



Sygn. akt IV KK 42/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 czerwca 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Andrzej Siuchniński (przewodniczący)
SSN Tomasz Grzegorzczak (sprawozdawca)
SSA del. do SN Mariusz Młoczkowski

Protokolant Dorota Szczerbiak

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Zdzisława Brodzisza,
w sprawie M. W.

skazanego z art. 177 § 2 k.k. w zw. z art. 178 § 1 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej

na rozprawie

w dniu 18 czerwca 2015 r.,

kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Okręgowego w K.

z dnia 3 października 2014 r.,

zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w D.

z dnia 11 czerwca 2014 r.

1) uchyła zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w K. w postępowaniu odwoławczym,

2) zarządza zwrot M. W. uiszczonej przez niego opłaty od kasacji.

UZASADNIENIE

Pierwszym wydanym w tej sprawie wyrokiem, zapadłym w dniu 30 lipca 2010 r., Sąd Rejonowy, w ramach zarzucanego M. W. przestępstwa z art. 177 § 2 i art. 178 § 1 k.k., uznał go winnym tego, że w dniu 15 października 2009 r. w D., kierując samochodem marki Opel Astra, nieumyślnie naruszył zasady ruchu drogowego (...) w ten sposób, że w okolicy wyznaczonego przejścia dla pieszych przekroczył dozwoloną prędkość, nie zachował szczególnej ostrożności i nie udzielił pierwszeństwa pieszej, doprowadzając do jej potrącenia, w skutek czego doznała ona określonych w opisie tego czynu urazów, w następstwie których poniosła śmierć, po czym zbiegł z miejsca zdarzenia, skazując go za to, na podstawie wskazanych wyżej przepisów art. 177 § 2 w zw. z art. 178 § 1 k.k., na karę 2 lat pozbawienia wolności, z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 4 lat oraz orzeczeniem, na podstawie art. 71 § 1 k.k., grzywny, na poczet której zaliczył mu okres tymczasowego aresztowania w sprawie, orzekając nadto, w oparciu o art. 42 § 1 i 2 k.k., zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych i rowerów na okres 5 lat, z zaliczeniem na poczet tego środka okresu zatrzymania prawa jazdy. Po rozpoznaniu apelacji prokuratora wniesionej na niekorzyść oskarżonego w części dotyczącej orzeczenia o karze, Sąd Okręgowy w K., wyrokiem z dnia 16 listopada 2010 r., uchylił to orzeczenie i przekazał sprawę Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania.

Po ponownym jej rozpoznaniu, Sąd Rejonowy, wyrokiem z dnia 11 czerwca 2014 r., ponownie uznał M. W. za winnego przestępstwa określonego w art. 177 § 2 i art. 178 § 1 k.k., z tym jednak, że przyjął, iż umyślnie naruszył on zasady ruchu drogowego i skazał go na karę 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby lat 5 oraz orzeczeniem grzywny w wysokości 140 stawek dziennych po 50 zł każda, na poczet której zaliczył mu okres tymczasowego aresztowania, orzekając nadto środek karny zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych na okres 5 lat, z zaliczeniem na jego poczet okresu zatrzymania prawa jazdy. Od wyroku tego z apelacją wystąpił ponownie prokurator w części dotyczącej orzeczenia o karze na niekorzyść oskarżonego, podnosząc jej rażącą niewspółmierność przez zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności

bez należytego uwzględnienia stopnia zawinienia sprawcy i szkodliwości społecznej popełnionego czynu, wyrażających się w sposobie i motywach jego działania, co sprawia, że jest to kara pozbawiona waloru indywidualnego oddziaływania i nie spełnia też swej funkcji wychowawczej i ogólnoprewencyjnej, zwłaszcza, że z uwagi na okoliczności popełnienia przestępstwa, oraz zachowanie się oskarżonego po jego popełnieniu, a także jego postawę, brak jest podstaw do przyjęcia pozytywnej prognozy kryminologicznej. W uzasadnieniu tego środka odwoławczego podniesiono fakt znacznego przekroczenia dozwolonej prędkości, nieustąpienia pierwszeństwa pieszej znajdującej się na przejściu dla pieszych, zatrzymania pojazdu po zdarzeniu i zbierania z jezdni przedmiotów, które odpadły z niego podczas potrącenia pokrzywdzonej, powrotu do pojazdu i odjechania następnie nie drogą zwykłą, lecz poruszaniu się polnymi drogami w celu dotarcia do miejsca zamieszkania, ukrycia pojazdu w swoim garażu i niewspomnienia członkom swojej rodziny o owym zdarzeniu. Wywodząc w ten sposób skarżący wniósł o zmianę tego orzeczenia przez wymierzenia oskarżonemu kary 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Po rozpoznaniu tej apelacji Sąd Okręgowy, wyrokiem z dnia 3 października 2014 r., zmienił to orzeczenie w ten sposób, że obniżył wymiar orzeczonej kary pozbawienia wolności do 1 roku i 6 miesięcy, z zaliczeniem na jej poczet okresu tymczasowego aresztowania w sprawie, z uchyleniem orzeczeń odnośnie do warunkowego zawieszenia jej wykonania oraz skazania oskarżonego na karę grzywny i zaliczenia na jej poczet wskazanego wyżej tymczasowego aresztowania.

Od prawomocnego wyroku Sądu odwoławczego kasację wywiódł obrońca skazanego, zarzucając w niej:

a) obrazę art. 454 § 2 k.p.k. przez orzeczenie surowszej kary pozbawienia wolności, gdyż wymierzonej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, przy jednoczesnej zmianie ustaleń faktycznych, przyjętych za podstawę tego wyroku, polegającej na ustaleniu w części motywacyjnej katalogu okoliczności dodatkowo obciążających skazanego, a to: ustalenia, że brak jest pozytywnej prognozy kryminologicznej, że oskarżony nie pojednał się z pokrzywdzonym, że nie przyznał się do winy oraz że mając świadomość swego zachowania pozbierał wcześniej z jezdni uszkodzone elementy auta, próbując uniknąć w ten sposób

odpowiedzialności karnej, które to fakty są niezgodne z ustaleniami faktycznymi przyjętymi przez Sąd Rejonowy w tym zakresie oraz

b) naruszenie tegoż samego art. 454 § 2 k.p.k. związanego z naruszeniem art. 53, 58 i 69 k.k., polegające na przekroczenie granic swobody sądowego wymiaru kary przez zastosowanie jako głównego jej kryterium negatywnej prewencji generalnej, z pominięciem lub niedostatecznym uwzględnieniem pozostałych dyrektyw jej wymiaru, a nadto

c) obrazę art. 41 § 1 k.p.k. polegającą na rozpoznawaniu sprawy przez Sąd Okręgowy w składzie tym samych dwóch sędziów, którzy zasiadali w poprzednim składzie sądzącym przy rozpoznawaniu pierwszej apelacji, z których jeden był wówczas, a drugi obecnie jej sprawozdawcą, a którzy już w poprzednim wyroku uchylającym w oparciu o apelację prokuratora pierwsze z orzeczeń Sądu *meriti* dokonali już oceny zgromadzonego w sprawie materiału i poprzez zawarte w uzasadnieniu pierwszego z tych orzeczeń sformułowania przesądziли o nieadekwatnym wymiarze kary dla oskarżonego, a także

d) naruszenie – z uwagi na obrazę, o której była mowa wyżej w pkt c - art. 4 k.p.k. przez wydanie rozstrzygnięcia pomimo braku bezstronności, z kierunkowym nastawieniem do sprawy i przyjmowaniem określonego jej obrazu przed zakończeniem postępowania i nieuwzględnieniu okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego. Wywodząc w ten sposób, skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. W odpowiedzi na tę skargę prokurator Prokuratury Okręgowej, wniósł o jej oddalenie i uznanie za oczywiście bezzasadną. Natomiast na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Generalnej poparł tę kasację, ale tylko w zakresie podniesionej w niej obrazę art. 41 § 1 k.p.k.

Rozpoznając tę kasację, Sąd Najwyższy, zważył, co następuje.

Kasacja ta jest jedynie częściowo zasadna, ale w stopniu wskazującym na potrzebę uchylenia zaskarżonego wyroku.

Rację ma więc skarżący, że pojawiło się w postępowaniu apelacyjnym wskazywanie przez Sąd na pewne okoliczności, które w świetle ustaleń Sądu *meriti* wyglądają odmiennie niż twierdzi to Sąd odwoławczy. Pojawia się przy tym w związku z owymi okolicznościami nawiązywanie przez ten Sąd, choć nie w sposób

formalny, do twierdzeń, jakie przy orzekaniu w podobnym składzie, pojawiły się w uzasadnieniu poprzedniego wyroku, którym uchylono pierwsze zapadłe w tej sprawie orzeczenie Sądu Rejonowego.

I tak, choć nie jest bynajmniej prawdą twierdzenie autora kasacji, że to dopiero Sąd drugiej instancji ustalił, iż oskarżony nie przyznał się do winy, to jednak zupełnie niezrozumiałe jest odwoływanie się przez Sąd drugiej instancji do faktu przyznania się oskarżonego do winy z podkreśleniem, że miało ono jedynie charakter formalny, gdyż zaprzeczało istnieniu niektórych okoliczności istotnych dla przyjętego stanu faktycznego i kwalifikacji prawnej czynu, a tym samym nie mogło być uznane za okoliczność łagodzącą przy wymiarze kary. Rzecz bowiem w tym, że Sąd pierwszej instancji z jednej strony wyraźnie wskazał, iż oskarżony „przyznał się do dokonania zarzucanego mu czynu” (k. 449), a więc nie bynajmniej, że przyznał się on do winy, czyli by przyznał swą odpowiedzialność ze wskazaniem na wszystkie te okoliczności, od których prawo uzależnia jej przypisanie. Sąd ten nie dał wręcz wiary oskarżonemu w zakresie niektórych fragmentów jego wyjaśnień i w żadnej mierze nie uznał rzekomego przyznania się do winy za okoliczność łagodzącą przy wymiarze kary.

Wywody Sądu odwoławczego w powyższej materii pozostają w związku z przyjęciem przez Sąd *meriti*, jako okoliczności łagodzącej, skruchy wyrażonej przez oskarżonego, a Sąd Okręgowy podnosi, że nie została ona połączona z uzyskaniem pełnego przebaczenia ze strony rodziny pokrzywdzonej (k. 780). Skarżący zasadnie podnosi, że owo stwierdzenie Sądu odwoławczego oznacza wprowadzenie do okoliczności branych pod uwagę przy wymiarze kary i zawieszaniu jej wykonania, nowego, surowszego, wymogu w miejsce przyjmowanej przez Sąd pierwszej instancji skruchy. Widać tu wyraźne postąpienie bardzo zbliżone do takiego, jakie miało miejsce przy orzekaniu w kwestii apelacji od pierwszego wydanego w tej sprawie wyroku Sądu Rejonowego. Wówczas to bowiem Sąd *meriti* przyjął zaistnienie pojednania między oskarżonym a pokrzywdzonym (synem ofiary). Sąd odwoławczy uchylając zaś ten wyrok uznał, że jest to błędne ustalenie, gdyż pokrzywdzony jako świadek twierdził jedynie, iż oskarżony przyjechał do niego ze swoją rodziną, aby wyrazić skruchę i że była to tylko rozmowa, a ciężko mu powiedzieć, czy było to pojednanie (strona 5

uzasadnienia Sądu Okręgowego; której brakuje w aktach tej sprawy, ale który to brak na żądanie SN został uzupełniony przez ten Sąd z przesłaniem raz jeszcze pełnego tekstu uzasadnienia wydanego w sprawie o sygn. akt VII Ka .../10). Obecnie, kiedy Sąd *meriti* ogranicza się jedynie do stwierdzenia, że oskarżony wyraził skruchę, Sąd odwoławczy podnosi z kolei kwestię wskazanego wcześniej niepełnego przyznania się oskarżonego do winy oraz potrzebę uzyskania pełnego przebaczenia, twierdząc, iż ekspiacji, jaka miała miejsce w tej sprawie, nie można nadawać szczególnego znaczenia, a więc deprecjonując okoliczność uznaną przez Sąd Rejonowy za wpływającą na decyzję w przedmiocie warunkowego zawieszenia wykonania kary. Czyni to przy tym w sytuacji, gdy takiego uchybienia dla poparcia wywiedzionej na niekorzyść oskarżonego apelacji nie podniósł bynajmniej sam prokurator, a więc niejako *ex officio*.

Należy też w tym miejscu zauważyć, że z uwagi na poprzednie twierdzenia zawarte w uzasadnieniu pierwszego wyroku uchylającego, w postępowaniu ponownym zwracano uwagę na tę kwestię. Ponownie przesłuchując jedyne, w pełni psychicznie sprawne, członka rodziny ofiary wypadku, pytano go na temat przyjazdu do niego po zdarzeniu oskarżonego i jego rodziny oraz kwestii podnoszonej wówczas przez Sąd odwoławczy potrzeby pojednania się oskarżonego z pokrzywdzonym. Świadek ten podtrzymał swoje zeznania złożone we wcześniejszym procesie, a twierdził wówczas, że oskarżony przyjechał do niego wraz z rodziną „wyrzucić skruchę”, że wie, w jakiej jest on sytuacji, gdyż i świadek stracił kogoś, a on zrobił źle, stwierdzając też: „ale jest mi go szkoda bo ma przecież małe dziecko” i podkreślając, że nie wydaje mu się, aby były tu niezbędne rozmowy także z jego braćmi z uwagi na ich stan psychiczny, jako osób w tym zakresie niepełnosprawnych (k. 342). W obecnym procesie podniósł zaś, że on nie wie, co ma oznaczać pojednanie, więc trudno mu powiedzieć „czy żeśmy się pojednali”, ale też że sama rozmowa przebiegała w dobrej atmosferze, jak i że nie wie czy czuje żal do oskarżonego, gdyż go nie zna (k. 491).

Niezrozumiałe w związku z tym są twierdzenia Sądu Okręgowego, że niezbędnym warunkiem dla przyjęcia rzeczywistej skruchy oskarżonego jest pełne przebaczenie mu przez członków rodziny ofiary, skoro w pełni psychicznie sprawnym jest tylko jeden z takich członków, tak jak za niezrozumiałe uznać należy

także uprzednie żądania tego Sądu, aby doszło do pojednania oskarżonego z pokrzywdzonym, jako warunku zawieszenia wykonania kary. W tym ostatnim wypadku bowiem przepisy prawa karnego, choć przewidują w pewnych sytuacjach wymóg takiego pojednania (np. art. 60 § 2 pkt 1 czy art. 66 § 3 k.k.), to nie zakładały i nie zakładają go przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary. Jeżeli chodzi natomiast o kwestię skruchy, to nie negując, że w razie towarzyszącego jej przebaczenia ze strony pokrzywdzonego – w tym wypadku, jak już wspomniano, jedyne sprawne psychicznie syna nieżyjącej ofiary wypadku - jej walor nabiera większego znaczenia, należy uznać jednak, że szczególnie istotne jest, czy skrucha ta ma charakter rzeczywisty, a nie jedynie pozorny, formalny, czy też służący wyłącznie określonej linii obrony. Sąd odwoławczy w ogóle nie wziął pod uwagę, że oskarżony skontaktował się z synem ofiary wypadku już w grudniu 2009 r., po zwolnieniu go z tymczasowego aresztowania w toku postępowania przygotowawczego, a więc jeszcze przed wniesieniem aktu oskarżenia i znacznie wcześniej niż doszło w tej sprawie do rozpoczęcia postępowania sądowego. Jak już wskazano, syn ofiary zeznał, że oskarżony pojawił się u niego wyrażając skruchę i że żał mu go. W obecnym postępowaniu stwierdził wprawdzie, że nie wie, czy mu go żał, gdyż go nie zna, ale też podtrzymał swoje poprzednie oświadczenia dowodowe, co wskazuje jednak, że skrucha oskarżonego wydaje się być szczerą. Domaganie się w związku z powyższym przez Sąd Okręgowy przebaczenia ze strony pokrzywdzonego, jako niezbędnego wymogu zawieszenia wykonania kary, jest niezrozumiałe, a przy tym jest w istocie postąpieniem podobnym, jak uczyniono to w poprzednim wyroku uchylającym, gdy domagano się pojednania oskarżonego z pokrzywdzonym. Niewątpliwie też oznaczało to wprowadzenie nowej okoliczności uwzględnianej odnośnie do kwestii warunkowego zawieszenia kary orzeczonej wobec oskarżonego.

Podobna sytuacja dotyczy podnoszonego w kasacji przyjęcia przez Sąd odwoławczy i potraktowanego jako okoliczność obciążająca, pozbierania przez oskarżonego uszkodzonych elementów auta. Rzecz bowiem w tym, że zarówno w pierwszym postępowaniu prowadzonym w tej sprawie w pierwszej instancji, jak i w postępowaniu ponownym, po uchyleniu pierwszego z tych wyroków, Sądy przyjęły jedynie w ustaleniach faktycznych, iż oskarżony, kiedy wyszedł z pojazdu po

potrąceniu ofiary „coś podniósł z jezdni” (k. 448 i 752v). Uchylając pierwszy z tych wyroków, Sąd Okręgowy wyraźnie wskazywał na wadliwość takiego postąpienia Sądu stwierdzając, z przywołaniem określonych dowodów, „że oskarżony celowo z miejsca zdarzenia zabrał tablicę rejestracyjną pojazdu, która odpadła od samochodu” i było to jednym z powodów uchylenia zaskarżonego orzeczenia (k. 484). Obecnie natomiast, mimo stwierdzenia, że podziela ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie przez Sąd pierwszej instancji, jak również ustalenia faktyczne dokonane przez ten Sąd (k. 777), Sąd odwoławczy znów wyraźnie podnosi, że oskarżony oddalając się z miejsca zdarzenia „wcześniej pozbierał z jezdni uszkodzone elementy auta” (k. 780). Czyni to jednak, mimo że w ustaleniach Sądu *meriti* nadal – jak wcześniej wspomniano – mówi się jedynie o podnoszeniu przez oskarżonego „czegoś z miejsca zdarzenia”. Tym razem wprawdzie, odmiennie niż wcześniej wskazano, Sąd odwoławczy czyni to w związku z podobnie sformułowanym uchybieniem zawartym w apelacji prokuratorskiej, w której także skarżący zastrzegł, że nie kwestionuje ustaleń faktycznych (k. 759), niemniej zarówno prokurator, jak i Sąd odwoławczy „stworzyły” ustalenie, które bynajmniej nie figuruje wśród ustaleń poczynionych przez Sąd Rejonowy, a Sąd odwoławczy uznał to za okoliczność obciążającą, wyłączającą możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary.

Trudno natomiast uznać za trafny zarzut kasacji, czyniony nadal w ramach obrazy art. 454 § 2 k.p.k., że Sąd odwoławczy dokonał nowego ustalenia o braku pozytywnej prognozy kryminologicznej, odmiennej niż uczynił to Sąd *meriti*. Rzecz bowiem w tym, że owa prognoza jest zawsze efektem uprzednio poczynionych ustaleń, które wskazują na istnienie bądź nieistnienie powodów do warunkowego zawieszenia wykonania kary, a więc sama w sobie nie jest nowym faktem, lecz wnioskiem opartym na ustalonych faktach. Nie można też uznać za trafny zarzut obrazy art. 53, 58 i 69 k.k. powiązany z naruszeniem art. 454 § 2 k.p.k. przez jakoby niedopuszczalne zastosowanie przez Sąd odwoławczy, jako głównego kryterium wymiaru kary, negatywnej prewencji generalnej (pkt 4 kasacji). Wywody tego Sądu wyraźnie bowiem wskazują, że konieczność zmiany orzeczenia w kwestii warunkowego zawieszenia wykonania kary „wynikała również z dyrektywy prewencji ogólnej” (k. 781). Również, a więc nie tylko, gdyż wcześniej Sąd ten

omawia także kwestie związane z prewencją indywidualną, tyle tylko, że – jak już wcześniej wskazano – dokonuje analizy zaskarżonego wyroku niestety w sposób nieprawidłowy z uwzględnieniem bądź to faktów, których Sąd pierwszej instancji nie ustalił, bądź to uchybień, których w apelacji oskarżyciela w ogóle nie podniesiono, pomniejszając przy tym rangę okoliczności uznanych przez Sąd pierwszej instancji jako łagodzące i wskazujące na możliwość zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary.

Powyższe uchybienia czynią też zasadnym podniesiony w kasacji zarzut naruszenia art. 4 k.p.k., zaistniały właśnie przez to, że doszło w tym postępowaniu do obrazy art. 454 § 2 k.p.k. Sposób postąpienia bowiem Sądu przy rozpoznawaniu apelacji wniesionej na niekorzyść oskarżonego wskazywał rzeczywiście, że przyjmowano w tym postępowaniu określony obraz sprawy z uwzględnieniem tego, jak wyglądał on przy pierwszym uchylaniu wyroku i nienależytym liczeniu się z tym, co ustalono później w postępowaniu ponownym, a więc jednak w sposób kierunkowy, wskazujący na brak bezstronności.

Jeżeli chodzi natomiast o podnoszony w tej skardze zarzut naruszenia art. 41 § 1 k.p.k. przez to, że w składzie ponownie rozpoznającym środek odwoławczy, w gronie trzech sędziów zasiadały dwie osoby, które uprzednio orzekały w przedmiocie pierwszego z takich środków, a przy tym jedna z nich była sędzią sprawozdawcą w poprzednim postępowaniu, a druga w aktualnym, to zauważyć należy, że autor kasacji w jej uzasadnieniu wyraźnie podnosi, że to analiza uzasadnień obu wyroków Sądu Okręgowego w K., a więc tego z 2010 r. oraz z 2014 r. wskazuje, iż stanowisko Sądu oceniające zachowanie oskarżonego było w obu przypadkach identyczne, uznające te same okoliczności za obciążające, mimo że nie pozwalał na to ustalony przez Sąd Rejonowy w ponownym postępowaniu stan faktyczny (k. 12 akt SN). Tym samym jednak zaistnienie naruszenia z art. 41 § 1 k.p.k. opiera on na argumentacji *ex post*, wywiedzionej z treści uzasadnienia wydanego wyroku Sądu odwoławczego, aczkolwiek w samym zarzucie podnosi, że stanowisko zajęte przez ten Sąd w pierwszym uchylanym wyroku wskazywało na wysokie prawdopodobieństwo braku obiektywizmu sędziów wyznaczonych obecnie do tej sprawy, którzy już brali udział w rozpatrywaniu wcześniejszej apelacji prokuratora i skargę tę wówczas uwzględnili. Powinni więc być – zdaniem

skarżącego - wyłączeni w związku z tym od prowadzenia niniejszej sprawy z uwagi na uzasadnioną wątpliwość co do ich bezstronności.

Autor kasacji wyjaśnił wprawdzie, że wniosku o wyłączenie tych sędziów nie podniesiono ani przed otwarciem przewodu sądowego w Sądzie Okręgowym ani w jego toku, ponieważ sam oskarżony nie stawiał się na rozprawę apelacyjną, a obrona reprezentowana była przez substytutą powołanego przez obrońcę z wyboru, a substytut ten nie dysponował materiałami z wcześniejszego, pierwszego postępowania odwoławczego w tej sprawie, w związku z czym nie orientował się w kwestii personalnej obsady poprzedniego składu orzekającego. Sam zaś obrońca z wyboru powziął wiadomość o takiej sytuacji już po wydaniu wyroku przez Sąd odwoławczy.

Rzecz jednak w tym, że przepisy procedury karnej nie wykluczają możliwości orzekania przy rozpoznaniu kolejnego środka odwoławczego w danej sprawie przez sędziego, który brał wcześniej udział w uchylaniu pierwszego z wydanych w danym postępowaniu wyroków. Zatem z samego faktu uczestniczenia określonego sędziego wcześniej w składzie Sądu odwoławczego nie można wnioskować, że niedopuszczalne jest wyznaczanie go do orzekania w kwestii kolejnej apelacji wnoszonej po ponownym postępowaniu w danej sprawie. Dla skutecznego wystąpienia przy tym o wyłączenie takiego sędziego niezbędne staje się wykazanie okoliczności wskazujących na istnienie *in concreto* uzasadnionej wątpliwości co do jego bezstronności, a sam udział we wcześniejszym uchyleniu zaskarżonego wyroku taką okolicznością jeszcze nie jest. Nie jest także zasadne podnoszenie przez prokuratora na rozprawie kasacyjnej, że doszło jednak do obrazy art. 41 § 1 k.p.k., gdyż Sąd przy uchylaniu pierwszego z wydanych w tej sprawie wyroków wskazał, że ówczesna apelacja wniesiona na niekorzyść oskarżonego jest zasadna, ale musi doprowadzić jedynie do uchylenia, a nie do zmiany wyroku w II instancji, gdyż Sąd *meriti* dopuścił się w określonym zakresie błędnych ustaleń faktycznych. Takie jednak postąpienie ówczesnego składu Sądu odwoławczego nie musi *in concreto* oznaczać, że Sąd ten zajął już wówczas stanowisko w kwestii reakcji karnej jaka ma być zastosowana do oskarżonego, a tym samym żaden z jego członków nie powinien następnie orzekać w przedmiocie kolejnej apelacji na

niekorzyść, wywiedzionej od wyroku wydanego po ponownym przeprowadzeniu postępowania.

Wskazano zaś wcześniej, że i argumentacja przytoczona w kasacji na poparcie omawianego zarzutu opiera się na tym, co Sąd ten przyjął w zaskarżonym obecnie wyroku, działając z naruszeniem zasady obiektywizmu. W istocie zatem, nie można uznać, aby doszło w tej sprawie do obrazy art. 41 § 1 k.p.k. Miało w niej natomiast miejsce wskazane wcześniej naruszenie art. 4 k.p.k. powiązane z obrazą art. 454 § 2 k.p.k.

Fakt bowiem, że sędzia, który uprzednio orzekał w przedmiocie apelacji może uczestniczyć także w składzie sądu rozpoznającego podobny środek odwoławczy wnoszony po przeprowadzeniu postępowania ponownego, nie oznacza, iżby nie był on zobligowany do zachowania bezstronności i analizowania obecnie wniesionego środka wyłącznie w aspekcie zaskarżonego wyroku, bez uwzględniania tego, co wskazano przy poprzednim uchyleniu wcześniejszego wyroku, chyba że sąd ponownie rozpoznający sprawę nie zrealizował wskazań uprzednio sformułowanych w uzasadnieniu orzeczenia uchylającego. W tej sprawie jednak, jak wcześniej wskazano, Sąd mimo pełnego podzielenia ustaleń faktycznych Sądu *meriti*, przy analizowaniu kwestii prawidłowości, czy też nieprawidłowości warunkowego zawieszenia wykonania kary, bądź to wypowiedział się w przedmiocie naruszeń niepodnoszonych wcale w środku odwoławczym, ale odnośnie do których wypowiedziano się wcześniej w pierwszym wyroku uchylającym, bądź też przywoływał, jako okoliczności obciążające, fakty, które w ogóle nie były ustalone przez Sąd pierwszej instancji, a na które wskazywano przy wcześniejszym uchyleniu pierwszego z wydanych w tej sprawie orzeczeń. Sąd ten nie zachował zatem wymogu obiektywizmu, a więc naruszył przywoływany już art. 4 k.p.k. Takie jego postąpienie miało *in concreto* związek z faktem, że w składzie tym zasiadały aż dwie osoby, które uprzednio orzekały o uchyleniu pierwszego z zapadłych wyroków. Rzeczywiście bowiem, jak wynika z wcześniejszych wywodów, konfrontowano tu niejako wyrok obecnie zaskarżony z tym, który poprzednio z ich udziałem uchylono. Wszystko to jednak ujawnia się dopiero po analizie treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku, a więc stanowić może jedynie obrazę art. 4 k.p.k., a nie art. 41 § 1 k.p.k.

Powyższe wskazuje, że niektóre z zarzutów tej skargi są jednak zasadne, i to w sposób nakazujący uchylenie zaskarżonego wyroku. Uchylając go, Sąd Najwyższy przekazał tę sprawę do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym, a jednocześnie, stosownie do art. 527 § 4 k.p.k., zarządził zwrot oskarżonemu uiszczonej przez niego opłaty od kasacji. W ponownym postępowaniu odwoławczym Sąd Okręgowy powinien zadbać o to, aby rozpoznając apelację prokuratora mieć na uwadze wskazania zawarte w tym wyroku oraz uchybienia podnoszone w samym środku odwoławczym i ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd *meriti* orzekający w sprawie o sygn. VII K .../10, chyba że doszłoby w postępowaniu w drugiej instancji do przeprowadzenia na wniosek stron jakiś dowodów, które pozwoliłyby na poczynienie własnych ustaleń faktycznych (nowy art. 452 k.p.k.).

Z tych wszystkich względów, orzeczono jak w wyroku.