WYROK Z DNIA 4 SIERPNIA 2010 R.
III KK 40/10

Sędzia jest z mocy prawa wyłączony od udziału w sprawie niezależnie od tego na jakim etapie postępowania sądowego w charakterze oskarżyciela publicznego występował jego krewny lub powinowaty w linii prostej, a w linii bocznej w stopniu określonym art. 40 § 1 pkt 3 k.p.k. – wskazana przyczyna wyłączenia powstaje również wtedy, gdy udział takiej osoby w takim charakterze ograniczony był do postępowania incydentalnego.

Przewodniczący: sędzia SN P. Kalinowski.
Sędziowie SN: T. Artymiuk (sprawozdawca), M. Laskowski.
Prokurator Prokuratury Generalnej: J. Gemra.

Sąd Najwyższy w sprawie Jarosława O., skazanego z art. 280 § 1 k.k., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2010 r. kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Okręgowego w W. z dnia 19 listopada 2009 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Rejonowego w W. z dnia 24 sierpnia 2009 r.,

u c h y l i ł zaskarżony wyrok oraz utrzymany nim w mocy wyrok Sądu Rejonowego w W. i p r z e k a z a ł sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

U Z A S A D N I E N I E

Wyrokiem Sądu Rejonowego w W. z dnia 24 sierpnia 2009 r., Jarosław O. został uznany za winnego popełnienia przestępstwa określonego w art. 280 § 1 k.k. i za to skazany na karę 3 lat i 2 miesięcy pozbawienia wol-

ności z zaliczeniem na poczet orzeczonej kary okresu rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie od dnia 13 września 2008 r.

Wyrok ten zaskarżył obrońca oskarżonego, który we wniesionej apelacji – zauważając, że w czasie rozpoznawania sprawy przez Sąd pierwszej instancji, na posiedzeniu przed Sądem Okręgowym w dniu 3 lipca 2009 r. w związku z zażaleniem na przedłużenie wobec Jarosława O. środka zapobiegawczego, urząd prokuratorski, a zatem stronę postępowania, reprezentował brat sędziego, który następnie orzekał w przedmiotowej sprawie – zarzucił „naruszenie norm postępowania, w szczególności art. 40 § 1 pkt 3 k.p.k., mające wpływ na treść orzeczenia, co w konsekwencji doprowadziło do zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej stypizowanej w art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k.”. W konkluzji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji.

Sąd Okręgowy w W. wyrokiem z dnia 19 listopada 2009 r. utrzymał w mocy zaskarżone orzeczenie sądu *a quo*, uznając wniesioną apelację za oczywiście bezzasadną.

Kasację od wyroku Sądu odwoławczego wniósł obrońca Jarosława O., podnosząc zarzut rażącego naruszenia prawa, poprzez obrazę przepisu art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k., co z kolei doprowadziło do „utrzymania w mocy wyroku Sądu Rejonowego, który zapadł z rażącym naruszeniem art. 439 § 1 k.p.k. w zw. z art. 40 § 1 pkt 3 k.p.k.”. Przy tak sformułowanym zarzucie skarżący złożył wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz poprzedzającego go wyroku Sądu Rejonowego w W. z dnia 24 sierpnia 2009 r., i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w W. celem jej ponownego rozpoznania.

W pisemnej odpowiedzi na kasację Prokurator Okręgowy w W. wniósł o jej oddalenie jako oczywiście bezzasadnej, a stanowisko to podtrzymał w toku rozprawy kasacyjnej prokurator Prokuratury Generalnej.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Na wstępie zauważyć należy, że podniesiony w skardze kasacyjnej zarzut oparty na przepisie art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k., odwołujący się w swej warstwie motywacyjnej do okoliczności tożsamej z tą, jaka była podstawą wniesionej wcześniej apelacji, niezależnie od tego, że uchybienie stanowiące bezwzględną przyczynę odwoławczą zaistnieć miało na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego oraz pomimo niewskazania przez autora kasacji na naruszenie przepisów art. 433 § 1 lub 2 k.k., czy też art. 457 § 3 k.p.k., wbrew wywodom prokuratora Prokuratury Krajowej, skierowany został – zgodnie z dyspozycją art. 519 k.p.k. – bezpośrednio przeciwko wyrokowi sądu odwoławczego. Prawdą jest, że co do zasady, powielenie w kasacji zarzutów stanowiących wcześniej podstawę wywiedzenia zwykłego środka odwoławczego świadczyć może o próbie poddania kolejnej kontroli, w tym wypadku kasacyjnej, i to wbrew wyraźnej regulacji ustawowej, orzeczenia sądu *a quo*, nie można jednak wykluczyć również sytuacji, że taka redakcja zarzutu wskazuje w rzeczywistości na rażące naruszenie prawa polegające na tym, iż sąd odwoławczy nie dokonał określonych korektur wyroku Sądu pierwszej instancji, chociaż w związku z rozpoznawaniem środka odwoławczego mógł i powinien to uczynić. Tak właśnie odczytać należy sformułowany w niniejszej kasacji zarzut rażącego naruszenia przez Sąd Okręgowy w W. art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k., a więc przepisu zobowiązującego wszak wprost instancję *ad quem*, w wypadku ujawnienia się w sprawie jednej z okoliczności stanowiącej bezwzględną przyczynę odwoławczą, do wydania określonego w tym przepisie orzeczenia zarówno wówczas, gdy zaistnienie bezwzględnego powodu odwoławczego zostało trafnie zasygnalizowanie przez skarżącego (jak to miało miejsce w niniejszej sprawie), ale też wtedy, gdy ujawnienie tego rodzaju okoliczności nastąpiło niezależnie od kierunku zaskarżenia oraz podniesionych zarzutów i nakładało na Sąd drugiej instancji obowiązek działania z urzędu.

Zasadnicze znaczenie dla oceny trafności wywiedzionego w kasacji zarzutu ma określenie – przewidzianego w art. 40 k.p.k. – zakresu wyłączeń sędziego od udziału w sprawie, w tym wypadku w szczególności przez pryzmat roli, jaką w toku postępowania sądowego pełni prokurator, a to w kontekście ujawnienia faktu istnienia pomiędzy oskarżycielem publicznym a sędzią orzekającym *meriti* tego rodzaju więzi jak małżeństwo, pokrewieństwo lub powinowactwo, o których mowa w § 1 pkt. 2 i 3 powołanego przepisu.

Poza sporem pozostaje, że w posiedzeniu Sądu Okręgowego w W. w dniu 3 lipca 2009 r., rozpoznającego zażalenie obrońcy na wydane pod przewodnictwem sędziego Waldemara M. postanowienie Sądu Rejonowego w W. o przedłużeniu stosowania wobec Jarosława O. tymczasowego aresztowania, uczestniczył z ramienia Prokuratury Okręgowej w W. prokurator Marek M., brat sędziego, a więc bez wątpienia osoba spełniająca warunki pokrewieństwa przewidziane unormowaniem art. 40 § 1 pkt 3 k.p.k. (krewny w linii bocznej, aż do stopnia pokrewieństwa pomiędzy dziećmi rodzeństwa). Niesporne jest również i to, że sędzia Waldemar M., który zasiadał w składzie orzekającym Sądu pierwszej instancji, również po wydaniu przez Sąd odwoławczy w dniu 3 lipca 2009 r. postanowienia o nieuwzględnieniu zażalenia i utrzymaniu w mocy zaskarżonego postanowienia, przewodniczył sądowi orzekającemu merytorycznie o odpowiedzialności karnej Jarosława O. wydając wyrok, na mocy którego oskarżony ten uznany został za winnego popełnienia zarzucanego mu aktem oskarżenia czynu. Dostrzegając powyższe uwarunkowanie obrońca Jarosława O. we wniesionej apelacji wskazał na wystąpienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k., gdyż w jego ocenie w wydaniu orzeczenia brała udział osoba podlegająca wyłączeniu na podstawie art. 40 § 1 pkt 3 k.p.k. Odwołał się przy tym do poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 lutego 1997 r., V KKN 180/96,

OSNKW 1997, z. 5-6, poz. 47, zgodnie z którym „niezależnie od tego, na jakim etapie postępowania w danej sprawie małżonek sędziego wykonywał funkcje prokuratorskie, sędzia ten jest wyłączony od udziału w sprawie”.

Stanowisko obrońcy nie zyskało wszelako akceptacji Sądu odwoławczego, który zgadzając się ze sformułowaną w orzeczeniu Sądu Najwyższego tezą wyraził opinię, że dotyczyło ono odmiennej niż w niniejszej sprawie sytuacji procesowej, ponieważ w sprawie rozpoznawanej przez najwyższą instancję sądową małżonek sędziego będący prokuratorem był autorem aktu oskarżenia, czyli rzeczywiście stroną postępowania, podczas gdy w wypadku sprawy poddanej kontroli apelacyjnej, brat sędziego reprezentował jedynie urząd prokuratorski i to przed Sądem wyższego rzędu w toku postępowania odwoławczego związanego z zażaleniem na postanowienie o przedłużeniu tymczasowego aresztowania, a tym samym nie przysługiwał mu przymiot strony w postępowaniu przed Sądem Rejonowym.

Z wywodem Sądu drugiej instancji nie można się jednak zgodzić i zasadnie spotkał się on z krytyką we wniesionej przez obrońcę skardze kasacyjnej. Nie może zyskać akceptacji w szczególności pogląd, że prokurator uczestniczący w posiedzeniu sądu *ad quem* rozpoznającego środek odwoławczy w kwestii incydentalnej zaistniałej w toku rozpoznawania sprawy przez sąd *meriti*, nie jest stroną postępowania, a tym samym nawet pozostawanie przez niego w określonych relacjach rodzinnych z orzekającym w sprawie w instancji *a quo* sędzią nie stanowi okoliczności skutkującej wyłączeniem takiego sędziego od dalszego orzekania jako *iudex inhabilis*. Dokonując, zresztą w skondensowanej formie, oceny apelacyjnego zarzutu naruszenia art. 40 § 1 pkt 3 k.p.k. Sąd odwoławczy przeoczył w pierwszym rzędzie cel wprowadzenia do procedury karnej instytucji wyłączenia sędziego z mocy prawa, skupiając się na konfiguracji procesowej jaka stała się podstawą wyrażenia przez Sąd Najwyższy powołanego wyżej poglądu.

A przecież ustawowy cel tegoż unormowania, jakim jest zapewnienie całkowitej bezstronności osoby orzekającej w sprawie, nie pozostawia – co podkreślił Sąd Najwyższy w przedmiotowym orzeczeniu – wątpliwości. Dlatego też właśnie z punktu widzenia bezstronności sędziego, niezależnie od tego na jakim etapie postępowania w danej sprawie małżonek sędziego (czy też krewny lub powinowaty w stopniu określonym w art. 40 § 1 pkt 3 k.p.k., jak to ma miejsce w niniejszej sprawie) wykonywał funkcje prokuratorskie, sędzia ten jest wyłączony od udziału w niej z mocy prawa. Co więcej, przepisy działu III Kodeksu postępowania karnego, dotyczące określenia stron, a także działu II (rozdziału 2), dotyczące wyłączenia sędziego od udziału w sprawie z powodów określonych w art. 40 § 1 pkt 2 i 3 k.p.k., nie uzależniają przyznania przymiotu strony od okresu lub stadium występowania w określonym charakterze w toku postępowania karnego. To m.in. pozwala na uznanie za stronę prokuratora, który w danej sprawie sporządził i podpisał akt oskarżenia, chociażby sam nie wniósł tego aktu oskarżenia i nie popierał go osobiście przed sądem (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 1972 r., VI KZP 67/72, OSNKW 1973, z. 2-3, poz. 24), a więc nie był stroną tegoż postępowania *sensu stricto* (zob. w tym zakresie A. Światłowski: Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 1997 r., V KKN 180/96, OSP 1998, nr 2, s. 92). Nie istnieją tym samym żadne racje, aby za stronę postępowania nie został uznany prokurator występujący wprawdzie przed sądem odwoławczym w związku z rozpoznawaniem środka odwoławczego wyłącznie w kwestii incydentalnej, lecz przecież w ramach toczącego się procesu głównego prowadzącego w konsekwencji do rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego, którego ta kwestia incydentalna również dotyczy. Za taką interpretacją przemawia w szczególności obowiązująca w prokuraturze zasada indyferencji i jednolitości, stosownie do której, z procesowego punktu widzenia jest rzeczą obojętną, prokurator której terytorialnie jednostki pro-

kuratury dokonuje czynności, bowiem ustawa procesowa jedynie niektóre określone uprawnienia procesowe powierza prokuratorowi odpowiedniego szczebla – np. art. 263 § 4 k.p.k., art. 327 § 2 k.p.k. (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2004, t. I, s. 262 oraz powołana tam literatura). Nie może też budzić wątpliwości, że oskarżyciel publiczny pełni swą rolę w postępowaniu przed sądem karnym jako strona nie tylko na rozprawie (art. 46 k.p.k.), lecz również w takim charakterze ma obowiązek lub prawo brać udział w posiedzeniach sądu, jeżeli ustawa tak stanowi (art. 96 § 1 k.p.k.), zaś w pozostałych wypadkach – jeżeli posiedzenie nie jest niejawne – może w nim uczestniczyć, jeżeli się stawi (art. 96 § 2 k.p.k.). W przypadku posiedzeń sądu dotyczących przedłużenia tymczasowego aresztowania oraz rozpoznania zażalenia na zastosowanie lub przedłużenie środka zapobiegawczego – art. 249 § 5 k.p.k. (*vide* niniejsza sprawa) – udział w nim prokuratora (podobnie, jak i obrońcy) ma charakter uprawnienia bezwzględnego, w związku z czym o miejscu i terminie takiego posiedzenia musi być powiadomiony reprezentując na nim prokuraturę – oskarżyciela publicznego – jako stronę postępowania (zob. P. Hofmański: *op. cit*., s. 477). Wreszcie nie można pominąć i tego, że również pośrednie zainteresowanie sędziego wynikiem procesu (co ma miejsce w wypadku jego pokrewieństwa lub powinowactwa ze stroną postępowania lub jej reprezentantem w stopniu wskazanym w art. 40 § 1 pkt 3 k.p.k.) jest wystarczającym powodem wyłączenia tego sędziego od udziału w sprawie co świadczy o wadze jaką kwestii bezstronności nadał ustawodawca. Skoro więc, na co zwraca się uwagę w piśmiennictwie (T. Grzegorczyk: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2008, s. 176), nie jest ważne – dla wystąpienia przesłanki wyłączenia w oparciu o przepis art. 40 § 1 pkt 3 k.p.k. – na jakim etapie postępowania w danej sprawie krewny (powinowaty) sędziego występował w procesie w roli np. reprezentanta strony, a nawet substytuta takiego reprezentanta (wyrok Są-

du Najwyższego z dnia 10 września 1931 r., II 1 K 510/31, Zb. Orz. SN 1931, z. XI, poz. 411), to brak podstaw do odmiennego traktowania w takim wypadku prokuratora, będącego nie tylko reprezentantem, lecz wprost stroną postępowania.

Uwzględniając całokształt przeprowadzonych rozważań stwierdzić więc należy, że sędzia jest z mocy prawa wyłączony od udziału w sprawie niezależnie od tego na jakim etapie postępowania sądowego w charakterze oskarżyciela publicznego występował jego krewny lub powinowaty w linii prostej, a w linii bocznej w stopniu określonym art. 40 § 1 pkt 3 k.p.k., zaś wskazana przyczyna wyłączenia powstaje również wtedy, gdy udział takiej osoby w powołanym charakterze ograniczony był do postępowania incydentalnego.

Przenosząc powyższą konkluzję na grunt niniejszej sprawy stwierdzić więc należy, że okoliczność udziału w posiedzeniu Sądu Okręgowego w W. w dniu 3 lipca 2009 r. w charakterze strony (oskarżyciela publicznego) prokuratora Marka M., brata sędziego Waldemara M., powinna skutkować wyłączeniem tego ostatniego od orzekania w tym postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności karnej Jarosława O. Nie ma przy tym jakiegokolwiek znaczenia, podkreślany przez Prokuratora Okręgowego w W. w odpowiedzi na kasację, fakt niezłożenia przez obrońcę stosownego wniosku o wyłączenie w trakcie toczącego się postępowania jurysdykcyjnego przed Sądem Rejonowym, bowiem tryb wnioskowy dotyczy wyłącznie sytuacji, o której mowa w art. 41 § 1 k.p.k. (*iudex suspectus*), nie zaś wyłączenia sędziego z urzędu. Dla Sądu Najwyższego nie ulega wątpliwości, że zasadniczym błędem w toku tego postępowania było dopuszczenie do udziału w posiedzeniu Sądu odwoławczego w dniu 3 lipca 2009 r. prokuratora będącego bratem sędziego orzekającego w Sądzie pierwszej instancji, który to prokurator powinien zostać wyłączony od udziału w sprawie (art. 47 § 1 k.p.k. w zw. z art. 40 § 1 pkt 3 k.p.k.). Skoro tego jednak nie uczyniono, ob-

owiązek wyłączenia spoczywał na osobie biorącej udział w orzekaniu w sądzie *meriti*, zaś brak reakcji na zaistniałą sytuację procesową ze strony sędziego Waldemara M., jako osoby podlegającej wyłączeniu na podstawie art. 40 § 1 pkt 3 k.p.k., spowodował wystąpienie bezwzględnej podstawy odwoławczej określonej w art. 439 § 1 pkt 1 k.p.k. Trafność sformułowanego w skardze kasacyjnej obrońcy skazanego zarzutu skutkować więc musiała uchyleniem zarówno zaskarżonego wyroku Sądu Okręgowego w W., który uchybienie to zignorował, jak i utrzymanego nim w mocy wyroku Sądu Rejonowego w W., gdyż to na tym etapie procedowania wystąpiła okoliczność pociągająca za sobą konieczność uchylenia dotkniętego ujawnioną wadą orzeczenia i to niezależnie od wpływu tego uchybienia na jego (orzeczenia) treść.

Konsekwencją powyższego rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego będzie więc ponowne rozpoznanie przez Sąd Rejonowy w W. aktu oskarżenia przeciwko Jarosławowi O. o zarzucony mu przez oskarżyciela publicznego czyn z art. 280 § 1 k.k.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w części dyspozytywnej.