Sygn. akt IV KO 86/21

POSTANOWIENIE

Dnia 3 listopada 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Wiesław Kozielewicz

w sprawie J. N. i J. Ś.
skazanych z art. 294 § 1 k.k. i innych
po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu
w dniu 3 listopada 2021 r.,
wniosku adw. M. W. i adw. R. S. - obrońców skazanych
o wyłączenie sędziego

p o s t a n o w i ł:

na podstawie art. 41 § 1 k.p.k. wyłączyć SSN od udziału w rozpoznaniu sprawy kasacyjnej oznaczonej sygnaturą IV KK 262/21.

UZASADNIENIE

W piśmie z dnia 15 lipca 2021 r. adwokaci M. W. i R. S. – obrońcy skazanych J. N. i J. Ś., wnieśli na podstawie art. 41 § 1 k.p.k. w zw. z art. 42 § 1 k.p.k., o wyłączenie SSN od rozpoznania sprawy kasacyjnej tych skazanych, oznaczonej sygnaturą IV KK 262/21, z uwagi na powołanie go na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego przez Prezydenta RP na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, ukształtowanej przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r., poz. 3), której pozycja ustrojowa, sposób ukonstytuowania, powołanie składu oraz funkcjonowanie powodują, że nie jest to organ niezależny od władzy ustawodawczej i wykonawczej przy wykonywaniu zadań powierzonych na mocy art. 186 Konstytucji RP i polegających na staniu na

straży niezależności sądów i niezawisłości sędziów, co skutkuje wadliwością powołania na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego, w myśl art. 179 Konstytucji RP, i w konsekwencji brakiem statusu sędziego Sądu Najwyższego, w związku z koniecznością rozważenia przez Sąd Najwyższy, przy rozpoznawaniu kasacji Rzecznika Praw Obywatelskich możliwości zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej z art. 439 § 1 pkt. 2 k.p.k., polegającej na tym, iż Sąd Apelacyjny w (…) rozpoznający sprawę w drugiej instancji, był nienależycie obsadzony, gdyż w jego składzie zasiadała sędzia K. M., będąca jednocześnie sprawozdawcą w przedmiotowej sprawie, która została powołana przez Prezydenta RP do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Apelacyjnego niu 4 października 2019 r., na wniosek wadliwego organu, tj. nowej Krajowej Rady Sądownictwa, a więc okoliczności analogicznej, dotyczącej również sędziego – powołanego wadliwie do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego i rozpoznającego przedmiotową sprawę, które to okoliczności wywołują uzasadnione wątpliwości co do możliwości zachowania przez niego bezstronności w niniejszej sprawie.

W piśmie z dnia 3 października 2021 r. adw. S. G. – trzeci obrońca skazanych J. N. i J. Ś., zwraca uwagę na tezy zawarte w postanowieniach Sądu Najwyższego: z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt I KZ 29/21 i z dnia 29 września 2021 r., sygn. akt V KZ 47/21, mające wpływ na ocenę złożonego wniosku o wyłączenie SSN od udziału w rozpoznaniu sprawy kasacyjnej tych skazanych.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego dominuje pogląd, że zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, sąd powołany do sprawowania wymiaru sprawiedliwości oraz pełnienia funkcji kontrolnych, spełniać musi cztery podstawowe wymogi: a) właściwości, b) niezależności, c) bezstronności i d) niezawisłości (por. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 października 2006 r., sygn. akt SK 42/04, OTK – A 2006, nr 9, poz. 125). Z kolei według orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – dalej powoływany jako ETPCz, za sąd można uznać tylko taki organ rozstrzygający, który: a) jest władny do samodzielnego podejmowania wiążących rozstrzygnięć, b) został ustanowiony przez ustawę, c) działa w sposób zapewniający niezawisłość i bezstronność (por. L. Garlicki, Pojęcie

i cechy ,,sądu” w świetle orzecznictwa Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w: A. Szmyt (red.), Trzecia władza. Sądy i trybunały w Polsce, Gdańsk 2008, s. 143). 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 (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 kwietnia 1999 r., sygn. akt K 8/99, OTK 1999, nr 3 poz. 41). Oczywistym jest, że nie ma niezawisłego sądu orzekającego w konkretnej sprawie, gdy w jego składzie są sędziowie którzy nie są niezawiśli. Niezawisłość jest też niezbędnym warunkiem niezależności sądów. Polega zaś na tym, iż sędzia działa wyłącznie w oparciu o prawo, zgodnie ze swoim sumieniem i wewnętrznym przekonaniem (por. np. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 24 czerwca 1998 r., sygn. akt K 3/98, OTK 1998, nr 4 poz. 52, z dnia 27 stycznia 1999 r., sygn. akt K 1/98, OTK 1999, nr 1, poz. 3). Niezawisłość sędziowska była uznana w konstytucji Królestwa Polskiego z 1815 r., w konstytucji marcowej II RP z 1921 r., a także w konstytucji kwietniowej II RP z 1935 r., jak też w małej konstytucji RP z 1947 r. oraz w konstytucji PRL z lipca 1952 r. Współcześnie wskazuje się, iż zasadzie niezawisłości sędziowskiej sprzyja stabilność stanowiska, sędziowie wszystkich sądów powoływani są przez Prezydenta RP na czas nieoznaczony na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa (art. 179 Konstytucji RP). Wśród gwarancji niezawisłości sędziowskiej wskazuje się np. wysokie wymagania kwalifikacyjne od kandydata na sędziego, a zwłaszcza wymaganie nieskazitelnego charakteru - art. 61 § 1 pkt 2 u.s.p., odpowiednią dojrzałość życiową i doświadczenie zawodowe, zasadę nieusuwalność sędziego, odpowiedni system awansowania i uposażeń, sędziowski immunitet formalny, właściwie ukształtowane sądownictwo dyscyplinarne, zakaz przynależności sędziów do partii politycznej, związku zawodowego, zakaz prowadzenia działalności publicznej nie dającej pogodzić się z zasadami niezależności sądów i niezawisłości sędziów, konstytucyjną zasadę jawności rozprawy, tajność narady i głosowania nad orzeczeniem, zasadę swobodnej oceny dowodów, instytucję wyłączenia sędziego. Należy również wskazać, iż pojęcie niezawisłości w ujęciu ustalonym przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej – dalej powoływany jako TSUE, oznacza, gdy chodzi o aspekt zewnętrzny, że dany organ wypełnia zadania wymiaru

sprawiedliwości w pełni autonomicznie, nie podlegając żadnej hierarchii służbowej, ani nie będąc podporządkowanym komukolwiek i nie otrzymując nakazów czy wytycznych z jakiegokolwiek źródła oraz że jest on w ten sposób chroniony przed ingerencją i naciskami zewnętrznymi mogącymi zagrozić niezależności osądu jego członków i wpływać na wydawane przez nich rozstrzygnięcia (por. np. pkt 51 – 52 wyroku w sprawie C – 506/04, pkt 109 – 110 wyroku w sprawie C - 192/18, a także pkt 121 – 122 wyroku w sprawach połączonych C - 585/18, C – 624/18 Ii C – 625/18). Także w orzecznictwie ETPCz, na gruncie art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dna 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.) – dalej powoływana jako EKPCz, podkreśla się, iż członkowie sądu nie mogą być przedmiotem zaleceń i wskazówek ze strony władzy wykonawczej, a dla przyjęcia spełnienia tego wymagania jest wystarczające ustalenie, że w praktyce takie zalecenia lub instrukcje nie są stosowane (por. np. paragrafy 37 – 42 wyroku ETPCz w sprawie Sramek).

Nie budzi wątpliwości, że gdy w składzie sądu znajdzie się osoba nieuprawniona do orzekania, wydane przez taki skład sądu rozstrzygnięcia są obarczone wadą prawną. W doktrynie podnosi się, iż co do zasady, gdy w składzie sądu znajdzie się osoba nieuprawniona to mamy do czynienia z naruszeniem prawa do rzetelnego postępowania sądowego, gdyż art. 6 ust. 1 EKPCz *exspressis verbis* gwarantuje prawo do ,,sądu ustanowionego ustawą.” Profesor Leszek Garlicki pisał, cyt. ,,Większość spraw przed trybunałem strasburskim dotyczyła pojedynczych przypadków orzekania przez osobę nieuprawnioną i korekta tych naruszeń nie miała skomplikowanego charakteru. Trybunał nie stykał się zaś z sytuacjami, gdy nieprawidłowość składu sądu była wynikiem przemyślanego działania najwyższych organów państwa. Swego rodzaju ironią losu stało się, że pierwsza sprawa tego typu dotyczyła Islandii, a więc kraju, w którym zasada rządów prawa zawsze była traktowana z najwyższym respektem” (L. Garlicki, Ástráðsson a sprawa polska, w: R. Czarny (red.), Prawa Człowieka – Bezpieczeństwo – Integracja Europejska. Księga jubileuszowa z okazji 70. urodzin Profesora Jerzego Jaskierni, Toruń 2020, s. 223). W wyroku z dnia 1 grudnia 2020 r. Wielkiej Izby ETPCz w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii (skarga 26374/18), dotyczącej

nieprawidłowości w powołaniu sędziów islandzkiego Sądu Apelacyjnego stwierdzono, iż doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 EKPCz. W tym wyroku przyjęto, iż aby ocenić, czy doszło do naruszenia prawa do rozpoznania sprawy przez ,,sąd ustanowiony ustawą", trzeba przeprowadzić test składający się z trzech elementów. Najpierw należy ustalić, **czy w procedurze nominacyjnej doszło do rażącego naruszenia prawa krajowego**. W drugim etapie testu konieczne jest rozważenie, **czy naruszone przepisy prawa krajowego miały podstawowe znaczenie z punktu widzenia procedury normującej powołania sędziów.** W trzecim etapie tego testu ETPCz bada**, czy stwierdzone naruszenia prawa krajowego zostały skutecznie zbadane i naprawione przez sądy krajowe.**

W postanowieniu z dnia 27 listopada 2019 r, sygn. akt IV KO 138/19, Sąd Najwyższy wskazał, że cyt. ,,Powszechnie przyjmuje się, iż procedura postępowania Prezydenta RP w przedmiocie nominacji sędziowskiej świadomie nie została poddana reżimowi postępowania administracyjnego, ani postępowania sądowo administracyjnego. Powyższe nie oznacza jednak wykluczenia możliwości przyjęcia wadliwości aktu powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego (postanowienia Prezydenta RP) w przypadku gdy:

1. podczas rozpatrywania i oceny kandydatów do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego przez Krajową Radę Sądownictwa doszło do popełnienia przestępstwa, ustalonego prawomocnym wyrokiem skazującym, które skutkowało podjęciem przez Krajową Radę Sądownictwa uchwały zawierającej wniosek o powołanie danego uczestnika postępowania (kandydata) do pełnienia urzędu sędziego (np. popełnienie fałszu dokumentu w zakresie treści przedstawionej Prezydentowi RP uchwały Krajowej Rady Sądownictwa zawierającej wniosek o powołanie do pełnienia urzędu sędziego);

lub

2. wykonanie przez Prezydenta RP jego konstytucyjnej prerogatywy w zakresie aktu powołania sędziego (art.144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP oraz art. 179 Konstytucji RP), które następnie zostało uznane za delikt konstytucyjny i za którą to czynność Prezydent RP został prawomocnie skazany przez Trybunał Stanu."

Jasną jest rzeczą, że **w demokratycznym państwie prawnym, jakim w myśl art. 2 Konstytucji RP jest Rzeczypospolita Polska, pojęciowo nie do przyjęcia jest, aby osoba, która została sędzią w wyniku przestępstwa lub popełnionego przez Prezydenta RP deliktu konstytucyjnego, mogła nadal wykonywać władzę wymierzania sprawiedliwości. Taka osoba, co oczywiste, powinna zostać złożona z urzędu sędziego wyrokiem sądu dyscyplinarnego, a rozstrzygnięcia sądowe wydane przez nią, wyeliminowane z obrotu prawnego. Jak słusznie mawiali rzymscy prawnicy, ,,z bezprawia nie rodzi się prawo" (ex iniuria non oritur ius), czyli czyjeś bezprawne działanie nie może być przez prawo ,,nagradzane". Tym bardziej współcześnie, w demokratycznym państwie prawnym, prawo nie może ochraniać sytuacji wytworzonych z działań przestępczych.**

Faktem jest, że w uchwale składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., BSA I – 4110 – 1/20, między innymi uchwalono, że nienależyta obsada sądu w rozumieniu art. 439 §1 pkt 2 k.p.k. albo sprzeczność składu sądu z przepisami prawa w rozumieniu art. 379 pkt 4 k.p.c., zachodzi także, gdy w składzie sądu bierze udział osoba powołana na urząd sędziego Sądu Najwyższego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r., poz. 3). Uchwała ta, zgodnie z art. 87 § 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r., o Sądzie Najwyższym, z chwilą jej podjęcia, uzyskała moc zasady prawnej. Związanie mocą zasady prawnej dotyczy każdego składu orzekającego Sądu Najwyższego, od jednoosobowego począwszy, a na pełnym składzie skończywszy. Postępowanie Sądu Najwyższego w przedmiocie odstąpienia od uchwały mającej moc zasady prawnej zostało unormowane w art. 88 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym oraz w rozdziale 21 rozporządzenia Prezydenta R.P. z dnia 29 marca 2018 r. – Regulamin Sądu Najwyższego (por. szerzej W. Kozielewicz, Postępowanie w przedmiocie odstąpienia od uchwały Sądu Najwyższego mającej moc zasady prawnej, w: R. Olszewski (red.), Proces karny sensu largo. Rzeczywistość i wyzwania. Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Grzegorczyka z okazji 70. urodzin, Warszawa –

Łódź 2019, s. 295 – 306). W zdaniu odrębnym do tej uchwały, złożonym przez SSN Wiesława Kozielewicza, podkreślono, iż niezależnie od wyrażanych ocen co do trybu jej podjęcia, uchwała ta będzie przez wiele lat, bardzo ważnym elementem dyskursu prawniczego, prowadzonego zarówno w Polsce, jak i zagranicą, odnośnie prawa strony do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd, ustanowiony przez ustawę, w aspekcie kształtowania składu orzekającego sądu (zdanie odrębne SSN W. Kozielewicza, OSNIK 2020 r, z. 2, s. 101 – 117).

Poza sporem jest, że istotne znaczenie w systemie ustrojowym Polski, jeśli chodzi o postępowanie w przedmiocie powołania sędziów, pełni od dnia 23 lutego 1990 r. Krajowa Rada Sądownictwa. Organ ten został utworzony w wyniku realizacji tzw. porozumień okrągłego stołu z kwietnia 1989 r., w których zapisano, że cyt. ,,Niezawisłości sędziowskiej strzec będzie Krajowa Rada Sądownictwa składająca się z większości sędziów delegowanych przez Zgromadzenie Ogólne Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i sądów powszechnych. Będzie ona przedstawiała prezydentowi do powołania na stanowisko sędziego lub awansowania do wyższego sądu jednego z dwóch kandydatów zgłoszonych przez zgromadzenie ogólne sądu z okręgu, w którym powstała potrzeba powołania sędziów. Niezawisłość sędziowska będzie opierać się na zapisanej w konstytucji zasadzie nieusuwalności sędziów (poza wypadkami określonymi w ustawie) i nieprzenoszenia sędziów wbrew ich woli na inne miejsce urzędowania” (Porozumienia okrągłego stołu. Warszawa, 6 luty – 5 kwietnia 1989, Olsztyn 1989, s. 6.). W literaturze wskazuje się, że Polska była pierwszym krajem postkomunistycznym w którym utworzono, nawiązując do rozwiązań włoskich, francuskich i portugalskich, Krajową Radę Sądownictwa. Później podobne rady powstały m.in. w Bułgarii, Chorwacji, Słowenii, na Ukrainie i na Węgrzech. Z treści przepisów Konstytucji RP wynika, że Krajowa Rada Sadownictwa jest niezależnym konstytucyjnym organem państwa usytuowanym poza trójpodziałem władzy, której zakres przedmiotowy jest ściśle powiązany z zakresem działania władzy sądowniczej, a przede wszystkim z gwarantowaną przez Konstytucję RP, odrębnością tej władzy. Podkreśla się, że istniejące w wielu państwach Europy rady sądownictwa, niezależnie od ich statusu ustrojowego, struktury i zakresu kompetencji, są instytucjami służącymi realizacji niezależności sądów i

niezawisłości sędziów (por. np. J. Thomas, Rady sądownictwa w Europie, ,,Krajowa Rada Sądownictwa" 2009, nr 1, s. 37 – 39). Trzeba też pamiętać, że fakt, iż w danym państwie nie ma rady sądownictwa, nie oznacza, że niejako automatycznie podważana przez to jest zasada niezależności sądów (przykładowo nie istnieją rady sądownictwa w: Niemczech, Austrii, Luksemburgu, Czechach, Łotwie czy Finlandii). W polskim ustawodawstwie w okresie od dnia 20 grudnia 1989 r., czyli daty uchwalenia ustawy z dnia 20 grudnia 1989 r., o Krajowej Radzie Sądownictwa (Dz. U. z 1989 r., Nr 73, poz. 435, z późn. zm.), do dnia 8 grudnia 2017 r., czyli do daty uchwalenia ustawy o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r., poz. 3), konsekwentnie przyjmowano, iż członków Krajowej Rady Sądownictwa:

1. spośród sędziów Sądu Najwyższego wybiera Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego (por. art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1989 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa, art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o Krajowej Radzie Sadownictwa, art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa);
2. spośród sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego Zgromadzenie Ogólne Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego, od 2001 r. Zgromadzenie Ogólne Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego wspólnie z przedstawicielami zgromadzeń ogólnych wojewódzkich sądów administracyjnych wybiera spośród sędziów sądów administracyjnych dwóch członków KRS (por. art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1989 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa, art. 7 ust.2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o Krajowej Radzie Sadownictwa, art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa);
3. spośród sędziów sądów powszechnych:

   dwóch członków spośród sędziów sądów apelacyjnych – zebranie zgromadzeń ogólnych sędziów sądów apelacyjnych (od 2001 r. zebranie przedstawicieli zgromadzeń ogólnych sędziów apelacji), por. art. 6 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1989 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa, art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o Krajowej Radzie Sadownictwa, art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa;

dziewięciu członków (od 2001 r. – ośmiu) spośród sędziów sądów rejonowych i sędziów sądów okręgowych (poprzednio wojewódzkich), zebranie przedstawicieli zgromadzeń ogólnych sędziów okręgów (por. art. 6 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1989 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa, art. 7 ust. 5 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o Krajowej Radzie Sadownictwa, art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa);

4. jednego członka spośród sędziów wojskowych Zgromadzenie Sędziów Sądów Wojskowych (por. art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1989 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa, art. 7 ust. 4 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o Krajowej Radzie Sadownictwa, art. 11 ust. 5 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa);

Ta wieloletnia, wyrażona w podanych wyżej ustawach, koncepcja wybierania **spośród sędziów ale przez sędziów** piętnastu członków Krajowej Rady, **podzielona przez Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 lipca 2007 r., sygn. akt K 25/ 07, nie zyskała akceptacji w ustawie z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw.** W tej ostatniej ustawie przyjęto, że to Sejm RP wybiera spośród sędziów Sądu Najwyższego, sądów powszechnych, sądów administracyjnych i sądów wojskowych, piętnastu członków Krajowej Rady Sądownictwa na wspólną czteroletnią kadencję.

W wyroku z dnia 22 lipca 2021 r. wydanym w sprawie Reczkowicz przeciwko Polsce (skarga nr 43447/19), ETPCz stwierdził naruszenie art. 6 ust. 1 EKPCz w związku z rozpoznaniem przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego kasacji obwinionej adwokat J.R. wniesionej od orzeczenia Wyższego Sądu Dyscyplinarnego Adwokatury, gdyż, cyt. ,,Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego, która rozpoznawała sprawę skarżącej, nie była ,,sądem ustanowionym ustawą". W związku z tym doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 EKPCz w tym zakresie." W dniu 19 września 2018 r., do tej nowoutworzonej izby w Sądzie Najwyższym, charakteryzującej się dużą autonomią organizacyjną, Prezydent RP, powołał 10 Sędziów na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, ukształtowanej w trybie określonym ustawą z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie

Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw, czyli w jej składzie było piętnastu sędziów wybranych przez Sejm RP. ETPCz w tym wyroku m.in. podniósł, że, cyt. ,,ETPCz ustalił, że doszło do oczywistego naruszenia prawa krajowego, które wywarło negatywny wpływ na podstawowe zasady procedury powoływania sędziów do Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, ponieważ powołanie nastąpiło na postawie rekomendacji KRS, ustanowionej na mocy ustawy nowelizującej z 2017 r., tj. organu, który nie dawał już wystarczających gwarancji niezależności od władzy ustawodawczej lub wykonawczej. Nieprawidłowości w procesie powoływania sędziów niweczą legitymację Izby Dyscyplinarnej w takim stopniu, że w następstwie z natury wadliwej procedury powoływania sędziów, nie posiadała ona i nadal nie posiada atrybutów ,,sądu", który jest ,,zgodny z prawem" dla celów wykładni na gruncie art. 6 ust. 1 ETPCz. Tym samym naruszona została sama istota przedmiotowego prawa." Po pierwsze wskazać należy, iż **wyrok ten nie jest jeszcze ostateczny**, gdyż zgodnie z art. 42 – 44 EKPCz, strony mają prawo w terminie trzech miesięcy od jego wydania złożyć wniosek o przekazanie sprawy do Wielkiej Izby, a po jego przyjęciu sprawa jest rozstrzygana na nowo przez Wielką Izbę ETPCz. W dniu 21 października 2021 r. Polska skorzystała z tego prawa, składając na podstawie art. 43 EKPCz wniosek o przekazanie sprawy Reczkowicz przeciwko Polsce do Wielkiej Izby. Po drugie w zgodnej opinii do wyroku ETPCz z dnia 22 lipca 2021 r. – sprawa Reczkowicz przeciwko Polsce, sędzia Krzysztof Wojtyczek, trafnie zauważył, że cyt. ,,Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 lipca 2007 r, sygn. akt K 25/07, rozstrzygnął kwestę zgodności z Konstytucją RP niektórych nowo wprowadzonych przepisów zakazujących równoczesnego zajmowania niektórych stanowisk w sądownictwie z członkostwem w KRS. Trybunał Konstytucyjny nie musiał rozstrzygać kwestii, w jaki sposób należy wybierać członków KRS. Pogląd, że zgodnie z Konstytucją RP sędziowie zasiadający w KRS muszą być wybierani przez gremia sędziów, był jedynie ***obiter dictum.*** **Kwestia ta nie została dogłębnie zbadana i nie przedstawiono argumentów na poparcie tego poglądu, co jest zrozumiałe, ponieważ w tym czasie nikt nie twierdził, że możliwa jest inna interpretacja art. 187 ust. 1 pkt 2 Konstytucji RP**. Do 2016 r. panowała w Polsce powszechna zgoda, że sędziowie wybrani do KRS powinni być wybierani przez przedstawicieli środowiska

sędziowskiego**. Pytanie, czy jest to jedyna możliwa wykładnia art. 187 ust. 1 pkt 2 Konstytucji RP, nie zostało tak naprawdę nigdy postawione i na pewno nie było wówczas przedmiotem dyskusji**". Również słusznie wskazuje odnosząc się krytycznie do tej części argumentacji wyroku ETPCz., że ,,podejście wypracowane w uzasadnieniu jest problematyczne i pomija najistotniejszy punkt. **Problem nie polega na tym, że Trybunał Konstytucyjny w 2017 r. odszedł od wcześniejszego wyroku bez podania wystarczających powodów, ale na tym, że rozstrzygnął on istotne zagadnienie z gruntu prawa konstytucyjnego, podając jednocześnie słabe argumenty na poparcie swojego stanowiska.** Gdyby wyrok z dnia 18 lipca 2007 r., sygn. akt K 25/07, nie został wydany problem nadal byłby ten sam. Trybunał Konstytucyjny w 2017 r. (wyrok z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. akt K 5/17) nie zajął się merytorycznie argumentacją prawną zawartą we wcześniejszym orzeczeniu, ponieważ nie było w nim argumentów co do wyboru sędziów do KRS. […..] Argument, że Trybunał Konstytucyjny odstąpił od ,,ostatecznego orzeczenia o charakterze powszechnie obowiązującym" opiera się na niezrozumieniu prawa krajowego. Moc wiążąca wyroku Trybunału Konstytucyjnego ograniczona jest do jego sentencji. Jak wyjaśniono w doktrynie, opierając się na orzecznictwie krajowym, **cechy ostateczności i mocy powszechnie obowiązującej nie dotyczą uzasadnienia wyroku."** Dalej przekonywująco wykazuje, cyt. ,,Uzasadnienie wyroku ETPCz wskazuje, że doszło do oczywistego naruszenia prawa (paragraf 264), ale pozostaje niejasne, która(e) zasada (y) prawna(e) została(y) naruszone. Czy była to zasada wymagająca, aby Trybunał Konstytucyjny, odstępując od wcześniejszego orzecznictwa, zajął się merytorycznie argumentami prawnymi zawartymi we wcześniejszych orzeczeniach (paragraf 238)? Czy był to art. 187 ust. 1 pkt 2 Konstytucji RP (paragrafy 233 – 244)? „Standardy europejskie" (paragraf 240)? Artykuł 6 EKPCz (paragrafy 260 i 264)? Ogólny wymóg dokonania wyważenia sprzecznych interesów w świetle standardów EKPCz (paragrafy 230, 231, 239, 259 i 262)? Zasada podziału władzy i niezależności sądownictwa (paragraf 239 i 276)? Jeśli tak, to czy jest to podział władzy i niezależność sadownictwa w rozumieniu Konstytucji RP, czy w rozumieniu EKPCz, czy innych aktów prawa międzynarodowego?" Słusznie też zauważa, cyt. ,, **nie jest jasne, czy naruszenie prawa ustalone przez ETPCz dotyczy tylko Izby**

Dyscyplinarnej, czy też wszystkich sędziów w Polsce powołanych z nominacji nowej KRS od czasu jej powołania w 2018 r. W niektórych paragrafach ETPCz ogranicza zakres sprawy do Izby Dyscyplinarnej (zob. w szczególności 225, 226 i 280) i używa argumentów odnoszących się konkretnie do tej Izby (np. 249, 255, 256, 264). Będą się na nie powoływać ci, którzy twierdzą, że zakres wyroku ogranicza się do Izby Dyscyplinarnej. Inne części uzasadnienia koncentrują się na nowym trybie wyborów KRS, który ma wpływ na sposób powoływania do innych izb Sądu Najwyższego oraz do sądów powszechnych, wojskowych i administracyjnych. Fragmenty te będą przywoływane na poparcie poglądu, że zakres wyroku obejmuje wszystkie postępowania dotyczące powoływania sędziów w Polsce, w które zaangażowana była powołana w 2018 r. KRS. Szkoda, że skład orzekający nie był w stanie zająć jasnego stanowiska w tej sprawie. Niejednoznaczność ta będzie oznaczać niepewność dla tysięcy osób, których sprawy rozstrzygane były z udziałem sędziów powołanych z nominacji nowej KRS utworzonej w 2018 r."

W dniu 24 lutego 2020 r. Prezes Rady Ministrów skierował do Trybunału Konstytucyjnego wniosek o zbadanie zgodności uchwały połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dna 23 stycznia 2020 r. z:

- art.83 ust. 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym,
- art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.,
- art. 379 pkt 4 k.p.c.,
- art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej,
- art. 6 ust. EKPCz,
- art. 2 i art. 4 ust.3 Traktatu o Unii Europejskiej,
- art. 179, art. 144 ust.3 pkt 17, art. 183 ust. 1, art. 45 ust 1, art. 8 ust. 1, art. 7 i art. 2 Konstytucji RP

Trybunał Konstytucyjny, po rozpoznaniu tego wniosku, wyrokiem z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt U 2/20, orzekł, że uchwała składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., BSA I-4110-1/20, jest niezgodna z:

1. art. 179, art.144 ust. 3 pkt 17, art. 183 ust.1, art. 45 ust.1, art. 8 ust. 1, art. 7 i art. 2 Konstytucji RP,
2. art. 2 i art.4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej,
3. art. 6 ust. 1 EKPCz.

Wyrok ten zapadł większością głosów. Trybunał Konstytucyjny orzekał w składzie czternastu sędziów (Dz. U. 2020 r. z dnia 21 kwietnia, poz. 376).

Zdania odrębne do tego wyroku złożyli:

sędzia TK Leon Kieres, który uważał, iż postępowanie w tej sprawie powinno zostać w całości umorzone z powodu niedopuszczalności wydania wyroku,

sędzia TK Piotr Pszczółkowski, wskazujący, że wydanie wyroku w tej sprawie było niedopuszczalne z uwagi na brak kompetencji Trybunału Konstytucyjnego do merytorycznej kontroli uchwały składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., a postępowanie powinno zostać umorzone na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 u.o.t.p.TK,

sędzia TK Jarosław Wyrembak, podnoszący, że niedopuszczalność wydania orzeczenia w tej sprawie wynikała z faktu, iż w zakresie kognicji Trybunału Konstytucyjnego nie mieści się badanie uchwały Sądu Najwyższego objętej wnioskiem Prezesa Rady Ministrów,

sędzia TK Mariusz Muszyński, akceptujący kierunek wyroku, zaś kwestionujący metodologię przyjętego rozstrzygnięcia w zakresie sposobu doboru konkretnych wzorców kontroli, jak i treść oceny merytorycznej podniesionych problemów.

W postanowieniu z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt I KZ 29/21, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż nie może uznać, że orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt U 2/20, jest wyrokiem, którego treść objęta jest skutkiem wyznaczonym normą art. 190 ust. 1 Konstytucji RP, a zatem przyjął, że Trybunał Konstytucyjny nie rozstrzygnął kwestii objętej wnioskiem Prezesa Rady Ministrów. Podniósł też, że będąc związany wyrokami Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 3 grudnia 2015 r., sygn. akt K 34/15, zam. Dz. U. z 2015 r., poz. 2129, i z dnia 9 grudnia 2015 r., sygn. akt K 35/15, zam. Dz. U. 2015 r., poz. 2147, oraz postanowieniem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2016 r., sygn. akt U 8/15, musi stwierdzić, że wybór Mariusza Muszyńskiego, Lecha Morawskiego i

Henryka Ciocha na sędziów Trybunału Konstytucyjnego był przeprowadzony z naruszeniem Konstytucji RP, a zatem każdorazowo skład orzekający Trybunału Konstytucyjnego z ich udziałem oraz z udziałem osób powołanych na miejsce zmarłych Lecha Morawskiego i Henryka Ciocha (dotyczy to Jarosława Wyrembaka i Justyna Piskorskiego), obarczony jest bardzo istotną wadą w postaci naruszenia art. 184 ust. 1 Konstytucji RP. Z kolei w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2021 r., sygn. akt IV KZ 37/21, nie podzielono tego stanowiska, zaakcentowano, że żaden organ nie posiada uprawnień do weryfikowania oraz nierespektowania orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego. Podkreślono, że norma określona w art. 190 ust. 1 Konstytucji RP jest normą samowykonalną, która implikuje obowiązek uwzględniania z urzędu treści orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w toku rozpoznawania sprawy, a nadto obowiązek respektowania i wdrażania orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego przez wszystkich adresatów. Pogląd wyrażony w tym postanowieniu został poddany krytyce w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2021 r., sygn. akt V KZ 47/21, gdzie podniesiono, iż w postanowieniu z dnia 23 września 2021 r., sygn. akt IV KZ 37/21, poprzestano na odwołaniu się do treści art. 190 ust. 1 Konstytucji RP, wywodząc z niego zasadę, iż żaden organ nie posiada uprawnień do weryfikacji oraz nierespektowania orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, cyt. ,,stwierdzenia powyższego nie rozbudowano jednak jakąkolwiek argumentacją odnoszącą się do zaistnienia okoliczności nadzwyczajnych, których nie przewidział ustrojodawca, a do których odwołano się w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2021 r., wskazujących zwłaszcza na poważne zastrzeżenia w płaszczyźnie prawidłowości powołania sędziów tego organu oraz wyjścia - w toku badania uchwały połączonych izb Sądu Najwyższego poza kompetencje ustawowe.”

Oczywiście zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie, nie wyklucza się występowania w przestrzeni publicznej orzeczeń nieistniejących (por. np. H. Solus, R. Perrot, Droit judiciaire prive, t I, Paryż 1961, s. 385, R. Bruns, Zivilprozessrecht, Berlin – Frankfurt 1968, s. 373 i n. H. Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, t.III, Wiedeń 1966, s. 561 oraz t. IV, 1971, s. 20 – 21, A. Miączyński, Faktyczne i prawne istnienie orzeczenia w sądowym postępowaniu cywilnym, ZUJ 1972, K. Korzan, Wyroki nieistniejące, Przegląd Prawa i

Administracji 1976, t. VII, C. Barbosa Moreira, Commentarios ao codigo de processo civil , t. V, Rio de Janeiro 1978, s. 229 i n., B. Bladowski, Orzeczenia nieistniejące w cywilnym postępowaniu odwoławczym, Nowe Prawo 1991, nr 1 – 3, K. Markiewicz, Problem *sententia non existens* na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego, Rejent 2002, nr 11, s. 92 i n., S. Czepita, Zagadnienie orzeczeń nieistniejących w postępowaniu cywilnym w świetle koncepcji czynności konwencjonalnych, Rozprawy i Studia. Uniwersytet Szczeciński 2006, nr 629, s. 139 – 149, Ł. Błaszczak Orzeczenia nieistniejące w sądowym postępowaniu cywilnym, w: Ł. Błaszczak (red.), Wokół problematyki orzeczeń, Toruń 2007, s. 7 i n.). Słusznie wskazuje się, iż sama nazwa ,,orzeczenie nieistniejące" zawiera sprzeczność, gdyż chodzi tu zawsze o orzeczenia, które w rzeczywistości zostały sporządzone i jako takie faktycznie istnieją. Jeżeli bowiem orzeczenia lub choćby jego namiastki nie ma, to nie aktualizuje się problem orzeczenia nieistniejącego. Za orzeczenie nieistniejące *(sententia non existens)* można bowiem uznać tylko takie orzeczenie które nie istnieje w znaczeniu prawnoprocesowym (por. M. Sawczuk, Wznowienie postępowania cywilnego, Warszawa 1970, s. 71, uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2000 r., III CZP 29/00, OSNC 2001, z. 2, poz. 25). Przyjmuje się, iż orzeczenie sądu prawnie nie istnieje, gdy orzeczeniu brak jest tego rodzaju elementów czy warunków, które według ustawy procesowej nadają mu charakter i skutki orzeczenia sądowego. Przykładowo, w wypadku wyroku wydanego przez osobę lub zespół osób nie będących sądem w rozumieniu obowiązujących przepisów prawa procesowego, będziemy mieli do czynienia z orzeczeniem nieistniejącym. Dominuje też stanowisko, iż wyrok podlegający ogłoszeniu, a nieogłoszony, jest wyrokiem nieistniejącym w znaczeniu prawnoprocesowym (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 września 1935 r., C II 944/35, Zb. Urz. 1936, poz. 84). Z kolei brak podpisania wyroku nie pozbawia go znaczenia prawnego, jeżeli mimo tego wyrok ten został ogłoszony (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 1957 r., 2 CR 1107/54 z aprobującą glosą K. Stefki, OSPiKA 1957, poz. 35). W 2016 r. przedstawiciele władzy wykonawczej uznawali za nieistniejące wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 9 marca 2016 r., sygn. akt K 47/15, podnosząc, że Trybunał Konstytucyjny działał z pominięciem przepisów obowiązujących w momencie orzekania, oraz z dnia 11 sierpnia 2016 r.,

sygn. akt K 39/16, twierdząc, że wydając ten wyrok Trybunał Konstytucyjny orzekał w składzie nieznanym ustawie (wyroki te nie zostały opublikowane w 2016 r. w Dzienniku Ustaw, a zostały opublikowane w Dzienniku Ustaw dopiero w dniu 5 czerwca 2018 r. na mocy ustawy z dnia 12 kwietnia 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 849, już po utracie mocy obowiązującej przez akty, których przepisy wyroki kwestionowały), zaś Trybunał Konstytucyjny w postanowieniach z dnia 15 czerwca 2021 r., sygn. akt P 7/20, OTK A 2021, poz. 30, i z dnia 31 sierpnia 2021 r., sygn. akt K 3/21, uznał za *sententia non existens* wyrok ETPCz z dnia 7 maja 2021 r. w sprawie Xero Flor w Polsce sp. z o.o. przeciwko Polsce, gdyż zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, ETPCz w sposób nieuprawniony wykroczył poza swoją właściwość, dokonując oceny legalności ukształtowania Trybunału Konstytucyjnego. Jak podaje K. Zaradkiewicz, cyt. ,, Art. 190 ust.1 Konstytucji RP nie może być traktowany jako podstawa walidacyjna każdego działania sędziów Trybunału Konstytucyjnego. Trudna do obrony byłaby teza, że każda możliwa wada postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, a także jakakolwiek wada samego rozstrzygnięcia (zarówno materialna, jak i formalna) nie ma znaczenia dla oceny skuteczności orzeczenia" (K. Zaradkiewicz, Analiza niektórych aspektów postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawach K 34/15 i K 47/15, Biuro Trybunału Konstytucyjnego. Zespół Orzecznictwa i Studiów, Warszawa 2016, s. 11).

Jak z powyższego wynika koncepcja przyjęta w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2021 r., sygn. akt I KZ 29/21, i podtrzymana w postanowieniu z dnia 29 września 2021 r., sygn. akt V KZ 47/21, wpisuje się w występujące w przeszłości wypowiedzi dotyczące uznawania za *sententia non existens* wyroków zarówno Trybunału Konstytucyjnego, jak i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Sąd Najwyższy, w składzie orzekającym w niniejszej sprawie, nie widzi przeszkód do stosowania prawnej konstrukcji orzeczeń nieistniejących (*sententia non existens*), także do rozstrzygnięć wydanych przez Trybunał Konstytucyjny, czy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Przyjęcie tej konstrukcji pozwala sędziemu, działającemu w granicach wyznaczonych art. 178 ust. 1 Konstytucji RP, na pominięcie w procesie orzekania, skutku

wynikającego z art. 190 ust. 1 Konstytucji RP, a w przypadku orzeczenia ETPCz konsekwencji ostatecznego wyroku ETPCz, wynikających z art. 46 ust. 1 EKPCz. Jakie bowiem racje miałyby przemawiać za tym aby w przypadku zaistnienia sytuacji, gdy orzeczenia tych Trybunałów wydane zostały z rażącym naruszeniem warunków nadającym im charakter i skutki rozstrzygnięcia wiążącego, miałyby one nadal istnieć w obrocie prawnym, zaś orzeczenia Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego, sądów administracyjnych, sądów powszechnych czy sądów wojskowych, w przypadku takich samych wadliwości, uznawano za *sententia non existens*. Prezentując takie stanowisko Sąd Najwyższy nie uznaje jednak, że wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt U 2/20, jest *sententia non existens.* W wydaniu tego wyroku, jak wyżej wspomniano, brało udział czternastu sędziów TK, co do dwóch kwestionuje się ich status. Jak wynika ze złożonych przez nich zdań odrębnych jeden głosował za stwierdzeniem niezgodności z Konstytucją RP uchwały składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., BSA I-4110-1/20 (por. zdanie odrębne sędziego TK Mariusza Muszyńskiego), drugi zaś optował za niedopuszczalnością wydania orzeczenia (por. zdanie odrębne sędziego TK Jarosława Wyrembaka). Można zatem powiedzieć, iż w realiach sprawy U 2/20, głosy te wzajemnie się ,,zniosły", nie wpływając na wynik rozstrzygnięcia. Z pozostałych dwunastu sędziów TK, których wybór nie jest kwestionowany, zdania odrębne do wyroku złożyli: sędzia TK Leon Kieres i sędzia TK Piotr Pszczółkowski. W tej sytuacji nie sposób uznać, by udział w wydaniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt U 2/20, dwóch sędziów TK, których status jest kwestionowany, był tego rodzaju wadą prawną, która pozwala na sięgnięcie do tej osobliwej konstrukcji jaką jest *sententia non existens.* Nie można również podzielić tezy, iż w sprawie U 2/20 Trybunał Konstytucyjny orzekł poza swoimi kompetencjami ustawowymi. W przeszłości podnoszono takie zarzuty np. pod adresem wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 października 2010 r., sygn. akt K 10/08, OTK ZU 2010, nr 8A, poz. 81 (por. zwłaszcza zdania odrębne do tego wyroku sędziów TK: Adama Jamroza, Marka Mazurkiewicza i Mirosława Wyrzykowskiego). W uzasadnieniu wyroku z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt U2/20, przekonywująco wykazano, iż poddana kontroli

uchwała abstrakcyjna składu połączonych trzech Izb Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., jest aktem prawa wewnętrznego podlegającym kognicji Trybunału Konstytucyjnego pod warunkiem określonym w art. 188 pkt 3 Konstytucji RP (por. podpunkty 1.1 i 1.2 pkt III tego uzasadnienia).

W tej sytuacji zgodnie z treścią wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt U2/20, który w myśl art. 190 ust. 1 Konstytucji RP ma moc powszechnie obowiązującą, uchwała składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. akt BSA I – 4110 – 1/20, nie wiąże formalnie sędziów Sądu Najwyższego, natomiast zawarte w niej myśli mogą być wykorzystywane w praktyce orzeczniczej w granicach normalnych sposobów wykładni prawa.

Skoro zatem uchwała składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. akt BSA I – 4110 – 1/20, z dniem ogłoszenia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2020 r. sygn. akt U 2/20, to jest dniem 21 kwietnia 2020 r. (Dz. U. z dnia 21 kwietnia 2020 r., poz. 376), nie ma już mocy zasady prawnej, to nie można podzielić stanowiska, iż z uwagi na jej wiążący sędziów Sądu Najwyższego charakter, SSN powinien zostać wyłączony od udziału w rozpoznaniu sprawy kasacyjnej oznaczonej sygnaturą IV KK 262/21.

W wypadku SSN nie zachodzą również powody skutkujące wadliwością powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego, o których mowa, w powołanym na wstępie niniejszego uzasadnienia, postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2019 r., sygn. akt IV KO 138/19. Należy przy tym zauważyć, iż wywód zawarty w tym postanowieniu, wpisuje się w przyjęty przez Wielką Izbę ETPCz w wyroku z dnia 1 grudnia 2020 r. w sprawie Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii (skarga 26374/18), test, pozwalający ocenić, czy w realiach sprawy doszło do naruszenia prawa do rozpoznania sprawy przez ,,sąd ustanowiony ustawą”.

Należy też stwierdzić, że również w świetle kryteriów wskazanych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2019 r., sygn. akt II PO 7/18, a dotyczącego przecież Izby Dyscyplinarnej, nie można zasadnie wywodzić, iż udział SSN w składzie orzekającym w sprawie kasacyjnej IV KK 262/21, będzie skutkował

uchybieniem w postaci nienależytej obsady sądu. Z wyroku TSUE z dnia 19 listopada 2019 r. w połączonych sprawach C – 585/18, C – 624/18 i C – 625/18, A.K. i in. przeciwko Sądowi Najwyższemu, bezspornie wynika, że do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności może dojść, **jeśli w konkretnej sprawie i konkretnych okolicznościach zachodzi zespół szczególnych okoliczności** (np. związanych z procesem powołania, ale i powstałych po powołaniu na stanowisko sędziego). TSUE również w wyroku z dnia 9 lipca 2020 r., C – 272/19, VQ przeciwko Land Hessen, w pkt 54, wskazał, że sam fakt, iż władze wykonawcze lub ustawodawcze uczestniczą w procesie mianowania sędziego, nie może prowadzić do powstania zależności sędziego od tych władz, ani do wzbudzenia wątpliwości co do jego bezstronności, jeżeli po mianowaniu zainteresowany nie podlega żadnej presji i nie otrzymuje instrukcji w ramach wykonywania swoich obowiązków.

Przypomnieć należy, że w przeszłości Trybunał Konstytucyjny kilkakrotnie kwestionował przepisy normujące postępowanie przed Krajową Radą Sądownictwa w przedmiocie przedstawienia kandydatów do pełnienia urzędu sędziego. Dotyczyło to np. braku możliwości odwołania się od uchwał KRS (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt SK 57/06, OTK ZU 2008, nr 4/A, poz. 63, odwołania nie przysługiwały zatem w okresie funkcjonowania KRS w latach 1990 - 2007), ustalenia reguł postępowania przed KRS w drodze rozporządzenia (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 listopada 2009 r., sygn. akt K 62/07, OTK ZU 2009, nr 10/A, poz. 149), zasadę bezwzględnej jawności głosowań w KRS (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 kwietnia 2008 r., sygn. akt K 40/07, OTK ZU 2008, nr 3/A, poz. 44), czy kryteriów oceny kandydatów na sędziów (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 listopada 2007 r., sygn. akt SK 43/06, OTK ZU 2007, nr 10/A, poz. 130), a także ustanowienia indywidualnej kadencji sędziów, członków KRS (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 czerwca 2017 r., sygn. akt K 5/17, OTK – A 2017, poz. 48). Podzielenie tezy, iż stwierdzenie przez Trybunał Konstytucyjny, w powołanych wyżej wyrokach, wadliwości przepisów, które były stosowane przez Krajową Radę Sądownictwa w postępowaniu w przedmiocie wyłaniania kandydatów do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego, skutkuje w konsekwencji wadliwością postanowień Prezydenta RP w przedmiocie powołania na stanowiska sędziowskie, groziłoby

totalnym zdestabilizowaniem systemu wymiaru sprawiedliwości w Polsce. Pójście bowiem w tym kierunku mogłaby sprowadzać się do ustalenia, czy osoba powołana przez Prezydenta RP na stanowisko sędziowskie - w wypadku przyjęcia przez podmiot oceniający istnienia nieprawidłowości w procedurze nominacyjnej - w ogóle jest sędzią. Ocena taka mogłaby też polegać na ustaleniu, czy sędzia powołany w procedurach, które zdaniem organu oceniającego, były obarczone wadą prawną, mimo formalnego posiadania statusu sędziego jest sędzią niezawisłym, a więc „zdolnym do orzekania". Należy też pamiętać, iż ustawą z dnia 26 kwietnia 2019 r. zlikwidowano prawo odwołania do Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawach indywidualnych dotyczących powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego i od tego czasu mamy w tym obszarze stan prawny niezgodny ze standardami Konstytucji RP, gdyż art. 44 ust. 1 zdanie drugie ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa brzmi: cyt. ,,Odwołanie nie przysługuje w sprawach indywidualnych dotyczących powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego".

Jak wynika z uchwały Nr 1020/2019 Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 21 listopada 2019 r., (zamieszczona w biuletynie informacji publicznej KRS), na trzy wolne stanowiska sędziego Sądu Najwyższego w Izbie Karnej, ogłoszone w Monitorze Polskim z 2018 r., poz. 831, zgłosiło się sześciu kandydatów. Po przeprowadzeniu postępowania, Krajowa Rada Sądownictwa przedstawiła Prezydentowi RP wnioski o powołanie sędziego Sądu Apelacyjnego w (…)

i sędziego Sądu Okręgowego w T. I. Z. na dwa z trzech stanowisk sędziego Sądu Najwyższego w Izbie Karnej. W trakcie posiedzenia na sędziego

oddano osiem głosów ,,za", trzy głosy ,,przeciw", przy czterech głosach ,,wstrzymujących się", w rezultacie czego osiągnął wymaganą bezwzględną większość głosów. Z danych zawartych w uzasadnieniu powołanej uchwały Krajowej Rady Sądownictwa wynika, że sędzia wyróżnia się wysokim poziomem wiedzy prawniczej i posiada bardzo duże doświadczenie orzecznicze (z dniem 1 sierpnia 1987 r. został powołany na stanowisko asesora Wojskowego Sądu Garnizonowego w O., a z dniem 11 lipca 1989 r. na stanowisko sędziego tego Sądu, zaś postanowieniami Prezydenta RP: z dnia 17 czerwca 1992 r. na stanowisko sędziego Sądu Rejonowego w S., z dnia 1 marca 1996 r. na

stanowisko sędziego Sądu Okręgowego w S., zaś z dnia 16 lipca 2009 r. na stanowisko sędziego Sądu Apelacyjnego w (…)). W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazywano, że ocena doboru kryteriów oraz znaczenie przywiązywane do poszczególnych kryteriów przy ocenie kandydatów na stanowiska sędziowskie pozostają poza zakresem kompetencji sądu do kontroli zgodności uchwał Krajowej Rady Sądownictwa z prawem, chyba, że naruszają podstawowe zasady prawne lub opierają się na zastosowaniu niedozwolonych kryteriów oceny (por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 17 sierpnia 2010 r., sygn. akt III KRS 6/10, OSNP 2012, nr 1-2, poz. 25, z dnia 5 sierpnia 2011 r., sygn. akt III KRS 11/11, LEX nr 1001318, z dnia 15 grudnia 2011 r., sygn. akt III KRS 12/11, LEX nr 1106742).

Poza sporem jest, iż instytucja wyłączenia sędziego jest funkcją prawa do niezależnego i bezstronnego sądu. Wartości te określają, obok niezawisłości sędziowskiej, najważniejsze cechy charakteryzujące zadania sądów, jako instytucji sprawujących wymiar sprawiedliwości. W świetle przepisów procedury karnej wyłączenie sędziego może nastąpić z mocy prawa (por. art. 40 § 1 k.p.k.), lub na wniosek – w przypadku zaistnienia okoliczności, która mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego w danej sprawie (por. art. 41 § 1 k.p.k.). Oparcie wniosku o wyłączenie sędziego na ocenie strony, czy jej obrońcy, co do sposobu ukształtowania Krajowej Rady Sądownictwa w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw, na której to wniosek Prezydent RP powołał tego sędziego, bez wskazania jakie konkretne postąpienia w procedurze nominacyjnej, powodują brak bezstronności lub niezależności tego sędziego, nie jest ani wnioskiem, o którym mowa w art. 26 § 2 i § 3 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, ani też nie stanowi podstawy do przyjęcia, iż w sprawie zachodzą okoliczności, które mogłyby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności sędziego. Podnoszone zarzuty nie mogą mieć bowiem charakteru abstrakcyjnego i odnosić się do całych grup powołanych sędziów. Na marginesie należy zaznaczyć, iż w świetle wykładni wyroku TSUE z dnia 19 listopada 2019 r. w połączonych sprawach C – 585/18, C – 624/18 I C – 625/18, A.K. i in. przeciwko Sądowi Najwyższemu, przepisów art. 26 § 2 i § 3 ustawy z dnia

8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, nie można rozumieć w ten sposób, że badanie niezawisłości sędziego należy do wyłącznej kompetencji Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych.

W uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 lipca 2004 r., sygn. akt. SK 19/02, OTK ZU 2004, nr 7/A, poz. 67, znajdujemy cenne wskazanie, że cyt. ,,Reguły wyłączenia sędziego służą budowie społecznego zaufania do wymiaru sprawiedliwości. Jeżeli zatem aprobowałoby się możliwość orzekania w kolejnych stadiach postępowania przez sędziego, który w ten sposób kontrolowałby swoje własne rozstrzygnięcia, nie utrwalałoby to obrazu sądu jako działającego w warunkach bezstronności. **Instytucja wyłączenia sędziego w równej mierze służy zapewnieniu realnej bezstronności sądu, jak i umacnianiu autorytetu wymiaru sprawiedliwości przez usuwanie choćby pozorów braku bezstronności.”**

Znaczenie społecznej oceny bezstronności sędziego, a także wynikająca z tego perspektywa interpretacji podstaw wyłączenia sędziego, skutkuje tym, iż o potrzebie zastosowania instytucji wyłączenia nie może decydować jedynie zasadność *in casu* zarzutu będącego podstawą wniosku o wyłączenie, ale również ocena, czy dla postronnego obserwatora zachodzą, w realiach sprawy, wystarczające okoliczności które w odbiorze społecznym mogą budzić wątpliwości co do bezstronności sędziego (por. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 53/04). Kierując się tym przekonaniem Sąd Najwyższy wyłączył sędziego SN od udziału w rozpoznaniu sprawy kasacyjnej oznaczonej sygnaturą IV KK 262/21. Uczestnicząc bowiem w jej rozpoznaniu, jako sędzia sprawozdawca, musiałby rozstrzygać, co do sygnalizacji zawartej w piśmie obrońców skazanych J. N. i J. Ś. – adw. M. W. i adw. R. S. z dnia 15 lipca 2021 r. Obrońcy podnieśli w niej, że Sąd Apelacyjny w [...], który wydał wyrok z dnia 13 lutego 2020 r., sygn. akt II AKa […], zaskarżony kasacją Rzecznika Praw Obywatelskich, był nienależycie obsadzony, gdyż zasiadała w nim SSA K. M., która została powołana przez Prezydenta RP na urząd sędziego Sądu Apelacyjnego w (…) na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej na zasadach określonych w ustawie z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw. Wypowiadanie się co

do tej sygnalizacji przez SSN , odnośnie którego złożono w tej samej sprawie wniosek o wyłączenie powołujący się na identyczne powody, w odbiorze zewnętrznym mogło by zostać odebrane jako postąpienie nie utrwalające obrazu sądu jako działającego w warunkach bezstronności. W literaturze podnosi się, że nie ma sprzeczności w zdaniu, cyt. ,,sędzia był stroną we własnej sprawie i wydał w niej bezstronny wyrok". Nie da się wykluczyć, że w takim wypadku rozstrzygnięcie sędziego byłoby obiektywne, jednak samo orzekanie przezeń w takim układzie faktycznym, dla postronnego obserwatora, a także z punktu widzenia strony, naruszałoby zaufanie do wymiaru sprawiedliwości (por. Z. Łyda, Bezstronność arbitra a zakaz ,,zainteresowania w sprawie", Państwo i Prawo 1996, nr 2, s. 51 – 54).

Kierując się przedstawionymi motywami Sąd Najwyższy rozstrzygnął jak na wstępie.