SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, dnia 24 października 2014 r.

Sygn. akt SK 66/13
BAS-WPTK-2662/13

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
KANCELARIA
Wpł. 24. 10. 2014
L.dz. ... Art. ...

Trybunał Konstytucyjny

I. Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, przedkładam wyjaśnienia w sprawie skargi konstytucyjnej D N z 29 marca 2013 r. (sygn. akt SK 66/13), jednocześnie wnosząc, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, o **umorzenie postępowania** ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

II. W wypadku nieuwzględnienia wniosku o umorzenie postępowania, wnoszę o stwierdzenie, że art. 40 § 1 pkt 7 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) w zakresie, w jakim ogranicza wyłączenie sędziego z mocy prawa do sytuacji, gdy brał on udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone, umożliwiając ponowne orzekanie w postępowaniu apelacyjnym sędziemu, który w tej samej sprawie brał już udział w wydaniu orzeczenia uchylającego wyrok sądu I instancji i przekazującego sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania, **jest zgodny** z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Uzasadnienie

I. Przedmiot kontroli

W niniejszej sprawie jako przedmiot kontroli wskazano art. 40 § 1 pkt 7 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.; dalej: kodeks postępowania karnego lub k.p.k.). Przepis ten stanowi: „Sędzia jest z mocy prawa wyłączony od udziału w sprawie, jeżeli [...] brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone".

II. Stan faktyczny i prawny sprawy skarżącego

Treść skargi konstytucyjnej wraz z dołączonymi do niej dokumentami pozwalają ustalić następujący stan faktyczny i prawny, który legł u podstaw zainicjowania niniejszego postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym.

Skarżący został postawiony w stan oskarżenia przez Wojskową Prokuraturę Garnizonową w W Wyrokiem Wojskowego Sądu Okręgowego w W z października 2011 r. (sygn. akt) uniewinniono skarżącego od zarzucanych mu czynów. Apelację od tego wyroku wywiódł prokurator. W wyniku jej rozpoznania Sąd Najwyższy, działający jako sąd II instancji, w składzie: J R (przewodniczący), M B i M P (sprawozdawca), wyrokiem z lutego 2012 r. (sygn. akt) uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Wojskowemu Sądowi Okręgowemu w W do ponownego rozpoznania. Wojskowy Sąd Okręgowy w W , po ponownym rozpoznaniu sprawy skarżącego, wyrokiem z października 2012 r. (sygn. akt) warunkowo umorzył postępowanie karne i orzekł środek karny w postaci świadczenia pieniężnego na rzecz F

Od wyroku tego apelację wniósł obrońca skarżącego. W wyniku jej rozpoznania Sąd Najwyższy, działający jako sąd II instancji, w składzie J R (przewodniczący), M P (sprawozdawca) i J S , wyrokiem z stycznia 2013 r. (sygn. akt) utrzymał w mocy zaskarżony wyrok.

W kontekście zarzutów skargi konstytucyjnej należy podkreślić, że w składzie – dwukrotnie orzekającego w sprawie skarżącego – Sądu Najwyższego zasiadało dwóch tych samych sędziów, a mianowicie J R jako przewodniczący i M P jako sprawozdawca.

III. Zarzuty skarżącego

Skarżący zarzuca, że art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. „w zakresie w jakim ogranicza wyłączenie sędziego z mocy samej ustawy tylko do tych spraw, w których brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone, umożliwiając kilkukrotne orzekanie przez tego samego sędziego w danej sprawie w II instancji" jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji. Przy czym skarżący precyzuje, że kwestionowana regulacja godzi „w szczególności" w prawo do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd.

U podstaw skargi konstytucyjnej leży przekonanie jakoby Sąd Najwyższy, w którego składzie zasiadali J R i M P , orzekając po raz pierwszy w sprawie skarżącego (wyrok z lutego 2012 r.), kiedy to doszło do uchylenia zaskarżonego wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego w W i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, „dokonując oceny dowodów zgromadzonych w sprawie i formułując wnioski na temat roli oskarżonego w zarzucanych mu czynach wyraził swój pogląd w sprawie". Na bazie tego przekonania skarżący formułuje zarzut, zgodnie z którym wydanie przez Sąd Najwyższy, procedujący w składzie z udziałem J R i M P , drugiego wyroku w sprawie skarżącego (wyrok z stycznia 2013 r.) jest naruszeniem konstytucyjnego prawa do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd. Skarżący – przyjmując, że wskazani sędziowie, orzekając po raz pierwszy w składzie Sądu Najwyższego, dali „wyraz swojemu poglądowi w sprawie (w kwestii oceny dowodów, roli oskarżonego, a w konsekwencji jego winy)" – twierdzi, iż orzekanie tych sędziów w jego sprawie po raz drugi w składzie Sądu Najwyższego nie zapewnia mu „zachowania zasady bezstronności w kontekście zasady prawa do sądu w myśl art. 45 ust. 1 Konstytucji".

Skarżący podkreśla, że: „Zarzut [...] skargi konstytucyjnej dotyczy [...] udziału tych samych sędziów w dwóch kolejnych postępowaniach przed sądem II instancji, co jest w obecnie obowiązującym stanie prawnym dopuszczalne zgodnie z treścią art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k.". W ocenie skarżącego kwestionowany przepis jest „przepisem

ustrojowym" (określającym organizację sądu), a zatem podnoszony w skardze konstytucyjnej zarzut dotyczy „niekonstytucyjności ustrojowej, odnoszącej się do udziału w kolejnych postępowaniach apelacyjnych sędziów, którzy z racji wyrobienia sobie poglądu w sprawie i daniu temu wyrazu w pierwszym rozstrzygnięciu, nie dają gwarancji bezstronności przy jej ponownym rozpoznawaniu w postępowaniu apelacyjnym".

Skarżący podaje w wątpliwość, „czy brak obowiązku wyłączenia sędziego w sytuacji, gdy orzeka on po raz pierwszy w II instancji uchylając na niekorzyść oskarżonego zaskarżony wyrok i dając sądowi I instancji określone wytyczne odzwierciedlające zapatrywanie tegoż sędziego na sprawę, a następnie po raz drugi orzeka w II instancji w tej samej sprawie weryfikując tym samym spełnienie przez sąd I instancji wskazanych przez siebie wytycznych – mieści się w gwarantowanym konstytucyjnie standardzie prawa do bezstronnego sądu". Następnie zaś stwierdza, że „we wskazanej wyżej sytuacji zachodzi *de facto* sytuacja kontrolowania przez tego samego sędziego wydanego przez siebie po raz pierwszy w II instancji orzeczenia, w którym sędzia ten dał wyraz swojemu zapatrywaniu na sprawę".

IV. Analiza formalnoprawna

1. Analiza skargi konstytucyjnej wraz z uzasadnieniem nie pozostawia wątpliwości, że skarżący kwestionuje niepełne ujęcie art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. Powołując się na art. 45 ust. 1 Konstytucji twierdzi on bowiem, że kwestionowany przepis, aby spełniać standard konstytucyjny, powinien obejmować wyłączenie od udziału w sprawie z mocy prawa także takiego sędziego, który już orzekał w tej sprawie w II instancji. Tym samym zastrzeżenia skarżącego budzi brak wskazanej podstawy wyłączenia sędziego od udziału w sprawie z mocy prawa.

Wobec tak skonstruowanego zarzutu konieczne staje się przypomnienie, że kognicją Trybunału Konstytucyjnego nie jest objęte zaniechanie ustawodawcze, a więc celowe pozostawienie przez prawodawcę określonej kwestii w całości poza uregulowaniem prawnym. Polski sąd konstytucyjny pełni bowiem rolę „negatywnego prawodawcy", a więc co do zasady jego działalność ograniczona jest do derogowania unormowań już obowiązujących; nie ma on natomiast kompetencji do uzupełniania obowiązującego stanu prawnego o rozwiązania, które – zdaniem

podmiotu inicjującego postępowanie przed nim – powinny znaleźć się w zaskarżonym akcie.

Zaniechanie ustawodawcze należy jednak odróżnić od uregulowania niepełnego (pomijającego), które charakteryzuje się tym, że prawodawca unormował jakąś dziedzinę stosunków społecznych, lecz dokonał tego w sposób niepełny (fragmentaryczny). W odniesieniu do uregulowania niepełnego (pomijającego) Trybunał Konstytucyjny przyjmuje: „W przypadku [...] aktu ustawodawczego wydanego i obowiązującego Trybunał Konstytucyjny ma kompetencję do oceny jego konstytucyjności również z tego punktu widzenia, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pominął, choć postępując zgodnie z konstytucją powinien był unormować" (orzeczenie TK z 3 grudnia 1996 r., sygn. akt K 25/95; zob. też wyroki TK z: 9 października 2001 r., sygn. akt SK 8/00; 24 października 2001 r., sygn. akt SK 22/01; 10 maja 2004 r., sygn. akt SK 39/03; 16 listopada 2004 r., sygn. akt P 19/03; 8 listopada 2005 r., sygn. akt SK 25/02; 24 maja 2006 r., sygn. akt K 5/05; 27 lipca 2006 r., sygn. akt SK 43/04; 17 kwietnia 2007 r., sygn. akt SK 20/05; 14 października 2008 r., sygn. akt SK 6/07; 2 lipca 2009 r., sygn. akt K 1/07 oraz postanowienia TK z: 29 listopada 2005 r., sygn. akt P 10/05; 30 maja 2007 r., sygn. akt SK 3/06; 17 października 2007 r., sygn. akt P 29/07).

Analizując wskazane powyżej orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego nie sposób nie zauważyć, że nie daje ono podstaw do jednoznacznego i precyzyjnego zdefiniowania „zaniechania ustawodawczego". W oparciu o te judykaty można jedynie stwierdzić, że najczęściej wskazywaną cechą, mającą świadczyć o zaniechaniu ustawodawczym, jest „świadome pozostawienie przez ustawodawcę określonej kwestii poza uregulowaniem prawnym". Cecha ta charakteryzuje się przy tym znacznym stopniem ogólności. W szczególności Trybunał Konstytucyjny nigdy nie wyjaśnił, czy chodzi tutaj „o wystąpienie intencjonalnie zakładanego nieuregulowania danej kwestii [...], czy też wystarczy zaniedbanie ustawodawcy polegające na godzeniu się z możliwością «niedoregulowania» pewnych kwestii mimo powinności ich unormowania, wynikającej z obowiązywania aktu prawnego o wyższej mocy, zakładającego (mieszczącego) taką powinność" (M. Grzybowski, *Zaniechanie prawodawcze w praktyce polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, tekst

opublikowany na stronie internetowej Sądu Konstytucyjnego Republiki Litewskiej, http://www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/Zaniechanie_artykul_Profesora.doc).

Mimo licznych wątpliwości, jakie mogą pojawić się przy odróżnianiu zaniechania ustawodawczego od uregulowania niepełnego, przedstawione przez skarżącego zarzuty niekonstytucyjności art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. i ich kontekst normatywny uzasadniają tezę, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z uregulowaniem niepełnym (pomijającym). Ustawodawca unormował bowiem przesłanki (podstawy) wyłączenia sędziego od udziału w sprawie z mocy prawa, pominął jednak przy tym sytuację (układ procesowy), na którą wskazuje się w skardze konstytucyjnej.

Powyższe ustalenie, że w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z uregulowaniem niepełnym (pomijającym), znajduje wsparcie w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w sprawach, w których skarżący zarzucali braki w cywilnoprocesowej regulacji wyłączenia sędziego z mocy ustawy (art. 48 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 101 ze zm.; dalej: k.p.c.). Mowa tu w szczególności o wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 26 czerwca 2006 r. (sygn. akt SK 55/05), gdzie skierowany wobec art. 48 § 1 pkt 5 k.p.c. zarzut nie objęcia tym przepisem sędziego, który brał udział w wydaniu wyroku zaocznego zaskarżonego sprzeciwem, uznano za dotyczący pominięcia ustawowego i poddano go merytorycznej kontroli z perspektywy art. 45 ust. 1 Konstytucji, a także o wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 20 lipca 2004 r. (sygn. akt SK 19/02), gdzie przyjęto, że art. 48 § 1 pkt 5 k.p.c. (w ujęciu związkowym z innymi przepisami) „w zakresie, w jakim ogranicza wyłączenie sędziego z mocy samej ustawy tylko do spraw, w których rozstrzyganiu brał udział w instancji bezpośrednio niższej" jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji (por. również wyroki TK z: 13 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 53/04; 23 października 2006 r., sygn. akt SK 42/04; 24 czerwca 2008 r., sygn. akt P 8/07 oraz postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 10 października 2011 r., sygn. akt Ts 153/11, w którym bazujący na art. 45 ust. 1 Konstytucji zarzut pominięcia przez art. 48 § 1 pkt 5 k.p.c. „wyłączenia z mocy ustawy od orzekania ponownie w drugiej instancji sędziego, który rozstrzygał o uchyleniu orzeczenia i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania", a więc zarzut zbieżny z zarzutem postawionym w sprawie niniejszej, został zakwalifikowany jako odnoszący się do pominięcia normatywnego).

2. Jak już była o tym mowa, u podstaw skargi konstytucyjnej leży przekonanie jakoby Sąd Najwyższy, orzekając po raz pierwszy w sprawie skarżącego (wyrok z lutego 2012 r.), kiedy to doszło do uchylenia zaskarżonego wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego w W i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, „dokonując oceny dowodów zgromadzonych w sprawie i formułując wnioski na temat roli oskarżonego w zarzucanych mu czynach wyraził swój pogląd w sprawie". Skarżący przyjmuje zatem, że zasiadający w składzie Sądu Najwyższego sędziowie dali „wyraz swojemu poglądowi w sprawie (w kwestii oceny dowodów, roli oskarżonego, a w konsekwencji jego winy)".

Z powyższymi twierdzeniami nie sposób się zgodzić, gdyż nie znajdują one potwierdzenia w rzeczywistości. Analiza uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z lutego 2012 r. przeczy temu jakoby doszło tam do wyrażenia poglądu w sprawie sprawstwa skarżącego i jego winy. Sąd Najwyższy nie wypowiedział się również kategorycznie w kwestii wiarygodności poszczególnych dowodów i roli skarżącego w badanym stanie faktycznym.

Wywody Sądu Najwyższego, poczynione w uzasadnieniu wyroku z lutego 2012 r., ograniczyły się do wskazania na mało wnikliwe i lakoniczne uzasadnienie wyroku sądu I instancji oraz na dokonaną tam wybiórczą, jednostronną i dowolną ocenę zgromadzonych dowodów i na tej podstawie Sąd Najwyższy wyraził wątpliwości co do ustaleń sądu I instancji „o stopniu zainteresowania oskarżonego sprawą , charakterze kontaktów z podwładnymi zaangażowanymi w rozwiązanie tej sprawy, charakterze dyspozycji wydanych przez niego podwładnym oraz wywodów w sferze świadomości oskarżonego co do realizacji znamion zarzucanych czynów". Ponadto Sąd Najwyższy, posługując się zwrotem „zdaje się", sformułował pewne przypuszczenia czy też hipotezy odnoszące się do stanu faktycznego sprawy, które jednak w żadnym razie nie dotyczyły sprawstwa skarżącego i jego winy, a tym bardziej o owym sprawstwie i owej winie nie przesądzały. Swoje rozważania Sąd Najwyższy zakończył jedynie ogólnym wskazaniem, iż sąd I instancji „powinien dokonać wnikliwej i rozważnej analizy wszystkich dowodów osobowych zgromadzonych w sprawie, a dokonane na podstawie tej analizy – przeprowadzonej w zgodzie z treścią art. 7 k.p.k. [zasada swobodnej oceny dowodów – uwaga własna] – ustalenia faktyczne, poddać właściwej ocenie prawnej, a swoje oceny i dokonane ustalenia prawidłowo zrelacjonować w uzasadnieniu rozstrzygnięcia".

Wobec przedstawionej treści uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z lutego 2012 r. należy zakwestionować – leżącą u podstaw skarg konstytucyjnej – tezę jakoby w uzasadnieniu tym wyrażono pogląd w sprawie sprawstwa skarżącego i jego winy. W konsekwencji skonstruowana na tej tezie skarga konstytucyjna, w której zarzuca się pozbawienie skarżącego prawa do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd, nie poddaje się merytorycznej ocenie. Nie sposób bowiem przystąpić do merytorycznej analizy zarzutu niekonstytucyjności opierającego się na twierdzeniach, które nie mają pokrycia w realiach sprawy skarżącego.

Powyższe uwagi przemawiają za koniecznością **umorzenia** niniejszego **postępowania** ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku (art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym, Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.).

3. Dalsza część niniejszego stanowiska Sejmu przedstawiana jest na wypadek nieuwzględnienia przez Trybunał Konstytucyjny sformułowanego powyżej wniosku o umorzenie postępowania.

4. Przed przejściem do merytorycznej analizy zarzutów skarżącego należy poczynić kilka uwag precyzujących zakres zaskarżenia w niniejszej sprawie. Jak już wskazano, skarżący kwestionuje art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. „w zakresie w jakim ogranicza wyłączenie sędziego z mocy samej ustawy tylko do tych spraw, w których brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone, umożliwiając kilkukrotne orzekanie przez tego samego sędziego w danej sprawie w II instancji". Odnosząc się do tak ujętego zakresu zaskarżenia w pierwszej kolejności trzeba stwierdzić, że poważniejszych wątpliwości nie budzi jego pierwsza część, wyrażona słowami „w zakresie w jakim ogranicza wyłączenie sędziego z mocy samej ustawy tylko do tych spraw, w których brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone [...]". Nie sposób jednak nie zauważyć, że językowe ujęcie przytoczonego fragmentu *petitum* skargi konstytucyjnej – mimo braku wątpliwości co do jego treści – nie w pełni koresponduje z brzmieniem art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. Dla większej precyzji należy więc uadekwatnić ten fragment do brzmienia kwestionowanego przepisu w następujący sposób: „w zakresie, w jakim ogranicza wyłączenie sędziego z mocy

prawa do sytuacji, gdy brał on udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone [...]".

Większe zastrzeżenia budzi natomiast druga część zaprezentowanego przez skarżącego zakresu zaskarżenia, wyrażona słowami „[...] umożliwiając kilkukrotne orzekanie przez tego samego sędziego w danej sprawie w II instancji". Tak ujęty zakres zaskarżenia jest bowiem zbyt szeroki i jako taki zrywa związek z faktycznymi i prawnymi realiami postępowania karnego, które legło u podstaw wniesienia skargi konstytucyjnej do Trybunału Konstytucyjnego. W postępowaniu tym mieliśmy do czynienia nie z jakimkolwiek orzekaniem w II instancji, a jedynie z orzekaniem w postępowaniu apelacyjnym. *Petitum* skargi konstytucyjnej, poprzez posłużenie się ogólną formułą orzekania w II instancji, sugeruje zaś, że w grę może tu także wchodzić postępowanie zażaleniowe. Ponadto w postępowaniu karnym skarżącego nie miała miejsca jakakolwiek sekwencja kilkukrotnego wydania dowolnego orzeczenia przez tych samych sędziów, co może sugerować *petitum* skargi konstytucyjnej. Mieliśmy do czynienia wyłącznie z ponownym orzekaniem po uprzednim uchyleniu zaskarżonego wyroku i przekazaniu sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania (art. 437 § 1 i 2 k.p.k.). A jeśli tak, to druga część zakresu zaskarżenia powinna brzmieć: „[...] umożliwiając ponowne orzekanie w postępowaniu apelacyjnym sędziemu, który w tej samej sprawie brał już udział w wydaniu orzeczenia uchylającego wyrok sądu I instancji i przekazującego sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania".

Mając na uwadze powyższe Sejm stosownie skorygował zakres zaskarżenia art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., co znalazło odzwierciedlenie w *petitum* niniejszego stanowiska.

V. Wzorzec kontroli

1. W art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej, który stanowi, iż: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd", wyrażone zostało konstytucyjne prawo do sądu. Odwołując się do licznych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, jakie zapadły na gruncie tego przepisu, stwierdzić należy, że na prawo to składa się w szczególności: 1) prawo dostępu do sądu, tj. prawo do uruchomienia procedury przed sądem (niezależnym, bezstronnym i niezawisłym); 2) prawo do odpowiednio

ukształtowanej procedury sądowej, zgodnej z wymogami sprawiedliwości i jawności; 3) prawo do wyroku sądowego, tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd; 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy (zob. m.in. wyroki TK z: 10 maja 2000 r., sygn. akt K 21/99; 19 lutego 2003 r., sygn. akt P 11/02; 14 marca 2005 r., sygn. akt K 35/04; 24 października 2007 r., sygn. akt SK 7/06; 26 lutego 2008 r., sygn. akt SK 89/06; 3 lipca 2008 r., sygn. akt K 38/07; por. także P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, komentarz do art. 45, s. 3; P. Wiliński, *Rzetelny proces karny w świetle Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 309-312).

Kluczowe znaczenie dla określenia zakresu i „pojemności" konstytucyjnego prawa do sądu ma pojęcie „sprawy", której rozpatrzenia przez sąd może żądać uprawniony podmiot. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjmuje się, że: „Przedmiotowy zakres prawa do sądu trzeba określać poprzez odniesienie do podstawowej funkcji sądów, którą jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. [...] do istoty wymiaru sprawiedliwości należy rozstrzyganie sporów prawnych – sporów ze stosunków prawnych [...]. Prawo do sądu nie obejmuje natomiast sporów wewnątrz aparatu państwowego [...]. Pojęcie sprawy na gruncie art. 45 ust. 1 Konstytucji wymaga uwzględnienia szerszego kontekstu normatywnego. Jest to pojęcie autonomiczne, którego nie można objaśniać wyłącznie poprzez odniesienia do pojęcia sprawy, funkcjonującego na tle poszczególnych gałęzi prawa: karnego, cywilnego czy administracyjnego. Wąskie ujęcie funkcji wymiaru sprawiedliwości determinowałoby bowiem zakres gwarancji konstytucyjnych i mogłoby skutecznie zablokować urzeczywistnienie prawa do sądu. Kierowanie sprawy do sądu musi prowadzić do wymierzenia sprawiedliwości, a więc do rozstrzygnięcia o prawach danego podmiotu. Do kategorii praw, o których rozstrzyga sąd sprawujący wymiar sprawiedliwości, należą nie tylko te, które są objęte bezpośrednio gwarancjami konstytucyjnymi, ale także wszelkie inne prawa, których istnienie wynika z całokształtu obowiązujących regulacji prawa materialnego. [...] urzeczywistnienie konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu obejmuje wszelkie sytuacje – bez względu na szczegółowe regulacje proceduralne – w których pojawia się konieczność rozstrzygania o prawach danego podmiotu (w relacji do innych równorzędnych

podmiotów lub w relacji do władzy publicznej), a jednocześnie natura danych stosunków prawnych wyklucza arbitralność rozstrzygania o sytuacji prawnej podmiotu przez drugą stronę tego stosunku [...]. Z art. 45 ust. 1 Konstytucji wynika wola ustrojodawcy, aby prawem do sądu objąć możliwie najszerszy zakres spraw. Z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika zaś dyrektywa interpretacyjna zakazująca zawężającej wykładni prawa do sądu. Konstytucja wprowadza więc domniemanie drogi sądowej. Nie oznacza to jednak, że wszelkie ograniczenia sądowej ochrony praw jednostki są niedopuszczalne" (wyrok TK z 3 lipca 2008 r., sygn. akt K 38/07; zob. również wyroki TK z: 10 maja 2000 r., sygn. akt K 21/99; 6 maja 2008 r., sygn. akt SK 49/04; 2 września 2008 r., sygn. akt K 35/06; 16 września 2008 r., sygn. akt SK 76/06; postanowienie TK z 10 czerwca 2008 r., sygn. akt P 15/06; por. też P. Wiliński, *Rzetelny proces...*, s. 315-318).

2. W realiach niniejszego postępowania szczególną uwagę należy zwrócić na prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy. W tym zakresie trzeba wskazać, że art. 45 ust. 1 Konstytucji statuuje wymóg ustrojowy, „wskazując na sąd jako jedyny organ powołany do rozpoznania sprawy", a jednocześnie „określa [...] kryteria tego sądu" (wyrok TK z 20 lipca 2004 r., sygn. akt SK 19/02). Zgodnie z nimi sąd musi być: 1) właściwy; 2) niezależny; 3) bezstronny; 4) niezawisły. Nie ulega przy tym wątpliwości, że przewidziane w poszczególnych procedurach sądowych (administracyjnej, cywilnej, karnej) podstawy (przesłanki) wyłączenia sędziego służą, a przynajmniej powinny służyć, zapewnieniu „konstytucyjnej zasady prawa obywatela do bezstronnego sądu" (wyrok TK z 20 lipca 2004 r., sygn. akt SK 19/02; zob. również np. wyroki TK z: 11 grudnia 2002 r., sygn. akt SK 27/01; 23 października 2006 r., sygn. akt SK 42/04).

Bezstronność – jako cecha charakteryzująca zarówno sąd, jak i sędziego – nie jest rozumiana jednolicie, co częstokroć wynika z relatywizowania tego pojęcia do innych pojęć, które mają określać sąd lub sędziego (zob. np. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1998, s. 220, gdzie pojęcie bezstronności definiowane jest w kontekście pojęcia obiektywizmu i przy założeniu, że nie są to pojęcia tożsame; por. także Z. Tobor, T. Pietrzykowski, *Roszczenie do bezstronności* [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 60 i n.). Wydaje się jednak, że aktualnie bezstronność najczęściej definiowana jest poprzez odwołanie się do języka powszechnego, gdzie rozumie się ją jako brak stronniczości,

brak uprzedzeń, obiektywizm (zob. np. *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, http://doroszewski.pwn.pl/haslo/bezstronność/; *Słownik języka polskiego*, t. I, red. M. Szymczak, Warszawa 1978, s. 150; *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 1, red. S. Dubisz, s. 240). W tym kierunku wypowiada się zarówno orzecznictwo (zob. np. wyrok TK z 27 stycznia 1999 r., sygn. akt K 1/98, gdzie mowa o bezstronności sędziego, która polega m.in. na kierowaniu się obiektywizmem, nie stwarzaniu korzystniejszej sytuacji dla żadnej ze stron czy uczestników postępowania, braku stronniczości, braku uprzedzeń; wyrok SN z 8 lutego 2011 r., sygn. akt V KK 227/10, gdzie utożsamia się bezstronność organów procesowych z obiektywnym i pozbawionym uprzedzeń stosunku do sprawy i uczestników postępowania sądowego), jak i doktryna (zob. np. G. Artymiak, *Instytucja wyłączenia sędziego a konsensualne formy zakończenia procesu karnego z perspektywy sprawności postępowania – wybrane zagadnienia* [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 727-728, która wywodzi: „Bezstronność rozumiana jest zazwyczaj jako niekierowanie się określonymi względami przy ocenie jakiegoś innego podmiotu, dezaprobowanymi z punktu widzenia rodzaju oceny, jaka ma zostać dokonana, bądź też decyzji, jaka ma być podjęta. Bezstronność polega na braku jakiegokolwiek uprzedzenia do stron i sprawy", a dalej wskazuje na brak „więzów lub innego rodzaju relacji sędziego względem uczestników danego postępowania oraz samej sprawy, których istnienie mogłoby prowadzić bądź to do przychylnego albo nieprzychylnego nastawienia sędziego do jakiegoś z uczestników postępowania, bądź też jego skłonność do podjęcia rozstrzygnięcia określonej treści"; Z. Świda, *Sędzia jako zawód szczególnego zaufania społecznego – wymogi i uprawnienia* [w:] *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, red. T. Grzegorczyk, Warszawa 2011, s. 518, która ujmuje zasadę bezstronności jako „obowiązek obiektywnego stosunku do sprawy i jej uczestników, bez stronniczości, uprzedzeń i kierunkowego nastawienia"; E.L. Wędrychowska, M.P. Wędrychowski, *Pojęcie „niezawisłość sędziowska" w polskim procesie karnym jako element zasady uczciwego procesu*, „Studia Iuridica" 1997, nr XXXIII, s. 260, którzy przez bezstronność rozumieją „obiektywny stosunek do sprawy i jej uczestników, z wyłączeniem wszelkiej stronniczości, uprzedzeń i kierunkowego nastawienia").

3. Obowiązek zapewnienia każdemu, że jego sprawa zostanie rozpatrzona przez bezstronny sąd, spoczywa na organach władzy publicznej. W szczególności obowiązek ten dotyczy ustawodawcy, który m.in. poprzez odpowiednie ukształtowanie procedury sądowej, w tym właściwe określenie przesłanek wyłączenia sędziego, powinien gwarantować, że rozpoznający sprawę sąd będzie cechował się bezstronnością (por. np. wyroki TK z: 11 grudnia 2002 r., sygn. akt SK 27/01; 13 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 53/04). Jak wywodzi Trybunał Konstytucyjny: „[...] dla właściwej i pełnej realizacji konstytucyjnego prawa do sądu na ustawodawcy spoczywa obowiązek takiego ukształtowania instytucji wyłączenia sędziego – zarówno w ramach katalogu przyczyn bezwzględnych czy względnych – aby umożliwiało ono objęcie wszelkich sytuacji, które mogłyby prowadzić do powstania, o ile nie u samej strony [...], to co najmniej u obiektywnego, zewnętrznego obserwatora uzasadnionych wątpliwości co do bezstronności sędziego" (wyrok TK z 13 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 53/04; a także wyrok TK z 24 czerwca 2008 r., sygn. akt P 8/07).

Instytucja wyłączenia sędziego, jak podkreśla się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, „w równej mierze służy zapewnieniu realnej bezstronności sądu, jak i umacnianiu autorytetu wymiaru sprawiedliwości przez usuwanie choćby pozorów braku bezstronności". Ważne jest zatem „nie tylko to, by sędzia orzekający w sprawie zachowywał się zawsze rzeczywiście zgodnie ze standardami niezawisłości i bezstronności, lecz także by w ocenie zewnętrznej zachowanie sędziego odpowiadało takim standardom. Reguły wyłączenia sędziego służą bowiem budowie społecznego zaufania do wymiaru sprawiedliwości" (wyrok TK z 20 lipca 2004 r., sygn. akt SK 19/02; a także wyroki TK z: 13 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 53/04; 24 czerwca 2008 r., sygn. akt P 8/07).

VI. Analiza zgodności

1. Instytucja wyłączenia sędziego służy zapewnieniu konstytucyjnego prawa do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd. W postępowaniu karnym instytucja ta została unormowana w rozdziale 2 k.p.k. zatytułowanym „Wyłączenie sędziego". Analiza zawartości normatywnej tego rozdziału nie pozostawia wątpliwości, że ustawodawca przewidział dwie grupy sytuacji, w których dochodzi lub może dojść do wyłączenia sędziego.

Pierwsza grupa rzeczonych sytuacji uregulowana jest w art. 40 k.p.k. i obejmuje przypadki wyłączenia sędziego, którego określa się mianem *iudex inhabilis*, z mocy prawa (*ex lege*), a więc niejako automatycznie, bez konieczności podejmowania jakichkolwiek konstytutywnych czynności procesowych. Zgodnie z § 1 wskazanego artykułu: „Sędzia jest z mocy prawa wyłączony od udziału w sprawie, jeżeli: 1) sprawa dotyczy tego sędziego bezpośrednio, 2) jest małżonkiem strony lub pokrzywdzonego albo ich obrońcy, pełnomocnika lub przedstawiciela ustawowego albo pozostaje we wspólnym pożyciu z jedną z tych osób, 3) jest krewnym lub powinowatym w linii prostej, a w linii bocznej aż do stopnia pomiędzy dziećmi rodzeństwa osób wymienionych w pkt 2 albo jest związany z jedną z tych osób węzłem przysposobienia, opieki lub kurateli [w myśl art. 40 § 2 k.p.k. powody wyłączenia trwają mimo ustania uzasadniającego je małżeństwa, wspólnego pożycia, przysposobienia, opieki lub kurateli – uwaga własna], 4) był świadkiem czynu, o który sprawa się toczy, albo w tej samej sprawie był przesłuchany w charakterze świadka lub występował jako biegły, 5) brał udział w sprawie jako prokurator, obrońca, pełnomocnik, przedstawiciel ustawowy strony, albo prowadził postępowanie przygotowawcze, 6) brał udział w wydaniu zaskarżonego orzeczenia lub wydał zaskarżone zarządzenie, 7) brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone, 8) (uchylono), 9) brał udział w wydaniu orzeczenia, co do którego wniesiono sprzeciw, 10) prowadził mediację". Ponadto, w myśl art. 40 § 3 k.p.k., „Sędzia, który brał udział w wydaniu orzeczenia objętego wnioskiem o wznowienie lub zaskarżonego w trybie kasacji, nie może orzekać co do tego wniosku lub tej kasacji".

Wymienione w art. 40 k.p.k. podstawy wyłączenia sędziego mają charakter wyjątkowy i kwalifikowany. Obejmują one bowiem szczególne sytuacje, w jakich sędzia musi być wyłączony od udziału w sprawie, bez względu na konkretne okoliczności tej sprawy, które mogłyby ewentualnie wskazywać na brak zagrożeń dla bezstronności. Mamy tu zatem do czynienia z niewzruszalnym domniemaniem, że zaistnienie którejś z sytuacji opisanych w art. 40 k.p.k. pozostaje w sprzeczności z dobrem wymiaru sprawiedliwości i w związku z tym nie pozwala sędziemu brać udziału w sprawie (zob. W. Jasiński [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz on-line*, red. J. Skorupka, wyd. 15/2014, komentarz do art. 40, tezy 7 i 8). Przepis art. 40 k.p.k. opiera się więc na założeniu, że istnieją pewne wyjątkowe i kwalifikowane sytuacje, które – bez względu na konkretne okoliczności sprawy i ich

rzeczywisty wpływ na bezstronność sędziego – sprawiają, że sędzia ten jest bezwzględnie niezdolny do brania udziału w sprawie (*iudex inhabilis*). Tym samym wykluczona jest tu jakakolwiek uznaniowość.

Wymaga podkreślenia, że branie przez sędziego udziału w sprawie, z której jest on wyłączony z mocy art. 40 k.p.k., wywołuje daleko idące konsekwencje, a mianowicie skutkuje zaistnieniem bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Jak bowiem stanowi art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.: „Niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia sąd odwoławczy na posiedzeniu uchyla zaskarżone orzeczenie, jeżeli [...] w wydaniu orzeczenia brała udział osoba [...] podlegająca wyłączeniu na podstawie art. 40 [k.p.k. – uwaga własna]". Zaistnienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej, jaką jest branie przez sędziego udziału w sprawie, z której jest on wyłączony z mocy art. 40 k.p.k., stanowi ponadto szczególną, bo wolną od graniczeń, podstawę kasacji (art. 523 § 1-4 k.p.k.), przysługującej od prawomocnego wyroku sądu odwoławczego kończącego postępowanie. W wyniku uwzględnienia kasacji Sąd Najwyższy uchyla zaskarżone orzeczenie (art. 537 § 1 k.p.k.).

Druga grupa sytuacji, w których może dojść do wyłączenia sędziego, uregulowana jest w art. 41 § 1 k.p.k. i obejmuje przypadki wyłączenia sędziego, którego określa się mianem *iudex suspectus*, z mocy orzeczenia sądu, wydanego na żądanie samego sędziego lub na wniosek strony postępowania. Zgodnie ze wskazanym przepisem: „Sędzia ulega wyłączeniu, jeżeli istnieje okoliczność tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności w danej sprawie". Jak widać, art. 41 § 1 k.p.k. sformułowany jest dość ogólnie, a przez to stwarza znaczny margines uznania w decydowaniu o wyłączeniu sędziego. Taka konstrukcja tego przepisu jest jednak uzasadniona z uwagi na jego charakter i relację do art. 40 k.p.k. Mianowicie art. 41 § 1 k.p.k. „ma z założenia eliminować wszelkie [zróżnicowane i trudne do określenia z góry oraz sklasyfikowania – uwaga własna] sytuacje, które nie zostały objęte zakresem zastosowania art. 40 k.p.k. a powodują, że można byłoby w sposób uzasadniony kwestionować bezstronność sędziego orzekającego w sprawie" (W. Jasiński [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz on-line*, red. J. Skorupka, wyd. 15/2014, komentarz do art. 41, teza 2). Zatem ogólnie sformułowany art. 41 § 1 k.p.k. stanowi swoiste uzupełnienie art. 40 k.p.k., przewidującego enumeratywny i zamknięty katalog przyczyn wyłączenia sędziego.

Branie przez sędziego udziału w sprawie, mimo zachodzenia podstaw do jego wyłączenia z art. 41 § 1 k.p.k., jest względną przyczyną odwoławczą, o której mowa w art. 438 pkt 2 k.p.k. Zgodnie z tym przepisem: „Orzeczenie ulega uchyleniu lub zmianie w razie stwierdzenia [...] obrazy przepisów postępowania, jeżeli mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia". Konieczne jest więc wykazanie, inaczej niż ma to miejsce w wypadku naruszenia art. 40 k.p.k., że naruszenie art. 41 § 1 k.p.k. mogło mieć wpływ na treść orzeczenia. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się jednak, istotnie łagodząc ten wymóg, że uchybienie art. 41 § 1 k.p.k. zazwyczaj należy kwalifikować jako mogące mieć wpływ na treść orzeczenia (zob. W. Jasiński [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 41, teza 45).

2. Skarżący zasadnie podnosi, że art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. nie przewiduje wyłączenia sędziego z mocy prawa od udziału w postępowaniu apelacyjnym w sytuacji, gdy sędzia ten wcześniej w tym postępowaniu i w tej samej sprawie brał udział w wydaniu orzeczenia uchylającego wyrok sądu I instancji i przekazującego sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania. Wskazany przepis, co wyraźnie wynika z jego brzmienia, dotyczy bowiem wyłącznie takiego sędziego, który „brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone". Idzie tu więc przykładowo o sędziego sądu I instancji biorącego udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone w postępowaniu apelacyjnym, bądź też o sędziego sądu II instancji biorącego udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone w postępowaniu kasacyjnym.

Do powyższego należy dodać, że pożądanej przez skarżącego podstawy wyłączenia sędziego z mocy prawa nie zawiera też żadna inna jednostka redakcyjna art. 40 k.p.k. Tym samym *de lege lata* możliwe jest ponowne orzekanie w postępowaniu apelacyjnym przez sędziego, który w tej samej sprawie brał już udział w wydaniu orzeczenia uchylającego wyrok sądu I instancji i przekazującego sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania.

Zaprezentowane powyżej stanowisko nie budzi wątpliwości ani w orzecznictwie (zob. np. postanowienie SN z 8 marca 2006 r., sygn. akt IV KZ 10/06, gdzie stwierdzono: „[...] w obecnie obowiązującym kodeksie postępowania karnego nie ma takiego przepisu, który zakazywałby kilkukrotnego orzekania przez tego samego sędziego w tej samej sprawie w drugiej instancji. Przepis art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. [...] nie ma w niniejszej sprawie zastosowania. Z treści tego przepisu

jednoznacznie wynika, iż sędzia jest wyłączony z mocy prawa z udziału w sprawie wówczas, gdy brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone. W oczywisty zatem sposób zakaz ten nie może być rozciągany na sędziów, którzy dwukrotnie orzekali w danej sprawie w drugiej instancji, w sytuacji gdy wydane przez nich orzeczenia nie zostały uchylone"; postanowienie SN z 25 maja 2010 r., sygn. akt III KK 52/10, w którym wywiedziono: „W kodeksie postępowania karnego nie ma zakazu kilkukrotnego orzekania przez tego samego sędziego w tej samej sprawie w drugiej instancji. Z treści przepis art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. [...] jednoznacznie wynika, iż sędzia jest wyłączony z mocy prawa z udziału w sprawie wówczas, gdy brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone. Zakaz ten nie może być rozciągany na sędziów, którzy kilkukrotnie orzekali w danej sprawie w drugiej instancji, w sytuacji gdy wydane przez nich orzeczenia nie zostały uchylone"; postanowienia SN z: 17 października 2012 r., sygn. akt IV KK 192/12; 2 października 2013 r., sygn. akt WK 15/13), ani też w doktrynie (zob. np. D. Gil, *Wyłączenie sędziego związanego uprzednio wydanym orzeczeniem w procesie karnym* [w:] *Dyskrecjonalna władza sędziego. Zagadnienia teorii i praktyki*, red. M. Dębiński, R. Pelewicz, T. Rakoczy, Tarnobrzeg 2012, s. 53; T. Grzegorczyk [w:] T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2003, s. 240; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, red. P. Hofmański, Warszawa 2011, komentarz do art. 40, nb. 10; W. Jasiński [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 40, teza 59).

3. Przed odniesieniem się do zarzutów skarżącego należy zaznaczyć, że zarysowany – przy omawianiu art. 45 ust. 1 Konstytucji jako wzorca kontroli w niniejszej sprawie – standard konstytucyjny bezstronnego sądu czyni oczywistą konstatację, iż ustawodawca nie dysponuje pełną i niczym nieograniczoną swobodą, gdy idzie o przyjmowany na gruncie poszczególnych ustaw normatywny kształt instytucji wyłączenia sędziego. Jak jednak zauważa Trybunał Konstytucyjny, mimo ścisłego funkcjonalnego powiązania między bezstronnością sądu a instytucją wyłączenia sędziego, instytucja ta, traktowana samoistnie, nie ma „rangi konstytucyjnej", a „uprawnieniom wchodzącym w jej skład" nie można przypisywać waloru „konstytucyjnie określonych wolności lub praw". Oznacza to brak „podstaw normatywnych do budowania konstytucyjnego wzorca tej konkretnej instytucji, w świetle którego możliwa byłaby merytoryczna ocena rozwiązań ustawowych

obowiązujących w tym zakresie". Podmiotowym prawem o randze konstytucyjnej nie jest więc prawo do określonego kształtu instytucji wyłączenia sędziego, a jedynie prawo do bezstronnego sądu, które urzeczywistnia się nie tylko poprzez instytucję wyłączenia sędziego, lecz poprzez różnego rodzaju, liczne gwarancje ustawowe (wyrok TK z 11 grudnia 2002 r., sygn. akt SK 27/01).

Powyższe upoważnia do stwierdzenia, że konstytucyjna ocena określonych rozwiązań ustawowych dotyczących wyłączenia sędziego „uwzględniać [...] winna relatywnie duży zakres swobody regulacyjnej prawodawcy". Dokonując takiej oceny należy także pamiętać, iż prawodawca, normując instytucję wyłączenia sędziego, musi respektować nie tylko konstytucyjne prawo do bezstronnego sądu, lecz również „treść innych zasad i wartości konstytucyjnych", w tym i tych, które kształtują poszczególne elementy prawa wyrażonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji. Do tych ostatnich należy przede wszystkim „prawo innych uczestników postępowania [do – uwaga własna] rozpatrzenia ich sprawy przez sąd bez nieuzasadnionej zwłoki. Nie ulega bowiem wątpliwości, że realizacja prawa strony do żądania wyłączenia sędziego może rzutować bezpośrednio na warunki i zakres korzystania przez innych uczestników postępowania z instytucji procesowych, stanowiących z kolei zabezpieczenie sprawnego i niezagrożonego przewlekłością przebiegu postępowania. Mamy bowiem w tej sytuacji do czynienia ze swoistą konkurencją praw wynikających z regulacji ustawowych, praw pełniących przy tym rolę gwarancyjną w stosunku do poszczególnych elementów normatywnych konstytucyjnego prawa do sądu" (wyrok TK z 11 grudnia 2002 r., sygn. akt SK 27/01).

Poczynione uwagi, wskazujące na złożoność konstytucyjnych uwarunkowań instytucji wyłączenia sędziego, nakazują przyjąć, że „dopiero wadliwe, a więc godzące w istotę prawa do bezstronnego sądu, ukształtowanie tej instytucji przez ustawodawcę zwykłego prowadziłoby do negatywnej konstytucyjnej kwalifikacji rozwiązań przyjętych przez ustawodawcę" (wyrok TK z 11 grudnia 2002 r., sygn. akt SK 27/01).

4. Sejm podziela zaprezentowany powyżej pogląd Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym samoistnie ujmowana instytucja wyłączenia sędziego nie ma „rangi konstytucyjnej". Jedną z konsekwencji takiego stanu rzeczy jest brak podstaw normatywnych do konstruowania konstytucyjnego prawa podmiotowego do

„określonego kształtu instytucji wyłączenia sędziego". Na gruncie ustawy zasadniczej mamy do czynienia wyłącznie z konstytucyjnym prawem podmiotowym do bezstronnego sądu, a prawo to – jak zaznacza Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 11 grudnia 2002 r. (sygn. akt SK 27/01) – urzeczywistnia się nie tylko poprzez instytucję wyłączenia sędziego, lecz również poprzez inne rozwiązania ustawowe o zróżnicowanym charakterze.

Mając na uwadze powyższe trzeba stwierdzić, że obowiązujące ustawodawstwo zawiera liczne regulacje gwarantujące prawo do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd. Tym samym, spoglądając na problematykę unormowania wyłączenia sędziego w postępowaniu karnym z perspektywy konstytucyjnego standardu bezstronnego sądu, nie można tego czynić w izolacji od innych rozwiązań, które służą zachowaniu tego standardu. Dopiero uwzględnienie wszystkich tych rozwiązań pozwala na stwierdzenie, czy w polskim postępowaniu karnym mamy do czynienia z odpowiednim zabezpieczeniem konstytucyjnego prawa podmiotowego do bezstronnego sądu.

Zdaniem Sejmu, obowiązujące ustawodawstwo odpowiednio zabezpiecza konstytucyjne prawo podmiotowe do bezstronnego sądu w postępowaniu karnym. Świadczy o tym nie tylko kształt normatywny instytucji wyłączenia sędziego, na którą składa się wyłączenie sędziego z mocy prawa (art. 40 k.p.k.) i wyłączenie sędziego z mocy orzeczenia sądu (art. 41 § 1 k.p.k.), o czym będzie jeszcze szerzej mowa, lecz również szereg innych instytucji o zróżnicowanym charakterze. Chodzi tu zarówno o instytucjonalne, jak i o procesowe gwarancje bezstronności sądu. Do tych pierwszych należą regulacje dotyczące m.in. miejsca sądownictwa w systemie organów władzy publicznej, powoływania i odwoływania sędziów, ich statusu zawodowego. Z kolei na te drugie składają się regulacje dotyczące m.in. właściwości sądu, wyznaczania składów orzekających, jawności postępowania, dwuinstancyjności postępowania (szeroko na ten temat – zob. W. Jasiński, *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009, s. 162-177 oraz licznie przywoływane tam piśmiennictwo i orzecznictwo).

5. W ślad za wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 11 grudnia 2002 r. (sygn. akt SK 27/01) należy jeszcze raz podkreślić, że Konstytucja nie daje podstaw normatywnych do konstruowania jakiegoś wzorca instytucji wyłączenia sędziego, który stanowiłby punkt odniesienia dla oceny stosownych rozwiązań ustawowych.

Nie można więc twierdzić, iż ustawa zasadnicza wymaga przyjęcia dokładnie takiego, a nie innego katalogu przesłanek wyłączenia sędziego i ściśle rozgranicza sytuacje na te, w których wyłączenie powinno następować z mocy prawa i na te, w których wystarczające jest wyłączenie z mocy orzeczenia sądu. Standardowi konstytucyjnemu bliższe jest raczej to, aby ustawodawca – operując zarówno bezwzględnymi, jak i względnymi podstawami wyłączenia sędziego – w taki sposób ukształtował instytucję wyłączenia sędziego, żeby umożliwiała ona „objęcie wszelkich sytuacji, które mogłyby prowadzić do powstania, o ile nie u samej strony [...], to co najmniej u obiektywnego, zewnętrznego obserwatora uzasadnionych wątpliwości co do bezstronności sędziego" (wyrok TK z 13 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 53/04; konieczność obiektywnej oceny wątpliwości co do bezstronności sędziego powinna jawić się w omawianym kontekście jako oczywista, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę to, jak skrajnie subiektywne mogą być oceny zaangażowanej, w tym emocjonalnie, w proces karny strony). Bezsporne jest przy tym, że ustawodawca, konstruując katalog przyczyn wyłączenia sędziego, „nie jest w stanie przewidzieć i kazuistycznie uregulować wszystkich sytuacji, które z uwagi na [...] cel instytucji wyłączenia sędziego uzasadniałyby jej zastosowanie. Prawodawca nie może więc wyczerpująco wskazać wszystkich przyczyn i okoliczności, w których może ujawnić się zagrożenie sędziowskiej bezstronności" (wyrok TK z 13 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 53/04).

W świetle powyższych uwag, wskazujących na duży zakres swobody regulacyjnej ustawodawcy, gdy idzie o normowanie instytucji wyłączenia sędziego, trudno podzielić zapatrywanie skarżącego, iż sędzia, który brał udział w wydaniu orzeczenia uchylającego wyrok sądu I instancji i przekazującego sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania, powinien być z mocy prawa wyłączony od udziału w ponownym postępowaniu apelacyjnym w tej samej sprawie. Skarżący nie wykazał, że tego rodzaju sytuacja musi być traktowana wyłącznie jako bezwzględna przyczyna wyłączenia sędziego i że mamy tu do czynienia nie ze „zwykłymi" wątpliwościami co do jego bezstronności, ale z bezwzględną niezdolnością do brania udziału w sprawie (*iudex inhabilis*), co wyklucza jakąkolwiek uznaniowość, gdy idzie o wyłączenie.

6. Kategoryczny pogląd skarżącego, iż przedstawiony przez niego układ procesowy, w którym dochodzi do ponownego orzekania przez tego samego

sędziego w postępowaniu apelacyjnym w tej samej sprawie, implikuje wyłączenie tego sędziego z mocy prawa jako bezwzględnie niezdolnego do brania udziału w sprawie (*iudex inhabilis*), nie zasługuje na aprobatę także i z tego powodu, że nie odpowiada on pewnym ogólnym i niekwestionowanym założeniom, jakie powinny towarzyszyć konstruowaniu katalogu przesłanek wyłączenia sędziego z mocy prawa.

Otóż nie ulega wątpliwości, że wyłączenie sędziego z mocy prawa powinno mieć miejsce w sytuacjach nadzwyczajnych, które silnie przemawiają za koniecznością powstrzymania się tego sędziego od udziału w danej sprawie (sąd konstytucyjny mówi tu o poważnym prawdopodobieństwie wystąpienia braku bezstronności sędziego – zob. wyrok TK z 13 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 53/04). Związane jest to m.in. z tym, że: „Przepisy o wyłączeniu sędziego z mocy prawa mają charakter norm wyjątkowych, statuują bowiem sytuacje, które są odstępstwem od reguły, że każdy sędzia jest władny do orzekania w sprawie należącej do właściwości jego sądu" (T. Grzegorczyk [w:] T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne...*, s. 237; a także np. W. Jasiński [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 40, teza 6).

Tym samym nie można nadmiernie i bez szczególnie przekonywającego uzasadnienia rozbudowywać katalogu przesłanek wyłączenia sędziego z mocy prawa. W katalogu tym powinny się bowiem znaleźć wyłącznie takie nadzwyczajne sytuacje, które silnie przemawiają za koniecznością powstrzymania się sędziego od udziału w danej sprawie. Zaprezentowane tu spojrzenie na wyłączenie sędziego z mocy prawa znajduje wsparcie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który wyraźnie traktuje bezwzględne odsunięcie sędziego od sprawy jako *ultima ratio*. W wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 27 stycznia 1999 r. (sygn. akt K 1/98) stwierdzono: „[...] przede wszystkim sięgać należy po takie gwarancje bezstronności sędziowskiej, które nie pozbawiają sędziego z mocy ustawy prawa do oceny jego indywidualnej postawy, z punktu widzenia kształtowania obrazu bezstronnego sądu. Za przepisy pozbawiające sędziego, w sposób arbitralny prawa do oceny jego indywidualnej postawy, uznać należy takie, które zakładają *a priori*, iż sędzia znajdujący się w ustawowo określonej sytuacji musi być uznany za stronniczego, tj. budzącego uzasadnione obawy w społeczeństwie, jeśli chodzi o obraz wymiaru sprawiedliwości". I dalej: „Gwarancje bezstronności sędziego, jeśli chodzi o kształtowanie obrazu wymiaru sprawiedliwości są [...] konstytucyjnie dopuszczalne", jeśli „w pierwszym rzędzie ustawodawca sięgać będzie do takich

gwarancji, które pozwalają na ocenę indywidualnej postawy sędziego, nie zaś *a priori* i niejako «obiektywnie» przypisują mu cechę stronniczości" i „ustawodawca przede wszystkim sięgać będzie do takich ograniczeń, które nie mają charakteru absolutnych zakazów, tzn. powodujących z mocy prawa «automatycznie» nieodwracalne skutki, z punktu widzenia osób podlegających tym ograniczeniom".

Kierując się zaprezentowanym powyżej poglądem traktującym wyłączenie sędziego z mocy prawa jako *ultima ratio*, ograniczone do nadzwyczajnych sytuacji, silnie przemawiających za koniecznością powstrzymania się sędziego od udziału sprawie, a także mając na uwadze, że – jak już wskazano – nie sposób z góry określić wszystkich sytuacji nakazujących uznać sędziego za niezdolnego do udziału w sprawie, Sejm wyraża przekonanie, iż *a priori* da się wyodrębnić trzy grupy sytuacji, których zaistnienie można uznać za niejako tożsame z niezdolnością sędziego do uczestnictwa w sprawie (*iudex inhabilis*). Pierwsza z nich obejmuje sytuacje, „które wskazują na interes prywatny sędziego lub interes bliskiej mu osoby, który mógłby stanowić zagrożenie dla bezstronnego rozpatrzenia danej sprawy" (zob. art. 40 § 1 pkt 1, 2, 3 k.p.k.). Wyłączenie z mocy prawa jest tu uzasadnione koniecznością uniknięcia „konfliktu pomiędzy interesem prywatnym sędziego lub bliskiej mu osoby a interesem publicznym (dobrem wymiaru sprawiedliwości, prawem strony do sprawiedliwego rozstrzygnięcia) i prywatnym interesem innej osoby". Druga grupa to sytuacje, kiedy „sędzia miał kontakt z daną sprawą karną w innej roli niż organu orzekającego" (zob. art. 40 § 1 pkt 4, 5, 10 k.p.k), zaś trzecia obejmuje sytuacje związane z udziałem sędziego „w podjęciu decyzji procesowej, która w dalszym toku procesu została w prawnie przewidzianym trybie zaskarżona lub uchylona" (zob. art. 40 § 1 pkt 6, 7, 9 oraz art. 40 § 3 k.p.k.). Wyłączenie z mocy prawa w wypadku grupy drugiej i trzeciej jest powodowane koniecznością uniknięcia „sytuacji, w której w sprawie orzeka sędzia dysponujący wyrobioną opinią na jej temat, która mogłaby negatywnie wpłynąć na bezstronne, a więc pozbawione uprzedniego nastawienia, rozpatrzenie sprawy". Ponadto w grupie trzeciej istotne jest także i to, żeby „sędzia nie był stawiany w sytuacji, w której zmuszony byłby oceniać wydane przez siebie uprzednio rozstrzygnięcie" (zob. W. Jasiński [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 40, tezy 14 i 15; tegoż, *Bezstronność sądu...*, s. 286).

W ocenie Sejmu przedstawione powyżej sytuacje i powody, które uzasadniają wyłączenie sędziego od udziału w sprawie z mocy prawa, mają charakter

wyczerpujący. Ich poszerzanie o jeszcze inne sytuacje i powody stałoby bowiem w sprzeczności z ich wyjątkowością, która musi silnie przemawiać za koniecznością powstrzymania się sędziego od udziału w danej sprawie. Trudno zaś doszukiwać się takiej konieczności na innych płaszczyznach niż związanych – po pierwsze – z konfliktem prywatnego interesu sędziego (lub bliskiej mu osoby) z interesem publicznym lub prywatnym interesem innej osoby, po drugie – z wyrobieniem sobie przez sędziego apriorycznej opinii na temat sprawy i kierunkowego nastawienia do jej rozstrzygnięcia, a po trzecie – z dokonywaniem przez sędziego oceny własnych, wydanych uprzednio orzeczeń. Należy przy tym jeszcze raz podkreślić, że wyłączenie sędziego od udziału w sprawie z mocy prawa powinno dotyczyć tylko kwalifikowanych wątpliwości co do bezstronności sędziego, których zaistnienie jest niejako tożsame z niezdolnością sędziego do uczestnictwa w sprawie.

Przedstawiona przez skarżącego sytuacja ponownego orzekania przez sędziego w postępowaniu apelacyjnym w sprawie, w której brał on już udział wydając orzeczenie uchylające wyrok sądu I instancji i przekazujące sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania, nie mieści się w żadnej ze wskazanych powyżej trzech grup sytuacji, uprawniających do apriorycznego przyjęcia niezdolności sędziego do uczestnictwa w sprawie (*iudex inhabilis*).

Oczywiste i niewymagające wyjaśniania jest to, że nie mamy tu do czynienia z konfliktem prywatnego interesu sędziego (lub bliskiej mu osoby) z interesem publicznym lub prywatnym interesem innej osoby.

Nie powinno również ulegać wątpliwości, że w przedstawionej przez skarżącego sytuacji nie można mówić o dokonywaniu przez sędziego oceny własnych, wydanych uprzednio orzeczeń. Sędzia, który orzeka w postępowaniu apelacyjnym, dokonuje bowiem wyłącznie oceny zaskarżonego orzeczenia sądu I instancji. Dzieje się tak również wtedy, gdy po uchyleniu tego orzeczenia i przekazaniu sprawy sądowi I instancji do ponownego rozpoznania, a następnie po wniesieniu apelacji, sędzia po raz kolejny orzeka w tej sprawie w postępowaniu apelacyjnym. Kolejne orzekanie w tym postępowaniu oznacza bowiem wyłącznie ocenę zaskarżonego wyroku sądu I instancji, który jest nowym wyrokiem w tej samej sprawie, nie zaś ocenę orzeczenia sądu odwoławczego, mocą którego po raz pierwszy uchylono orzeczenie sądu I instancji i przekazano mu sprawę do ponownego rozpoznania. Za chybione należy więc uznać stanowisko skarżącego, iż

w analizowanym wypadku „zachodzi *de facto* sytuacja kontrolowania przez tego samego sędziego wydanego przez siebie po raz pierwszy w II instancji orzeczenia".

W końcu też nie ma podstaw, aby twierdzić, że prawidłowe, a więc zgodne z przepisami kodeksu postępowania karnego, orzekanie w postępowaniu apelacyjnym przez sędziego, który brał udział w uchyleniu wyroku sądu I instancji i przekazaniu temu sądowi sprawy do ponownego rozpoznania, prowadzi do wyrobienia sobie przez tego sędziego apriorycznej opinii na temat sprawy i kierunkowego nastawienia do jej rozstrzygnięcia, co przekłada się na sposób jego orzekania przy rozpoznaniu kolejnej apelacji. Innymi słowy nie odpowiada rzeczywistości normatywnej założenie jakoby sędzia, uczestnicząc w pierwszym postępowaniu apelacyjnym, zakończonym uchyleniem wyroku sądu I instancji i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania, co do zasady wyrabiał sobie kategoryczny pogląd na temat sprawstwa i winy oskarżonego, który determinuje jego postawę przy rozpoznaniu kolejnej apelacji w tej samej sprawie. Konkluzja ta wymaga jednak szerszego uzasadnienia, nawiązującego do charakteru postępowania apelacyjnego w kodeksie postępowania karnego, które zostanie przedstawione w kolejnym punkcie niniejszego stanowiska.

7. Przed przejściem do bardziej szczegółowych rozważań wymaga podkreślenia, że kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia analizowanego problemu konstytucyjnego ma ustalenie, czy kształt i charakter postępowania apelacyjnego w kodeksie postępowania karnego implikuje wykształcenie się u sędziego apriorycznej opinii na temat sprawy i kierunkowego nastawienia do jej rozstrzygnięcia, bądź też kategorycznego poglądu na temat sprawstwa i winy oskarżonego (por. wyrok TK z 20 listopada 2007 r., sygn. akt 57/05). Przy czym, mając na uwadze realia, w jakich wystąpiono ze skargą konstytucyjną, zagadnienie to należy zawęzić do sytuacji, w której pierwsze postępowanie apelacyjne kończy się uchyleniem wyroku sądu I instancji i przekazaniem sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania.

Postępowanie apelacyjne w obowiązującym kodeksie postępowania karnego, wbrew temu co może sugerować jego nazwa, charakteryzuje się przewagą elementów rewizyjnych i kasacyjnych nad elementami, które należą do istoty modelu apelacyjnego. Istota modelu apelacyjnego w swej klasycznej postaci sprowadza się do ponownego merytorycznego rozpoznania sprawy przez sąd II instancji

z możliwością powtórzenia postępowania dowodowego, które zostało już przeprowadzone przez sąd I instancji. W tym modelu sąd II instancji może więc badać wszystkie aspekty sprawy i przeprowadzać wszelkie dowody (zob. np. A. Herzog, *Model postępowania odwoławczego oraz postępowania w sprawie nadzwyczajnych środków zaskarżenia* [w:] *Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego* 2010, nr 2, s. 194). Obowiązujący kodeks postępowania karnego odrzuca jednak taki model postępowania apelacyjnego, przyjmując „zasady charakterystyczne raczej dla systemu rewizyjnego niż apelacyjnego" (T. Grzegorczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003, s. 1187-1188). W konsekwencji *de lege lata* mamy do czynienia z sytuacją, w której prowadzący postępowanie apelacyjne sąd jest „jedynie sądem kontrolnym, orzekającym z założenia w oparciu o akta sprawy" przeprowadzonej przez sąd I instancji (T. Grzegorczyk, *Kodeks postępowania karnego...*, s. 1188; a także m.in. M. Klejnowska, *Dowodzenie co do meritum w sprawie karnej w postępowaniu apelacyjnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2007, nr 1, s. 101). Rola takiego sądu polega zatem nie na rozpoznaniu sprawy karnej i rozstrzygnięciu o zasadności zarzutów postawionych oskarżonemu, lecz na dokonaniu kontroli zaskarżonego orzeczenia sądu I instancji.

Przedstawiony powyżej charakter postępowania apelacyjnego wynika z licznych przepisów kodeksu postępowania karnego. Przede wszystkim należy tu wskazać na art. 452 § 1 k.p.k., który statuuje zasadę, iż: „Sąd odwoławczy nie może przeprowadzić postępowania dowodowego co do istoty sprawy". Istotne znaczenie ma również art. 433 § 1 k.p.k., stanowiący iż: „Sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach środka odwoławczego, a w zakresie szerszym o tyle, o ile ustawa to przewiduje", co istotnie zawęża ramy procedowania przez sąd II instancji poprzez związanie go zakresem zaskarżenia, kierunkiem zaskarżenia oraz podniesionymi zarzutami. Ważką rolę w określaniu charakteru postępowania apelacyjnego odgrywają ponadto zasady wydawania orzeczeń kończących to postępowanie, unormowane głównie w art. 437 § 1 i 2 k.p.k. Podstawowymi sposobami zakończenia postępowania apelacyjnego jest utrzymanie zaskarżonego orzeczenia w mocy (sąd II instancji nie dokonuje wówczas w stosunku do rozstrzygnięcia pierwszoinstancyjnego żadnych zmian) albo uchylenie zaskarżonego orzeczenia. Dopiero na dalszym planie pojawia się, obwarowana różnymi obostrzeniami, możliwość zmiany zaskarżonego orzeczenia (rozstrzygnięcie reformatoryjne). Takie

rozstrzygnięcie może nastąpić jedynie wówczas, gdy „pozwalają na to zebrane dowody" (art. 437 § 2 k.p.k.). Przy czym, jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, dowody te muszą mieć „jednoznaczną wymowę, a ich ocena dokonana przez sąd I instancji jest w sposób oczywisty błędna", bo gdy takiej jednoznacznej wymowy brak, to sąd odwoławczy powinien uchylić wyrok i przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia sądowi I instancji (zob. K.T. Boratyńska [w:] K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2013, komentarz do art. 437, nb. 3 i przywołane tam orzecznictwo; a także P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, red. P. Hofmański, Warszawa 2011, komentarz do art. 437, nb. 5, gdzie szeroko wykazuje się konieczność zachowania ostrożności i wstrzemięźliwości przy orzekaniu reformatoryjnym). Należy także wskazać na art. 434 § 1 k.p.k. dopuszczający możliwość orzeczenia przez sąd odwoławczy na niekorzyść oskarżonego tylko wtedy, „gdy wniesiono na jego niekorzyść środek odwoławczy, a także tylko w granicach zaskarżenia, chyba że ustawa stanowi inaczej", a w sytuacji gdy środek odwoławczy pochodzi od oskarżyciela publicznego lub pełnomocnika – „ponadto tylko w razie stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym lub podlegających uwzględnieniu z urzędu". Przywołania wymaga również art. 439 § 1 k.p.k., który obligatoryjnie nakazuje uchylić zaskarżone orzeczenie w razie zaistnienia bezwzględnych przyczyn odwoławczych.

Przedstawiona charakterystyka postępowania apelacyjnego w kodeksie postępowania karnego nie pozostawia wątpliwości, że kształt i charakter tego postępowania nie implikuje wykształcenia się u sędziego apriorycznej opinii na temat sprawy i kierunkowego nastawienia do jej rozstrzygnięcia, bądź też kategorycznego poglądu na temat sprawstwa i winy oskarżonego. Mamy tu bowiem do czynienia z postępowaniem kontrolnym, które ogranicza się do weryfikacji trafności orzeczenia sądu I instancji i opiera się na aktach sprawy tego sądu. Sąd orzekający w postępowaniu apelacyjnym co do zasady nie rozpoznaje więc istoty sprawy karnej i nie rozstrzyga o zasadności postawionych oskarżonemu zarzutów (w doktrynie można spotkać się z twierdzeniem, że „rolą instancji odwoławczej jest nie tyle osądzenie sprawy, co osądzenie zaskarżonego orzeczenia" – P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, t. I, komentarz do art. 40, nb. 10). Wymaga przy tym podkreślenia, że właśnie taką rolę odegrał sąd II instancji w pierwszym postępowaniu apelacyjnym w sprawie skarżącego.

Mianowicie w postępowaniu tym, w którym – w ocenie skarżącego – sędziowie mieli „wyrobić sobie pogląd w sprawie", doszło do typowej kontroli orzeczenia sądu I instancji, zakończonej wydaniem rozstrzygnięcia kasatoryjnego i pozbawionej jakichkolwiek elementów reformatoryjnych dotyczących istoty sprawy.

8. Wymaga ponadto zauważenia, że gdyby zestawić sprawę rozpoznawaną przez sąd II instancji w pierwszym postępowaniu apelacyjnym, w którym doszło do uchylenia zaskarżonego wyroku sądu I instancji i przekazania mu sprawy do ponownego rozpoznania, ze sprawą rozpoznawaną w kolejnym postępowaniu apelacyjnym, to z pewnością nie będą to identyczne sprawy. Podstawowa różnica między nimi wynika już z tego, że każda z tych spraw inicjowana jest odrębnymi środkami odwoławczymi, które poprzez swój zakres i kierunek zaskarżenia oraz podniesione zarzuty, wyznaczają sądowi II instancji różne ramy procedowania w pierwszym i drugim postępowaniu apelacyjnym (zob. art. 433 § 1 k.p.k., stanowiący iż: „Sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach środka odwoławczego, a w zakresie szerszym o tyle, o ile ustawa to przewiduje"). Za każdym razem będziemy mieli więc do czynienia ze sprawą o różnych granicach, określanych każdorazowo przez podmiot występujący ze środkiem odwoławczym. Kolejnym elementem różnicującym sprawę rozpoznawaną po raz pierwszy i po raz drugi w postępowaniu apelacyjnym jest to, że za każdym razem kontroli poddawane jest inne orzeczenie sądu I instancji. Przedmiotem oceny w drugim postępowaniu apelacyjnym jest przecież nowy wyrok, wydany po ponownym rozpoznaniu sprawy przez sąd I instancji, który może zawierać inne niż poprzednio ustalenia faktyczne i oceny prawne, a także charakteryzować się innymi uchybieniami albo ich brakiem. Taki stan rzeczy będzie zresztą powodował, że środki odwoławcze inicjujące drugie postępowanie apelacyjne muszą się różnić, przynajmniej gdy chodzi o podnoszone zarzuty, od środków odwoławczych, które zainicjowały pierwsze postępowanie apelacyjne.

Powyższe uświadamia, że ustalenia i oceny sędziego sądu II instancji, który brał udział w wydaniu orzeczenia w pierwszym postępowaniu apelacyjnym, nie mogą bezpośrednio przekładać się na sposób orzekania przez tego sędziego w kolejnym postępowaniu apelacyjnym, gdyż mamy tu do czynienia z innymi sprawami, wymagającymi odrębnych ustaleń i ocen.

9. Skarżący – jak już była o tym mowa – wywodzi, że sędziowie orzekający po raz pierwszy w postępowaniu apelacyjnym, uchylając wyrok sądu I instancji i przekazując mu sprawę do ponownego rozpoznania, dali „wyraz swojemu poglądowi w sprawie (w kwestii oceny dowodów, roli oskarżonego, a w konsekwencji jego winy)" i jednocześnie przekazali sądowi I instancji „określone wytyczne odzwierciedlające zapatrywanie [...] na sprawę".

W przeprowadzonej już analizie formalnoprawnej zakwestionowano powyższe twierdzenia skarżącego jako nie znajdujące potwierdzenia w rzeczywistości. Treść uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z lutego 2012 r. przeczy bowiem temu, jakoby doszło tam do wyrażenia poglądu w sprawie sprawstwa skarżącego i jego winy. Sąd Najwyższy nie wypowiedział się również kategorycznie w kwestii wiarygodności poszczególnych dowodów i roli skarżącego w badanym stanie faktycznym.

Niezależnie od powyższych ustaleń wypada zaznaczyć, że procedujący w postępowaniu apelacyjnym sąd II instancji, który uchyla wyrok sądu I instancji i przekazuje mu sprawę do ponownego rozpoznania, w żadnym razie nie może przesądzać oceny dowodów, ani też wypowiadać się na temat sprawstwa i winy oskarżonego i czynić z tego wytycznych dla sądu I instancji. Zgodnie z art. 442 § 3 k.p.k.: „Zapatrywania prawne i wskazania sądu odwoławczego co do dalszego postępowania są wiążące dla sądu, któremu sprawę przekazano do ponownego rozpoznania". Przepis ten, jako stanowiący odstępstwo od zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego, powszechnie uznawany jest za regulację o charakterze wyjątkowym, która musi podlegać ścisłej wykładni (zob. np. Z. Świda, D. Świecki [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz on-line*, red. J. Skorupka, wyd. 15/2014, komentarz do art. 442, teza 3; wyrok SN z 19 marca 2008 r., sygn. akt II KK 347/07; postanowienie SN z 2 lutego 2009 r., sygn. akt II KK 224/08). W związku z tym powszechnie przyjmuje się, że „zapatrywania prawne" to wyłącznie poglądy na temat wykładni przepisów, a „wskazania [...] co do dalszego postępowania" to zalecenia co do trybu i celowości przeprowadzenia czynności procesowych (zob. np. K.T. Boratyńska [w:] K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 442, nb. 3; Z. Świda, D. Świecki [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 442, teza 3; wyrok SN z 19 marca 2008 r., sygn. akt II KK 347/07; postanowienie SN z 2 lutego 2009 r., sygn. akt II KK 224/08). Jednocześnie stanowczo podkreśla się m.in., że: „Sąd

odwoławczy nie ma prawa, wydając jakiekolwiek zalecenie, ograniczać zasady swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.) przez sąd I instancji, w szczególności poprzez wskazanie co do oceny dowodów" (Z. Świda, D. Świecki [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 442, teza 3); „Wytykając Sądowi Rejonowemu dowolność w ocenie niektórych dowodów, nie mógłby sąd odwoławczy narzucić innej, określonej oceny tychże dowodów, a w ślad za tym poczynienia również określonych ustaleń. Naruszyłby bowiem samodzielność jurysdykcyjną sądu pierwszej instancji i wykroczyłby poza granice uprawnień procesowych zakreślonych w art. 442 § 3 k.p.k." (postanowienie SN z 2 grudnia 2002 r., sygn. akt V KK 2/02); „Sąd odwoławczy nie ma prawa wydając zalecenie, ograniczać zasady swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.) przez Sąd I instancji, w szczególności poprzez wskazanie co do oceny dowodów. Sąd ponownie rozpoznający sprawę ma prawo do swobodnej oceny dowodów i ustalenia stanu faktycznego w oderwaniu od uprzedniego wyroku sądu I instancji, uchylonego i przekazanego do ponownego rozpoznania w następstwie wniesionej apelacji" (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 11 lutego 2004 r., sygn. akt II AKa 397/03); „Sąd I instancji miał obowiązek oceniać dowody na podstawie własnego swobodnego przekonania, z uwzględnieniem wskazań z art. 7 k.p.k., a nie na podstawie sugestii, co do kierunku ustaleń faktycznych lub, co do oceny dowodów wyrażonych w uzasadnieniu orzeczenia sądu odwoławczego. Takie sugestie nie powinny być formułowane przez sąd odwoławczy, podobnie jak swoiste «zalecenie» odmiennego niż w uchylonym orzeczeniu rozstrzygnięcia merytorycznego danej sprawy, a jeśli doszło do ich wyrażenia nie są one wiążące dla sądu, któremu przekazano sprawę do ponownego rozpoznania" (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 6 grudnia 2006 r., sygn. akt II AKa 213/06); „wskazania sądu odwoławczego co do dalszego postępowania, które nigdy nie limitują sądu I instancji w dochodzeniu do prawdy; co najwyżej, określają minimalny zakres postępowania dowodowego" (wyrok SN z 8 marca 2005 r., sygn. akt IV KK 388/04); „Formułując zapatrywania prawne sąd odwoławczy nie powinien instruować sądu I instancji w zakresie sposobu rozstrzygnięcia sprawy" (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania...*, komentarz do art. 442, nb. 11).

W świetle powyższego nie powinno ulegać wątpliwości, że – wbrew temu co wybrzmiewa ze skargi konstytucyjnej – *de lege lata* niedopuszczalna jest sytuacja, w której sąd II instancji, uchylając wyrok sądu I instancji i przekazując sprawę do

ponownego rozpoznania, przesądzałby ocenę dowodów bądź też przedstawiał wskazania co do ich oceny, a tym bardziej narzucał taką ocenę, albo nakazywał poczynienie określonych ustaleń. Wykluczone jest również, aby sąd II instancji przedstawiał wskazówki co do kierunku ustaleń faktycznych lub sugerował sposób merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Tym bardziej nie jest dopuszczalne zajmowanie przez sąd II instancji stanowiska w sprawie sprawstwa i winy oskarżonego.

10. Wobec poczynionych rozważań w konkluzji należy stwierdzić, że nie sposób podzielić stanowiska skarżącego, iż – w świetle konstytucyjnego prawa do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd – konieczne jest, aby sędzia sądu II instancji, który brał udział w wydawaniu orzeczenia uchylającego wyrok sądu I instancji i przekazującego sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania, był wyłączony z mocy prawa od ponownego orzekania w postępowaniu apelacyjnym. Takie ponowne orzekanie w postępowaniu apelacyjnym nie uchybia bowiem – co do zasady – konstytucyjnemu standardowi bezstronności.

11. *De lege lata*, jak już była o tym mowa, nie przewidziano wyłączenia sędziego z mocy prawa od udziału w postępowaniu apelacyjnym w sytuacji, gdy sędzia ten wcześniej w tym postępowaniu i w tej samej sprawie brał udział w wydaniu orzeczenia uchylającego wyrok sądu I instancji i przekazującego sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania. Nie oznacza to jednak, że sędzia taki w ogóle nie może być wyłączony od udziału w sprawie, jeśli z jakichś powodów ujawnią się uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności. Należy bowiem podkreślić, że nie ma żadnych przeszkód, aby sytuację orzekania w postępowaniu apelacyjnym przez sędziego, który orzekał wcześniej w tym postępowaniu i w tej samej sprawie o uchyleniu wyroku sądu I instancji i przekazaniu sprawy temu sądowi do ponownego rozpoznania, oceniać z perspektywy art. 41 § 1 k.p.k. (zob. np. T. Grzegorczyk [w:] T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne...*, s. 240; W. Jasiński [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 40, teza 59; postanowienie SN z 25 maja 2010 r., sygn. akt III KK 52/10). Nie może tu być oczywiście mowy o żadnym automatyzmie i generalnym przyjmowaniu, że orzekający w postępowaniu apelacyjnym sędzia, który orzekał wcześniej w tym postępowaniu i w tej samej sprawie o uchyleniu wyroku sądu I instancji i przekazaniu sprawy temu sądowi do

ponownego rozpoznania, powinien być wyłączony jako *iudex suspectus* (zob. np. postanowienie SN z 19 listopada 2009 r., sygn. akt III KK 153/09, gdzie wskazano, że „sam fakt, że sędzia uczestniczący w rozpoznaniu apelacji, w której zakwestionowano pogląd prawny Sądu pierwszej instancji, brał wcześniej udział w tej samej sprawie w wydaniu orzeczenia kasatoryjnego, w którym owo zapatrywanie prawne stanowczo wyrażano [art. 442 § 3 k.p.k.], nie stanowi okoliczności wywołującej uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności tego sędziego [art. 41 § 1 k.p.k.]"). Niewątpliwie jednak z taką kwalifikacją sędziego będziemy mieli do czynienia m.in. wtedy, gdy w uzasadnieniu orzeczenia, mocą którego uchylono wyrok sądu I instancji i przekazano sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania, wypowiedziano się na temat sprawstwa i winy oskarżonego. Sędzia sądu II instancji, wyrażając już raz swój pogląd na temat sprawstwa i winy oskarżonego w danej sprawie, przy ponownym rozpoznawaniu tej sprawy w kolejnym postępowaniu apelacyjnym, z pewnością znajduje się w okolicznościach, które mogą wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności w sprawie. Powinien on zatem zostać wyłączony z mocy art. 41 § 1 k.p.k. (w orzecznictwie i piśmiennictwie podnosi się, w odniesieniu do różnych konfiguracji procesowych, że wypowiedzenie się przez sędziego w kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego w danej sprawie, czyni uzasadnionym zastosowanie art. 41 § 1 k.p.k. w sytuacji, kiedy sędzia ten będzie ponowne rozpoznawał tę sprawę – zob. np. uchwała SN z 30 września 2003 r., sygn. akt I KZP 26/03; W. Jasiński, *Bezstronność sądu...*, s. 309).

Zaprezentowana powyżej możliwość wyłączenia sędziego od udziału w postępowaniu apelacyjnym w sytuacji, gdy sędzia ten wcześniej w tym postępowaniu i w tej samej sprawie brał udział w wydaniu orzeczenia uchylającego wyrok sądu I instancji i przekazującego sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania, jest niezwykle istotna w kontekście zagwarantowania – na poziomie kodeksu postępowania karnego – konstytucyjnego prawa do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd. Należy bowiem pamiętać, że Konstytucja – jak już była o tym mowa – nie statuuje wzorca instytucji wyłączenia sędziego i nie przewiduje prawa do określonego kształtu instytucji wyłączenia sędziego. Ustawa zasadnicza wymaga natomiast, aby ustawodawca zapewnił prawo do bezstronnego sądu, które urzeczywistnia się nie tylko poprzez wyłączenie sędziego z mocy prawa. Właściwe zagwarantowanie prawa do bezstronnego sądu w kontekście instytucji wyłączenia sędziego nakazuje, aby na poziomie ustawy umożliwić objęcie wyłączeniem

wszystkich sytuacji, które wywołują uzasadnione wątpliwości co do bezstronności. Przy czym może to następować z mocy prawa, bądź też na mocy orzeczenia sądu. Innymi słowy, rzeczą drugorzędną jest, czy w określonych sytuacjach wyłączenie sędziego będzie następowało z mocy prawa, bądź też z mocy orzeczenia sądu. Podstawowe znaczenia ma bowiem to, żeby cały system wyłączenia sędziego – operujący zarówno bezwzględnymi, jak i względnymi podstawami wyłączenia – zapewniał, że w każdej sytuacji wywołującej uzasadnione wątpliwości co do bezstronności sędziego, będzie możliwe jego odsunięcie od udziału w sprawie.

12. Mając na uwadze zarysowaną powyżej możliwość zastosowania art. 41 § 1 k.p.k. (wyłączenia z mocy orzeczenia sądu) do sędziego, który brał udział w wydaniu orzeczenia uchylającego wyrok sądu I instancji i przekazującego sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania, a obecnie ma ponownie orzekać w postępowaniu apelacyjnym w tej samej sprawie, należy zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię. Otóż – jak już była o tym szerzej mowa – w skardze konstytucyjnej wywodzi się, że sędziowie, którzy orzekali dwukrotnie w postępowaniu apelacyjnym skarżącego, orzekając w nim po raz pierwszy „wyrazili swój pogląd w sprawie". Miało to, zdaniem skarżącego, nastąpić w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z lutego 2012 r., mocą którego doszło do uchylenia wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego w W i przekazania mu sprawy do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu tym – jak wywodzi się w skardze konstytucyjnej – sędziowie wypowiedzieli się co do roli oskarżonego w zarzucanym czynie i co do jego winy.

Wskazana powyżej sytuacja, która została przedstawiona w skardze konstytucyjnej, w pełni uzasadniała złożenie przez skarżącego wniosku o wyłączenie sędziów z uwagi na uprzednie wypowiedzenie się przez nich na temat jego odpowiedzialności karnej. Tymczasem skarżący takiego wniosku nie złożył. Można zatem stwierdzić, że w postępowaniu karnym, które legło u podstaw wystąpienia ze skargą konstytucyjną, skarżący dysponował instrumentem prawnym, zapewniającym skuteczną weryfikację bezstronności sędziów orzekających w jego sprawie. Rzeczonym instrumentem było prawo procesowe do złożenia wniosku o wyłączenie tych sędziów z mocy orzeczenia sądu (art. 41 § 1 k.p.k.). Mimo to skarżący – z powodów nieznanych Sejmowi – dobrowolnie zrezygnował ze skorzystania z owego instrumentu.

W takiej sytuacji trudno twierdzić, że w toczącym się przeciwko skarżącemu postępowaniu karnym doszło do naruszenia jego prawa do bezstronnego sądu. Ustawodawca wyposażył przecież skarżącego w stosowne instrumentarium prawne, zapewniające prawo do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd, z którego jednak ten dobrowolnie zrezygnował.

13. Należy przypomnieć, że zgodnie z przedstawianym już stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego, ustawodawca, normując instytucję wyłączenia sędziego, musi respektować nie tylko konstytucyjne prawo do bezstronnego sądu, lecz również „treść innych zasad i wartości konstytucyjnych", w tym i tych, które kształtują poszczególne elementy prawa wyrażonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Jak już była o tym mowa: „Przepisy o wyłączeniu sędziego z mocy prawa mają charakter norm wyjątkowych, statuują bowiem sytuacje, które są odstępstwem od reguły, że każdy sędzia jest władny do orzekania w sprawie należącej do właściwości jego sądu" (T. Grzegorczyk [w:] T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne...*, s. 237; a także np. W. Jasiński [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 40, teza 6). Nie powinno zatem ulegać wątpliwości, że nazbyt szerokie rozbudowanie katalogu przesłanek bezwzględnego wyłączenia sędziego z mocy prawa, jak chce tego skarżący, pozostaje w kolizji z – wyrażonym w art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej – konstytucyjnym prawem do rozpatrzenia sprawy przez właściwy sąd, a więc sąd procedujący zgodnie z wyznaczoną ustawowo właściwością rzeczową, miejscową i funkcjonalną (na temat sądu właściwego w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji – zob. np. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, komentarz do art. 45, s. 4).

Należy przy tym mieć na uwadze, że poszerzenie katalogu przesłanek wyłączenia sędziego z mocy prawa, w tym o postulowaną przez skarżącego przesłankę, która w praktyce będzie zachodziła stosunkowo często, może spowodować w wypadku mniejszych sądów niemożność rozpoznania sprawy zgodnie z właściwością. Każde rozpoznanie sprawy w postępowaniu apelacyjnym będzie bowiem powodowało niemożność orzekania w tej sprawie w ponownym postępowaniu apelacyjnym przez trzech sędziów, bo w takim składzie orzeka się na rozprawie apelacyjnej (art. 29 § 1 k.p.k.). Z kolei po dwukrotnym uchyleniu wyroku sądu I instancji i przekazaniu mu sprawy do ponownego rozpoznania niezdolnych do orzekania będzie już sześciu sędziów itd.

Nie sposób również nie zauważyć, że nazbyt szerokie ujęcie katalogu przesłanek wyłączenia sędziego z mocy prawa, tworzących odstępstwo od standardowego trybu wyznaczania sędziów do sprawy i procedowania przez nich zgodnie z ich kompetencją, może powodować wydłużenie postępowania karnego i godzić w jego sprawność.

W tym kontekście warto powołać się na wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którymi: instytucja wyłączenia sędziego nie powinna przybrać takiego kształtu normatywnego, aby rodziła niebezpieczeństwo przekształcenia się w „narzędzie służące paraliżowaniu sprawności postępowania sądowego" (wyrok TK z 13 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 53/04); bardzo szerokie ujęcie ustawowych podstaw (przesłanek) wyłączenia sędziego, z jednej strony może w „sposób wzorcowy" zapewniać prawo do bezstronnego sędziego, z drugiej jednak może „przyczynić się w praktyce sądowego stosowania prawa do znacznego wydłużenia, a czasem (w wypadku mniejszych sądów) do zablokowania rozstrzygania spraw" (wyrok TK z 23 października 2006 r., sygn. akt SK 42/04).

Nie można również pominąć tego, że w doktrynie procesu karnego wskazuje się na racje, które uzasadniają ponowne orzekanie w postępowaniu apelacyjnym przez sędziów, którzy w poprzednim postępowaniu apelacyjnym w tej samej sprawie uchylili wyrok sądu I instancji i przekazali mu sprawę do ponownego rozpoznania. Mianowicie podnosi się, że: „W praktyce wyznaczanie sędziego po raz wtóry do tej samej sprawy jest nawet regułą, bowiem zakłada się, że nikt inny jak on, nie jest w stanie lepiej skontrolować, czy sąd pierwszej instancji w całej rozciągłości zastosował się do zapatrywań prawnych i wskazań udzielonych przy uchyleniu pierwszego orzeczenia (por. art. 442 § 3)" (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, t. I, komentarz do art. 40, nb. 10). Taka praktyka oceniana jest jako korzystna, gdyż sędzia – ponownie orzekający w postępowaniu apelacyjnym w tej samej sprawie – zazwyczaj skuteczniej będzie realizował czynności kontrolne odnoszące się do wyroku sądu I instancji (zob. W. Jasiński, *Bezstronność sądu...*, s. 309). To zaś niewątpliwie będzie się przekładało na większą sprawność postępowania karnego.

14. Mając to wszystko na uwadze należy stwierdzić, że art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. w zakresie, w jakim ogranicza wyłączenie sędziego z mocy prawa do sytuacji, gdy brał on udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone, umożliwiając ponowne

orzekanie w postępowaniu apelacyjnym sędziemu, który w tej samej sprawie brał już udział w wydaniu orzeczenia uchylającego wyrok sądu I instancji i przekazującego sprawę temu sądowi do ponownego rozpoznania, **jest zgodny** z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

MARSZAŁEK SEJMU

Radosław Sikorski