

UCHWAŁA Z DNIA 30 WRZEŚNIA 2003 R.

I KZP 26/03

Sędzia biorący udział w wydaniu na podstawie art. 345 § 1 k.p.k. postanowienia, 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.

Przewodniczący: sędzia SN S. Zabłocki (sprawozdawca).

Sędziowie SN: H. Gradzik, T. Grzegorzczak.

Zastępca Prokuratora Generalnego: R.A. Stefański.

Sąd Najwyższy w sprawie Ryszarda K. po rozpoznaniu, przekazanego na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Okręgowy w W., postanowieniem z dnia 5 czerwca 2003 r., zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy:

„Czy w myśl art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. wyłączony jest od udziału w sprawie sędzia biorący udział w wydaniu na zasadzie art. 345 § 1 k.p.k. postanowienia, które Sąd Odwoławczy uchylił i przekazał sprawę Sądowi pierwszej instancji do rozpoznania?”

u c h w a l i ł udzielić odpowiedzi j a k w y ż e j.

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

Zagadnienie prawne przedstawiono w następującej sytuacji procesowej :

Sąd Rejonowy w W. orzeczeniem z dnia 22 listopada 2002 r., działając na podstawie art. 339 § 3 pkt 4 k.p.k. w zw. z art. 345 § 1 k.p.k., postanowił „przekazać sprawę Prokuratorowi Prokuratury Rejonowej w W. w celu uzupełnienia dochodzenia”. Postanowienie to zostało zaskarżone przez prokuratora i w wyniku rozpoznania jego zażalenia Sąd Okręgowy w W. orzeczeniem z dnia 3 stycznia 2003 r. postanowił „uchylić zaskarżone postanowienie i przekazać sprawę Sądowi Rejonowemu w W. celem rozpoznania”. Po zwrocie akt do Sądu Rejonowego, sprawa została ponownie skierowana na posiedzenie i orzeczeniem z dnia 3 kwietnia 2003 r. sąd ten ponownie postanowił „przekazać sprawę Prokuratorowi Prokuratury Rejonowej w W. w celu uzupełnienia dochodzenia”. Postanowienie to zostało wydane w tym samym składzie, w jakim orzekał sąd w dniu 22 listopada 2002 r. Także i to orzeczenie zostało zaskarżone przez prokuratora, i w dniu 5 czerwca 2003 r. Sąd Okręgowy w W., rozpoznając środek odwoławczy, postanowił odroczyć rozpoznanie sprawy i przekazać Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne, sprowadzone do pytania: „Czy w myśl art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. wyłączony jest od udziału w sprawie sędzia biorący udział w wydaniu na zasadzie art. 345 § 1 k.p.k. postanowienia, które sąd odwoławczy uchylił i przekazał sprawę sądowi pierwszej instancji do rozpoznania”.

Rozpoznając przedstawione zagadnienie prawne Sąd Najwyższy zważył, co następuje :

Zgodnie z art. 40 § 1 pkt 7 (w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2003 r.) k.p.k. sędzia jest wyłączony od udziału w sprawie, jeżeli brał

udział w wydaniu orzeczenia, które zostało uchylone lub stwierdzono jego nieważność. Na wstępie należy zająć stanowisko co do tego, jak należy rozumieć ustawowe określenie „od udziału w sprawie”, występujące w treści art. 40 § 1 *in principio* k.p.k. Zdaniem Sądu Najwyższego, nie jest precyzyjne stwierdzenie, że: „W razie zaistnienia podstaw wymienionych w § 1 pkt 1-9 sędzia wyłączony jest od udziału w sprawie, co oznacza, że nie tylko nie może on orzekać na rozprawie, ale w ogóle nie może on w tej sprawie podejmować żadnych czynności” (tak np. na gruncie tego przepisu, w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy 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, zwanej dalej w niniejszej uchwale nowelą styczniową – P. Hofmański, E. Sądziak, K. Zgryzek: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Warszawa 1999, s. 215, teza 3, w podobnie ogólny sposób, ale już bez wymienienia wszystkich punktów paragrafu pierwszego art. 40 k.p.k., na gruncie tego przepisu w brzmieniu po wejściu w życie noweli styczniowej, T. Grzegorzczak: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 2003, s. 176, teza 3). Wspomniane uogólnienie określenia „od udziału w sprawie” można zaakceptować jedynie w odniesieniu do przyczyn wyłączenia przewidzianych w art. 40 § 1 pkt 1-5 oraz pkt 8-9, w brzmieniu tego przepisu przed nowelizacją styczniową oraz w pkt 1-5 oraz pkt 9-10, w brzmieniu tego przepisu po tej nowelizacji. Odmiennie natomiast należy rozumieć określenie „od udziału w sprawie” na gruncie art. 40 § 1 pkt 6 i 7 k.p.k. W obu powyższych wypadkach określenie „od udziału w sprawie” należy odczytywać łącznie z treścią stosownego punktu, precyzującego, o jaką „sprawę”, w istocie rzeczy, chodzi. Tak więc na gruncie pkt 6 chodzi o wyłączenie od udziału w sprawie „wydania zaskarżonego orzeczenia” lub „wydania zaskarżonego zarządzenia” (por. T. Grzegorzczak: *op. cit.*, s. 179, teza 10). W

tym ostatnim wypadku wyłączenie „od udziału w sprawie” następuje więc tylko na szczeblu sądu wyższego instancyjnie, tj. sądu właściwego do rozpoznania apelacji lub zażalenia (podobną funkcję odgrywa wyłączenie przewidziane w art. 40 § 3 k.p.k., odniesione do układu procesowego powstałego po wniesieniu nadzwyczajnego środka zaskarżenia, tj. kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania). Co więcej, analizowana tu przyczyna, określona w art. 40 § 1 pkt 6 k.p.k., nie pozwala na stwierdzenie, iż ustawodawca postawił wymóg, aby sędzia ulegał wyłączeniu od udziału w rozpoznawaniu sprawy przez sąd drugiej instancji, jeżeli kiedykolwiek przedtem uczestniczył w wydaniu przez sąd pierwszej instancji w tej samej sprawie orzeczenia (np. orzeczenia już dawniej uchylonego i obecnie nieaktualnego). Sędzia wyłączony jest od udziału tylko wtedy, gdy między orzeczeniem wydanym w pierwszej instancji i orzeczeniem, które miałyby zostać wydane z udziałem tego samego sędziego w drugiej instancji, zachodzi bardzo ścisły chronologiczny i merytoryczny związek, opisany w art. 40 § 1 pkt 6 k.p.k., mający na celu wykluczenie sytuacji, w której ten sam sędzia kontrolowałby w wyższej instancji swe własne orzeczenie lub zarządzenie (por. E. Skrętowicz: *Iudex inhabilis i iudex suspectus* w polskim procesie karnym, Lublin 1994, s. 34 i cyt. tam dalsza literatura przedmiotu). Z uwagi na wyjątkowy charakter przepisu art. 40 § 1 k.p.k. nie jest zaś dopuszczalne w tym zakresie stosowanie wykładni rozszerzającej ani rozumowania przez analogię. Z zachowaniem takich samych rygorów i przy odczytaniu właściwej *rationem legis* przepisu prowadzić należy interpretację określenia „od udziału w sprawie” na gruncie art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. Tak więc na gruncie pkt 7 chodzi o wyłączenie od udziału w sprawie „wydania orzeczenia, które zostało uchylone” (a zgodnie z brzmieniem przepisu obowiązującym w okresie od dnia 1 września 1998 r. do dnia 1 lipca 2003 r. także orzeczenia, którego nieważność stwierdzono). Dodajmy, że zgodnie z zakazem wykładni rozszerzającej i stosowania analogii wobec przepisów

o charakterze wyjątkowym nie można wyłączenia tego rozciągać na „udział w sprawie” wydawania innych rodzajów orzeczeń. Wykładnia analizowanego określenia „od udziału w sprawie” wiąże się zatem ściśle z zagadnieniem, które wzbudziło wątpliwości sądu występującego z tzw. pytaniem prawnym. Pytanie to dotyczy ustawowego określenia „które zostało uchylone”, a w szczególności tego, czy uchylenie to winno być połączone z przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania. W przepisie art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. nie stwierdzono *expressis verbis*, że wyłączenie od udziału w sprawie sędziego, który brał udział w wydaniu uchylonego orzeczenia dotyczy jedynie sytuacji, w której po uchyleniu sprawę przekazano do ponownego rozpoznania. Tego rodzaju wyraźne stwierdzenie figurowało natomiast w przepisie, który stanowił do dnia 1 września 1998 r. odpowiednik art. 40 § 1 pkt 7, czyli w art. 30 § 1 pkt 7 k.p.k. z 1969 r. Na tle tego ostatniego unormowania Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 maja 1972 r., VI KZP 75/71, OSNKW 1972, z. 7-8, poz. 115, wyraził nader wyraźny pogląd, że: „Sędzia, który brał udział w wydaniu (...) postanowienia o przekazaniu sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego, nie podlega wyłączeniu na podstawie art. 30 § 1 pkt 7 k.p.k. od dalszego udziału w tej sprawie, jeżeli sąd odwoławczy wspomniane postanowienie uchylił i przekazał sprawę sądowi pierwszej instancji do rozpoznania”. W nieco szerszej perspektywie zagadnienie to przedstawił, ale także na gruncie poprzedniego stanu prawnego, Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 10 marca 1997 r., V KZ 24/97, OSNKW 1997, z. 7-8, poz. 63, stwierdzając: „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, jeśli to właśnie owa kwestia stanowiła przedmiot orzekania i w konsekwencji przedmiot zaskarżenia w postępowaniu incydentalnym. W tym ostatnim układzie procesowym sformułowanie

„sprawę przekazano do ponownego rozpoznania” należy rozumieć jako przekazanie do ponownego rozpoznania właśnie sprawy rozpoznawanej, co prawda, w postępowaniu incydentalnym, ale stanowiącej w nim nie tylko główny, ale wręcz jedyny przedmiot rozstrzygnięcia. Wyeliminowanie z treści art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. tej części przepisu, w której mowa była o przekazaniu sprawy do „ponownego rozpoznania” zostało poczytane w jednej z publikacji (zob. A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T.E. Wirzman: Kodeks postępowania karnego – praktyczny komentarz z orzecznictwem, Warszawa 2001, s. 133) jako sygnał ustawodawcy, że sędzia, który wydał orzeczenie o charakterze incydentalnym, w tym również o przekazaniu sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia, jest w wypadku ewentualnego uchylecia tego orzeczenia wyłączony od orzekania w głównym nurcie procesu. Do poglądu tego odwołał się Sąd występujący z zagadnieniem prawnym, który stwierdził nadto, że za takim kierunkiem interpretacji przemawia również „literalne sprecyzowanie przez ustawodawcę w punkcie 8 i 9 art. 40 § 1 k.p.k. wyłączenia sędziego, który wydał postanowienie o warunkowym umorzeniu i nakaz karny”. Dla tzw. oczyszczenia przedpola już w tym miejscu należy stwierdzić, że odwoływanie się do treści pkt 8 (*nota bene* uchylonego w noweli styczniowej) i pkt 9 jest całkowicie nieuzasadnione i wręcz niezrozumiałe. Sytuacje procesowe określone w tych punktach dotyczą wydania przez sędziego orzeczenia w głównym przedmiocie procesu (taki charakter miało bowiem warunkowe umorzenie postępowania postanowieniem, i taki charakter miało do dnia 1 lipca 2003 r. wydanie nakazu karnego, zaś od tej daty – ma wydanie wyroku nakazowego, a także wydanie wyroku zaocznego), a nie w kwestii incydentalnej, jaką stanowi m.in. stwierdzenie braków postępowania przygotowawczego. Jednocześnie sąd odwoławczy dostrzegł jednak, że pozostałe wypowiedzi w piśmiennictwie optują za poglądem, iż pomimo zmiany brzmienia art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. w porównaniu z art. 30 § 1 pkt 7 k.p.k. z 1969 r. należy

przyjąć, że stanowisko wyrażone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 1972 r. nie straciło na aktualności. Za tym ostatnim zapatrywaniem pośrednio opowiedział się też Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 11 grudnia 2002 r., V KK 135/02, OSNKW 2003, z. 3-4, poz. 36, którego teza dotyczy wprowadzie innego układu procesowego, ale w części motywacyjnej zawarte są rozważania poświęcone genezie wyeliminowania z treści art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. dodatkowego zastrzeżenia, iż chodzi o „przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania”. Należy podzielić wyrażony tam pogląd, że wyeliminowanie z treści art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. dodatkowego zastrzeżenia, iż chodzi o przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania wynikało jedynie z faktu połączenia w jednym przepisie dwóch przesłanek wyłączenia z mocy prawa, a mianowicie tej związanej z uchyleciem orzeczenia i tej związanej ze stwierdzeniem nieważności. W tej ostatniej konfiguracji procesowej kodeks postępowania karnego nie posługiwał się, jak wiadomo, konstrukcją „przekazania do ponownego rozpoznania” (por. z poglądem konsekwentnie przedstawianym przez T. Grzegorzycę w kolejnych wydaniach: Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tj. w wyd. I, Kraków 1998, s. 139, wyd. II, Kraków 2001, s. 154 oraz w wyd. III, Kraków 2003, s. 180). Gdy zaś w noweli styczniowej eliminowano z systemu polskiej procedury instytucję nieważności, wówczas przy dostosowywaniu treści przepisu art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. do tej fundamentalnej zmiany posłużono się najprostszą techniką legislacyjną, stanowiąc w art. 1 ust. 13 pkt b: skreśla się wyrazy „lub stwierdzono jego nieważność”, bez zwrócenia uwagi na to, że w konsekwencji możliwe byłoby przywrócenie w części końcowej przepisu sformułowania: „...a sprawę przekazano do ponownego rozpoznania”. Także i z tego zabiegu nie można jednak wyprowadzać zbyt daleko idących wniosków. Zwrócić bowiem należy uwagę na sygnalizowaną już wyżej potrzebę odczytywania zakresu wyłączenia sędziego, przewidzianego w art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k., nie tylko przy uwzględnieniu treści sa-

meo pkt 7, ale także i treści tzw. „głowy” przepisu art. 40 § 1 k.p.k., a w szczególności figurującego tamże określenia „od udziału w sprawie”. Jak to już wcześniej stwierdzono, na gruncie pkt 7 chodzi o wyłączenie od udziału w sprawie „wydania orzeczenia, które zostało uchylone”. W konsekwencji, zakaz orzekania, o którym mowa jest w tym przepisie odnosi się jedynie do sytuacji, w której ma dojść do ponownego rozpoznania danej sprawy lub kwestii (por. T. Grzegorzczak: *op. cit.*, wyd. III, s. 180). Zapatrywanie takie pozostaje także w ścisłym związku z *rationem legis*, która leży o podstaw wyłączenia określonego w art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. Wyłączenie od udziału w sprawie sędziego, który brał udział w wydaniu orzeczenia, następnie uchylonym (a także, którego nieważność stwierdzono przed dniem 1 lipca 2003 r.) motywowane jest trojako. Po pierwsze, potrzebą uwolnienia takiego sędziego od pokusy sugerowania się treścią własnego poprzednio wydanego rozstrzygnięcia (por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 1999, s. 219). Po drugie tym, że uchylenie orzeczenia stanowi dezaprobatę stanowiska sądu pierwszej instancji, która w wypadku przekazania sprawy do ponownego rozpoznania związana jest z przekazaniem tzw. wytycznych sądu odwoławczego co do dalszego postępowania. Konieczność zastosowania się sędziego, który uprzednio orzekał w tej sprawie, do tych wskazań, łączyłaby się najczęściej z działaniem wbrew swemu przekonaniu, a więc z „gwałceniem sumienia sędziowskiego” (por. E. Skrętowicz: *op. cit.*, s. 37). Po trzecie wreszcie, strony i osoby biorące udział w ponownym rozpoznaniu sprawy, nie miałyby pełnego zaufania do składu sędziowskiego, który poprzednio w tej samej sprawie wydał już orzeczenie uznane przez instancję odwoławczą za obciążone błędem. Brak takiego zaufania sprawiałby zaś, że ponownie ferowane orzeczenie, nie miałoby „wymaganej mocy przekonywania o trafności i społecznej użyteczności rozstrzygnięcia”, a w konsekwencji nie mogłoby spełnić swych zadań profilaktyczno-wychowawczych (por. E. Skręto-

wicz: *op. cit.*, s. 37). Jak nietrudno zauważyć, wszystkie wskazane wyżej racje wchodzą w grę jedynie w przypadku uchylenia orzeczenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania co do głównego przedmiotu procesu, a nie w przypadku, gdy po uchyleniu orzeczenia o charakterze incydentalnym przedmiotem dalszego postępowania ma być inna kwestia niż ta, której dotyczyło dotychczasowe rozstrzygnięcie. W konsekwencji, wyłączeniu z mocy prawa na podstawie art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. podlega sędzia, który orzekał bądź to w zakresie głównego przedmiotu procesu, bądź też w kwestii incydentalnej i co do tej właśnie kwestii przekazano sprawę do ponownego rozpoznania.

Przed wysnuciem ostatecznej konkluzji odnośnie pytania prawnego przedstawionego w niniejszej sprawie, rozważyć jeszcze należy, jaka kwestia stanowi w układzie procesowym przedstawionym przez sąd odwoławczy przedmiot rozpoznania sądu przed uchyleniem orzeczenia, a jaka kwestia stanowi przedmiot rozpoznania po uchyleniu zaskarżonego postanowienia. Otóż w przypadku uchylenia postanowienia o przekazaniu sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia (art. 345 k.p.k.) przedmiotem dalszego postępowania jest problem odpowiedzialności karnej oskarżonego, a nie kwestia istnienia bądź nieistnienia braków postępowania przygotowawczego (ta została bowiem przesądzona przez sąd odwoławczy). W takim zaś przypadku dochodzi do procedowania w odniesieniu do innego przedmiotu postępowania (por. S. Cora: *Zwrot sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Warszawa 1987, s. 159; E. Skrętowicz: *op. cit.*, s. 45). Za aktualny uznać więc należy pogląd, że w razie wydania postanowienia o przekazaniu sprawy w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia (art. 345 k.p.k.), uchylenie tego postanowienia w trybie zażalenia nie powoduje wyłączenia z mocy prawa sędziów uczestniczących w jego wydaniu od orzekania w głównym przedmiocie procesu, ani też w kwestiach incyden-

talnych innych niż zwrot sprawy do postępowania przygotowawczego (por. J. Bratoszewski w: Z. Gostyński (red.): Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1998, t. II, s. 268 ; T. Grzegorzczak: *op. cit.*, wyd. III, s. 180). Co więcej, gdyby w toku dalszego postępowania, to jest po przystąpieniu do merytorycznego rozpoznawania sprawy, pojawiły się nowe okoliczności faktyczne, albo też nowe uwarunkowania prawne (np. zmiana stanu prawnego, w świetle której zmianie uległyby przesłanki tzw. zwrotu sprawy do postępowania przygotowawczego), możliwe jest – bez naruszenia przyczyny wyłączenia z mocy prawa, określonej w art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. – wydanie postanowienia o przekazaniu sprawy do śledztwa lub dochodzenia, z udziałem sędziego, który już w przeszłości orzekał w tej kwestii. Z całym naciskiem jednak należy podkreślić, że to ostatnie stwierdzenie nie dotyczy sytuacji określanej mianem: *ceteris paribus*, tj.: przy tych samych, niezmiennych, okolicznościach, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części niniejszej uchwały.

Ten pogląd o charakterze generalnym opatrzyć należy jednak dwoma uwagami. W szczególnych wypadkach, gdy w uzasadnieniu postanowienia o zwrocie sprawy do postępowania przygotowawczego sędzia wypowiedział się wyraźnie co do kwestii odpowiedzialności karnej osób objętych aktem oskarżenia, po uchyleniu tego postanowienia i przekazaniu sprawy do merytorycznego rozpoznania sędzia ten nie powinien orzekać także w głównym nurcie procesu. Poprzednia jego wypowiedź może być bowiem poczytana za okoliczność mogącą wywołać „uzasadnioną wątpliwość co do jego bezstronności w danej sprawie”, w rozumieniu art. 41 § 1 k.p.k. Może też zaistnieć konfiguracja procesowa, w której sąd *ad quem* uchylił orzeczenie wydane w trybie art. 345 k.p.k. o przekazaniu sprawy do śledztwa lub dochodzenia i przekaże tę właśnie kwestię do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji. Wówczas, rzecz jasna, sędzia, który brał udział w wydaniu orzeczenia uchylonego, nie będzie mógł orzekać w sądzie a

quo, gdyż wystąpi klasyczny układ procesowy przewidziany w art. 40 § 1 pkt 7 k.p.k. (przedmiot rozpoznania sądu pierwszej instancji będzie stanowiła ta sama kwestia, która stanowiła przedmiot rozpoznania przed uchyleciem orzeczenia, a więc będziemy mieli do czynienia z wyłączeniem od udziału w sprawie „wydania orzeczenia, które zostało uchylone”). Nieco odmienna sytuacja zaistniała, jak wynika z danych przytoczonych w tzw. części historycznej uchwały, w niniejszej sprawie. Sąd Okręgowy nie wydał wprawdzie orzeczenia następczego o przekazaniu do ponownego rozpoznania sprawy w przedmiocie jej zwrotu do postępowania przygotowawczego, ale Sąd Rejonowy procedował po zwrocie akt do tego sądu tak, jakby tej treści orzeczenie sądu odwoławczego właśnie zapadło. Sąd Rejonowy nie przystąpił bowiem do merytorycznego rozpoznania sprawy, ale – bez pojawienia się jakichkolwiek nowych okoliczności - skierował ją na posiedzenie i ponownie wydał postanowienie o przekazaniu sprawy do postępowania przygotowawczego na tej samej podstawie prawnej i faktycznej. Taki układ procesowy należy zrównać z tym, w którym właśnie jedynie kwestia przekazania sprawy do postępowania przygotowawczego stanowić miała, zgodnie z treścią części dyspozytywnej orzeczenia sądu odwoławczego, przedmiot rozpoznania sądu I instancji.

W konsekwencji stwierdzić należy, że: sędzia biorący udział w wydaniu na podstawie art. 345 § 1 k.p.k. postanowienia, 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.