RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 25 marca 2014 r.

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY
KANCELARIA
wpl. dnia 26. 03. 2014
L.dz. ..... L. zał. .....

PG VIII TK 126/13
SK 66/13

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku ze skargą konstytucyjną D N. 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"

– na podstawie art. 33 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.) –

przedstawiam następujące stanowisko:

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 pomija jako podstawę wyłączenia z mocy prawa sędziego od udziału w orzekaniu w postępowaniu odwoławczym jego wcześniejszy udział w orzekaniu, w tej samej sprawie, w drugiej instancji, ograniczając wyłączenie sędziego z urzędu do tych spraw, w których brał on udział w wydaniu orzeczenia,

które zostało uchylone, jest zgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Uzasadnienie

Pełnomocnik skarżącego D N. wniósł skargę konstytucyjną na podstawie następującego stanu faktycznego i prawnego.

Prokurator Wojskowej Prokuratury Garnizonowej w W oskarżył D N. o to, że w bliżej nieustalonym dniu grudnia 2007 r. dopuścił się dwóch przestępstw stypizowanych w art. k.k. w zw. z art. k.k. w zw. z art. k.k. w zw. z art. k.k.

Wyrokiem z dnia października 2011 r., sygn. akt , Wojskowy Sąd Okręgowy w W uniewinnił D N. od popełnienia obu zarzucanych mu występków.

Powyższy wyrok został zaskarżony apelacją wniesioną przez prokuratora Wojskowej Prokuratury Garnizonowej w W , na niekorzyść oskarżonego.

Sąd Najwyższy, orzekając w przedmiotowej sprawie jako instancja odwoławcza, uwzględniając apelację wniesioną przez prokuratora, wyrokiem z dnia lutego 2012 r., sygn. akt , uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał Wojskowemu Sądowi Okręgowemu w W do ponownego rozpoznania.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy, Wojskowy Sąd Okręgowy w W , wyrokiem z dnia października 2012 r., sygn. akt , postępowanie karne przeciwko D N. warunkowo umorzył, wyznaczając oskarżonemu okres próby w wymiarze Oskarżony został

także zobowiązany do uiszczenia świadczenia pieniężnego w wysokości złotych na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej i do pokrycia kosztów sądowych.

Powyższy nieprawomocny wyrok został ponownie zaskarżony apelacją, tym razem wniesioną przez obrońcę oskarżonego, na jego korzyść.

Wyrokiem z dnia stycznia 2013 r., sygn. akt , Sąd Najwyższy, działając jako sąd II instancji, na podstawie art. 655 § 1 pkt 1 k.p.k., utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, a kosztami sądowymi postępowania odwoławczego obciążył oskarżonego.

Odpis powyższego wyroku został doręczony obrońcy D N. w dniu 14 stycznia 2013 r.

Skarżący wskazał, że naruszenie przysługujących mu konstytucyjnych praw i wolności łączy z powołanym ostatecznym wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia stycznia 2013 r., sygn. akt , utrzymującym w mocy wyrok Wojskowego Sądu Okręgowego w W z dnia października 2012 r., sygn. , na mocy którego postępowanie karne przeciwko D N. zostało warunkowo umorzone.

W *petitum* skargi konstytucyjnej wniesiono o stwierdzenie niezgodności art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP.

Zdaniem Skarżącego, Sąd Najwyższy, wydając w dniu stycznia 2013 r. wyrok w sprawie o sygnaturze , naruszył, wynikające z art. 45 ust. 1 Konstytucji, prawo Skarżącego do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd. Skarżący zwrócił przy tym uwagę, że dwóch z trzech sędziów Sądu Najwyższego, którzy wydali wyrok z dnia stycznia 2013 r., orzekało już w poprzednim postępowaniu apelacyjnym zakończonym wyrokiem z dnia lutego 2012 r., sygn. , a uchylając uniewinniający D N. wyrok Wojskowego Sądu Okręgowego w W z dnia października 2011 r., sygn. akt , oraz przekazując sprawę temu samemu sądowi do

ponownego rozpoznania, dali już wyraz swojemu poglądowi na temat zasadności oskarżeń skierowanych wobec oskarżonego. Jednocześnie przepis art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. nakazuje wyłączenie z urzędu sędziego od udziału w sprawie jedynie, gdy brał on udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone. Tym samym, zgodnie z prawem, istnieje możliwość kilkukrotnego orzekania przez tego samego sędziego w tej samej sprawie w instancji odwoławczej.

W treści skargi konstytucyjnej D N. zwrócił uwagę na wymogi formalne jej dotyczące.

Przede wszystkim zauważył, że wyrok Sądu Najwyższego z dnia stycznia 2013 r. jest orzeczeniem ostatecznym w rozumieniu art. 47 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, brak jest bowiem w aktualnym stanie prawnym możliwości jego zaskarżenia, również w trybie nadzwyczajnym na podstawie kasacji.

Skarżący zwrócił przy tym uwagę, iż, zgodnie z art. 523 § 2 k.p.k., kasację na korzyść można wnieść jedynie w razie skazania oskarżonego za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Przepis ten w sposób oczywisty nie może mieć zastosowania w realiach niniejszej sprawy, w sytuacji, gdy postępowanie wobec skarżącego zostało prawomocnie warunkowo umorzone.

Skarżący zauważa także, iż, zgodnie z brzmieniem przepisu art. 523 § 4 k.p.k., kasacja może być wniesiona bez ograniczeń, związanych z rodzajem wymierzonej oskarżonemu kary, w razie wystąpienia uchybień wymienionych w art. 439 § 1 k.p.k. bądź też w razie jej wniesienia przez podmioty kwalifikowane, jakimi są: Prokurator Generalny, Rzecznik Praw Obywatelskich oraz Rzecznik Praw Dziecka. Jednakże, mając na uwadze fakt, że nie została orzeczona wobec niego bezwzględna kara pozbawienia wolności, wyrok o warunkowym umorzeniu wobec niego postępowania karnego został utrzymany

w mocy przez Sąd Najwyższy, a w sprawie nie zaistniały bezwzględne przyczyny odwoławcze z art. 439 § 1 k.p.k., zaskarżenie prawomocnego rozstrzygnięcia w trybie kasacji nie jest możliwe, a w związku z tym w sposób ostateczny rozstrzygnęło ono o jego wolnościach i prawach konstytucyjnych.

Skarżący zauważył także, iż, zgodnie z art. 79 ust. 1 Konstytucji oraz art. 47 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, przedmiotem kontroli w trybie skargi mogą być wyłącznie przepisy, na podstawie których sąd lub organ administracji publicznej wydał ostateczne rozstrzygnięcie w sprawie konstytucyjnych praw i wolności skarżącego. Tym samym konieczne jest istnienie związku między normą poddawaną kontroli konstytucyjnej a podstawą prawną ostatecznego rozstrzygnięcia.

Skarżący przyznał, iż wyrok Sądu Najwyższego z dnia stycznia 2013 r., który orzekał jako instancja odwoławcza, wydany został na podstawie art. 655 § 1 pkt 1 k.p.k., przedmiotem kontroli Skarżący uczynił natomiast przepis art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. Jednakże zauważył przy tym, że związek pomiędzy normą poddawaną kontroli konstytucyjnej a podstawą prawną ostatecznego rozstrzygnięcia nie kształtuje się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jednolicie.

Zdaniem Skarżącego, orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego dopuszcza także istnienie związku, w rozumieniu art. 79 ust. 1 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. Skarżący podniósł przy tym, że, w ocenie Trybunału Konstytucyjnego, niekonstytucyjność przepisów ustrojowych dotyka bezpośrednio ustroju władzy sądowniczej, nie zaś przepisów materialnoprawnych 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. W ocenie Skarżącego, dotyczy to także przepisów przesądzających o składzie personalnym sądu, który wydaje ostateczne rozstrzygnięcie.

Zdaniem Skarżącego, z istnieniem tego typu związku przyczynowego mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Zarzut niniejszej skargi konstytucyjnej dotyczy bowiem udziału tych samych sędziów w dwóch kolejnych postępowaniach przed sądem II instancji, co jest dopuszczalne w aktualnym stanie prawnym na podstawie art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. Jak twierdzi Skarżący, powyższy przepis 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 dania temu wyrazu w pierwszym rozstrzygnięciu, nie dają gwarancji bezstronności przy jej ponownym rozpoznawaniu w postępowaniu apelacyjnym. W sprawie niniejszej zatem, zdaniem Skarżącego, rozważenia wymaga kwestia, czy możliwość obsadzenia tym samym składem osobowym sądu przy kolejnym rozpoznawaniu sprawy w postępowaniu drugoinstancyjnym 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).

W ocenie Skarżącego, sędziowie Sądu Najwyższego, uchylając w dniu lutego 2012 r. wyrok uniewinniający D N. od popełnienia zarzucanych mu przestępstw i przekazując sprawę do ponownego rozpoznania sądowi I instancji, w uzasadnieniu wydanego orzeczenia wyrazili swój pogląd w sprawie.

Nie sposób przy tym nie zauważyć, iż prawie ten sam skład sędziowski (dwóch sędziów Sądu Najwyższego wydających ostateczne orzeczenie z dnia stycznia 2013 r. orzekało już w tej sprawie, wydając w dniu lutego 2012 r. wyrok o sygnaturze), orzekający ponownie w przedmiotowej sprawie, 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 - w przekonaniu Skarżącego - przepis art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., chociaż nie stanowił podstawy ostatecznego rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, to jest wyroku z dnia stycznia 2013 r., determinując - poprzez brak obowiązku wyłączenia sędziego - skład osobowy sądu odwoławczego wydającego powyższy wyrok, miał bezpośredni wpływ na wykreowanie zagrożenia dla bezstronności sędziowskiej.

Skarżący, powołując się na stosowne orzecznictwo, zwrócił uwagę, iż Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wypowiadał się już na temat instytucji wyłączenia sędziego jako jednego z rozwiązań składających się na szczegółowy, proceduralny aspekt prawa do sądu – bezstronność sędziowską. Zgodnie z tym orzecznictwem, naruszenie obowiązku bezstronności stanowi szczególnie drastyczną postać sprzeniewierzenia się obowiązkom, jakie łączą się z zasadą niezawisłości.

Skarżący zwrócił także uwagę na to, iż problematyka prawa do rzetelnego procesu, w tym kwestia bezstronności sędziowskiej, poruszana była w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

W dalszej części skargi konstytucyjnej, skarżący dokonał omówienia instytucji wyłączenia sędziego w procedurze karnej, tak z mocy ustawy (*iudex inhabilis)*, jak i na jego żądanie bądź na wniosek strony *(iudex suspectus).*

Odnosząc się do bezwzględnej przesłanki wyłączenia sędziego od udziału w sprawie, stypizowanej w art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., skarżący - opierając się na

orzecznictwie Sądu Najwyższego - przyznał, iż nie zachodzi ona w sytuacji, gdy sąd orzeka w II instancji kilkakrotnie w tej samej sprawie i w tym samym składzie.

Definiując istotę wniesionej w niniejszej sprawie skargi konstytucyjnej, Skarżący stwierdził, iż można sprowadzić ją 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. Jednocześnie, w ocenie Skarżącego, we wskazanych wyżej okolicznościach 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.

Na potwierdzenie powyższej tezy Skarżący powołał się na uzasadnienie wydanego w przedmiotowej sprawie wyroku Sądu Najwyższego z dnia lutego 2012 r., w którym wyraził on niekorzystne dla oskarżonego zapatrywanie prawne w kwestii jego winy. W konsekwencji powyższego zapatrywania, sąd I instancji, po ponownym rozpoznaniu sprawy, nie wydał już wyroku uniewinniającego D N., ale wyrok o warunkowym umorzeniu prowadzonego przeciwko niemu postępowania, a więc orzeczenie stwierdzające winę oskarżonego. Z kolei, Sąd Najwyższy, działając w dniu stycznia 2013 r. ponownie jako instancja odwoławcza, w składzie, w którym dwóch z trzech członków składu brało udział w wydaniu wyroku z dnia lutego 2012 r., w praktyce kontrolował wykonanie przez sąd I instancji tego ostatniego orzeczenia, w którym wyrazili oni swój pogląd w przedmiotowej sprawie.

Skarżący stanął także na stanowisku, iż w realiach niniejszej sprawy, dla zagwarantowania mu bezstronności sędziowskiej, nie jest wystarczająca instytucja wyłączenia sędziego na wniosek strony (art. 41 § 1 k.p.k.). Zagrożenie wystąpienia braku bezstronności sędziowskiej, z uwagi na wcześniejsze wyrażenie przez sędziego orzekającego swojej opinii w sprawie, jest – zdaniem Skarżącego – na tyle duże, iż powinno ono zostać uregulowane wśród przesłanek bezwzględnych.

Reasumując, Skarżący stanął na stanowisku, iż w wyniku wydania, w oparciu o art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., w dniu stycznia 2013 r., wyroku przez skład sędziowski orzekający w II instancji po raz kolejny w jego sprawie, prawo Skarżącego, wynikające z art. 45 ust. 1 Konstytucji, tj. prawo do bezstronnego sądu, zostało naruszone.

Przed przystąpieniem do merytorycznej oceny zarzutów, podniesionych w skardze konstytucyjnej, odnieść należy się do kwestii formalnych związanych z dopuszczalnością jej rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny.

W myśl art. 79 ust. 1 Konstytucji, każdy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, ma prawo, na zasadach określonych w ustawie, wnieść skargę do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji. W świetle powyższego przepisu Konstytucji dopuszczalność skargi konstytucyjnej zależy od spełnienia kilku przesłanek. Przedmiotem skargi konstytucyjnej może być wyłącznie akt normatywny, Trybunał Konstytucyjny nie ma natomiast kompetencji w zakresie badania skarg dotyczących sposobu stosowania określonych przepisów. Skarga może być skierowana wyłącznie przeciw przepisowi, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł

o wolnościach lub prawach albo obowiązkach skarżącego określonych w Konstytucji. Przepis, który nie stanowił podstawy indywidualnego rozstrzygnięcia wobec skarżącego, nie może być przedmiotem skargi konstytucyjnej. Orzeczenie stanowiące przesłankę wniesienia skargi musi mieć charakter ostateczny. Podstawę skargi stanowią wolności lub prawa konstytucyjne. Skarżący powinien wskazać w swojej skardze wolności i prawa konstytucyjne, które zostały naruszone przez kwestionowane przepisy, a ponadto uzasadnić sformułowane w skardze zarzuty.

Należy zauważyć, że skarga konstytucyjna nie jest środkiem uruchamiania tzw. kontroli abstrakcyjnej, a więc realizowanej w oderwaniu od płaszczyzny stosowania kwestionowanych przepisów. W postępowaniu inicjowanym skargą konstytucyjną możliwa jest kontrola jedynie regulacji, która znalazła faktyczne zastosowanie przy orzekaniu. Skarżący może uczynić przedmiotem zaskarżenia wyłącznie przepisy zastosowane w jego sprawie, które legły u podstaw ostatecznego jej rozstrzygnięcia przez sąd lub organ administracji publicznej. Warunek ten spełniony jest wówczas, gdy kwestionowany w skardze akt normatywny determinuje, w sensie normatywnym, treść orzeczenia przyjętego za podstawę skargi w tym jego aspekcie, w którym skarżący upatruje naruszenia przysługujących mu praw lub wolności o charakterze konstytucyjnym (*vide* - postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 22 lutego 2001 r., sygn. Ts 193/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 77; 2 kwietnia 2003 r. , sygn. Ts 193/02, OTK ZU nr 2/B/2003, poz. 145; 6 lipca 2005 r., sygn. SK 27/04, OTK ZU nr 7/A/2005, poz. 84; 13 listopada 2007 r., sygn. SK 40/06, OTK ZU nr 10/A/ 2007, poz. 137 i 12 stycznia 2010 r., sygn. SK 2/09, OTK ZU nr 1/A/2010, poz. 1).

W kwestii wnoszenia skarg konstytucyjnych art. 79 ust. 1 Konstytucji odsyła do zasad określonych w ustawie, którą jest ustawa z dnia 1 sierpnia 1997r. o Trybunale Konstytucyjnym. Zgodnie z art. 47 ust. 1 tej ustawy, skarga konstytucyjna, poza wymaganiami dotyczącymi pisma procesowego, powinna

zawierać: dokładne określenie kwestionowanego aktu normatywnego (lub jego części), na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawach albo obowiązkach określonych w Konstytucji i w stosunku do którego skarżący domaga się stwierdzenia niezgodności z Konstytucją, wskazanie, jakie konstytucyjne wolności lub prawa i w jaki sposób – zdaniem skarżącego – zostały naruszone, oraz uzasadnienie skargi, z podaniem dokładnego opisu stanu faktycznego. Skarga powinna być wniesiona w ciągu trzech miesięcy od doręczenia skarżącemu ostatecznego rozstrzygnięcia w jego sprawie (art. 46 ust. 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym).

Brak skargi konstytucyjnej w przedstawionym zakresie lub przekroczenie terminu do wniesienia skargi wyłączają możliwość orzekania w jej przedmiocie przez Trybunał Konstytucyjny.

Należy w tym miejscu zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny, w postanowieniu z dnia 16 listopada 2011 r., sygn. akt Ts 178/09, OTK ZU nr 6/B/2011, poz. 418, stwierdził, iż „przedmiotem kontroli w ramach procedury skargi jest konstytucyjność podstawy prawnej rozstrzygnięcia sądu czy organu administracji publicznej. Przy tym nie chodzi tu o przepis wprost wskazany w petitum rozstrzygnięcia czy w jego uzasadnieniu, ale o te regulacje, które rzeczywiście znalazły zastosowanie przy rozstrzyganiu sprawy skarżącego.”.

Badając przesłanki formalne, których spełnienie jest konieczne do wniesienia w niniejszej sprawie skargi konstytucyjnej, zwrócono uwagę na to, że Skarżący wiele miejsca poświęcił wykazaniu, iż od wyroku Sądu Najwyższego z dnia stycznia 2013 r. nie przysługuje jakikolwiek środek zaskarżenia, w tym kasacja, a w związku z powyższym orzeczenie powyższe jest ostateczne w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji.

Dlatego też należy zauważyć, iż rzeczywiście, mając na uwadze, że prawomocnym wyrokiem D N. nie został skazany na bezwzględną karę

pozbawienia wolności, a przy wydawaniu wyroku nie stwierdzono także przesłanek z art. 439 § 1 k.p.k., wniesienie przez stronę kasacji od prawomocnego rozstrzygnięcia nie było możliwe. Jednakże nie ulega wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie istnieje w dalszym ciągu, przy założeniu, że istnieją ku temu przesłanki z art. 523 § 1 k.p.k., możliwość wniesienia na korzyść skazanego kasacji nadzwyczajnej w trybie art. 521 k.p.k.

Mając na uwadze materię postępowania zakończonego prawomocnym wyrokiem o warunkowym umorzeniu postępowania przeciwko D N., właściwym organem do ewentualnego wywiedzenia kasacji byłby Naczelny Prokurator Wojskowy, działający na podstawie art. 657 § 1 k.p.k. i art. 672a k.p.k. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na treść postanowienia Sądu Najwyższego, wydanego w składzie 7 sędziów, z dnia 22 stycznia 2003 r., sygn. WK 48/02, w którym stwierdzono: „Naczelny Prokurator Wojskowy może wnieść do Izby Wojskowej Sądu Najwyższego kasację przewidzianą w art. 521 k.p.k., gdyż na podstawie art. 657 § 1 k.p.k. dysponuje uprawnieniami procesowymi Prokuratora Generalnego, a ustawa w tym przypadku nie stanowi inaczej".

Przeszkodą do ewentualnego wywiedzenia w tej sprawie kasacji nie byłaby przy tym okoliczność, że prawomocny wyrok w niniejszej sprawie wydał Sąd Najwyższy, gdyż działał on jako instancja odwoławcza, w trybie art. 655 § 1 pkt 1 k.p.k., a, zgodnie z art. 539 k.p.k., niedopuszczalna jest jedynie kasacja od orzeczenia Sądu Najwyższego zapadłego w następstwie rozpoznania kasacji.

Jak z powyższego wynika, istnieje potencjalna prawna możliwość zaskarżenia prawomocnego wyroku z dnia stycznia 2013 r., zapadłego wobec D N., w trybie kasacji nadzwyczajnej. Jednakże, mając na uwadze fakt, że możliwość ta w realiach niniejszej sprawy nie została uruchomiona i nie toczy się żadne postępowanie, w ramach którego orzeczenie powyższe może zostać zmienione lub uchylone, należy zgodzić się ze Skarżącym, że wyrok

Sądu Najwyższego z dnia stycznia 2013 r., sygn. , jest orzeczeniem ostatecznym w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że, zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, skarga konstytucyjna może być wniesiona po wyczerpaniu drogi prawnej, o ile droga ta jest przewidziana, w ciągu trzech miesięcy od doręczenia skarżącemu prawomocnego wyroku, ostatecznej decyzji lub innego ostatecznego rozstrzygnięcia. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, obie te przesłanki powinny być odczytywane łącznie w tym sensie, że skarżący przed wniesieniem skargi konstytucyjnej zobowiązany jest skorzystać ze zwykłych środków zaskarżenia przysługujących mu w ramach drogi prawnej, które zapobiegają uzyskaniu przez orzeczenie waloru prawomocności (zob. postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 marca 2009 r., sygn. Ts 251/06, OTK ZU nr 2/B/2009, poz. 88 i z dnia 19 grudnia 2009 r., sygn. Ts 68/08, OTK ZU nr 6/B/2009, poz. 449).

W konsekwencji - podstawy wniesienia skargi konstytucyjnej aktualizują się już wówczas, gdy orzeczenie stanie się prawomocne, a skarżący nie jest zobowiązany do poszukiwania ochrony swoich praw przy użyciu innych środków (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 maja 2009 r., sygn. SK 54/08, OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 69).

Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, zaskarżony przepis stanowi – w rozumieniu art. 79 Konstytucji – podstawę rozstrzygnięcia wobec skarżącego, jeżeli współkształtuje treść tego rozstrzygnięcia. Nie jest przy tym istotne, czy przepis ten został wyraźnie powołany przez sąd lub organ administracji publicznej, czy też dany organ w ogóle nie wymienia danego przepisu (np. wyrok z dnia 9 października 2001r., sygn. SK 8/00, OTK ZU nr 7/2001, poz. 211, postanowienie z dnia 14 grudnia 2004 r., sygn. SK 29/03, OTK ZU nr 11/A/2004, poz. 124, wyrok z dnia 24 kwietnia 2007 r., sygn. SK 49/05, OTK ZU nr 4/A/2007, poz. 39).

Skargę można skierować tylko wobec przepisu, który stanowił podstawę rozstrzygnięcia, tzn. musiał mieć istotny wpływ na treść ostatecznego rozstrzygnięcia i stanowić źródło zarzucanego naruszenia praw konstytucyjnych (postanowienie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. SK 40/09, OTK ZU nr 1/A/2011, poz. 6).

Wskazana wyżej sytuacja występuje w przedmiotowej sprawie. Pomimo iż orzekający Sąd Najwyższy, rozpoznając apelację wniesioną przez obrońcę oskarżonego, działał na podstawie art. 655 § 1 pkt 1 k.p.k., a art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. nie został powołany w wyroku z dnia stycznia 2013 r., to należy zgodzić się ze Skarżącym, iż ten ostatni przepis, poprzez brak w nim obowiązku wyłączenia sędziego, co zdeterminowało skład osobowy sądu odwoławczego, miał istotny wpływ na wykreowanie sugerowanego przez Skarżącego zagrożenia dla bezstronności sędziowskiej.

Jak z powyższego wynika, skarga konstytucyjna wniesiona w niniejszej sprawie spełnia przesłanki formalne pozwalające na jej merytoryczne zbadanie.

Zaskarżony przepis Kodeksu postępowania karnego posiada następujące brzmienie:

„Art. 40. § 1. Sędzia jest z mocy prawa wyłączony od udziału w sprawie, jeżeli:

(...)

7) brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone, (...).".

Regulacje art. 40 k.p.k., w aktualnym brzmieniu obowiązującym od dnia 1 lipca 2003 r., nadanym ustawą nowelizującą z dnia 10 stycznia 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. Nr 17, poz. 155), określają instytucję wyłączenia sędziego z mocy prawa *(ipso iure)*, czyli

wyłączenia sędziego niezdolnego do orzekania *(iudex inhabilis).* Drugim rodzajem wyłączenia sędziego, uregulowanym w art. 41 k.p.k., jest wyłączenie sędziego podejrzanego o stronniczość *(iudex suspectus).*

Instytucja wyłączenia sędziego należy do najważniejszych instytucjonalnych gwarancji bezstronności sądu, a podstawy wyłączenia sędziego, zawarte w przepisach art. 40 k.p.k. i art. 41 k.p.k., tworzą ogólną konstrukcję wyłączenia sędziego jako gwarancję obiektywizmu organu procesowego, o którym mowa w art. 4 k.p.k., eliminując jednocześnie niebezpieczeństwo konfliktów sumienia u sędziego.

Zdaniem Tomasza Grzegorczyka (*Komentarz do art. 40 Kodeksu postępowania karnego,* Lex), „[p]rzepisy o wyłączeniu sędziego *ex lege* mają charakter norm wyjątkowych, statuują bowiem sytuacje, będące odstępstwem od reguły, że każdy sędzia jest władny do orzekania w sprawie przynależnej do właściwości jego sądu. Nie można tu zatem stosować ani interpretacji rozszerzającej ani analogii. Wyliczenie zawarte w art. 40 ma charakter wyczerpujący, nie można go zatem rozszerzać na sytuacje w nim nieprzewidziane (zob. w. SN z 29 kwietnia 1982 r., II KR 78/82, OSNKW 10-11/1982, poz. 76)".

Podobnie, Jan Grajewski (red.) i Sławomir Steinborn (*Komentarz aktualizowany do art. 40 Kodeksu postępowania karnego*, Lex), stwierdzają: „Przyczyny wyłączenia sędziego wymienione w art. 40 powodują bezwzględną niezdolność sędziego do brania udziału w sprawie *(iudex inhabilis).* Jako regulacje wyjątkowe taksatywnie wyliczone nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej, podobnie jak analogii. Konsekwencją takiego stanowiska jest zalecenie interpretacyjne, że podstawa prawna uznania, iż sędzia jest niezdatny do orzekania w danej sprawie *(iudex inhabilis)*, musi w sposób oczywisty i wyraźny wynikać z określonego przepisu ustawowego".

Również Piotr Hofmański, Elżbieta Sadzik i Kazimierz Zgryzek (*Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1-296. Tom I,* Wydawnictwo C.H. Beck, rok wydania 2011, wydanie 4, Legalis) zauważają: „Katalog przyczyn wyłączenia sędziego z mocy prawa jest zamknięty, co wyklucza możliwość wyłączenia sędziego z mocy prawa z innych – niż w tym przepisie wskazane – powodów. Wymienione w nim przesłanki wyłączenia sędziego z mocy prawa nie mogą być zatem uzupełniane w drodze wykładni, nie można stosować tu interpretacji rozszerzającej lub analogii (post. SN z 14.1.2009 r., V KK 285/08, Legalis)".

Jednolitość stanowiska doktryny w powyższej kwestii potwierdzają także Katarzyna T. Boratyńska, Adam Górski, Andrzej Sakowicz i Andrzej Ważny (*Kodeks postępowania karnego. Komentarz,* Wydawnictwo C. H. Beck, rok wydania 2012, wydanie 4, Legalis), stwierdzając: „Instytucja wyłączenia sędziego z mocy prawa *(ipso iure)* ma charakter bezwzględny, co oznacza niezdolność sędziego do brania udziału w konkretnej sprawie *(iudex inhabilis).* Wyliczenie przyczyn zawartych w art. 40 jest taksatywne i nie należy interpretować tego przepisu rozszerzająco (tak też SN w post. z 13.6.2007 r., V KK 15/07, KZS 2007, Nr 12, poz. 24)".

W razie zaistnienia podstaw wymienionych w art. 40 k.p.k. sędzia z mocy prawa jest „wyłączony od udziału w sprawie", co oznacza, że nie tylko nie może orzekać na rozprawie, ale w ogóle nie może w tej sprawie podejmować żadnych czynności.

„Pojęcia udziału w sprawie nie należy odnosić tylko do prowadzenia rozprawy czy też orzekania w sprawie, ale do wydawania wszelkich postanowień i zarządzeń związanych z tokiem sprawy w danej instancji (...) Pojęcie to powinno być tłumaczone szeroko, np. do czynności dokonywanych przez prezesa sądu (wyznaczenie składu sądzącego,

dopuszczanie dowodu i tp.)" (Lech K. Paprzycki, [w:] *Komentarz do art. 40 Kodeksu postępowania karnego,* Lex).

Zgodnie z orzecznictwem sądowym, wyłączenie od udziału w sprawie obejmuje także wydawanie w nim określonych postanowień. Z dotychczasowego orzecznictwa należy wskazać przede wszystkim na następujące judykaty, wydane na gruncie aktualnego brzmienia art. 40 k.p.k., jak i zachowujące aktualność orzeczenia wydane w czasie obowiązywania będącego jego odpowiednikiem art. 30 Kodeksu postępowania karnego z 1969r.:

- postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 1974 r., sygn. III KR 47/74, OSNKW 1974/7-8/149, w którym stwierdzono: „Wyłączenie sędziego na podstawie art. 30 § 1 pkt 7 k.p.k. od udziału w sprawie obejmuje nie tylko niemożność jego udziału w rozprawie głównej, lecz także niemożność podejmowania przez niego na posiedzeniu decyzji w kwestiach incydentalnych (np. co do środków zapobiegawczych lub zabezpieczenia majątkowego)";

- postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 1976 r., sygn. II KZ 208/76, OSNKW 1977/1/12, w którym Sąd stanął na stanowisku, iż postanowienie co do stosowania środka zapobiegawczego wydane z udziałem sędziego, który podlega wyłączeniu na podstawie art. 30 § 1 pkt 7 k.p.k., jest dotknięte istotnym uchybieniem procesowym;

- postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 lipca 1987 r., sygn. III KZ 140/87, Lex nr 22042, w którym stwierdzono: „Sędzia, który brał udział w wydaniu uchylonego orzeczenia, jest wyłączony z udziału w sprawie. Wyłączenie to obejmuje niemożność udziału w rozprawie głównej jak i niemożność podejmowania wszelkich decyzji w kwestiach dotyczących danej sprawy, a więc również postanowień co do stosowania tymczasowego aresztowania (środka zapobiegawczego)";

- postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach dnia 19 października 2005 r., sygn. II AKz 644/05, Lex nr 164593, w którym Sąd stanął na

stanowisku, że użycie przez ustawodawcę w art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. określenia „wyłączony od udziału w sprawie" oznacza, iż wyłączenie dotyczy nie tylko udziału w podejmowaniu decyzji z zakresu merytorycznego rozpoznania sprawy (wyrokowania), ale też wszelkich kwestii incydentalnych związanych z toczącym się postępowaniem, a więc i stosowaniem środków zapobiegawczych;

- postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 października 2005 r., sygn. II AKz 231/05, OSA 2006/4/22, stwierdzające: „W razie uchylenia orzeczenia co do głównego przedmiotu procesu, sędziowie uczestniczący w wydaniu uchylonego orzeczenia ulegają wyłączeniu od udziału w sprawie. Oznacza to niedopuszczalność udziału takiego sędziego w rozstrzyganiu każdej – choćby incydentalnej, wpadkowej – kwestii w ramach tej sprawy, a więc także w przedmiocie zawieszenia postępowania";

- postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 1988 r., sygn. V KRN 352/87, OSNPG 1988/8/85, w którym Sąd stanął na stanowisku, iż wyłączenie z urzędu sędziego od udziału w sprawie obejmuje także orzekanie w przedmiocie dowodów rzeczowych.

Celem przepisu art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. jest wyeliminowanie z procesu orzekania sędziego, który brał udział w wydaniu uprzednio orzeczenia, które w dalszym toku procesu nie ostało się, wracając do ponownego rozpatrzenia po uchyleniu go w wyższej instancji, a więc w sytuacji, gdy ma już wyrobiony pogląd w konkretnej sprawie.

Nie jest przy tym istotne, w jakim trybie orzeczenie uchylono - czy były to środki odwoławcze, czy nadzwyczajne środki zaskarżenia.

„O wyłączeniu sędziego od udziału w sprawie decyduje uchylenie wyroku, w wydaniu którego uczestniczył i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Nie ma natomiast znaczenia etap postępowania, na którym zapaść ma orzeczenie w sprawie, od udziału w której sędzia ma obowiązek się

powstrzymać. Celem przepisu art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. jest przecież wyeliminowanie z procesu orzekania sędziego, który ma wyrobiony pogląd w konkretnej sprawie" (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2009 r., sygn. V KK 359/08, OSNwSK 2009/1/340.

W myśl art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., „udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone", to – lege non distinguente – udział w wydaniu wyroku lub postanowienia co do głównego przedmiotu procesu, jak również i udział w wydaniu orzeczenia co do kwestii rozpoznawanej w tzw. postępowaniu incydentalnym, zaś sędzia zostaje wyłączony od udziału w sprawie w razie jej ponownego rozpoznania, i to niezależnie od przyczyn, jakie legły u podstaw uchylenia uprzednio wydanego orzeczenia (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 1997 r., V KZ 24/97, op. cit. oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 marca 1988 r., sygn. II KR 36/88, OSNKW 1988/7-8/58).

Warto w tym kontekście zwrócić uwagę także na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 1971 r., sygn. VI KZP 2/71, OSNKW 1971/9/127, w której stwierdzono m.in.: „Sędzia, który wydał postanowienie o umorzeniu postępowania karnego na podstawie art. 5 ustawy z dnia 21 lipca 1969 r. o amnestii (Dz. U. Nr 21, poz. 151), jest wyłączony od udziału w sprawie, jeżeli na skutek uchylenia tego postanowienia została ona przekazana do ponownego rozpoznania", jak również na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 1991 r., sygn. I KZP 10/91, OSNKW 1992/1-2/8, w treści której przedstawiono następujący pogląd: <<Sędzia, który brał udział w wydaniu orzeczenia, jest wyłączony, na podstawie art. 30 § 1 pkt 7 k.p.k., od dalszego udziału w sprawie nie tylko wówczas, gdy orzeczenie to zostało uchylone przez sąd odwoławczy, a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania, ale także wtedy, gdy orzeczenie to „traci moc" na podstawie przepisu ustawy, wskutek wniesienia przez stronę sprzeciwu od tego orzeczenia>>.

<<Przez „udział w wydaniu orzeczenia", należy rozumieć uczestniczenie w procesie podejmowania decyzji w składzie organu orzekającego>> (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 października 2009 r., sygn. II KK 52/09, Lex nr 532381).

W kontekście prawidłowej interpretacji przepisu art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. zwrócić należy uwagę na kilka orzeczeń sądowych.

W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2003 r., sygn. I KZP 26/03, OSNKW 2003/9-10/82, przyjęto, że sędzia biorący udział w wydaniu na podstawie art. 345 § 1 k.p.k. postanowienia o zwrocie sprawy do postępowania przygotowawczego, które sąd odwoławczy uchylił i przekazał sprawę sądowi pierwszej instancji do rozpoznania, nie jest – co do zasady – wyłączony od udziału w sprawie na zasadzie art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. Jeżeli jednak podejmowana przezeń czynność sprowadza się, bez pojawienia się nowych okoliczności faktycznych lub odmiennych uwarunkowań prawnych, do ponownego udziału w wydaniu orzeczenia w tej kwestii, która stanowiła przedmiot rozstrzygnięcia w orzeczeniu uchylonym przez sąd odwoławczy, należy uznać, że naruszony został wskazany wyżej przepis art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. Tym samym – zdaniem Sądu Najwyższego – okoliczność, że dany sędzia brał udział w wydaniu postanowienia o zwrocie sprawy prokuratorowi w celu usunięcia istotnych braków postępowania przygotowawczego, tylko wtedy stoi na przeszkodzie ponownemu udziałowi tego sędziego w sprawie, po uchyleniu wydanego z jego udziałem postanowienia przez sąd odwoławczy, jeżeli miałby on orzekać ponownie w przedmiocie zwrotu sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego i to bez pojawienia się nowych okoliczności faktycznych lub odmiennych uregulowań prawnych. Nie stanowi zaś naruszenia art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. udział tego sędziego w rozpoznaniu sprawy w głównym jej przedmiocie. Podobnie, postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 kwietnia 2009 r., sygn. II AKz 206/09, Lex nr 504141 w brzmieniu: „W wypadku uchylenia przez sąd odwoławczy postanowienia wydanego w trybie

art. 345 § 1 k.p.k., sędzia który je wydał nie jest wyłączony od merytorycznego rozpoznania sprawy, nie może jednak ponownie orzekać o przekazaniu sprawy prokuratorowi z uwagi na istotne braki postępowania przygotowawczego".

Z kolei, w postanowieniu z dnia 13 lipca 2005 r., sygn. 378/04, OSNKW 2005/10/100, Sąd Najwyższy uznał: „Branie udziału w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone (odpowiednio w wydaniu zaskarżonego orzeczenia lub orzeczenia, co do którego wniesiono sprzeciw) w rozumieniu art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. (odpowiednio punkty 6 i 9), oznacza uczestniczenie w procesie podejmowania decyzji w składzie organu uprawnionego do orzekania. Nie jest zatem takim udziałem sporządzanie protokołu rozprawy, protokołu ogłoszenia wyroku lub wystąpienie w charakterze protokolanta w części wstępnej samego orzeczenia".

Odnośnie do wydawania wyroku łącznego, Sąd Najwyższy stwierdził natomiast: „Postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego oraz postępowanie w sprawie przestępstwa objętego następnie wyrokiem łącznym są odrębnymi postępowaniami i fakt, że orzekał w składzie ten sam sędzia nie stanowi naruszenia art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. O obrazie tego przepisu można mówić jedynie wówczas, gdyby w składzie orzekającym zasiadał ponownie sędzia, który brał udział w wydaniu orzeczenia uchylonego przez sąd II instancji i przekazanego do ponownego rozpoznania" (postanowienie z dnia 12 marca 2008 r., sygn. II KO 87/07, Lex nr 357453).

Kontrowersje wzbudził pogląd, zaprezentowany przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 22 lipca 2010 r., sygn. WZ 31/10, OSNKW 2010/11/99, w brzmieniu: „Okoliczność, że sędzia brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone (art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k.), nie wyłącza go z mocy prawa od orzekania w kwestiach będących następstwem prawomocnego orzeczenia wydanego po ponownym rozpoznaniu sprawy (w tym co do kosztów)". Zgodnie z art. 40 § 1 *in princ.* sędzia jest wyłączony od „udziału w sprawie" i nie może

mieć tu znaczenia, że ewentualny jego udział miałby ograniczać się do rozstrzygnięcia kwestii incydentalnej, nawet jeżeli miałoby to nastąpić po prawomocnym rozstrzygnięciu w przedmiocie procesu (zob. Jan Grajewski, Sławomir Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 40 Kodeksu postępowania karnego*, Lex).

Sędzia, który wydał postanowienie kończące postępowanie w sprawie, a następnie, w wyniku uwzględnienia – w trybie art. 463 § 1 k.p.k. – zażalenia wniesionego na to postanowienie, uchylił je, nie jest wyłączony od dalszego udziału w sprawie na podstawie art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. z mocy prawa (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2002 r., sygn. V KK 135/02, OSNKW 2003/3-4/36).

Z kolei sędzia, który brał udział w wydaniu wyroku warunkowo umarzającego postępowanie karne, wyłączony jest od udziału w rozpoznawaniu sprawy w razie podjęcia tego postępowania w trybie art. 550 – 551 k.p.k. W efekcie podjęcia wyrok w istocie ulega „uchyleniu", a postępowanie toczy się od nowa na zasadach ogólnych (zob. uchwałę Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 14 lutego 1974 r., sygn. VI KZP 22/73, OSNKW 1974/5/82).

Instytucji warunkowego umorzenia postępowania dotyczy także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2004 r., sygn. III KK 107/04, Lex nr 146302, w którym stwierdzono: „Sędzia, który orzekał w zakresie głównego przedmiotu procesu, uczestnicząc w wydaniu orzeczenia o warunkowym umorzeniu postępowania karnego, uchylonego w następstwie rozpatrzenia środka odwoławczego, ulega wyłączeniu z mocy prawa na podstawie art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., jako iudex inhabilis, od ponownego rozpoznania tej sprawy".

Warto także zauważyć, że jeżeli sędzia stosował uprzednio w danej sprawie tymczasowe aresztowanie, a następnie dochodzi do orzekania o odszkodowanie za to tymczasowe aresztowanie jako niesłuszne, to brak jest w art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. podstaw do wyłączenia tego sędziego od orzekania w

kwestii odszkodowania, a ewentualnych podstaw ku temu można doszukiwać się w art. 41 k.p.k. (zob. Tomasz Grzegorczyk, *Komentarz do art. 40 Kodeksu postępowania karnego*, Lex).

Mając na uwadze brzmienie art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., z którego wynika, iż sędzia jest z mocy prawa wyłączony od udziału w sprawie, jeżeli brał udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone, należy podkreślić, że po przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania w wyniku rozpoznania kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania, wyłączeniu podlega nie tylko sędzia orzekający w pierwszej, ale także w drugiej instancji. Powyższą tezę potwierdzają wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 16 kwietnia 2002 r., sygn. V KK 59/02, Lex nr 53075, z dnia 10 lutego 2009 r., sygn. V KK 359/08, OSNwSK 2009/1/340 oraz z dnia 17 listopada 2009 r., sygn. IV KO 151/09, Legalis).

Jednocześnie, co odnosi się w sposób bezpośredni do treści przedmiotowej skargi konstytucyjnej, z jednolitej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego, zapoczątkowanej jeszcze w czasie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r., wynika, iż art. 40 k.p.k. nie wyłącza możliwości nawet kilkakrotnego orzekania przez tego samego sędziego w tej samej sprawie w drugiej instancji.

Warto w tym zakresie odwołać się do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 1997 r., sygn. II KKN 138/96, OSNKW 1997/7-8/62, w brzmieniu: „Powody wyłączenia sędziego z mocy prawa od udziału w sprawie reguluje art. 30 k.p.k., który to przepis nie wyłącza możliwości nawet kilkukrotnego orzekania przez tego samego sędziego w tej samej sprawie w drugiej instancji".

Z kolei, w postanowieniu z dnia 8 marca 2006 r., sygn. IV KZ 10/06, OSNwSK 2006/1/540, Sąd Najwyższy stwierdził: „ Z treści przepisu art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. jednoznacznie wynika, że 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".

Powyższa linia orzecznicza podtrzymana została przez Sąd Najwyższy także w kolejnych orzeczeniach, w tym w postanowieniu z dnia 25 maja 2010 r., sygn. III KK 52/10, OSNwSK 2010/1/1091, w wyroku z dnia 2 czerwca 2011 r., sygn. III KK 328/10, Lex nr 860618, w postanowieniu z dnia 24 listopada 2011 r., sygn. V KK 260/11, Legalis oraz w postanowieniu z dnia 17 października 2012 r., sygn. IV KK 192/12, Lex nr 1226733).

Ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, iż art. 40 k.p.k. nie wyłącza możliwości nawet kilkakrotnego orzekania przez tego samego sędziego w tej samej sprawie w drugiej instancji, zgadzają się także przedstawiciele doktryny. Piotr Hofmański, Elżbieta Sadzik i Kazimierz Zgryzek (*Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1-296.* Tom I, wydawnictwo C.H. Beck, rok wydania 2011, wydanie 4, Legalis) stwierdzają: „Jeśli przyjąć, że rolą instancji odwoławczej jest nie tyle osądzenie sprawy, co osądzenie zaskarżonego orzeczenia lub zarządzenia, zakaz przewidziany w § 1 pkt 6 (art. 40 k.p.k. – przypis własny) można byłoby uzasadnić regułą *nemo iudex in propria causa.* Należy dodać, że przepis § 1 pkt 6 nie stanowi podstawy wyłączenia od udziału w sprawie sędziego sądu odwoławczego, który już raz uchylił orzeczenie w sprawie, a następnie powtórnie zachodzi potrzeba przeprowadzenia kontroli odwoławczej po ponownym rozpoznaniu sprawy w pierwszej instancji. 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 (...)".

Podobnie - T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne,*

Warszawa 2005, s. 235.

Przechodząc do oceny zasadności zarzutu podniesionego w skardze konstytucyjnej odnieść należy się do wskazanego przez Skarżącego wzorca kontroli zaskarżonej regulacji, tj. art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Zgodnie z tym przepisem ustawy zasadniczej, każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, bezstronny i niezawisły sąd.

Prawo do sądu obejmuje: 1) prawo do uruchomienia procedury sądowej, 2) prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności – sprawiedliwego, rzetelnego postępowania sądowego, 3) prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd w rozsądnym terminie, 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy (*vide* - wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 9 czerwca 1998 r., sygn. K. 28/97, OTK ZU nr 4/1998, poz. 50; 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 108, 12 stycznia 2010 r., sygn. SK 2/09, OTK ZU nr 1/A/2010, poz. 1; 9 lutego 2010 r., sygn. SK 10/09, OTK ZU nr 2/A/2010, poz. 10; 7 grudnia 2010 r., sygn. P 11/09, OTK ZU nr 10/A/2010, poz. 128; 25 stycznia 2011, sygn. P 8/08, OTK ZU nr 1/A/2011, poz. 2 czy 12 lipca 2011, sygn. K 26/09, OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 54).

Należy podkreślić, że Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wypowiadał się na temat instytucji wyłączenia sędziego.

W wyroku z dnia 11 grudnia 2002 r., sygn. SK 27/01 (OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 93) Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na konsekwencje, jakie wynikają z konstytucyjnego określenia sądu, legitymowanego w świetle art. 45 Konstytucji do rozpatrywania sprawy i wymierzania sprawiedliwości. Zdaniem Trybunału, szczególnego znaczenia nabiera w tym kontekście wymóg

zapewnienia bezstronności sądu powołanego do orzekania w danej materii. W związku z powyższym uzasadnione jest przyjęcie, że obowiązek zapewnienia każdemu prowadzenia i rozpoznania jego sprawy przez sąd wykazujący kwalifikacje określone w art. 45 ust. 1 Konstytucji spoczywa na organach władzy publicznej, w pierwszym rzędzie na prawodawcy.

W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, jedną z gwarancji bezstronności jest w związku z powyższym instytucja wyłączenia sędziego. Zwrócił przy tym uwagę, że w orzecznictwie sądowym akcentowana jest gwarancyjna rola instytucji wyłączenia sędziego także dla realizacji zasady niezawisłości sędziowskiej. W ocenie Sądu Najwyższego, unormowania dotyczące wyłączenia sędziego, pomimo ich zamieszczenia w ustawie procesowej, mają w istocie rzeczy charakter ustrojowy (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 1998 r., sygn. III CZP 70/97, OSNC 1998, z. 9, poz. 132).

W powołanym wyroku w sprawie SK 27/01 Trybunał Konstytucyjny przeprowadził także rozważania dotyczące zakresu swobody, jaką dysponuje ustawodawca nadający kształt instytucji wyłączenia sędziego, zwłaszcza przy uwzględnieniu prawa stron (uczestników postępowania) do inicjowania postępowania służącego weryfikacji składu osobowego sądu orzekającego w sprawie. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, uzasadnione jest stanowisko zakładające, że ustawodawca nie dysponuje w tym zakresie pełną i nieograniczoną swobodą. Zapewnienie każdemu konstytucyjnego „prawa do bezstronnego sądu" wiązać się powinno z gwarancjami minimalnego choćby udziału strony w postępowaniu służącym weryfikacji rzeczywistej bezstronności sądu.

Z kolei w wyroku z dnia 20 lipca 2004 r., sygn. SK 19/02 (OTK ZU nr 7/A/2004, poz. 67) Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „Konstytucyjna charakterystyka prawa do sądu zawiera zarówno ustrojowe, jak i proceduralne elementy. Wymagania ustrojowe określa art. 45 ust. 1, wskazując na sąd jako

jedyny organ powołany do rozpoznania sprawy (monopol sądownictwa). Ustawodawca określa równocześnie kryteria tego sądu. Sąd ten musi więc spełniać kumulatywnie cztery konstytucyjne kryteria: 1) sądu właściwego, 2) sądu niezależnego, 3) sądu bezstronnego, 4) sądu niezawisłego".

W wyroku z dnia 13 grudnia 2005 r., sygn. SK 53/04 (OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 134) Trybunał Konstytucyjny zajął się m.in. problemem istoty instytucji wyłączenia sędziego, zwracając uwagę, iż przepisy proceduralne określają bezwzględne przyczyny wyłączenia sędziego (*iudex inhabilis)* oraz względne przyczyny wyłączenia sędziego *(iudex suspectus).*

W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, celem wyłączenia sędziego w oparciu o przesłanki bezwzględne jest przede wszystkim ochrona bezstronności sędziego i eliminacja wpływu, jaki może wywierać występowanie pewnej kategorii powiązań (osobistych, ekonomicznych, służbowych i tp.) na orzekanie w postępowaniu sądowym lub administracyjnym na każdym jego etapie. Powołując się przy tym na wyrok z dnia 20 lipca 2004 r., sygn. SK 19/02, op. cit., Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że *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".

Trybunał Konstytucyjny w przedmiotowym orzeczeniu ponownie podkreślił, iż instytucja wyłączenia sędziego stanowi konstytucyjną gwarancję prawa do bezstronnego sądu i pozostaje w ścisłym związku z niezależnością sądu. Przypomniał również przywołane w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego stanowisko, wyrażone w doktrynie, odnoszące się do pojęcia i znaczenia „niezawisłości sędziowskiej". Na niezawisłość składa się kilka istotnych elementów, do których należy: 1) bezstronność w stosunku do uczestników postępowania, 2) niezależność wobec organów (instytucji) pozasądowych, 3) samodzielność sędziego wobec władz i innych organów

sądowych, 4) niezależność od wpływu czynników politycznych, zwłaszcza partii politycznych, 5) wewnętrzna niezależność sędziego (tak w wyroku z dnia 24 czerwca 1998 r., sygn. K. 3/98, OTK ZU nr 4/1998,poz. 52, zob. cyt. tam piśmiennictwo, Z. Czeszejko – Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji RP,* „Państwo i Prawo" z. 11-12/1997, s. 99-100).

Nadto, Trybunał Konstytucyjny, dokonując analizy specyfiki postępowania administracyjnego, którego przepisy były przedmiotem postępowania i wyroku z dnia 13 grudnia 2005 r. w sprawie SK 53/04, w kontekście instytucji wyłączenia sędziego, zauważył, że traktowanie wyłączenia sędziego jako instytucji ustrojowej nie uzasadnia jeszcze konieczności wprowadzenia przez ustawodawcę jednolitej regulacji w tym zakresie w odniesieniu do wszystkich procedur sądowych. Zróżnicowanie jest uzasadnione przede wszystkim specyfiką określonego postępowania oraz relacją odpowiednich organów władzy publicznej między sobą. Stwierdził przy tym: <<Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 11 grudnia 2002 r., sygn. SK 27/01, „samo tylko stwierdzenie odmiennego unormowania analogicznych instytucji procesowych na gruncie dwóch aktów ustawowych samoistnie nie uzasadnia jeszcze zarzutu złamania konstytucyjnej zasady równości. Oceniając takie zróżnicowanie, nie można bowiem negować dopuszczalności uwzględniania przez ustawodawcę przesłanek mogących uzasadniać odmienne (w porównaniu z innymi aktami normatywnymi) podejście do normowania instytucji prawnej na gruncie danej ustawy. (...) Samo tylko zestawienie przepisów normujących dwie procedury sądowe nie upoważnia do takiego ich traktowania, którego konsekwencją byłby postulat bezwarunkowego nadania instytucjom w nich występującym identycznego (bądź bardzo zbliżonego) kształtu. Już sam fakt uregulowania postępowania cywilnego i postępowania karnego w oddzielnych aktach prawnych wydaje się świadczyć o dopuszczalności uwzględniania zachodzących w nich różnic. Także stwierdzenie podobieństwa niektórych zasad postępowania nie uzasadnia

jeszcze tezy o pełnej tożsamości sytuacji procesowej stron postępowania cywilnego i postępowania karnego >>.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, nie chodzi tu więc o identyczność czy tożsamość regulacji odnoszących się do instytucji wyłączenia sędziego w ramach poszczególnych procedur, ale takie ich ujęcie, które, przy uwzględnieniu specyfiki każdej z nich, tworzyłoby jednak możliwość oceny zasadności wyłączenia sędziego każdorazowo ze względu na zaistnienie okoliczności, które mogłyby budzić wątpliwość co do bezstronności sędziowskiej przy rozpatrywaniu konkretnej sprawy.

W wyroku z dnia 23 października 2006 r., sygn. SK 42/04 (OTK ZU nr 9/A/2006, poz. 125) Trybunał Konstytucyjny odwołał się do dotychczasowego orzecznictwa w przedmiocie prawa do sądu. Potwierdził przy tym, że charakterystyka prawa do sądu zawiera zarówno ustrojowe, jak i proceduralne elementy. Pokreślił również, że w wyroku z dnia 28 lipca 2004 r., sygn. P 2/04 (OTK ZU nr 7/A/2004, poz. 72) Trybunał Konstytucyjny przypomniał, iż w świetle dotychczasowego orzecznictwa gwarancje konstytucyjne prawa do sądu obejmują – oprócz prawa dostępu do sądu (tj. prawa do uruchomienia postępowania przed sądem) prawo do wyroku sądowego, czyli prawo uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd, oraz prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności. Sprawiedliwa procedura sądowa powinna zapewniać stronom uprawnienia procesowe stosowne do przedmiotu prowadzonego postępowania. Zgodnie z wymogami rzetelnego procesu uczestnicy postępowania muszą mieć realną możliwość przedstawienia swych racji, a sąd ma obowiązek je rozważyć. Powołał się przy tym na wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 marca 1999 r., sygn. SK 19/98 (OTK ZU nr 3/1999, poz. 36) oraz z dnia 13 maja 2002 r., sygn. SK 32/01 (OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 31).

W wyroku z dnia 23 października 2006 r., sygn. SK 42/04, op. cit., Trybunał Konstytucyjny przypomniał także, że prawo do sądu nie ma bezwzględnego i absolutnego charakteru, a gwarancje konstytucyjne związane z prawem do sądu nie mogą być w konsekwencji traktowane jako nakaz urzeczywistnienia w każdym trybie i w każdym rodzaju procedury tego samego zestawu instrumentów procesowych, jednolicie określających pozycje stron postępowania i zakres przysługujących im środków procesowych.

Z kolei, w wyroku z dnia 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06, op. cit., Trybunał Konstytucyjny potwierdził, że z zastrzeżeniem szczególnych przepisów konstytucyjnych, powierzających rozpoznawanie określonych spraw trybunałom, wszelkie sprawy w rozumieniu art. 45 Konstytucji powinny być rozpatrywane przez sądy wymienione w Konstytucji, a jednocześnie sądy te muszą spełniać wymogi: 1) właściwości, 2) niezależności, 3) bezstronności i 4) niezawisłości.

Definiując powyższe pojęcia, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „niezależność sądów zakłada przede wszystkim oddzielenie organizacyjne i funkcjonalne sądownictwa od organów innych władz, tak aby zapewnić sądom pełną samodzielność w zakresie rozpoznawania spraw i orzekania". Z kolei niezawisłość polega na tym, że „sędzia działa wyłącznie w oparciu o prawo, zgodnie ze swoim sumieniem i wewnętrznym przekonaniem" (wyroki z dnia 14 kwietnia 1999 r., sygn. K. 8/99, OTK ZU nr 3/1999, poz. 41 i z dnia 27 stycznia 1999 r., sygn. K. 1/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 3).

Wyjaśniając natomiast znaczenie bezstronności sędziowskiej, Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „Bezstronność sędziego jest niezbywalną cechą władzy sądowniczej, a zarazem przymiotem, wraz z utratą którego sędzia traci kwalifikacje do spełniania swoich funkcji. Polega ona przede wszystkim na tym, iż sędzia kieruje się obiektywizmem, nie stwarzając korzystniejszej sytuacji dla żadnej ze stron czy uczestników postępowania, zarówno w trakcie toczącej się

przed sądem sprawy, jak i orzekania. Traktuje on zatem uczestników postępowania równorzędnie" (wyrok z dnia 27 stycznia 1999 r., sygn. K. 1/98, OTK ZU nr 1/1999, poz. 3).

Swoistego podsumowania i potwierdzenia dotychczasowego orzecznictwa dotyczącego prawa do sądu oraz instytucji wyłączenia sędziego, Trybunał Konstytucyjny dokonał w wyroku z dnia 24 czerwca 2008 r., sygn. P 8/07 (OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 84).

Również w wyroku z dnia 14 października 2008 r., sygn. SK 6/07 (OTK ZU nr 8/A/2008, poz. 137) Trybunał Konstytucyjny potwierdził definicję bezstronności sędziowskiej jako elementu konstytucyjnego prawa do sądu. Podkreślił także, że Trybunał Konstytucyjny w ślad za doktryną i orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wielokrotnie podkreślał dwoisty charakter niezawisłości sędziowskiej. Z jednej strony jest ona „niezbywalną cechą władzy sądowniczej", a z drugiej – indywidualną cechą sędziego, konieczną kwalifikacją do pełnienia tej funkcji.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, istotą pierwszego z tych wymiarów bezstronności, tzn. bezstronności obiektywnej, 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 (...) przez usuwanie choćby pozorów braku bezstronności" (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 lipca 2004 r., sygn. SK 19/02, op. cit.).

Drugi wymiar bezstronności, tzw. bezstronność subiektywna, polega zaś na tym, że sędzia musi mieć jeszcze dodatkowo wewnętrzne przekonanie o możliwości wydania wyroku bez faworyzowania jakiegokolwiek uczestnika postępowania.

Trybunał Konstytucyjny zwrócił nadto uwagę, iż w kontekście instytucji wyłączenia sędziego <<konieczne jest także odpowiednie wyważenie proporcji między gwarancjami bezstronności sędziego a innymi wartościami, zwłaszcza prawem do rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki (por. art. 45 ust. 1 Konstytucji). Na gruncie przepisów procedury cywilnej prowadziło to Trybunał Konstytucyjny do konkluzji, że zapewnienie prawa do rozpatrzenia sprawy przez niezależny i bezstronny sąd „nie wymaga, aby wyłączenie dotyczyło nie tylko wydania zaskarżonego orzeczenia, ale poszczególnych czynności procesowych. Wymóg taki, zapewne realizujący prawo do sądu niezależnego i bezstronnego w sposób wzorcowy, mógłby niekiedy przyczynić się w praktyce sądowego stosowania prawa do znacznego wydłużenia, a czasem (w wypadku mniejszych sądów) do zablokowania rozstrzygania spraw" (powołany wyrok w sprawie o sygn. SK 42/04)>>.

Odnosząc tak rozumiany wzorzec kontroli konstytucyjnej do kwestionowanej regulacji należy uznać, że jest ona zgodna z art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Skarżący, podnosząc zarzut niezgodności przepisu art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. z konstytucyjną zasadą prawa do sądu, a w szczególności prawem do rozpoznania sprawy przez bezstronny sąd, wskazał, iż sędzia, który orzeka po raz pierwszy w instancji odwoławczej i uchyla, na niekorzyść oskarżonego, zaskarżony wyrok, daje sądowi pierwszej instancji określone wytyczne odzwierciedlające zapatrywanie tegoż sędziego na sprawę. Z kolei, gdy ten sam sędzia po raz drugi orzeka w II instancji w tej samej sprawie, weryfikuje jedynie spełnienie przez sąd I instancji wskazanych przez siebie wytycznych. Zdaniem Skarżącego, we wskazanej wyżej sytuacji zachodzi fakt kontrolowania przez tego samego sędziego wydanego przez siebie po raz pierwszy w instancji

odwoławczej orzeczenia, w którym sędzia ten dał wyraz swojemu zapatrywaniu na sprawę.

Skarżący zauważył przy tym, iż, w realiach przedmiotowej sprawy, Sąd Najwyższy, uchylając wyrokiem z dnia lutego 2012 r., sygn. , uniewinniający D N. wyrok sądu I instancji, w uzasadnieniu wydanego orzeczenia, w sposób jednoznacznie niekorzystny dla oskarżonego, wyraził swoje zapatrywanie w kwestii jego winy.

Jak należy rozumieć, to właśnie powyższe zapatrywanie na sprawę Sądu Najwyższego spowodowało - w ocenie Skarżącego - iż sąd I instancji, ponownie rozpoznając sprawę, nie uniewinnił po raz drugi oskarżonego, a uznając jego winę wydał wyrok warunkowo umarzający wobec niego postępowanie.

Z kolei, przy ponownym rozpoznaniu sprawy w postępowaniu odwoławczym, Sąd Najwyższy, w którego składzie większość sędziów orzekała już w tej sprawie poprzednio i miała na nią ugruntowany pogląd, którym była związana, ograniczył się jedynie do skontrolowania wykonania przez sąd meriti orzeczenia z dnia lutego 2012 r.

Taki sposób procedowania musi - zdaniem Skarżącego - powodować wątpliwości co do bezstronności i obiektywizmu sędziego w rozpoznawaniu określonej sprawy.

Odnosząc się do powyższej tezy, która miałaby uzasadnić niezgodność przepisu art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. z prawem do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd, należy przede wszystkim zwrócić uwagę na charakter postępowania odwoławczego na gruncie procedury karnej, które jest tak ukształtowane, że podstawowym zadaniem sądu odwoławczego jest kontrola zaskarżonego orzeczenia sądu pierwszej instancji, dokonywana w oparciu o akta sprawy, a możliwość zmiany zaskarżonego orzeczenia przez sąd odwoławczy zależy od zaistnienia szeregu warunków.

W szczególności należy mieć na uwadze, że, zgodnie z brzmieniem art. 433 § 1 k.p.k., sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach środka odwoławczego, a w zakresie szerszym o tyle, o ile ustawa to przewiduje. Ustawa zaś przewiduje rozpoznanie środka odwoławczego w szerszym zakresie w przypadku orzekania na rzecz współoskarżonych (art. 435 k.p.k.), wystąpienia bezwzględnych przesłanek odwoławczych (art. 439 § 1 k.p.k.) oraz w sytuacji, gdy utrzymanie w mocy orzeczenia byłoby rażąco niesprawiedliwe (art. 440 k.p.k.).

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 434 § 1 k.p.k., sąd odwoławczy może - co do zasady - orzec na niekorzyść oskarżonego tylko wtedy, gdy wniesiono na jego niekorzyść środek odwoławczy, a także tylko w granicach zaskarżenia. Jeżeli środek odwoławczy pochodzi od oskarżyciela publicznego lub pełnomocnika, sąd odwoławczy może orzec na niekorzyść oskarżonego ponadto tylko w razie stwierdzenia uchybień podniesionych w środku odwoławczym lub podlegających uwzględnieniu z urzędu.

Sąd odwoławczy nie może też – co do zasady – prowadzić postępowania dowodowego co do istoty sprawy (art. 452 § 1 k.p.k.).

Zgodnie z brzmieniem art. 439 § 1 k.p.k., sąd odwoławczy, niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia, uchyla orzeczenie sądu I instancji w przypadku stwierdzenia jednej z wymienionych w tym artykule bezwzględnych przyczyn odwoławczych.

Jednocześnie sąd odwoławczy uchyla lub zmienia zaskarżone orzeczenie w przypadku wystąpienia względnych przyczyn odwoławczych, których katalog wymieniony jest w art. 438 k.p.k.

Zgodnie natomiast z art. 455 k.p.k., sąd odwoławczy może poprawić błędną kwalifikację prawną niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, jedynie gdy nie zmienia dokonanych przez sąd meriti ustaleń faktycznych.

Nadto, w kontekście niniejszej sprawy, warto zwrócić uwagę na przepisy art. 437 k.p.k. i art. 454 k.p.k. w brzmieniu:

„Art. 437. § 1. Po rozpoznaniu środka odwoławczego sąd orzeka o utrzymaniu w mocy, zmianie lub uchyleniu zaskarżonego orzeczenia w całości lub w części. Dotyczy to odpowiednio rozpoznania środka odwoławczego od uzasadnienia orzeczenia.

§ 2. Jeżeli pozwalają na to zebrane dowody, sąd odwoławczy zmienia zaskarżone orzeczenie, orzekając odmiennie co do istoty, lub uchyla je i umarza postępowanie; w innych wypadkach uchyla orzeczenie i przekazuje sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania; przepis art. 397 stosuje się odpowiednio.";

„Art. 454. § 1. Sąd odwoławczy nie może skazać oskarżonego, który został uniewinniony w pierwszej instancji lub co do którego w pierwszej instancji umorzono lub warunkowo umorzono postępowanie.

§ 2. Sąd odwoławczy może orzec surowszą karę pozbawienia wolności tylko wtedy, gdy nie zmienia ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę zaskarżonego wyroku.

§ 3. Sąd odwoławczy nie może zaostrzyć kary przez wymierzenie kary dożywotniego pozbawienia wolności.".

W art. 437 § 1 k.p.k. przewidziano trzy rodzaje rozstrzygnięć pierwotnych sądu odwoławczego. Uchylenie orzeczenia sądu I instancji wymaga w zasadzie zawsze wydania rozstrzygnięcia następczego, których rodzaje przewidziano w art. 437 § 2 k.p.k.

Jak wynika to wprost z brzmienia przepisu art. 437 § 2 k.p.k., zmiana zaskarżonego orzeczenia oraz uchylenie go i umorzenie postępowania są dopuszczalne tylko wówczas, gdy pozwalają na to dowody zebrane w toku postępowania. Dopuszczalne jest to zarówno wówczas, gdy wydanie takiego orzeczenia możliwe jest na podstawie dowodów przeprowadzonych przez sąd I

instancji, jak i wówczas, gdy sąd odwoławczy – wykorzystując uprawnienia wynikające z art. 452 § 2 k.p.k. – w uzupełnieniu przewodu sądowego przeprowadzi dowód na rozprawie. Należy zwrócić przy tym uwagę na to, że orzeczenie sądu odwoławczego odmienne co do istoty stanowi pewnego rodzaju wyłom w realizacji zasady bezpośredniości, skoro wiąże się z dokonywaniem ponownej oceny dowodów, nadto odmiennej niż ocena dokonana przez sąd I instancji, oraz dokonywaniem na bazie tej oceny nowych ustaleń faktycznych. Dlatego korzystanie z możliwości merytorycznego orzekania w instancji odwoławczej powinno następować ze szczególną rozwagą, także z tego powodu, że w związku z brzmieniem przepisu art. 426 § 1 k.p.k., który co do zasady nie przewiduje środka odwoławczego m.in. od orzeczeń tego sądu, orzeczenie to następuje niejako „jednoinstancyjnie".

W powyższym zakresie obowiązuje jednolita linia orzecznicza sądów wypracowana jeszcze w czasie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r.

Warto w tym zakresie zwrócić uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 1974 r., sygn. III KRN 22/74, OSNKW nr 9/1974, poz. 172 wraz z akceptacją zawartego w nim poglądu przez M. Cieślaka i Z. Dodę (*Palestra* 1975, nr 7-8), w którym stwierdzono: „Sędziowie I instancji stykający się z dowodami bezpośrednio mają z tego powodu w zasadzie lepsze szanse prawidłowej oceny niż sędziowie II instancji, jeżeli orzekają na podstawie pisemnego materiału z akt. Wspomniana okoliczność nakazuje w każdym wypadku, gdy sąd odwoławczy orzeka odmiennie co do istoty sprawy, przeprowadzenie szczegółowej analizy zebranego materiału dowodowego i na tej dopiero podstawie przekonujące wykazanie, na czym polegało uchybienie, którego dopuścił się sąd I instancji".

Z nowszych orzeczeń Sądu Najwyższego, wpisujących się w powyższą linię orzeczniczą, wskazać należy na wyrok z dnia 11 lipca 2002 r., sygn. IV KK 150/02, Lex nr 55186, w którym stwierdzono: „Sąd odwoławczy uprawniony

jest zmieniać ustalenia faktyczne i orzec odmiennie co do istoty tylko wtedy, gdy pierwszoinstancyjna ocena dowodów jest tak jaskrawo wadliwa, iż bez naruszenia gwarancyjnej roli zasady bezpośredniości i dwuinstancyjności postępowania karnego możliwe, a nawet wręcz konieczne jest w oparciu o te same dowody dokonanie odmiennych ustaleń i wyrażenie na ich podstawie odmiennych konkluzji".

Z kolei w wyroku z dnia 2 lutego 2012 r., sygn. IV KK 306/11, Lex nr 1119561, Sąd Najwyższy podkreślił: „Dokonywanie przez sąd odwoławczy odmiennych ustaleń od poczynionych przez sąd I instancji, wymaga daleko posuniętej ostrożności, tak ze względu na brak bezpośredniego przeprowadzenia dowodów przez sąd odwoławczy orzekający (zazwyczaj) tylko na podstawie pisemnego materiału akt sprawy, jak i ze względu na to, że te reformatoryjne ustalenia sądu odwoławczego nie podlegają już sprawdzeniu w toku zwykłej kontroli instancyjnej".

Jak z powyższego wynika, jeżeli zebrane dowody nie pozwalają na wydanie merytorycznego rozstrzygnięcia (zmianę zaskarżonego orzeczenia bądź uchylenie tego orzeczenia z następczym umorzeniem postępowania), sąd odwoławczy uchyla zaskarżone orzeczenie i przekazuje sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że cytowany wyżej art. 454 k.p.k. wprowadza trzy dalsze ograniczenia odnoszące się do orzekania przez sąd odwoławczy co do istoty sprawy. Funkcja tych ograniczeń sprowadza się do wykluczenia możliwości orzekania na niekorzyść oskarżonego w instancji, w której zapadają orzeczenia niepodlegające kontroli odwoławczej w zwykłym trybie (art. 426 § 1 k.p.k.), a tym samym zabezpieczenia dwuinstancyjnego orzekania przy niekorzystnym dla oskarżonego rozstrzygnięciu.

Warto zauważyć, że zakazy *ne peius*, sformułowane w art. 454 § 1 i § 3 k.p.k., mają charakter bezwzględny w tym sensie, iż niedopuszczalne jest

orzekanie na niekorzyść oskarżonego niezależnie od tego, czy miałoby się ono opierać na nowych dowodach, czy też na nowych ustaleniach faktycznych, odmiennych od poczynionych w I instancji.

Z kolei charakter względny ma zakaz *ne peius* wyrażony w art. 454 § 2 k.p.k. Przepis ten nie zabrania bowiem generalnie orzeczenia surowszej kary pozbawienia wolności, ograniczając zakaz jedynie do sytuacji, w której sąd zmieniałby ustalenia faktyczne przyjęte za podstawę zaskarżonego wyroku.

Należy podkreślić, że zakaz wyrażony w art. 454 § 1 k.p.k. nie jest generalnym zakazem wydania w instancji odwoławczej mniej korzystnego rozstrzygnięcia co do winy oskarżonego. Nie wyklucza on bowiem ani umorzenia postępowania w stosunku do osoby uprzednio uniewinnionej, ani też warunkowego umorzenia postępowania w stosunku do osoby, co do której w I instancji postępowanie umorzono bezwarunkowo.

Należy w tym miejscu przywołać wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 1994 r., sygn. II KRN 234/94, Wokanda 1995/5/13, w brzmieniu: „W wypadku, gdy sąd pierwszej instancji uniewinnił oskarżonego albo umorzył postępowanie na podstawie art. 26 § 1 k.k. (aktualnie art. 1 § 2 k.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. – przyp. wł.), to sąd odwoławczy może umorzyć postępowanie bezwarunkowo (w razie uprzedniego uniewinnienia) albo warunkowo je umorzyć – tylko wyjątkowo – gdy nie czyni własnych ustaleń i gdy popełnienie przez oskarżonego zawinionego czynu zabronionego jest oczywiście niewątpliwe. W pozostałych wypadkach sąd odwoławczy powinien uchylić zaskarżone orzeczenie i sprawę przekazać sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania".

Z kolei, uwzględniając kasację wniesioną na korzyść oskarżonego, wobec którego sąd odwoławczy warunkowo umorzył postępowanie karne w sytuacji, gdy został on uniewinniony w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, Sąd Najwyższy, w wyroku z dnia 5 kwietnia 2013r., sygn. IV KK 405/12, Lex

nr 1300035, stwierdził, iż wprawdzie wskazany w zarzucie nadzwyczajnego środka odwoławczego przepis art. 454 § 1 k.p.k. nie stwarza formalnych przeszkód do zmiany przez sąd odwoławczy zaskarżonego na niekorzyść wyroku uniewinniającego, poprzez jego uchylenie i warunkowe umorzenie postępowania karnego, gdyż zakazuje on jedynie skazania oskarżonego, który został uniewinniony w pierwszej instancji, zaś warunkowe umorzenie postępowania karnego – chociaż zakłada winę oskarżonego – nie jest skazaniem, niemniej jednak sąd odwoławczy takiej zmiany wyroku może dokonać tylko wyjątkowo, w razie spełnienia określonych warunków.

W dalszej zaś części tego judykatu Sąd Najwyższy podkreślił: <<W piśmiennictwie i orzecznictwie trafnie wskazuje się, że skoro rolą reguły ne peius z art. 454 § 1 k.p.k. jest ograniczenie możliwości merytorycznego orzekania przez sąd odwoławczy, w celu właściwego zabezpieczenia prawa oskarżonego do obrony oraz konsekwentnego przeprowadzenia idei dwuinstancyjności przy orzekaniu na niekorzyść oskarżonego, to sąd odwoławczy z możliwości dokonania zmiany wyroku sądu pierwszej instancji powinien korzystać w „wypadkach niejako skrajnych" (T. Grzegorczyk: Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz, 5. wydanie, Warszawa 2008, s. 978) oraz „z dużą ostrożnością, aby nie naruszać prawa oskarżonego do obrony" (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 grudnia 1993 r., I KZP 34/93, OSNKW 1994, z. 1 - 2, poz. 9). Sąd odwoławczy nie powinien warunkowo umarzać postępowania karnego, po uprzednim uchyleniu wyroku uniewinniającego, w szczególności wówczas, gdyby taka zmiana wyroku miała się łączyć z dokonaniem własnych ustaleń faktycznych, gdyż z reguły będzie to w istotnym stopniu ograniczać prawo oskarżonego do obrony, a także realizację zasady bezpośredniości i kontradyktoryjności (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 7 grudnia 1994 r., II KRN 234/94, Wokanda 1995, Nr 5, s. 13; z dnia 10 grudnia 2002 r., IV KK 642/99, LEX Nr 75499). Pamiętać bowiem trzeba, że sąd orzekając o warunkowym umorzeniu postępowania karnego ustala

sprawcę czynu zabronionego, jego winę, stopień społecznej szkodliwości. To zaś wymaga stwierdzenia, że okoliczności popełnienia czynu nie budzą wątpliwości. Z powyższych względów, zasadą powinno być uchylenie przez sąd odwoławczy takiego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji>>.

Wskazane wyżej liczne ograniczenia, dotyczące możliwości postąpienia sądu odwoławczego, prowadzą do wniosku, iż, w praktyce, podstawowymi jego działaniami są decyzje o utrzymaniu w mocy zaskarżonego orzeczenia lub o jego uchyleniu i przekazaniu sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Taką też decyzję podjął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia lutego 2012 r., sygn. , którym, uwzględniając apelację prokuratora wniesioną na niekorzyść oskarżonego od uniewinniającego go wyroku z dnia października 2011 r. i nie mając przy tym podstaw do wydania orzeczenia reformatoryjnego, uchylił powyższy wyrok Wojskowego Sądu Okręgowego w W , przekazując mu sprawę do ponownego rozpoznania.

To z kolei wiązało się z przedstawieniem sądowi pierwszej instancji zapatrywań prawnych i wskazań Sądu Najwyższego co do dalszego postępowania.

Wynikająca z treści skargi konstytucyjnej ewidentna sugestia, iż uznanie winy oskarżonego w wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego w W z dnia października 2012 r., mocą którego ponowne postępowanie przeciwko D N. zostało warunkowo umorzone, było wynikiem uwzględnienia wytycznych, w których Sąd Najwyższy wyraził swoje niekorzystne dla oskarżonego zapatrywanie w kwestii jego winy, a tym samym – jak należy sądzić – naruszone zostało jego prawo do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd, wymaga odniesienia się do treści i znaczenia przepisu art. 442 § 3 k.p.k.

Ponowne postępowanie karne po uchyleniu orzeczenia normuje art. 442 k.p.k., w tym jego § 3 w brzmieniu:

„Zapatrywania prawne i wskazania sądu odwoławczego co do dalszego postępowania są wiążące dla sądu, któremu sprawę przekazano do ponownego rozpoznania.".

Jak wyraził to Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 marca 2008 r., sygn. II K 347/07, Legalis, <<Przepis art. 442 § 3 k.p.k. określa odstępstwa od zasady samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego, skodyfikowanej w art. 8 § 1 k.p.k., stanowiąc, że sąd rozpoznający sprawę ponownie jest związany zapatrywaniami prawnymi i wskazaniami do dalszego postępowania, przedstawionymi przez sąd odwoławczy. Taki wyjątkowy charakter tego przepisu sprawia, że podlega on ścisłej wykładni. Owe „zapatrywania prawne", określające granice „związania" sądu ponownie rozpoznającego sprawę, stanowią wyrażone przez sąd odwoławczy poglądy na temat wykładni określonych przepisów prawa materialnego lub procesowego, zaś „wskazania co do dalszego postępowania" to przede wszystkim zalecenia co do trybu i celowości przeprowadzenia w tym postępowaniu czynności procesowych>>.

W świetle jednolitego orzecznictwa sądów w tej sprawie, w pełni aktualna pozostaje teza, zawarta w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 1976 r., sygn. III KR 384/75, Lex nr 21701, w brzmieniu: „Sąd pierwszej instancji, rozpoznając sprawę ponownie ocenia dowody na podstawie własnego przekonania (art. 4 § 1 k.p.k.) [aktualnie art. 7 k.p.k. – przyp. wł.], a nie na podstawie sugestii co do ustaleń faktycznych i ocen dowodów wyrażonych w uzasadnieniu orzeczenia sądu odwoławczego. Sugestie i oceny sądu odwoławczego nie są bowiem wiążące dla sądu, któremu sprawę przekazano do ponownego rozpoznania, co wynika a contrario z dyspozycji art. 391 § 3 k.p.k. [aktualnie art. 442 § 3 k.p.k. – przyp. wł.] ograniczającej sąd pierwszej instancji w zakresie uprawnień z art. 4 § 1 k.p.k. jedynie co do zapatrywań prawnych

oraz wskazań sądu rewizyjnego co do dalszego postępowania, wychodząc z założenia, iż sąd bezpośrednio zbierający dowody ma większą możność ich prawidłowej oceny niż sąd odwoławczy, oceniający jedynie treść zaprotokołowanych w pierwszej instancji wyjaśnień i zeznań".

W świetle treści skargi konstytucyjnej warto także zwrócić uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lipca 1979 r., sygn. IV KR 136/79, OSNKW 1979/11-12/122, w którym przedstawiono następujący pogląd: „W myśl art. 391 § 3 k.p.k. [aktualnie art. 442 § 3 k.p.k. – przyp. wł.] sąd, któremu przekazano sprawę do ponownego rozpoznania po uchyleniu wyroku, związany jest tylko zapatrywaniami prawnymi oraz wskazaniami sądu odwoławczego co do dalszego postępowania w sprawie, zwłaszcza zaś zaleceniami co do zakresu uzupełnienia materiału dowodowego, sprawdzenia i wyjaśnienia nasuwających się wątpliwości lub choćby ponownego rozważenia już ustalonych okoliczności, które mogą mieć wpływ na treść wyroku. Inne wskazania sądu rewizyjnego, a w szczególności co do oceny poszczególnych dowodów, nie są wiążące dla sądu ponownie rozpoznającego sprawę".

<<Wskazania sądu odwoławczego co do dalszego postępowania instancji a quo w zakresie uzupełnienia materiału dowodowego nie mogą być identyfikowane jako swoiste „zalecenie" odmiennego niż w uchylonym orzeczeniu rozstrzygnięcia merytorycznego danej sprawy i którego „uwzględnienie" przez sąd, któremu sprawę przekazano do ponownego rozpoznania, zwalnia go od konieczności dowodowego uzupełnienia postępowania>> (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 1996 r., sygn. III KRN 206/95, OSNKW 1996/5-6/27).

Stała linia orzecznicza sądów, z której wynika, iż sąd odwoławczy nie ma prawa, wydając zalecenia, ograniczać zasady swobodnej oceny dowodów przez sąd I instancji, statuowanej w art. 7 k.p.k., w szczególności poprzez wskazania co do oceny dowodów lub kierunku ustaleń faktycznych, zaś sąd ponownie

rozpoznający sprawę ma prawo do swobodnej oceny dowodów i ustalenia stanu faktycznego w oderwaniu od poprzedniego wyroku, który został uchylony, wynika z szeregu orzeczeń, w tym m.in. z: wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 października 2000 r., sygn. II AKa 151/00 (KZS 2000/11/45), wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2002 r., sygn. V KKN 71/01 (Legalis), postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2002 r., sygn. V KK 2/02 (Lex nr 74486), postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2003 r., sygn. III KK 360/02 (OSNwSK 2003/1/2141), wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 11 lutego 2004 r., sygn. II AKa 397/03 (Legalis), wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2005 r., sygn. IV KK 388/04 (Lex nr 147120), wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 grudnia 2006 r., sygn. II AKa 213/06 (KZS 2007/5/73), wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2007 r., sygn. II KK 62/07 (Legalis), postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2008 r., sygn. IV KK 29/08 ((Legalis), wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2008 r., sygn. II KK 62/08 (Legalis), postanowienia Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 24 września 2008 r., sygn. II AKa 226/08 (Legalis), postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2009 r., sygn. II KK 224/08 (Legalis), wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 13 września 2012 r., sygn. II AKa 255/12 (Lex nr 1236114) czy wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 14 maja 2013 r., sygn. II AKa 7/13 (Lex nr 1327588).

Podobne stanowisko w tej kwestii zajęła doktryna.

Przykładowo Stanisław Zabłocki (*Komentarz do art. 442 Kodeksu postępowania karnego*, Lex) stwierdza: „W granicach, w jakich nastąpiło przekazanie, sąd pierwszej instancji, rozpoznając ponownie sprawę, ocenia dowody na podstawie własnego swobodnego przekonania, z uwzględnieniem wskazań, o których mowa w art. 7 k.p.k., a nie na podstawie sugestii co do kierunku ustaleń faktycznych lub oceny dowodów wyrażonych w uzasadnieniu orzeczenia sądu odwoławczego. Takie bowiem sugestie nie powinny być

formułowane przez sąd odwoławczy. Jeśli zatem doszło do ich wyrażenia, to nie są one wiążące dla sądu, któremu przekazano sprawę do ponownego rozpoznania, co wynika *a contrario* z art. 442 § 3 k.p.k.".

Podobnie, Piotr Hofmański, Elżbieta Sadzik i Kazimierz Zgryzek (*Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 297-467.* Tom II, rok wydania 2011, Wydawnictwo: C. H. Beck, wydanie 4, Legalis) podkreślają: „Formułując zapatrywania prawne, sąd odwoławczy nie powinien instruować sądu I instancji w zakresie sposobu rozstrzygnięcia sprawy. Tego rodzaju zalecenia nie są bowiem zapatrywaniami prawnymi; jeśli jednak zostały w orzeczeniu sądu odwoławczego sformułowane, nie wiążą sądu ponownie rozpoznającego sprawę".

Jak z powyższego wynika, gdyby nawet hipotetycznie podzielić stanowisko Skarżącego, iż z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia lutego 2012 r. można wyprowadzić sugestię co do oceny dowodów w sprawie przeciwko D N., to nie ulega wątpliwości, iż - w świetle obowiązującej procedury karnej - powyższa ocena sądu odwoławczego w żadnym stopniu nie wiązała sądu I instancji ponownie rozpoznającego sprawę.

Wojskowy Sąd Okręgowy w W , kierując się zasadą swobodnej oceny dowodów, poczynił własne ustalenia faktyczne, z których wynikało, iż oskarżony dopuścił się zarzucanych mu występków, przy czym czyny oskarżonego należało uznać za wypadki mniejszej wagi. Z kolei, dochodząc do ustalenia, iż stopień społecznej szkodliwości przypisanych D N. czynów nie jest znaczny, uznał, że właściwą reakcją karną na nie będzie warunkowe umorzenie postępowania karnego wobec oskarżonego.

Stanowisko Skarżącego - zakładające, iż wyrok sądu I instancji wydany w ponownym procesie, uznający winę oskarżonego i warunkowo umarzający postępowanie karne wobec niego, był wynikiem li tylko sugestii sądu odwoławczego przekazanych w uzasadnieniu wyroku uchylającego pierwotne

orzeczenie uznające, iż nie dopuścił się on czynów zarzucanych mu aktem oskarżenia - jest wynikiem przyjęcia bardzo uproszczonego założenia, które pomija istotę sędziowskiej bezstronności i niezawisłości. Zakłada bowiem, że sędzia wyznaczony do rozpoznania sprawy, po jej uchyleniu przez sąd odwoławczy, stara się każdorazowo w uzasadnieniu orzeczenia uchylającego poprzedni wyrok znaleźć jakiekolwiek – niezgodne przecież z treścią art. 442 § 3 k.p.k. – sugestie, co do ustaleń faktycznych i ocen dowodów i w przypadku ich odnalezienia bezwzględnie się do nich stosuje.

Tak przecież nie jest i nie ulega wątpliwości, że w sytuacji, gdyby zebrany w sprawie materiał dowodowy, w ocenie sądu po raz drugi orzekającego w niniejszej sprawie, nie wskazywał na sprawstwo oskarżonego, to nic nie stało na przeszkodzie, by wydał on ponownie orzeczenie uniewinniające oskarżonego. W konsekwencji powyższego ustalenia, nie ulega wątpliwości, iż sugerowanie przez Skarżącego, że wydanie wyroku stwierdzającego jego winę nastąpiło jedynie wskutek uwzględnienia przez sąd meriti wytycznych i sugestii Sądu Najwyższego, który wyraził swoje niekorzystne dla oskarżonego zapatrywanie w kwestii jego winy, nie znajduje pokrycia w rzeczywistości, a w rezultacie nie sposób przyjąć, iż pozbawiony on został prawa do bezstronnego sądu na poziomie I instancji.

W tym miejscu należy podkreślić, że Trybunał Konstytucyjny zajmował się już kwestią konstytucyjności związania sądu I instancji oceną prawną i wskazaniami co do dalszego postępowania wyrażonymi przez sąd odwoławczy.

Wprawdzie na mocy postanowienia z dnia 16 października 2012 r., sygn. P 14/12 (OTK ZU nr 9/A/2012, poz. 115), z uwagi na niespełnienie przesłanki funkcjonalnej, Trybunał Konstytucyjny umorzył postępowanie dotyczące zgodności z Konstytucją art. 386 § 6 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.), jednakże w orzeczeniu tym przedstawił swój pogląd na temat istoty powyższego przepisu procedury cywilnej, który wyraża zasadę analogiczną do reguły obowiązującej

także na gruncie Kodeksu postępowania karnego. W powołanym orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny wyraził następujące stanowisko: „Celem normy zawartej w zaskarżonym przepisie nie jest skrępowanie sądu, któremu sprawa została przekazana oraz sądu drugiej instancji przy ponownym rozpoznaniu sprawy, ale unikanie popełniania tych samych błędów w kolejnych orzeczeniach. Nowe rozstrzygnięcie sądu ponownie rozpoznającego sprawę musi być zawsze wyrazem oceny i decyzji tego sądu. Ograniczenia wynikające z orzeczenia sądu drugiej instancji mają na celu jedynie zapobieżenie powtórzeniu się okoliczności powodujących wadliwość uchylonego orzeczenia (zob. wyrok SN z 20 lutego 2002 r., sygn. akt V CKN 757/00, Lex nr 56021). Art. 386 § 6 k.p.c. przewiduje sytuację, w której ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania nie są wiążące, a mianowicie zmianę stanu prawnego. Wyjątki od związania występują jednak w szerszym zakresie, niż mogłoby to wynikać z brzmienia omawianego przepisu. Są one potwierdzone od dawna w ustabilizowanym orzecznictwie Sądu Najwyższego i można przyjąć, że orzecznictwo to ukształtowało treść omawianego przepisu. Brak związania występuje w szczególności, gdy ocena zawarta w orzeczeniu sądu rozpoznającego apelację lub wskazania co do dalszego postępowania nie miały i nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Ponadto, art. 386 § 6 k.p.c. nie ma zastosowania m.in. gdy:

– stan faktyczny sprawy uległ zmianie (zob. wyrok SN z 4 listopada 1967 r., sygn. akt I CR 381/67, OSNC nr 7/1968, poz. 122; postanowienie SN z 9 września 2011 r., sygn. akt I CSK 248/11, Lex nr 1043961);

– stanowisko sądu rozpoznającego apelację dotyczy oceny dowodów; sąd ponownie rozpoznający sprawę zachowuje pełną swobodę w zakresie oceny dowodów, w szczególności gdy przeprowadzono nowe dowody lub ponowiono przeprowadzenie dowodów (zob. wyrok SN z 13 marca 1975 r., sygn. akt III CRN 466/74, OSPiKA nr 3/1976, poz. 63);

– sąd ponownie rozpoznający sprawę rozpoznaje sprawę w szerszym zakresie (zob. wyrok SN z 14 stycznia 1963 r., sygn. akt II CR 1003/62, OSNCP nr 3/1964, poz. 48);

– wykładnia prawa dokonana przez sąd rozpoznający apelację nie stanowiła logicznej przesłanki pozytywnego lub negatywnego ustosunkowania się do zarzutów apelacji ani do ewentualnych uchybień branych pod uwagę z urzędu (zob. wyrok SN z 14 stycznia 1963 r., sygn. akt II CR 1003/62).".

Z kolei w postanowieniu z dnia 21 lutego 2006 r., sygn. SK 1/05 (OTK ZU nr 2/A/2006, poz. 22), umarzającym postępowanie, z powodu niedopuszczalności orzekania, w sprawie o zbadanie zgodności art. 386 § 6 k.p.c. z art. 178 ust. 1 i art. 45 ust. 1 i 2 ustawy zasadniczej, Trybunał Konstytucyjny wyraził następujący pogląd: „Ocena prawna i wskazania, o których jest mowa w zakwestionowanym przepisie, w żadnym razie nie stanowią zatem antycypacji przyszłego orzeczenia. Mają zapobiegać powtórzeniu się w przyszłym orzeczeniu błędów, których istnienie zostało już stwierdzone przez sąd drugiej instancji w ramach przeprowadzonej kontroli, nie sugerując jednak treści przyszłego rozstrzygnięcia. W ponownym postępowaniu sąd jest zobligowany do przeprowadzenia postępowania w kierunku wskazanym w orzeczeniu sądu drugiej instancji, co jednak nie ogranicza jego kompetencji do swobodnej oceny dowodów. Nowe ustalenia faktyczne, dokonane na podstawie zebranego materiału dowodowego, uchylają zaś związanie oceną prawną i wskazaniami co do dalszego postępowania.

Ingerencję sądu drugiej instancji w kompetencje orzecznicze sądu w ponownym postępowaniu dokonuje się tu zatem w granicach wyznaczonych przez kontrolną funkcję sądu drugiej instancji. Ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania, wyrażone w uzasadnieniu sądu drugiej instancji, formułowane są po przeprowadzeniu kontroli instancyjnej orzeczenia i dotyczą tych okoliczności, które były objęte kontrolą sądu drugiej instancji.

Uregulowanie pomieszczone w kwestionowanym przepisie jest konsekwencją zasady instancyjności. Skoro okoliczności objęte oceną prawną i wskazaniami co do dalszego postępowania zostały już poddane ocenie sądu drugiej instancji, to wyłączona jest możliwość ponownego skutecznego zainicjowania postępowania kontrolnego co do tych okoliczności. Jak już wskazano, związanie to nie jest nieograniczone. W szczególności nowe ustalenia odnoszące się do sfery faktów, poczynione na podstawie nowego, zebranego w ponownym postępowaniu materiału dowodowego, mogą doprowadzić do dezaktualizacji oceny prawnej i wskazań sądu zawartych w wydanym orzeczeniu. To zaś jest równoznaczne z przekreśleniem ich mocy wiążącej.".

W dalszej zaś części uzasadnienia powyższego postanowienia Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „Art. 386 § 6 k.p.c. nie pozbawia strony prawa do uzyskania orzeczenia sprawiedliwego. Skoro sąd drugiej instancji dostrzegł konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, to tym samym uznał zasadność zarzutów podniesionych w apelacji. Zaprzeczeniem funkcji kontrolnych tego sądu byłaby zatem sytuacja, w której ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania, odnoszące się do tych, poddanych już kontroli okoliczności, nie byłyby w dalszym postępowaniu wiążące. Dopuszczenie wielokrotnej oceny niezmienionych okoliczności w ramach ponownego postępowania kolidowałoby z zasadą ekonomii procesowej i utrudniało możliwość uzyskania sprawiedliwego orzeczenia, zwłaszcza w przypadku zaistnienia konieczności wydania kolejnego orzeczenia kasatoryjnego w tej samej sprawie.

Związanie sądu orzekającego w ponownym postępowaniu oceną prawną i wskazaniami co do dalszego postępowania nie narusza także gwarantowanego przez art. 45 ust. 1 Konstytucji w związku z art. 178 ust. 1 Konstytucji prawa do sądu niezawisłego. Nie narusza też konstytucyjnie gwarantowanej zasady instancyjności postępowania, która zakłada istnienie jednej co najmniej instancji

kontrolnej. W świetle przytoczonego orzecznictwa Sądu Najwyższego nie budzi bowiem wątpliwości, że wynikające z kwestionowanego przepisu ograniczenie samodzielności jurysdykcyjnej sądu orzekającego w ponownym postępowaniu jest limitowane kompetencjami kontrolnymi sądu w ramach postępowania w drugiej instancji. Sąd ten, orzekając w przedmiocie zasadności uchybień wskazanych w apelacji, nie rozpoznaje sprawy raz jeszcze co do *meritum*, lecz kontroluje orzeczenie zapadłe w pierwszej instancji. Instancyjność postępowania ze swej istoty zakłada zaś związanie sądu rozpoznającego sprawę w ponownym postępowaniu poglądem sądu drugiej instancji (por. postanowienia Trybunału Konstytucyjnego: z 17 lutego 2003 r., sygn. Ts 131/02, OTK ZU nr 2/B/2003, poz. 118 oraz z 28 maja 2003 r., sygn. Ts 131/02, OTK ZU nr 2/B/2003, poz. 119). Kwestionowany przepis nie ogranicza przy tym w żaden sposób możliwości badania nowych dowodów w ponownym postępowaniu, a zmiana w sferze stanu faktycznego, będąca następstwem przeprowadzenia nowych dowodów, wyznacza granice związania sądu oceną prawną i wskazaniami, o których jest mowa w kwestionowanym przepisie.".

Odnosząc się do zarzutu skargi konstytucyjnej, iż art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., w zakresie, w jakim nie wyłącza w postępowaniu odwoławczym od udziału w sprawie sędziego, jeżeli brał on już udział w wydaniu orzeczenia uchylającego wyrok w tej samej sprawie i przekazującego ją do ponownego rozpoznania, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji, gdyż narusza prawo do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd, stwierdzić należy, co następuje.

Z powołanego wyżej orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego jednoznacznie wynika, że bezstronność należy rozumieć jako taki stosunek sądu do sprawy i stron procesu, który polega na kierowaniu się przez sąd obiektywizmem i nietworzeniu korzystniejszej sytuacji dla żadnej ze stron czy uczestników postępowania. Jest ona przy tym niezbywalną cechą władzy

sądowniczej, a zarazem przymiotem, wraz z utratą którego sędzia traci kwalifikacje do spełniania swoich funkcji.

Zdaniem Skarżącego, sytuacja, w której orzeka w sprawie dwóch sędziów sądu odwoławczego, którzy już raz brali udział w wydaniu orzeczenia uchylającego wyrok w tej sprawie i przekazującego ją do ponownego rozpoznania, rodzi uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych sędziów.

W ocenie Skarżącego, mogą oni czuć się związani wyrażonymi wcześniej zapatrywaniami i poglądami na sprawę, sformułowanymi w uzasadnieniu orzeczenia o uchyleniu wyroku.

Z powyższym zapatrywaniem nie sposób się zgodzić, mając na uwadze chociażby opisany wyżej charakter postępowania odwoławczego w polskiej procedurze karnej, sprowadzający się w zasadzie do kontroli zaskarżonego orzeczenia sądu pierwszej instancji, dokonywanej w oparciu o akta sprawy.

Nadto, co wyżej opisano i podkreślono, ewentualna możliwość zmiany orzeczenia, wydanego przez sąd meriti, przez sąd odwoławczy zależy od spełnienia szeregu warunków.

Poza tym, mając na uwadze chociażby przepis art. 433 § 1 k.p.k., należy dojść do wniosku, iż jakkolwiek sprawa rozpatrywana każdorazowo przez sąd odwoławczy dotyczy tego samego oskarżonego i tego samego czynu, to nie jest to za każdym razem taka sama sprawa. Przed sąd odwoławczy trafia bowiem sprawa, co do której granice i kierunek jej rozpoznania za każdym razem są określane w środku odwoławczym przez wnoszący go podmiot, tym bardziej iż sąd I instancji przy ponownym rozpoznaniu sprawy może dopuścić się zupełnie innych uchybień, niż te, które były przedmiotem oceny zawartej w poprzednim rozstrzygnięciu sądu odwoławczego. W konsekwencji, sąd odwoławczy za każdym razem de facto zajmuje się odmienną sprawą, pomimo iż formalnie dotyczy ona tego samego oskarżonego i zarzucanego mu czynu.

Należy też dojść do wniosku, iż pomiędzy sprawą rozpatrywaną przez sąd odwoławczy po raz pierwszy a sprawą rozpatrywaną przez ten sąd po raz drugi nie ma takiej relacji, która wskazywałaby na zależność rozstrzygnięcia podejmowanego po raz drugi od rozstrzygnięcia pierwszego.

Sąd odwoławczy, przy ponownym rozpoznaniu sprawy, nie kontroluje przy tym własnych ustaleń, lecz realizację przez sąd I instancji zapatrywań prawnych i wskazań sądu odwoławczego co do dalszego postępowania po uchyleniu poprzedniego wyroku oraz prawidłowość ustaleń poczynionych przez sąd I instancji na podstawie tak uzupełnionego materiału dowodowego.

W rezultacie, brak jest racjonalnych podstaw do twierdzenia, iż sędzia orzekający ponownie w postępowaniu odwoławczym może czuć się związany swoimi poglądami i zapatrywaniami na sprawę wyrażonymi przy poprzednim rozpoznaniu sprawy, a w konsekwencji nie jest bezstronny.

Jak to już wyżej podkreślono, tak orzecznictwo sądowe, jak i przedstawiciele doktryny zgodnie stoją na stanowisku, że sytuacja, w której sędzia sądu odwoławczego, który już raz uchylił orzeczenie w sprawie, został ponownie do niej wyznaczony, jest nie tylko dopuszczalna, ale wręcz korzystna, ponieważ taki sędzia może skutecznie kontrolować, czy zalecenia i wskazania sądu odwoławczego po przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania zostały w pełni zrealizowane przez sąd I instancji.

W tym miejscu należy wskazać na judykaty Sądu Najwyższego, z których można wyprowadzić wniosek, iż mieszczące się w pewnych ramach przekonanie sędziego, które powziął on rozpatrując daną sprawę po raz pierwszy, *per se* nie ma znaczenia dla jego kolejnej decyzji. W szczególności, w wyroku z dnia 22 października 2002 r., sygn. II KK 202/02, Lex nr 56092, Sąd Najwyższy stwierdził: „Sędzia sądu odwoławczego, który już raz uchylił orzeczenie w sprawie, może ponownie być wyznaczony do tej samej sprawy, gdy powtórnie zachodzi potrzeba przeprowadzenia kontroli odwoławczej po

ponownym rozpoznaniu sprawy w pierwszej instancji. Oceny sędziowskie, mieszczące się w granicach argumentów osądzających zasadność apelacji, niewykraczające poza zakres orzekania, pozbawione uprzedzeń osobistych, nie uzasadniają wątpliwości co do bezstronności sędziego w rozumieniu przepisu art. 41 § 1 k.p.k.".

Powyższe stanowisko Sąd Najwyższy podtrzymał także w kolejnych orzeczeniach (np. postanowieniach z dnia 13 stycznia 2004 r., sygn. V KK 170/03, Lex nr 109496 oraz z dnia 19 listopada 2009 r., sygn. III KK 153/09, OSNKW 2010/4/35).

Dokonując oceny przepisu art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. przez pryzmat wzorca z art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej, należy także mieć na uwadze, iż w sytuacji wystąpienia zasadnych wątpliwości co do bezstronności sędziego, niezbędną elastyczność obowiązującej regulacji zapewnia przepis art. 41 § 1 k.p.k. Przepis ten ma w założeniu służyć eliminacji wszelkich sytuacji, które nie zostały objęte zakresem zastosowania art. 40 § 1 k.p.k., a powodują, że można by było w sposób uzasadniony kwestionować bezstronność sędziego. *Ratio legis* przepisu jest więc stworzenie możliwości wyłączenia od orzekania sędziego, co do obiektywizmu którego mogłyby zaistnieć pewne wątpliwości.

Na temat charakteru i funkcji przesłanek względnych wyłączenia sędziego wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 13 grudnia 2005 r., sygn. SK 53/04 (op. cit.). Trybunał stwierdził wówczas: „W istocie podobny jest cel wyłączenia sędziego w oparciu o tzw. przesłanki względne. Ich wprowadzenie w przepisach regulujących poszczególne procedury, obok przesłanek bezwzględnych, jest nakierowane na wprowadzenie niezbędnej elastyczności oceny. Z natury rzeczy ustawodawca, formułując katalog przyczyn uzasadniających wyłączenie sędziego (czy osoby będącej pracownikiem organu administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym), nie jest w stanie przewidzieć i kazuistycznie uregulować wszystkich sytuacji, które z uwagi na

zakreślony we wcześniejszych rozważaniach 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. Nie jest też tu obojętny aspekt związany z oceną zewnętrzną, a więc z kształtowaniem się obiektywnego obrazu wymiaru sprawiedliwości u postronnych obserwatorów. Pewne okoliczności, związane z konkretnym postępowaniem i jego faktycznymi uwarunkowaniami, mogą być zasadnie traktowane – w opinii zewnętrznej – jako zagrażające bezstronności sędziego i wywoływać przeświadczenie, że miały wpływ na podjęte w sprawie rozstrzygnięcie.

Z tego powodu formuła tzw. przesłanek względnych jest w każdej z ustaw procesowych dość elastyczna, choć nie tożsama. Oznacza to, że nie istnieje na gruncie polskiego ustawodawstwa procesowego jednolita zasada wyłączenia sędziego".

Mając powyższe na uwadze należy dojść do wniosku, że na zobrazowanie instytucji wyłączenia sędziego składa się wspólna analiza postanowień zawartych w art. 40 § 1 k.p.k. i art. 41 § 1 k.p.k. Nie można jednocześnie interpretować przepisu art. 40 § 1 k.p.k. w oderwaniu od art. 41 § 1 k.p.k., gdyż oba te przepisy są wobec siebie komplementarne. Mogą w związku z powyższym istnieć sytuacje procesowe, w których sędzia nie będzie wyłączony od orzekania z mocy prawa, natomiast można i trzeba będzie go wyłączyć od udziału w sprawie na podstawie art. 41 § 1 k.p.k. z uwagi na istnienie okoliczności tego rodzaju, że mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego w danej sprawie.

W realiach niniejszej sprawy, co wynika z treści skargi konstytucyjnej, taki wniosek nie został jednak złożony.

Oceniając jako zgodne z art. 45 ust. 1 Konstytucji aktualne brzmienie przepisu art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., końcowo należy odwołać się do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 października 2006 r., sygn. SK 42/04, op.

cit., w którym stwierdzono, że być może pozbawienie z mocy prawa możliwości orzekania sędziego, który wydał jakiekolwiek rozstrzygnięcie w danej sprawie, jako realizujące w sposób wzorcowy prawo do niezależnego i bezstronnego sądu, gwarantowałoby w stopniu najwyższym bezstronność sądu odnoszoną do instytucji wyłączenia sędziego, jednakże mogłoby to prowadzić do znacznego wydłużenia, a czasem (w wypadku mniejszych sądów) do zablokowania rozstrzygania spraw.

Powyższe stanowisko można z powodzeniem odnieść do postulatu Skarżącego, by wyłączyć z urzędu od udziału w sprawie odwoławczej sędziego, który już raz brał udział w wydaniu orzeczenia uchylającego wyrok w tej sprawie i przekazującego ją do ponownego rozpoznania. Nie można przy tym zapominać, że wzorzec z art. 45 ust. 1 ustawy zasadniczej mówi nie tylko o prawie każdego do bezstronnego sądu, ale także do rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki. Obligatoryjne wyłączenie takiego sędziego od udziału w sprawie odwoławczej w sposób niewątpliwy przynajmniej wydłużyłoby bowiem rozpoznanie środka odwoławczego, gdyż żaden z nowo wyznaczonych sędziów do jego rozpoznania nie znałby sprawy, w odróżnieniu od sędziego podlegającego wyłączeniu, który w dużej mierze zna już materiały dowodowe zgromadzone w toku postępowania karnego.

Należy przy tym zauważyć, że ustawodawca nie może wprowadzić rozwiązania prawnego, które wprawdzie realizuje jedną z wartości konstytucyjnych, ale abstrahuje od innych, które również podlegają ochronie konstytucyjnej. Ustawodawca musi więc tak kształtować przepisy, żeby uwzględniały możliwość realizacji konkurujących w danej sprawie zasad i wartości konstytucyjnych.

Na temat kolizji zasad konstytucyjnych Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się w wyroku z dnia 20 marca 2006 r., sygn. K 17/05 (OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 30), stwierdzając m.in., iż „(...) kolizja praw i zasad na poziomie konstytucyjnym nie może prowadzić w ostatecznym wyniku do pełnej

eliminacji jednego z praw pozostających w konflikcie. Problemem wymagającym rozstrzygnięcia jest zawsze w takim wypadku znalezienie pewnego punktu równowagi, balansu dla wartości chronionych przez Konstytucję i wyznaczenie obszaru stosowania każdego z praw".

Takim balansem wydaje się być rozwiązanie o niewyłączaniu z urzędu sędziego sądu odwoławczego, który już raz brał udział w wydaniu orzeczenia uchylającego wyrok w tej sprawie. Rozwiązanie to z jednej strony nie narusza prawa do rozpoznania sprawy przez bezstronny sąd, zaś z drugiej strony nie powoduje naruszenia prawa do rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki i nie stwarza niebezpieczeństwa paraliżu orzekania przez sądy odwoławcze o mniej licznej obsadzie osobowej.

Z tych względów wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego

Robert Hernand
Zastępca Prokuratora Generalnego