alimentów nie płaci i czyni to celowo”.

²² Dz.U. 2016, poz. 195.

W obecnym stanie prawnym omawiany przepis nie służy do prostego egzekwowania obowiązku alimentacyjnego w drodze procesu karnego, lecz określa podstawy ukarania osoby zobowiązanej do alimentacji za zachowanie cechujące się wysokim stopniem karygodności, wynikającym z narażenia beneficjanta alimentów na niemożliwość zaspokojenia jego zupełnie fundamentalnych potrzeb życiowych (pokarm, lekarstwa, przybory szkolne itd.). Nie jest kryminalizowane samo formalne niepodporządkowanie się nakazowi łożenia na utrzymanie określonej osoby, bez względu na okoliczności faktyczne danego zaniechania, ale tylko takie uporczywe uchylanie się od obowiązku alimentacyjnego, które *in concreto*, wzięwszy pod uwagę rzeczywistą sytuację osobistą i majątkową osoby uprawnionej, w realiach danej sprawy wskazywać będzie na to, że niealimentacja narazi ją na niemożliwość zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Sprawca ma tylko narazić daną osobę na niemożność zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, co oznacza, że nie musi spowodzić bezpośredniego niebezpieczeństwa takiego stanu, a tym bardziej nie musi do niego skutecznie doprowadzić (wydaje się, że mamy tu do czynienia z abstrakcyjnym zagrożeniem dóbr prawnych osoby uprawnionej, przy czym konstrukcja typu czynu zabronionego wymaga tzw. potencjalności zagrożenia, czyli zagrożenia weryfikowanego *in concreto*²³).

Wprowadzenie do opisu czynu zabronionego znamienia narażenia osoby uprawnionej na niemożliwość zaspokojenia jej podstawowych potrzeb życiowych z jednej strony wskazuje na to, że sam fakt uchylania się od alimentacji, w założeniu twórcy przepisu, nie przesądza *ipso facto* o możliwości narażenia innej osoby na takie zagrożenie (założenie to potwierdza się w praktyce, gdyż przykładowo niealimentacja względem dziecka żyjącego w rodzinie milionerów nie może narazić tego dziecka na niemożliwość zdobycia pożywienia, ubrań czy biletu na tramwaj), z drugiej strony, konsekwentnie, fakt obecności tego znamienia w opisie czynu zabronionego pod groźbą kary obliguje organ procesowy do wykazania, że znamię to zostało zrealizowane w danych okolicznościach faktycznych. Pokrzywdzenie osoby uprawnionej

²³ Należy odróżnić typy abstrakcyjnego zagrożenia dla dobra prawnego o charakterze bezwzględny (np. art. 178a § 1 k.k.) od typów abstrakcyjnego zagrożenia o charakterze względnym (zagrożenia potencjalnego, np. art. 182 § 1 k.k.). Jeszcze inną kategorię stanowią typy konkretnego/realnego/bezpośredniego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo (np. art. 173 § 1 k.k.). Oznacza to, że dziecko będące osobą uprawnioną do otrzymania alimentów nie musi być specjalnie głodzone, aby sprawca dopuszczający się zaniechania poniósł odpowiedzialność karną za przestępstwo z art. 209 § 1 k.k. (wystarczy samo narażenie go na niedożywienie), a równocześnie do odpowiedzialności karnej sprawcy nie wystarczy sam fakt uporczywego uchylenia się od alimentacji (trzeba wykazać, że *in concreto* do takiego narażenia doszło).

musi być ustalane *in concreto*; nie przesądza o nim formalne wyczerpanie znamienia czasownikowego omawianego typu przestępstwa, tj. uchylenie się w sposób uporczywy od alimentacji. Odmienna interpretacja treści art. 209 § 1 k.k., wykluczająca możliwość weryfikowania w procesie stosowania prawa, czy *in concreto* uporczywa niealimentacja naraziła określoną osobę na niemożliwość zaspokojenia jej podstawowych potrzeb życiowych, jawiłaby się jako interpretacja *contra legem* na niekorzyść sprawcy. Zgodzić się trzeba ponadto z Z. Siwikiem, który stwierdza: „Jeżeli rola prawa karnego przy zwalczaniu niealimentacji jest wybitnie posiłkowa, a kryminalizacja niealimentacji jest w zasadzie wąska, to tym samym w praktyce wykładnia przepisu karnego o przestępstwie niealimentacji powinna być ścisła, a nie rozszerzająca”²⁴. Prowadzi to autora do przekonującego stwierdzenia, że „konieczne jest ustalenie takiego stopnia narażenia *in concreto*, który czyni prawdopodobną i bliską realizacją sytuację, o jakiej mowa w art. 209 § 1 k.k.”²⁵

W ten właśnie sposób znamiona art. 209 § 1 k.k. zinterpretował Sąd Apelacyjny w Katowicach, który trafnie stwierdził, że:

[...] dla realizacji występku, o jakim mowa w przepisie art. 209 § 1 k.k., niezbędne jest m.in. niebudzące wątpliwości wykazanie, iż w wyniku zaniechania, rozumianego jako uporczywe uchylanie się, przez sprawcę obowiązku łożenia na utrzymanie osoby najbliższej, pokrzywdzony narażony został na niemożność zaspokojenia podstawowych, a nie wszystkich, potrzeb życiowych. Stan taki oznacza, że w sytuacji zaspokojenia w inny sposób pokrzywdzonemu potrzeb, tak fizycznych, jak i duchowych, o jakich mowa wyżej, brak jest podstaw do penalizacji zachowania sprawcy, nawet wówczas, gdy ten uporczywie uchylał się od alimentacji, co w ostatniej sytuacji rodzi jedynie odpowiedzialność cywilną. Analiza argumentów przytoczonych, tak we wniosku, jak i w zażaleniu pozwala przyjąć, że tę właśnie przesłankę, zmierzającą do ekskulpacji skazanej, eksponuje jej obrońca, wskazując na nowe możliwości dowodowe (zeznania Wandy G.) i wpływające z nich nowe fakty (alimentacja wnuczki w okresie, gdy nie czyniła tego skazana w postaci przesyłanych środków pieniężnych, pomocy rzeczowej, stałego zlecenia opłat za korzystanie z usług przedszkola) [podkreśl. moje, M.M.]²⁶.

W orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego funkcjonuje pogląd, w myśl którego obowiązku alimentacyjnego w rozumieniu art. 209

²⁴ Z. Siwik, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 209 k.k., t. 4.

²⁵ Z. Siwik, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 209 k.k., t. 10.

²⁶ Postanowienie SA w Katowicach z 12 I 2005 r., II AKo 1/05, LEX nr 147197.

§ 1 k.k. nie wyłącza zaspokojenie potrzeb życiowych osoby uprawnionej z innych źródeł, przez innego zobowiązanego, ludzi dobrej woli lub z funduszu alimentacyjnego²⁷. Twierdzenia te – abstrahując obecnie od ich trafności – nie mają jednak bezpośredniego przełożenia na sytuację faktyczno-prawną ukształtowaną przez ustawę o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci. Należy zauważyć, że koncepcja programu 500+ nie opiera się na idei niesienia pomocy socjalnej rodzinom żyjącym w nędzy, a więc wyłącznie świadczenia pomocy rodzinom, których sytuacja finansowa nie pozwala zaspokajając podstawowych (rudymenatarnych) potrzeb życiowych dzieci²⁸; jego celem nie jest również wspieranie rodziny w tej szczególnej sytuacji, w której jeden z rodziców zobowiązanych do alimentacji pod groźbą odpowiedzialności karnej z art. 209 § 1 k.k. nie wywiązuje się ze swojego obowiązku – nie mamy tu do czynienia z alternatywnym wobec tzw. funduszu alimentacyjnego mechanizmem uzyskania środków finansowych w zamian za niezapłacone alimenty²⁹.

Należy ponadto podkreślić, że czymś innym jest zaspokojenie podstawowych potrzeb życiowych dziecka w razie stwierdzonego braku wywiązywania się osoby zobowiązanej z zapłacenia alimentów, co w określonej sytuacji faktycznej skłania opiekuna dziecka do zatrudnienia się w dodatkowym miejscu pracy lub uzyskiwania środków majątkowych w inny, wymagający od tej osoby znacznego poświęcenia, sposób, bądź też uruchamiania *ex post* mechanizm zagwarantowany w ustawie o funduszu alimentacyjnym (wzmiankowane orzecznictwo sądów powszechnych i Sądu Najwyższego dotyczy tych właśnie stanów faktycznych), natomiast zupełnie inną sytuacją jest bieżąca opieka nad dzieckiem i gwarantowanie mu godnych warunków

²⁷ Zob. np. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 16 III 2016 r., II AKa 7/16, LEX nr 2025526; uchwała SN z 9 VI 1976 r., VI KZP 13/75, OSNKW 1976, nr 7-8, poz. 86; wyrok SN z 27 III 1987 r., V KRN 54/87, OSNPG 1987, nr 8, poz. 103. W tym ostatnim orzeczeniu wyraźnie stwierdzono: „Fakt zaspakajania podstawowych potrzeb życiowych uprawnionego kosztem znacznego wysiłku osoby współzobowiązanej do alimentacji, albo przez inne osoby nie zobowiązane, a także z funduszu alimentacyjnego ZUS, nie wyłącza ustawowego znamienia narażenia na niemożność zaspokojenia tych potrzeb”. Chodzi więc o celowe świadczenia osób lub instytucji zobowiązanych do zaspokajania potrzeb życiowych danego uprawnionego, lub też osób reagujących *in concreto* na trudną sytuację życiową danego dziecka.

²⁸ Artykuł 4 ustawy o pomocy państwa w wychowywaniu dzieci stanowi: „Celem świadczenia wychowawczego jest częściowe pokrycie wydatków związanych z wychowywaniem dziecka, w tym z opieką nad nim i zaspokojeniem jego potrzeb życiowych”.

²⁹ Zob. ustawa z dn. 7 IX 2007 r. o pomocy osobom uprawnionym do alimentów, Dz.U. 2016, poz. 169, tekst jedn.

życia przez zaspokajanie jego podstawowych lub ponadpodstawowych potrzeb życiowych, niezależnie od postępowania osoby zobowiązanej do alimentacji. Czymś innym są więc reaktywne, wymuszone postawą sprawcy przestępstwa starania o godne życie dziecka, a czymś innym są podejmowane *ex ante*, generalne starania opiekunów dziecka o bezpieczeństwo i dobrobyt członków danej rodziny. Nietrudno zauważyć, że idea programu 500+ wpisuje się w drugi z opisanych mechanizmów wspierania osób wychowujących dzieci.

W tym samym duchu należy odczytywać wypowiedzi doktryny prawa karnego dotyczące wpływu zastępczych źródeł zaspokajania potrzeb życiowych dziecka na realizację przez sprawcę znamion przestępstwa niealimentacji (zarysowana perspektywa reaktywna). Ich odczytanie w odmienny sposób, w szczególności jako twierdzeń wykluczających możliwość weryfikowania, czy *in concreto* zaniechanie sprawcy narażało osobę uprawnioną na niemożliwość zaspokojenia jej podstawowych potrzeb życiowych, zmuszałoby do konstatacji, że stanowiska te nie znajdują oparcia w tekście obowiązującej ustawy karnej (wykładnia *contra legem*)³⁰.

5. Funkcjonowanie programu 500+ w zarysowanym wyżej kształcie sprawia, że rozpatrując *in concreto* kwestię wyczerpania przez sprawcę znamienia narażenia dziecka na niezaspokojenie jego podstawowych potrzeb życiowych, *de lege lata* należy już w punkcie wyjścia założyć, że rodzina, w której funkcjonuje dziecko objęte świadczeniem z programu 500+, jest

³⁰ Na gruncie analogicznego co do konstrukcji art. 186 § 1 k.k. z 1969 r. M. Siewierski stwierdzał: „Fakt zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych uprawnionego kosztem znacznego wysiłku osoby współzobowiązanej do alimentacji albo przez inne osoby, nie zobowiązane, nie wyłącza ustawowego znamienia narażenia na niemożność zaspokojenia tych potrzeb. [...] Okoliczność, że w rzeczywistości potrzeby uprawnionego są zaspokajane przez inne osoby, nie wyłącza odpowiedzialności karnej zobowiązanego. W szczególności stanu zagrożenia wywołanego niepłaceniem alimentów nie usuwa fakt, że potrzeby uprawnionego zaspokaja osoba współzobowiązana do łożenia na jego utrzymanie, jeżeli sama świadczy znacznie więcej, niż na nią przypada, z uszczerbkiem dla swego zdrowia lub własnych potrzeb. Analogiczna sytuacja istnieje wtedy, gdy koszty utrzymania i wychowania uprawnionego do alimentacji ponosi faktycznie osoba nie obciążona takim obowiązkiem. Dotyczy to także wypadków świadczeń ze strony zakładów opiekuńczo-wychowawczych i funduszu alimentacyjnego” (M. Siewierski, w: *Kodeks...*, s. 187). Jeszcze wyraźniej widoczne jest to na gruncie poglądu, iż mamy tu do czynienia z przestępstwem materialnym, którego skutkiem jest „spowodowanie stanu bezpośredniego i konkretnego zagrożenia niemożnością zaspokajania tych potrzeb” (A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 473).

„bogatsza” co najmniej o 500 zł miesięcznie (lub wielokrotność tej sumy w zależności od liczby osób uprawnionych do skorzystania ze wskazanego świadczenia). Jeśli mówimy o podstawowych potrzebach życiowych dziecka: żeby miało co jeść, w co się ubrać, posiadało podręczniki, pieniądze na bilet do szkoły czy na wycieczkę klasową itp., suma 500 zł miesięcznie wydaje się kwotą wcale nie bagatelną. W rezultacie może się więc zdarzyć, że kwota 500 zł nie poprawi kondycji finansowej danej rodziny na tyle, by realnie uchylić groźbę niezaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych dziecka uprawnionego do alimentów; jednakże może również zaistnieć sytuacja, w której państwowa pomoc w kwocie 500 zł na dziecko otrzymywana przez daną rodzinę (1000 zł w wypadku dwojga dzieci objętych świadczeniem, 1500 zł, 2000 zł itd.) polepszy jej sytuację finansową na tyle, by fundamentalne potrzeby życiowe danego członka rodziny zostały w ten sposób, w przewidywalnej perspektywie czasowej, w pełni zaspokojone, co uchyli odpowiedzialność karną sprawcy niewywiązującego się z obowiązku alimentacyjnego z powodu niewyczerpania wszystkich znamion czynu zabronionego z art. 209 § 1 k.k. Nie da się bowiem narazić na niemożliwość zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych dziecka, którego wszystkie potrzeby życiowe są bez trudu zaspokajane przez faktycznych opiekunów objętych programem 500+.

Należy dopowiedzieć, że w omawianej powyżej sytuacji nie zaktualizuje się również odpowiedzialność karna sprawcy uchylającego się od alimentów za usiłowanie popełnienia przestępstwa z art. 209 § 1 k.k., o ile podmiot ten będzie miał świadomość (przynajmniej będzie przypuszczał), że dziecko objęte obowiązkiem alimentacyjnym może zaspokajając swoje potrzeby życiowe z uwagi na korzystanie z programu 500+. Jeżeli sprawca zdaje sobie sprawę, że jego zachowanie nie może narazić osoby uprawnionej na niemożliwość zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych (bądź odwrotnie – jeśli nie ma on świadomości, że uporczywe uchylanie się od alimentacji *in concreto* stworzy potencjalne zagrożenie dla dobra prawnego dziecka), to wykluczone jest ustalanie istnienia po stronie tej osoby zamiaru popełnienia czynu zabronionego opisanego w art. 209 § 1 k.k.³¹, a w związku z tym wykluczo-

³¹ Zob. M. Małecki, *500+ zamiast alimentów*, „Dogmaty karnisty” z dn. 27 IV 2016 r., < <http://dogmatykarnisty.blogspot.com/2016/04/500-zamiast-alimentow.html> >: „Jeśli ojciec nie płaci alimentów dlatego, że dziecko zostało objęte programem 500+, wiedząc że rodzina ma pieniądze i może zaspokoić swoje potrzeby życiowe, to nie da się stwierdzić, że podmiot ten dopuszcza się czynu umyślnego; ojciec nie ma zamiaru narażenia dziecka na niezaspokojenie jego potrzeb życiowych przez to, że uchylił się od zapłacenia alimentów”.

ne jest przyjęcie, że zostały zrealizowane znamiona usiłowania popełnienia tego przestępstwa³².

Wydaje się również, że nie ma podstaw do obciążenia sprawcy uchylającego się od obowiązku alimentacyjnego odpowiedzialnością karną w sytuacji, w której faktyczny opiekun dziecka (np. drugi rodzic) zrezygnował z lepiej płatnej pracy lub w ogóle porzucił pracę zarobkową – mimo że nie była ona dla niego nadmiernie uciążliwa – tylko dlatego że jego rodzina stała się beneficjentem państwowego programu 500+, co pogorszyło sytuację finansową rodziny w takim stopniu, że zaktualizowała się wówczas przesłanka narażenia osoby uprawnionej na niemożliwość zaspokojenia jej podstawowych potrzeb życiowych, do czego nie doszłoby bez umyślnej rezygnacji tej osoby z wykonywanej wcześniej pracy. W opisanej sytuacji kłopotliwe może okazać się ustalenie związku normatywnego między bezprawnym zaniechaniem sprawcy niealimentacji a potencjalnym narażeniem innej osoby na niemożliwość zaspokojenia jej potrzeb życiowych, ewentualnie zmniejszeniu ulegnie stopień społecznej szkodliwości czynu i stopień winy sprawcy (należy w każdym razie brać pod uwagę, że w opisanej sytuacji inna osoba niż podmiot zobowiązany do alimentacji umyślnie przyczynia się do braku możliwości zaspokajania potrzeb życiowych osoby uprawnionej). Niezależnie od rozstrzygnięcia omawianej kwestii na gruncie prawa karnego, wejście w życie programu 500+ z pewnością problematyzuje to specyficzne zjawisko, możliwe do zaistnienia w praktyce życia³³.

³² W pełni przekonująco wzmiankuje Z. Siwik, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 209 k.k., t. 10, że odpowiedzialność karna za usiłowanie popełnienia przestępstwa niealimentacji może zaktualizować się w szczególności w opisywanych w orzecznictwie sądowym przypadkach zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych uprawnionego kosztem znacznego wysiłku osoby współzobowiązanej do alimentacji albo przez inne osoby niezobowiązane, a także z Funduszu Alimentacyjnego ZUS. Przykładowo, sprawca zamierza uporczywie uchylać się od płacenia alimentów – postanawia, że od tej pory nie zapłaci już więcej „ani grosza” – i oświadcza to osobie uprawnionej, co skłania opiekunów osoby uprawnionej lub nią samą do podjęcia dodatkowej pracy bądź uzyskania środków finansowych z innych źródeł. Jeżeli osoba uprawniona zdobędzie takie środki finansowe zanim sprawca zrealizuje znamiona uporczywego uchylania się od płacenia alimentów, to nie dojdzie do dokonania czynu zabronionego z art. 209 § 1 k.k., gdyż osoba uprawniona nie zostanie *in concreto* narażona, wskutek uporczywej niealimentacji, na niemożliwość zaspokojenia jej potrzeb życiowych. W opisanym przypadku wyczerpane zostaną wszystkie znamiona czynu zabronionego z art. 13 § 1 w zw. z art. 209 § 1 k.k.

³³ Zagadnienie wpływu programu 500+ na rynek pracy było już przedmiotem badań sondażowych – zob. *Program 500+ nie zrewolucjonizuje polskiego rynku pracy*, < <http://www.workservice.pl/Centrum-prasowe/Informacje-prasowe/Ekspert-HR-komentuje/Program-500-nie-zrewolucjonizuje-polskiego-ryнку-pracy> >: „Tylko 1,5% pracowni-

Jednym z ukrytych celów projektowanej nowelizacji art. 209 § 1 k.k. – nieujawnionym w uzasadnieniu omawianego projektu – może być próba wyeliminowania wskazanych konsekwencji, związanych z obecnym kształtem znamion tego typu czynu zabronionego, i uniezależnienie odpowiedzialności karnej osoby niewywiązującej się z obowiązku alimentacyjnego od kondycji finansowej osoby uprawnionej (narażenie na niemożliwość zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych jako kontekst zachowania sprawczego ma stać się, zgodnie z projektem, dopiero znamieniem typu kwalifikowanego z proponowanego art. 209 § 1a k.k.). Kwestia zawężenia zakresu zastosowania art. 209 § 1 k.k. wskutek wejścia w życie programu 500+ była sygnalizowana w mediach; rządowy projekt zmian w Kodeksie karnym został przygotowany kilka miesięcy po ukazaniu się w prasie artykułów na ten temat³⁴. Z powodów omówionych wcześniej nie zasługuje on jednak na aprobatę.

6. W projekcie nowelizacji art. 209 k.k. przewidziane zostały dwa nowe przepisy, których funkcjonowanie ma wyeliminować karalność czynu zabronionego popełnionego przez osobę dopuszczającą się niealimentacji. Proponowane art. 209 § 4 i 5 k.k. głoszą:

Art. 209. § 4. Nie podlega karze sprawca przestępstwa określonego w § 1, który nie później niż przed upływem 30 dni od daty pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego uiszczył w całości zaległe alimenty.

§ 5. Sąd odstępuje od wymierzenia kary, jeżeli nie później niż przed upływem 30 dni od daty pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego sprawca przestępstwa określonego w § 1a uiszczył w całości zaległe alimenty, chyba że wina i społeczna szkodliwość czynu przemawiają przeciwko odstąpieniu od wymierzenia kary.

ków zadeklarowało, że rozważa rezygnację z pracy ze względu na otrzymywanie świadczenia z programu 500+ [...]. Oznacza to, że odejście z pracy dopuszcza ok. 240 tysięcy osób. Jednak pracodawcy mają większe obawy, bo niemal 1/3 uważa, że program 500+ będzie miał negatywny wpływ na dostępność pracowników. Eksperti Work Service zwracają uwagę, że choć wprowadzenie zmian nie powinno odbić się na rynku pracy, mogą się pojawić branże i regiony, które zostaną dotknięte wzmożonymi trudnościami rekrutacyjnymi. [...] Na poziomie procentowym jest to bardzo niskie wskazanie, ale w przeliczeniu na liczbę pracowników, daje ponad 240 tysięcy osób, co może być odczuwalne w poszczególnych regionach kraju – komentuje Maciej Witucki, Prezes Zarządu Work Service S.A.”; zob. także: M. Chądzyński, G. Osiecki, *150 tysięcy kobiet odeszło z pracy przez 500 plus*, „Dziennik Gazeta Prawna” z dn. 7 XII 2016 r., wersja elektroniczna: < <http://serwisy.gazetaprawna.pl/praca-i-kariera/artykuly/999490,500-ile-kobiet-odeszlo-z-pracy.html> >.

³⁴ Zob. A. Krzyżanowska, *Skąpi ojcowie unikną kary*, „Dziennik Gazeta Prawna” z dn. 27 IV 2016 r., nr 81 (4228), s. B5.

W § 4 projektodawca proponuje wprowadzenie instytucji wyłączającej karalność czynu zabronionego określonego w art. 209 § 1 k.k. (w brzmieniu nadanym w omawianym projekcie). Warunkiem niepodlegania karze ma być uiszczenie w całości zaległych alimentów³⁵ oraz ich uiszczenie w określonym terminie: przed upływem 30 dni od daty pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego. Analogiczne przesłanki mają być podstawą zastosowania instytucji odstąpienia od wymiaru kary z proponowanego § 5 względem czynu zabronionego stypizowanego w proponowanym art. 209 § 1a k.k. (odpowiednik aktualnie obowiązującego art. 209 § 1 k.k.). Dodatkową przesłanką negatywną ma być w tym zakresie przemawianie winy i społecznej szkodliwości czynu przeciwko odstąpieniu od wymierzenia kary.

Wstępny ogląd art. 209 § 5 k.k. prowadzi do spostrzeżenia, że nie do końca trafny jest sposób zredagowania negatywnej przesłanki odstąpienia od wymierzenia kary z końcowego fragmentu tego przepisu. Wina i społeczna szkodliwość czynu, jeśli tylko zaistnieją, z uwagi na funkcje prawa karnego zasadniczo przemawiać będą przeciwko odstąpieniu od wymierzenia kary w rozumieniu omawianego przepisu. Zdaje się, że projektodawca miał na myśli stopień społecznej szkodliwości czynu i stopień winy sprawcy, w szczególności rodzaj narażonych na niebezpieczeństwo dóbr prawnych, rozmiar grożącej szkody, okres uchylania się od alimentacji czy motywację sprawcy, które co prawda mogą wskazywać na nie znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu i winy sprawcy, lecz na tyle niski, że uzasadniający całkowite odstąpienie od wymierzenia kary sprawcy czynu zabronionego. Należałoby więc wyraźnie określić, że przeciwko odstąpieniu od wymierzenia kary ma przemawiać stopień społecznej szkodliwości czynu i stopień winy, nawiązując dodatkowo do znanej z innych regulacji Kodeksu karnego przesłanki „znacznego” stopnia karygodności³⁶. Końcowy fragment art. 209 § 5 k.k. mógłby zatem otrzymać brzmienie: „chyba że wina i społeczna szkodliwość czynu są znaczne”. W rezultacie zostałyby doprecyzowane, w jakim zakresie te dwa aspekty struktury przestępstwa powinny przemawiać przeciwko odstąpieniu przez sąd od wymierzenia kary.

Posłużenie się w początkowym fragmencie art. 209 § 5 k.k. słowami „sąd odstępuje od wymierzenia kary” sugeruje, iż mamy tu do czynienia z instytucją obligatoryjnego odstąpienia od wymierzenia kary. Do 2010 r.

³⁵ Należy domniemać, że chodzi o zaległości dotyczące danego czynu zabronionego, tj. niealimentacji rozumianej jako ten sam czyn w znaczeniu art. 11 § 1 k.k., wyczerpujący znamiona z art. 209 § 1 k.k., nie zaś w ogóle wszystkich zaległych alimentów, jakie kiedykolwiek miał do zapłacenia dany sprawca.

³⁶ Zob. art. 93b § 1 k.k. i art. 93g § 1 i 2 k.k.

podoba regulacja funkcjonowała w art. 25 § 3 k.k.³⁷ i była krytykowana jako niejednoznaczna w kontekście okoliczności dekompletujących strukturę przestępstwa (zniesienie karalności czynu czy ustawowa dyrektywa oparta na ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu i stopnia winy sprawcy?). Funkcjonowanie instytucji obligatoryjnego odstąpienia od wymierzenia kary wprowadza do systemu prawnego kategorię przestępstw obligatoryjnie wolnych od kary³⁸ – przed odstąpieniem od ukarania musi bowiem zostać jednoznacznie ustalona przestępnosc popełnionego czynu (przesądzić należy wyczerpanie znamion czynu zabronionego oraz przypisać sprawcy winę; czyn nie może być również społecznie szkodliwy w stopniu znikomym). Instytucja tego typu prowadzi do ograniczenia dyskrecjonalnej władzy sędziego w oparciu o niesprecyzowane przesłanki³⁹.

Wskazane zarzuty formułowane pod adresem instytucji obligatoryjnego odstąpienia od wymierzenia kary nie przekładają się wprost na ocenę proponowanego art. 209 § 5 k.k. z uwagi na negatywną przesłankę jego zastosowania, wymagającą każdorazowego ustalenia stopnia karygodności oraz stopnia winy sprawcy czynu zabronionego. W tym kontekście ujawnia się jednak nietrafność projektowanego zakresu zastosowania oraz zakresu normowania instytucji określonej w omawianym przepisie, gdyż w rzeczywistości mamy tu do czynienia – wbrew apodyktycznemu stwierdzeniu „sąd odstępuje od wymierzenia kary” – z fakultatywnym, pozostawionym do swobodnej oceny sędziego, odstąpieniem od wymiaru kary. Wyakcentowanie konieczności odstąpienia od wymierzenia kary po spełnieniu przesłanek pozytywnych, tj. uiszczenia zaległych alimentów w określonym terminie, mogłoby sugerować, iż priorytetową reakcją na popełniony czyn zabroniony w warunkach opisanych w omawianym przepisie ma być odstąpienie od wymierzenia kary, za wyjątkiem szczególnych sytuacji ujętych jako przesłanka negatywna, aktualizująca się tylko wówczas, gdy w toku postępowania karnego strony procesu wyraźnie powołają się na okoliczności przemawiające przeciwko odstąpieniu od wymierzenia kary. Jednakże z uwagi na

³⁷ „Sąd odstępuje od wymierzenia kary, jeżeli przekroczenie granic obrony koniecznej było wynikiem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu”.

³⁸ Na temat rozwiązania z art. 25 § 3 k.k. w wersji uchwalonej w dniu wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r., w perspektywie przewidzianej w nim obligatoryjności odstąpienia od wymierzenia kary zob. A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I (art. 1–31)*, Gdańsk 1999, s. 327; A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Zakamycze 1998, s. 229–230.

³⁹ Zob. P. Kardas, *Zmiany na gorsze i na lepsze*, „Rzeczpospolita” z dn. 11 XII 1996 r., s. 15 (odnośnie do art. 25 § 3 k.k. w wersji uchwalonej w dniu wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r.).

normatywną funkcję okoliczności branych pod uwagę w ramach ustalania, czy została spełniona owa przesłanka negatywna, tj. stopień karygodności i stopień winy sprawcy ustalany na etapie sędziowskiego wymiaru kary, po przesądzeniu wyczerpania przez sprawcę znamion czynu zabronionego z art. 209 § 1a k.k. oraz po stwierdzeniu, że można mu za to przypisać winę, a także po wykluczeniu znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu umożliwiającego stwierdzenie, że nie stanowił on przestępstwa (art. 1 § 2 k.k.), wydaje się, że w każdym przypadku sąd będzie zobowiązany do samodzielnego ustalenia wpływu społecznej szkodliwości czynu i winy sprawcy na pożądaną w danym przypadku formę reakcji karnej oraz będzie musiał uzasadnić, w ramach stosowania art. 209 § 5 k.k., że oba wskazane parametry nie przemawiały za odstępniem od wymierzenia kary, a zatem, koniec końców, decyzja w przedmiocie zastosowania omawianej instytucji mieścić się będzie w ramach dyskrejonalnej władzy sędziowskiej jako fakultatywna, pozostawiona do uznania sądu, przesłanka odstąpienia od wymierzenia kary.

Summa summarum projektowane brzmienie omawianego przepisu pozostawia sądowi swobodę w podjęciu decyzji o wymierzeniu bądź odstąpieniu od wymierzenia kary, dopiero bowiem *in concreto* w realiach danej sprawy można będzie stwierdzić, czy okoliczności wpływające na ocenę stopnia karygodności czynu oraz stopień winy sprawcy uzasadniają wymierzenie danej osobie kary kryminalnej. W takim ujęciu omawiany przepis powinien otrzymać bardziej adekwatne brzmienie, w szczególności przez wyraźne zaakcentowanie fakultatywności omawianej instytucji sędziowskiego wymiaru kary, bez zmian merytorycznych w treści poszczególnych przesłanek, np.:

Art. 209. § 5. Sąd może odstąpić od wymierzenia kary, jeżeli nie później niż przed upływem 30 dni od daty pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego sprawca przestępstwa określonego w § 1a uiszczył w całości zaległe alimenty, a wina i społeczna szkodliwość czynu nie są znaczne.

Na kanwie proponowanego brzmienia art. 209 § 5 k.k. rodzi się pytanie o potrzebę wprowadzania dodatkowej klauzuli fakultatywnego odstąpienia od wymierzenia kary wobec sprawcy czynu zabronionego określonego w art. 209 § 1a k.k., skoro w części ogólnej Kodeksu karnego funkcjonuje art. 59 k.k., zgodnie z którym:

Jeżeli przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat albo karą łagodniejszego rodzaju i społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna, sąd może odstąpić od wymierzenia kary, jeżeli orzeka jednocześnie środek karny, przepadek lub środek kompensacyjny, a cele kary zostaną w ten sposób spełnione.

Nietrudno wychwycić podobieństwo przesłanek decydujących o możliwości odstąpienia od wymierzenia kary, związanych z niewysokim stopniem społecznej szkodliwości czynu w ramach projektowanego art. 209 § 5 k.k. i obowiązującego art. 59 k.k. Między obiema regulacjami zachodzą jednak pewne różnice. Projektowany art. 209 § 5 k.k. dodaje przesłankę stopnia winy oraz wskazuje wyraźnie na warunek konieczny odstąpienia od wymiaru kary, jakim jest uregulowanie zaległych alimentów – jest więc pod tym względem przepisem szczególnym względem art. 59 k.k. Również konsekwencje jego zastosowania są dalej idące, gdyż w ramach odstąpienia od wymierzenia kary wg projektowanego przepisu niedozwolone ma być orzeczenie środka karnego czy środka kompensacyjnego. Powstaje pytanie, czy sąd, nie dostrzegłszy podstaw do zastosowania art. 209 § 5 k.k. i całkowitego odstąpienia od wymierzenia kary, mógłby jednak odstąpić od wymierzenia kary na zasadzie art. 59 k.k. i orzec wówczas środek karny. Wydaje się, że nie jest to wykluczone.

7. Przeprowadzone rozważania skłaniają do przypuszczenia, że ziszczenie się wskazanych w art. 209 § 5 k.k. okoliczności, tj. uregulowanie przez sprawcę w całości zaległych alimentów oraz niewysoka społeczna szkodliwość czynu i niewielka wina sprawcy, wiązane jest przez projektodawcę ze stanowczą konsekwencją w postaci odstąpienia od orzeczenia jakichkolwiek prawno Karnych środków reakcji na popełniony czyn zabroniony. Jeżeli względy ochronne i kompensacyjne, po uwzględnieniu specyfiki zjawiska niealimentacji, z którym mamy do czynienia w analizowanej kategorii sytuacji, przemawiają stanowczo za uwolnieniem sprawcy od kary w sytuacji zarysowanej w przesłankach z art. 209 § 5 k.k., to właściwsze wydaje się określenie konsekwencji prawnych zaistnienia tego stanu rzeczy przez wykorzystanie instytucji czynnego żalu dekompletującego strukturę przestępstwa w aspekcie karalności czynu, tak jak to uczyniono w projektowanym art. 209 § 4 k.k. względem czynu zabronionego z § 1. Nie dochodziłoby wówczas do stwierdzenia przestępności czynu⁴⁰ z uwagi na neutralizację zagrożenia dla dobra prawnego wynikającą z uregulowania przez sprawcę zaległych alimentów. Ze względu na typologiczną specyfikę przestępstwa

⁴⁰ Zob. A. Marek, *Kodeks...*, s. 167, który w odniesieniu do rozwiązania z art. 25 § 3 k.k. w wersji obowiązującej w dniu wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r. pisał: „[...] dążąc do uniknięcia zbędnego procesu, którego wynikiem jest odstąpienie od ukarania, postuluje się, aby sytuacja opisana w art. 25 § 3 stanowiła okoliczność uchylającą karalność, co prowadziłoby do umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 4 p.k.”

niealimentacji, wymagającą powtórzenia się opisanej w ustawie czynności sprawczej składającej się na opis tzw. przestępstwa trwającego (wieloczynnościowego, a ściślej – „wielozaniechaniowego”) i związane z tym utrzymywanie stanu bezprawnego w postaci niewywiązywania się z ciążącego na sprawcy obowiązku alimentacji, podjęty nie później niż w ciągu 30 dni od daty pierwszego przesłuchania czynny żal związany z uiszczeniem – w czasie czynu zabronionego charakteryzującego się ciągłością – w całości zaległych alimentów będzie co do zasady (typowo) zachowaniem uchylającym zagrożenie dla dobra prawnego i to nie jako jedynie naprawienie szkody po dokonaniu przestępstwa, lecz odwrócenie zagrożenia dla dobra prawnego w czasie utrzymywania się bezprawnego stanu wywołanego zaniechaniem sprawcy czynu zabronionego.

Uzupełnienie kryminalizacji omawianej kategorii czynów instytucją czynnego żalu, uchylającego karalność czynu w wypadku wywiązania się przez sprawcę w całości z zaległych alimentów, skłania do ogólniejszej refleksji dotyczącej charakteru prawnego sankcji przewidzianej za niewypełnienie obowiązku alimentacyjnego nałożonego wyrokiem sądu. W gruncie rzeczy mamy tu bowiem do czynienia z typowym mechanizmem dyscyplinującym sprawcę niepłacącego alimentów, czyli osobę uchylającą się od wykonania wyroku sądu, aż do momentu, w którym uczyni ona zadość swym powinnościom. W konsekwencji uregulowania alimentów zanika potrzeba ukarania sprawcy za zaistniałe wcześniej zaniechania, gdyż koniec końców osiągnięty został założony cel danej regulacji prawnej – wykonanie orzeczenia sądu, nakładającego na sprawcę obowiązek zapłacenia alimentów. Wydaje się zatem, że podobny rezultat normatywny możliwy jest do osiągnięcia z wykorzystaniem instytucji kary porządkowej przewidzianej za niewykonanie wyroku sądu. Po wywiązaniu się przez podsądnego z obowiązku kara porządkowa podlegałaby uchyleniu, przy czym dopuszczalne byłoby wielokrotne nakładanie tego typu kary. Rozwiązanie to mogłoby zastąpić instytucję wyłączającą karalność czynu z art. 209 § 4 k.k. względem projektowanego art. 209 § 1 k.k.

Przesłanki określone w art. 209 § 5 k.k. w zakresie wywiązania się w określonym terminie z obowiązku alimentacyjnego pokrywają się z przesłankami aktualizacji czynnego żalu z proponowanego art. 209 § 4 k.k. – mamy w tym zakresie do czynienia z merytorycznie identycznymi powodami ustania karalności czynu. Różnica między obiema sytuacjami wynika z faktu penalizacji, w ramach proponowanego typu kwalifikowanego z art. 209 § 1a k.k., narażenia osoby uprawnionej na niemożliwość zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Należy sądzić, że wiodącym powodem ewen-

tualnego nieodstąpienia od wymierzenia kary sprawcy czynu zabronionego z projektowanego typu kwalifikowanego będą realne dolegliwości beneficjenta alimentów, związane z faktycznym niezaspokojeniem jego podstawowych potrzeb życiowych, albo wywołane uporczywą niealimentacją realne trudności osoby uprawnionej lub jej opiekunów w zdobywaniu środków do życia, np. podjęcie dodatkowej pracy lub wzięcie pożyczki. Stopień narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, mimo iż zagrożenie zostanie uchylone przez spóźnione uregulowanie alimentów, może przemawiać za wymierzeniem sprawcy kary, fakt uregulowania należności wpłynie zaś wówczas jedynie na wymiar kary (tym bardziej że spełnienie obowiązku alimentacyjnego nie musi być, w myśl projektowanych przepisów, dowolne, tj. podyktowane chęcią ochrony dobra prawnego i ostatecznym porzuceniem zamiaru kontynuowania w przyszłości podobnego procederu). Enigmatyczne odesłanie do stopnia winy i stopnia społecznej szkodliwości czynu mogłoby wobec tego zostać zastąpione określeniem, że sąd nie jest zobowiązany do odstąpienia od wymierzenia kary, jeżeli wskutek uchylecia się od obowiązku alimentacyjnego osoba uprawniona rzeczywiście nie mogła zaspokoić podstawowych potrzeb życiowych, a więc gdy ziścił się skutek ujęty potencjalnie w typie czynu zabronionego z art. 209 § 1a k.k. Nastąpienie opisanego skutku wskazywałoby na znaczną społeczną szkodliwość czynu (rozmiar wyrządzonej szkody, o którym mowa w art. 115 § 2 k.k.). Przesłanka negatywna z art. 209 § 5 k.k. głosiłaby wówczas (w przybliżeniu): „...chyba że czyn doprowadził osobę uprawnioną do niemożliwości zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych”. Brak wykazania – na zasadzie odwrócenia ciężaru dowodu w procesie karnym – że skutkiem uporczywej niealimentacji była realna niemożliwość zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych osoby uprawnionej, obligowałby sąd do odstąpienia od wymierzenia kary.

Możliwe wydaje się również ukształtowanie instytucji uchylających ukaranie sprawcy popełniającego oba czyny zabronione w projektowanym art. 209 § 1 i 1a k.k. w sposób jednolity na zasadzie czynnego żalu dekompletującego strukturę przestępstwa w aspekcie karalności czynu. Normatywny charakter i procesowe konsekwencje zaktualizowania się instytucji czynnego żalu uchylającego karalność czynu (art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k.) powinny przekładać się na treść materialno-prawnych przesłanek zastosowania danej instytucji prawnej. Ustalenia w przedmiocie wysoce abstrakcyjnego kryterium stopnia społecznej szkodliwości czynu i stopnia winy wymagają kompleksowej, wyważonej oceny wielu okoliczności zdarzenia, do czego kompetentny i uprawniony jest przede wszystkim sąd w fazie jurysdykcyjnej

procesu⁴¹. W tym kontekście należy przyznać, iż instytucja sędziowskiego odstąpienia od wymierzenia kary z projektowanego art. 209 § 5 k.k. prawidłowo skorelowana została z przesłankami opartymi na uznaniowej decyzji organu stosującego prawo w fazie jurysdykcyjnej (ocena stopnia karygodności i winy sprawcy czynu zabronionego) – decyzja kryminalizacyjna sprowadzająca się do stwierdzenia, iż negatywne konsekwencje związane z orzeczeniem kary sprawcy czynu zabronionego z projektowanego art. 209 § 1a k.k., który uiścił zaległe alimenty, powinny aktualizować się przy odpowiednio wysokim natężeniu społecznej szkodliwości czynu oraz winy, prawidłowo odzwierciedlona została w instytucji sędziowskiego wymiaru kary, aktualizującej się w jurysdykcyjnej fazie procesu karnego. Wziąwszy pod uwagę kwalifikowany charakter czynu z § 1a, w ramach którego dochodzi, obok formalnego niewywiązania się z obowiązku nałożonego normą sankcjonowaną, do narażenia beneficjanta alimentów na dodatkowe dolegliwości związane z podstawowymi aspektami funkcjonowania w życiu codziennym, co przekłada się, jak wskazano, na zwiększenie stopnia karygodności czynu – szczególnie jeżeli osoba uprawniona rzeczywiście została pozbawiona możliwości zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych – nieodzowne wydaje się odróżnienie warunków czynnego żalu skutecznego w ramach czynu stypizowanego w art. 209 § 1 i 1a k.k. Przesłanki czynnego żalu związanego z typem kwalifikowanym z projektowanego art. 209 § 1a k.k. powinny zostać dobrane z wykorzystaniem zobiektywizowanych parametrów łatwych do ustalenia w toku czynności podejmowanych w fazie przedjurysdykcyjnej procesu karnego. Warunkiem negatywnym czynnego żalu dotyczącego czynu z § 1a mogłoby być, jak wskazano wcześniej, doprowadzenie do realnej niemożliwości zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych osoby uprawnionej (a więc powstanie dodatkowego, nie-

⁴¹ Zob. analogiczną dyskusję na kanwie nowelizacji art. 25 § 3 k.k., która polegała na zamianie instytucji obligatoryjnego odstąpienia od wymierzenia kary na instytucję niepodleganie karze: A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 472–473, A. Sakowicz, *Opinia o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, „Biuro Analiz Sejmowych. Zmiany w kodyfikacjach karnych” 2009, nr 2, s. 8–9; W. Wróbel, *Opinia prawna o rządowym projekcie ustawy o zmianie o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, „Biuro Analiz Sejmowych. Zmiany w kodyfikacjach karnych” 2009, nr 2, s. 28–29; obie opinie dostępne w wersji elektronicznej: < [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/0A31B35B270CB128C125758B002D9E3B/\\$file/ppc_2-09.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/0A31B35B270CB128C125758B002D9E3B/$file/ppc_2-09.pdf) >.

przewidzianego w znamionach, dolegliwego skutku w dobrach prawnych pokrzywdzonego).

Uwzględnienie tego rodzaju sytuacji mogłoby uzyskać odzwierciedlenie w przesłankach czynnego żalu w jeszcze inny sposób, mianowicie nie przez odwołanie się do skutku zachowania sprawczego, lecz przez określenie dodatkowego warunku polegającego na odpowiedniej reakcji sprawcy czynu zabronionego na negatywne następstwo uchylania się od obowiązku łożenia na utrzymanie danej osoby, sprowadzającej się np. do zadośćuczynienia przez sprawcę krzywdzie związanej z niemożliwością zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych osoby uprawnionej („zadośćuczynił krzywdzie będącej wynikiem niemożliwości zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych osoby uprawnionej”). W takim ujęciu względy techniki legislacyjnej sugerowałyby połączenie treści analizowanych § 4 i 5 oraz nadanie stosownemu przepisowi następującego brzmienia:

Nie podlega karze za czyn zabroniony określony w § 1 lub 1a sprawca, który nie później niż przed upływem 30 dni od daty pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego uścił w całości zaległe alimenty, a w przypadku czynu określonego w § 1a dodatkowo zadośćuczynił krzywdzie związanej z doprowadzeniem osoby uprawnionej do niemożliwości zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych.

Decyzja o sposobie realnego zadośćuczynienia krzywdzie zostałaby pozostawiona sprawcy, którego postępowanie w tym zakresie, ukierunkowane na odwrócenie negatywnych następstw popełnionego czynu, zastępowałyby do pewnego stopnia przesłankę dobrowolności umieszczaną wśród przesłanek czynnego żalu z art. 15 § 1 k.k. czy art. 23 § 1 k.k. Byłaby to wyraźna zachęta dla osoby zobowiązanej do alimentacji, aby podjęła, celem uniknięcia odpowiedzialności karnej, nie tylko czynności wynikające z wciąż wiążącej ją normy postępowania nakładającej obowiązek alimentacyjny względem określonej osoby uprawnionej, ale także dodatkowe czynności zmierzające do zminimalizowania dolegliwości związanych z utrzymywaniem stanu bezprawnego w czasie naruszania normy sankcjonowanej. To postępowanie sprawcy, ściśle związane z czasem zaniechania wypełniającego znamiona czynu zabronionego (limitowane 30-dniowym terminem liczącym od dnia przesłuchania), zmierzające do odwrócenia negatywnych następstw czynu w dobrach prawnych pokrzywdzonego, dekompletowałyby strukturę przestępstwa niealimentacji jako okoliczność wyłączająca karalność czynu.

Przeprowadzone rozważania ukazały, że nie jest łatwo zdecydować się na jedno niepodlegające dyskusji rozwiązanie legislacyjne. Można wyobra-

zić sobie bardzo wiele różnych wariantów ujęcia instytucji wyłączających ukaranie sprawcy, zarówno w zakresie wyboru właściwej instytucji prawa karnego materialnego (czynny żal, dyrektywa wymiaru kary), jak również doboru odpowiednich przesłanek jej zastosowania. Kryteria proponowanego w niniejszym opracowaniu czynnego żalu, związanego kwalifikowanym typem niealimentacji z art. 209 § 1a k.k., z pewnością powinny być skorelowane z charakterem prawnym i konsekwencjami procesowymi instytucji niepodlegania karze; kryterium wyłączenia karalności czynu mógłby być, obok warunku uiszczenia przez sprawcę w całości należnych alimentów, brak doprowadzenia do realnej niemożliwości zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych osoby uprawnionej bądź też dalej idąca przesłanka w postaci zadośćuczynienia krzywdzie wyrządzonej wskutek doprowadzenia osoby uprawnionej do niemożliwości zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, gdyby popełniony czyn zabroniony rzeczywiście doprowadził do takiego właśnie skutku. Niezależnie od ostatecznej decyzji kryminalizacyjnej każde z zaproponowanych rozwiązań powinno zostać dostrzeżone i przedyskutowane, a wybór jednego z nich przekonująco uargumentowany w toku procesu legislacyjnego. Nie odnajdziemy jednak takowego uzasadnienia w materiałach sporządzonych przez rządowego projektodawcę, warto więc postulować uzupełnienie tego braku w toku prac nad projektem w Sejmie Rzeczypospolitej Polskiej.

8. W ramach zwięzłego podsumowania głównych wątków pracy należy stwierdzić, że w opracowaniu tym poddano krytyce przedmiotowo-podmiotowe rozszerzenie zakresu kryminalizacji czynu polegającego na niewywiązywaniu się z obowiązku alimentacyjnego w ramach proponowanej nowelizacji art. 209 § 1 k.k. Na pozytywną ocenę zasługuje natomiast koncepcja uzupełnienia aktualnie obowiązującego typu czynu zabronionego z art. 209 § 1 k.k. o instytucję dezaktualizującą karalność czynu, np. w postaci czynnego żalu wyraźnie wskazującego na warunki niekaralności czynu zabronionego, przez wprowadzenie nowego art. 209 § 4 k.k., przesądzającego o niepodleganiu karze w razie uiszczenia przez sprawcę w całości zaległych alimentów.

**Crime of evasion to provide maintenance support in perspective of planned changes
(remarks on the government's draft amendment of Art. 209
of Polish Criminal Code of October 28th 2016)**

Summary

The article discusses the assumptions of the government's draft amendment of Article 209 of Polish Criminal Code of October 28th 2016, concerning criminal responsibility for evasion to provide maintenance support. The analysis is based on the dogmatic method of

analysis of the criminal law, including its constitutional aspects. As a result it is stated that the proposed changes are not properly justified, and the extension of criminalization scope of evasion to provide maintenance support violates the principle of *ultima ratio* of criminal law.

Key words: crimes against family and guardianship, maintenance support, *ultima ratio*, amendment of the criminal law

Mikołaj Małecki – dr, Uniwersytet Jagielloński, Katedra Prawa Karnego (adiunkt),
mikolaj.malecki@uj.edu.pl