

POSTANOWIENIE Z DNIA 4 LUTEGO 2010 R.

V KK 296/09

1. Niespełnienie wymogu, o którym mowa w art. 117 § 2a k.p.k., ma znaczenie jedynie dla uznania nieobecności uczestnika procesu za nieusprawiedliwioną i otwarcia sądowi możliwości stosowania wobec niego środków przymusu procesowego lub prowadzenia rozprawy pod jego nieobecność. Jeżeli zaś zaświadczenie, wystawione przez lekarza innego niż lekarz sądowy nie budzi wątpliwości co do wskazywanej w niej okoliczności, sąd powinien wprawdzie zażądać od uczestnika przedstawienia zaświadczenia wystawionego przez podmiot wskazany w powyższym przepisie, ale gdy tego nie uczyni i uzna nieobecność danego uczestnika procesu za usprawiedliwioną, z wszelkimi tego konsekwencjami procesowymi, nie można traktować takiego postąpienia jako naruszenia prawa, które samo w sobie może mieć wpływ na treść orzeczenia.

2. Umieszczenie małoletniego tymczasowo w rodzinie zastępczej, a następnie także na stałe z powierzeniem rodzicom zastępczym opieki nad dzieckiem, nie oznacza ukształtowania się między takim małoletnim a rodzicem zastępczym (opiekunem) stosunku, o którym mowa w art. 115 § 11 k.k.

Przewodniczący: sędzia SN T. Grzegorzczak (sprawozdawca).

Sędziowie: SN E. Matwijów, SA (del. do SN) M. Cop.

Prokurator Prokuratury Krajowej: D. Barski.

Sąd Najwyższy w sprawie Elżbiety S., skazanej z art. 207 § 2 k.k. i innych po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 4 lutego 2010 r.

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanej od wyroku Sądu Okręgowego w K. z dnia 9 czerwca 2009 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w K. z dnia 18 marca 2009 r.,

o d d a l i ł kasację, obciążając skazaną kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Przeciwko Elżbiecie S. prowadzone było postępowanie karne, w którym oskarżonym był także jej mąż Roman S. Wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z dnia 18 marca 2009 r. Elżbieta S. została uznana za winną tego, że:

a) w okresie od stycznia 2008 r. do dnia 8 kwietnia 2008 r. w M., działając wspólnie i w porozumieniu z mężem Romanem S., znęcała się fizycznie i psychicznie nad małoletnimi Adrianem i Arkadiuszem W., a także psychicznie i fizycznie ze szczególnym okrucieństwem nad małoletnią Roksaną W., którzy to małoletni pozostawali w stosunku zależności wynikającym z umieszczenia ich na mocy postanowienia Sądu Rejonowego w K. z dnia 13 grudnia 2007 r. w tymczasowej rodzinie zastępczej u Elżbiety i Romana S., przy czym nad małoletnim Adrianem W. znęcała się (...), przez bicie skórzanym pasem po pośladkach, udach i plecach, wyzywanie słowami powszechnie uznanymi za obelżywe, zastraszanie na wypadek ujawnienia sytuacji domowej osobom trzecim, a ponadto przez zmuszanie go uderzenia siostry Roksanę, pod groźbą kary fizycznej oraz do obciążania siebie wobec osób trzecich za spowodowanie u siostry obrażeń ciała, nad Arkadiuszem W. (...), poprzez wyzywanie słowami powszechnie uznanymi za obelżywe, zastraszanie na wypadek ujawnienia sytuacji domowej osobom trzecim, a ponadto przez bicie skórzanym pasem po pośladkach i udach,

zmuszenie do uderzenia siostry pod groźbą kary fizycznej oraz do obciążania siebie wobec osób trzech za spowodowanie u siostry obrażeń ciała, nakazywanie klęczenia przez długi czas na ostrej krawędzi drewnianego kloca z głową i rękami uniesionymi ku górze oraz napieranie na klęczącego w celu wywołania dodatkowych cierpień, kilkukrotne kąpanie w lodowatej wodzie oraz bicie drewnianą łyżką po nogach i pośladkach, a nad Roksana W. (...), poprzez bicie rękoma po głowie i twarzy, bicie skórzanym pasem po całym ciele, uniemożliwianie zaspakajanie pragnienia i głodu, nakazywanie spożywania kanapek posypanych dużą ilością soli i pieprzu, a następnie uniemożliwianie zaspakajania pragnienia po ich spożyciu, nakazywanie spania na podłodze, klęczenia przez długi czas na ostrej krawędzi drewnianego kloca z głową i rękami uniesionymi ku górze, podnoszenie do góry, a następnie rzucanie nią o ścianę oraz na podłogę, pozostawianie w brudnej zanieczyszczonej wydzielinami odzieży oraz ubieranie w taką odzież, włożenie kału do ust dziewczynki, nieudzielenie jej pomocy oraz niezapewnienie pomocy medycznej mimo ran na ciele, posypywanie krocza, sromu oraz otwartych ran podbrzusza solą w celu zadawania dodatkowych cierpień, wyganianie z pomieszczeń, wyzywanie słowami powszechnie uznanymi za obelżywe, a ponadto szarpanie za włosy prowadzące do wrywania tychże włosów, szczypanie po całym ciele, w tym w okolicach intymnych i kąpanie w lodowatej wodzie, przy czym pokrzywdzona ta doznała licznych podbiegnięć krwawych na twarzy, czole, policzkach, ustach, nosie, na głowie pod włosami, zasinień na kończynach górnych i klatce piersiowej, silnych podbiegnięć krwawych w okolicy podbrzusza, zasinień w okolicy krocza, zasinień sromu, podbiegnięć krwawych na plecach w okolicy krzyżowej, całkowitego zasinienia lewego pośladka przechodzącego na tylne części uda, które były całkowicie sine, zasinień ud przechodzących na część boczną i od przodu ud, licznych zasinień na kończynach dolnych w części podkolanowej, które to obrażenia naruszyły czynności

narządów ciała pokrzywdzonej na okres krótszy niż 7 dni, a także pourazowej martwicy skóry podbrzusza z koniecznością jej wycięcia i wykonania przeszczepów skórno-naskórkowych, które to obrażenia naruszyły czynności narządów ciała Roksany W. na okres dłuższy niż 7 dni, tj. przestępstwa z art. 207 § 2 k.k. w zw. z art. 157 § 1 k.k. i art. 157 § 2 k.k. oraz art. 207 § 1 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k., za co skazano ją na karę 10 lat pozbawienia wolności, a nadto b) że w dniu 9 stycznia 2007 r. w K., po uprzednim pouczeniu przez pracownika Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w K. o odpowiedzialności za składanie fałszywych zeznań, złożyła nieprawdziwie oświadczenie (...) dotyczące dotychczasowej karalności, w którym podała, iż nie była uprzednio karana, mimo że została skazana wyrokiem Sądu Rejonowego (...) w G. z dnia 22 czerwca 2006 r. (...) za czyn z art. 178a § 1 k.k., który to wyrok uprawomocnił się w dniu 30 czerwca 2006 r., tj. przestępstwa z art. 233 § 1 w zw. z art. 233 § 6 k.k., za które skazano ją na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności, orzekając jako karę łączną – karę 10 lat pozbawienia wolności i obciążając oskarżoną kosztami postępowania. Romana S. uznano za winnego pierwszego ze wskazanych wyżej przestępstw i skazano na karę 9 lat pozbawienia wolności.

Od wyroku tego apelowali obrońcy obu oskarżonych. Obrońca Elżbiety S. podniósł w apelacji zarzuty: a) obrazy przepisów postępowania, a to „w szczególności art. 4 i 170 § 1 pkt 2 i 3 k.p.k.”, przez oddalenie wniosku dowodowego o przesłuchanie jako świadka J. K. na okoliczność niezgodnych z prawem działań funkcjonariuszy Policji w stosunku do oskarżonej oraz b) błędu w ustaleniach faktycznych przez przyjęcie, że oskarżona dopuściła się wszystkich przypisanych jej działań, pomimo wątpliwości wynikających z treści wyjaśnień złożonych w drugiej fazie postępowania przygotowawczego oraz podczas rozprawy i przez przypisanie czynu od stycznia 2008 r. do dnia 8 kwietnia 2008 r. w sytuacji, gdy z wyjaśnień oskarżonej i zeznań określonych świadków wynika, iż miało to miejsce dopiero na

przełomie marca i kwietnia, a także c) rażąco niewspółmierność kary, przez orzeczenie jej w najwyższym rozmiarze. Po rozpoznaniu tego środka odwoławczego oraz apelacji obrońcy współoskarżonego, Sąd Okręgowy w K., wyrokiem z dnia 9 czerwca 2009 r., utrzymał zaskarżone orzeczenie w mocy, uznając obie apelacje za oczywiście bezzasadne.

Od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego kasację wywiódł jedynie obrońca skazanej, zarzucając temu orzeczeniu rażące naruszenie przepisów postępowania, a to: 1) art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 2 i 3 k.p.k. oraz z art. 396 § 2 k.p.k., przez bezzasadne zaakceptowanie oddalenia przez Sąd Rejonowy wniosku o przesłuchanie J. K., mimo że nie zachodziły żadne okoliczności z art. 170 § 1 k.p.k. do jego oddalenia, a istniały tylko trudności w przesłuchaniu świadka i można było tę czynność przeprowadzić w trybie art. 396 § 2, co w uzasadnieniu kasacji uzupełniono także o obrazę art. 452 § 2 k.p.k. wskazując, iż Sąd odwoławczy mógł ten dowód przeprowadzić na rozprawie apelacyjnej oraz 2) art. 433 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 182 § 1 k.p.k. i art. 115 k.k., przez zaakceptowanie braku pouczenia Adriana i Arkadiusza W. o prawie do odmowy zeznań, mimo że osoby te pozostawały z oskarżoną we wspólnym pożyciu, gdyż wraz z mężem stanowiła ona dla nich i ich siostry rodzinę zastępczą i 3) art. 433 § 1 i 2 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. w odniesieniu do zarzutu dotyczącego okresu, w jakim miało miejsce przypisane oskarżonej zachowanie, gdyż jedynym dowodem są tu zeznania chłopców W., w wieku 10 i 11 lat, a powszechnie wiadomym jest, że dla dzieci w tym wieku odległości czasowe są trudne do uchwycenia, nadto zaś 4) art. 451 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. i art. 6 ust. 3 lit. c Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, przez niesprowadzenie oskarżonej na rozprawę apelacyjną, mimo złożenia przez nią takiego wniosku, co uniemożliwiało jej obronę oraz 5) art. 457 § 3 k.p.k. w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., przez niewyjaśnienie, dlaczego Sąd nie uznał wniosków apelacji za zasadne, w szczególności w zakresie błędu w

ustaleniach faktycznych odnośnie kwestionowanych poszczególnych zdarzeń w ramach przypisanego oskarżonej czynu. Wywodząc w ten sposób, skarżący wnosił o uchylenie zaskarżonego wyroku w części dotyczącej czynu z art. 207 § 2 k.k., a także wyroku sądu pierwszej instancji i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w K. do ponownego rozpoznania. W odpowiedzi na tę skargę prokurator Prokuratury Okręgowej w K. wniosła o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej. Podobne stanowisko zaprezentował prokurator Prokuratury Krajowej na rozprawie kasacyjnej.

Rozpoznając tę kasację Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacja ta jest niezasadna, a niektóre jej zarzuty wręcz oczywiście niezasadne. Do tej ostatniej kategorii zaliczyć należy zarzuty wskazane jako 3, 4 i 5, a więc dotyczące kwestii okresu przestępczej działalności oskarżonej, niektórych z przypisanych jej zachowań oraz niesprowadzenia jej na rozprawę odwoławczą.

Gdy chodzi bowiem o rzekomą obrazę art. 433 w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. odnośnie wadliwego jakoby ustalenia początku znęcania się nad dziećmi, to Sąd odwoławczy odwołując się do zeznań małoletnich wyraźnie wskazał, iż wynika z nich, że fakty znęcania nasiliły się jedynie na przełomie marca i kwietnia, ale „miały miejsce także wcześniej, już w styczniu 2008 r., a więc krótko po tym, jak rodzeństwo W. zamieszkało u oskarżonej”. Wystarczy zaś sięgnąć do protokołów przesłuchania pokrzywdzonych chłopców (dziewczynki, nieco wówczas ponad 4 - letniej, nigdy nie przesłuchano, zgodnie z opinią psychologa, że czynność taka jest niewskazana z uwagi na traumatyczne jej przeżycia), z których wyraźnie wynika m.in., że: „Do Świąt Bożego Narodzenia nic się nie działo (...). Do sylwestra też było dobrze” (Arkadiusz W.) oraz, że: „Po sylwestrze Roksana rozrabiła (...) i ciocia biła ją pasem (...), wzięła pas i z całej siły uderzyła ją w tyłek, to było chyba z 10 razy (Adrian W.), czy: „to było przed feriami (...) ciocia zobaczyła, że nie mam pracy domowej, kazała mi się położyć na kanapę i zbiła

mnie pasem skórzanym 5-10 razy, bolało. Były ślady, krew nie leciała, płakałem” (Arkadiusz W.) albo: „Gdzieś przed feriami w styczniu (...) ciocia nów zbiła Roksanę, było tak samo jak poprzednio, czyli Roksana położyła się na tapczan i ciocia ją zbiła chyba ze 20 razy. Było to pas skórzany” (Adrian W.), czy: „Kary klęczenia (na zaostrzonym specjalnie kawałku drewna – SN) były zarówno w czasie ferii, jak i przed feriami” (Arkadiusz W.). Z opinii psychologicznych chłopców wynikało przy tym, że prawidłowo postrzegają oni, rejestrują i odtwarzają zdarzenia oraz że dominuje u nich spostrzeżenie konkretne i nie mają tendencji do konfabulacji, a ich zeznania uznano za wiarygodne i uwzględniono przy dokonywaniu ustaleń faktycznych. Miał zatem prawo Sąd odwoławczy odwołać się do tych dowodów, a obecne twierdzenie skarżącego, że chłopcy w tym wieku (Adrian miał w dacie zakończenia czynu oskarżonej i przesłuchiwania 11 lat i 8 miesięcy, a Arkadiusz 10 lat i 5 miesięcy) mają trudności w uchwyceniu odległości czasowych, w realiach tej sprawy są całkowicie nietrafne. Chłopcy bowiem sytuowali wyraźnie pierwsze, i to dokładnie określane przez nich zachowania oskarżonej, w sposób wystarczająco konkretny, „po sylwestrze”, „jeszcze przed feriami”, „przed feriami w styczniu”, „zarówno w czasie ferii, jak i przed feriami”, a więc wskazujący na styczeń 2008 r., a nie dopiero na przełom marca i kwietnia 2008 r., sugerowany przez skarżącego, jako początkowy moment znęcania się jej nad nimi.

Nie ma też racji autor kasacji, gdy zarzuca obrazę art. 457 § 2 w zw. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., przez niewyjaśnienie jakoby przez Sąd odwoławczy, dlaczego nie uznał on za zasadny podnoszony w apelacji zarzut błędu w ustaleniach faktycznych odnośnie niektórych zachowań oskarżonej w ramach przypisanego jej znęcania, takich jak rzucanie dziewczynką o ścianę, kąpanie w zimnej wodzie, wkładanie jej kału do ust, pozostawianie w zanieczyszczonej odzieży, posypywanie ran solą, czy posypywanie kanapek pikantnymi przyprawami. Sąd odwoławczy wypowiedział się bowiem w

przedmiocie tego zarzutu, wyraźnie wskazując na dowody z zeznań po-krzywdzonych chłopców oraz z zeznań świadków Ryszarda i Heleny F., u których, jako rodziny zastępczej pełniącej funkcje pogotowia opiekuńczego, znalazły się dzieci po odebraniu ich z domu oskarżonej, a także na zabez-pieczone w sprawie treści SMS-ów oskarżonej i jej męża, w których zawar-te są informacje o karach, jakie stosowali oni wobec nieletnich, jako te do-wody, z których wynika, iż sąd *meriti* nie dopuścił się błędu w ustaleniach faktycznych w tym zakresie. To, że nie wskazano konkretnych kart akt sprawy, na których odnotowano wypowiedzi co do wskazywanych w skar-dze okoliczności, nie oznacza jeszcze obrazy art. 457 § 3 k.p.k., jeżeli kon-kretne dowody przeczące zarzutowi apelacji zostały przez sąd wskazane. Nie naruszono też art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k., gdyż ten przepis odnosi się do wyroku sądu pierwszej instancji, a nie zaskarżanego kasacją wyroku sądu odwoławczego, a przy tym Sąd *meriti* obszernie się wypowiedział w kwestii tych dowodów. Skarżącemu należy zaś przypomnieć, że z przywołanych przez Sąd odwoławczy zeznań braci W. – uznanych za wiarygodne, a oce-ny tej w kasacji skarżący także nie podważa – wyraźnie wynika, że wska-zywali oni, iż widzieli fakty rzucania dziewczynki o ścianę i o podłogę, mó-wili również o kąpaniu ich i siostry w zimnej wodzie oraz o wciskaniu jej ka-łu do ust i ściskaniu ich tak, „że się zaczęła dusić”, jak i o tym, że za karę chodziła w „osikanych i osranych majtkach i ogólnie śmierdziała”. Wskazani z kolei przez Sąd drugiej instancji świadkowie F. oświadczyli o spontanicz-nych wypowiedziach dziewczynki, gdy znalazła się ona pod ich opieką, w których mówiła im ona o tym, że oskarżona dawała jej słone jedzenie i od-mawiała napoju lub dawała słone napoje, o ranach podbrzusza i części in-tymnych oraz o posypywaniu ich solą, a także że robiono jej tzw. samolot, kręcąc nią za rękę i nogę i rzucając następnie na łóżko lub podłogę i że „to bolało”. Wystarczyło sięgnąć do – znanych chyba obrońcy – treści zeznań

wskazanych przez Sąd odwoławczy świadków, żeby dowiedzieć się szczegółowo o podważanych przez obronę okolicznościach.

Trzeci z oczywiście bezzasadnych zarzutów, to podnoszona w kasacji obraza art. 451 k.p.k. w zw. z art. 6 k.p.k. oraz z art. 6 EKPC. Skarżący twierdzi, że oskarżonej nie sprowadzono na rozprawę apelacyjną, mimo jej wniosku w tej materii, a w ten sposób, jak akcentuje w uzasadnieniu skargi, naruszono jakoby także zasadę bezpośredniości, gdyż Sąd odwoławczy nie zetknął się z oskarżoną, a miałby przez ten kontakt możliwość „zapoznania się z wyjaśnieniami oskarżonej, jeżeli takie uzupełniająco złożyłaby przed Sądem drugiej instancji”, podnosząc też, że przecież poza tym przedmiotem apelacji był też zarzut błędu w ustaleniach faktycznych, co powinno spowodować sprowadzenie oskarżonej na rozprawę. Po pierwsze, zarzutu rażącego naruszenia prawa, a tylko takie może być podstawą kasacji, nie można opierać na przypuszczeniach, co mogłaby uczynić oskarżona na rozprawie odwoławczej. Po wtóre, z akt sprawy bynajmniej nie wynika, aby oskarżona w ogóle występowała z wnioskiem o doprowadzenie jej na tą rozprawę, a wiosek ten, stosownie do art. 451 k.p.k., warunkował zarządzenie jej sprowadzenia na nią, gdyż udział oskarżonego w rozprawie odwoławczej jest tylko prawem, a nie obowiązkiem oskarżonego. Sąd Okręgowy po przesłaniu oskarżonej zawiadomienia o rozprawie (po kwitowała ona jego odbiór dnia 19 maja 2009 r.), z urzędu, nie dysponując żadnym jej wnioskiem w tej materii, wydał postanowienie o zaniechaniu takiego sprowadzenia, a fakt orzekania „z urzędu” wyraźnie wskazano w treści tego orzeczenia. Ani oskarżona, ani jej obrońca, nie zareagowali zresztą także i na nie. Powyższą decyzję sądu można uznać za nieprawidłową i zbędną, ale nie można z tego faktu wywodzić obrazy art. 451 k.p.k., gdyż wskazywany w zarzucie fakt złożenia przez oskarżoną, wymaganego przez ten przepis, wniosku o sprowadzenie jej na rozprawę, w realiach tej sprawy w ogóle nie miał miejsca.

Przechodząc do pozostałych zarzutów tej kasacji stwierdzić należy, co następuje. Gdy chodzi o zarzut obrazy art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 170 § 1 pkt 2 i 3 i art. 396 k.p.k. oraz, biorąc pod uwagę uzasadnienie tej skargi, art. 452 § 2 k.p.k., to jest on niezasadny. Należy wskazać, że do obrazy art. 452 § 2 k.p.k. może dojść jedynie wtedy, gdy sąd bezzasadnie nie uwzględni wniosku dowodowego powołując się na ów przepis jako podstawę do jego oddalenia albo mimo potrzeby i możliwości przeprowadzenia dowodu w instancji odwoławczej nie przeprowadzi uzupełniająco dowodu na rozprawie apelacyjnej. W sprawie niniejszej wniosku takiego w instancji odwoławczej nie składano, a przedmiotem analizy sądu był zarzut obrazy art. 4 i art. 170 § 1 pkt 2 i 3 k.p.k. i Sąd wypowiedział się w tej materii, nie uznając tego zarzutu za trafny, zatem nie obraził art. 452 § 2 k.p.k. Skarżącemu należy przypomnieć, że wniosek o przesłuchanie Joanny K. przed Sądem pierwszej instancji obrońca oskarżonej zgłosił w sytuacji, gdy okazało się, że – gdy po zarządzeniu takiego przesłuchania przez Sąd z urzędu wobec obojga funkcjonariuszy, którzy prowadzili pierwsze przesłuchanie obecnych oskarżonych w postępowaniu przygotowawczym, z uwagi na zmianę wyjaśnień oskarżonej i jej męża oraz powoływanie się na wymuszenie od nich wyjaśnień określonej treści na skutek stosowania niedozwolonych metod przesłuchania – stawił się tylko policjant przesłuchujący ongiś współoskarżonego i został on przesłuchany. Joanna K. zaś, jako przesłuchująca wówczas oskarżoną, nie stawiła się z uwagi, jak wskazują zaświadczenie lekarskie i pismo Komendy Miejskiej Policji w K., „na niezdolność do udziału w jakichkolwiek czynnościach procesowych ze względu na stan ciąży wysokiego ryzyka”, której rozwiązanie miało nastąpić w końcu maja 2009 r. Wniosek obrońcy o przesłuchanie mimo to tego świadka Sąd wówczas, na rozprawie w dniu 18 marca 2009 r., oddalił. W uzasadnieniu tej decyzji powołał się na niemożliwość przeprowadzenia tego dowodu oraz na to, że jest on nieprzydatny do stwierdzenia okoliczności

podawanych we wniosku, ponieważ z treści wyjaśnień oskarżonej wyraźnie wynika, że przesłuchująca nie stosowała wobec niej żadnych środków wymuszających określoną treść wyjaśnień.

Na marginesie trzeba tu jednak wskazać, że zaświadczenia lekarskiego nie wystawił świadcowi lekarz sądowy, jak tego wymaga art. 117 § 2a k.p.k., lecz lekarz ginekolog, ale mieć też należy na uwadze, że towarzyszyło mu wskazane pismo Komendy Miejskiej Policji, potwierdzające fakt długotrwałego zwolnienia policjantki z uwagi na zagrożoną ciążę oraz że Sąd uznał je jednak za usprawiedliwiające niemożność stawienia się świadka, nie żądając potwierdzenia tego przez lekarza sądowego, a żadna ze stron nie kwestionowała i nie kwestionuje też obecnie stanu zdrowia tego świadka w toku procesu. Należy uznać, że niespełnienie wymogu, o jakim mowa w art. 117 § 2a k.p.k., ma znaczenie jedynie dla uznania nieobecności uczestnika procesu za nieusprawiedliwioną i otwarcia sądowi możliwości stosowania wobec niego środków przymusu procesowego lub prowadzenia rozprawy pod jego nieobecność. Jeżeli zaś zaświadczenie, wystawione przez lekarza innego niż lekarz sądowy nie budzi wątpliwości co do wskazywanej w niej okoliczności, sąd powinien wprawdzie zażądać od uczestnika przedstawienia zaświadczenia wystawionego przez podmiot wskazany w powyższym przepisie, ale gdy tego nie uczyni i uzna nieobecność danego uczestnika procesu za usprawiedliwioną, z wszelkimi tego konsekwencjami procesowymi, nie można traktować takiego postąpienia jako naruszenia prawa, które samo w sobie może mieć wpływ na treść orzeczenia.

Nie ma przy tym racji skarżący, gdy wywodzi w kasacji, że stan zdrowia świadka utrudniał jedynie, a nie uniemożliwiał jego przesłuchanie, które mogło nastąpić poprzez sędziego wyznaczonego lub sąd wezwany (art. 396 § 2 k.p.k.), gdyż zaświadczenie lekarskie wyraźnie stwierdzało niemożność jego udziału „w jakichkolwiek czynnościach procesowych”, a nie

tylko w rozprawie. Sąd odwoławczy rozpatrywał apelację z zarzutem obrazy art. 170 k.p.k. w pierwszych dniach czerwca 2009 r. (wyrok wydano w dniu 9 czerwca 2009 r.), a więc zapewne już po rozwiązaniu, ale nawet wówczas, z uwagi na czas tuż po porodzie i to z ciąży zagrożonej, przesłuchanie świadka na rozprawie w dacie, w jakiej się ona odbywała, byłoby mało realne. Istotne jest tu jednak coś innego. Sąd odwoławczy uznając omawiany zarzut apelacji za niezasadny wyraźnie wskazał na drugi, z przywołanych wcześniej powodów oddalenia tego wniosku przez sąd *meriti*, a więc nieprzydatność dowodu dla wykazania tezy dowodowej. Skarżącemu należy przypomnieć, że oskarżona, powołując się na rozprawie na fakt rzekomego stosowania wobec niej na Policji przymusu i gróźb, dla wymuszenia wyjaśnień ją obciążających, nie twierdziła, by czyniła to osoba ją przesłuchująca. W protokole rozprawy z dnia 18 marca 2009 r., tuż przed odnotowaniem wniosku obrońcy o ponowne „wezwanie świadka Joanny K. przed sąd”, odnotowano wypowiedź oskarżonej o stosowaniu wobec niej przymusu oraz końcowe jej stwierdzenie: „Świadek K. w tym nie uczestniczyła”. Pytanie zatem, jak poprzez tego świadka mógłby być potwierdzony, podnoszony dopiero przed sądem przez oskarżoną, fakt stosowania jakoby wobec niej przez innych policjantów przymus i groźby. Przesłuchany na podobne okoliczności z urzędu świadek P. B., funkcjonariusz Policji przesłuchujący w postępowaniu przygotowawczym współoskarżonego, nie potwierdził faktu stosowania wobec męża oskarżonej gróźb czy przymusu także odnośnie innych niż on funkcjonariuszy, a oba przesłuchania ówczesnych współpodejrzanych odbywały się w dniu 9 kwietnia 2008 r. w tym samym czasie (oskarżonej od 11.20 do 12.30, a jej męża od 11.26 do 12.20).

W konsekwencji nie można tu przyjąć zaistnienia zarzucanej w kasacji obrazy art. 433 § 2 k.p.k., ponieważ Sąd odwoławczy szczegółowo odniósł się do zarzutu apelacji odnośnie obrazy przez Sąd pierwszej instancji

art. 170 k.p.k., ani naruszenia art. 170 § 1 pkt 2 i 3, gdyż Sąd ten nie rozpoznawał w ogóle żadnego wniosku zgłoszonego w instancji odwoławczej, a więc nie stosował tego przepisu, a rzetelnie ocenił zarzut rzekomo wadliwego jego zastosowania przez Sąd *meriti*. Nie doszło też do obrazy art. 396 § 2 k.p.k. i 452 § 2 k.p.k., skoro pierwszy z tych przepisów podczas rozprawy głównej nie mógł – jak już wcześniej wskazano – mieć zastosowania, a Sąd odwoławczy wyraźnie zaakcentował i uargumentował, że dowód, o jaki tu chodzi, słusznie został w pierwszej instancji uznany za nieprzydatny do wykazania tezy wniosku dowodowego, co tym samym wykluczało potrzebę stosowania art. 452 § 2 k.p.k.

Nie jest wreszcie zasadny także zarzut kasacji podnoszący obrazę art. 433 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 182 § 1 k.p.k. i art. 115 § 11 k.k., a więc niepouczenia Arkadiusza i Adriana W., podczas przesłuchiwania ich w trybie art. 185a k.p.k., o przysługującym im jakoby prawie do odmowy zeznań z uwagi na pozostawanie we wspólnym pożyciu z oskarżoną i jej mężem. Autor skargi przywołał tu pogląd wyrażony w komentarzu do Kodeksu karnego, w którym wyrażono stanowisko, że osobami pozostającymi we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 115 § 11 k.k., a więc najbliższymi, „są osoby, które – niezależnie od ich płci i wieku – razem ze sobą żyją, co zakłada (na pewno) prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego oraz (jak się zdaje) określoną więź psychiczną” [J. Majewski (w): A. Zoll. (red.): Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Kraków 2004, t. I, s. 1446]. Przytoczone stanowisko wskazuje, że jego autor jako pewny element uznaje jedynie „wspólne życie” z kimś, a istnienie więzi psychicznej jest tu tylko możliwe, choć niekonieczne, zatem wspólne pożycie, to w tym ujęciu wspólne życie, czyli stałe przebywanie wspólnie z inną osobą. Byłoby zatem pozostawaniem we „wspólnym pożyciu” w tym rozumieniu także np. wynajmowanie wspólnie przez dwóch lub trzech studentów (studentki) kwatery na mieście na czas 4-6 letnich studiów i prowadzenie tam wspólnie

gospodarstwa domowego, czy zajmowanie wspólnie pokoju w domu akademickim przez okres studiów i wspólne gospodarowanie; bez wątplenia powstaje tu też więź psychiczna (bliska znajomość, przyjaźń). Jeżeli nawet w języku potocznym można także i w ten sposób rozumieć wspólne pożycie, to na gruncie prawnym jest ono jednak rozumiane inaczej. Zarówno pod rządem poprzedniej, jak i obecnej kodyfikacji karnej, w doktrynie zdecydowanie przeważa, a orzecznictwie jest jednolicie przyjmowany, pogląd utożsamiający wspólne pożycie z istnieniem trzech więzi, ekonomicznej (gospodarczej), psychicznej i fizycznej, który prowadzi do przyjęcia, że chodzi tu jedynie o tzw. faktyczne małżeństwo, czyli konkubinát [zob. np. W. Wolter (w): I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter.: Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 377; M. Siewierski (w): J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1987, t. I, s. 361; A. Zoll (w): K. Buchała, Z. Cwiąkański, M. Szewczyk, A. Zoll: Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 1994, s. 508; Z. Doda, A. Garberle: Dowody w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Warszawa 1995, s. 215 i nast.; S. Zimoch: Osoba najbliższa w prawie karnym, NP 1971, nr 9, s. 1303; A. Zoll (w): K. Buchała, A. Zoll: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Kraków 1998, s. 634; A. Marek: Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2004, s. 339; A. Wąsek (w): O. Górniok. S. Hoc, M. Kalinowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek: Kodeks karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 2005, s. 841; O. Górniok (w): O. Górniok (red.): Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2006, s. 428 – 429; M. Mozgawa (red.): Kodeks karny. Praktyczny Komentarz, Kraków 2006, s. 232; R. Góral: Kodeks karny. Praktyczny komentarz z orzecznictwem, Warszawa 2005, s. 206; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek; Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2007, t. I., s. 837 – 838; J. Grajewski, L. Paprzycki, S. Steinborn: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 2006, t. I, s. 502 oraz np. wyroki Sądu Najwyższe-

go: z dnia 12 listopada 1975 r., V KR 203/75, OSPiKA 1976, z. 10, poz. 187 i z dnia 31 marca 1988 r., I KR 50/88, OSNKW 1988, z. 9-10, poz. 71, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 grudnia 1977 r., II AKa 226/97, OSN PiPr 1998, z. 10, poz. 23, s. 13, wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 30 grudnia 1997 r., II AKa 51/97, Apelacja S.A./Lub. 1998, nr 1, s. 26 – 31, czy postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2004 r., II KK 176/04, OSNKW-R 2004, poz. 1267), choć niektórzy autorzy obejmują tym także związek osób tej samej płci (zob. np. J. Wojciechowski: Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 1997, s. 206) wskazując, że także w takim związku owe trzy elementy też są spełnione.

W piśmiennictwie były wprowadzane, już pod rządem poprzedniej kodyfikacji karnej, głoszone przez niektórych autorów poglądy, że dla przyjęcia wspólnego pożycia wystarczą dwa pierwsze elementy, czyli gospodarczy i psychiczny (K. Łojewski: Instytucja odmowy zeznań w polskim procesie karnym, Warszawa 1970, s. 73; M. Płachta: O prawie odmowy zeznań osoby najbliższej, PiP 1988, nr 10, s. 68 i nast.; A. Liberkowski: Wieloznaczność ustawowego pojęcia najbliższego z tytułu „pozostawania faktycznie we wspólnym pożyciu”, Zeszyty Naukowe WSO, 1997, nr 1, s. 136), ale jak trafnie zauważa się w doktrynie, brak jest, jak dotąd precyzyjnych kryteriów, za pomocą których można byłoby wówczas określić dokładnie jego zakres (zob. A. Wąsek, jw., s. 841). Mieć zaś należy na uwadze, że art. 115 k.k., kształtując w swym § 11 krąg osób najbliższych, operuje w pierwszym rzędzie kryterium stosunków prawnych, wskazując na małżonka, wstępnych i zstępnych, rodzeństwo, powinowatych oraz pozostającego w stosunku przysposobienia i jego małżonka, a dopiero w końcowym fragmencie przywołuje nadto „wspólne pożycie”, jako stosunek faktyczny, a tym samym wyjątkowy wobec wcześniej wskazanych. To zaś – jak akcentował już W. Wolter (zob. W. Wolter, jw., s. 377) i co akceptuje doktryna prawa karnego także obecnie [zob. A. Wąsek, jw., s. 841, O. Gór-

niok (red.): Kodeks karny, *op. cit.*, s. 428] – powinno prowadzić do restryktywnej jego interpretacji, a więc stosowania dyrektywy, że *exceptiones non sunt extendendae*.

Między oskarżoną a rodzeństwem W. istniał rzeczywiście określony stosunek względem siebie, gdyż postanowieniem Sądu Rejonowego w K., z dnia 13 grudnia 2007 r., rodzeństwo to zostało umieszczone „tymczasowo w rodzinie zastępczej” Elżbiety i Romana S., a opiekunem prawnym dzieci pozostawała wówczas – zgodnie z postanowieniem tego Sądu z dnia 7 listopada 2007 r. – Jolanta Ł. Sąd *meriti* ustalił przy tym, że dzieci przybyły do domu małżonków S. dopiero w dniu 22 grudnia 2007 r. Następnie, w bez mała trzy miesiące później, bo postanowieniem z dnia 14 marca 2008 r., umieszczenie to przekształciło się w mające charakter trwałe, a oskarżonej powierzono obowiązki opiekuna prawnego dzieci, z tym, że już postanowieniem z dnia 8 kwietnia 2008 r. dzieci odebrano oskarżonym i umieszczono w zawodowej rodzinie zastępczej Ryszarda F. Stosownie do ówczesnego brzmienia art. 112¹ k.r.i o. samo umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej oznaczało jedynie, że rodzina ta sprawuje pieczę nad małoletnim i jego wychowaniem oraz reprezentuje go w dochodzeniu świadczeń przeznaczonych na zaspokojenie potrzeb jego utrzymania, jeżeli sąd opiekuńczy nie postanowi inaczej. Zarówno wówczas, jak i obecnie, po dokonaniu pewnych jego zmian nowelą z dnia 6 listopada 2008 r. (Dz. U. Nr 220, poz. 1431), w doktrynie i orzecznictwie przyjmowano i przyjmuje się, że dopiero z chwilą powierzenia rodzinie zastępczej opieki nad dzieckiem ma ona wobec dziecka prawa i obowiązki wynikające z przepisów o opiece, a bez decyzji w tym zakresie ma jedynie obowiązek i prawo sprawowania pieczy nad osobą dziecka, jego wychowaniem i reprezentowaniem go w szczególności w dochodzeniu świadczeń alimentacyjnych [zob. np. W. Haak: Władza rodzicielska. Komentarz, Toruń 1995, s. 193; H. Ciepla (w): H. Ciepla, B. Czech, T. Domińczyk, S. Kalus, K. Piasecki, M. Sy-

chowicz: Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2009, s. 828; K. Gromek: Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2009, s. 1537 – 1538 oraz przywołane tam judykaty]. Powyższe wskazuje, że między rodzeństwem małoletnich W. a oskarżoną i jej mężem istniał od dnia 22 grudnia 2007 r. do połowy marca 2008 r. jedynie stosunek wynikający z tymczasowej pieczy oskarżonych nad dziećmi, a następnie do dnia 8 kwietnia 2008 r. wynikający z roli opiekuna oskarżonej nad nimi. Nie był to tym samym stosunek najbliższości przewidziany w art. 115 § 11 k.k. ani w postaci zstępny – wstępny czy przysposobiony – przysposabiający, ani – z przyczyn wcześniej omówionych – wspólnego pożycia. Zatem, małoletnim nie przysługiwało prawo do odmowy zeznań, służące najbliższym wobec oskarżonego (art. 182 § 1 k.p.k.), a więc na sędzię nie ciążył obowiązek wskazany w art. 191 § 2 k.p.k. o pouczeniu świadka o takim uprawnieniu. W konsekwencji i omawiany zarzut kasacji jest bezzasadny.

Sąd Najwyższy, choć skarżący tego nie podnosił, rozważył także, czy wskazany wyżej stosunek między oskarżoną a małoletnimi nie był jednak szczególnie bliskim stosunkiem osobistym, który dawałby podstawę do wystąpienia świadka o zwolnienie go od zeznawania (art. 185 k.p.k.), o czym także, w razie zaistnienia takiej bliskości należy świadka pouczyć (art. 191 § 2 k.p.k.). Trzeba tu jednak mieć na uwadze, że skoro ma to być szczególnie bliski stosunek, to nie może on zaistnieć niejako z dnia na dzień, lecz wymaga czasu, aby został ukształtowany. Po wtóre, ma to być „bliski” stosunek osobisty, który – ponieważ ma prowadzić do zastosowania wyjątku od, płynącego z art. 177 § 1 k.p.k., obowiązku zeznawania – musi mieć charakter aprobowanego, lub przynajmniej akceptowanego, społecznie stosunku. Tylko bowiem wówczas może on podlegać tak daleko idącej ochronie, że – aby go nie naruszyć, z uwagi na wagę społeczną – dopuszcza się zwolnienie świadka od złożenia zeznań. Żaden z tych, kumulatywnie traktowanych, warunków w sprawie niniejszej nie miał miejsca. Jak już

wskazano małoletni przybyli do domu oskarżonych, jako tymczasowej rodziny zastępczej, w dniu 22 grudnia 2007 r., a już od stycznia 2008 r. („po sylwestrze”) oskarżeni zaczęli znęcać się nad nimi fizycznie i psychicznie. Okres normalnych stosunków trwał więc bardzo krótko, a popełnienie przestępstwa lub przestępstw na osobach podopiecznych w żaden sposób nie może być uznane za podstawę do zaistnienia szczególnie bliskiego, a więc aprobowanego lub akceptowanego społecznie, stosunku bliskości między maltretowanym dzieckiem a znęcającym się nad nim rodzicem zastępczym (opiekunem). W przywołanym wcześniej wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2004 r. (II KK 176/04) słusznie nazwano, powoływanie w takich sytuacjach argumentu „wspólnego życia rodzinnego”, jako wręcz cyniczne. I choć tamta sytuacja dotyczyła dopuszczania się przestępstw przeciwko wolności seksualnej, to ma ona taką samą wymowę na gruncie przestępstw, o jakich mowa w tej sprawie, czyli przeciwko rodzinie i opiece.

Podsumowując należy stwierdzić, że umieszczenie małoletniego tymczasowo w rodzinie zastępczej, a następnie także na stałe z powierzeniem rodzicom zastępczym opieki nad dzieckiem, nie oznacza ukształtowania się między takim małoletnim a rodzicem zastępczym (opiekunem) stosunku najbliższości, o jakim mowa w art. 115 § 11 k.k., który dawałby im, w tym małoletniemu, w razie przesłuchiwania w charakterze świadka prawo do odmowy zeznań (art. 182 § 1 k.p.k.), z obowiązkiem pouczenia o tym uprawnieniu przez przesłuchującego (art. 191 § 2 k.p.k.), gdyż nie tworzy się tu między nimi, wymagany przez wskazany przepis kodeksu karnego, prawny stosunek zstępny-wstępny czy przysposobiony – przysposabiający ani faktyczny stosunek wynikający z pozostawania we wspólnym pożyciu, to ostatnie bowiem nie ogranicza się jedynie do samego życia we wspólnocie domowej, ale jako „pożycie” wymaga jednoczesnego istnienia więzi ekonomicznej, psychicznej (uczuciowej) i fizycznej (pożycia fizycznego). Nie jest natomiast wykluczone, że z racji pełnienia pieczy nad małolet-

nim i jego wychowaniem (art. 112¹ k.r.i o.) lub wręcz opieki nad nim (art. 155 k.r.i o.) może tu, po pewnym czasie, wytworzyć się między dzieckiem a rodzicem zastępczym (opiekunem) szczególnie bliski stosunek osobisty, o jakim mowa w art. 185 k.p.k., uzasadniający zwolnienie świadka, na jego wniosek, od zeznawania, o czym należy go wówczas także pouczyć (art. 191 § 2 k.p.k.), z tym, że ponieważ oznacza to wyjątek od obowiązku zeznawania (art. 177 § 1 k.p.k.), musi to być stosunek bliskości aprobowany lub przynajmniej akceptowany społecznie, tylko bowiem wówczas można uznać, że wkraczanie w sferę takiego dobra byłoby niezasadne. Nie można zatem mówić o zaistnieniu stosunku bliskości w rozumieniu art. 185 k.p.k., jeżeli stosunek między małoletnim a sprawującym nad nim tymczasową pieczę lub opiekę rodzicem zastępczym został ukształtowany przez popełnianie przez rodzica zastępczego wobec podopiecznego, w czasie sprawowania pieczy lub opieki, przestępstw, zwłaszcza przeciwko opiece lub ze sfery wolności seksualnej. Ponieważ w sprawie niniejszej oskarżona i jej mąż dopuścili się wobec małoletnich, w tym w stosunku do braci W. przestępstwa fizycznego i psychicznego znęcania się, a działania te podjęli już wkrótce po tymczasowym przybyciu dzieci do ich domu i kontynuowali je aż do czasu interwencji stosownych organów, w tym ścigania karnego, nie można przyjąć, iżby wchodził tu w grę szczególnie bliski stosunek osobisty między dziećmi i rodzicami zastępczymi, który uzasadniałby uwzględnienie wobec małoletnich przepisów art. 185 i 191 § 2 k.p.k.

Mając to wszystko na uwadze Sąd Najwyższy oddalił tę kasację i – stosownie do art. 636 § 1 k.p.k. w zw. z art. 518 k.p.k. – obciążył skazaną kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego.