RENATA JAKUBOWSKA
Adwokat
K A N C E L A R I A A D W O K A C K A
Al. Jana Pawła II 34 lok 4, 00-141 Warszawa
tel.: (0 22) 624 74 70, fax.: (0 22) 624 71 54
e-mail: renata-jakubowska@wp.pl

ODPIS

Warszawa, dnia 29 marca 2013 r.

Trybunał Konstytucyjny
Al. J. Ch. Szucha 12 a
00-918 Warszawa

Skarżący: D N
zam.
reprezentowany przez:
adw. Renatę Jakubowską
(nr wpisu na listę adwokatów 2194)
Al. Jana Pawła II 34 lok.4
00-141 Warszawa

SKARGA KONSTYTUCYJNA

Na podstawie art. 79 ust.1 w zw. z art. 188 pkt 5 Konstytucji RP, w imieniu Skarżącego D N , którego pełnomocnictwo załączam, składam skargę konstytucyjną i wnoszę o stwierdzenie, że:

art. 40 § 1 pkt 7 kpk ustawy z 06.06.1997 r. *Kodeks postępowania karnego* (Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 ze zm.) 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 narusza **art. 45 ust. 1 Konstytucji RP**, a w szczególności wynikające z prawa do sądu, prawo do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd.

I. Stan faktyczny

D N został oskarżony przez Wojskową Prokuraturę Garnizonową w W o to, że:

[redacted]

[redacted]

Po rozpoznaniu sprawy w pierwszej instancji Wojskowy Sąd Okręgowy w W (sygn. akt:) wyrokiem z dnia października 2011 r. uniewinnił D N od obu zarzucanych mu w akcie oskarżenia czynów.

Wyrok uniewinniający został zaskarżony na niekorzyść D N przez prokuratora Wojskowej Prokuratury Garnizonowej w W

Sąd Najwyższy Izba Wojskowa orzekająca w sprawie niniejszej jako Sąd II instancji w składzie: SSN M P (sprawozdawca), SSN J R (przewodniczący) oraz SSN M B , uwzględniając apelację prokuratora, wyrokiem z dnia .02.2012 r. (sygn. akt:) uchylił wyrok uniewinniający D N i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania sądowi I instancji.
Z uzasadnienia w/w wyroku wynika, iż Sąd Najwyższy w powyżej wskazanym składzie dokonując oceny dowodów zgromadzonych w sprawie i formułując wnioski na temat roli oskarżonego w zarzucanych mu czynach wyraził swój pogląd w sprawie.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy przez Wojskowy Sąd Okręgowy w W wyrokiem z dnia października 2012 r. (sygn. akt:) postępowanie karne przeciwko D N zostało warunkowo umorzone na podstawie art. 66 kk na okres próby wynoszący . D N zobowiązany został również do uiszczenia świadczenia pieniężnego w wysokości zł na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej oraz uiszczenia kosztów sądowych.
Z uwagi na fakt, iż warunkowe umorzenie postępowania karnego na podstawie art. 66 kk, wiąże się ze stwierdzeniem winy oskarżonego, w/w wyrok został zaskarżony na korzyść D N przez obronę. W apelacji obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W ponownym postępowaniu apelacyjnym sprawa była rozpoznawana przez Sąd Najwyższy Izba Wojskowa w następującym składzie: SSN M P (sprawozdawca - ponownie), SSN J R (przewodniczący-ponownie) oraz SSN J S (jedyny sędzia, który orzekał po raz pierwszy w sprawie). Wyrokiem z dnia .01.2013 r. (sygn. akt:) Sąd Najwyższy nie uwzględnił apelacji obrony i utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

II. Wskazanie orzeczenia ostatecznego, z którym łączone jest naruszenie praw konstytucyjnych

Orzeczeniem ostatecznym, z którym Skarżący łączy naruszenie przysługujących mu praw konstytucyjnych jest **wyrok Sądu Najwyższego (sygn. akt:) z dnia stycznia 2013 r.** utrzymujący w mocy wyrok Wojskowego Sądu Okręgowego w W (sygn. akt:) z dnia października 2012 r., którym warunkowo umorzono postępowanie karne przeciwko D N
W/w wyrok został doręczony obrońcy D N w dniu 14 stycznia 2013 r.

W/w orzeczenie wydane zostało przez Sąd Najwyższy Izba Wojskowa orzekający jako sąd II instancji na podstawie art. 655 § 1 pkt. 1 kpk.

Sąd Najwyższy w składzie SSN J R (przewodniczący), SSN J S oraz SSN M P (sprawozdawca) oddalając wyrokiem z dnia .01.2013 r. apelację D N od wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego w W z dnia .10.2012 r. wydał **orzeczenie ostateczne**, brak jest bowiem w aktualnie obowiązującym stanie prawnym możliwości zaskarżenia w/w wyroku.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia .01.2013 r. jest prawomocny i nie może być zaskarżony ani w trybie zwykłym, ani przy zastosowaniu nadzwyczajnego środka zaskarżenia, jakim jest kasacja.
Zgodnie z art. 523 § 2 kpk kasację na korzyść można wnieść jedynie w razie skazania oskarżonego za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania.
Kasacja - zgodnie z art. 523 § 4 kpk - może być także wniesiona bez ograniczeń związanych z rodzajem wymierzonej oskarżonemu kary w razie uchybień wymienionych w art. 439 kpk (bezwzględne przyczyny odwoławcze), bądź też w razie jej wniesienia przez podmioty kwalifikowane jakimi są Prokurator Generalny, Rzecznik Praw Obywatelskich oraz Rzecznik Praw Dziecka.

W stosunku do D N Wojskowy Sąd Okręgowy w W wyrokiem z dnia .10.2012 r. ( ) warunkowo umorzył postępowanie karne, zaś wyrokiem z dnia .01.2013 r. ( ) Sąd Najwyższy przedmiotowy wyrok utrzymał w mocy, tym samym zaskarżenie w/w wyroku w trybie kasacji jest niemożliwe.
W sprawie niniejszej – w świetle aktualnie obowiązującego stanu prawnego – nie zaszły także bezwzględne przyczyny odwoławcze, które umożliwiłyby Skarżącemu skorzystanie z nadzwyczajnego środka zaskarżenia w postaci kasacji.

Orzeczeniami poprzedzającymi wydanie przez Sąd Najwyższy (sygn. akt:) wyroku z dnia .01.2013 r., mającymi znaczenie w niniejszej sprawie z uwagi na poddanie kontroli konstytucyjnej treści przepisu art. 40 § 1 pkt. 7 kpk, były następujące orzeczenia:

1) wyrok Wojskowego Sądu Okręgowego w W (sygn. akt:) z dnia października 2011 r. uniewinniający D N od popełnienia zarzuconych mu w akcie oskarżenia czynów;
2) wyrok Sądu Najwyższego (sygn. akt:) z dnia lutego 2012 r. uchylający wyrok Wojskowego Sądu Okręgowego w W (sygn. akt:) i przekazujący sprawę do ponownego rozpoznania;
3) wyrok Wojskowego Sądu Okręgowego w W (sygn. akt:) z dnia października 2012 r. warunkowo umarzający postępowanie karne wobec D N

Z wydaniem przez Sąd Najwyższy w składzie: SSN M P , SSN J R oraz SSN J S wyroku w dniu .01.2013 r. ( ) Skarżący łączy naruszenie wskazanego w niniejszej skardze, przysługującego mu w oparciu o art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, konstytucyjnego prawa do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd.
Dwóch sędziów Sądu Najwyższego: SSN M P i SSN J R orzekało już bowiem w sprawie D N w poprzednim postępowaniu apelacyjnym zakończonym wyrokiem wydanym w dniu .02.2012 r. ( ), dając wyraz swojemu poglądowi w sprawie (w kwestii oceny dowodów, roli oskarżonego, a w konsekwencji jego winy).
Tym samym Sąd Najwyższy orzekając w dwóch kolejnych postępowaniach apelacyjnych w tym samym składzie osobowym jeśli chodzi o sędziów SSN M P i SSN J R nie zapewnił Skarżącemu zachowania zasady bezstronności w kontekście zasady prawa do sądu w myśl art. 45 ust.1 Konstytucji.

III. Ustawa na podstawie której Sąd orzekł ostatecznie o prawach wnoszącego skargę - (art. 47 ust.1 pkt. 1 ustawy z dnia 1.08.1997 r. *o Trybunale Konstytucyjnym*)

Zgodnie z art. 79 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 47 ust. 1 pkt. 1 ustawy *o Trybunale Konstytucyjnym* (Dz.U. z 1997 r., Nr 102, poz. 643 ze zm) przedmiotem kontroli w trybie skargi mogą być wyłącznie przepisy, na podstawie których sąd lub organ administracji publicznej wydał ostateczne rozstrzygnięcie w sprawie konstytucyjnych praw lub wolności (np. postanowienie TK z dnia 9.11.1999 r., Ts 19/99).
Tym samym koniecznym jest istnienie związku między normą poddawaną kontroli konstytucyjnej a podstawą prawną ostatecznego orzeczenia.
Związek ten jednak nie kształtuje się jednolicie.
Najściślejszy związek występuje w przypadku zgłoszenia zarzutu niekonstytucyjności aktu normatywnego przywołanego wprost w sentencji ostatecznego orzeczenia. Istnieją też przypadki wykorzystania przez organ orzekający przy konstruowaniu orzeczenia jakiejś normy, która nie jest jednak powoływana *expressis verbis* w sentencji (wyrok TK z dnia 9.10.2001 r., SK 8/00, wyrok TK z dnia 24.04.2007 r., SK 49/05).

Istnieje też grupa przypadków charakteryzujących się luźniejszym związkiem między zaskarżoną normą a ostatecznym rozstrzygnięciem np. w sytuacjach, gdy norma, której dotyczy zarzut niekonstytucyjności została zastosowana przez organ orzekający, jako decydująca o rozstrzygnięciu kwestii ubocznej, wpadkowej, nieujawnionej w treści ostatecznego orzeczenia (wyrok TK z dnia 12.12.2005 r., SK 20/04; wyrok TK z dnia 24.07.2006 r., SK 58/03).
Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego dopuszcza także istnienie związku w rozumieniu art. 79 Konstytucji w przypadku przepisów ustrojowych i ostatecznego rozstrzygnięcia, choć niewątpliwie związek taki pozbawiony jest bezpośredniości powiązania z podstawą konkretnego rozstrzygnięcia, a niekiedy nawet bezpośredniości powiązania z wykorzystaniem normy w konkretnym postępowaniu (wyrok TK z dnia 24.10.2007 r., SK 7/06; wyrok TK z dnia 14.10.2008 r., SK 6/07).
Trybunał Konstytucyjny podkreślił, iż niekonstytucyjność przepisów ustrojowych dotyka bezpośrednio ustroju władzy sądowniczej, nie zaś przepisów materialno prawnych czy procesowych, tworzących *sensu stricto* podstawę orzeczenia w konkretnej sprawie. W takim wypadku związek zachodzący między kontrolowanymi przez Trybunał Konstytucyjny przepisami (normami) a ostatecznym orzeczeniem należy opisać przez odwołanie się do konstrukcji związku *sine qua non.* Podstawowe przepisy ustrojowe tworzą także normatywną podstawę rozstrzygnięcia.
Dotyczy to także przepisów przesądzających o składzie personalnym sądu, który wydaje ostateczne rozstrzygnięcie.

Z istnieniem tego typu związku przyczynowego mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Zarzut niniejszej skargi konstytucyjnej dotyczy bowiem 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 kpk.
Art. 40 § 1 pkt. 7 kpk jest niewątpliwie przepisem ustrojowym – określa bowiem organizację organu państwa – sądu, a konkretnie przesłanki wyłączenia sędziego ze składu sędziowskiego w postępowaniu karnym.
Zarzut skargi dotyczy zatem 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.
W sprawie niniejszej zatem rozważenia wymaga kwestia czy możliwość obsadzenia tym samym składem osobowym sądu przy kolejnym rozpoznawaniu sprawy w postępowaniu II - instancyjnym (dopuszczalna w świetle art. 40 § 1 pkt. 7 kpk) nie prowadzi do niekonstytucyjnego skutku – w tym wypadku zagrożenia bezstronności sędziowskiej i w konsekwencji do naruszenia konstytucyjnego prawa Skarżącego do bezstronnego sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji).

Niewątpliwym jest, iż w przypadku Skarżącego D N wyrok w postępowaniu apelacyjnym w dniu .01.2013 r. ( ) wydał sąd, w którego składzie zasiadało dwóch sędziów, w tym sędzia sprawozdawca, którzy już uprzednio orzekali w poprzednim postępowaniu apelacyjnym zakończonym wyrokiem z dnia .02.2012 r. ( ). Uchylając w dniu .02.2012 r. ( ) wyrok uniewinniający D N w uzasadnieniu w/w sędziowie wyrazili swój pogląd w sprawie.
Nie sposób nie zauważyć, iż ten sam skład sędziowski orzekający ponownie w przedmiotowej sprawie – tym razem na skutek apelacji obrońcy – mógł wywołać i wywołał uzasadnione

wątpliwości, co do zachowania obiektywizmu z racji - wyrażonego już przy pierwszym rozpoznaniu sprawy w postępowaniu apelacyjnym i znanego stronom - poglądu w sprawie.
Tym samym przepis art. 40 § 1 pkt. 7 kpk, choć nie stanowił podstawy ostatecznego orzeczenia w niniejszej sprawie, tj. wyroku z dnia .01.2013 r., determinując (poprzez brak obowiązku wyłączenia sędziego) skład osobowy sądu apelacyjnego wydającego w/w wyrok, miał bezpośredni wpływ na wykreowanie zagrożenia dla bezstronności sędziowskiej.
Brak obowiązku wyłączenia z mocy ustawy wobec treści art. 40 § 1 pkt. 7 kpk sędziów rozpoznających sprawę D N po raz drugi w postępowaniu apelacyjnym doprowadził do rzeczywistego naruszenia prawa Skarżącego wynikającego z art. 45 ust. 1 Konstytucji.
Mając na uwadze powyższe oraz dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, nie budzi wątpliwości, iż niniejsza skarga choć skierowana przeciwko przepisowi ustrojowemu – art. 40 § 1 pkt. 7 kpk nie wykazuje niekonstytucyjności normatywnej podstawy orzekania *in concreto,* to konstytucyjność wskazanego art. 40 § 1 pkt. 7 kpk determinująca kwestię obsady składu sędziowskiego przy kilkukrotnym rozpoznawaniu sprawy w postępowaniu apelacyjnym, może być przedmiotem kontroli w ramach postępowania zainicjowanego skargą konstytucyjną.

IV. Obowiązywanie zaskarżonych przepisów

Zaskarżony przepis Kodeksu postępowania karnego art. 40 § 1 pkt. 7 kpk został wprowadzony ustawą z dnia 6.06.1997 r. *Kodeks postępowania karnego* (Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555) i wszedł w życie w dniu 01.09.1998 r.; następnie został zmieniony przez art. 1 pkt. 13 lit. b) ustawy z dnia 10.01.2003 r. *o zmianie ustawy –Kodeks postępowania karnego, ustawy-Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych* (Dz.U. z 2003 r., Nr 17, poz. 155), zmiana weszła w życie z dniem 1.07.2003 r.

W/w zmiana polegała na skreśleniu z art. 40 § 1 pkt. 7 kpk wyrazów *„lub stwierdzono jego nieważność".*

V. Wskazanie naruszonych praw konstytucyjnych – wzorzec kontroli (art. 47 ust.1 pkt. 2 ustawy z dnia 1.08.1997 r. *o Trybunale Konstytucyjnym*).

Wydanie wyroku przez Sąd Najwyższy z dnia .01.2013 r. ( ) w składzie, w którym zasiadało dwóch sędziów orzekających już uprzednio w tej samej sprawie naruszyło prawo skarżącego o charakterze konstytucyjnym wynikające z art. 45 ust.1 Konstytucji, tj. **prawo do sądu** zapewniające każdemu prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, **bezstronny**, niezależny i niezawisły sąd (prawo do rzetelnego procesu sądowego).

Tym samym **art. 40 § 1 pkt 7 kpk** ustawy z 6.06. 1997 r. *Kodeks postępowania karnego* (Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 ze zm.) 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 narusza **art. 45 ust. 1 Konstytucji RP**, a w szczególności wynikające z prawa do sądu, prawo do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd.

Nie budzi wątpliwości w świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, iż art. 45 ust. 1 Konstytucji może stanowić samodzielny wzorzec kontroli, gdyż przepis ten wyraża konstytucyjne prawo podmiotowe (prawo do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny Sąd), którego ochronie służy skarga konstytucyjna.

Trybunał Konstytucyjny analizował znaczenia art. 45 ust. 1 Konstytucji w szeregu orzeczeń. W świetle ustabilizowanego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego prawo do sądu obejmuje w szczególności:

1) prawo dostępu do sądu tj. prawo do uruchomienia postępowania przed sądem,
2) prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności;
3) prawo do wyroku sądowego (wyrok TK z dnia 6.12.2004 r., SK 29/2004),
4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organu rozpoznającego sprawę (wyrok TK z dnia 18.07.2011 r., SK 10/10).

Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że wszelkie sprawy w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji powinny być rozpatrywane przez sądy spełniające wymogi: właściwości, niezależności, bezstronności i niezawisłości.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wypowiadał się na temat instytucji wyłączenia sędziego, jako jednego z rozwiązań składających się na szczegółowy, proceduralny aspekt prawa do sądu – bezstronność sędziowską (wyrok TK z dnia 16.03.1999 r., SK 19/98; wyrok TK z dnia 11.12.2002 r., SK 27/01; wyrok TK z dnia 26.06.2006 r., SK 55/05; wyrok TK z dnia 20.07.2004 r., SK 19/02; wyrok TK z dnia 24.06.2008 r., P 8/07).

Trybunał Konstytucyjny w dotychczasowym orzecznictwie uznaje, iż naruszenie obowiązku bezstronności stanowi szczególnie drastyczną postać sprzeniewierzenia się obowiązkom, jakie łączą się z zasadą niezawisłości (wyrok TK z dnia 24.06.1998 r., K 3/98).

Ratio legis przepisów o wyłączeniu sędziego jest *„oczywista i sprowadza się do eliminowania wszelkich przyczyn, mogących skutkować w otoczeniu jakimikolwiek wątpliwościami co do bezstronności i obiektywizmu sędziego w rozpoznawaniu określonej sprawy* (wyrok TK z dnia 20.07.2004 r., SK 19/02). Instytucja wyłączenia sędziego pozostaje w ścisłym związku z niezależnością i bezstronnością sądu, a wartości te, obok niezawisłości sędziowskiej, określają najważniejsze cechy charakteryzujące funkcje sądów jako instytucji sprawujących wymiar sprawiedliwości.

Instytucja wyłączenia sędziego służy nie tylko umacnianiu bezstronności i niezawisłości sądu, lecz także podnoszeniu autorytetu wymiaru sprawiedliwości (wyrok TK z dnia 20.07.2004 r., SK 19/02).

Ważnym elementem orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na tle przepisów dotyczących wyłączenia sędziego była systematyka przesłanek zastosowania tej instytucji. Trybunał Konstytucyjny podkreślał odmienność konstrukcji wyłączenia sędziego z powodu przesłanek bezwzględnych, które powodują, że sędzia z mocy samej ustawy jest wyłączony od orzekania

(*iudex inhabilis*) oraz przesłanek względnych, które mogą powodować wyłączenie sędziego jedynie na wyraźne żądanie sędziego lub na wniosek strony (*iudex suspectus*) (wyrok TK z dnia 13.12.2005 r., SK 53/04).

W przypadku przesłanek wyłączenia o charakterze bezwzględnym celem regulacji jest ochrona bezstronności sędziego i eliminacja wpływu, jaki może wywierać występowanie pewnej kategorii powiązań (osobistych, służbowych itp.) na orzekanie w postępowaniu sądowym na każdym jego etapie, przy czym powiązania są tego rodzaju, że – niezależnie od odczuć osób występujących w konkretnej sprawie i od rzeczywistej sytuacji - dobro wymiaru sprawiedliwości wymaga bezwzględnego wyłączenia sędziego (wyrok TK z dnia 13.12.2005 r., SK 53/04). W przypadku przesłanek bezwzględnych nie ulega bowiem wątpliwości, że istnienie relacji osobistej, w tym więzów osobistych bądź zaangażowania zawodowego osoby mającej orzekać, może, choć nie musi, oznaczać brak bezstronności i obiektywizmu. Choć trudno zakładać apriorycznie istnienie takiej zależności, to jednak prawdopodobieństwo jej wystąpienia jest na tyle duże, iż wymaga każdorazowo wykluczenia takiej osoby od orzekania w sprawie, a więc niezależnie od tego, jak faktycznie mogłaby się kształtować ocena subiektywnej bezstronności wobec stron i uczestników postępowania - sędziego orzekającego w konkretnej sprawie.

Wyłączenie sędziego służyć ma także realizacji zewnętrznych znamion niezawisłości.

Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 20.07.2004 r. (SK19/02): *„Nakaz zachowania zewnętrznych znamion niezawisłości dowodzi, że ważne jest 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. Jeśli zatem aprobowałoby się możliwość orzekania w kolejnych stadiach postępowania przez sędziego, który w ten sposób kontrolowałby swoje własne rozstrzygnięcie, nie utrwalałoby to obrazu sądu jako działającego w warunkach bezstronności. Instytucja wyłączenia sędziego (zarówno z urzędu, jak i na jego własny wniosek) w równej mierze służy zapewnieniu realnej bezstronności sądu, jak i umacnianiu autorytetu wymiaru sprawiedliwości przez usuwanie choćby pozorów braku bezstronności".*

Wskazać należy także, iż problematyka prawa do rzetelnego procesu, w tym kwestia bezstronności sędziowskiej, poruszana była niejednokrotnie przez Europejski Trybunału Praw Człowieka w orzeczeniach dotyczących art. 6 *Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.*

W orzeczeniu *Schmidt v .Austria z dnia 9.12.1987 r.(skarga nr 11831/85, DR 54/144)* Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazał: *„Bezstronność sądu może być zagrożona, jeżeli sędzia bierze udział w różnych następujących po sobie stadiach postępowania w tej samej sprawie".*

W orzeczeniu *Castillo Algar v. Hiszpania z dnia 28.10.1998 r.(RJD 1998-VIII, par.44)* Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazał: *„Przy ocenie, czy w konkretnej sprawie istnieje uprawniony powód do obaw, że określonemu sędziemu brakuje bezstronności, punkt*

widzenia oskarżonego jest ważny, ale nie rozstrzygający. Decydujące jest, czy obawę tę można uznać za obiektywnie uzasadnioną".

Tezy wyrażone przez Europejski Trybunał Praw Człowieka mają również znaczenie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym, ponieważ art. 45 ust. 1 Konstytucji RP uwzględnia zasady wyrażone w art. 6 *Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* (wyrok TK z dnia 20.07.2004 r., SK 19/02; wyrok TK z dnia 17.12.2003 r., SK 15/02).

Instytucja wyłączenia sędziego w procedurze karnej.

Instytucję wyłączenia sędziego w Kodeksie postępowania karnego regulują art. 40-42 kpk. Ustawodawca wyróżnił dwie sytuacje wyłączenia sędziego. Pierwsza z nich (art. 40 kpk) zawiera przesłanki bezwzględne wyłączenia sędziego z mocy samej ustawy (*iudex inhabilis*), druga (art. 41 kpk) dotyczy wyłączenia sędziego na jego żądanie bądź na wniosek strony (*iudex suspectus*).

Wśród przesłanek bezwzględnych regulujących wyłączenie sędziego od orzekania z mocy samej ustawy jest określona w art. 40 § 1 pkt 7 kpk przesłanka wyłączająca *ex lege* sędziego od orzekania w sprawie jeżeli: *„brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone".*

Z treści przepisu art. 40 § 1 pkt 7 kpk *expressis verbis* wynika, iż sędzia jest wyłączony z mocy samej ustawy z udziału w sprawie wówczas, gdy brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone. Zakaz ten nie dotyczy jednak sędziów, którzy – jak miało to miejsce w niniejszej sprawie - kilkakrotnie orzekali w danej sprawie w II instancji, w sytuacji gdy wydane przez nich orzeczenia nie zostały uchylone.

Z treści w/w przepisu wynika zatem, iż w przypadku sędziów orzekających w II instancji obowiązek wyłączenia z mocy prawa nastąpiłby dopiero wówczas, gdyby wydane przez nich orzeczenie zostało uchylone w trybie np. kasacji. W takiej sytuacji bowiem przy ponownym rozpoznaniu sprawy w II instancji nie mogliby uczestniczyć sędziowie, którzy wydali wyrok, który został uchylony.

W sytuacji jednak, w której sąd orzeka w II instancji kilkakrotnie w tej samej sprawie i w tym samym składzie nie zachodzi bezwzględna przyczyna wyłączenia sędziego, skoro żaden z wyroków wydanych przez sąd w II instancji (najczęściej z przyczyn obiektywnych) nie został uchylony.

Treść zakwestionowanego przepisu art. 40 § 1 pkt 7 kpk jest jednoznaczna, tak też jest rozumiana przez sądy stosujące prawo.

Dla przykładu w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 25.05.2010 r. (III KK 52/10) stwierdzono: *„zakaz, o którym mowa w art. 40 § 1 pkt 7 kpk nie może być rozciągany na sędziów, którzy kilkakrotnie orzekali w danej sprawie w drugiej instancji, w sytuacji gdy wydane przez nich orzeczenia nie zostały uchylone".* W uzasadnieniu w/w postanowienia Sąd Najwyższy zauważył, iż: *„ z treści przepisu art. 40 § 1 pkt 7 kpk (...) jednoznacznie wynika, że 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 kilkakrotnie orzekali w danej sprawie w drugiej instancji, w sytuacji gdy wydane przez nich orzeczenia nie zostały uchylone. (...) wymienione w art. 40 § 1 kpk przesłanki wyłączenia sędziego z mocy prawa nie mogą być uzupełniane w drodze wykładni. Katalog przyczyn wyłączających sędziego z mocy prawa od rozpoznania sprawy ma charakter zamknięty, wykluczona jest możliwość wyłączenia sędziego z mocy prawa z innych niż wskazane w art. 40 § 1 kpk powodów."

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż zarzucana niekonstytucyjność niewątpliwie wiąże się z samą treścią zaskarżonego przepisu, nie zaś jego błędną wykładnią. Stan naruszenia konstytucyjnych praw Skarżącego jest zatem bezpośrednim i wyłącznym rezultatem obowiązujących norm prawnych.

Jeśli chodzi o wykładnię terminu *„brał udział w wydaniu orzeczenia"*, to w orzecznictwie jednolicie przyjmuje się, iż przez *„udział w wydaniu orzeczenia"*, należy rozmieć uczestniczenie w procesie podejmowania decyzji w składzie organu orzekającego. Podkreśla się, iż ta przyczyna wyłączenia opiera się na oczywistym założeniu, że nie można byłoby od nikogo wymagać zachowania obiektywizmu, gdyby przyszło mu orzekać w kwestii zasadności wydanego przez siebie orzeczenia (*vide:* uzasadnianie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 1.10.2009 r., II K 52/09, wyrok TK z dnia 14.10.2008 r., SK 6/07).

Istotę skargi konstytucyjnej wniesionej w sprawie niniejszej można sprowadzić do pytania, 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.

Zdaniem Skarżącego, 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.

Sprawa niniejsza obrazuje, iż istnieją uzasadnione wątpliwości co do bezstronności sędziego (w tym przypadku dwóch sędziów składu orzekającego, a w szczególności sędziego sprawozdawcy) rozpoznającego sprawę D N ponownie w II instancji.

Wyrokiem Wojskowego Sądu Okręgowego w W ( ) z dnia .10.2011 r. D N został uniewinniony od popełnienia zarzucanych mu w akcie oskarżenia czynów.

W wyniku zaskarżenia przez prokuratora przedmiotowego wyroku na niekorzyść oskarżonego, Sąd Najwyższy Izba Wojskowa w składzie SSN J R (przewodniczący), SSN M B oraz co najistotniejsze SSN M P (sprawozdawca) uchylił wyrok uniewinniający oskarżonego. W uzasadnieniu wyroku sąd II instancji we wskazanym wyżej składzie wyraził swój pogląd w przedmiotowej sprawie stwierdzając m.in.: *„(...) dokładna analiza innych fragmentów relacji wskazanych świadków (...) uprawnia do powzięcia istotnych wątpliwości co do ustaleń Sądu o stopniu zainteresowania oskarżonego sprawą (...) oraz wywodów w sferze świadomości*

oskarżonego co do realizacji znamion zarzucanych czynów" oraz *„ z dowodów tych zdaje się wynikać, że sprawa nie była sprawą błahą, skoro zajmowały się nią co najmniej cztery osoby, temat ten był poruszany podczas odpraw służbowych, kontakt świadka K.K z oskarżonym w przedmiocie tej sprawy nie ograniczył się do jednego spotkania, oskarżony był zorientowany, iż sprawa dotyczyła jego prawidłowego zaewidencjonowania w dokumentach magazynowo –księgowych, w sytuacji gdy ten pozostawał poza terenem jego jednostki oraz, że wydał polecenia, a nie ograniczył się jedynie do przekazania sugestii obu swoim podwładnym co do sposobu rozwiązania tego problemu".*

Z uzasadnienia wyroku z dnia .02.2012 r. ( ) nie sposób nie wyprowadzić wniosku, iż Sąd Najwyższy wyraził swoje zapatrywanie w kwestii winy oskarżonego D N , oraz że nie było to zapatrywanie dla oskarżonego korzystne.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, przy uwzględnieniu wytycznych wskazanych przez Sąd II instancji, Wojskowy Sąd Okręgowy w W (sygn. akt:) w dniu .10.2012 r. wydał wyrok warunkowo umarzający postępowanie karne przeciwko D N

Jako, że warunkowe umorzenie postępowania, regulowane w art. 66 Kodeksu karnego, wiąże się ze stwierdzeniem winy oskarżonego, apelacja od w/w wyroku wywiedziona została przez obrońcę oskarżonego.

Ponowne rozpoznanie sprawy przed Sądem II instancji miało miejsce przed następującym składem sędziowskim: SSN M P (sprawozdawca), SSN J R (przewodniczący) oraz SSN J S

W/w składzie zatem zasiadało dwóch sędziów - przy czym co bez wątpienia bardzo istotne sędzią sprawozdawcą był w obu przypadkach SSN M P - rozpoznających już przedmiotową sprawę przy pierwszym zaskarżeniu, o ugruntowanym poglądzie. Taka obsada składu sędziowskiego uniemożliwiała nawet teoretycznie przegłosowanie wyroku przez trzeciego sędziego ze składu, będącego jedynym sędzią orzekającym po raz pierwszy w przedmiotowej sprawie.

Taki skład sędziowski powodował, iż w istocie dwóch członków składu: SSN M P oraz SSN J R kontrolowali wykonanie przez Sąd I instancji wydanego przez nich przy pierwszym rozpoznaniu sprawy orzeczenia, w którym wyrazili swój pogląd w niniejszej sprawie.

Ratio legis zakwestionowanego przepisu art. 40 § 1 kpk jest eliminowanie wszelkich przyczyn, mogących skutkować w otoczeniu jakimikolwiek wątpliwościami co do bezstronności i obiektywizmu sędziego w rozpoznawaniu określonej sprawy.

Nie sposób nie zauważyć, że wątpliwości takie mogą powstać w takim wypadku, jak w sprawie niniejszej.

Jak podnosi się w doktrynie, z obiektywnego punktu widzenia za stronniczy może być uznany sąd, w którego składzie zasiada sędzia, który uczestniczył we wcześniejszej fazie postępowania i z tej racji mógł nabrać wewnętrznego przekonania co do oceny dowodów i

okoliczności faktycznych (tak: Z.Czeszejko – Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Państwo i Prawo 1997, z.11-12, str. 100).

W okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób zaprzeczyć, iż sędziowie SSN M P oraz SSN J R orzekali już uprzednio w niniejszej sprawie na etapie rozpoznawania niniejszej sprawy po raz pierwszy w postępowaniu przed sądem II instancji wyrabiając sobie określony pogląd zarówno co do dowodów zgromadzonych w sprawie, jak i co do winy oskarżonego, czemu zresztą dali wyraz w uzasadnieniu wyroku z dnia .02.2012 r. ( ) uchylającego wyrok uniewinniający i przekazujący sprawę do ponownego rozpoznania.

Rozpoznając zatem sprawę D N w postępowaniu apelacyjnym po raz kolejny w dniu .01.2013 r. ci sami sędziowie dokonali oceny tych samych okoliczności i dowodów przez pryzmat wyrobionego już poglądu w sprawie.

Nie sposób w tej sytuacji przyjąć, iż brak jest podstaw do powzięcia wątpliwości co do bezstronności w/w sędziów przy ponownym - tym razem na skutek apelacji obrony - rozpoznawaniu w II instancji niniejszej sprawy.

Poglądy wyrażone przez w/w sędziów przy pierwszym rozpoznaniu sprawy przed sądem II instancji nie pozostały bez wpływu na ocenę dokonaną przy ponownym rozpoznaniu sprawy w postępowaniu apelacyjnym, na co zresztą wskazuje porównanie treści sentencji i uzasadnień wyroków wydanych przez Sąd Najwyższy w dniu .02.2012 r. ( ) oraz w dniu .01.2013 r. ( ).

Wątpliwości zatem Skarżącego co do zachowania obiektywizmu przy ponownym rozpoznaniu jego sprawy przez Sąd II instancji są w pełni uzasadnione.

Do rozważenia pozostaje kwestia, czy w przypadku opisanym w niniejszej skardze konstytucyjnej, dla zagwarantowania skarżącemu bezstronności sędziowskiej nie jest wystarczająca instytucja wyłączenia sędziego na wniosek strony lub z urzędu uregulowana w art. 41 § 1 kpk *(iudex suspectus).*

Mając na uwadze zarówno wagę konstytucyjnego prawa do bezstronnego sądu określonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji, jaki i fakt, iż w przypadku instytucji wyłączenia sędziego w trybie art. 41 § 1 kpk wniosek o wyłączenie sędziego może lecz nie musi zostać uwzględniony (art. 42 kpk), a także dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w tej kwestii, stwierdzić należy, iż zagrożenie wystąpienia braku bezstronności sędziowskiej z uwagi na wcześniejsze wyrażenie przez sędziego orzekającego swojej opinii w sprawie, jest na tyle duże, iż powinno ono zostać uregulowane wśród przesłanek bezwzględnych *(iudex inhabilis).*

Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 13.12.2005 r. (SK 53/04) o potrzebie zastosowania instytucji wyłączenia sędziego nie może decydować jedynie zasadność *in casu* zarzutu braku obiektywizmu z punktu widzenia konkretnego sędziego, ale ocena czy dla postronnego obserwatora zachodzą wystarczające okoliczności, które mogą budzić wątpliwości co do bezstronności sędziego.

Przytoczyć w tym miejscu należy także stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w wyroku z dnia 14.10.2008 r., SK 6/07 dotyczącego dopuszczalności orzekania przez tego samego sędziego sądu administracyjnego w postępowaniu „zwykłym" oraz w postępowaniu dotyczącym wznowienia tego postępowania. W uzasadnieniu w/w wyroku Trybunał Konstytucyjny wskazał: *„W opinii Trybunału Konstytucyjnego okoliczność tę należy zaliczyć do bezwzględnych przesłanek wyłączenia sędziego, która zawsze i a priori powinna ze względu na swoją wagę powodować wyłączenie sędziego z mocy ustawy. Potencjalne zagrożenie dla bezstronności sędziowskiej w opisywanej sytuacji jest bowiem tego typu, że niezależnie od faktycznych okoliczności danej sprawy – może wzbudzać uzasadnione wątpliwości co do obiektywizmu sędziego. Potraktowanie jej jako okoliczności „tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności w danej sprawie", przy równoczesnym uzależnieniu wyłączenia sędziego od inicjatywy samego zainteresowanego lub stron postępowania (...), nie byłaby wystarczającą gwarancją prawa do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd".*

O dużym znaczeniu bezwzględnych przesłanek wyłączenia sędziego jako gwarancji zachowania zarówno wewnętrznych i zewnętrznych znamion bezstronności sądu świadczy fakt, iż uchybienie obowiązkowi wyłączenia sędziego, podlegającego wyłączeniu z mocy ustawy (art. 40 kpk) stanowi jedną z bezwzględnych przyczyn odwoławczych w postępowaniu apelacyjnym skutkującą obligatoryjnym uchyleniem dotkniętego taką wadą orzeczenia (art. 439 § 1 pkt. 1 kpk). Uchybienia w zakresie wyłączenia sędziego mogą stanowić także podstawę kasacji (art. 523 kpk).

Ewentualne uchybienia w zakresie wyłączenia sędziego mogą zatem prowadzić do unicestwienia rezultatów postępowania sądowego i to przy wykorzystaniu najsilniejszych środków procesowych. W konsekwencji (z uwagi na skutki) powinno to także rzutować na wymagany standard procedury orzekania w tych sprawach (wyrok TK z dnia 2.06.2010 r., SK 38/09).

Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż orzekanie w sprawie skarżącego przez tych samych sędziów w dwóch kolejnych postępowaniach apelacyjnych z obiektywnego punktu widzenia może rodzić obawy co do ich bezstronności.

Nie da się bowiem racjonalnie uzasadnić, że potencjalne wątpliwości co do bezstronności dwóch sędziów (w tym sprawozdawcy) przy ponownym rozpoznaniu sprawy w dniu .01.2013 r. nie zaistniały, skoro sędziowie ci orzekali już uprzednio w tej sprawie w dniu .02.2012 r. i uchylając wyrok uniewinniający oskarżonego wyrazili swój pogląd w sprawie.

Podstawowym zaś celem instytucji wyłączenia sędziego w trybie przepisu art. 40 § 1 kpk *(iudex inhabilis)* jest wyeliminowanie od orzekania tego sędziego, który ma już wyrobiony pogląd w konkretnej sprawie.

Art. 40 § 1 pkt 7 kpk w obecnie obwiązującym brzmieniu zezwala na utworzenie kilkukrotnie tego samego składu sądu orzekającego w tej samej sprawie w postępowaniu II instancyjnym, powodując sytuację w której obiektywizm sędziowski jest zagrożony, co jest widoczne nawet dla postronnego obserwatora.

W/w zagrożenia dla bezstronności sędziowskiej nie eliminuje ani wspomniany wyżej przepis art. 42 § 1 kk (z uwagi na brak obowiązku wyłączenia sędziego), ani też wyrażony wprost w art. 40 § 1 pkt 7 kpk zapis, iż obowiązek wyłączenia sędziego z mocy ustawy (w tym sędziów orzekających w II instancji) istnieje w razie wydania przez nich orzeczenia, które zostało następnie uchylone. Nie budzi bowiem wątpliwości, iż nie zawsze istnieje możliwość zaskarżenia orzeczenia sądu II instancji kasacją, której uwzględnienie skutkujące uchyleniem wyroku, spowodowałoby niemożność ponownego orzekania w sądzie II instancji tego sędziego, który wydał wyrok uchylony.

Jak wskazano wyżej w sprawie niniejszej kasacja z uwagi na treść art. 523 § 2-4 kpk w ogóle nie przysługuje, nie istniała więc nawet potencjalna możliwość wyeliminowania od orzekania sędziów II instancji.

W efekcie w wyniku wydania - w oparciu o art. 40 § 1 pkt 7 kpk - w dniu .01.2013 r. ( ) wyroku przez skład sędziowski orzekający w II instancji po raz kolejny w sprawie D N , prawo Skarżącego D N wynikające z art. 45 ust. 1 Konstytucji, tj. prawo do bezstronnego sądu, zostało naruszone.

Mając powyższe na względzie wnoszę o orzeczenie jak w *petitum* niniejszej skargi konstytucyjnej.

Na podstawie art. 24 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 1.08.1997 r. *o Trybunale Konstytucyjnym* oraz § 2 ust. 1,2,3 oraz § 13 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. *w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu* wnoszę o zasądzenie od Sejmu Rzeczpospolitej Polskiej kosztów postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, w tym kosztów reprezentowania skarżącego D N przez adwokata wnoszącego skargę konstytucyjną.

adw. Renata Jakubowska

Załączniki:

1. pełnomocnictwo dla adw. Renaty Jakubowskiej wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. odpis wyroku Sądu Najwyższego z dnia .01.2013 r. ( ) z uzasadnieniem,
3. kopia wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego w W z dnia .10. 2012 r. ( ) z uzasadnieniem,
4. kopia wyroku Sądu Najwyższego z dnia .02.2012 r. ( ) z uzasadnieniem,
5. kopia wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego w W z dnia .10. 2011 r. ( ) z uzasadnieniem
6. pięć egzemplarzy skargi konstytucyjnej z załącznikami.