Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały • Studies in Law: Research Papers: 2 (17): 181–190 (2015)

Angelika Rzeźniczak
doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, II Wydział Karny z dnia 16 czerwca 2014 r., II Aka 70/14

TEZA

W wyroku z dnia 16 czerwca 2014 roku Sąd Apelacyjny w Szczecinie, odnosząc się do zarzutu apelacji naruszenia art. 351 § 2 k.p.k., postawił tezę, która nasuwa szereg wątpliwości.

GLOSA

Sąd II instancji przyjął, że: naruszenie art. 351 § 2 k.p.k. występuje wyłącznie wówczas, gdy wniosek obrońcy został złożony prawidłowo, co oznacza, że zachowano termin i określony moment procesu, a mianowicie po wpłynięciu aktu oskarżenia do Sądu.

1. Sposób rozstrzygnięcia zagadnień prawnych, które występowały w niniejszej sprawie, skłania do krytycznej analizy przyjętego w sprawie kierunku rozstrzygnięcia. Zobowiązuje również do przedstawienia uwag związanych z zakresem podmiotowym uprawnienia, fazy procesu pozwalającej na złożenie wniosku o przeprowadzenie losowania składu orzekającego, a także propozycją rozwiązania problemów, które pojawiają się w związku z brakiem szczegółowego uregulowania instytucji w art. 351 § 2 k.p.k., a dotyczącej uprawnienia obrońcy do złożenia wniosku o losowanie składu orzekającego w sytuacji, gdy przystąpił do procesu przy ponownym rozpoznawaniu sprawy.

2. Z uwagi na fakt, że wskazana teza orzeczenia jest w tym zakresie dalece niewystarczająca, przed przejściem do bardziej szczegółowych rozważań konieczne jest przedstawienie krótkiego zarysu okoliczności procesowych, w jakich zapadło głosowane rozstrzygniecie.

Sąd Okręgowy w Szczecinie III Wydział Karny wyrokiem z dnia 9 grudnia 2013 roku skazał M.S. oskarżonego za czyn z art. 148 § 1 k.k. w zb. z art. 197

§ 1 k.k. w zb. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i wymierzył mu karę dożywotniego pozbawienia wolności.

Od powyższego orzeczenia zostały złożone apelacje przez obrońców oskarżonego. Na skutek ich rozpoznania, w dniu 16 czerwca 2014 roku, Sąd Apelacyjny w Szczecinie II Wydział Karny utrzymał w mocy zaskarżony wyrok Sądu I instancji. Obrońcy oskarżonego we wniesionym środku odwoławczym wśród licznych uchybień procesowych mających miejsce przed Sądem Okręgowym wskazali jedno z najistotniejszych prowadzących w ich ocenie do bezwzględnej przyczyny odwoławczej na podstawie art. 439 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 351 § 2 k.p.k. poprzez przyjęcie, że „ Sąd był nienależycie obsadzony", w sytuacji zaniechania, pomimo wniosku obrońcy o przeprowadzenie losowania składu orzekającego.

3. Jakkolwiek prezentowane zagadnienie nie jest szerzej komentowane w judykaturze, to jednak ze stanowiskiem i argumentacją Sądu Apelacyjnego nie sposób się zgodzić. W pierwszej kolejności należy odnieść się do treści art. 351 k.p.k., który w obecnie obowiązującym kodeksie postępowania karnego występuje po raz pierwszy i składa się z trzech paragrafów. Wprowadzenie przepisu regulującego zasady wyznaczania składu orzekającego miało na celu dokonanie wzmocnienia konstrukcyjnego elementu prawa do bezstronności sądu[1]. Regulacja ta znajduje swoje odzwierciedlenie na gruncie art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Prawa Człowieka. *Ratio legis* wprowadzonego przepisu przemawia za tym, że przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie ma charakter gwarancyjny, w zakresie obiektywnego i rzetelnego procesu. Rozwiązanie to zabezpiecza przed podejrzeniami o manipulację składem Sądu i realizuje istotny cel pogłębiana zaufania do wymiaru sprawiedliwości[2]. W doktrynie przyjmuje się, że realizacja prawa do bezstronności sądu w procesie jest możliwa jedynie w przypadku art. 351 k.p.k., kiedy to o składzie orzekającym w konkretnej sprawie decydują czynniki obiektywne. Przechodząc na grunt § 2 art. 351 k.p.k., zgodnie z którym gdy w akcie oskarżenia zarzuca się oskarżonemu popełnienie zbrodni, która zagrożona jest karą 25 lat pozbawienia wolności albo karą dożywotniego pozbawienia wolności, wyznaczenie składu orzekającego następuje w drodze losowania. Należy zauważyć, że ustawodawca, wprowadzając ten sposób wyznaczania składu orzekającego, chciał w jak najszerszy sposób zapewnić w sprawach, w których oskarżonemu zarzuca się popełnienie najcięższych gatunkowo przestępstw, warunki sprawiedliwego, bezstronnego i obiektywnego procesu. We wskazanym przepisie

[1] P. Hofmański, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2011.

[2] K.T. Boratyńska, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014.

bez znaczenia pozostaje faktyczna możliwość orzeczonej kary, z całą stanowczością należy kierować się wyłącznie ustawowym zagrożeniem[3].

Losowanie składu orzekającego (skład sądu *per sortitionem*) następuje wyłącznie na wniosek. W myśl tego przepisu, ten szczególny rodzaj regulacji może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, w którym z wnioskiem o losowanie składu orzekającego wystąpił prokurator lub obrońca. Regulacja dotycząca podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku wyłącza możliwość skorzystania z tego uprawnienia przez innego oskarżyciela albo samego oskarżonego.

Wniosek o przeprowadzenie losowania składu orzekającego obligatoryjnie powinien dotyczyć całego składu sędziowskiego, niedopuszczalne jest wniesienie wskazanego wniosku ograniczając go jedynie do części składu orzekającego[4]. Złożenie wniosku w trybie art. 351 § 2 k.p.k. rodzi konsekwencje w postaci wystąpienia obowiązku w zakresie przeprowadzenia wnioskowanego losowania, o którego terminie muszą być zawiadomieni wszyscy obrońcy niezależnie od inicjatywy w złożeniu wniosku. Konsekwencją wniesienia wniosku po terminie oraz przez osobę nieuprawnioną jest jego bezskuteczność. Sąd Apelacyjny w analizowanej sprawie wywiódł, że obrona mogłaby powołać się na naruszenie w postaci „nienależycie obsadzonego sądu" wyłącznie wówczas, gdyby wniosek obrońcy został prawidłowo złożony, a co za tym idzie zachowany zostałby termin i określony moment procesu, a mianowicie po wpłynięciu aktu oskarżenia do Sądu. Powołując się na pogląd Sądu Najwyższego, za bezsporne uznał również, iż raz w ten sposób nabyte uprawnienie przysługuje stronie do końca procesu w danej sprawie, a więc również przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Art. 351 § 2 k.p.k. przewiduje odrębny dla każdego z uprawnionych podmiotów, termin do wystąpienia z wnioskiem o przeprowadzenie losowania składu orzekającego i uzyskania tego uprawnienia. Ustawodawca określa dwa momenty uaktywnienia się omawianego prawa, w stosunku do prokuratora termin wniesienia wniosku, o którym mowa w art. 351 § 2 k.p.k., biegnie od chwili wniesienia do Sądu aktu oskarżenia, natomiast w stosunku do obrońcy od chwili doręczenia temu podmiotowi odpisu aktu oskarżenia. Konstrukcja użyta przez ustawodawcę nie jest przypadkowa i słuszne wydaje się uznanie, że podmiot, któremu to uprawnienie przynależy, i moment procesu należy traktować łącznie. Nie sposób się zgodzić z twierdzeniem Sądu Apelacyjnego, który wskazuje, iż o naruszeniu art. 351 § 2 k.pk. możemy mówić wyłącznie na gruncie takiej sprawy, w której obrońca złoży wniosek o przeprowadzenie losowania składu orzekającego po wpłynięciu aktu oskarżenia do sądu.

---

[3] W. Jasiński, *Komentarz do art. 4, 24–44, 47–48, 337–342, 344–364, 552–559*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, System Informacji Prawnej Legalis, 2014.

[4] *Ibidem*.

Wydaje się, że dokonana przez Sąd II instancji wykładnia omawianego przepisu doprowadziła do sytuacji, w której Sąd powiązał osobę obrońcy z momentem procesu, określonym dla oskarżyciela publicznego. Osobie prokuratora przysługuje bowiem uprawnienie wnioskowania składu sędziowskiego po wniesieniu do sądu aktu oskarżenia. Natomiast dla obrońcy termin do wniesienia wniosku, o którym mowa w art. 351 § 2 k.p.k., biegnie od doręczenia temu obrońcy odpisu aktu oskarżenia. Doręczenie obrońcy aktu oskarżenia ma swoje źródło w art. 338 § 1 k.p.k, który reguluje, że prezes sądu zarządza doręczenie odpisu aktu oskarżenia oskarżonemu, i art. 140 k.p.k., który nakazuje doręczenie obrońcy odpisu, który ustawa nakazuje doręczyć stronom. Pomimo licznych wątpliwości i braku regulacji tak szczególnie ważnego zagadnienia o charakterze gwarancyjnym, należy wskazać, że Sąd apelacyjny, dokonując interpretacji, sam popada w sprzeczność, ograniczając obrońcy przyznane mu uprawnienie, do momentu wpływu aktu oskarżenia do Sądu, a tym samym pozbawia obrońcę przyznanego mu przez ustawodawcę uprawnienia. Kwestia ograniczenia zastosowania tego uprawnienia jedynie do pierwszego rozpoznania sprawy wydaje się przede wszystkim sprzeczna z założeniem, które przyświecało wprowadzeniu do kodeksu postępowania karnego tego przepisu, który zgodnie z celem ustawodawcy, ma służyć zapewnieniu gwarancji procesowych. Niezależnie od powyższych wątpliwości brak jest przesłanek, które zabraniałyby przyznania uprawnienia z art. 351 § 2 k.p.k obrońcy przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Zagadnienie dotyczące uprawnienia wynikającego z art. 351 § 2 k.p.k. nie zostało szerzej skomentowane w judykaturze, brak jest również w przedmiotowej kwestii orzecznictwa i jednolitych poglądów doktryny. W zakresie omawianej problematyki, o wniosku dotyczącym losowania składu orzekającego przy powtórnym rozpoznaniu sprawy, wypowiedział się wprawdzie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 2 października 2006 roku, sygn. akt: V KK 13/06[5], ale powoływanie się przez Sąd Apelacyjny w glosowanym wyroku jedynie na treść tego orzeczenia i przyjmowanie go jako podstawy wydanego orzeczenia jest niezasadne z uwagi na odmienność stanu faktycznego i w konsekwencji zagadnienia prawnego występującego w sprawie. Ponadto gdyby nawet pominąć odmienność stanu faktycznego i jedynie dla rozważenia zasadności stanowiska przyjętego w orzeczeniu przez Sąd II instancji rozważyć ten kierunek interpretacyjny art. 351 § 2 k.p.k. w sposób zaprezentowany przez Sąd Apelacyjny, to należy wskazać, iż teza powołanego w uzasadnieniu wyroku postanowienia Sądu Najwyższego opiera się jedynie na językowej wykładni art. 351 § 2 k.p.k. Zastosowana przez Sąd Najwyższy wykładnia polegała

[5] System Informacji Prawnej Lex (Lex Omega) 50/2014.

w praktyce na ustaleniu znaczenia normy na podstawie zdań i wyrażeń przyjętych w języku potocznym oraz znaczenia przyjętego w języku prawnym. Ten sposób interpretacji jest niewystarczający do zastosowania prawa. Jak wynika z wieloletniej praktyki, wykładnia przepisów przy użyciu jedynie językowej reguły interpretacyjnej jest nieracjonalna i prowadzi do niebezpieczeństwa dokonania jej w sposób błędny, sprzeczny z założeniem ustawodawcy, w konsekwencji czego, w świetle zastosowania jedynie takiej wykładni, nie można mówić o realizacji idei sprawiedliwości. Już w czasach starożytnego Rzymu prawnicy zwracali uwagę na sposób dokonywania wykładni prawa i z całą gorliwością podkreślali, że prawnik powinien wyjść poza ramy dosłownego brzmienia tekstu tworzącego przepis, poszukując jego istoty i pragmatyczności. Dlatego w pierwszej kolejności należy badać cel i funkcjonalność danego przepisu, następnie kierunek jego zastosowania przy całkowitym uwzględnieniu zamiaru prawodawcy, a na samym końcu należy zwrócić uwagę na jego literalne brzmienie. Przywołane orzeczenie nie może być podstawą dla użytej argumentacji przez Sąd Apelacyjny również z uwagi na to, że Sąd Najwyższy uznał, iż nie ma możliwości określenia jakiegokolwiek sensownego punktu czasowego dla wystąpienia z wnioskiem o losowanie składu orzekającego przy ponownym rozpoznaniu sprawy i jako nieprzekraczalną granicę wskazał rozpoczęcie rozprawy. Argumentacja Sądu Najwyższego nie pozwala na jej aprobatę z uwagi na zastosowanie zbyt wąskiego sposobu interpretacji, a poza tym zasadnie wydaje się, że nie ma przeszkód dla określenia tego punktu czasowego. Idea § 2 art. 351 k.p.k. dotyczy przecież sytuacji, kiedy oskarżonemu zarzuca się popełnienie zbrodni i przysługuje mu obligatoryjne prawo do obrony, co wyklucza wstąpienie obrońcy do sprawy w późniejszej fazie niż do rozpoczęcia pierwszej rozprawy. Tym bardziej zbliża to do wniosku, że skoro oskarżony posiada obrońcę od pierwszych chwil procesu, to ustalenie momentu, w którym przy ponownym rozpoznaniu sprawy aktualizowałoby się uprawnienie z art. 351 § 2 k.p.k., jest możliwe i to w taki sposób, żeby przy ponownym rozpoznaniu sprawy, zabezpieczyć proces przed zagrożeniem, jakim byłoby wstępowanie w trakcie trwania procesu już po pierwszej rozprawie nowych obrońców i wnioskowania przez nich o przeprowadzenie składu orzekającego. Wydaje się, że wbrew ustaleniom Sądu Apelacyjnego, opartym na uzasadnieniu Sądu Najwyższego, istnieje możliwość określenia momentu czasowego do złożenia wniosku o przeprowadzenie losowania składu orzekającego najpóźniej do odczytania aktu oskarżenia. Zgodnie z zasadą słuszności to na Sądzie spoczywa obowiązek dbałości o sprawiedliwość w sytuacji, kiedy literalne rozumienie przepisów zagraża i jednocześnie uniemożliwia realizację prawa zgodnie z jego celem. Przyjęcie zastosowanego przez Sąd Apelacyjny

w glosowanym orzeczeniu sposobu interpretacji art. 351 § 2 k.p.k. prowadzi w konsekwencji do zajęcia się problemem, czy pozbawienie obrońcy, który przystąpił do sprawy przy jej ponownym rozpoznaniu, możliwości wnioskowania o losowanie składu orzekającego jest zgodne z podstawową zasadą postępowania karnego, a mianowicie prawa do obrony. Wobec jawiących się wątpliwości przy stosowaniu art. 351 § 2 k.p.k. pojawia się pytanie, czy nie byłaby potrzebna inicjatywa ustawodawcza w celu zachowania pełnych gwarancji procesowych i konstytucyjnych oskarżonego. Brak odpowiedniej regulacji i zastosowanie jedynie literalnej wykładni art. 351 § 2 k.p.k. prowadzi do sytuacji, w której obrońca przystępujący do sprawy w takiej fazie procesu, kiedy sprawa zostaje przekazana do ponownego rozpoznania, od chwili przystąpienia do procesu znajduje się w nierównej sytuacji procesowej w stosunku do obrońcy, który przystępuje do procesu przy pierwszym jej rozpoznaniu, ponieważ zostaje pozbawiony pełnej i zupełnej realizacji prawa do obrony. Zgodnie z przyjętą przez Sąd Odwoławczy wykładnią art. 351 § 2 k.p.k., obrońca, który podejmuje się obrony oskarżonego, w fazie ponownego rozpoznania sprawy nie posiada możliwości złożenia wniosku o losowanie składu orzekającego tylko dlatego, że przystąpił do procesu w jego późniejszej fazie. Ten sposób rozumowania wskazanego przepisu zasadnie wydaje się pozbawiony sensu, a w dodatku rodzi uzasadnioną konkluzję, iż zmierza do nadania obronie pozornego charakteru, co z kolei godzi w istotę fundamentalnej zasady procesu karnego zawartej w art. 6 k.p.k. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy: „Prawo do obrony, w tym korzystania z pomocy obrońcy, winno być realne. Oznacza to między innymi, że ustanowiony obrońca z urzędu musi mieć zapewnioną możliwość rzetelnego zaznajomienia się z aktami sprawy.

Sąd nie może dopuścić do wykonywania obowiązków obrońcy w sytuacji wyraźnie wskazującej, że obrona może nie mieć realnego charakteru. Obecność obrońcy oskarżonego może być uznana za wystarczającą tylko wtedy, gdy obrońca rzeczywiście może wypełniać swoje obowiązki" (Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 7 lipca 2006 r. III KK 418/05).

Przenosząc powyższe na grunt omawianej sprawy, Sąd Apelacyjny, przyjmując wskazany sposób interpretacji art. 351 § 2 k.p.k., doprowadził do sytuacji kiedy obrońca oskarżonego został pozbawiony realnego wykonywania swoich obowiązków przy trzecim rozpoznaniu sprawy.

Kolejnym elementem konstrukcyjnym instytucji losowania składu orzekającego jest termin, w którym należy zgłosić stosowny wniosek. Termin ten wynosi 7 dni, w stosunku do prokuratora jest on liczony od wniesienia do Sądu aktu oskarżenia, natomiast dla obrońcy biegnie od doręczenia obrońcy aktu oskarżenia. W przypadku występowania w procesie kilku obrońców,

ten 7-dniowy termin liczony jest odrębnie dla każdego z nich[6]. W doktrynie istnieje spór w zakresie określenia charakteru, jaki posiada 7-dniowy termin wskazany w art. 351 § 2 k.p.k. Wykładnia art. 122 § 2 k.p.k. wyklucza zaliczenie tego terminu do kategorii terminów zawitych, pomimo występowania skutku w postaci bezskuteczności wniosku po jego upływie, ponadto nie znajduje w stosunku do niego zastosowania ewentualne przywrócenie terminu. Charakter terminów instrukcyjnych, które w ogóle nie przewidują skutku bezskuteczności, również przemawia za tym, że termin z art. 351 § 2 k.p.k. nie może zostać uznany za ten o charakterze porządkowym. Pozostaje podzielić pogląd większości w doktrynie, iż termin ten ma charakter prekluzyjny albo, jak twierdzą niektórzy, jest to specyficzny termin prekluzyjny[7]. Terminy prekluzyjne są nieprzekraczalne i nie podlegają przywróceniu, ich wyodrębnienie budzi kontrowersje. Prekluzja należy do kategorii terminów o stanowczym charakterze, uchybienie terminowi prekluzyjnemu, nazywanemu również materialno-procesowym, powoduje jego bezskuteczność i brak możliwości przywrócenia[8]. Z uwagi na zapewnienie gwarancji procesowych za słuszny należy uznać pogląd, że Sąd winien rozstrzygać przedmiotową kwestię nawet przy zajmowaniu negatywnego stanowiska w formie zarządzenia, które choć niezaskarżalne, mogłoby stać się przedmiotem rozpoznania w środku odwoławczym zgodnie z art. 447 § 3 k.p.k, a Sąd odwoławczy zobligowany byłby do oceny trafności i prawidłowości takiego zarządzenia.

Wprawdzie przepis art. 93 § 2 k.p.k wskazuje, że w kwestiach niewymagających postanowienia – prezes sądu, przewodniczący wydziału, przewodniczący składu orzekającego albo upoważniony sędzia wydają zarządzenia, to jednak nie można wykluczyć i takiej sytuacji, gdy pomimo wniosku obrońcy, zostanie już wyznaczony skład orzekający w trybie §1 art. 351 k.p.k. Stanowisko Sądu Apelacyjnego w głosowanym orzeczeniu skazuje obrońcę na bierność w skorzystaniu z uprawnienia uregulowanego w § 2 art. 351 k.p.k., z uwagi na brak przysługującego mu narzędzia w postaci niebudzącego wątpliwości przepisu.

Pozostaje również nierozstrzygnięta dotąd kwestia skutków procesowych, jakie wynikają z naruszenia przepisu art. 351 § 2 k.p.k. W doktrynie swoich zwolenników ma zarówno pogląd wystąpienia skutku w postaci względnej[9], jak i bezwzględnej przyczyny odwoławczej. Przy hipotetycznym założeniu, że nie dochodzi do wyznaczenia składu orzekającego w trybie art. 351 § 2 k.p.k., pomimo prawidłowego wniosku uprawnionych podmiotów, to

6 K.T. Boratyńska, *op. cit.*
7 P. Hofmański, *op. cit.*
8 T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011.
9 P. Hofmański, *op. cit.*

przyjęcie w tym zakresie wystąpienia skutku jedynie w postaci względnej przyczyny odwoławczej, prowadzi *de facto* do sytuacji, w której z przepisu art. 351 § 2 k.p.k. uczynilibyśmy jedynie dyrektywę skierowaną do Sądu. W praktyce jej naruszenie nie wiązałoby się z możliwością wykazania wpływu tego naruszenia na treść zapadłego orzeczenia w sprawie. Ustawodawca zdecydował się na umieszczenie w kodeksie postępowania karnego wskazanego przepisu nie po to, aby stał się on przepisem martwym. Dlatego wydaje się, że za słuszny należy uznać drugi występujący w judykaturze pogląd, mówiący o tym, że w przypadku, gdy pomimo prawidłowo złożonego wniosku, o którym mowa w art. 351 § 2 k.p.k., prezes sądu takiego wniosku nie uwzględni, to dochodzi do zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej[10]. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do naruszenia naczelnej zasady procesowej do bezstronności Sądu i prawa do rzetelnego procesu, a w konsekwencji naruszenia norm ochrony konstytucyjnej i prawa międzynarodowego wynikające z art. 45 ust. 1 Konstytucji i art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Ochrony Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. W ocenie glosatora, biorąc pod uwagę spór w doktrynie i brak orzecznictwa sądowego, Sąd Apelacyjny w opisanym stanie faktycznym, mając na celu zapewnienie gwarancji procesowych oraz wykazanie dbałości o przestrzeganie zasad rzetelnego i sprawiedliwego procesu, a także realizację pełnego prawa do obrony, powinien na podstawie art. 441 k.p.k., wystąpić z pytaniem prawnym do Sądu Najwyższego. Skutkiem takiego działania Sądu Apelacyjnego byłoby wydanie przez Sąd Najwyższy wiążącej w sprawie uchwały i wytyczenie kierunku interpretacyjnego komentowanego przepisu. Sąd Apelacyjny nie skorzystał z tej możliwości i dokonał tej oceny samodzielnie w sposób sprzeczny z funkcjonalną wykładnią art. 351 § 2 k.p.k., w dodatku powołując się jedynie na jego literalną wykładnię oraz pojedyncze stanowisko Sądu Najwyższego oparte na odmiennym stanie faktycznym.

Istotną kwestią budzącą wątpliwość jest stosowanie art. 351 § 2 k.p.k. na etapie po przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania, które jest równoznaczne z powrotem sprawy do stanu wyjściowego w fazie sądowej kontroli aktu oskarżenia. W toku ponownego podejmowania czynności, które rozpoczynają postępowanie sądowe w sprawie, wyłączone są jedynie te czynności i decyzje, które z natury rzeczy stały się bezprzedmiotowe lub były sprzeczne z orzeczeniem sądu odwoławczego. Przy ponownym rozpoznaniu sprawy nie dochodzi również do doręczenia obrońcy odpisu aktu oskarżenia i w kontekście

[10] P. Czarnecki, *Kontrowersje wokół wyznaczania sędziów w sprawach karnych na tle zasad uczciwego procesu*, Cz.PKiNP 2007.

omawianej sprawy należy rozważyć sytuację procesową, w której obrońca przystępuje do sprawy na etapie po jej uchyleniu.

Pojawiają się następujące wątpliwości:

1) Czy wstąpienie do procesu nowego obrońcy przy ponownym rozpoznaniu sprawy i doręczenie temu obrońcy odpisu aktu oskarżenia, na jego wniosek, jak to miało miejsce w tej sprawie, w obecnym brzmieniu art. 351 § 2 k.p.k., daje możliwość obrońcy złożenia wniosku o przeprowadzenie losowania składu orzekającego?
2) Czy odmowa uwzględnienia takiego wniosku uzasadnia zarzut apelacji wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z powodu „nienależytej obsady sądu"?
3) Czy w sytuacji, gdy wpłynął wniosek obrońcy art. 351 § 2 k.p.k. i doszło wcześniej do doręczenia aktu oskarżenia w fazie ponownego rozpoznania sprawy, uzasadnione byłoby zwrócenie się z zapytaniem prawnym do Sądu Najwyższego o wykładnię omawianego przepisu?

Choć opisany stan faktyczny i podniesione wyżej wątpliwości nie pozwalają na jednoznaczną wykładnię w celu udzielenia odpowiedzi co do zasad stosowania § 2 art. 351 k.p.k. we wszystkich fazach postępowania, to uprawniony jest wniosek, że sporna kwestia wymaga uregulowania przez ustawodawcę. Tylko taka zmiana § 2 art. 351 k.p.k. pozwalałaby na złożenie wniosku o losowanie składu orzekającego także przed rozpoczęciem przewodu sądowego przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Gwarantowałaby to zabezpieczenie interesów oskarżonego oraz zachowanie gwarancji procesowych.

W celu uniknięcia tworzenia sytuacji tożsamych z tą, gdy dochodzi do zarzutu, że prawo do obrony zostaje pozbawione realnego charakteru, należałoby wprowadzić do obecnego porządku prawnego instytucję, która stanie się substytucją doręczenia odpisu aktu oskarżenia i tym samym wywoła skutki procesowe w postaci aktywacji prawa o wnioskowanie przeprowadzenia losowania składu orzekającego po stronie obrońcy, który przystępuje do procesu w fazie ponownego rozpoznania sprawy. Za uzasadnione należałoby uznać, że prawo to powinno łączyć się z osobą obrońcy w danej fazie procesu. Pod uwagę należy również wziąć termin, w którym realizacja tego uprawnienia miałaby nastąpić, tj. przed otwarciem przewodu sądowego przy ponownym rozpoznania sprawy. Można bowiem przyjąć, iż wskazanym substytutem przy ponownym rozpoznaniu sprawy mogłoby okazać się na przykład zawiadomienie o wyznaczeniu terminu rozprawy, doręczone z odpowiednim wyprzedzeniem wraz z możliwością 7-dniowego terminu do złożenia wniosku o przeprowadzenie losowania składu orzekającego od dnia doręczenia wskazanego zawiadomienia.

Podsumowując uważam, że glosowany wyrok w granicach omawianego zarzutu, przy braku orzecznictwa w tym zakresie, nie zasługuje na aprobatę. Podjęte przez Sąd Apelacyjny rozstrzygnięcie nie tylko jest sprzeczne z treścią przepisu 351 § 2 k.p.k., ale także zostało oparte jedynie na literalnej jego wykładni, a mając na uwadze, że zagadnienie dotyczy przepisu, który ma na celu ochronę najważniejszych gwarancji procesowych, na których straży stoi Konstytucja, ten sposób interpretacji wydaje się co najmniej niewystarczający.